

Justicia democrática y legitimación social

Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina

Los retos de la implementación, operación y consolidación de la reforma al sistema penal en un contexto de violencia

Los retos de la implementación, operación y consolidación de la reforma al sistema penal en un contexto de violencia.

Breve presentación del caso colombiano

Formas anticipadas de terminación del proceso

La investigación y la audiencia inicial en el procedimiento penal ordinario, acusatorio y oral

Servicios previos al juicio y decisión judicial

Los tribunales mediáticos en el obsoleto sistema de justicia penal inquisitivo

Nova Iustitia

Revista digital de la Reforma Penal

Año I, No. 2, Febrero 2013



Nova Iustitia

Revista digital de la Reforma Penal

Director Fundador

Israel Alvarado Martínez

Director General

Rafael Santa Ana Solano

Directora Editorial

Paola Arízaga Castro

Comité Editorial

Dra. Beatriz Eugenia Ramírez Saavedra

Mtro. Gabriel Calvillo Díaz

Dr. Gerardo García Silva

Dr. Germán Guillén López

Dr. Israel Alvarado Martínez

Dr. Raúl Guillén López

Mtro. Ricardo López Ruíz

Directora de Diseño

Rosa Estela Gómez Huerta

Corrección

David Meneses Monroy

Paola Arízaga Castro

Colaboradores

Carlos Enrique Núñez Núñez

Cristián Riego Ramírez

Israel Alvarado Martínez

Carlos Andrés Guzmán Díaz

Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz

Federico Carlos Soto Acosta

Ana Dulce Aguilar García

Marco Lara Klahr

Revista *Nova Iustitia*, Año 1. No. 2, Marzo 2013, es una publicación trimestral editada, por la Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal, Poder Judicial del Distrito Federal, Tels: 5130 4903 y 5130 4922, correo electrónico: unesirp.revista@gmail.com. Reserva de derechos al uso exclusivo No. En trámite. ISSN: En trámite. Certificado de Licitud de Título y Contenido: En trámite; ambos otorgados por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del editor.

CONTENIDO

	Página
Editorial.....	5
Justicia democrática y legitimación social..... Carlos Enrique Núñez Núñez	7
Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina..... Cristián Riego Ramírez (Ponencia presentada en el seminario- taller por Erick Rios Leyva)	19
Los retos de la implementación, operación y consolidación de la reforma al sistema penal en un contexto de violencia..... Israel Alvarado Martínez	31
Retos de la implementación, operación y consolidación de la reforma al sistema penal en un contexto de violencia. Breve presentación del caso colombiano..... Carlos Andrés Guzmán Díaz	57
Formas anticipadas de terminación del proceso..... Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz	74
La investigación y la audiencia inicial en el procedimiento penal ordinario, acusatorio y oral..... Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz	108
Lectura de declaraciones anteriores en la audiencia inicial..... Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz	124
Aspectos teóricos y prácticos de la acusación y depuración del proceso..... Federico Carlos Soto Acosta	146
La prueba ilícita: Su exclusión del juicio oral..... Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz	158
Servicios previos al juicio y decisión judicial..... Ana Dulce Aguilar García	175
«Los Tribunales mediáticos» en el obsoleto sistema de justicia penal inquisitorio..... Marco Lara Klahr	196

EDITORIAL

Queremos empezar por agradecer a todos aquellos que nos han nutrido con sus comentarios sobre el primer número de *Nova Iustitia*, reconociendo en estas líneas la gran labor que hizo el Dr. Israel Alvarado Martínez como Consejero de la Judicatura del Distrito Federal en una de sus tantas aportaciones como fue la fundación de esta revista.

El pasado 7 de enero del año en curso, el Dr. Alvarado concluyó su encargo como Consejero y, es por ello, que el Pleno del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, valorando el gran esfuerzo realizado por él, ha decidido continuar con esta publicación electrónica, encomendándonos la dirección de la misma, para persistir en este importante esfuerzo académico.

Por lo anterior, tengo el gusto de presentarles el segundo número de la Revista Digital *Nova Iustitia* cuyo contenido lo dedicamos a difundir uno de los cursos que ha tenido mayor éxito entre sus participantes y que ha resultado ser uno de los mejor valorados por sus asistentes: el seminario-taller *Primer Programa de Capacitación en la Reforma Procesal Penal en México*, impartido del 22 al 26 de octubre de 2012 y dirigido en forma exclusiva a jueces y magistrados en materia penal y justicia para adolescentes.

Dicho seminario-taller contó con la participación de ponentes internacionales y nacionales, por parte de instituciones como el Centro de Justicia de las Américas, (CEJA), del Instituto de Justicia Procesal Penal y de la Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Participaron como ponentes internacionales Carlos Núñez Núñez (Costa Rica), Carlos Andrés Guzmán Díaz (Colombia) y Erick Rios Leyva (Chile) y, como ponentes nacionales Israel Alvarado Martínez, Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz, Federico Carlos Soto Acosta y Marco Lara Klahr, todos ellos especialistas en la implementación del sistema penal acusatorio y a quienes agradecemos profundamente no solamente su participación en el

taller, sino el esfuerzo adicional de retomar sus notas con las que nos dieron magníficas pláticas y aportarlas como material escrito para el contenido de esta publicación, contribuyendo de esta manera a nuestra tarea principal que es la difusión de la reforma penal y los retos de su implementación.

En esta nueva etapa de *Nova Iustitia* seguiremos manteniendo abierto este espacio de información a colaboradores, investigadores, expertos, especialistas y académicos que quieran compartir información sobre los avances de implementación de la reforma penal y fomentar el intercambio de ideas, así como generar cambios culturales y favorables para la adopción del nuevo sistema, tanto en los futuros operadores, como en nuestra sociedad que en voz alta clama justicia.

El Consejero

**Rafael Santa Ana Solano
Febrero de 2013**

JUSTICIA DEMOCRÁTICA Y LEGITIMACIÓN SOCIAL*

Carlos Enrique NÚÑEZ NÚÑEZ**

Sumario: Introducción.- ¿Por qué puedo juzgar?- La justicia como un poder al servicio.- ¿Quién decide lo que debe decidir el juez?- ¿Para quién resolvemos?- Interlocución y el lenguaje horizontal- La reforma procesal y el lenguaje democrático.- Conclusión.- Fuentes consultadas.

Resumen

Es una verdad incuestionable la existencia del poder de gran magnitud que ostentan las personas juzgadoras, sin embargo este poder es derivado de la población misma y como tal, se debe a las personas usuarias. Es por ello que la corrupción y la justicia de espaldas a la ciudadanía son parte de la deslegitimación de dicho poder.

Como parte de las mejoras al sistema de justicia en los procesos de reforma, debe hacerse especial énfasis en el lenguaje que se utiliza, el cual debe ser accesible a quienes acuden a los tribunales, pues esa comprensión permite legitimar al Poder Judicial y evita la corrupción del descontrol de las decisiones judiciales.

Abstract

Judges have an unquestionable high magnitude power; nevertheless, it's derivative from the people and should be destined to the people. That's why corruption and a justice behind people's back are part of the loss of legitimacy of that power.

* Ponencia presentada en el seminario taller "Programa de capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en Audiencias Previas", celebrado en la ciudad de México en octubre de 2012.

** Máster en *Administración de Justicia Penal* de la Universidad Nacional de Costa Rica. Licenciado en *Derecho* por la Universidad Escuela Libre de Derecho de Costa Rica. Se ha desempeñado como Fiscal, Juez Penal de las etapas preparatorias e intermedias y Juez de Juicio en distintas zonas de Costa Rica. Profesor de la Escuela Judicial en los programas de Formación Inicial y en el de Especialización para Jueces Penales, directivo de la Asociación Costarricense de la Judicatura. cnmodulo@gmail.com

In order to improve the justice system it's mandatory to give special attention at the language that is used during trials and other judicial aspects. A comprehensible language allows a growing confidence on the judicial power and avoids the corruption derivate from the uncontrollable judicial decisions.

Introducción

La labor jurisdiccional, como pilar de la democracia, debe entenderse como un poder brindado a personas específicas dentro de una sociedad para dirimir conflictos de cara a las personas usuarias. Al comprender ello debería ser sencillo admitir que el lenguaje utilizado para expresar sus decisiones debería ser el más sencillo y comprensible. No obstante, basta leer algunas resoluciones de nuestro entorno latinoamericano para darse cuenta que las decisiones que se toman utilizan un lenguaje técnico-jurídico alambicado e incomprensible para la mayoría de las personas que habitan nuestros países. ¿De dónde proviene nuestro poder de juzgar? Y sobre todo ¿a quiénes van dirigidas nuestras resoluciones? Con esas dos interrogantes iniciamos un recorrido por la labor de justicia que se tiñe de uso abusivo del poder usando un lenguaje cifrado cada vez más alejado de un verdadero sistema democrático.

¿Por qué puedo juzgar?

Podría considerarse una pregunta con respuesta simple e incluso innecesaria en este ámbito en el que nos dirigimos a personas formadas en derecho. No obstante, una breve referencia al tema permite conocer el origen de nuestra actual posibilidad de juzgar y con ello conocer los fines de ello.

Sin ir muy lejos, podríamos decir que el poder jurisdiccional deriva de un "contrato social" (LOCKE Y ROUSSEAU), según el cual, los ciudadanos acuerdan ser gobernados por el derecho. Unido a lo anterior, tal y como señala MONTESQUIEU en "*El Espíritu de las leyes*", la base de ese contrato radica en la división del gobierno en distintos poderes. Así, el Poder Judicial reside en un órgano separado e independiente del ejecutivo y del legislativo. Las Constituciones Políticas de nuestros países latinoamericanos aceptan sin ambages esta división.

Ahora bien, lo que más ha costado entender es definir en quién reside el Poder Judicial. De esta manera hay quienes relacionan el Poder Judicial a su cúpula conformada por la Corte Suprema de Justicia de cada país. Para muchos ciudadanos, el Poder Judicial es un órgano que relacionan con un determinado edificio. Y no son pocos los jueces que no comprenden que son ellos y ellas mismas el Poder Judicial. En efecto, el Poder Judicial

reside en cada juez y jueza de una República, y no en un órgano abstracto e inalcanzable.

Por lo anterior, luego de superar el origen constitucional de la labor jurisdiccional se debe hacer referencia obligatoria al nombramiento de las personas juzgadoras en cada país. No todos los ciudadanos y ciudadanas de un país pueden ser jueces y juezas de la República. Para ello, es necesario establecer una serie de requisitos que permitan garantizar la idoneidad para tal cargo. Después de todo, se trata de uno de los poderes que sostiene una democracia. El ingreso a la carrera judicial demarca, en mucho, la calidad y transparencia del Poder Judicial, ya que los procesos de nombramientos democráticos, objetivos y claros harán suponer, en el resto de la población, un manejo igualmente democrático, objetivo y transparente por parte de la persona juzgadora. Es así como, en un sistema democrático constitucional de derecho, el nombramiento de las personas que imparten justicia debe provenir de leyes preestablecidas con criterios objetivos. Sobre los temas del nombramiento y carrera judicial se erigen las primeras discusiones sobre la independencia judicial, pues un nombramiento diáfano no podrá permitir las presiones de los órganos encargados de nombramientos sobre las personas nombradas.

Pese a contar con todos estos soportes (división de poderes provenientes de un pacto social, constitucionalización del poder, y nombramientos transparentes y objetivos), es requisito ineludible contar con legitimación social para poder ejercer el poder de la justicia. En un país en donde la población deja de creer en el sistema jurisdiccional, en donde los jueces y las juezas se muestran como extraños ante la sociedad, el debilitamiento de este renombrado “pilar” se deteriora y se tambalea peligrosamente. Es claro en nuestros países que las personas siguen creyendo en la justicia formal, y prueba de ello bien podrían ser los altos números de litigiosidad que a diario mantienen al borde del colapso a nuestros Tribunales. Sin embargo, no podemos olvidar que esa alta litigiosidad bien podría provenir de la ausencia de otros medios informales accesibles para la obtención de sus pretensiones.

Así, el poder judicial es un poder derivado y cuya conservación radica en su legitimación social.

La justicia como un poder al servicio

Basados en la existencia de una derivación del poder a determinadas personas para que se administre justicia, es incuestionable que quienes ejercen la labor de jueces y juezas llevan consigo un poder. Ese poder

debe existir, de lo contrario sus resoluciones devendrían en meras cartas de buenas intenciones sin posibilidad de ejecución. Es así como un juez desprovisto de las posibilidades de dirigir el proceso, valorar las pruebas, dictar una resolución y ejecutar su decisión, no sería juez alguno y, volviendo al tema de la legitimación social, la población no creería en tal sistema. Después de todo, de qué le sirve a un habitante el acudir al sistema de justicia si el mismo no cuenta con poder alguno para dirimir el conflicto que le presentó.

Ese poder fundamental tiene una capacidad enorme de acción dentro de un Estado democrático constitucional de derecho, pero igualmente en dicho Estado debe verse delimitado claramente. El límite fundamental se encuentra en una verdad de Perogrullo: el poder otorgado no está destinado a servir a su depositario, sino a la sociedad misma; y, más cercanamente, a las partes que acuden al mismo.

Abundan los ejemplos que pueden demostrar que, a pesar de tratarse de una verdad bastante simple, es también sencillo confundir ese poder al servicio de las personas para transformarse en un poder al servicio del propio juez o la propia jueza. La forma más común de ver reflejado esto se da en los favores que muchos operadores de justicia

realizan día a día solicitud de los jueces y las juezas. En una reproducción del verticalismo judicial se le solicita (acaso ordena) a los funcionarios que trabajan en los despachos judiciales desde mandados fuera de la oficina, hasta traerles el almuerzo, el café o alguna otra diligencia personal. Aunque esta actitud podría parecer normal dentro de un contexto de relación laboral privada, en el sector público no es más que una desviación del uso del poder al servicio propio pero aún socialmente aceptado.

Esto, llevado a mayores extremos, permite en un segundo estadio solicitar otros favores a instituciones, comercios y otros establecimientos externos al sistema judicial. Es así, como se piden descuentos irregulares, la absolucón del pago de servicios y el trato preferente por la condición de ser juez o jueza de la República. En poco se separa esta actitud de la primera forma de corrupción, que acá denomino corrupción gratuita. A diferencia de la onerosa, este tipo de desviación del poder consiste en favores irregulares que hace el juez o la jueza a terceras personas sea en el trámite de las causas o en la decisión de fondo. En ambos casos el juez quiere demostrar su poderío y la capacidad que tiene de cambiar el rumbo de las cosas con solo una firma. Cuando es gratuita usualmente

quiere satisfacer sus egos y no se trata de un servicio público (aunque se disfrace de tal manera) y prueba de ello es la forma subrepticia en que se realizan este tipo de trámites. Es reflejo del clientelismo, del amiguismo y de un Poder Judicial debilitado.

Finalmente, la forma más visible de desviación del poder dentro de la función jurisdiccional es la corrupción onerosa. En esta se termina de resquebrajar la credibilidad sobre el sistema de justicia. Las y los habitantes de un país usualmente esperan corrupción de personeros del Gobierno central (Poder Ejecutivo), incluso del Poder Legislativo, pero sus esperanzas se cifran en la posibilidad de contar con un Poder Judicial capaz de enfrentar la corrupción de estos dos poderes. Al verificarse la corrupción de un juez o jueza (Poder Judicial) esas esperanzas se desvanecen y permiten considerar la existencia de un importante paso hacia la deslegitimación de dicho poder.

Todo lo anterior tiene relación directa con la independencia judicial, no ya como amenazas internas (dentro del sistema judicial) y externas (fuera del sistema de justicia), sino como actuaciones propias del juez y la jueza que dan muestras claras de su actuar poco transparente y sin independencia.

“la forma más visible de desviación del poder dentro de la función jurisdiccional es la corrupción onerosa...”

¿Quién decide lo que debe decidir el Juez?

Este título tiene muchas variantes, podríamos hablar de ¿con base en quién se toman las decisiones?, o también preguntarnos ¿quién le puede decir al juez o a la jueza lo que debe decidir?

En todos estos casos la respuesta nos lleva a diferenciar, como lo hacía FERRAJOLI¹, entre la democracia formal y la sustancial. La primera de ellas es incompatible (de forma directa) con el sistema de justicia. Esta democracia formal consiste en la decisión de las mayorías, es decir, en la votación sobre determinados temas en los cuales se deberá hacer lo que la mayoría de votos decidan. En materia judicial, estas democracias formales no tienen cabida pues los jueces y las juezas no pueden basarse

¹ Sobre la democracia y su “dimensión sustancial” Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y Democracia. En Jueces y Derecho*, 2da edición, Porrúa, México 2008.

en mayorías sino en garantías y derecho.

Por su parte la democracia sustancial si es aplicable a la labor jurisdiccional. En ella se habla de decisiones de mayorías, de respeto a las minorías y de la interpretación del derecho con base a criterios de justicia y equidad. Se basa en el

Hilando aún más delgado, podría decirse que los jueces y las juezas aplican el derecho que alguna vez la mayoría consideró necesario, ello a través de la elección popular de quienes hacen y ejecutan las leyes.

Hoy en día esta premisa se debilita con la existencia de formas de comunicación masiva más accesibles a la sociedad. Las redes sociales y medios de comunicación colectiva muestran a una sociedad en contra de las decisiones jurisdiccionales relacionadas con temas sensibles (prisión preventiva, persecución del crimen organizado, corrupción).

Hace algunos años se decía que el juez no podía quedar a la espera de lo que dijera “gradería de sol” para poder tomar su decisión, que para eso tenía la Constitución Política y las leyes. Dicha aseveración se encuentra vigente en nuestros días, pero debe ampliarse por criterios democráticos. La justicia no espera por lo que diga gradería de sol, ni gradería de sombra, ni los palcos. Dejarlo solo a gradería de sol, además de peyorativo, resulta distante a la

respeto a la Constitución Política y a las leyes, por lo que es manifiestamente compatible con la labor de jueces y juezas que ven delimitado su marco de acción a la aplicación de estas normas nacionales y aquellas de derecho internacional que protejan de mejor manera las garantías de Derechos Humanos.

realidad sobre las presiones externas que reciben hoy día jueces y juezas de la República.

No es que la opinión de los y las habitantes no sea importante. Somos parte de ese conglomerado social y por lo tanto, producto del mismo. No obstante, los clamores sociales muchas veces vienen confundidos entre la información pocas veces objetiva de los medios de comunicación, y la desinformación más común de los sistemas de justicia.

¿Para quién resolvemos?

Distinto a lo anterior (con base en quién resolvemos), la pregunta sobre las personas destinatarias de las decisiones judiciales resulta de vital importancia para adentrarnos al tema de la legitimidad del Poder de los jueces y las juezas a través de sus decisiones.

Una resolución, en principio, debe fundamentarse para explicarle a las partes de un proceso, cuáles fueron los motivos de hecho y de derecho que le llevaron a tomar

determinada decisión. SALAS, señala que la fundamentación cumple también la función legitimadora del poder ejercido por el Estado y como legitimadora de la administración de justicia ante distintos foros. Es así, como concluye que las resoluciones se dirigen a los pares (otros jueces y juezas del mismo escalafón), a sus superiores, a la opinión pública y a sí mismos. El autor plantea que, si bien, la resolución debe ir dirigida a convencer a las partes sobre el resultado final del proceso, ello no es factible pues la parte vencedora poco interés tiene en ver las razones que le permitieron ganar el caso, y para la parte vencida “no existirán argumentos que lo convenzan de su fallida derrota”².

¿Cómo contradecir a SALAS con la lectura de algunas sentencias judiciales plagadas de *latinazos*, citas bibliográficas y jurisprudenciales? En definitiva, tratar de satisfacer siempre a las partes lejos de ser una tarea titánica es más bien una utopía. No obstante, el que ello no sea logrado no

² SALAS, Minor, *¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica*. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Valencia: Universidad de Valencia, número 16, año 2006. [<http://www.uv.es/CEFD/13/minor.pdf>, consultado en 2010-06-03]

debe de ninguna manera significar una renuncia a la tarea de fundamentar en función de las partes. Una cosa es tratar de convencerles y reducir la finalidad de la sentencia a ello, y otra muy distinta es negar que sean las partes las destinatarias del derecho contenido en ella.

Entonces estamos frente a la colisión entre el “ser” de la resolución y el “deber ser”, puesto que dentro de las resoluciones judiciales se denota el uso de un lenguaje cada vez más lejano a las partes y más cercano a la satisfacción de egos o al agrado de los jueces superiores. Es así como la sentencia se legitima a sí misma de espaldas a lo que entiendan las personas involucradas y con ello se busca la perpetuidad de la misma, lo cual se intenta lograr convenciendo y citando a los jueces que revisarán su fallo en alzada.

Las materias socialmente sensibles (laboral, familiar, penal) no escapan a esta práctica del dictado para el juez, sus pares o para los que revisarán su sentencia en alzada. Es así como las comillas y las cursivas plagan las hojas de las resoluciones judiciales que citan y vuelven a citar votos de Tribunales y Salas de Casación, aún y cuando lo que están definiendo son conceptos tan sencillos como el salario, la pensión alimentaria o la tipicidad de la conducta.

Aceptar que las decisiones jurisdiccionales tienen una trascendencia social y una finalidad legitimadora del Poder Judicial, no es compatible con sentencias que se dictan para un grupo élite de concedores del Derecho. Entonces, ¿qué deben contener las resoluciones judiciales? Según los postulados de un verdadero Estado democrático y social de derecho, debería contener en un lenguaje comprensible la decisión que se tomó sobre el conflicto que las mismas partes le confiaron al sistema de justicia.

“...¿qué deben contener las resoluciones judiciales?...debería contener en un lenguaje comprensible la decisión que se tomó sobre el conflicto que las mismas partes le confiaron al sistema de justicia”

Interlocución y el lenguaje horizontal

Si hoy leyéramos un diagnóstico que indicara que la parestesia y la epigastralgia que sufre como paciente no tienen relación directa con la gonalgia padecida anteriormente, es probable que necesitemos a un

médico que nos diga que habla del temblor de cuerpo y dolor de estómago como padecimientos no relacionados al dolor de rodillas experimentado anteriormente. Lo mismo ocurre con las sentencias judiciales llenas de términos jurídicos que, a ojos de una persona que no haya estudiado derecho, parecerían palabras sueltas sin ningún sentido lógico.

El problema es manifiesto en las sentencias escritas. En Costa Rica, el proceso de reforma hacia una justicia por audiencias iniciado en el año 2005, ha sido llevado incluso hasta el dictado de la sentencia oral en materias como penal y laboral. Esto no ha significado un cambio en el lenguaje, sino que se trata de la reproducción de aquellos vicios que hacen incomprensibles, para el ciudadano común, las decisiones jurisdiccionales.

La forma en que se comunican las resoluciones judiciales y se manejan las audiencias orales no es casual. Desde la segunda guerra mundial se adoptó el conocido “modelo de información” atribuido a SHANNON Y WEAVER. Este sistema es conocido por sus elementos: “emisor-medio-receptor”, y fue utilizado como una forma de comunicar las órdenes militares. En muchas ocasiones la utilización del lenguaje cifrado obligaba al receptor a descodificar el mensaje. El modelo se

adoptó al comercio y a la educación convirtiendo al receptor en el “objetivo” o el “blanco” al que se le disparan mensajes por medio de un emisor. Este modelo permite potenciar la idea del poder por el poder mismo, pues interesa poco la comprensión del mensaje por parte del receptor, por lo cual, para el modelo vertical del Poder Judicial resultaba acorde, a pesar de estar alejado de la idea de control democrático del poder.

Este sistema de comunicación es cuestionado a finales del siglo pasado y CALVELO³ nos brinda la aproximación a un modelo más democrático. Se trata del modelo de interlocución, en el que las partes sometidas a una transferencia de información son llamados interlocutores o participantes. En este modelo interesa, no solamente la comprensión del mensaje, sino además que cada uno es consciente de las distintas formas de aprehender por parte de su interlocutor. En el modelo comercial, se trata de comprender las necesidades de un consumidor. Por parte de la comunicación judicial puede verse como la necesidad de transformar las formas de comunicación técnica-

jurídica, a una comprensible por parte de nuestros “interlocutores”.

Así, las resoluciones judiciales, dentro de un sistema democrático, deben ser comunicadas de forma comprensible para las personas a las que son dirigidas. Adoptar un modelo de interlocutores parece más apegado al sistema democrático constitucional de derecho como el que perdura en los diversos países latinoamericanos.

Ahora bien, esa forma de comunicación comprensible dentro del sistema de justicia no es una mera ocurrencia. Algunos instrumentos internacionales hacen referencia a esa necesidad de lenguaje horizontal. De esta manera, si bien las Reglas de Brasilia se refieren a poblaciones en condición de vulnerabilidad, sus postulados en definitiva permiten ejercer la justicia con mayor calidad y humanismo. Es así como la regla 58 indica “Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten la comprensión del acto judicial...”;

La Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia aprobada en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia en México en el año 2002, va más allá e indica en el punto sexto que “...todas las personas tienen derecho a que los actos de comunicación contengan

³ CALVELO, J.M., *Los modelos de información y comunicación. El modelo de interlocución: un nuevo paradigma de comunicación*, FAO, 1998.

términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de elementos intimidatorios innecesarios...". Esta norma no se refiere únicamente a las sentencias, sino a todos los actos de comunicación. En muchas ocasiones el uso desviado del poder lleva a jueces y juezas a regañar a las partes, a los testigos, y se utilizan frases rutinarias y sin sentido. En otras ocasiones se busca la intimidación para dejar claro a las partes la persona sobre la cual descansa el poder. Es así como se debe destacar la frase de evitar el uso de elementos intimidatorios innecesarios⁴.

Otra norma más específica, en referencia a la sentencia penal, se encuentra recogida en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal que prescribe que la "sentencia será redactada de manera comprensible para los que intervienen en el proceso..."

Todo este respaldo normativo internacional, permite considerar que el sistema de comunicación vertical e incomprensible no es compatible con un verdadero sistema democrático.

La Reforma Procesal y el Lenguaje Democrático

⁴ Solo cabe como crítica pensar si existen elementos intimidatorios "necesarios".

La reforma procesal en América Latina sigue los pasos desde los modelos de instrucción (inquisitivos) hacia los acusatorios mixtos y, en otros casos, de un modelo mixto a modelos marcadamente acusatorios. Nicaragua es un ejemplo de la conversión de modelos inquisitivos (Código de Instrucción Criminal) a modelos menos conservadores y más acusatorios como el actual, que incluye la participación de jurados en la etapa de juicio. Estas reformas, que en Centroamérica se basaron en la idea del Código Procesal Tipo para América Latina, trajeron consigo cambios profundos en temas de investigación, juicio oral y sobre todo el referente al rol de las partes dentro de dicho proceso. Se buscaba, en cierta manera, una investigación independiente de la figura de la persona juzgadora, es decir, la separación de funciones clara y zanjada entre quien investiga y acusa de aquel que revisa y resuelve.

Principios como el de inmediación, concentración, contradicción provenientes de un sistema oral, serán características propias del sistema acusatorio, unidos a la clara división de funciones con un órgano acusador (actorio) basado en la premisa "*nemo iudex sine actore*" y un juez que decide. Así, estos principios serán informadores del sistema acusatorio, y su preminencia o ausencia

delimitarán si el proceso es acusatorio, inquisitivo o mixto.

Más recientemente, la implementación del proceso penal por audiencias impulsado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), permite a países como Costa Rica repensar las etapas previas al debate que se venían ventilando de forma escrita a pesar de la reforma de 1998.

El proceso penal por audiencias permitirá que las partes introduzcan información de calidad al proceso a través de sus argumentos, y esta a su vez será procesada por la persona juzgadora quien emitirá una resolución directamente a las partes. Es aquí, en donde el lenguaje democrático adquirirá mayor importancia.

La escritura permite con facilidad olvidar los destinatarios de las resoluciones pues quien juzga no ve ni tiene contacto alguno con las partes. Tal vez por ello la idea del lenguaje horizontal y democrático tomará mayor auge con la idea de los procesos de reforma, puesto que las partes si están en contacto con el juez o la jueza durante su decisión. Cada palabra indicada por quien decide la petición de las partes, será escuchada con atención y, para efectos de control, deberá ser comprendida.

La justicia comprensible durante las audiencias debe ser un pilar fundamental para la

implementación de los procesos por audiencias, de lo contrario, mantendríamos el oscurantismo de la escritura trasladado a la verbalización de las estructuras autoritarias del lenguaje forense.

Conclusión

Es una verdad incuestionable en el siglo XXI que la administración de justicia es un servicio público, destinado a las personas usuarias. Ese servicio público, lejos de aminorar el poder que ostentan los jueces y las juezas, permite su legitimación. Contrario a ello, el desvío del poder confundiéndolo como una potestad personal al servicio de la propia persona juzgadora, degenera en un abuso que debilita peligrosamente la independencia judicial, pues propicia la corrupción.

Por otra parte, si entendemos a la justicia como un poder al servicio de la persona usuaria, es a ésta última a la que van dirigidas las resoluciones, por lo que es por medio de estas comunicaciones que se legitima un poder judicial transparente, democrático y accesible. Esto último, vale resaltarlo, considerando que el acceso a la justicia no es solo el ingreso al proceso y su ejecución, sino su permanencia y comprensión en todo momento.

Por lo anterior, y partiendo de lo inaccesible que resulta el lenguaje jurídico para la mayoría de las partes que acuden al sistema de justicia, es que se considera que ese modelo de comunicación:

Reproduce la estructura vertical del sistema de justicia;

Constituye una visualización del poder al servicio propio;

No permite un escrutinio accesible a las resoluciones por parte de las personas usuarias;

Deslegitima al Poder Judicial, y

No es compatible con el Estado social, democrático y constitucional de Derecho.

Concluyo indicando que no puede considerarse justicia democrática solamente aquella que encuentra fundamento en las leyes y en la Constitución Política, sino

aquella que es comprendida por sus verdaderos destinatarios.

Fuentes consultadas

FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y Democracia*. En *Jueces y Derecho*, Porrúa, México 2008.

SALAS, Minor, *¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica*. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Valencia: Universidad de Valencia, número 16, año 2006, disponible en [<http://www.uv.es/CEFD/13/minor.pdf>], consultado en 2010-06-03.

CALVELO, J.M., *Los modelos de información y comunicación. El modelo de interlocución: un nuevo paradigma de comunicación*, FAO 1998.

UNA NUEVA AGENDA PARA LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA*

Cristián RIEGO RAMÍREZ**

En las tres últimas décadas en América Latina ha existido una amplia discusión acerca de la cuestión de la prisión preventiva. Simplificando las cosas, se podría plantear que el inicio de esa discusión tuvo lugar con la discusión de los estudios de ILANUD que plantearon con mucha claridad el problema de los presos sin condena¹. El dato más llamativo consistía en la constatación de que en todos los países latinoamericanos la mayoría de quienes se encontraban privados de libertad lo hacían sin que existiera una condena que lo justificara².

Un segundo momento clave del debate está constituido por los nuevos códigos procesales penales que en la amplia mayoría de los países se han aprobado e implementado en la región, fundamentalmente durante las últimas dos décadas. Todas estas legislaciones han supuesto reformar los antiguos regímenes de prisión preventiva basados en diversos casos de inexcusabilidad o de automatismo de la

* Este documento fue el material empleado en la ponencia presentada por Erick Rios Leyva en el seminario taller “Programa de capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en Audiencias Previas”, celebrado en la ciudad de México en octubre de 2012 y se reproduce en esta publicación con autorización expresa de su autor.

** Abogado, titulado de la Universidad de Chile. LL.M. (Máster en *Derecho*) en la Universidad de Wisconsin, 1997. Abogado Investigador de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1990 y 1991. Director del equipo técnico redactor del Código Procesal Penal Chileno y la ley del Ministerio Público 1994 a 2000. Profesor Titular de la Escuela de Derechos de la Universidad Diego Portales. Ha sido profesor e investigador visitante en las universidades de Yale y Columbia en los EEUU y Warwick en el Reino Unido. Es autor de varios libros y artículos en el tema del proceso penal y ha desarrollado proyectos de investigación en numerosos países de América Latina en el mismo campo. Es Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA desde 2008.

¹ CARRANZA, Elías; HOUED, Mario; MORA, Luis Paulino; y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). San José de Costa Rica, 1983.

² Así por ejemplo, en la época se advertía que en los países con un sistema penal de tipo continental europeo, en promedio los presos sin condena alcanzaban una proporción de un 68,47% del total de personas privadas de libertad. De todos dichos países, el único en donde los presos sin condena no superaba al número de los con condena era Costa Rica, con un 47,4%. Otros se mantenían en un rango cercano al 50%, (Antillas Holandesas, Argentina, Martinica, Chile y Guatemala). Los casos más preocupantes estaban dados por El Salvador con un 82,57%, Bolivia, con un 89,7% y Paraguay con un 94,25%. *Op. cit.*, 22 y 26.

prisión preventiva, en reemplazo de los cuales se han introducido sistemas cautelares de acuerdo con los cuales la prisión preventiva sólo se puede decretar cuando existen peligros procesales. Estos nuevos códigos han supuesto la introducción de medidas de control alternativas a la prisión preventiva además de un cambio del contexto procesal en la que ésta se resuelve, destinada a favorecer una aplicación más restrictiva de la misma.

La implementación de estas nuevas legislaciones ha sido bastante problemática y el impacto que han tenido sobre la realidad de la prisión preventiva en cada uno de los países ha sido muy heterogéneo según muestran los datos comparativos de que disponemos³. En general, las reformas normativas han tenido efectos más importantes en la racionalización del uso de la prisión preventiva en la medida en que han

³ Un análisis del impacto de la reforma procesal penal en la materia en: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*. 2009. Para un análisis crítico de su evolución dogmática desde una perspectiva histórica, consultar BOVINO, Alberto, "Contra la Inocencia", en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* — Año 17, N° 23, noviembre de 2005, pp. 11-29.

ido acompañadas de procesos de implementación más vigorosos, en especial, vinculados a variables como la introducción de audiencias orales en las etapas preliminares y a una efectiva reducción de los tiempos de los procesos.

Me parece que una tercera etapa fundamental en el debate sobre la prisión preventiva en América Latina está constituida por el proceso de contrarreforma normativa. Esto es, en muchos de los países que introdujeron nuevos códigos con regulaciones más liberales, con indiferencia de que hayan tenido o no real impacto en la reducción del uso de la prisión preventiva, se han producido reformas legales destinadas a ampliar las posibilidades del uso de la prisión preventiva⁴. Este último desarrollo ha estado vinculado a la fuerte presión que se ha generado en contra del sistema de justicia penal desde la percepción pública en cuanto a una generalizada sensación de inseguridad ciudadana y un "excesivo garantismo" del sistema judicial que devendría en impunidad y a la exigencia de más "mano dura"⁵.

La evolución de la prisión preventiva en América Latina aparece contada con mucho mayor detalle en

⁴ *Op. cit.*

⁵ Véase capítulo "La prisión preventiva y su contrarreforma", en *op. cit.*, pp. 54 y ss.

el artículo que encabeza la publicación *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: evaluación y perspectivas*⁶, denominado “La Reforma Procesal Penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”⁷. Lo que en este artículo pretendemos es ir un paso más allá, planteando cuál debiera ser a partir del escenario actual una nueva agenda para la discusión acerca de la prisión preventiva.

Importancia del tema y agotamiento del discurso tradicional

El uso de la prisión preventiva en el proceso penal es probablemente el elemento que de manera más clara da cuenta de su buen o mal funcionamiento. Prácticamente todas las distorsiones que el sistema de justicia penal suele generar, se expresan en el funcionamiento de este particular aspecto.

Esto ya fue identificado con mucha claridad desde los primeros estudios que criticaron la práctica tradicional en esta materia. No obstante, durante mucho tiempo la propuesta de solución a todos estos problemas estuvo centrada en la cuestión normativa y se tradujo en las

reformas de las que ya hemos hablado así como en numerosas críticas a la legislación tradicional, en invocaciones de estándares establecidos en instrumentos internacionales y a un trabajo dogmático importante orientado a construir un nuevo modelos basado en los principios básicos del debido proceso tales como la presunción de inocencia y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

*“pretendemos
ir un paso más
allá, planteando
cuál debiera ser a
partir del escenario
actual una nueva
agenda para la
discusión acerca de
la prisión
preventiva.”*

La experiencia del proceso de reforma y la posterior contrarreforma muestra en nuestra opinión los límites de la forma tradicional de plantear el tema de la prisión preventiva desde la perspectiva de aquellos que aspiran a limitar al máximo su uso en el proceso penal. No pretendemos que no siga valiendo la pena justificar y defender la

⁶ *Op. cit.*

⁷ DUCE, Mauricio; FUENTES, Claudio; y RIEGO, Cristián, en *op. cit.*, pp.13-72.

vigencia de las legislaciones más liberales o al menos, los aspectos liberales de aquellas donde han existido retrocesos importantes. Lo que pretendemos resaltar más bien, son los límites de ese planteamiento.

El desarrollo del planteamiento crítico de la prisión preventiva y la difusión de una propuesta liberal basada en la presunción de inocencia, en la excepcionalidad de la prisión preventiva y en su autorización por motivos estrictamente cautelares han tenido gran éxito en la región latinoamericana. La mayoría de las legislaciones han acogido dichos postulados y probablemente la gran mayoría de los operadores de nuestros sistemas de justicia penal, los han incorporado en su bagaje profesional y valórico. El problema es que los cuestionamientos a su vigencia no se dan en el terreno del debate legal, sino desde fuera del mismo y desde lugares donde la argumentación de principios, pareciera no tener mayor efecto o tener un bien limitado.

Los retrocesos que de hecho se han producido, no provienen de un debilitamiento de esas concepciones en la comunidad legal, no de la reivindicación de los paradigmas tradicionales. Por el contrario, los retrocesos legislativos se han producido en un periodo de tiempo en que me parece que se podría afirmar que las concepciones legales

liberales más bien se han difundido y afirmado en la región.

Si miramos la literatura legal, por ejemplo, solo muy excepcionalmente se encuentran hoy defensas de sistemas de inexcusabilidad y en la mayoría de los países aparecen diversas expresiones de la teoría cautelar o incluso visiones abolicionistas de la prisión preventiva⁸. Pienso que un

⁸ V. gr. IPPOLITO, Franco, «La Detención Preventiva». *Revista de Derecho Constitucional* N° 19, abril a junio de 1996. Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Disponible además en World Wide Web: <http://www.cejamerica.org/doc/documentos/slv-detencion-preventiva.pdf> [28 de diciembre de 2009]; BARRIENTOS PELLECCER, César, *Derecho Procesal Penal Guatemalteco*. Ed. Magna Terra, Guatemala, 1995; LLOBET, Javier. *La Prisión Preventiva (límites constitucionales)*. San José Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1997; LORENZO, Leticia; y MACLEAN, Enrique. *Manual de Litigación Penal en Audiencias de la Etapa Preparatoria*. Ediciones No Ha Lugar. Disponible en World Wide Web: http://www.cejamerica.org/doc/documentos/ManualdeLitigacionPenalenAudienciasetapaPreparatoia_LorenzoMaclean.pdf, [28 de diciembre de 2009]; TAVOLARI, Raúl. *Instituciones del Nuevo Proceso Penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2005. CHAHUÁN, Sabas, *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2007. CAROCCA,

resultado parecido se encontraría si revisáramos los programas de las diversas facultades de Derecho. Podríamos también pasar revistas a la jurisprudencia tanto interna de los países en la región⁹ como

Álex. Manual El Nuevo Sistema Procesal Chileno. Santiago de Chile, Lexis, Nexis, 2008. HORVITZ, María Inés; y LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2002. VIAL ÁLAMOS, Jorge. Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Proceso Penal. En Revista Chilena de Derecho, vol. 29 N° 2. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002. SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, Volumen II. Lima: Editora Grijley, 1999. ASENSIO MELLADO, José María. La Regulación de la Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. En: El Nuevo Proceso Penal, Estudios Fundamentales. CUBAS, Víctor; DOIG, Yolanda; QUISPE, Fany (Coordinadores); CAFFERATA, José, *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000; MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, segunda edición, 1999; PASTOR, Daniel, El encarcelamiento preventivo, en AA.VV., *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. del Puerto, Buenos Aires 1993; BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.

⁹ V. gr. en Costa Rica, se ha resuelto que "...cuando se exige fundamentar debidamente la resolución que restringe

internacional¹⁰ y me parece que estos últimos años han sido prolíficos en

la libertad de un imputado (...) lo que se exige en la resolución es la existencia y exposición del respaldo fáctico concreto existente en la causa, y respecto de cada imputado, así como el respaldo normativo que sustenta y justifica la adopción de la medida (...) el juez ha de expresar las razones que existen en la causa que tramita, y respecto del imputado concreto, para decidir restringir su libertad como medida cautelar indispensable para asegurar la sujeción del acusado al proceso, la averiguación de la verdad y la eventual aplicación de la ley penal. Repetir en abstracto y como frases vacías, los supuestos que legalmente autorizan la privación de libertad, no es fundamentar. Fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en el caso concreto, exponer y razonar por qué se estima en ese momento procesal, que los objetivos

antes señalados están en peligro, y cuáles son los elementos de juicio que permiten sustentar la existencia de ese peligro y en consecuencia, justificar la medida adoptada." (Sala Constitucional. Sentencia N° 5396-95 de 3 de octubre de 1995).

¹⁰ V. gr. la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención "...se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no

cuanto a la recepción de los principios cautelares por parte de los jueces latinoamericanos, a lo menos en cuanto a su discurso formal.

La explicación de esta aparente paradoja está en que el impulso de los cambios orientados a aumentar el uso de la prisión preventiva provienen desde fuera de la cultura legal y se imponen a ésta por medio de decisiones legislativas, que obedecen, a una mirada que podríamos llamar intuitiva acerca del funcionamiento de la justicia penal. Esta mirada es formulada desde los factores políticos y desde algunos medios de comunicación y recibe un gran respaldo popular debido a que resulta

impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.” (Caso Suárez Rosero contra Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997). En el mismo sentido la Corte ha considerado arbitraria la prisión preventiva impuesta por un Estado al no existir “...indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida.” (Caso Tibi contra Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004). Para revisar más citas de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia, Ver: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *op. cit.*, p. 24.

consistente con algunas intuiciones muy elementales compartidas por la mayoría de los ciudadanos.

Los actores del sistema legal por su parte, a pesar de poder compartir una noción legal que concibe a la prisión preventiva de manera restrictiva, se ven muy presionados por los cambios legislativos, pero sobre todo, por el control social que se ejerce sobre ellos desde los medios políticos y los medios de comunicación y en su mayoría, terminan comportándose mayoritariamente de acuerdo con esas presiones, a pesar de sus convicciones jurídicas.

En consecuencia, sin perjuicio de la importancia de seguir consolidando una doctrina legal consistente con la presunción de inocencia y las demás garantías básicas, ese camino no conduce a resolver el problema central que ha sido la causa principal de los retrocesos ocurridos en la regulación legal y en la práctica de la prisión preventiva.

En mi opinión, se requiere complementar los avances de la doctrina legal con una serie de otros desarrollos, al conjunto de los cuales, podemos denominar como la nueva agenda para el avance hacia un sistema de uso de la prisión preventiva que sea consistente con los valores del debido proceso.

La agenda a la que nos referimos debe, en mi opinión, integrar diversos aspectos de los que pasamos a ocuparnos a continuación.

Los déficits del proceso de implementación

El primer componente de la nueva agenda que proponemos, está constituido por el hacerse cargo en muchas jurisdicciones nacionales de enormes déficits del proceso de implementación de los códigos acusatorios.

Unos de los ámbitos que más severamente limita la vigencia de los principios que las reformas proclamaron en materia de restricciones al uso de la prisión preventiva es en el de las prácticas de los sistemas de justicia penal. Las enormes limitaciones y en algunos casos la completa falta de un proceso de implementación sistemático, ha permitido que en muchos países, la legislación de la reforma haya convivido con prácticas operativas, propias del viejo sistema que en la práctica hacen que, más allá de lo declarado en las nuevas leyes, persista la forma en que de hecho se resuelve la prisión preventiva en cada caso.

Las prácticas más problemáticas que pueden observarse en diversos países, son por ejemplo, las debilidades en el ejercicio de la defensa, la excesiva duración de los

procesos y la persistencia del método escrito para la resolución de las cuestiones que se plantean en las etapas previas.

*“Unos de los ámbitos que más severamente limita la vigencia de los principios...
... es en el de las prácticas de los sistemas de justicia”*

En algunos países, gran parte de estos aspectos básicos han tendido a superarse y es posible constatar que cada caso es defendido por un abogado en una audiencia pública, y que la expectativa de que cada persona mantenida en prisión preventiva sea juzgada en un plazo razonable, se cumple de manera relativamente consistente. Pero aún en estos casos existe una tendencia fuerte hacia el automatismo de las decisiones, esto es, a resolver los casos con padrones rígidos vinculados por ejemplo, a la gravedad del delito sin que exista una discusión realmente individualizada acerca de las necesidades específicas de cada caso. Este último problema se vincula a su vez con la carencia de información acerca de las circunstancias que pueden permitir evaluar con cierta profundidad el

riesgo que se pretende precaver y las posibles alternativas al enclarecimiento con el fin de conjurarlo.

En consecuencia, dependiendo de cuál sea la situación específica de cada país, es necesario identificar con claridad las prácticas que están dificultando la aplicación concreta de la regulación contenida en la legislación introducida en el proceso de reforma. En algunos países es central el fortalecimiento de la defensa en sus diversas formas, en otros, la cuestión es más crítica, es la falta de oralidad en el momento de la decisión sobre la prisión preventiva, en tanto que en aquellos que ya la tienes, será necesario buscar que el debate sea más intenso y específico. Probablemente, en todos los casos será necesario buscar el control de la duración del proceso, dado que este factor es siempre relevante puesto que hace que la prisión preventiva se alargue, pero además de la tardanza en la decisión definitiva del caso, hace que la precepción de respuesta al probable delito se concentre con más fuerza en esta medida de control.

Las medidas alternativas a la prisión preventiva

Parte del programa que los nuevos sistemas procesales penales proclamaron estuvo constituido por un conjunto bastante amplio de medidas de control alternativas a la

prisión preventiva. En todos los países, estas medidas se han establecido en la ley y los jueces suelen utilizarlas con bastante frecuencia.

Pero a diferencia del mundo anglosajón, de donde estas medidas alternativas fueron tomadas, su introducción no estuvo acompañada de los mecanismos operativos destinados a determinar en cada caso su adecuación a las necesidades de cautela que se plantean, ni a controlar su cumplimiento por parte de la persona que es objeto del control alternativo que se resuelve.

En la práctica, en el contexto latinoamericano las medidas a la prisión preventiva son resueltas sobre la base de información bien limitada, la que en general no permite hacer una evaluación seria acerca de la capacidad real que cada una de las formas de control alternativo tiene, para evitar los riesgos que le dan fundamento. Por otra parte, esta decisión, la de otorgar medidas alternativas, está bastante cruzada por objetivos distintos de los cautelares, como son, por ejemplo, consideraciones de justicia material o de proporcionalidad, que llevan justificadamente a los jueces a evitar el uso de la prisión pero que no necesariamente deberían vincularse a sistemas de control que tienen objetivos cautelares específicos.

Por otro lado, el cumplimiento de las medidas de restricción que se imponen en cada caso, no es controlado de manera sistemática, sino, en el mejor de los casos, de modo anecdótico, cuando las violaciones se hacen evidentes como producto de un reclamo de la víctima o de una detención policial posterior.

Por último, los sistemas de justicia penal de nuestra región, no tienen la capacidad de hacer un aprendizaje acerca de cuáles medidas son capaces de evitar, qué tipos riesgos, ni de identificar las características específicas de los casos que las hacen más o menos efectivas.

Por todas estas razones, es preferible afirmar que el único método seguro y probado con que el sistema cuenta con el fin de garantizar que el imputado no huya del juicio, que atente contra las víctimas o testigos o realice otras conductas que se considera necesario evitar, consiste en mantenerlo en prisión durante la duración del juicio. Esta carencia del sistema refuerza la percepción pública de impunidad frente a los casos en que una persona es puesta en libertad a la espera del juicio, la que a su vez constituye el basamento político de todos los intentos legislativos por volver a sistemas de inexcusabilidad u otras formas de reforzamiento del uso de la prisión preventiva.

Por lo tanto, parece indispensable abordar sistemáticamente estos desafíos, es decir, buscar respuestas institucionales que se hagan cargo de cada una de las tareas descritas y que tengan la capacidad de desarrollar un proceso de aprendizaje acerca de los métodos más convenientes para realizarlas. Afortunadamente, los países anglosajones ofrecen una variada cantidad de modelos alternativos y de experiencias debidamente evaluadas para la realización de estas tareas, las que es necesario conocer para luego formular opciones apropiadas a nuestra realidad.

Una de las ventajas que tiene el abordaje sistemático del sistema de control de las medidas alternativas a la prisión preventiva, consiste en que es posible examinar de manera comparativa y específica a la prisión preventiva en relación a los mecanismos alternativos, que pueden ser muy variados y diversos en su contenido e intensidad. Esa comparación permite, de acuerdo con lo observado en la experiencia comparada, justificar por una parte la eficiencia de los métodos alternativos, su menor costo para el Estado, pero también la conveniencia de su uso en algunas situaciones para las que en nuestro medio la prisión preventiva parece como prácticamente ineludible, como son delitos de cierta

gravedad o en los que el imputado presenta antecedentes criminales anteriores¹¹.

La protección de la legitimidad del sistema en las decisiones judiciales

En varios de los países que han experimentado procesos de contrarreforma, o al menos, una fuerte presión pública a favor del aumento del uso de la prisión preventiva, es posible reconocer que además de factores como el desconocimiento del sistema de justicia penal o la existencia de una información de prensa orientada al escándalo, han existido resoluciones

judiciales, a veces, anecdóticas, que han producido un enorme impacto negativo e incluso algunas de ellas han estado directamente vinculadas a la promoción de reformas restrictivas destinadas a limitar las facultades de los jueces para no otorgar prisiones preventivas.

El problema que se plantea es complejo, puesto que la función judicial es por definición contramayoritaria y la independencia del juez está justificada precisamente por su capacidad para resistir la presión de grupos o aún, de la mayoría de la población, y ser capaz de resolver los casos en su propio mérito, protegiendo los valores permanentes del sistema legal. No obstante, parece necesario aprender de la experiencia en el sentido que la función contramayoritaria tiene un límite en cuanto a su ejercicio puede derivar en situaciones tan complejas como la supresión por vía de la ley de las mismas facultades que el juez está ejerciendo o la generación de una opinión pública tan negativa que de hecho inhiba a los jueces a resolver los demás casos de manera apropiada a sus características individuales.

Me parece que el camino aquí, es el de incorporar este tema en la reflexión y en la capacitación judicial, sobre todo con miras a sensibilizar a los jueces acerca de la relevancia institucional de sus decisiones en materia de prisión preventiva, en

¹¹ Una explicación sucinta acerca de herramientas de monitoreo electrónico es posible encontrar en AHUMADA, Alejandra, *Uso del monitoreo electrónico en el sistema penal*, Blog de Fundación Paz Ciudadana. Disponible en World Wide Web:

<http://blogfundacion.wordpress.com/2009/09/29/uso-del-monitoreo-electronico-en-el-sistema-penal/> [01 de diciembre de 2010]. Un análisis detallado de la prisión preventiva, sus costos y sistemas alternativos, en el contexto mexicano, en CARRASCO, Javier (compilador), *Retos de la reforma procesal penal: equilibrando la presunción de inocencia y la seguridad pública*. Cátedra Estado de Derecho, Escuela de Graduados en Política Pública y Administración Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP); Institución RENACE, A.B.P.; y Open Society Justice Initiative.

especial a aquellas de mayor visibilidad. En algunas jurisdicciones fuera de la región, este tema ha tenido expresiones normativas que en general se han traducido en el reconocimiento de causales especiales de prisión preventiva vinculadas a conceptos como la alarma pública o la protección de la legitimidad del sistema¹². Su introducción en nuestro medio no parece probable porque las propuestas legislativas están orientadas hacia fórmulas de inexcusabilidad bastante directas. No obstante, creo que el contenido de estas cláusulas sirve para promover la reflexión sobre el punto.

¹² Las causales de procedencia de prisión preventiva en Canadá se clasifican en motivos primarios, secundarios y terciarios. El motivo primario vela por la comparecencia del imputado, ya que existe una alta probabilidad de que él no comparezca si es que se lo deja libre. El motivo secundario señala que la prisión preventiva es necesaria para garantizar la protección y seguridad del público. También es necesaria cuando existe una alta probabilidad de que si al imputado se lo deja en libertad, cometerá un nuevo delito o que obstruirá la administración de justicia. Por último, el motivo terciario indica que la prisión preventiva es necesaria para mantener la confianza de la opinión pública en la administración de justicia.

El diálogo entre el sistema de justicia penal y la comunidad

Por último, pienso que un tema central del próximo tiempo dice relación con las capacidades de los sistemas de justicia penal para desarrollar un sistema más complejo de vínculos con la comunidad y sobre todo, con su capacidad para transmitirle la complejidad de su tarea y la importancia de los valores que está llamada a cautelar.

“El primer paso para esta comunicación consiste en poder responder apropiadamente a las más básicas preguntas que los ciudadanos podrían hacer”

El primer paso para esta comunicación consiste en poder responder apropiadamente a las más básicas preguntas que los ciudadanos podrían hacer, esto es, poder afirmar que las personas que no son puestas en prisión preventiva son sometidas a un régimen de control que razonablemente garantizan su es necesario generar estrategias destinadas a que algunos agentes del sistema sean capaces de explicar al

público su funcionamiento y los valores que este debe preservar. Esto requiere de la creación de instancias especializadas en esa tarea que desarrollen una estrategia comunicacional persistente en el tiempo, pero que además se hagan cargo de explicar las decisiones en todos aquellos casos en que estas aparezcan debatidas o cuestionadas en el debate público¹³.

Me parece que la cuestión central en cuanto a la comunicación, está en explicar que a diferencia de lo que la intuición común pareciera explicar, la información sobre los casos judiciales que aparece en los medios de comunicación está constituida por versiones iniciales de valor muy limitado y que el proceso penal está destinado precisamente a verificar o falsear estas versiones por medio de métodos confiables. Por lo tanto, lo que se resuelve respecto del imputado en el tiempo intermedio, no es una respuesta al delito sino solo un método para lograr que el proceso avance y poder llegar a una decisión cierta.

¹³ Un ejemplo sobre el particular está dado por el “blog comunicacional” de la Fiscalía de Esquel (Provincia de Chubut, Argentina), cuya URL es <http://prensafiscaliaesquel.blogspot.com/>. El detalle sobre su experiencia en la publicación del Primer Encuentro REDEX Argentina, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2009.

Pero además de la comunicación institucional, pienso que es indispensable que los organismos oficiales del sistema de justicia penal busquen desarrollar relaciones de colaboración y de lealtad en esta materia, tanto entre ellos como con actores externos al sistema.

Entre los actores del sistema es indispensable evitar que unos busquen legitimarse a costa de los otros. Todos ellos deben compartir a lo menos una visión general acerca del funcionamiento y los valores que el sistema de justicia penal buscan cautelar, así como de la legitimidad de los diversos roles que intervienen en su actividad.

Por otra parte, es necesario establecer relaciones de comunicación permanente con diversas entidades diversas al sistema, que interactúan con el mismo y que contribuyen a generar opiniones y percepciones acerca de su funcionamiento. También es necesario tratar de compartir con ellas algunas nociones básicas acerca del funcionamiento del sistema y una lealtad mínima para la protección de sus valores básicos.

LOS RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN, OPERACIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LA REFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA *

Israel ALVARADO MARTÍNEZ**

SUMARIO: Preámbulo; Introducción; I. Breve diagnóstico de los problemas que enfrenta el Poder Judicial en México; II. Los desafíos que enfrenta el Poder Judicial en México en el SPA de cara a la DO; III. La diferenciación de un derecho penal en tres velocidades; IV. Visión de la reforma en materia de DO a la luz del SPA; Fuentes consultadas.

Preámbulo

En la semana del 16 al 18 de octubre de 2012 se llevó a cabo en la Ciudad de México la *Octava reunión del Observatorio del Crimen Organizado en América Latina y el Caribe*, gracias a la organización de la *Friedrich Ebert Stiftung* (FES). En esa ocasión tuve la oportunidad de presentar ante colegas de diversos países pertenecientes a dicho Observatorio un trabajo que titulé: «Los desafíos que enfrenta el Poder Judicial en México en el sistema procesal penal acusatorio de cara a la delincuencia organizada. El combate a la corrupción judicial»¹, dentro de la

* Ponencia presentada en el seminario taller “Programa de capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en audiencias Previas”, celebrado en la ciudad de México en octubre de 2012.

** Tiene estudios de Doctorados en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en *Ciencias Penales y Política Criminal* por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) y en *Administración y Gobierno del Poder Judicial* por el Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en colaboración con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Fue Consejero de la Judicatura del Distrito Federal; Titular de la Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (UNESIRP) y Miembro del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal en el Distrito Federal. Actualmente es Profesor Investigador Invitado del INACIPE. israel.alvarado@inacipe.gob.mx.

¹ Este trabajo puede ser consultado en el anuario *Anuario 2012 de la seguridad regional en América Latina y el Caribe*, Hans Mathieu y Catalina Niño Guarnido (ed.), Friedrich Ebert Stiftung en Colombia (Fescol), Bogotá, noviembre de 2012, ISSN 2216-1082, disponible en [<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/07600/2012.pdf>], pp. 275 y ss.

mesa *Desafíos de la Justicia en América Latina*.

Para la siguiente semana, del 22 al 26 de octubre de ese mismo año, tuvo verificativo el *Primer programa de capacitación en la reforma procesal penal en México. Litigio en audiencias previas*, convocado conjuntamente por la UNESIRP, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Instituto de Justicia Procesal Penal. Para este evento, conté con la suerte de participar el primero de los días presentando el tema «Los retos de la implementación, operación y consolidación de la reforma al sistema de justicia penal en un contexto de violencia».

“ mi ponencia dentro de ese Primer programa de capacitación en la reforma procesal penal en México recoge las experiencias obtenidas en la estancia de investigación en Colombia”

Ambos temas se encuentran íntimamente vinculados con un proyecto de investigación que realicé gracias al apoyo de la FES, el Instituto del Derecho y Justicia Alternativa (IDJA) y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), mediante una estancia de

investigación posdoctoral en Cartagena de Indias y en Bogotá, Colombia, durante julio de ese mismo 2012.

La investigación fue muy extensa, pues me permitió la posibilidad de entrevistarme con personalidades que en ese momento ocupaban altísimos encargos como funcionarios públicos de múltiples instituciones en Colombia y que será motivo de la publicación en los siguientes meses de un libro, pero un extracto muy sintético y restringido —pero muy importante por su temática—, fue publicado a manera de manual por el *Instituto de Investigaciones Jurídicas* de la UNAM².

De tal suerte que mi ponencia dentro de ese *Primer programa de capacitación en la reforma procesal penal en México* recoge las experiencias obtenidas en la estancia de investigación en Colombia y la *reunión del Observatorio del Crimen Organizado en América Latina y el Caribe*, por lo que en las siguientes líneas, me ocupo de reproducir los temas abordados dentro de mi

² ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, serie: juicios orales, núm. 2, México 2012. Existe versión electrónica en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3175>].

intervención en dicho programa de capacitación dirigido a los juzgadores del Poder Judicial del Distrito Federal.

Introducción

La tan popular reforma constitucional conocida como de los «juicios orales», dispone la adopción —dice la mayoría— de «un nuevo modelo procesal penal», el acusatorio y oral, mediante la aplicación de una serie de principios que le informan y que le delinear y caracterizan, pero tal reforma de 2008-06-18 es de tal magnitud que no solo prevé la adopción de solo un nuevo modelo procesal penal, sino de dos modelos criminales de enjuiciamiento: uno preponderantemente adversarial, público y oral para la generalidad de los delitos y otro marcadamente inquisitivo y secreto y mayoritariamente escrito, para los casos de la delincuencia organizada (DO).

La finalidad de este documento es poner en relieve cuál es el estado que guardan actualmente el modelo de enjuiciamiento criminal, la fase de investigación y el modelo de ejecución de penas, para poder contrastarlos con los lineamientos que sobre el modelo procesal ha establecido el Constituyente para «todo el sistema de justicia penal», a fin de precisar si el sistema de justicia penal al que se encuentra sometida

actualmente la figura de la DO es compatible —o no lo es— con el nuevo *sistema procesal penal acusatorio*³ (SPA) y los principios que lo rigen, pues de no ser así, se debería presentar una propuesta inteligente y coherente en la que puedan convivir y controlarse mutuamente la figura de la *Delincuencia Organizada* y el *Sistema Penal Acusatorio*.

Lo anterior debe entenderse partiendo de la premisa indispensable de que las directrices a las que se deberán someter ambos modelos son de orden constitucional y, por

³ Respecto de la denominación del «modelo procesal» adoptado en virtud de la reforma constitucional contenida en el decreto de 2008-06-18, el propio Constituyente fue inconsistente en su regulación, pues de la lectura de los artículos transitorios correspondientes se puede observar que de manera indistinta se refiere a dicho modelo procesal como *sistema procesal penal acusatorio*, *sistema penal acusatorio*, *sistema procesal acusatorio* y *sistema de justicia penal*. Véase ALVARADO MARTÍNEZ, Israel *et al.*, «Hacia un modelo de oralidad en la justicia penal mexicana. El significado del símbolo de la UNESIRP», *Revista Nova Iustitia. Revista digital de la reforma penal*, número 1, año I, Noviembre 2012. También disponible en versión electrónica en [\[http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/Resource/1918/1/images/Revista_01.pdf\]](http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/Resource/1918/1/images/Revista_01.pdf), consultado en 2013-02-10.

consiguiente, igualmente exigibles al momento del diseño normativo y la sustanciación de las etapas procesales y de ejecución referidas a la criminalidad organizada, pero por sobre todas las cosas, al momento de ponderar si a un individuo en lo particular, le están siendo respetados los derechos fundamentales que en su favor ha reconocido el Constituyente.

I. Breve diagnóstico de los problemas que enfrenta el Poder Judicial en México

Según un Informe presentado en abril de 2011 por la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de NACIONES UNIDAS:

México confronta una situación de incremento de violencia principalmente por parte de grupos vinculados a la criminalidad organizada, por lo que «es aún más importante que exista una Judicatura sólida, independiente y efectiva en sus actuaciones». Subraya la necesidad de «proteger a los operadores de justicia frente a las amenazas e intimidaciones» y de combatir la impunidad, vinculada en México no sólo a una debilidad estructural en la investigación de los delitos, sino también a la corrupción, difundida en todos los niveles pero particularmente en los ámbitos estatales y municipales⁴.

⁴ NACIONES UNIDAS, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de*

Por otro lado, desde dentro del Poder Judicial se han levantado voces que señalan la problemática de la corrupción hacia el interior de la institución como un problema para enfrentar la criminalidad organizada, como MEZA⁵ y MARTÍNEZ⁶, quienes señalan:

En esta tesitura, la delincuencia organizada es un fenómeno complejo compuesto en un eje central de dirección y mando, con una estructura celular y flexible, con rangos permanentes de autoridad que tienen un grupo de sicarios a su servicio capaces de corromper a las autoridades,

los magistrados y abogados. Naciones Unidas A/HRC/17/30/Add.3. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo Asamblea General Distr. General, 18 de abril de 2011, Consejo de Derechos Humanos, 17º período de sesiones, Tema 3 de la agenda.

⁵ Emma MEZA FONSECA es Magistrada del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y titular docente en el Instituto de la Judicatura Federal (la escuela de formación judicial del Poder Judicial de la Federación). Recientemente, (octubre de 2012) estuvo propuesta ante el Senado de la República para ocupar el cargo de Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁶ Germán MARTÍNEZ CISNEROS es Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Cuarto Circuito.

inclusive llegan a atemorizar o matar a jueces, fiscales, testigos y víctimas. Utiliza como métodos la intimidación, corrupción, terrorismo, sobornos, gratificaciones, donaciones, chantaje, amenazas, ataques a otros miembros del crimen organizado, con el objetivo primordial de obtener capital y tecnología para lograr un poder financiero nacional e internacional para seguir manteniendo su imperio⁷.

Las prácticas corruptas de algunos operadores del sistema de justicia penal son una realidad, lo mismo que las acciones ineficientes o las labores poco comprometidas con el interés social. Igualmente son cosas de todos los días las detenciones arbitrarias, las torturas para lograr confesiones, la irrupciones ilegales a los domicilios, los cateos donde se «siembra» algún objeto ilícito, la invención de culpables, la exageración en los hechos y en las consignaciones. Todo ello se desprende de otras circunstancias que son también evidentes realidades: una política criminal ineficaz, círculos cerrados de funcionarios que han hecho de la extorsión y de otras formas de

corrupción un modo de «trabajo» que genera ganancias tan jugosas que el salario oficial queda como un mero acto simbólico; la filtración descarada de la delincuencia organizada en las instituciones del Estado, al grado tal que la propia forma de combatir el crimen de alguna manera se encuentra delineado por los propios criminales⁸.

JIMÉNEZ al respecto refiere que: «...el crimen organizado se encuentra desarrollando una estrategia en contra de dos enemigos distintos: los grupos antagónicos y el gobierno»⁹.

⁸ MARTÍNEZ CISNEROS, Germán, *Los delitos de delincuencia organizada y el sistema de justicia penal acusatorio. ¿Coexistencia conflictiva?*, disponible en [http://www.sociedaddelhonorjudicial.org/pdfs/DELINC_ORGAN_Y_SISTEMA_ACUSATORIO_COEXISTENCIA.pdf], visitado en 2012-02-20, p. 13.

⁹ JIMÉNEZ, Fernando, «Medios y crimen organizado», en *Crimen Organizado e Iniciativa Mérida en las relaciones México-Estados Unidos*, Raúl Benítez Manaus (editor), Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia (CASEDE), México 2010, disponible en [http://www.seguridadcondemocracia.org/crimen_organizado_e_iniciativa_merida/cap7.pdf], visitada en 2011-08-, p. 128. «Por otra parte, la sociedad ha empezado a ser utilizada para amenazar y paralizar particularmente al gobierno. Las capacidades de ataque de dichas organizaciones se caracterizan por tener

⁷ MEZA FONSECA, Emma, «Principio acusatorio y de oralidad en los juicios relativos a los delitos de delincuencia organizada», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 27, 2009, pp. 196 y 197.

“JIMÉNEZ al respecto refiere que: «...el crimen organizado se encuentra desarrollando una estrategia en contra de dos enemigos distintos: los grupos antagónicos y el gobierno»”

Ante esta problemática, hay quienes han sostenido que México es ya un Estado fallido, así como hay voces que señalan lo contrario.

AGUAYO argumenta al respecto: ¿Es México un Estado fallido? No en términos generales, porque el Estado todavía controla la mayor parte del territorio. Sin embargo, la situación se empaña cuando se piensa en ciudades e instituciones en donde la presencia del Estado es testimonial porque quienes

altos niveles de movilidad; la habilidad para evadir controles a través de informantes, muchos de ellos miembros corruptos de los cuerpos de seguridad, así como por la utilización de una gran variedad de armas de fuego, conocimientos estratégicos de ataque y capacidad de comunicación».

controlan los hilos del poder son los narcos. La sensación de que marchamos hacia el precipicio se acentúa por la desorganización y la tibieza con la cual Felipe Calderón enfrenta la corrupción y la desorganización que, junto con la desigualdad y la impunidad, desangran y debilitan a la sociedad y al Estado¹⁰.

En la misma línea, KRAKAU nos dice:

Los problemas de gobernabilidad fueron polemizados en el discurso en los Estados Unidos y México cuando éste último fue caracterizado como un «Estado fallido». Aunque esa discusión resulta exagerada y poco útil, es obvio que el Estado mexicano ha perdido su capacidad de actuación —entendida en términos de la capacidad de imponer su monopolio legítimo del uso de la fuerza, de ser proveedor de protección efectiva a la población, de poder implementar una determinada política pública eficazmente y de ser reconocido como actor legítimo en asuntos políticos y sociales en muchas regiones del país. La corrupción que ya invadió a los cuerpos

¹⁰ AGUAYO, Sergio, «¿México fallido?», *El País.com*, 2009-02-06, disponible en [\[http://elpais.com/diario/2009/02/06/opinion/1233874805_850215.html\]](http://elpais.com/diario/2009/02/06/opinion/1233874805_850215.html), visitado en 2012-02-12.

policíacos y militares, a las organizaciones de seguridad e inteligencia del Estado, a los jueces, a la élite política, a los funcionarios públicos de todo tipo, a personas con liderazgo en ciertas poblaciones como pueden ser líderes religiosos, a funcionarios del sector económico, en fin, a todo el espacio socio-político mexicano, presenta obsoletas las instituciones estatales. Las estructuras locales colapsan, el poder federal no tiene la capacidad de reemplazarlas, y el vacío que queda está cubierto por pseudo (*sic.*) autoridades fuera del Estado¹¹.

México ha venido experimentando un proceso de democratización de sus instituciones y de sus sistemas normativos, muestra de ello es la adopción a nivel constitucional del SPA, pero eso no significa necesariamente una mejora en la calidad del servicio:

La democratización de los regímenes políticos en Centroamérica no ha significado *per se* la consolidación del Estado de derecho en toda la región. Los sistemas judiciales de Centroamérica han logrado mejoras importantes en sus marcos legales, infraestructura y presupuesto, pero

¹¹ KRAKAU, Philipp, *Narco-Negocio y seguridad en México: Conceptos, efectos y posibilidades de cooperación con los Estados Unidos*. Colección Perspectivas Progresistas, Friedirch Ebert Stiftung, México 2009, p. 12.

en su mayoría continúan sujetos a la interferencia de otros poderes del Estado y actores de la sociedad. De acuerdo con la información relevada en los informes nacionales, el soborno se manifiesta principalmente a través de pagos indebidos para la emisión de órdenes de libertad, el otorgamiento de medidas sustitutivas, la modificación de la tipificación de los delitos, el dictado de medidas cautelares, el manejo de las notificaciones en perjuicio o beneficio de alguna de las partes, la aceleración de los trámites, así como por la venta de proyectos de resoluciones, o para recibir privilegios carcelarios, entre otras razones. En algunos de los países estudiados, estas conductas son una manera sistemática de operar de ciertos juzgadores y auxiliares de justicia¹².

II. Los desafíos que enfrenta el Poder Judicial en México en el SPA de cara a la DO

Más allá de los desafíos que implican los problemas ya mencionados para la judicatura frente a la corrupción¹³ y

¹² FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *Controles y desconroles de la corrupción judicial. Evaluación de la corrupción judicial y de los mecanismos para combatirla en Centroamérica y Panamá*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington 2007, p. 7.

¹³ Consciente de la existencia de un debate muy serio alrededor del concepto

de *corrupción* —y por consiguiente acerca de la concepción de la «corrupción judicial»—, para efectos prácticos adopto la que propone la *Due Process of Law Foundation* (DPLF), que entiende a la corrupción judicial como «*la conducta en la que un funcionario judicial (juez o empleado), vulnera el principio de imparcialidad en un proceso judicial, con la finalidad de obtener un beneficio indebido e ilegal para sí mismo o para un tercero*», basada en las definiciones que al respecto proponen *Transparency International*, el *World Bank Institute*, el *Centro de Estudios sobre la Justicia de las Américas*, el *Latinobarómetro* y *Global Integrity*. La DPFL considera que la corrupción «es un fenómeno cuya definición y estudio son complejos y suelen despertar polémicas. Existen diversas definiciones. Los principales elementos que contienen los enfoques sobre la corrupción incluyen: los modos en que se organiza la administración, la demarcación de los límites entre lo público y lo privado, y las modalidades de relación entre las instituciones políticas y económicas». Véase FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *Guía para el diagnóstico ágil y el diseño de políticas de control de la corrupción en los sistemas de justicia en América Latina*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington 2007, p. 12, así como FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *Controles y descontroles de la corrupción judicial. Evaluación de la corrupción judicial y de los mecanismos para combatirla en Centroamérica y Panamá*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington 2007, p. 13. La Fundación

la criminalidad convencional, en México existen retos muy concretos derivados de la problemática respecto de la reforma constitucional en materia de justicia penal¹⁴:

para el Debido Proceso Legal (DPLF, por sus siglas en inglés) es una organización sin fines de lucro fundada en 1996 por Thomas Buergethal, actual juez de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁴ Para la construcción de este apartado fueron consideradas las siguientes obras: FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *Controles y descontroles de la corrupción judicial. Evaluación de la corrupción judicial y de los mecanismos para combatirla en Centroamérica y Panamá*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington 2007; GARAY SALAMANCA, Luis Jorge y SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo, *Estructura de una red de narcotráfico colombo-mexicano*, Scientific Vortex Group, Vortex Working Papers, no. 5, edición electrónica, Bogotá, Colombia, septiembre 2011; EDITORIAL, *Aportes DPLF. Área de Rendición de Cuentas y Transparencia Judicial*, núm. 1, año 1, marzo 2007, MAJOR, Esther, «Independencia judicial: Instrumento necesario para garantizar los derechos humanos y el acceso a la justicia», *Aportes DPLF. Área de Rendición de Cuentas y Transparencia Judicial*, núm. 1, año 1, marzo 2007; CARBONELL, Miguel, «Corrupción judicial e impunidad: el caso de México», en *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más*, Ricardo Méndez-Silva (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la

(i) La reforma se encuentra confrontando dificultades en su implementación y no parece gozar de una voluntad política decidida, constante y uniforme para avanzar de manera adecuada. El incremento de la violencia y de la inseguridad en el país ha sido invocado para retrasar o debilitar el proceso de aplicación de la reforma. En algunos casos, como en Chihuahua, se han presentado contra-reformas que reducen el carácter garantista del nuevo sistema.

UNAM, México 2010; CÁRDENAS GRACIA, Jaime, «Herramientas para enfrentar la corrupción», en Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más, Ricardo Méndez-Silva (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2010; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, Interferencia del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial. Reforma legal y judicial y control de la corrupción en América Latina y el Caribe. Programa de educación para Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú, del 23 de mayo al 3 de julio de 2000. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España 2000; VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, op. cit.; BINDER, Alberto, «Corrupción y sistemas judiciales», Sistemas Judiciales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, no. 11, octubre 2006, así como NACIONES UNIDAS, op. cit. Por razones de economía editorial, no se hace el señalamiento expreso de cada una de las fuentes y sus referentes.

(ii) México atraviesa un periodo de crisis debido al aumento exponencial de episodios violentos vinculados principalmente al crimen organizado. Esta situación afecta directamente el trabajo de los juzgadores, quienes en muchas ocasiones no pueden actuar con libertad y de manera plenamente independiente y autónoma, pues son sujetos a amenazas, intimidaciones, hostigamientos y otras presiones indebidas. Además, el crimen — particularmente el de carácter organizado— busca infiltrarse e interferir de manera creciente en las instituciones de justicia a través de la corrupción y de amenazas.

“México atraviesa un periodo de crisis debido al aumento exponencial de episodios violentos vinculados principalmente al crimen organizado.”

(iii) La implementación exitosa de la reforma del sistema de justicia penal dependerá del liderazgo

político y de un renovado impulso por parte de todas las instituciones y actores relevantes, así como de inversiones económicas y otras acciones que deberían llevarse a cabo en lo inmediato.

Una buena práctica internacional —que sería conveniente replicar en lo que resultara procedente— podemos encontrarla en Croacia, en donde existe la *Oficina para la Supresión de la Corrupción y el Crimen Organizado* (USKOK por sus siglas en croata — *Ured za Suzbijanje Korupcije i Organiziranog Kriminala*—), establecida en 2001, que es un cuerpo especial encargado de la oficina de persecución pública con mando directo en policías de investigación para conductas de corrupción y crimen organizado. Las infracciones bajo jurisdicción de la USKOK se encuentran estrictamente enumeradas por la ley y cuenta con funciones de inteligencia, investigativas, persecutorias y de prevención y es la responsable de la cooperación internacional y de dar información en investigaciones complejas¹⁵.

¹⁵ Véase ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Specialised Anti-Corruption Institutions. Review of models. Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia*, Oecd Publications, Francia 2008, p. 91.

La creación de esta oficina respondió a la existencia de un alto nivel de corrupción y la presencia del crimen organizado en Croacia, derivado de la guerra reciente, así como de la reestructuración económica.

Sin embargo, no solo se adoptó esta institución, adicionalmente al establecimiento de la USKOK, se incluyeron otras medidas, como la adopción de un *Programa Nacional* y un *Plan de Acción de Combate a la Corrupción* en marzo de 2002, así como la creación de una *Comisión Parlamentaria de Prevención al Conflicto de Intereses*, que fue formalmente establecida en 2003 y entró en funciones en 2004¹⁶.

La estructura formal de la USKOK fue diseñada a fin de hacer de esta institución la autoridad líder en la prevención y represión de la corrupción en Croacia, aun cuando en la práctica está más avocada a la investigación y persecución y no a la prevención.

Los departamentos de esta oficina establecidos por ley son:

- 1) Persecución;
- 2) Investigación y documentación;
- 3) Cooperación internacional e investigaciones conjuntas, y

¹⁶ *Ídem*.

4) Departamento anticorrupción y de relaciones públicas¹⁷.

Finalmente, se debe mencionar que la ley de la USKOK no solo crea los servicios especializados de persecución, sino también adopta las *Cortes Jurisdiccionales*. Todos los crímenes que están bajo la jurisdicción de la USKOK son adjudicados a cuatro Cortes de Condado mayores: Zagreb, Rijeka, Osijek y Split. Adicionalmente, la ley de la USKOK prevé la designación de jueces específicos de investigación para negociar con casos bajo la jurisdicción de dicha oficina y establecer paneles especiales de juicio, conformados solo por jueces profesionales¹⁸, mismos que son nombrados por los presidentes de cada Corte de Condado para un periodo de cuatro años¹⁹.

¹⁷ *Ibidem.*, pp. 91 y 92.

¹⁸ Por lo regular los casos criminales en Croacia son adjudicados a paneles mixtos de jueces y justicias o jueces legos.

¹⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, pp. 94 y 95. En México, GONZÁLEZ y BUSCAGLIA han señalado que «a fin de diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada, es necesario distinguir, al menos, entre cuatro tipo de estrategias: 1) Marco legal en sus aspectos penal (criminalización) y procesal penal, incluidos técnicas y métodos de investigación; 2) Diseño de las instituciones policiales, Fiscalías,

III. La diferenciación de un derecho penal en tres velocidades

Por múltiples variables el Estado Mexicano se ha sentido amenazado por lo que, se dice, constituye un fenómeno creciente y preocupante del crimen organizado y los embates del mismo a la sociedad y al Estado mismo²⁰, al grado que algunos

judiciales y de ejecución de penas; 3) Formación de expertos, y 4) Desarrollo de estrategias operativas en contra de la delincuencia organizada», lo que haría compatible la creación de una oficina como la USKOK en México. Véase GONZÁLEZ RUIZ, Samuel y BUSCAGLIA, Eduardo, «Cómo diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la Convención de las Naciones Unidas», en *Delincuencia organizada*, Rafael Macedo de la Concha (coord.), INACIPE, México 2003, p. 91.

²⁰ Quien fuera Secretario de Seguridad Pública Federal y posteriormente Procurador General de la República en el sexenio del Presidente Vicente Fox, Eduardo Medina Mora, declaró al diario español *El País* en noviembre de 2008: «Hay policías en algunas zonas de la frontera norte que directamente fueron privatizadas por el narcotráfico. El presidente Calderón ha dicho que las organizaciones criminales en algunas de esas zonas han disputado al Estado sus potestades básicas (...) Era una cuestión absolutamente inaplazable (...) Las organizaciones de violencia organizada estaban tocando la puerta de las más importantes instituciones del

Estado. Por eso tenía que darse una respuesta tan contundente, tan determinada (...) Ciertamente, el narcotráfico ha tenido capacidad de infiltrar instituciones de seguridad y de procuración de justicia». ORDAZ, Pablo *El País*, archivo, domingo, 23 de noviembre de 2008, «Entrevista: Eduardo Medina Mora, Procurador General de la República. “El crimen organizado estaba tocando a las puertas del Estado”», 2008-11-23, disponible en [http://elpais.com/diario/2008/11/23/internacional/1227394806_850215.html], consultada en 2012-02-12. Hay quienes no desconocen la problemática, pero la atribuyen a las propias políticas implementadas por el mismo Estado, así AGUILAR V., Rubén y CASTAÑEDA, Jorge G., *El narco: la guerra fallida*, Punto de lectura, México 2010: «No obstante, jamás un sexenio le había apostado a una meta y abierto tantos frentes simultáneos como Calderón respecto del narcotráfico (...) Para poner todas las cartas sobre la mesa, conviene empezar por el final. La conclusión de este texto, derivada del análisis de los argumentos esgrimidos por el gobierno para explicar/justificar/defender su decisión, es que la razón primordial de la declaración de guerra del 11 de diciembre de 2006 fue política: lograr la legitimación supuestamente perdida en las urnas y los plantones, a través de la guerra en los plantíos, las calles y las carreteras, ahora pobladas por mexicanos uniformados. [...] En primer lugar, sostenemos que la consigna central de la comunicación oficial (“Para que la

sostienen —sin razón—, que México es ya un «Estado Fallido»²¹. Tal preocupación estadual se vio reflejada en esta reforma constitucional de junio de 2008 al sistema completo de

deroga no llegue a tus hijos”) no se sostiene (...) En segundo término, si la razón era la eclosión de la violencia, a casi tres años prevalece un clima de hostilidad superior al de antes (...) Enseñada, a propósito de dos temas externos, tratamos de demostrar que ni el supuesto tráfico de armas procedente de Estados Unidos ni la demanda de estancias ilícitas en ese país han contribuido a un mayor deterioro del que imperaba antes.»

²¹ Vid., AGUAYO, Sergio, «¿México fallido?», *El País.com*, 2009-02-06, disponible en [http://elpais.com/diario/2009/02/06/opinion/1233874805_850215.html], visitado en 2012-02-12, quien manifiesta: «¿Es México un Estado fallido? No en términos generales, porque el Estado todavía controla la mayor parte del territorio. Sin embargo, la situación se empaña cuando se piensa en ciudades e instituciones en donde la presencia del Estado es testimonial porque quienes controlan los hilos del poder son los narcos. La sensación de que marchamos hacia el precipicio se acentúa por la desorganización y la tibieza con la cual Felipe Calderón enfrenta la corrupción y la desorganización que, junto con la desigualdad y la impunidad, desangran y debilitan a la sociedad y al Estado».

seguridad y justicia²², la que incluyó una regulación constitucional especial para la delincuencia organizada.

El hecho de que haya sido en la propia Constitución donde se originen las directrices político criminológicas sirve para dar una idea, lo suficientemente clara de la problemática que existe en el Estado Mexicano, ya no solo la problemática social de inseguridad y de percepción de la misma —que, dicho sea de paso, no son la misma cosa ni pueden tratarse con los mismos parámetros y, mucho menos, se deben emprender reacciones para implementar políticas públicas que no tengan claras sus diferencias y confundan la forma de tratar a cada una de ellas—, pues más allá del discurso demagógico que

²² Se dice que es de seguridad y justicia porque no se trató solo —como algunos sostienen— de reformar el sistema procesal (que pertenece al subsistema de impartición de justicia inserto dentro del de administración de justicia), sino de reformar todo el sistema de seguridad pública, el que por disposición constitucional implica a los modelos de prevención del delito, la investigación y persecución del mismo y la ejecución de penas y medidas, involucrando así a las corporaciones policiales, el Ministerio Público, los Tribunales, los servicios periciales, las defensorías públicas y las autoridades penitenciarias y de ejecución de medidas, tanto para adultos, como para adolescentes.

suele emplearse cuando se habla de crimen organizado, se encuentra en peligro la soberanía misma de los Estados Nación.

Cuenta de ello se ha dado en regiones específicas de la República Italiana (como Calabria y Nápoles) y de un país latino americano muy cercano: Colombia, en el que la Captura del Estado (CdE) no solo fue un hecho, sino que derivó en una Reconfiguración Cooptada del Estado (RCdE).

De tal suerte que como criterios de políticas públicas de combate delictivo (Política Criminal) se encuentran dentro de la Constitución tres velocidades, una primera que aplica como generalidad, una segunda de excepción y una tercera todavía más restringida y especializada.

Como *primera velocidad*, se contempla la regulación de un proceso penal acusatorio y oral que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación para todas las figuras delictivas (art. 20).

En una *segunda velocidad* se prevé 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, a petición del Ministerio Público, o bien, oficiosamente cuando el juez lo ordene, 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 (art. 19, § segundo).

Y finalmente una *tercera velocidad*²³ contenida en los art. 16, §§ octavo, noveno décimo y del

²³ El «derecho penal de tercera velocidad» o «derecho penal del enemigo», consiste en la estratificación al reconocimiento y respeto de garantías de acuerdo con el tipo de delitos que se cometen, que en este caso es delincuencia organizada, esto es, un derecho que contempla medidas preventivas de libertad con reglas procesales y de imputación menos rigurosas, muy adecuadas para casos de emergencia, siendo la expresión de un derecho de guerra, cuando la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional del conflicto, renuncia a soportar los costos de la libertad de acción, *vid.*, MELO REGHELIN, Elisangela, «Entre terroristas y enemigos», Israel Alvarado Martínez (tr.), *Anales de Jurisprudencia*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, T. 297, VIII época, enero-febrero 2009.

decimosegundo al decimoquinto; 18, §§ octavo y noveno; 19, §§ segundo y

«la delincuencia organizada es un grave problema para la seguridad pública y nacional, porque ha incrementado su capacidad para desafiar al Estado, rebasando sus fronteras y multiplicando sus efectos destructivos en contra de la sociedad»

sexto; 20, apartado B, fracciones III y V y apartado C, fracción V; 22, § segundo, fracción II y 73, fracción XXI constitucionales, referente a la criminalidad organizada, su investigación, persecución, enjuiciamiento y ejecución.

IV. Visión de la reforma en materia de DO a la luz del SPA

Bajo la óptica de que «la delincuencia organizada es un grave problema para la seguridad pública y nacional, porque ha incrementado su capacidad para desafiar al Estado, rebasando sus fronteras y multiplicando sus efectos destructivos en contra de la

sociedad»²⁴, la reforma constitucional «fue concebida para fortalecer la constitucionalidad» de la LFCDO, y con ello, «reafirmar los instrumentos que ella establece para combatirla»²⁵, pues «la sociedad amenazada por la violencia y el delito se niega a creer que el Derecho penal sea la carta magna del delincuente»²⁶, por lo que

²⁴ INFANTE GONZÁLES, Indalfer, *Prólogo*, en AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio*, Consejo de la Judicatura Federal, Colección Estudios de la Magistratura, núm. 6, Instituto de la Judicatura Federal, México 2009, p. 19.

²⁵ GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David y SANTOYO CASTRO, Alejandro E., *Crimen organizado, realidad jurídica y herramientas de investigación*, Porrúa, México 2010, p. 44, así como MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel, *Prólogo*, en AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio*, Consejo de la Judicatura Federal, Colección Estudios de la Magistratura, núm. 6, Instituto de la Judicatura Federal, México 2009, p. 24: «La legitimación constitucional de los temas vinculados con la delincuencia organizada, así como el control federal de la misma».

²⁶ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio*, Consejo de la Judicatura Federal, Colección Estudios de la Magistratura, núm. 6, Instituto de la Judicatura Federal, México 2009, p. 218.

«la idea es lograr un eficaz y eficiente (el máximo resultado con el mínimo de gastos) combate a un grave problema que no se puede erradicar si no es con el sacrificio de ciertos derechos humanos»²⁷.

La idea se centra en que «las reformas (...) establecen ciertas medidas que limitan los derechos considerados básicos de los gobernados sujetos a procedimiento penal, acotan las garantías de los sujetos a quienes se imputa una vinculación con el crimen organizado; ello se trata de justificar de manera teórica priorizando la garantía de seguridad de los ciudadanos indefensos ante la criminalidad omnipresente»²⁸, adoptando con ello un «derecho especial (también conocido como Derecho de excepción, Derecho de acotamiento, Derecho de emergencia y Derecho contra el enemigo) para la delincuencia organizada»²⁹.

²⁷ MARTÍNEZ CISNEROS, Germán, *Los delitos de delincuencia organizada...*, *op. cit.*, p. 9.

²⁸ *Ibidem.*, p. 8.

²⁹ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia...*, *op. cit.*, p. 237. En contra de esta medida político criminal señala: «El Estado no puede ser más violento e indeseable que aquello que condena (la delincuencia organizada), debe actuar bajo el marco de racionalidad, sin arrebatar a nadie su condición de persona, sin que ello impida

Una visión distinta, se basa en el argumento de que no se trata de un régimen de excepción, sino un modelo diferenciado y especial, expresión de un derecho penal modular que busca el «balance de los intereses en conflicto», sobre todo cuando se tienen en consideración que todos ellos cuentan con una «cobertura constitucional»³⁰.

establecer una legislación eficiente contra el crimen organizado. La legitimidad del sistema penal se mide por capacidad de alcanzar finalidades protectoras en razón de disminuir la delincuencia cumpliendo con los fines de garantía formal y material, sin traspasar los límites del Estado de Derecho». En este mismo sentido *vid.*, GÓNGORA y SANTOYO: «En el ámbito del combate a la Delincuencia Organizada, se crea un régimen de excepción en la materia», traspasar los límites del Estado de Derecho, p. 302, así como MARTÍNEZ: «es la que motivó al legislador a crear lo que algunos denominan “régimen excepcional de derecho penal”» MARTÍNEZ CISNEROS, Germán, *Los delitos de delincuencia organizada...*, *op. cit.*, p. 7.

³⁰ «En consecuencia, el legislador italiano, movido por la premisa de especialidad del fenómeno criminal, ha constituido un sistema de “legislación diferenciada” para distintos fenómenos criminales, lo cual difiere de la legislación excepcional. Mientras que esta última es llamada “excepcional” porque inserta excepciones a los principios generales del sistema, y a veces hasta de principios constitucionales (...), el

Cualquiera que sea la postura que se adopte, es imperioso que se defina cuál es la relación de observancia, respeto y excepción entre el modelo procesal penal acusatorio y el modelo procesal penal para la delincuencia organizada³¹,

Derecho Penal no es más que un Derecho Penal único, sino un “Derecho penal modular”, un “sistema penal” al interior del cual conviven varios subsistemas normativos, fundado por lo tanto en una legislación diferenciada. Uno de estos subsistemas es precisamente el subsistema del “Derecho penal de la delincuencia organizada”, el cual reúne ciertas necesidades específicas de política criminal, y donde el balance de los intereses en conflicto, posiblemente todos con cobertura constitucional, son resueltos de modo diferenciado en comparación con otros subsistemas normativos». INGROIA, Antonio, «Los instrumentos de investigación antimafia en la legislación italiana: el arrepentido y la intervención de comunicaciones», en *Herramientas para combatir la delincuencia organizada*, María Eloísa Quintero (coord.), INACIPE, México 2010, pp. 17 y 18.

³¹ Sobre este punto, Góngora sostiene que: «...el proceso acusatorio permite adoptar más ágilmente todas las medidas recomendadas por la convención Internacional para el combate a la Delincuencia Organizada Transnacional (...), entre otras medidas las entregas vigiladas, la ampliación e los plazos de prescripción, la inmunidad de informantes que conduzcan a la captura,

sobre todo si no se pierde de vista que en México, la violencia que se vive es muy similar a la situación que se vivió en Italia durante finales de los años 80 y principios de los 90:

procesamiento y condena de quienes ocupen puestos de administración o dirección en ese tipo de organizaciones criminales, y medidas para la efectiva protección de las víctimas», GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David y SANTOYO CASTRO, Alejandro E., *Crimen organizado...*, *op. cit.*, p. 304, no obstante que expresa que «...el juicio acusatorio no es propiamente un instrumento para perseguir a la Delincuencia Organizada», p. 301, en tanto que MEZA señala: «También es importante señalar que, por sus características, un proceso acusatorio permite adoptar más ágilmente todas las medidas recomendadas por la Convención Internacional para el combate a la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como Convención de Palermo, entre otras medidas se citan: las entregas vigiladas, la ampliación de los plazos de prescripción, la inmunidad de informantes que conduzcan a la captura, procesamiento y condena de quienes ocupen puestos de administración o dirección de este tipo de organizaciones criminales, y medidas para la efectiva protección de las víctimas», *vid.*, MEZA FONSECA, Emma, «Principio acusatorio y de oralidad en los juicios relativos a los delitos de delincuencia organizada», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 27, 2009.

...en marzo de 1987, algunos días después de la presentación oficial del Proyecto premilitar (*scil.* del código de procedimientos penales que adoptara el sistema acusatorio en Italia), el grupo terrorista de las «Brigadas Rojas» secuestró al diputado Aldo Moro, presidente de la Democracia Cristiana. Se manifestaba en este momento la fase más aguda de la lucha armada contra el Estado y, por lo tanto, en una situación de este tipo la introducción de un proceso más garantizador no parecía razonable³².

Tal situación, lleva al legislador a adoptar ciertas medidas procesales especiales para afrontar el problema, permitiendo una flexibilización de los postulados del SPA. SFERLAZZA ilustra esta situación:

No obstante tales situaciones hipotéticas, en la realidad no necesariamente se presentan, por lo que «si la disciplina del proceso penal no previese algunas excepciones a los principios de oralidad e inmediatez, se plantearían situaciones en las cuales no sería posible verificar el hecho del delito»³³.

³² SFERLAZZA, Ottavio, *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*, Fontamara/CEPOLCRIM/Aquesta terra, Colección doctrina jurídica contemporánea, núm. 31, México 2011, pp. 56 y 57.

³³ *Ibidem.*, p. 77.

Por ello, al momento de diseñar el modelo normativo que debe ser aplicable, debe tenerse en cuenta esto, a fin de no caer en el error de regular principios a ultranza que no tengan eficacia al momento de su aplicación, «un proceso completamente oral es una utopía que se podría llevar a cabo sólo a un costo social altísimo»³⁴, por lo que el sistema inquisitorio al aplicar métodos menos garantistas «es capaz de contrarrestar y erradicar las más peligrosas y aguerridas organizaciones criminales», debiendo tener muy presente «las desventajas que pueden derivar del sistema acusatorio, principalmente en los países con una alta tasa de criminalidad y, en particular, en aquellos en los cuales es mayor la presencia de fuertes organizaciones criminales»³⁵.

³⁴ *Ídem.*

³⁵ El inconveniente está en el hecho de que el sistema inquisitivo «no garantiza suficientemente el riesgo de que sea condenado un inocente; pero sobre todo permite al poder político utilizar el proceso penal como “instrumento” para limitar la libertad de los ciudadanos y condicionarlos a la aceptación. (...) Bajo este perfil, el sistema acusatorio es más respetuoso de los derechos fundamentales, pero, sobre todo, le dificulta en mayor grado al poder político el manipular los hechos y construir la verdad de Estado».

En consecuencia, «es necesario introducir moderaciones adecuadas respecto a un modelo acusatorio de tipo puro»³⁶.

En otro sentido, no es cierto que un sistema poco garantista sea más eficaz para lograr los objetivos de seguridad ciudadana; eso lo hemos estado constatando, aunque no queramos admitirlo, en nuestro territorio nacional casi a diario.

...no parece ser posible en principio atribuir a los problemas de eficiencia el exceso de garantías, consecuentemente no parece lógico presumir que cualquier avance en la eficiencia del sistema va a ser a costa de un retroceso en las garantías (...) en un contexto tan deteriorado como el de nuestros países pareciera ser que es perfectamente posible avanzar paralelamente y al mismo tiempo tanto en el mejoramiento de las garantías como en el mejoramiento de la eficacia. Esta posibilidad tiene que ver con la construcción de sistemas racionalmente organizados, esto es, con Ministerios Públicos, tribunales, defensa pública y agencias policiales que cumplan con sus funciones razonablemente³⁷.

SFERLAZZA, Ottavio, *Proceso acusatorio...*, *op. cit.*, p. 65.

³⁶ *Ibidem.*, p. 66.

³⁷ MARTÍNEZ CISNEROS, Germán, *Los delitos de delincuencia organizada...*, *op. cit.*, p. 3.

En México la visión procesal respecto a la DO es quizá la más importante (y creo que en la comunidad internacional esta postura es la misma), pues fue esta la que le dio vida por primera vez a la figura de la delincuencia organizada, pues la finalidad de su regulación constitucional fue para el único efecto de duplicar el plazo con el que tradicionalmente contaba el Ministerio Público (48 hr.) para integrar la averiguación previa en los casos de DO.

Desde hace tiempo se ha insistido sobre las dificultades a las que se enfrentan los instrumentos «tradicionales» de persecución penal para investigar con eficacia aquellos actos llevados a cabo por grupos de delincuencia organizada³⁸. Ante este llamado, la legislación de diferentes países, ha incluido nuevas figuras que pretenden resolver tan delicada situación.

Debe resaltarse que la visión procesal —y su importancia— es tal que fundamentalmente es la que permea la reforma constitucional de 2008, pues si bien se incorporó una definición de lo que debe entenderse por delincuencia organizada, el grueso de la regulación constitucional es de índole procesal, regulándose en

la propia Constitución las siguientes figuras relativas a la DO:

1) Arraigo hasta por 80 días (art. 16, § octavo);

2) Duplicidad del plazo constitucional para retener a una persona (16, § décimo);

3) Intervención de comunicaciones privadas³⁹ [escuchas (16, §§ duodécimo al décimo quinto);

4) Reclusión preventiva y ejecución de sentencias en centros especiales (18, §§ octavo y noveno);

5) Restricción de las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros (18, § noveno);

6) Medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en los centros especiales (18, § noveno);

7) Prisión preventiva oficiosa (19, § segundo);

8) Suspensión del proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal en casos de evasión de la acción de la justicia o puesta a disposición de otro juez que reclame al imputado en el extranjero (19, § sexto);

9) Imposibilidad de la defensa para tener acceso total a los medios

³⁸ ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *Análisis a la Ley...*, *op. cit.*

³⁹ Ya se argumentará adelante el porqué a pesar de que no se hace una mención expresa a la figura de la delincuencia organizada, también le resulta especialmente aplicable.

de prueba desde el inicio de la investigación por la reserva del nombre y datos del acusador en perjuicio del imputado, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez (20, apartado B, fracción III, párrafo primero y apartado C, fracción V);

10) Protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso (20, C, fracción V, párrafo segundo);

11) Beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada [*pentiti* (20, apartado B, fracción III, párrafo segundo)];

12) Restricción de la publicidad⁴⁰ (20, apartado B, fracción V, párrafo primero y apartado C, fracción V);

13) Valor probatorio de las actuaciones realizadas en la fase de investigación cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas [prueba anticipada (20, apartado B, fracción V, párrafo segundo)];

14) Confiscación de bienes bajo la modalidad de decomiso cuando el dominio se declare extinto en sentencia (22, § segundo, fracción II), y

15) Reserva de competencia a favor del Congreso General para legislar en materia de delincuencia organizada (73, fracción XXI).

Es por ello que ante un modelo constitucional que refleja la preocupación social en un contexto de violencia por múltiples problemas de corrupción, amenazas, extorsión, y quizá hasta una captura del Estado y su respectiva Reconfiguración Cooptada, implementar un sistema de justicia procesal penal que aplique en la medida de lo posible los lineamientos del SPA resulta poco viable, no solo por la problemática que representa la operación y consolidación de la reforma, que de suyo ya es un tema problemático, sino porque las directrices constitucionales son de tal magnitud que restringen su aplicación a otro modelo procesal restringido, opaco, secreto e inquisitivo, que sigue privilegiando en exceso el modelo escriturado y la preeminencia de las actuaciones ministeriales que habrán de ser llevadas ante la autoridad judicial, en el que las audiencias «a puertas cerradas», la ausencia de contradicción, la prisión preventiva oficiosa, la escrituración, la prueba preconstituida y tasada, la no presunción de inocencia y las medidas altamente intrusivas en la esfera jurídica de los gobernados seguirá siendo, por mandato

⁴⁰ *Ídem.*

constitucional, la regla y no la excepción.

V. Controles de calidad y protección de personas⁴¹

Un tema nodal se refiere a cómo hacer para garantizar los mejores funcionarios judiciales y cómo hacer para protegerlos de amenazas internas y externas (corrupción, extorsión, amenazas y daños en sus bienes, persona y familias).

Al no existir una planeación estratégica adecuada, no pueden sentarse políticas integradoras que permitan crear las mejores estrategias para garantizar contar con los mejores individuos, no exponerlos, protegerlos y depurar a quienes no se ajusten a dichas políticas.

Debería establecerse plenamente una carrera judicial con base en criterios objetivos de admisión, ascenso y remoción, que abarque todo el personal judicial, no solo a

juzgadoras y juzgadores, que implique no solo cursos, sino concursos abiertos de oposición que permitan reclutar a las y los mejores profesionales mediante criterios objetivos y transparentes, que incluyan una perspectiva de género.

Actualmente los cuerpos de la Policía, los servicios periciales, los agentes del Ministerio Público y quienes prestan sus servicios en el sistema penitenciario, deben someterse a controles toxicológicos, de control de confianza, psicológicos, de situación patrimonial y entorno social, así como a exámenes de conocimientos, mientras que los juzgadores federales y su personal, que tienen la delicada tarea de resolver sobre lo que todos los demás les hacen de su conocimiento, ya no son sometidos al examen psicológico, y tan solo se les somete al examen de conocimientos. Es hora de homologar criterios y definir políticas internas para realizar una mejor selección y evaluación de las personas.

“Es hora de homologar criterios y definir políticas internas para realizar una mejor selección y evaluación de las personas”

⁴¹ Véase ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, «Los desafíos que enfrenta el Consejo de la Judicatura Federal de cara a la Modernidad», Ensayo presentado ante las Comisiones Unidas de Justicia y la de Estudios Legislativos del Senado de la República en el marco del Proceso de Elección del Senado de la vacante para Consejero de la Judicatura Federal, disponible en [\[http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Consejero/Ensayo_IAM.pdf\]](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Consejero/Ensayo_IAM.pdf), pp. 8 y ss.

Una mala política interna es la de solo privilegiar las adscripciones según antigüedad, experiencia y buen comportamiento. Una vez que un juzgador cuenta con estos elementos, se le puede «premiar» dándole una adscripción donde más le convenga, lo cual es loable, pero la otra cara de la moneda es darles las adscripciones «más peligrosas» a las y los nuevos juzgadores.

Esta política implica mandar a lugares de alta peligrosidad (como Almoloya) a nóveles juzgadores con poca experiencia y proclives a dejarse presionar por las situaciones. Y si a esto sumamos que la seguridad institucional que actualmente se les otorga es una protección más bien inmobiliaria, no de personas, ya podemos imaginar los problemas.

Es por todo ello que no podemos imaginar una buena implementación que funcione al momento de su operación y que se consolide como una buena práctica sin desarrollar políticas claras de selección de personal, perfiles de puestos, protección de funcionarios judiciales, planeación estratégica, vinculación interinstitucional, la creación de verdaderos controles de confianza para todo el personal que integra el Poder Judicial.

Para ello, en su momento se deberán crear jueces especializados en Delincuencia Organizada, lo que resulta más económico

financieramente hablando, más conveniente al momento de la capacitación, selección y evaluación y más controlable al momento de dar protección a las personas.

Debemos aprovechar la gran coyuntura social, política, mediática, económica, jurídica y normativa que entorno al Sistema Procesal Penal Acusatorio existe e implementar nuevas formas de capacitación, selección y evaluación del personal (con perspectivas de género y que tomen en cuenta habilidades y destrezas, así como controles estrictos de confianza), nuevas formas de vincular al Poder Judicial con todos los actores sociales, políticos y jurídicos que intervienen, diseñar un modelo jurídico acorde a las reformas constitucionales en materia de acciones colectivas, derechos humanos, control de convencionalidad y amparo (desde las mismas normas procesales penales) y modernizar a este Poder del Estado, haciéndolo eficiente y eficaz, pero sobre todo, muy transparente.

Fuentes consultadas

AGUAYO, Sergio, «¿México fallido?», *El País.com*, 2009-02-06, disponible en [http://elpais.com/diario/2009/02/06/opinion/1233874805_850215.html], visitado en 2012-02-12.

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio*, Consejo de la Judicatura Federal, Colección Estudios de la Magistratura, núm. 6, Instituto de la Judicatura Federal, México 2009.
- AGUILAR V., Rubén y CASTAÑEDA, Jorge G., *El narco: la guerra fallida*, Punto de lectura, México 2010.
- ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, serie: juicios orales, núm. 2, México 2012. También disponible en versión electrónica en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3175>].
- _____, «Los desafíos que enfrenta el Consejo de la Judicatura Federal de cara a la Modernidad», Ensayo presentado ante las Comisiones Unidas de Justicia y la de Estudios Legislativos del Senado de la República en el marco del Proceso de Elección del Senado de la vacante para Consejero de la Judicatura Federal, disponible en [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Consejero/Ensayo_IAM.pdf].
- _____, «Los desafíos que enfrenta el Poder Judicial en México en el sistema procesal penal acusatorio de cara a la delincuencia organizada. El combate a la corrupción judicial», *Anuario 2012 de la seguridad regional en América Latina y el Caribe*, Hans Mathieu y Catalina Niño Guarnido (ed.), Friedrich Ebert Stiftung en Colombia (Fescol), Bogotá, noviembre de 2012, ISSN 2216-1082. También disponible en versión electrónica en [<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/07600/2012.pdf>], consultado en 2013-02-10.
- _____, *et al.*, «Hacia un modelo de oralidad en la justicia penal mexicana. El significado del símbolo de la UNESIRP», *Revista Nova Iustitia. Revista digital de la reforma penal*, número 1, año I, Noviembre 2012. También disponible en versión electrónica en [http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/Resource/1918/1/images/Revista_01.pdf], consultado en 2013-02-10.
- BINDER, Alberto, «Corrupción y sistemas judiciales», *Sistemas Judiciales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, no. 11, octubre 2006.

- CARBONELL, Miguel, «Corrupción judicial e impunidad: el caso de México», en *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más*, Ricardo Méndez-Silva (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2010.
- CÁRDENAS, Jaime, «Herramientas para enfrentar la corrupción», en *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más*, Ricardo Méndez-Silva (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2010.
- EDITORIAL, *Aportes DPLF*. Área de Rendición de Cuentas y Transparencia Judicial, núm. 1, año 1, marzo 2007.
- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *Controles y desconroles de la corrupción judicial. Evaluación de la corrupción judicial y de los mecanismos para combatirla en Centroamérica y Panamá*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington 2007.
- _____, *Guía para el diagnóstico ágil y el diseño de políticas de control de la corrupción en los sistemas de justicia en América Latina*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington 2007.
- GARAY SALAMANCA, Luis Jorge y SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo, *Estructura de una red de narcotráfico colombo-mexicano*, Scientific Vortex Group, Vortex Working Papers, no. 5, edición electrónica, Bogotá, Colombia, septiembre 2011.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David y SANTOYO CASTRO, Alejandro E., *Crimen organizado, realidad jurídica y herramientas de investigación*, Porrúa, México 2010.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, *Interferencia del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial. Reforma legal y judicial y control de la corrupción en América Latina y el Caribe*. Programa de educación para Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú, del 23 de mayo al 3 de julio de 2000. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España 2000.
- GONZÁLEZ RUIZ, Samuel y BUSCAGLIA, Eduardo, «Cómo diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la Convención de las Naciones Unidas», en *Delincuencia organizada*, Rafael Macedo de la Concha (coord.), INACIPE, México 2003.
- INFANTE GONZÁLES, Indalfer, *Prólogo*, en AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio*, Consejo de la Judicatura Federal, Colección Estudios de la Magistratura,

- núm. 6, Instituto de la Judicatura Federal, México 2009.
- INGROIA, Antonio, «Los instrumentos de investigación antimafia en la legislación italiana: el arrepentido y la intervención de comunicaciones», en *Herramientas para combatir la delincuencia organizada*, María Eloísa Quintero (coord.), INACIPE, México 2010.
- JIMÉNEZ, Fernando, «Medios y crimen organizado», en *Crimen Organizado e Iniciativa Mérida en las relaciones México-Estados Unidos*, Raúl Benítez Manaus (editor), Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia (CASEDE), México 2010, disponible en [http://www.seguridadcondemocracia.org/crimen_organizado_e_iniciativa_merida/cap7.pdf], visitada en 2011-08.
- KRAKAU, Philipp, *Narco-Negocio y seguridad en México: Conceptos, efectos y posibilidades de cooperación con los Estados Unidos*. Colección Perspectivas Progresistas, Friedirch Ebert Stiftung, México 2009.
- MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel, *Prólogo*, en AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio*, Consejo de la Judicatura Federal, Colección Estudios de la Magistratura, núm. 6, Instituto de la Judicatura Federal, México 2009.
- MARTÍNEZ CISNEROS, Germán, *Los delitos de delincuencia organizada y el sistema de justicia penal acusatorio. ¿Coexistencia conflictiva?*, disponible en [http://www.sociedaddelhonorjudicial.org/pdfs/DELINC_ORGAN_Y_SISTEMA_ACUSATORIO_COEXISTENCIA.pdf], visitado en 2012-02-20.
- MELO REGHELIN, Elisangela, «Entre terroristas y enemigos», Israel Alvarado Martínez (tr.), *Anales de Jurisprudencia*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, T. 297, VIII época, enero-febrero 2009.
- MEZA FONSECA, Emma, «Principio acusatorio y de oralidad en los juicios relativos a los delitos de delincuencia organizada», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 27, 2009.
- NACIONES UNIDAS, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*. Naciones Unidas A/HRC/17/30/Add.3. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo Asamblea General Distr. General, 18 de abril de 2011, Consejo de Derechos

Humanos, 17° período de sesiones, Tema 3 de la agenda.

ORDAZ, Pablo *El País*, archivo, domingo, 23 de noviembre de 2008, «Entrevista: Eduardo Medina Mora, Procurador general de la República. “El crimen organizado estaba tocando a las puertas del Estado”», 2008-11-23, disponible en [http://elpais.com/diario/2008/11/23/internacional/1227394806_850215.html], consultada en 2012-02-12.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Specialised Anti-Corruption Institutions. Review of models. Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia*, Oecd Publications, Francia 2008.

SFERLAZZA, Ottavio, *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*, Fontamara/CEPOLCRIM/*Aquest a terra*, Colección doctrina jurídica contemporánea, núm. 31, México 2011.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, Poder Judicial, políticas judiciales y corrupción, disponible en [http://mirror.undp.org/magnet/docs/efa/GIT2000Beyond/present%20vargas.htm], visitada en 2011-08-02.

RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN, OPERACIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LA REFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA*

BREVE PRESENTACIÓN DEL CASO COLOMBIANO

Carlos Andrés GUZMÁN DÍAZ**

Resumen

La presente disertación tiene como objetivo mostrar cuál ha sido el contexto social en el que se ha producido la concepción, implementación y desenvolvimiento del sistema penal acusatorio en Colombia.

Abstract

This dissertation aims to show what was the social context in which there has been the design, implementation and development of the criminal adversary system in Colombia.

Palabras clave

Colombia, derecho penal, violencia, narcotráfico, implementación sistema acusatorio.

Introducción

Innegable resulta la época de violencia que ha soportado Colombia en décadas recientes. Por ello resulta interesante abordar el momento histórico en que el país decidió implementar un proceso penal que, para algunos, ha resultado innecesariamente garantista respecto de quienes atentan contra los bienes jurídicos colectivos y particulares.

* Ponencia presentada en el seminario taller “Programa de capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en audiencias Previas”, celebrado en la ciudad de México en octubre de 2012.

** Abogado, Magister en *Ciencias Penales* de la Universidad Externado, Juez Penal Especializado de Bogotá, Docente Universidad Militar Nueva Granada, Autor de varios textos jurídicos. carloguzman@rocketmail.com

Por ello, haremos una sencilla presentación de la situación de violencia y criminalidad ocurrida entre los años 2000 a 2010. Hemos centrado el estudio a estos años, pues fueron aquellos en que se produjo y materializó la transición en el modelo de enjuiciamiento de corte adversativo.

1. Factores criminógenos más relevantes en los últimos tiempos

Sin pretender hacer un análisis estrictamente sociológico – pues desbordaríamos el objeto de la exposición – se puede afirmar que el impacto mayor en tratándose de los delitos de común ocurrencia, se deriva de cuatro grupos: i. estructuras organizadas de narcotráfico (carteles); ii. grupos subversivos; iii. grupos paramilitares; y iv. delincuencia urbana común.

i. Estructuras organizadas de narcotráfico

La muerte del sanguinario Pablo Escobar Gaviria y la captura de los hermanos Miguel y Gilberto Rodríguez Orejuela a mediados de la década de los años noventa, puso fin a dos de los más grandes carteles de la droga que ha conocido Colombia¹.

¹ Diario El País de Cali. [<http://historico.elpais.com.co/paisonline/notas/Octubre012006/narco.html>], consultado en diciembre de 2012.

Sin embargo, a partir de allí pequeños grupos heredaron las rutas de exportación de sustancias ilícitas hacia los Estados Unidos de América y Europa.

Con el pasar de los años, adquirieron gran renombre los carteles del Norte del Valle y de la Costa. Sus estrategias, menos ostentosas que las de sus predecesores pero aun bastante crueles, llegaron a tener mucha repercusión y siguieron siendo un foco fuerte de delitos asociados al narcotráfico, como el homicidio, secuestro, tráfico de armas, lavado de activos, desplazamiento forzado, entre otros.

Particularmente, durante la segunda mitad de la década 2000-2010, se gestó una lucha entre dos grupos del cartel del Norte del Valle: “Los Machos” y “Los Rastrojos”. Ambos disputaban la supremacía en el negocio en partes considerables del territorio nacional y las rutas de envío al exterior. Fue sólo hasta el pasado año que dicha guerra concluyó con la captura de los últimos líderes de la organización².

² También se produjo la muerte de otros líderes y la entrega voluntaria de varios de sus integrantes. *C.fr.* [<http://www.semana.com/nacion/articulo/avanza-entrega-rastrojos/266725-3>], consultado en diciembre de 2012.

*“la configuración
normativa de la Ley
906 de 2004 tenía
previsto juicios
singulares”*

La guerra produjo numerosas muertes entre ellos, a lo cual debe

A continuación un gráfico que muestra la variación de la cantidad de droga incautada

sumarse una decidida lucha en contra del narcotráfico por parte de los últimos gobiernos, de tal suerte que siempre se ha notado una tendencia a incrementar la cantidad de droga incautada, como se ve a continuación. No es de extrañar que tales incautaciones pudieran ser fuente de más muertes, pues suele ocurrir que los envíos infructuosos sean atribuidos a algún delator.

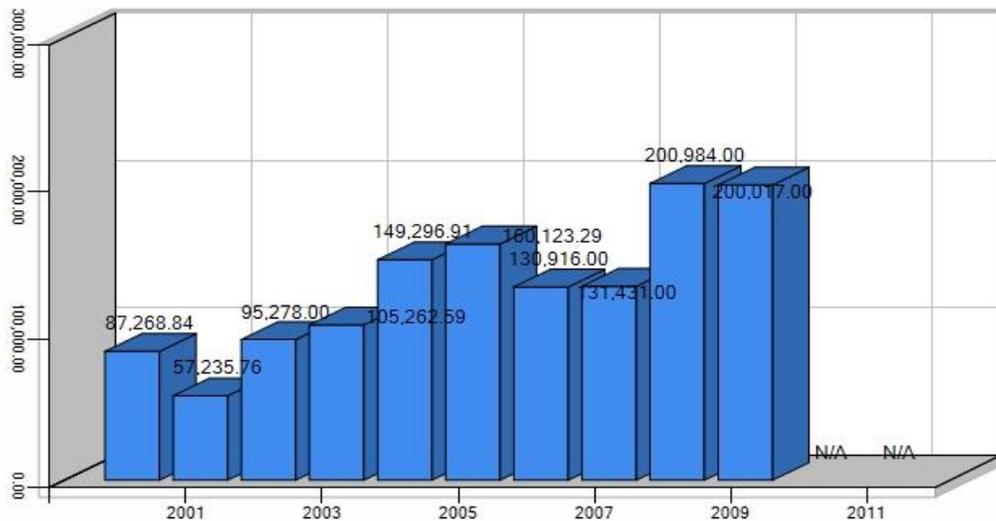


Gráfico No. 1. Droga incautada expresada en kilogramos³.

³<http://www.oas.org/dsp/Observatorio/database/countriesdetails.aspx?lang=es&country=COL>, consultado en octubre de 2012.

ii. Grupos Subversivos

El conflicto armado en Colombia se puede remontar a la década de 1950, cuando un grupo de campesinos se alzó en armas en contra del gobierno nacional. Las cosas en todos estos años han cambiado considerablemente. Aunque se afirma que no con los ideales iniciales, hoy subsisten en Colombia dos grupos guerrilleros.

El primero de ellos, las Fuerzas Armadas Revolucionarias FARC, inician la década pasada fortalecidas militarmente tras un fallido proceso de paz promovido en 1998 por el entonces presidente Andrés Pastrana Arango, el cual incluía una amplia zona del territorio colombiano “despajada”, es decir, sin presencia del Estado y sólo ocupada por los habitantes y el grupo subversivo.

Nunca es fácil determinar cuántos miembros tiene la guerrilla, pero se calcula que en el año 2002, las FARC contaban alrededor de 26.000 hombres. Durante el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez se fortalecen las fuerzas militares. De la misma forma, durante esos años han tomado relevancia como parte del conflicto armado las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia. Esta circunstancia recrudece las condiciones bélicas y el grupo

guerrillero, según se afirma⁴, se vio reducido a 8.000 miembros en el año 2010.

Durante esta década, las FARC realizaron actos que han sido calificados como terroristas, tales como la Masacre de Bojayá, donde murieron más de setenta civiles; el ataque al pueblo andino de Toribío Cauca; el secuestro de doce diputados del departamento del Valle del Cauca, de varios gobernantes locales y de la candidata a la presidencia Ingrid Betancourt, entre otros⁵.

Por su parte, el Ejército de Liberación Nacional ELN, según algunos datos⁶, contaba entre sus filas para comienzos de esa década con 4000 hombres, y al finalizar con aproximadamente 1500. A pesar de su menor número, las actividades delictivas están fuertemente asociadas al secuestro. Se calculaba que entre los años 2000 a 2007 este grupo había

⁴[<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo200312-farc-solo-le-quedan-8000-hombres>], consultado en diciembre de 2012.

⁵[<http://www.elmundo.es/accesible/america/2012/10/18/colombia/1350529868.html>], consultado en diciembre de 2012.

⁶[<http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-215214-farc-y-eln-tienen-menos-de-10000-integrantes-dice-el-gobierno>], consultado en diciembre de 2012.

ejecutado 3293 secuestros⁷, múltiples ataques a oleoductos⁸ y sembrado minas antipersona para proteger las zonas de cultivo de coca⁹.

iii. Autodefensas Unidas de Colombia.

Si ha resultado compleja la cuantificación del número de guerrilleros, tampoco ha sido fácil establecer cuántos miembros de grupos paramilitares han existido. El más representativo, las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, tuvieron su origen en la década de 1980 que, subsidiadas por ganaderos o hacendados, pretendían defender los predios de los grupos guerrilleros.

Al finalizar la década de los noventa, sus miembros se calculaban en 8.000. Sin embargo, el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2008) planteó la opción de abrir un marco jurídico denominado Ley de Justicia y Paz que en el año 2005

permitió la desmovilización de 31.671 integrantes de las AUC¹⁰.

Durante ese lustro el referido grupo paramilitar ejecutó la masacre de El Salado, la masacre de Macayepo, la masacre de Chengue y la de San José de Apartadó¹¹. Además logró el control de ciertas rutas del narcotráfico.

Cabe precisar que los combatientes que no depusieron sus armas, continuaron acciones delictivas bajo otras denominaciones como “Águilas Negras”, “ERPAC”, “Urabeños” o “Los Paisas”. Grupos que ejecutaban acciones relacionadas con extorsión a comerciantes y empresarios, así como el control de las rutas del narcotráfico, lo cual – como se insinuó previamente – devenía lógicamente en homicidios.

iv. Delincuencia Urbana Común

En las ciudades principales, el fenómeno delictivo también ha tenido trascendencia, pues organizaciones dedicadas al hurto, fleteo o expendio de sustancias alucinógenas han impactado en los índices de criminalidad.

⁷[<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4375732>], consultado en diciembre de 2012.

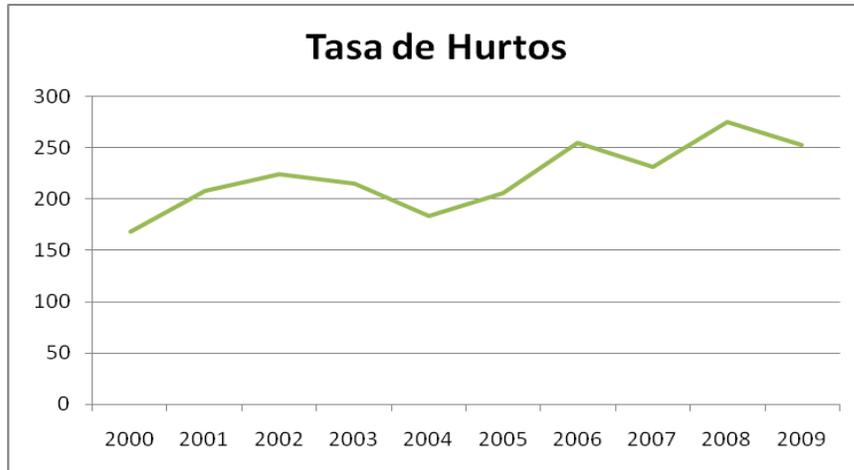
⁸[<https://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-4b.htm>], consultado en diciembre de 2012

⁹[http://www.acnur.org/index.php?id_pag=5079], consultado en diciembre de 2012.

¹⁰[http://www.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/documentos/2010/estu_tematicos/impacto_poli_segdemocratica.pdf, pág. 61], consultado en diciembre de 2012.

¹¹[<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4341911>], consultado en diciembre de 2012.

En lo que tiene que ver con el hurto mediante violencia o calificado, puede verse lo siguiente:



Grafica No. 2. Hurto por cada cien mil habitantes: fuente Policía Nacional

Como pasa de verse, el conflicto armado interno, sumado a las condiciones de escasa seguridad ciudadana, y sin desconocer otros fenómenos delictivos promovidos desde el mismo Estado¹², han incidido en las cifras de criminalidad y, para tomar un referente, bástenos con señalar el homicidio, el cual, aunque ha descendido, no dejó de ser alto en la década analizada:

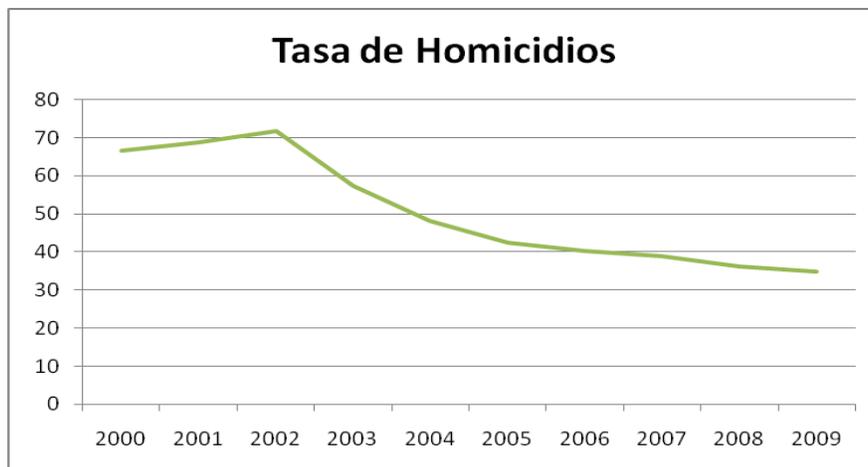


Gráfico 3. Homicidios por cada cien mil habitantes. Fuente INML

¹²[<http://www.semana.com/opinion/articulo/uribe-cpi-falsos-positivos/330353-3>], consultado en diciembre de 2012.

Como se observa, en el año 2002 Colombia tuvo la nada deleznable cifra de más de setenta homicidios por cada cien mil habitantes. Para dar una idea del dato, téngase en cuenta que México, durante los años 2000 a 2010, jamás superó los veinte homicidios por cada cien mil habitantes. Las razones para resaltar el año 2002 se complementarán más adelante.

2. Rasgos característicos del sistema de enjuiciamiento previo a la reforma penal.

Colombia había tenido durante buena parte de su existencia, un modelo de enjuiciamiento escritural, reservado, con una escasa división entre quien investiga y juzga.

La Fiscalía General de la Nación fue creada con la Constitución Política de 1991, con el propósito de cumplir una de esas tareas. En efecto, se le atribuyó la función de investigar y acusar a las personas respecto de quienes se tuvieran motivos para considerar que habían cometido un delito.

Sin embargo, tanto el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 le entregaron a la Fiscalía General de la Nación, no sólo la función de acusar, sino también la de ordenar capturas, imponer medidas de prisión (o detención) preventiva, y declarar preclusiones (cesación de procedimiento o sobreseimiento).

También en ese contexto, aunque se había declarado la existencia de un juicio público y contradictorio, lo cierto es que también se permitían conceptos tales como permanencia de la prueba y confrontación jurídica de los testigos. La escritura siempre fue un requisito, pues de cada cosa que se hacía, tanto en investigación o en juicio, debían elaborarse sendas actas de todo lo realizado.

Que la fase investigativa fuera totalmente reservada, y con un juicio que muchas veces se limitaba a repetir la deposición de los testigos ya escuchados – estando el juez en libertad de permitir su presentación en esta fase y de valorar lo dicho en aquella – hacía materialmente escasa la posibilidad de controvertir las pruebas de cargo y limitaba en demasía la inmediación del juez y el objeto de prueba.

3. El sistema penal de corte acusatorio.

Dadas las deficiencias expuestas previamente, mediante el Acto Legislativo No. 03 de 2002 se modificó la Constitución Política de Colombia con el propósito de integrar el modelo penal de tipo adversativo al procedimiento penal.

Como se puso de precedente en anterior oportunidad¹³, al diseñar el nuevo modelo penal se trazaron varios objetivos que hemos destacado de la siguiente manera:

- I. Hacer más eficiente el sistema penal;
- II. Perseguir y sancionar la criminalidad grave y organizada;
- III. Hacer más garantista el sistema penal;
- IV. Garantizar la atención a víctimas e Implementar el programa de justicia restaurativa;
- V. Prevalencia de la libertad, y
- VI. Disponibilidad de la acción penal.

Para tales propósitos, se expidió luego la Ley 906 de 2004, que fortaleció las condiciones que ya desde antes se habían implementado, tales como separación entre investigador y juzgador, defensa

¹³ GUZMÁN DÍAZ, Carlos Andrés, « ¿Se han cumplido los Objetivos que Justificaron la Reforma Penal en Colombia? », *Revista "Nova Iustitia". Revista digital de la reforma penal*, número 1, año I, Noviembre 2012. Disponible en [http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/Resource/1918/1/images/Revista_01.pdf]. En el mismo sentido: Corporación Excelencia en la Justicia. *Balance de los Primeros Cinco Años del Funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Embajada Británica. Bogotá 2011, p. 17

ininterrumpida y un cuerpo especializado de policía judicial.

Pero también fue esta la oportunidad en que se incorporó la figura del juez con función de control de garantías, quien realiza la verificación de la legalidad de la aprehensión, dirige la audiencia de imputación de cargos, determina la procedencia de la imposición de prisión preventiva y analiza la viabilidad de realizar ciertos actos de investigación que afecten derechos fundamentales.

De la misma manera, la controversia probatoria ahora encuentra un adecuado escenario en el descubrimiento que se realiza en la etapa intermedia, pero que se ve robustecido durante el juicio oral, en el cual debe ser desahogada toda la carga probatoria de las partes sin que, en principio, sea posible valorar algún tipo declaración previa, por lo que de paso se garantiza el principio de inmediación.

Se acompaña este modelo con un principio que asegura que las audiencias sean – por lo menos en la mayoría de los casos – públicas, de tal suerte que no habrá testigos, investigadores o peritos secretos o con reserva de identidad.

Así, el 1º de enero de 2005 se puso en funcionamiento el nuevo modelo penal, de forma gradual y por regiones hasta el año 2008 cuando

ya se implementó en todo el territorio nacional.

Como se ve de los datos previamente aportados, los años correspondientes a la propuesta del nuevo sistema hasta su plena vigencia, no fueron años fáciles, por el contrario, se trató de un periodo marcado por la reorganización del conflicto armado, y aunque ya no se veían los índices de violencia de décadas correspondientes a los ochenta o noventa, aún existían altas cifras de criminalidad - si se les compara con los de la región - determinadas fuertemente por las organizaciones delictivas.

En anterior oportunidad, realizamos un somero análisis sobre los fines de la reforma y lo alcanzado luego de pasados siete años, con un balance relativamente positivo.

4. Riesgos y dificultades asociadas con el nuevo modelo

Un modelo que, como se vio previamente, procura hacerse más garantista, trae consigo mayores retos y justifica incrementar los esfuerzos institucionales para respetar dichos postulados.

Puede afirmarse también, que estas aspiraciones están conectadas inescindiblemente con la posibilidad de llevar a juicio a quienes ejecutan conductas relacionadas con el crimen organizado. La experiencia en el enjuiciamiento de esta clase de

conductas, ha mostrado una serie de dificultades que pueden ser presentadas de la siguiente forma:

- Riesgo para los testigos. No es de extrañar que las organizaciones delictivas atenten contra la vida de las personas que declararán en su contra. Los testigos usualmente no cuentan, ni con hábitos de autoprotección, ni de algún tipo de resguardo estatal. Las salas de audiencias son lugares a los que acceden muchas personas, a veces anónimas. Estas y otras circunstancias derivan en una alta vulnerabilidad.

- Permeabilidad de los servidores. El poder de corrupción de las organizaciones criminales es alto, por tanto uno de los mayores riesgos es que desde policía judicial, hasta jueces, pasando por fiscales y peritos se vean tentados a sucumbir ante las fuertes sumas de dinero que puedan ofrecérseles.

- Complejidad de ciertos territorios. Colombia se encuentra dividida en cinco regiones: andina, pacífico, Caribe, llanos orientales y Amazonía. Llegar a alguna de estas zonas del país suele no ser tarea fácil. Laboratorios y cultivos de coca se ubican en lugares donde la presencia del Estado es nula. Las embarcaciones que transportan droga se sitúan en aguas territoriales bastante distantes de los puertos. Estas y otras circunstancias dificultan el cumplimiento de los términos para

formalización de la captura, legalización de actos de investigación o procedimientos con fines de comiso.

- Escasas herramientas investigativas. Uno de los mayores inconvenientes que existen en materia de investigación criminal, no sólo asociada al conflicto armado o al crimen organizado, sino a todas las categorías delictivas, son los limitados recursos con que cuentan los cuerpos de policía judicial. La falta de implementos o de medios para ejecutar sus labores se ha convertido en algo endémico. Es tal vez el principal cuello de botella del sistema penal en la actualidad.

- Indeterminación legal para procedimientos complejos. La construcción del sistema penal acusatorio posiblemente fue concebida para el caso aislado, el homicidio, el hurto o las lesiones. Delitos de ocurrencia importante, pero que deja por fuera la forma en que deben llevarse a cabo las investigaciones o los juicios donde hay que procesar diez o quince personas en forma coetánea, con igual número de abogados y acaso con un número importante de víctimas. Los términos procesales, hasta hace poco tiempo, se contabilizaban igual que si se tratase del hurto simple, sin importar el número de personas que intervenían durante el juicio.

- Uso de la evidencia y agotamiento de cadena de custodia.

Las viejas prácticas no nos tiene acostumbrados a la adecuada utilización de la evidencia en juicio, hecho que se torna más embarazoso cuando se pretende utilizar los medios de conocimiento en juicios con múltiples personas y, especialmente, en aquellos casos donde esa pluralidad de acusados no comparecen al mismo juicio. Vamos a ejemplificar lo dicho: se ha afirmado que la razón de ser de la cadena de custodia es preservar la evidencia desde su hallazgo hasta su utilización en juicio, pero ¿qué pasaría si son varios juicios donde se va a presentar la misma evidencia? Si en la primera audiencia se precisa romper el contenedor, ¿ya no tendría validez para las siguientes?

- Hallazgo y manipulación de evidencias digitales. Las organizaciones criminales y, particularmente, quienes intervienen en el conflicto armado no internacional (como en el caso colombiano) deben comunicarse de alguna forma.

El teléfono ya dejó de ser el aliado al transmitir un mensaje, pues ya resulta muy limitado, en tanto no permite enviar imágenes o archivos multimedia. Por eso, en la actualidad se han desarrollado, además del internet, otros sistemas de transmisión de datos que exigen de la destreza del investigador y la tecnología para tal fin.

De la misma manera, es necesario contar con el conocimiento que permita recuperar la evidencia digital, pues para su fijación y aseguramiento existen unos protocolos, cuya desatención genera – y ha generado¹⁴– serios problemas de confiabilidad en los medios de conocimiento.

- Pruebas en el exterior. Finalmente, debe precisarse que las organizaciones criminales han adquirido una connotación transnacional, lo que hace que las evidencias se deban recopilar en diferentes lugares del mundo. Europa, Asia, las Américas e incluso en África son lugares donde diferentes grupos delictivos (narcotraficantes, grupos guerrilleros, red de venta de objetos hurtados, trata de personas, entre muchos otros), pueden tener su accionar,

¹⁴ Como en el caso donde se recopilaron unas evidencias digitales en el campamento de Raúl Reyes que, además del lugar donde fueron recogidos (Ecuador), han generado reproches al obtener la imagen forense indebidamente, tanto por Interpol, como por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en tanto fueron manipulados por los organismos que hallaron los dispositivos.

[http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Otros/informe_interpol.pdf], consultado en diciembre de 2012.

contar con aliados, víctimas o con recursos.

Este listado, simplemente enunciativo, permite entrever que una situación de violencia, no es suficiente con el conocimiento adecuado de las disposiciones, sino de herramientas y – especialmente – una actitud creativa que permita superarlas. A continuación algunas de las alternativas desde la experiencia colombiana.

5. Estrategias emprendidas para superar las dificultades

Ya se han detectado algunos de los principales problemas asociados a la criminalidad organizada o que toma parte en el conflicto armado, por lo que es necesario identificar algunas – pero no las únicas – estrategias que se han asumido para superarlas:

- Fortalecimiento del Programa de Protección a Víctimas y testigos. Ante una delincuencia organizada, no puede existir una justicia desorganizada. Uno de los principales retos consiste en crear o fortalecer el Programa de Protección a Víctimas y Testigos, dotándolo de herramientas suficientes que permitan brindarle a éstos las garantías de subsistencia mínimas durante un periodo determinado, bien en la misma ciudad o reubicándoles dentro o fuera del país. De igual manera, el programa debe garantizar – para una coherencia del sistema – que los

testigos comparezcan oportunamente cuando sean requeridos por la administración de justicia.

- Creación de Grupos de Contrainteligencia. Es necesario crear en los cuerpos investigativos, estructuras que permitan hacer sondeos de situaciones de riesgo sobre casos de corrupción y actuar oportunamente. No puede permitirse la absolución por la supresión de evidencia o la amenaza de eventuales testigos. Ya sería demasiado tarde. Por eso es importante contar con información útil y a tiempo que permita tomar las determinaciones correspondientes sobre el curso de una investigación.

- Reasignación de casos a diferentes territorios. La complejidad del territorio y la necesidad de restringir los actos de corrupción o de intimidación en contra de funcionarios, ha aconsejado en no pocas oportunidades trasladar los expedientes, usualmente a las capitales o regiones donde la infraestructura permita atender adecuadamente la investigación y el juzgamiento. A la par con esto, se debe garantizar el traslado de los acusados, de los testigos y de alguna forma mantener contacto con el lugar de ocurrencia de los hechos para garantizar la publicidad de la justicia

hacia la sociedad que se vio perjudicada¹⁵.

- Fortalecimiento de herramientas investigativas como la entrega vigilada y los agentes encubiertos. La Convención de Palermo de las Naciones Unidas del año 2000 sobre la delincuencia organizada¹⁶ recomienda estas dos actividades investigativas. Sin confundirlas con formas impropias tales como el entrapamiento o la instigación, la entrega vigilada y las operaciones bajo cubierta permiten ingresar a las vísceras de la organización criminal y obtener información que conduce a la oportuna identificación de los miembros, la forma de operar, la fuente de los recursos, la destinación de las utilidades, los lugares donde ejecutan los delitos y la clase de comportamientos que a la par del principal pueden desarrollar. Datos que, luego de un adecuado test de

¹⁵ En el contexto de la ya mencionada Ley de Justicia y Paz, en casos relacionados con homicidios, masacres, desplazamiento o desaparición forzada, se obliga a habilitar salas de audiencias en los municipios donde hayan tenido ocurrencia tales hechos, en los cuales tienen espacio preferente las víctimas de esas conductas.

¹⁶ Disponible en [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf]

proporcionalidad¹⁷, no podría obtenerse de otra forma.

- Modificación a las leyes para facilitar juicios complejos. Como se anticipaba, la configuración normativa de la Ley 906 de 2004 tenía previsto juicios singulares, por lo que fue necesario introducir en el año 2010 una reforma orientada a ampliar los términos procesales para los casos en que existieran más de cinco personas sometidas a un juzgamiento. De lo contrario, llegaríamos al absurdo de considerar que los tiempos procesales son iguales para el simple hurto, que para la comercialización transnacional de sustancias estupefacientes.

- Criterios de Oportunidad. Si se quieren buscar métodos eficientes para lograr la desarticulación de la delincuencia organizada, se precisa – a la par de las herramientas investigativas previamente enunciadas – de mecanismos que permitan otorgar mayores beneficios a quienes demuestren su intención de

¹⁷ Este tipo de actos de investigación, dado que inciden en garantías fundamentales, deben pasar por un juez con función de Control de Garantías, quien debe evaluar la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y la estricta proporcionalidad) del acto. V. gr. Sentencias C-591 de 2005 y C-336 de 2007 de la Corte Constitucional de Colombia.

colaborar con la justicia. Incluso esas prerrogativas pueden llegar a la inmunidad (parcial, de uso o derivativa, según el caso)¹⁸. Debe advertirse que no se colabora solamente delatando, sino también cuando se da cuenta de los bienes, su origen, lugar donde se han ocultado o destinación del producto de los actos delictivos, etc.; por esa vía también se deben conceder beneficios jurídicos. Piénsese que lo que legitima en muchas ocasiones al grupo delictivo ante sus semejantes es la capacidad económica como manifestación de poder: sin ella, no podrían desarrollar actos delictivos.

- Estandarización de procesos en el hallazgo, recopilación, fijación y extracción de evidencia digital. Como se decía, el conflicto armado y el crimen organizado han demandado del uso de nuevas tecnologías, cada vez más sofisticadas, cada vez más difícil de acceder a ellas por los métodos tradicionales (intervención telefónica, por ejemplo).

Por tal motivo, deben mejorarse las destrezas de los investigadores (determinar las direcciones IP de los remitentes, conocer qué actos de investigación se requieren para

¹⁸ Sobre este tema, BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, et al. *Principio de Oportunidad. Bases Conceptuales para su Aplicación*. Fiscalía General de la Nación. Bogotá 2010. Disponible en www.fiscalia.gov.co

obtener una información de *hotmail*, *facebook*, *skype*, etc.); tener una legislación tan consistente como flexible al avance de los medios de comunicación individuales; contar con la tecnología que permita realizarlo; generar convenios internacionales, tanto con los gobiernos en donde se encuentran alojados los servidores o sitios web que administran tales recursos, como con las propias empresas; entre muchas otras posibilidades.

Pero necesariamente, se deben conocer los protocolos para la recopilación de evidencia digital, particularmente saber qué hacer cuando se halle un dispositivo de almacenamiento (memorias usb o flash drive, computadores, teléfonos móviles, cámaras, etc), si están encendidos o no, qué es lo que resulta útil de ellos, saber extraer la imagen forense, cómo clasificar la información que puede haber allí y, sobretodo, cómo utilizarla en juicio¹⁹.

- Incorporación de nuevas tecnologías para la recepción de testimonios en territorios apartados o

¹⁹ Sobre el particular, en nuestro país hemos diseñado y estamos impartiendo una capacitación orientada a la mejora de dichas destrezas, dirigida no sólo a los investigadores, sino a los jueces y fiscales, pues también se ha percibido un desconocimiento de la forma en que puede usarse durante una audiencia pública.

en el exterior. La internacionalización del conflicto armado y la globalización de las organizaciones criminales, así como el fortalecimiento de los programas de protección a víctimas y testigos ha generado la necesidad de apoyarnos cada día más en recursos tecnológicos para la realización de audiencias. La inmediatez y la garantía de la controversia a los testigos impone la obligación de contar con ellos como si estuvieran en sala. Los métodos tradicionales de Cartas Rogatorias y Exhortos ya no son suficientes como cuando se enviaban simples cuestionarios sin posibilidad de aclarar o repreguntar. Por esa razón, hoy día es necesario adecuar las salas para video conferencias, al estilo *polycom*, o *skype*. De esta manera, aunque con ciertas prevenciones, se puede garantizar el principio de inmediatez y el de contradicción.

- Finalmente, es importante revisar las prácticas sobre cadena de custodia, pues en casos de crimen organizado es necesario, aún después del juicio preservar la evidencia. Por tal motivo, se debería solicitar al juez la posibilidad de mantener la cadena de custodia así el tiempo de los debates haya sido superado. En consecuencia, la apertura del contenedor de la evidencia debe quedar claramente documentada y su custodia podría continuarse en ese mismo instante. De esta forma se

garantiza su uso continuo para los juicios de los restantes copartícipes.

Como se ha expuesto a lo largo de este documento, aún cuando las circunstancias se muestren difíciles, es posible adoptar un modelo que redunde, no en la mejora de las condiciones del delincuente, sino que respete en forma adecuada los derechos de todos los ciudadanos. No se precisa de un derecho procesal tan diferenciado en contra del crimen organizado, como para sacrificar nuestras propias garantías.

El derecho penal de carácter liberal, que tanto costó a la humanidad, no puede romperse al a veces no tan racional fenómeno denominado “opinión pública”, la que, en palabras de la doctrina más autorizada “somete a los poderes públicos a una presión para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al derecho, y al derecho penal en particular, reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en esos debates públicos obre problemas sociales relevantes”²⁰.

Parafraseando a RAWLS, la racionalidad y legitimidad del Estado depende del respeto por las reglas de

juego²¹, lo cual puede perfectamente predicarse también de la política criminal. Aquí, las reglas de juego están dadas por un modelo con unos mínimos componentes como para ser denominado acusatorio, entre ellos, la independencia entre quien acusa y juzga, excepcionalidad en la prisión preventiva, incorporación pública de las pruebas, intermediación de esos medios de conocimiento ante el juez, plena confrontación y contradicción de las pruebas, así como la libertad en su valoración²².

Si Colombia, en medio de la compleja situación de principios de siglo, pudo avanzar en ese sentido; ¿por qué en otras latitudes ello resultaría impensable?

Fuentes consultadas

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, GUZMAN DÍAZ, et al. *Principio de Oportunidad. Bases Conceptuales para su Aplicación*. Fiscalía General de la Nación. Bogotá 2010. Disponible en www.fiscalia.gov.co
Corporación Excelencia en la Justicia. *Balance de los Primeros Cinco Años*

²¹ RAWLS, John, *Two Concepts of Rules*. *Philosophical Review*. Vol. 64, 1995, p. 31.

²² MONTERO AROCA, Juan, *Principio Acusatorio y Prueba en el Proceso Penal*. En “Prueba y Proceso Penal”. Tirant Lo Blanch. Valencia 2003, p. 23.

²⁰ DIEZ, José Luis, *Política Criminal y Derecho Penal. Estudios*. Ediciones Tirant Lo Blanch. Valencia 2003, p. 62.

- del Funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia.* Embajada Británica. Bogotá 2011.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-591 de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336 de 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos.
[<https://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-4b.htm>], consultado en diciembre de 2012.
- Diario El Espectador.
[<http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-215214-farc-y-eln-tienen-menos-de-10000-integrantes-dice-el-gobierno>], consultado en diciembre de 2012.
- Diario El Espectador.
[<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo200312-farc-solo-le-quedan-8000-hombres>], consultado en diciembre de 2012.
- Diario El Mundo.
[<http://www.elmundo.es/accesible/america/2012/10/18/colombia/1350529868.html>], consultado en diciembre de 2012.
- Diario El País de Cali.
[<http://historico.elpais.com.co/paisionline/notas/Octubre012006/narco.html>], consultado en diciembre de 2012.
- Diario El Tiempo.
[<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4341911>], consultado en diciembre de 2012.
- Diario El Tiempo.
[<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4375732>], consultado en diciembre de 2012.
- DIEZ, José Luis, *Política Criminal y Derecho Penal.* Estudios. Ediciones Tirant Lo Blanch. Valencia 2003, p. 62.
- El Abedul.
[http://www.elabedul.net/Documents/Temas/Otros/informe_intropol.pdf], consultado en diciembre de 2012.
- GUZMÁN DÍAZ, Carlos Andrés, «¿Se han cumplido los Objetivos que Justificaron la Reforma Penal en Colombia?» *Revista "Nova Iustitia". Revista digital de la reforma penal*, número 1, año I, Noviembre 2012. Disponible en [http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/Resource/1918/1/images/Revista_01.pdf]
- [<http://www.oas.org/dsp/Observatorio/database/countriesdetails.aspx?lang=es&country=COL>], consultado en octubre de 2012.
- MONTERO, Juan, *Principio Acusatorio y Prueba en el Proceso Penal.* En "Prueba y Proceso Penal". Tirant Lo Blanch. Valencia 2003, p. 23.

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Crimen.
[[http://www.unodc.org/docu-
ments/treaties/UNTOC/Publication
s/TOC%20Convention/TOCeboo
k-s.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf)]

Oficina del Alto Comisionado de las
Naciones Unidas para los
Refugiados.
[[http://www.acnur.org/index.ph
p?id_pag=5079](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=5079)], consultado en
diciembre de 2012.

Programa Presidencial para la
Protección de los Derechos
Humanos.
[[http://www.derechoshumanos.
gov.co/Observatorio/Publicacion
es/documents/2010/estu_tematic
os/impacto_poli_segdemocratica
.pdf](http://www.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/documents/2010/estu_tematicos/impacto_poli_segdemocratica.pdf)], pág. 61. Consultado en
diciembre de 2012.

RAWLS, John, *Two Concepts of Rules*.
Philosophical Review. Vol. 64,
1995, pág. 31.

Revista Semana.
[[http://www.semana.com/nacio
n/articulo/avanza-entrega-
rastros/266725-3](http://www.semana.com/nacion/articulo/avanza-entrega-rastrojos/266725-3)], consultada
en diciembre de 2012.

Revista Semana.
[[http://www.semana.com/opinio
n/articulo/uribe-cpi-falsos-
positivos/330353-3](http://www.semana.com/opinion/articulo/uribe-cpi-falsos-positivos/330353-3)], consultada
en diciembre de 2012.

FORMAS ANTICIPADAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO: ASPECTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO, ACUERDOS REPARATORIOS Y LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO A PRUEBA *

Jorge Arturo GUTIÉRREZ MUÑOZ**

Sumario: Presentación; I. El principio de oportunidad en la persecución penal. II. Los acuerdos reparatorios: A. Introducción; B. Trámite, 1. Oportunidad, 2. Procedencia, 3. Solicitud, 4. Control judicial, 5. Integración del consentimiento, 6. Cumplimiento; C. Efectos, 1. Del cumplimiento, 2. Del incumplimiento; D. Consideraciones finales. III. La suspensión condicional del proceso a prueba: A. Introducción; B. Trámite, 1. Oportunidad, 2. Procedencia, 3. Solicitud, 4. Control judicial, 5. Cumplimiento de las condiciones; C. Efectos, 1. Del cumplimiento, 2. Del incumplimiento; D. Consideraciones finales. IV. El procedimiento abreviado: A. Introducción; B. Trámite, 1. Oportunidad, 2. Procedencia, 3. Solicitud, 4. Control judicial, 5. Sentencia; C. Efectos; D. Consideraciones finales; Fuentes consultadas.

Presentación

En la tónica del “Programa de Capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en Audiencias Previas”, descrito en diverso documento, corresponde ahora atender las formas anticipadas de terminación del proceso penal acusatorio y oral: sean *modos alternativos*, como el acuerdo reparatorio o la suspensión condicional del proceso a prueba; o bien, *procedimientos especiales* como el abreviado.

* Ponencia presentada en el seminario taller “Programa de capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en audiencias Previas”, celebrado en la ciudad de México en octubre de 2012.

** Licenciado y Maestro en *Derecho* con mención *Cum Laude* por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Se ha desempeñado como Juez de Garantía del Distrito Judicial Morelos del Estado de Chihuahua y como capacitador de jueces en diversas entidades federativas. Actualmente es Profesor-Investigador en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Resulta necesario abordar las mencionadas formas anticipadas de terminación del proceso, para entender de manera cabal el esquema procedimental acusatorio, que se presenta como un abanico de mecanismos e instrumentos orientados a dar respuestas más adecuadas a los objetivos propuestos: el ejercicio normado del derecho sancionador del Estado, con respeto a las garantías esenciales de todos los involucrados, para otorgar soluciones de calidad a los conflictos sociales de relevancia que ingresan al sistema.

Un común denominador a las diferentes formas anticipadas, es que en todas ellas interviene el juez de control; asimismo, algunas de las formas en comento, se presentan como una respuesta diversa a la persecución penal tradicional, que busca aplicación de una consecuencia jurídica del delito, en la mayoría de los casos privativa o restrictiva de libertad. Estos mecanismos son en concreto los denominados modos alternativos de terminación del proceso, como los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento, también llamada suspensión del proceso a prueba¹.

¹ En efecto, Mauricio Duce sostiene que los mencionados institutos *"comparten la característica de representar respuestas alternativas del sistema frente a*

Dentro de las formas anticipadas de terminación del proceso, nos podemos percatar que los modos alternativos se sustentan en el Derecho Penal *del conflicto*, en contraposición al Derecho Penal *de la infracción*, en virtud de que, la intervención del Estado tiene como propósito solucionar los conflictos que puedan suscitarse entre las personas y no buscar la imposición de la pena como medio para asegurar el orden social, sino buscando ser un elemento equilibrador de los conflictos. Lo que interesa es la reparación del daño frente al ejercicio de la violencia, que emane directamente del poder punitivo del Estado, bajo el ropaje del Derecho Penal del conflicto, que pretende evitar que se llegue a la aplicación del

cierta categoría de casos y eso hace que tengan una dinámica diferente a otros mecanismos de simplificación procesal o de selección de casos...", para lo cual interpreta la alternatividad, al señalar que: *"...ambas instituciones representan respuestas diferentes del sistema frente a los casos que abarcan en comparación a la resolución normal de los mismos (juicio y eventual condena o absolución)"*. En Duce, M., *"La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal"*, en El Nuevo Proceso Penal, varios autores. Cuadernos de Trabajo N°2 Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, marzo 2000, p. 140.

poder punitivo, el que se concibe como *ultima ratio essendi*, al presentarse como derecho penal reparador y no sancionador.

I. El principio de oportunidad en la persecución penal

El sistema de justicia penal mexicano parte del principio de legalidad en la persecución penal, conforme al cual, cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la existencia de un hecho que revista caracteres de delito, investigará el hecho y, en su caso, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley².

² Artículos 165, de la Iniciativa del Presidente de la República, con proyecto de decreto para expedir el nuevo Código Federal de Procedimientos Penales (ICFPP); 222 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California (CPPBC); 161 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas (CPPChis); 223 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua (CPPChih); 229 del Código Procesal Penal del Estado de Durango (CPPDur); 225 de la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato (LPPGto); 6 del Código Procesal Penal para el Estado de Hidalgo (CPPHgo); 235 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (CPPEMex); 177 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán de Ocampo (CPPMich); 219 del Código de

Dicho lo anterior, la oficiosidad se manifiesta tanto en la jurisdicción como en el ejercicio de la acción penal, ya que su titular exclusivo era el Estado, sin que pudiera pensarse en un principio de oportunidad, conforme a una directriz política utilitaria de conveniencia, de lo cual resulta que una gran cantidad de hechos típicos denunciados o puestos en conocimiento de la autoridad policial o ministerial quedan registrados en la actividad preliminar y no se persiguen por simple desidia o porque es prácticamente imposible realizarlo con los recursos que cuentan los órganos competentes. De lo expuesto se advierte que no es posible ejecutar el principio de legalidad en la persecución penal en términos totales.

En contraposición al principio de legalidad, aparece el principio de oportunidad en el Derecho inglés,

Procedimientos Penales del Estado de Morelos (CPPMor); 245 del Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León (CPPNL); 216 del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca (CPPOax); 288 del Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla (CPPPue); 233 del Código Procesal Penal Acusatorio para el Estado de Tabasco (CPPTab); 212 del Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán (CPPYuc); y 246 del Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas (CPPZac).

posteriormente adoptado en la Unión Americana y más delante en los países latinoamericanos, conforme al cual, el Ministerio Público realiza su actividad persecutoria a través de diversos instrumentos que le faciliten la eficiencia en cuanto a número de procesos y complejidad, con los recursos materiales y personales de la administración de justicia en general.

Así expuesto, los instrumentos procesales que emanan del principio de oportunidad, buscan *evitar la judicialización del asunto*, a través de los criterios de oportunidad (que no serán tema del presente artículo); *evitar la emisión de una sentencia*, en virtud de la celebración de acuerdos reparatorios o la suspensión condicional del proceso; o bien, *evitar el juicio*, valiéndose de procedimientos especiales, como el abreviado. En los siguientes apartados, se atenderán las figuras procesales en comento.

II. Los acuerdos reparatorios

A. Introducción

Los acuerdos reparatorios son un modo alternativo de terminación del proceso penal, en virtud de los cuales se puede extinguir la acción penal en cierta categoría de delitos, cuando exista entre la víctima y el imputado un acuerdo de reparación realizado en forma libre y voluntaria, aprobado por el juez de control a cargo del respectivo caso. Por su parte,

HORVITZ y LÓPEZ, señalan que “esta figura consiste, esencialmente, en un acuerdo entre el imputado y la víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente, y que, aprobado por el Juez de Garantía (de Control), produce, como consecuencia la extinción de la acción penal”³

Ahora bien, al tomar sus atributos del acto jurídico sustantivo, no obstante su naturaleza procesal, los acuerdos reparatorios perfectamente pueden estudiarse desde la óptica de sus elementos de existencia y los requisitos de validez para que produzca sus efectos a plenitud. Así las cosas, encontramos en la esencia de los acuerdos: a) el consentimiento, integrado por una oferta o propuesta y una aceptación; b) su objeto jurídico -directo e indirecto- y su objeto material; y c) la aprobación judicial, previo control. Elementos anteriores que deberán satisfacer diversos requisitos para estar en aptitud de valer jurídicamente, como son: a) la capacidad de las voluntades que integren el consentimiento; b) la libertad en dichas voluntades

³ HORVITZ, M. I., y LÓPEZ, J., *Derecho Procesal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago 2002, p. 353.

acordantes, ausentes de vicios que las vulneren; c) la posibilidad o viabilidad jurídica y material en el objeto del acuerdo –licitud y

factibilidad-; y d) la forma adecuada en su configuración, conforme a las exigencias de ley.

El siguiente cuadro nos permitirá apreciar lo anterior:

ACUERDO REPARATORIO	Elementos de existencia	Consentimiento	Oferta o propuesta	
		Objeto	Aceptación	
			Jurídico ⁴	Directo ⁵ Indirecto ⁶
	Aprobación judicial		Material ⁷	
	Conforme a la tutela jurisdiccional efectiva			
	Requisitos de validez	Voluntades capaces	Imputado	
		Voluntades libres	Víctima, ofendido o Ministerio Público	
			Sin vicios	Error Intimidación Lesión
	Viabilidad del objeto Forma	Jurídica –licitud– Material –Factibilidad– En audiencia judicial, pública y oral		

La aparición de esta figura procesal es producto de una tendencia moderna que reconoce a la víctima como ente relevante por sobre el interés del Estado en la función de la persecución penal de ciertos hechos con características de delito. Su finalidad, como forma de terminación anticipada del trámite, busca reconocer el interés preponderante de la víctima en aquellos delitos que afectan bienes que el

⁴ Implica la finalidad jurídica del acuerdo reparatorio.

⁵ Es el primer propósito jurídico del acuerdo reparatorio: resolver el conflicto que surge con motivo del delito; de suerte que, una vez cumplido se extingue la acción penal y se sobresee la causa.

⁶ Es el propósito derivado del anterior, entendido como medio para lograr el objeto directo; implica la naturaleza de las obligaciones contraídas: un dar, un hacer o una abstención.

⁷ Se refiere a la concreción fáctica del acuerdo. Su resultado en la naturaleza. Su concepción física. Es la cosa misma de la obligación.

sistema jurídico reconoce como disponibles, atendido su carácter patrimonial, se refuerza con la concepción que del acuerdo se tiene, de este modo alternativo que busca realzar los intereses concretos de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado, dentro de un sistema de procedimiento penal no destinado en exclusiva a la aplicación de penas, sino direccionado a la resolución de conflictos.

Conforme al carácter selectivo de los sistemas de justicia penal⁸, la implementación de los modos alternativos de terminación del proceso en el proceso penal, se encuentra íntimamente vinculada con la observancia del principio de legalidad procesal, el cual prescribe que frente a todo hecho ilícito penal que se produzca dentro de la esfera de atribuciones del tribunal, aquél debe ser conocido, juzgado y eventualmente sancionado por éste.

Frente a esto, la noción de modos alternativos (dentro de los cuales se encuentran los acuerdos reparatorios) constituye una especie de relativización o moderación de dicho principio, pues en el mundo de los hechos, no ocurre lo ordenado por dicho principio, toda vez que, operan de manera permanente criterios de

selectividad procesal, formales e informales, que determinan cuáles serán los casos que resultarán conocidos y juzgados. Así las cosas, resulta común observar que diversos autores, ejemplifican el funcionamiento del sistema de justicia penal a través de la figura de un embudo, en el cual, la parte ancha corresponde al total de delitos cometidos y la parte angosta al número final de casos que llegan a las instancias conclusivas del proceso penal, con una gran cantidad de estadios intermedios en donde se van descartando casos por las más diversas razones. Por lo anterior, podemos observar que los acuerdos reparatorios aparecen como una vía más para regular y consagrar la aplicación práctica de criterios de selección de casos, definidos de manera pública y transparente, en atención a las directrices de política criminal determinadas por los operadores jurídicos y políticos del sistema.

Por lo que hace a los derechos de las víctimas, en lo que interesa, y después de varios siglos de haberse excluido y olvidado a la víctima, principalmente a raíz del surgimiento del Estado moderno y su posterior consolidación⁹, la víctima se presenta de nuevo en un lugar central dentro del escenario del trámite penal,

⁸ DUCE, M., y RIEGO, C., *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Universidad Diego Portales, 2002, p.335.

⁹ *Ídem.*

habida cuenta que el nuevo procedimiento tiene, entre otros, como motivo conducto, el derecho a la reparación que tiene la víctima, en relación al cual, la ley procesal penal introduce figuras como los acuerdos reparatorios, que incorporan un reconocimiento explícito de este derecho a la reparación, entendido en un sentido amplio, es decir, no solamente como una restitución al estado que guardaban las cosas, previo a la actualización del hecho ilícito; sino también, como cualquier otra forma sustitutiva para compensar los perjuicios causados, ya sea a través de la prestación económica a su favor, de la prestación de algún, de la disculpa; o bien, de cualquier otra forma lícita y posible.

B. Trámite

1. Oportunidad

Las leyes procesales generadas en nuestro país, de manera homóloga señalan que “los acuerdos reparatorios procederán hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio oral...”, de suerte que, en atención al propósito que los acuerdos persiguen, se advierte la amplitud de concreción, en aras de posibilitar al imputado evitar el proceso penal y lo que ello significa. Al mencionar las leyes procesales “en cualquier momento”, se entiende como tal, la posibilidad de celebrar el

acuerdo reparatorio en las etapas de investigación e intermedia, con independencia de la fase o audiencia que en las mismas se verifique. Dicho lo anterior, podemos señalar que los acuerdos reparatorios son susceptibles de celebrarse: 1) en audiencia que *ex professo* se generó para tal efecto; 2) en la misma audiencia inicial, sin necesidad de haberse formulado la imputación o dictado el auto de vinculación a proceso; o, 3) en la audiencia intermedia, con antelación al dictado del auto de apertura de juicio oral; sólo por mencionar algunos supuestos, de manera enunciativa, más no limitativa. Los sujetos legitimados habrán de valorar el momento más conveniente para efectuar la solicitud, de conformidad a sus intereses y estrategias, aunque por los fines que persigue la figura, lo recomendable es que se promueva lo más pronto posible. La eficiencia de aquella, en cuanto a los objetivos que persigue, está en función de su utilización en la fase procesal más temprana.

En cuanto al último momento en que se puede presentar la solicitud, la ley es clara: hasta antes de decretarse el auto de apertura a juicio oral.

2. Procedencia

El imputado y la víctima podrán celebrar acuerdos reparatorios, que el juez de control aprobará o no, en

audiencia pública en la que escuchará sus planteamientos y verificará que el acuerdo es oportuno, procedente, lícito y posible, a fin de integrar el consentimiento de los sujetos procesales legitimados para acordar, sin vicios de la voluntad, como el error, la intimidación o la lesión; es decir, de manera libre y con pleno conocimiento de sus derechos. En este sentido, los acuerdos reparatorios deberán referirse a los hechos investigados que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, que habrán de ser categorizados por el legislador, en atención a un contexto de tiempo y espacio.

En consecuencia de oficio o a petición del agente del Ministerio Público, el Juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios que versaren sobre hechos diversos de los autorizados por la ley; asimismo, cuando la voluntad de los acordantes no apareciere libremente prestada; o bien, si existiere trascendencia social que torne necesaria la continuación de la persecución penal.

De lo ya expuesto, se advierte que la procedencia de los convenios reparatorios se deposita básicamente, en la conjunción de dos elementos esenciales: la existencia del acuerdo voluntario y libre entre los sujetos

legitimados¹⁰; y la necesidad que dicha convención recaiga sobre determinada categoría de hechos, predeterminada por el legislador. En caso de que no se cumpla con los requisitos establecidos por el legislador penal, o si exista trascendencia social, el juez de control respectivo deberá negar su aprobación. No obstante, se debe ser enfático al mencionar que, será suficiente la actualización de uno solo de los requisitos de procedencia y la ausencia de cualquier supuesto de improcedencia, siempre que el acuerdo se realice de manera oportuna, para que el juez de control apruebe la figura en estudio y produzca sus efectos legales, de lo que se aprecia que la actividad del juez tiene relación exclusivamente con el control de legalidad acerca de la observancia y concurrencia de los requisitos de procedencia del acuerdo y no respecto al mérito o conveniencia estratégica del modo alternativo en comento.

En cuanto a la ausencia de trascendencia social que debe revestir el hecho motivo del acuerdo, el control que debe realizar el juzgador, se basa en la eventual manifestación del agente del Ministerio Público; es

¹⁰ Sin olvidar que, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, la representación la asumirá el Ministerio Público.

decir, si éste no objeta la celebración del acuerdo, quiere ello decir que no sustenta realmente la acción penal y que incluso no representa el interés público comprometido, de lo que se advierte que el juez no debe hacer propio el interés público, pues, de hacerlo, abandonaría su rol y se apropiaría del conflicto, al calificar una trascendencia social que no se planteó por quien la representa¹¹.

Mauricio Duce nos dice que “el juez debe moverse muy cuidadosamente en esta materia ya que las evaluaciones de este tipo, por regla general, son de potestad del Ministerio Público, quien es la institución encargada de velar por la protección del interés público en el sistema de justicia penal”¹². Dicho de otra forma, con el objeto de evitar confusión entre las funciones jurisdiccionales y persecutorias, los Jueces deben actuar reactivamente en este supuesto, sólo cuando hubiere una oposición fundada del Ministerio Público frente a la procedencia de un acuerdo y nunca en forma autónoma o sin reclamo de éste.

¹¹ FERNÁNDEZ, J., *Reflexiones en Torno a la Reforma Procesal Penal*, Revista Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco 2003, p. 23 y 24.

¹² DUCE, M., y RIEGO, C., *Introducción al Sistema Procesal Penal*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Primera Edición, Santiago 2002, p. 165.

3. Solicitud

Regularmente, los acuerdos reparatorios tienen verificativo con motivo de solicitud planteada por el imputado y su defensor; de manera excepcional, la figura en comento puede actualizarse por petición del agente del Ministerio Público¹³ o bien, a solicitud de la víctima u ofendido.

En la solicitud del acuerdo, se deberá plantear la oportunidad del mismo, su procedencia y la naturaleza de las obligaciones que serán motivo de éste, lo que acontecerá en audiencia judicial. Dicho lo anterior, en la solicitud se incorporará la oferta, como primer elemento constitutivo del consentimiento.

¹³ Resulta importante mencionar, bajo la óptica chilena y atento al Instructivo N° 34 de diciembre de 2000, de la Fiscalía de Chile, los parámetros de procedimiento para los Fiscales enfrentados a la posibilidad de poner término a una causa en actual investigación por medio de la adopción de un acuerdo reparatorio, quedando claro que para la institución su participación no es residual sino relevante en el tema. En dicho instructivo, se establece atendida la naturaleza del hecho punible materia de la investigación, tres posibles cursos de acción: a) favorecer la celebración del acuerdo; b) estudiar con detención la procedencia y conveniencia de los mismos; y c) oponerse a la aprobación en la audiencia correspondiente.

4. Control judicial

Una vez que haya concluido la intervención del solicitante en la audiencia, el juez de control permitirá al diverso sujeto procesal de carácter técnico (agente del Ministerio Público o defensa, según sea el caso), que manifieste lo que a su interés jurídico convenga, encontrándose ante un allanamiento –expreso o tácito- o bien, ante una oposición. De haber oposición¹⁴, será necesario dirimir la *litis* planteada¹⁵; de no haber conflicto, se estará en aptitud de continuar con

¹⁴ La oposición, como ya se ha señalado en líneas anteriores, podrá referirse, básicamente a: 1) la ausencia de oportunidad procesal; 2) la no actualización de algún supuesto de procedencia, o bien, actualización de alguna hipótesis de improcedencia; 3) la ilicitud en las obligaciones motivo del acuerdo; 4) la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones que habrían de contraerse por uno o varios de los acordantes; 5) la existencia de algún acuerdo reparatorio que haya sido celebrado por el imputado por hechos de la misma naturaleza; 6) la presencia de alguna circunstancia o elemento que determine trascendencia social, entre otras. Ante tal situación, el juez de control deberá, previo debate, resolver sobre ello.

¹⁵ Recordemos que la resolución del juez de control, que autorice o no la celebración de un acuerdo reparatorio es recurrible a través del recurso de apelación.

la sustanciación de la audiencia a fin de integrar el consentimiento.

5. Integración del consentimiento

Una vez que el juez se ha pronunciado sobre la oportunidad, procedencia y licitud del acuerdo, integrará el consentimiento, para lo cual, es indispensable que tutele en los acordantes la ausencia de vicios de la voluntad. En este sentido, se dirigirá primeramente con la víctima y le informará sobre la naturaleza de la convención reparatoria, los efectos de su cumplimiento y de su incumplimiento, para posteriormente verificar que entiende el acuerdo y su alcance, asimismo, que no fue intimidada o coaccionada por el agente del Ministerio Público, por el defensor, por el imputado o por cualquier otra persona para celebrar el acuerdo; posteriormente, hará lo propio con el imputado, a quien le habrá informado sobre el efecto del cumplimiento o del incumplimiento del acuerdo, y le preguntará si no fue intimidado u obligado por el defensor, el agente del Ministerio Público, la víctima o cualquier otra persona, para celebrar el acuerdo.

6. Cumplimiento

Integrado el consentimiento, se procederá al cumplimiento de las obligaciones contraídas, que podrá realizarse de manera instantánea, en la misma audiencia; o bien, en tracto

sucesivo o diferido (por encontrarse sujeto a plazo o condición) supuesto en el cual, el juez señalará fecha y hora para que tenga verificativo la audiencia de revisión del cumplimiento o no, del acuerdo reparatorio celebrado. En la diversa audiencia, corresponderá a las partes manifestar si el imputado cumplió o no. En todo caso, si el imputado no cumpliera con las obligaciones que en tracto sucesivo debe atender, regularmente la víctima, ofendido o el agente del Ministerio Público acudirán al tribunal a solicitar la realización de una audiencia para hacer valer el incumplimiento correspondiente.

C. Efectos

1. Del cumplimiento

Atento a lo expuesto, el acuerdo reparatorio puede cumplirse en la misma audiencia en la cual se celebró, fuera de audiencia, o en audiencia posterior. Con independencia del momento en que tenga verificativo, el cumplimiento extingue la acción penal, dando lugar al sobreseimiento total o parcial de la causa penal.

En tal orden de ideas, el juez:

a) declarará cumplido el acuerdo; b) declarará la extinción de la acción penal; c) decretará el sobreseimiento total o parcial; d) declarará los efectos del sobreseimiento, que por regla general son de sentencia absolutoria;

e) ordenará el levantamiento de toda medida cautelar que eventualmente haya sido impuesta al imputado; y f) instruirá a la administración del tribunal para que comunique a la autoridad ejecutora sobre dicho levantamiento, a fin de que tome nota de ello en todo índice y registro público y policial en el que figuraren los instrumentos de cautela.

2. Del incumplimiento

De no cumplirse el acuerdo, la causa penal continuará como si no se hubiere arribado a acuerdo alguno. De lo cual resulta la necesidad de audiencia judicial en la que el juez se pronuncie sobre lo anterior, atento a la necesidad de debate previo, para determinar el cumplimiento o incumplimiento en mención.

Debe decirse que, de existir un imputado o una víctima u ofendido plural, el acuerdo sólo producirá sus efectos respecto de quienes hayan prestado su consentimiento para su aprobación, por lo que el procedimiento penal continuará respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo.

D. Consideraciones finales

Resulta oportuno mencionar que, si bien es cierto, el acuerdo puede versar sobre cualquier objeto lícito no sólo del orden económico, en la práctica apreciamos que regularmente la reparación exigida

por la víctima se hace consistir en una suma de dinero, que transforma la figura en estudio en un instrumento penal muchas veces inaccesible para los débiles y vulnerables socialmente; no obstante, el control sobre la operatividad de este modo alternativo permitirá considerar este factor en las políticas de persecución pública, a fin de desarrollar soluciones adecuadas para tales casos (V.gr. la mediación entre el imputado y la víctima para promover un acuerdo reparatorio susceptible de cumplirse, a fin de evitar que para el sujeto económicamente débil, pero dispuesto a colaborar, la única reacción pública posible sea la pena)¹⁶. En relación a aquellos acuerdos que no tienen un contenido económico se presenta cierta dificultad al órgano jurisdiccional, el verificar la eficacia de su cumplimiento.

III. La suspensión condicional del proceso o suspensión del proceso a prueba

A. Introducción

La suspensión condicional del proceso o suspensión del proceso a prueba es un modo alternativo de terminación del proceso, en virtud del cual el imputado de un hecho que la

ley señala como delito (que carece de antecedentes penales, de diverso proceso penal y que no se encuentre o haya sido sujeto a este modo alternativo), se compromete a satisfacer un plan de reparación del daño y una o varias condiciones ante un juez de control, dentro de un plazo determinado, en el entendido que, de cumplir satisfactoriamente, se extinguirá la acción penal y se sobreseerá la causa correspondiente, salvo que el imputado se apartare considerablemente de las obligaciones contraídas o fuere sujeto a un nuevo proceso penal o bien, condenado por sentencia que cause ejecutoria, que implicara la revocación del modo alternativo y la continuación de la causa penal en su normal sustanciación¹⁷.

¹⁷ Duce señala lo define como “un modo alternativo al proceso en virtud de la cual se puede detener provisoriamente la persecución penal a favor de una persona imputada por un delito, quedando ella sometida, dentro de un determinado plazo, al cumplimiento de un conjunto de condiciones, impuestas por el juez de garantía, al término del cual –si son cumplidas estas condiciones de forma satisfactoria– se extingue la acción penal y si no lo son, o bien se vuelve a imputarle un nuevo delito, se revoca la medida reiniciándose la persecución penal”. En DUCE, M., y RIEGO, C., *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2007, p. 335.

¹⁶ CHAHUÁN, S., *Manual del Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Conosur, Segunda Edición, Santiago 2003, p.244.

Este modo alternativo, derivado del principio de oportunidad en la persecución penal, al igual los acuerdos reparatorios, deriva de la diversificación de respuestas a los conflictos penales, al proceso judicial, a la sentencia y a la pena. Lo importante, no es sancionar, sino resolver el conflicto que deriva del delito, cuando se trata de hechos que no revisten mayor gravedad ni trascendencia social. Así presenta como objetivos: a) evitar la continuación de la persecución penal y la eventual imposición de una sanción punitiva al imputado; b) atender los intereses de la víctima a quien se reparará el daño que le fue causado; c) racionalizar la intervención de la justicia penal para lograr una correcta gestión de recursos estatales, la descongestión o descarga de casos tramitados y la concentración de los operadores del sistema penal en la investigación, persecución y juzgamiento de los delitos más graves; y, d) alcanzar resultados preventivos especiales en el imputado para actualizar la reinserción social.

De la misma manera que fue señalado en los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso a prueba, implica una *manifestación de voluntad* plasmada en la oferta o propuesta del imputado y su defensor, o bien del agente del Ministerio Público, con acuerdo del imputado (previa resolución del juez, a la eventual oposición de la víctima u ofendido), direccionadas a un *objeto* determinado, así como la *aprobación* del tribunal (conforme a criterios de oportunidad, procedencia, justificación de un plan de reparación y necesidad de las condiciones por cumplir). La misma suerte seguirán las *voluntades* que intervengan, el contenido del *objeto* del modo alternativo, por lo cual, las primeras deberán ser capaces y libres; y el segundo, debe contar con viabilidad jurídica y fáctica; finalmente, en atención a la *forma* del acto procesal, el verificativo de la suspensión condicional en audiencia pública y judicial se torna como requisito de validez, acorde a las directrices de un debido proceso penal.

“Lo importante, no es sancionar, sino resolver el conflicto que deriva del delito, cuando se trata de hechos que no revisten mayor gravedad ni trascendencia social.”

El siguiente esquema puede ser de utilidad para efectos de ilustración:

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO A PRUEBA	Elementos de existencia	Manifestación de voluntad ¹⁸	Unilateral ¹⁹ Bilateral ²⁰		
		Objeto	Jurídico ²¹	Directo ²² Indirecto ²³	
			Material ²⁴		
	Aprobación judicial	Conforme a la tutela jurisdiccional efectiva			
	Requisitos de validez	Voluntades capaces	Imputado y/o Agente del Ministerio Público		
		Voluntades libres	Sin vicios	Error Intimidación Lesión	
Viabilidad del plan de reparación y las condiciones por cumplir Forma		Jurídica –licitud– Material –Factibilidad– En audiencia judicial, pública y oral			

¹⁸ Sin poder pasar por alto la necesidad de resolver la eventual oposición de la víctima, ofendido o agente del Ministerio Público, según sea el caso.

¹⁹ Cuando lo solicita el imputado y su defensor.

²⁰ Cuando lo solicita el agente del Ministerio Público, con acuerdo del imputado.

²¹ Implica la finalidad jurídica de la suspensión condicional del proceso a prueba.

²² Es el primer propósito jurídico de la suspensión condicional del proceso a prueba: resolver el conflicto que surge con motivo del delito; de suerte que, transcurrido el plazo que se fije sin que la suspensión fuere revocada, pagada la reparación del daño y cumplidas las condiciones establecidas, se extinguirá la acción penal, por lo cual, el Tribunal dictará de oficio o a petición de parte el sobreseimiento.

²³ Es la finalidad que emana de la anterior, considerada como medio a través del cual se logrará la concreción del objeto directo; se refiere a la naturaleza de las obligaciones contraídas para satisfacer un plan de reparación del daño y ciertas condiciones durante un plazo determinado; es decir: un dar, un hacer o un no hacer.

²⁴ Se refiere a la concreción en los hechos, del plan de reparación y de las condiciones impuestas.

B. Trámite

1. Oportunidad

Los códigos procesales mexicanos coinciden al determinar el momento procesal mínimo para acceder a este modo alternativo, cuando mencionan que podrá solicitarse en cualquier momento hasta antes de acordarse la suspensión condicional del proceso. Ahora bien, si consideramos los fines de la figura, y la forma que en términos similares está prevista en los ordenamientos, podemos señalar que la suspensión condicional del proceso puede tener verificativo en alguno de los siguientes momentos: 1) en la audiencia que *ex professo* se generó para tal efecto; 2) en la misma audiencia inicial, una vez resuelta la vinculación a proceso del imputado; o, 3) en la audiencia intermedia, con antelación al dictado del auto de apertura de juicio oral; sólo por mencionar algunos supuestos, de manera enunciativa, más no limitativa. Los sujetos procesales correspondientes ponderarán el momento más conveniente para efectuar la solicitud, de acuerdo con sus propios intereses y estrategias, aunque por los fines que persigue la suspensión, lo óptimo es que se promueva en la primera oportunidad.

2. Procedencia

Según el artículo 200 del CPPEO este mecanismo procesal procede: 1) en los casos en que el delito de que se trate

apertura a juicio, de suerte que se relaciona con los fines que este mecanismo pretende cumplir, al ampliar la posibilidad del imputado, para evitar el proceso y lo que éste implica, en tratándose de casos que no comprometen gravemente el interés público.

esté sancionado con pena máxima de prisión que el legislador señale²⁵, el

²⁵ De forma más o menos generalizada, se presenta el límite de cinco años de prisión como pena máxima, (Baja California, Chihuahua, Morelos, Oaxaca, entre otros), sin advertirse con claridad las razones que determinaron el mencionado quantum. Al respecto, bien pudo presentarse el intento de establecer una relación entre este máximo de tiempo y el que otorga derecho a solicitar la suspensión condicional en la ejecución de la pena de prisión; sin embargo, esta respuesta no aplica, toda vez que, aquella procede por sentencias que establezcan como pena privativa de libertad hasta tres años (no por delitos cuya pena máxima sea de tres años sino por sentencias que impongan como pena máxima tres años). La razón que encontramos para la fijación de este límite es que el legislador buscó introducir un mecanismo que, de forma adicional a la suspensión condicional en la ejecución de la pena de prisión, se permitiera expulsar un mayor número de casos del sistema penal con la diferencia y los beneficios que conlleva no ser sujeto a sentencia ni a pena alguna. Para ello

imputado no haya sido condenado por delito doloso, no tenga o haya tenido otro proceso suspendido a prueba²⁶ y no exista oposición

quizá hubiera sido conveniente, pensando en los fines del instituto, haber ampliado más el límite referido (como en Coahuila –artículo 209 CPP- que establece seis años como límite máximo de la pena del delito por el que procede).

²⁶ Estos requisitos, que versan sobre la conducta anterior del imputado, sobre su *currícula*, son un límite a la aplicación del modo alternativo, habida cuenta que, de actualizarse, se convierten en supuestos de improcedencia; razón por la cual, es obligación del Ministerio Público verificar, antes de presentar la solicitud, que el imputado no haya sido sentenciado en una causa anterior y diferente por delito doloso y que al momento en que se va a decretar su procedencia no está sujeto a ciertas condiciones en virtud de la aplicación de este mecanismo en otro proceso; ambos tópicos serán elementos que con escrúpulo debe atender el juez de control al analizar la figura en la audiencia respectiva. Por otro lado, y en atención al segundo supuesto, si el imputado ya goza de la suspensión en otro proceso, no puede concedérsele la misma figura por el nuevo delito, en atención a una razón de previsión muy sencilla: la comisión de otro delito haría evidente que no se cumplieron los fines de prevención especial del instituto.

Ambos supuestos informan que este modo alternativo está pensado para ser aplicado y beneficiar a aquellos

fundada del Ministerio Público o de la víctima, ofendido o abogado victimal²⁷. Así, es dable resaltar lo siguiente: a) la suspensión del proceso a prueba procede conforme a un esquema de números cerrados, por lo cual, no debe ser considerada un simple mecanismo de descongestión de casos, sino como una vía que pretende dar respuestas de calidad en ciertos supuestos; b) la tendencia normativa es generar la mayor claridad y certeza en los operadores en tratándose de la procedencia de este modo alternativo²⁸; y c) los supuestos de

sujetos que no han tenido contacto con el sistema penal, es decir, a primodelincuentes en el más amplio sentido que la expresión encierra.

²⁷ La oposición, para considerarse fundada, deberá versar sobre: 1) la ausencia de oportunidad procesal; 2) la no actualización de algún supuesto de procedencia, o bien, actualización de alguna hipótesis de improcedencia; 3) la insatisfacción con el plan de reparación – para lo cual puede incluso ofrecer información pericial-; 4) la imposibilidad o inviabilidad en el imputado para el cumplimiento de las obligaciones que habrían de contraerse, entre otras. Ante tal situación, el juez de control deberá, previo debate, resolver sobre ello.

²⁸ En este sentido, Gustavo VITALE, por lo que hace a la figura en estudio, señala “un derecho penal de un Estado constitucional de Derecho no debe abandonar el ejercicio de la acción penal

procedencia de esta figura son numéricamente menores, respecto de otras salidas anticipadas del proceso, como los acuerdos reparatorios (modo alternativo) o el abreviado (procedimiento especial), todos derivados del principio de oportunidad, como respuesta a principio de legalidad en materia de persecución penal.

En palabras de Rubén VASCONCELOS, “llama la atención que los códigos no excluyeron de este beneficio, como sucede en otros países,²⁹ a los funcionarios públicos que fueran imputados de la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones...”³⁰.

a la mera arbitrariedad de su titular, sino que debe establecer pautas legales claras que regulen tal ejercicio”. En VITALE, G., *La suspensión del proceso penal a prueba*, Segunda edición, Editores del Puerto, Buenos Aires 2004. p. 228.

²⁹ De conformidad con el artículo 76 bis del Código Penal Argentino, “No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito”.

³⁰ Y continúa: No hay explicación alguna a esta omisión. Se podría pensar que fue una omisión deliberada para evitar el riesgo de violar el principio de igualdad al no conceder este derecho a quienes forman parte de este grupo de personas. Me parece, sin embargo, que dicha exclusión hubiera sido deseable ya que la legislación penal considera a estos

“llama la atención que los códigos no excluyeron de este beneficio, como sucede en otros países, a los funcionarios públicos que fueran imputados de la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones...”

como sujetos calificados al momento de cometer una conducta ilícita y un instrumento procesal como la suspensión a prueba hubiera podido reflejar, precisamente, las exigencias legales y éticas que la ley penal impone a los funcionarios públicos con el objeto de proteger la adecuada prestación del servicio público (considérese que se ha regulado de forma diversa el caso de la aplicación del principio de oportunidad, donde no procede su dictado si el imputado es un servidor público). En VASCONCELOS R., *La suspensión del proceso penal a prueba*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 28, México 2009, p. 140.

3. Solicitud

La suspensión del proceso penal a prueba se ventila en audiencia judicial. La audiencia, como se ha manifestado con antelación, puede ser la misma donde se resolvió sobre la vinculación a proceso del imputado; una audiencia incidental señalada para tal efecto; o bien, verificarse en la audiencia intermedia.

Así las cosas, la solicitud³¹ en audiencia la realiza regularmente el imputado a través de su defensor³²; de forma excepcional, la efectúa el agente del Ministerio Público³³.

³¹ Artículos 537 de la ICFPP; 200 del CPPBC; 189 del CPPChis –sólo procede a solicitud del imputado y su defensor-; 201 del CPPChih; 219 del CPPDur; 152 de la LPPGto –o a solicitud del acusador particular con el acuerdo del imputado-; 320 del CPPHgo; 122 del CPPMex; 96 del CPPMich; del 209 CPPMor; 231 del CPPNL; 200 del CPPOax; 156 del CPPPue; 114 del CPPTab; 171 del CPPYuc; y 105 del CPPZac.

³² El imputado, en ejercicio de su derecho de solicitar la suspensión, podrá hacer un cálculo de lo que más le conviene: que continúe el proceso y llegar a una sentencia en un juicio oral o bien someterse a diversas condiciones y reparar el daño.

³³ Para el Ministerio Público esta facultad es, desde la perspectiva del nuevo sistema acusatorio, una *atribución discrecional* que forma parte de la función de persecución que realiza. El Ministerio Público, al ejercer la facultad de presentar

Ahora bien, no debe pasarse de lado la necesidad de citar a la víctima u ofendido a la audiencia en comento. En la cita, se informará a la víctima la naturaleza de la figura y posibilidad que tiene de oponerse en ello; no obstante, para que la oposición proceda, debe encontrarse fundada, como ya se ha mencionado anteriormente.

al juez una solicitud de suspender algún proceso, expresa su decisión de no continuar la persecución penal de cierto caso y no llevarlo a juicio oral, por considerar que ello se corresponde con los fines del sistema penal, las políticas de persecución que la institución a la que pertenece tiene diseñadas e implementadas y con los intereses de la víctima, mientras que el imputado, al presentar la solicitud, manifiesta su deseo de no ser sujeto a proceso y su conformidad con atender las exigencias de reparación de los daños sufridos por la víctima y someterse voluntariamente a algunas reglas de conducta durante cierto lapso de tiempo, aun renunciando a algunos de sus derechos. La presentación de la solicitud por parte del Ministerio Público implicará que éste ya valoró lo que resulta más conveniente para la víctima y el imputado, efectuó un pronóstico positivo sobre la conducta futura de éste, es decir, estimó que la suspensión del proceso es suficiente para evitar que no vuelva a cometer delitos y lograr su reinserción social y consideró lo que es más satisfactorio al sistema e incluso al trámite de su propio caso por la cantidad de evidencia que posee.

En la solicitud, deberá precisarse la oportunidad en su planteamiento, la procedencia del modo alternativo, el plan de reparación del daño con plazos para ejecutarlo y las condiciones que el imputado estará dispuesto a cumplir dentro de un plazo determinado. Como puede observarse, la suspensión condicional del proceso no procede de oficio; es decir, el juzgador no puede determinarla por sí mismo.

Superados los conceptos sobre oportunidad y procedencia, debe mencionarse que, en tratándose del *plan de reparación del daño*, el tercer párrafo del artículo 17 Constitucional establece que los modos alternativos de terminación del proceso regulados en materia penal asegurarán la reparación de aquel. Al hacerse el planteamiento, debe presentarse un “plan”, es decir, un esquema detallado de la manera en que se propone reparar el daño, en cuanto a la forma, cantidad o contenido, plazo, condiciones o modalidades. La reparación puede consistir en una indemnización equivalente al daño causado por el delito, cumplirse de forma inmediata o a plazos y ser económica, simbólica o efectuarse mediante alguna prestación. Es decir, no debe ser idéntica al daño causado, no tiene que ser inmediata ni total, puede pagarse a plazos o con un bien diferente al dañado por el delito.

Además, puede efectuarse de diversas formas: dinero, trabajo o servicio, o mediante una disculpa³⁴. Por otro lado, en la solicitud debe estar contenido el detalle de condiciones, que el imputado se comprometerá a o se propone que cumpla, durante cierto periodo de tiempo. La ley procesal penal mexicana³⁵, de manera más o menos homogénea, ha establecido varias reglas de conducta que abarcan un amplio número de situaciones, como

³⁴ Como puede observarse, la reparación del daño es un requisito necesario para la procedencia de la suspensión. El juicio prosigue, es decir, no se suspende el proceso, si no hay un acuerdo sobre la forma de cubrir el daño causado a la víctima, lo que significa que se está en posibilidad de dictar sentencia y eventualmente imponer penas. Con ello se destaca, además de la orientación del sistema penal, que tiende a favorecer los modos alternativos como vía para la solución de controversias, la prioridad que se otorga a los intereses de la víctima y la intención de propiciar que el imputado se dé cuenta del daño que causó.

³⁵ Sirva de muestra: Artículos 539 de la ICFPP; 204 del CPPBC; 191 del CPPChis; 205 del CPPChih; 219 del CPPDgo; 154 de la LPPGto; 324 del CPPHgo; 126 del CPPEMEX; 97 del CPPMich; 213 del CPPMor; 235 del CPPNL; 201 del CPPOax; 159 del CPPPue; 115 del CPPTab; 172 del CPPYuc; y 106 del CPPZac.

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

Podemos apreciar que las condiciones en comento son de naturaleza diversa, unas implican conductas de dar, otras de hacer (la mayoría) y otras alguna abstención. No se les debe considerar actos de molestia, en virtud de que siempre es requisito *sine qua non*, para su

existencia, la voluntad manifiesta del imputado, es decir, el compromiso que evidencie de cumplir con las mismas.

4. Control judicial

Expuesta la solicitud y en su caso, resuelta la oposición que eventualmente haya sido expuesta por el agente del Ministerio Público (sólo en caso de solicitud del imputado, obviamente) o por la víctima u ofendido, el juez procederá a declarar la oportunidad y procedencia del modo alternativo³⁶. Asimismo, decidirá sobre el plan de reparación y las condiciones por cumplir³⁷, para lo cual deberá tomar en cuenta, entre otras cuestiones las siguientes: a) la imposibilidad jurídica de imponer medidas más gravosas

³⁶ Tal y como acontece con el diverso modo alternativo, la resolución del juez de control, que concediere, negare o revocare la suspensión condicional del proceso a prueba, es recurrible a través de la apelación.

³⁷ Ahora bien, en palabras de BOVINO, “el juez no está obligado a imponer condiciones, si considera que ellas no cumplirán la finalidad preventiva, o si considera innecesaria cualquier medida preventiva en el caso concreto”, con lo cual se está de acuerdo en atención a la necesidad específica del modo alternativo y de todos sus componentes. En BOVINO, A., *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código penal argentino*, op. cit., p. 190.

que las solicitadas y aceptadas, respetivamente; b) la precisión y claridad en la forma de ejecución y plazo; c) el objetivo de reintegración efectiva del imputado a la sociedad, atento al fin de prevención especial³⁸; d) la posibilidad de cumplimiento por el imputado³⁹; e) la manifestación de los terceros que participen en la ejecución de las medida⁴⁰; f) la

³⁸ Por ello se debe considerar a las condiciones como reglas de conducta u obligaciones dirigidas a conseguir o procurar la reintegración social del imputado, razón por la cual deben ser adecuadas para lograr este fin, es decir, las más convenientes para que el imputado no vuelva a cometer algún delito y realice su vida en sociedad de forma armónica.

³⁹ De suerte que, si el imputado no puede cumplir con algunas de las obligaciones fijadas por ser contrarias a su salud, sus creencias religiosas o alguna otra causa de especial relevancia, el juez puede, fundada y motivadamente, imponer otra u otras análogas que resulten razonables.

⁴⁰ Como es sabido, hay condiciones por cumplir que requieren de la intervención de terceros para su correcta y eficaz ejecución; de actualizarse tal situación, debe contarse con la aceptación de quienes van a brindar el apoyo en la realización de la condición ya que no se pueden imponer obligaciones a terceros, ya sean instituciones o personas físicas, sin su conocimiento y autorización, ni medidas que no tengan posibilidad de ser cumplidas, como por ejemplo centros

explicación al imputado, de las condiciones impuestas y las obligaciones que implican, así como las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento.

5. Cumplimiento de las condiciones

Aprobada la suspensión condicional del proceso a prueba, se procederá al cumplimiento del plan de reparación y las condiciones impuestas. Al respecto, corresponderá a la autoridad ejecutora (*administrativa* –vr. dirección de ejecución de medidas y sanciones judiciales- o *judicial* –vr. juez de ejecución-) informar al juez de control sobre el cumplimiento por el imputado, y asimismo, dar cuenta de cualquier ausencia o defecto en ello. En todo caso, si el imputado no cumpliera, regularmente la víctima, ofendido o el agente del Ministerio Público acudirán al tribunal a solicitar la realización de una audiencia para hacer valer el incumplimiento correspondiente; excepcionalmente, si el tribunal es enterado por la autoridad supervisora y/o ejecutora de las condiciones, de un incumplimiento del imputado en éstas, el juzgador estará en aptitud de señalar de oficio, fecha y hora para que tenga verificativo la audiencia de

o clínicas que tienen como propósito la deshabitación o desintoxicación de personas.

revisión de la suspensión condicional del proceso a prueba⁴¹.

C. Efectos

1. Del cumplimiento

2. La suspensión condicional del proceso a prueba, mientras está vigente, suspende la sustanciación de la causa penal⁴² y suspende la

prescripción de la acción penal, encontrándose obligado el Ministerio Público a conservar los antecedentes y medios de prueba que haya obtenido y registrado durante la investigación⁴³. Una vez cumplido plazo señalado y el modo alternativo de terminación del proceso no fue revocado, deberá tener

⁴¹ Según VASCONCELOS, "...el sistema de control de las condiciones es piedra angular para el éxito de este mecanismo. Si no se establecen controles adecuados la sociedad tenderá a percibir que la única utilidad del instituto es servir de instrumento a las instituciones de justicia para deshacerse de asuntos con el pretexto de la descongestión generándose y extendiéndose la sensación de impunidad. Esto puede llevar no sólo al desprestigio del instrumento, sino a la deslegitimación de todo el sistema penal. Un adecuado sistema de control es necesario por los objetivos que el instituto persigue en torno al delincuente pero también por el sistema penal mismo que ha apostado lograr sus fines por medio de otros instrumentos distintos a la cárcel...". En VASCONCELOS, R., *op. cit.*, p. 159.

⁴² De manera homogénea, las leyes procesales penales que en nuestro país establecen este modo alternativo de terminación del proceso, han determinado que la obligación de cumplir con las condiciones establecidas y el plazo de suspensión cesarán en caso

de que el imputado sea privado de su libertad por otro proceso. Pero se reanudarán una vez que obtenga su libertad. Si el imputado está sometido a otro proceso y goza de libertad, la obligación de cumplir con las condiciones y el plazo seguirá su curso, pero no podrá decretarse la extinción de la acción penal sino cuando quede firme la resolución que lo exime de responsabilidad por el nuevo hecho. Dicho lo anterior, resulta claro que el plazo de la suspensión y la ejecución de actos dirigidos al cumplimiento de las reglas que como condición se fijaron en ella, cesan provisionalmente si el imputado es privado de su libertad en otro proceso (vr. por ejecutarse la medida cautelar personal de prisión preventiva).

⁴³ Así lo ordenan los artículos 540 de la ICFPP; 205 del CPPBC; 192 del CPPChis; 206 del CPPChih; 224 del CPPDur; 155 de la LPPGto; 325 del CPPHgo; 127 del CPPMex; 98 del CPPMich; 214 del CPPMor; 236 del CPPNL; 202 del CPPOax; 160 del CPPPue; 116 del CPPTab; 173 del CPPYuc; y 107 del CPPZac.

verificativo la audiencia judicial en donde se manifieste lo anterior. En la mencionada audiencia deberán estar citados el agente del Ministerio Público, la víctima, ofendido o abogado victimal, el defensor y el imputado. Así las cosas, verificado el cumplimiento del plan de reparación y de las condiciones impuestas, el juez de control: a) declarará cumplido el modo alternativo; b) declarará la extinción de la acción penal; c) decretará el sobreseimiento total o parcial; d) declarará los efectos del sobreseimiento, que por regla general son de sentencia absolutoria; e) ordenará el levantamiento de toda medida cautelar que eventualmente haya sido impuesta al imputado; y f) instruirá a la administración del tribunal para que comunique a la autoridad ejecutora sobre dicho levantamiento, a fin de que tome nota de ello en todo índice y registro público y policial en el que se encontraren inscritas las medidas cautelares.

2. Del incumplimiento

De no cumplirse el plan de reparación o las condiciones impuestas en la suspensión, o como menciona la ley

procesal “...cuando el imputado se aparte considerablemente y de forma injustificada...”, el plazo originalmente determinado podrá prorrogarse hasta por el tiempo que señale la ley (en las legislaciones penales se han determinado hasta dos años de manera uniforme); o bien, el modo alternativo será revocado y la causa penal continuará en su normal sustanciación. Cabe decir que la revocación de esta figura también acontece cuando el imputado es sentenciado condenatoriamente en otro proceso, lo que se convierte en un supuesto de imposibilidad jurídica para decretar la extinción de la acción penal sino cuando quede firme la resolución que lo exime de responsabilidad por el nuevo hecho.

Tal y como acontece con los acuerdos reparatorios, en el presente modo también se actualiza la necesidad de resolver en audiencia judicial, conforme a la necesidad de debate previo, para determinar el cumplimiento o incumplimiento en mención.

Cabe resaltar que, si la víctima u ofendido ha recibido pagos durante la suspensión del proceso a prueba que posteriormente es revocada, ellos se destinarán a la indemnización por daños y perjuicios que le pudiere corresponder.

D. Consideraciones finales

Podemos darnos cuenta que el sistema jurídico mexicano ha adoptado la suspensión condicional del proceso a prueba, como un modo alternativo de terminación del proceso que, al igual que sus similares (*V.gr.* acuerdos reparatorios) busca hacerse cargo de los conflictos que surgen con motivo del delito, de suerte que eviten la realización del juicio, y con ello la sentencia, conforme a un modelo de jurisdicción conflictual, en contraposición a un esquema de jurisdicción sancionadora.

IV. El procedimiento abreviado

A. Introducción

El procedimiento abreviado se ha considerado un procedimiento especial⁴⁴ en la generalidad de los Códigos Adjetivos del país⁴⁵, con excepción de Michoacán⁴⁶, Oaxaca⁴⁷ y

aquellos que parten del modelo de código adjetivo propuesto por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal (SETEC), que lo ubicó, junto con los acuerdos reparatorios, el procedimiento simplificado y la suspensión condicional del proceso, en el rubro de formas anticipadas de terminación del procedimiento⁴⁸.

Independientemente de la naturaleza otorgada, el abreviado se manifiesta como el mejor instrumento procesal para obtener la generación de una sentencia a fin de concluir el procedimiento penal sin necesidad del juicio.

El siguiente esquema nos permitirá ilustrar los elementos que componen el procedimiento abreviado y los requisitos que habrán de ser satisfechos con la finalidad de que produzca sus efectos a plenitud.

⁴⁴ No olvidemos que, en tratándose de los procedimientos especiales, la cláusula de supletoriedad del procedimiento ordinario aplica cuando las normas de éste, no se contraponen a las de aquellos.

⁴⁵ Es el caso de los estados de Baja California, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Hidalgo, México, Morelos, Nuevo León, Puebla, Tabasco, Yucatán y Zacatecas.

⁴⁶ Que lo ubica dentro de los mecanismos alternativos de solución de controversias penales.

⁴⁷ Donde se considera *juicio especial*.

⁴⁸ *V.gr.* la iniciativa del Ejecutivo federal, con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales (2011) y los códigos procedimentales en materia penal, de los estados de Coahuila de Zaragoza y Veracruz de Ignacio de la Llave.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO	Elementos de existencia	Consentimiento ⁴⁹	Oferta ⁵⁰		
			Aceptación ⁵¹		
		Objeto	Jurídico ⁵²	Directo ⁵³	Indirecto ⁵⁴
			Material ⁵⁵		
			Control judicial		
			Al declarar su apertura		
			Al dictar la sentencia		
	Requisitos de validez	Voluntades capaces	Imputado Agente del Ministerio Público		
		Voluntades libres	Sin vicios	Error Intimidación	
		Viabilidad del objeto	Jurídica –licitud– Material –Factibilidad–		
Forma		En audiencia judicial, pública y oral			

⁴⁹ El procedimiento abreviado implica un acuerdo entre el agente del Ministerio Público que oferta y el acusado que acepta, previa renuncia al juicio.

⁵⁰ Que realiza el agente del Ministerio Público cuando solicita el procedimiento abreviado ante el juez de control, al formular la acusación a la que adjunta los datos de prueba que emanan de los antecedentes de investigación, sobre los cuales funda su actuar.

⁵¹ Se hace consistir en la renuncia al juicio y la correspondiente aceptación: a) del procedimiento abreviado; b) de los hechos motivo de acusación; y c) de ser juzgado con base en los datos de prueba registrados en los antecedentes de la investigación, los que por regla general fueron incorporados oralmente en la audiencia.

⁵² Implica la finalidad jurídica del procedimiento abreviado.

⁵³ Es el primer propósito jurídico del procedimiento abreviado: evitar la realización del juicio; de suerte que, a través de este procedimiento se generan las condiciones para emitir la sentencia, sin necesidad de haber desahogado medios de prueba.

⁵⁴ Es la finalidad que emana de la anterior, considerada como medio a través del cual se logrará la concreción del objeto directo. Se refiere a la naturaleza de las obligaciones contraídas para lograr el dictado de la sentencia: por el agente del Ministerio Público, formular la acusación y proporcionar datos de prueba; por el acusado, renunciar al juicio, aceptar el abreviado, al igual que los hechos motivo de acusación y los antecedentes de investigación que la robustecen, con la correspondiente pretensión punitiva.

⁵⁵ Es la sentencia con sus componentes. De ser *absolutoria*: la libertad que emana del levantamiento de cualquier medida cautelar impuesta y la correspondiente imposibilidad de una nueva persecución y juzgamiento; de resultar *condenatoria*: la responsabilidad penal y los derivados de la ejecución de las consecuencias jurídicas del delito, como son la misma privación de libertad, el dinero o elementos patrimoniales que constituyan la multa y la reparación del daño, entre otros.

B. Trámite

1. Oportunidad

La ley procesal mexicana que dentro del sistema penal acusatorio se ha generado hasta el día de hoy, determina que el procedimiento abreviado puede tener verificativo una vez que el juez de control ha dictado el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura del juicio oral. Así, el agente del Ministerio Público estará en aptitud de solicitar el procedimiento abreviado oralmente o por escrito. De manera oral, en la misma audiencia donde se resuelva sobre la vinculación a proceso o bien, en la audiencia intermedia; de forma escrita, al formular su acusación.

No obstante que el agente del Ministerio Público puede solicitar el procedimiento abreviado en el mismo escrito de acusación, ello no impide que manifieste de forma oral la petición en la audiencia correspondiente, que puede ser *incidental*, a fin de resolver en ésta lo relativo al abreviado; o bien, la audiencia *intermedia*. Dicho lo anterior, queda clara la amplia oportunidad procesal que el esquema ha otorgado a los justiciables, a fin de acceder a la figura en estudio, de lo cual se concluye que el procedimiento abreviado puede presentarse en cualquiera de los momentos siguientes: 1) en la audiencia que en

el particular se genere para tal efecto⁵⁶; 2) en la misma audiencia inicial, una vez resuelta la vinculación a proceso del imputado; o, 3) en la audiencia intermedia, siempre y cuando no se haya emitido el auto de apertura de juicio oral.

Dicho lo anterior, no olvidemos que el Ministerio Público, será el sujeto procesal que en atención a su estrategia de persecución, determinará cuál es el momento que le resulte conveniente para solicitar el cierre del procedimiento ordinario y la correspondiente apertura del procedimiento abreviado.

⁵⁶ Tal es el caso de la audiencia contenida en el artículo 300 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, conforme al cual, presentada la acusación, el Juez ordenará su notificación a todas las partes y citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la audiencia intermedia, la que deberá tener lugar en un plazo no inferior a veinte ni superior a treinta días, contados a partir de la notificación, *salvo que en la acusación el Ministerio Público solicite el procedimiento abreviado, caso en el que en un plazo de tres días deberá verificarse la audiencia respectiva, en el entendido de que si no se concretiza dicho procedimiento especial, se citará de nueva cuenta a audiencia intermedia dentro del primero de los plazos señalados...*

2. Procedencia

Debe señalarse con la mayor precisión posible, que el procedimiento abreviado se tramita únicamente a solicitud del Ministerio Público, en los casos en que el imputado admita el hecho y sus circunstancias⁵⁷, su participación en los hechos⁵⁸, o bien, el hecho y la calificación jurídica⁵⁹ que le atribuyera aquél en su acusación, consienta en la aplicación de este procedimiento y el acusador coadyuvante o la víctima u ofendido, en su caso, no presenten oposición fundada. Por otra parte, la existencia

⁵⁷ Artículo 387 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, cuando indica: “...en los casos en que el imputado admita el hecho y sus circunstancias...”

⁵⁸ Artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al mencionar: “...si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito...”

⁵⁹ Artículo 546, fracción I, de la iniciativa del titular del ejecutivo federal, con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales, al señalar: “...el imputado reconozca estar debidamente informado de los alcances de la acusación que formule el ministerio público para iniciar este procedimiento, la cual contendrá solamente una enunciación de los hechos y la clasificación jurídica del delito que se le atribuyen...”

de coimputados no impide la aplicación del procedimiento abreviado para alguno de ellos.

Por lo que hace a la procedencia del procedimiento en estudio, la tendencia en México ha sido de permisión general; es decir, sin incorporación de catálogos de prohibición o supuestos bajo los cuales no habrá de accederse al abreviado, como acontece en otros regímenes normativos, como el chileno⁶⁰, conforme al cual, se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas.

No obstante, la tendencia de permisión en nuestro país ha empezado a cambiar de rumbo, al establecerse supuestos que imposibilitan el acceso al procedimiento en cita, como es el caso del mencionado modelo de la SETEC, que ha sido replicado en la iniciativa del presidente de la República con proyecto de decreto para expedir un

⁶⁰ Artículo 406, de la Ley 19696 del año 2000, que establece el Código Procesal Penal.

nuevo Código Federal de Procedimientos Penales⁶¹, al igual que en diversas entidades federativas⁶².

⁶¹ Al respecto, el último párrafo del artículo 546 de la iniciativa en comento establece que: “Sólo en los supuestos siguientes, la procedencia del procedimiento abreviado se sujetará a que el agente del ministerio público eleve la propuesta al Titular de la Unidad Administrativa de su adscripción quien deberá acordarlo con el Titular de la Procuraduría General de la República o con el servidor público que haya delegado esta facultad: Del Código Penal Federal: Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis; Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A; Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 BIS; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de

3. Solicitud

Constituidos los sujetos procesales en la audiencia, el juez solicitará al imputado que esté atento a la información que procederá a exponer el agente del Ministerio Público; hecho lo anterior, el juzgador

personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis; Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis; Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323; De la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el delito de secuestro previsto en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18; de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3 y 5; de la Ley de Migración, los delitos previstos en los artículos 159, 160 y 161 y de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, los previstos en los artículos 5 y 6.”

⁶² Es el caso de Coahuila de Zaragoza, donde al tenor de la fracción V del artículo 516, el procedimiento abreviado procederá, entre otros requisitos, “cuando el imputado no se haya beneficiado con antelación por este procedimiento, en el fuero federal o en cualquier otro o se encuentre gozando del mismo, salvo que haya sido absuelto o hayan transcurrido cinco años desde el cumplimiento de la resolución mediante la cual se aplicó el procedimiento”.

autorizará al agente de la Representación Social, para que proceda al planteamiento de la acusación, con los contenidos de ley⁶³, sin pasar por alto que podrá solicitar una reducción hasta en el porcentaje que como máximo autoriza la ley al respecto. Asimismo, es recomendable que adjuntos a la acusación, se manifiesten los datos de prueba que emanen de los antecedentes de la investigación, para robustecer la pretensión que hace valer el Ministerio Público.

4. Control judicial

Una vez que ha concluido su intervención el agente del Ministerio Público y sólo en caso de haber asistido, el juez verificará que la víctima u ofendido o acusador coadyuvante hayan comprendido los términos del procedimiento abreviado y los alcances de éste y les otorgará la palabra para que manifiesten lo que a su derecho convenga. Al respecto, pueden allanarse o bien, oponerse a la solicitud del fiscal. De no oponerse, se

⁶³ Artículos 429 de la ICFPP; 294 del CPPBC; 369 del CPPChis; 294 del CPPChih; 316 del CPPDur; 296 de la LPPGto; 329 del CPPHgo; 307 del CPPEMex; 258 del CPPMich; 292 del CPPMor; 317 del CPPNL; 292 del CPPOax; 358 del CPPPue; 331 del CPPTab; 304 del CPPYuc; y 334 del CPPZac.

estará en aptitud de continuar; sin embargo, de existir oposición, el juzgador deberá otorgar la oportunidad al agente del Ministerio Público, para que conteste la misma. Si el juzgador considera que es fundada la oposición, determinará la continuación del procedimiento ordinario, con la correspondiente negativa de apertura del procedimiento abreviado; de no encontrar fundada la oposición, estarán dadas las condiciones jurídicas para continuar con la sustanciación del procedimiento. En todo caso, una vez que el juez ha considerado la posibilidad de continuar con el trámite del procedimiento, permitirá a la defensa que manifieste lo que a su interés convenga; y sólo en la medida en que lo considere necesario, habrá lugar a réplica y dúplica.

Hecho lo anterior, el juez de control procederá a interactuar con el imputado, a fin de tutelar los diversos requisitos para la apertura del procedimiento en estudio. Al respecto, el juzgador verificará que el imputado: a) ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre, voluntaria e informada y con la asistencia de su defensor; b) conociere su derecho a exigir un juicio oral; c) renunciare voluntariamente al juicio; d) aceptare ser juzgado con base en los datos de prueba que emanan de los

antecedentes recabados en la investigación -y que incluso fueron expuestos oralmente en la audiencia-; e) entienda los términos del acuerdo y las consecuencias que éste pudiera implicarle; y f) acepte los hechos y sus circunstancias -o su participación o la calificación jurídica, según sea el caso- materia de la acusación en forma inequívoca y de manera libre y espontánea.

Como ya se dijo anteriormente, si el juez estima que no se actualizan los requisitos correspondientes o bien, encuentra fundada la oposición de la víctima, ofendido o coadyuvante, rechazará la solicitud del procedimiento abreviado y el proceso continuará en la etapa que corresponda, sin que vincule al agente del Ministerio Público el requerimiento sobre la pena (en atención a la reducción autorizada) que haya realizado previamente; asimismo, se tiene por no hecha la aceptación de los extremos (hechos-participación-responsabilidad-calificación jurídica, según sea el caso) requeridos por la ley al acusado, y el juez dispondrá que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud del procedimiento abreviado, sean eliminadas del registro.

Ahora bien, una vez que el juez de control haya verificado los extremos en comento, procederá a

emitir la resolución que determine el cierre del procedimiento ordinario y la apertura del procedimiento abreviado. En este tópico, soy de la opinión que la unión de voluntades que implica la oferta o propuesta del agente del Ministerio Público y la aceptación por parte del imputado-acusado, tiene la naturaleza jurídica de convenio, y la naturaleza procesal de *acuerdo probatorio a título universal* (en contraposición al acuerdo probatorio de índole particular, o acuerdo probatorio en estricto sentido que se ventila en la audiencia intermedia). En efecto, el acuerdo que implica el procedimiento abreviado, imposibilita el debate sobre la actualización de la totalidad de los hechos, los que se tienen por incontrovertidos y en consecuencia, como ciertos, para todos los efectos legales. Así como el *acuerdo probatorio strictu sensu* que tiene verificativo en la audiencia intermedia, genera hechos incontrovertidos que se excluyen de la materia del debate en el eventual juicio; aquí, la totalidad de los hechos incontrovertidos torna innecesaria la realización del juicio, ante lo ocioso que resulta probar, procediéndose exclusivamente a realizar el juicio de adecuación de los hechos a las diversas categorías jurídicas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Resuelto el cierre del procedimiento ordinario y la apertura

del abreviado, el juez de control abrirá el debate y otorgará la palabra al agente del Ministerio Público, a la víctima u ofendido o bien, al coadyuvante, al defensor y por último, al acusado, a fin de que realicen sus últimas manifestaciones; hecho lo anterior, declarará cerrado el debate y procederá a emitir el fallo que corresponda.

5. Sentencia

Terminado el debate, el Juez dictará su fallo sobre la condena o absolución en la misma audiencia, y deberá dar lectura pública y explicación a la sentencia, dentro del plazo de ley (regularmente cuarenta y ocho horas siguientes)⁶⁴. Como cualquier

⁶⁴ En este sentido, la dispensa de la audiencia en comento se ha vuelto una situación habitual. En efecto, existe la cláusula de dispensa, recogida por diversos ordenamientos, conforme a la cual, "...en caso de que la fecha y hora fijada para la audiencia de lectura de sentencia..., no asista a la sala de audiencia persona alguna se dispensará la lectura de la misma". Esta situación ha generado incertidumbre respecto al cómputo del plazo para impugnar, a través del recurso ordinario o bien, por medio del juicio de garantías. En este sentido, se han producido criterios contenidos en ejecutorias que hasta hoy constituyen tesis aisladas, sin embargo ilustran el tratamiento que a tal situación se está otorgando, como el siguiente: "De los artículos 414, fracción IV y 415 del

Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua se advierte que la sentencia dictada en el procedimiento penal abreviado es apelable, y este medio ordinario de defensa deberá interponerse dentro del plazo de diez días; sin embargo, para realizar el cómputo respectivo deben tomarse en cuenta los artículos 49 y 60 del citado código, que disponen, en lo conducente, que las resoluciones pronunciadas durante las audiencias judiciales se entienden notificadas a los intervinientes en el procedimiento que hubieren asistido o debieron asistir a ellas; que tratándose de las que se dicten fuera de audiencia, deben notificarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su dictado y que los plazos correrán a partir del día siguiente en que se efectuó la notificación al interesado. En ese sentido, si el Juez de garantía señala fecha para que tenga verificativo la audiencia de lectura de sentencia, pero después de cuestionar a las partes dispensó de ésta y autorizó la expedición de las copias de la resolución, debe estimarse que la sentencia no fue pronunciada en la citada audiencia y, en consecuencia, el quejoso no quedó notificado en esa fecha, ante la dispensa de su lectura, sino que la resolución fue pronunciada fuera de audiencia y, por ello, debía notificarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su dictado; por tanto, el plazo de diez días para interponer el recurso de apelación debe computarse a partir del día siguiente al en que se practicó esa notificación y fueron expedidas las copias certificadas correspondientes, ya

sentencia en la materia penal, de resultar condenatoria, no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público; y asimismo, no será obstáculo para la concesión de alguna de las medidas alternativas consideradas en la ley, si fuera procedente.

C. Efectos

El procedimiento abreviado, es un instrumento procesal ideado para condenar. Esta figura reúne los elementos para lograr una sentencia condenatoria, no obstante la posibilidad jurídica de generar absoluciones. Un procedimiento que implica la renuncia al juicio oral en virtud de la innecesidad de desahogar medios de prueba y sobre todo, porque entraña un acuerdo probatorio o demostrativo entre el agente del Ministerio Público y el acusado, conforme al cual, los hechos

que es en esta fecha en la que se dieron a conocer los motivos y fundamentos en que se apoyó la autoridad para emitir el fallo y a partir de ese momento es cuando el quejoso está en posibilidad de impugnarlo". La anterior determinación se localiza en la tesis XVII.2o.P.A.2 P (10a.), emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa, del Décimo Séptimo Circuito, visible en la página 1767, Tomo 3, Libro X, julio de 2012, registro 2001068, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

motivo de acusación resultan incontrovertidos y en consecuencia ciertos, desde la óptica procesal.

En este sentido, las sentencias absolutorias que se han de generar en el procedimiento abreviado, tienen su origen en defectos jurídicos, como la imposibilidad de reclasificar en sentencia, o bien, por ausencia de antijuridicidad; sin embargo, las absoluciones que tienen su origen en la falta o insuficiencia de elementos de convicción que soporten la acusación, adolecen de técnica en su tratamiento, toda vez que tal situación habrá de generar en el juzgador un rechazo a la solicitud del órgano ministerial, con la correspondiente continuación del procedimiento ordinario, pero no insuficiencia de datos para condenar. En otras palabras, la insuficiencia demostrativa es materia de análisis, ponderación y decisión del juzgador en la apertura o no del abreviado, nunca en el fallo y sentencia correspondiente, en tanto que, como acuerdo probatorio que implica la apertura del procedimiento, una vez aprobado, no puede el tribunal pasar por alto los hechos que ahora están ajenos a la controversia o *litis* y que han generado certeza en su concreción. Pasar por alto lo anterior, permitiría que un tribunal de juicio o sentencia se avocara al estudio de los hechos motivo de acuerdos o convenciones probatorias que a título

particular fueron celebrados en la audiencia intermedia, tornándolos ineficaces.

D. Consideraciones finales

La buena operación del procedimiento abreviado permitirá que esta figura procesal produzca sus mejores resultados: evitar la realización de juicios, ante la falta de controversia. Sin embargo, no debe convertirse en una máquina para producir culpables. Se debe lograr el equilibrio adecuado entre los beneficios que otorga, en relación a aquellos que proporciona el juicio. En este sentido, considero que el punto medular que habrá de evidenciar la buena praxis en el abreviado, radica en la ausencia de vicios en la voluntad del imputado, tarea que a *prima vista* resulta fácil cumplir (a través de simples preguntas que el juez de control realiza al imputado), no obstante que bajo el contexto, resulta evidente la existencia de error e incluso de intimidación en los imputados (V.gr. la emisión de sentencias condenatorias que imponen prisión vitalicia en procedimientos abreviados).

Fuentes consultadas

Bibliografía

- BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código penal argentino*.
- CHAHUÁN, Sabas, *Manual del Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Conosur, Segunda Edición, Santiago 2003.
- DUCE, Mauricio, *La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal*, en *El Nuevo Proceso Penal*, varios autores. Cuadernos de Trabajo N°2 Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, marzo 2000.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago 2007.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Introducción al Sistema Procesal Penal*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Primera Edición, Santiago 2002.
- FERNÁNDEZ SANTA MARÍA, Juan, *Reflexiones en Torno a la Reforma Procesal Penal*, Revista Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco 2003.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago 2002.

VASCONCELOS, Rubén, *La suspensión del proceso penal a prueba*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 28, México 2009.

VITALE, Gustavo, *La suspensión del proceso penal a prueba*, Segunda edición, Editores del Puerto, Buenos Aires 2004.

Legislación

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.

Código Procesal Penal del Estado de Durango.

Código Procesal Penal para el Estado de Hidalgo.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán de Ocampo.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos.

Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León.

Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca.

Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla.

Código Procesal Penal Acusatorio para el Estado de Tabasco

Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán.

Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas.

Iniciativa del Presidente Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales.

Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato.

Otras fuentes

Tesis XVII.2o.P.A.2 P (10a.), emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa, del Décimo Séptimo Circuito, visible en la página 1767, Tomo 3, Libro X, julio de 2012, registro 2001068, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

LA INVESTIGACIÓN Y LA AUDIENCIA INICIAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ORDINARIO ACUSATORIO Y ORAL*

Jorge Arturo GUTIÉRREZ MUÑOZ**

Sumario: Presentación; I. La etapa de investigación; II. La audiencia inicial; III. Incorporación en audiencia del antecedente de investigación; IV. Valoración del dato de prueba por el juez de control; Fuentes consultadas.

Presentación

En el marco del *Programa de Capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en Audiencias Previas*, organizado por la Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal del Tribunal Superior de Justicia y Consejo de la Judicatura, ambos del Distrito Federal, en conjunción con el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, y el Instituto de Justicia Procesal Penal, A.C., se abordó, entre otras materias, el litigio en la audiencia inicial o preliminar, que tiene verificativo en la etapa de investigación, dentro del procedimiento penal ordinario, conforme al esquema procesal acusatorio y oral. Al respecto, el presente artículo abordará los contenidos básicos de la investigación como etapa; la audiencia inicial, como acto procesal protagónico; y finalmente, la incorporación y valoración de los datos de prueba que habrán de incorporarse.

* Ponencia presentada en el seminario taller "Programa de capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en audiencias Previas", celebrado en la ciudad de México en octubre de 2012.

** Licenciado y Maestro en *Derecho* con mención *Cum Laude* por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Se ha desempeñado como Juez de Garantía del Distrito Judicial Morelos del Estado de Chihuahua y como capacitador de jueces en diversas entidades federativas. Actualmente es Profesor-Investigador en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).

I. La etapa de investigación

En la etapa de investigación, las partes reunirán, según sea el caso, los elementos de convicción orientados al esclarecimiento de los hechos, a fin de sustentar el eventual ejercicio de la acción, o bien, soportar una estrategia de defensa. Ahora bien, al tener claro que el Ministerio Público tiene la carga de probar, conforme a la cual, se le considera el *investigador*, por antonomasia, resulta claro, de acuerdo a la exposición de motivos contenida en la iniciativa del Ejecutivo Federal¹, que la investigación debe realizarse de manera inmediata, eficiente, exhaustiva, profesional e imparcial, libre de estereotipos y discriminación, orientada a explorar todas las líneas de investigación posibles que permitan la identificación de quien cometió o participó en la comisión del hecho que la ley señala como delito.

Desde la primera etapa se observan y atienden los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, imparcialidad, lealtad y honradez respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los

¹ Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, *Iniciativa con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales*, Gaceta Parlamentaria de 22 de septiembre de 2011, México, p. 15.

instrumentos jurídicos internacionales; por ello, la Representación Social, desde el momento mismo de tener la noticia del hecho delictivo, debe abocarse a la investigación reuniendo los indicios o evidencias, para tomar la decisión sobre el ejercicio de la acción penal. En esta etapa, en caso de que el imputado o su defensor y la víctima u ofendido soliciten determinadas diligencias para el esclarecimiento de los hechos y el Ministerio Público se niegue a practicarlas, aquellos tendrán derecho a inconformarse ante el Procurador General de la República o ante quien se delegue dicha función.

A fin de lograr una debida integración de la carpeta de investigación por el mencionado órgano del Estado, se prevé la obligación de toda persona o servidor público de proporcionar oportunamente la información de que disponga y que le requiera el Ministerio Público, considerándose las sanciones respectivas para el caso de incumplimiento. Aspecto importante en este sentido consiste en que la información obtenida por la policía debe comunicarse al Ministerio Público durante la investigación; si dicha información no se integra a los registros de la investigación, no podrá tomarse en cuenta por los jueces, esto en aras de salvaguardar el derecho de defensa. Para efectos de un control efectivo de

las constancias que integran esta etapa, se regula el registro de las actuaciones, que contiene los requisitos mínimos de fecha, hora y lugar de realización, nombre de los servidores públicos que participan, así como una breve descripción de la actuación y, en su caso, de los resultados obtenidos de dicha diligencia.

Para el equilibrio entre la preservación de las investigaciones iniciales y el derecho de defensa, las actuaciones de la investigación deberán ser reservadas hasta que comparezca el imputado ante el Ministerio Público o la policía, éste sea detenido, o se pretenda recibir su declaración o entrevista. De igual forma, antes de su primera comparecencia ante el juez, el imputado tendrá derecho de consultar los registros de la investigación, incluso, a que se le entregue copia de los mismos con la oportunidad necesaria para preparar una defensa adecuada. Una vez que el imputado haya comparecido ante el Juez, sólo permanecerán en reserva aquellas actuaciones cuando sea indispensable para evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación o amenaza o influencia a los testigos del hecho o para proteger a las personas o bienes jurídicos. Dicha reserva no excederá la mitad del plazo máximo de la investigación

formalizada, teniendo la opción el imputado o su defensor de solicitar al juez que la limite o le ponga fin.

Al ser la oralidad uno de los temas más relevantes y de mayor impacto en el nuevo sistema de justicia penal, al dar lugar a un trámite desarrollado bajo un mecanismo de audiencias, en el que se respeten las formalidades del procedimiento, se asegure la presencia del juez y de las partes en igualdad de condiciones y se dote de transparencia a cada etapa del procedimiento a fin de obtener resoluciones justas, imparciales, objetivas y totalmente apegadas a derecho², es que se estimó atractivo realizar el presente artículo, a fin de precisar los elementos compositivos de la audiencia inicial, en la cual se deberán observar los principios en comento.

II. La audiencia inicial

Por su incidencia numérica, composición material y diversidad de supuestos, podemos afirmar que la audiencia inicial es uno de los actos procesales protagónicos en el nuevo sistema de justicia penal. Como se ha dicho en Chile: constituye un hito central del nuevo procedimiento³.

² *Ídem*, p. 7.

³ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, 1a. edición, Chile 2007, p. 229.

A fin de abordar la audiencia inicial con mayor envergadura, se atenderá aquella en la que el imputado está detenido por flagrante delito y renuncia al plazo constitucional con la finalidad que sea resuelta su situación jurídica⁴. Tal audiencia presenta en forma general, la siguiente estructura:

Audiencia inicial											
Introducción ⁵				Desarrollo ⁶						Conclusión ⁷	
AA	II	ND	TD	CD	FI	DP	SJ	MC	PCI	UM	CA

⁴ En este sentido, es importante invocar los artículos que contemplan tal situación, contenidos en diversos ordenamientos procedimentales: Artículo 283, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California; Artículo 282, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua; Artículo 303, del Código Procesal Penal del Estado de Durango; Artículo 248, del Código Procesal Penal para el Estado de Hidalgo; Artículo 292, último párrafo, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México; Artículo 242, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán de Ocampo; Artículo 280, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos; Artículo 305, del Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León; Artículo 346, del Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla; Artículo 282, del Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán y el Artículo 321 Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas.

⁵ Donde: **AA**, corresponde a la apertura de la audiencia; **II**, es la identificación o individualización de los intervinientes; **ND**, se refiere al nombramiento o designación del defensor; y **TD**, a la tutela de derechos que el juez realiza en relación al imputado y a la víctima u ofendido (de encontrarse presentes).

⁶ Para lo cual: **CD**, es el control de la detención; **FI**, la formulación de la imputación; **DP**, corresponde a la declaración preliminar; **SJ**, la situación jurídica del imputado que habrá de resolverse a través de un auto de vinculación o no a proceso; **MC**, hace alusión a las medidas cautelares; y **PCI**, al plazo judicial para el cierre de la investigación.

⁷ En el entendido que: **UM**, se refiere a las últimas materias que pueden ventilarse, como solicitudes o manifestaciones que pueden realizar los intervinientes o los pronunciamientos o resoluciones del juez de control en ciertos tópicos; y **CA**, al cierre de la audiencia.

A. Introducción

1. Apertura de la audiencia

El juez declarará abierta la audiencia, una vez que se constituyó en la sala y corroboró que se encuentran dadas las condiciones necesarias.

2. Identificación de los intervinientes

Se individualizará a los intervinientes con una lógica de mayor a menor; es decir, de sujetos procesales activos a pasivos. Así, se iniciará con el agente del Ministerio Público y la víctima u ofendido o su asesor jurídico, de ser el caso; continuará con el defensor y por último con el imputado.

3. Nombramiento o designación de defensor

Se solicitará al imputado que ejerza el derecho de elección de defensor; en el entendido que, de no querer o poder nombrar defensor, se le designará un defensor penal público.

4. Tutela de derechos

B. Desarrollo

1. Control de detención

Se otorgará la oportunidad al agente del Ministerio Público para que desarrolle su solicitud de control de la detención; se dará oportunidad a la defensa para que realice la contestación respectiva; en su caso

dará oportunidad de réplica y dúplica. Hecho lo anterior, el juez de control resolverá.

Si el tribunal no califica de legal la detención, dispondrá de inmediato la libertad del imputado, sin perjuicio que en un acto procesal posterior y diverso se continúe con el trámite correspondiente, previa solicitud del Ministerio Público. Si se califica de legal la detención, se estará en aptitud de continuar con la audiencia.

“El juez verificará que el imputado conoce y entiende sus derechos; se hará lo propio con la víctima u ofendido, de encontrarse presente en la audiencia.”

2. Formulación de la imputación

Como se manifestó, calificada la detención como legal, se permitirá al agente del Ministerio Público que formule la imputación; se dará oportunidad a la defensa para que realice la solicitud de aclaraciones o precisiones que estime necesarias; y una vez que el Ministerio Público aclare o precise lo conducente, el juez de control preguntará al imputado si entendió.

3. Declaración preliminar

Al manifestar el imputado que entiende la imputación, el juez le informará que tiene el derecho de emitir una declaración a fin de contestar el cargo y le hará saber que si guarda silencio, tal situación no puede ser utilizada en su perjuicio; sin embargo, si declara, la información que el imputado aporte si podría llegar a ser utilizada en su contra. Para ello, el juzgador le pedirá al imputado que lo consulte con su defensor, para que la decisión que tome de declarar o no, se encuentre informada y asesorada conforme a una estrategia de defensa.

4. Situación jurídica

Después que el imputado ha declarado o manifestado su deseo de guardar silencio, el juez le informará a éste que tiene derecho a que se resuelva sobre la solicitud de vinculación a proceso que desea desarrollar el Ministerio Público, dentro de las setenta y dos horas computadas a partir de que se le puso a disposición del Tribunal, interno en el Centro de Reinserción Social, si se encontrare detenido, o bien, a partir del inicio de la audiencia, si no se encontrare en tal situación; le hará saber que tiene derecho a solicitar la prórroga de ese plazo, o bien, que puede renunciar al mismo a fin de que en la misma audiencia se resuelva lo correspondiente; para tal

efecto, le pedirá que lo consulte con su defensor. Hecho lo anterior, se preguntará al imputado cual es el momento que ha escogido para que se resuelva su situación jurídica. Una vez que el imputado renunció al plazo en comento (supuesto que se tomó para los efectos de este artículo⁸), el juez permitirá que el

⁸ Si el imputado no renuncia al plazo de las setenta y dos horas para que se resuelva sobre su vinculación o no a proceso, o solicita la prórroga de dicho plazo, el juez citará a una audiencia en la que resolverá lo conducente. Dicha audiencia deberá celebrarse, dentro de las setenta y dos horas o ciento cuarenta y cuatro horas siguientes a que el imputado detenido fue puesto a su disposición del tribunal o compareció a la audiencia de formulación de la imputación. Para tales efectos, se podrá proveer el auxilio judicial si el imputado requiere del mismo para citar testigos o peritos a la audiencia en la que se resuelva su situación jurídica, siempre y cuando la solicitud de tal auxilio se realice en tiempo y forma legal.

Si el imputado se acogió al plazo constitucional o solicitó su prórroga, una vez que transcurrieron los tiempos del proceso, abierta la audiencia para la cual fueron citados los intervinientes e individualizados los mismos, el juez solicitará a la defensa que proceda al desahogo de los medios de prueba – si así lo permite la ley que rige el acto- que en su caso hayan sido ofrecidos y admitidos, para lo cual, se seguirán en lo conducente las reglas previstas para el

agente del Ministerio Público desarrolle su solicitud de vinculación a proceso, exponiendo en la misma audiencia los antecedentes de la investigación de los que se desprenden datos de prueba con los que establece un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Concluida la intervención ministerial, se permitirá a la Defensa que realice la contestación que corresponda; en su caso, habrá oportunidad de réplica y

desahogo de pruebas en la audiencia de debate de juicio oral. Desahogados los medios de prueba, si los hubo, el juez permitirá que el agente del Ministerio Público desarrolle su solicitud de vinculación a proceso, exponiendo los datos de prueba que emanen de los antecedentes de la investigación, con los que considera se establece un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Una vez que el Ministerio Público ha concluido su solicitud, permitirá a la Defensa que realice la contestación correspondiente; en su caso, dará oportunidad de réplica y dúplica; preguntará al imputado si tiene algo que manifestar y acto seguido, resolverá lo conducente. Si así lo amerita, en casos de extrema complejidad, el juez podrá decretar un receso que no podrá exceder del tiempo que la ley señala para tal efecto, antes de resolver la situación jurídica del imputado.

dúplica; se preguntará al imputado si tiene algo que manifestar; y finalmente, el juez resolverá lo conducente⁹.

5. Medidas cautelares

Si el agente del Ministerio Público o la víctima, según sea el caso, solicita la imposición de medidas cautelares personales, el tribunal permitirá a la contraparte que manifieste lo que a su estrategia de defensa convenga; y en su caso, permitirá la oportunidad de efectuar réplica y dúplica. Acto continuo procederá a resolver.

6. Plazo judicial para el cierre de la investigación

En la audiencia donde se resolvió la vinculación a proceso del imputado se abrirá debate entre los intervinientes sobre el plazo judicial

⁹ En caso de que no se reúna alguno de los requisitos que la Constitución y la ley establecen para dictar un auto de vinculación a proceso, el juez negará la vinculación del imputado a proceso y, revocará las medidas cautelares personales y reales que eventualmente hubiese decretado. Sin embargo, si el juez considera satisfechas las exigencias constitucionales y legales correspondientes, dictará el auto de vinculación a proceso en contra del imputado.

de cierre de la investigación; cerrado el debate, el juez se pronunciará sobre tal tópico, para lo cual fijará el plazo que considere adecuado, dentro de los parámetros legales, en atención a la naturaleza de los hechos y la complejidad de la indagación.

C. Conclusión

1. Últimas materias

Después que ha señalado un plazo de cierre de investigación, el juez preguntará a los sujetos procesales que señalen si tienen algo más que manifestar, agregar o solicitar; hecho lo anterior, resolverá sobre las solicitudes de los intervinientes, siempre y cuando sean procedentes (regularmente consisten en la autorización a la administración del tribunal, para expedir transcripciones o copias de registro de videograbación del acto procesal, con la finalidad de ser entregados a los justiciables).

2. Cierre de la audiencia

Una vez que el juez se ha cerciorado que no existe mayor solicitud o petición de los intervinientes, declarará cerrada la audiencia.

III. Incorporación en audiencia del antecedente de investigación

A. Sin debate

En este supuesto, la audiencia se entenderá entre el solicitante y el juez.

El solicitante por regla general será el Ministerio Público; o bien, la víctima u ofendido. Los casos en los que puede actualizarse el acto procesal de tipo audiencia, sin que tenga verificativo el debate, atienden regularmente a la naturaleza de la resolución que se busca, sea un medio de investigación como el cateo, sea una providencia precautoria como es la orden de aprehensión, o bien, una medida cautelar como el embargo precautorio previo a la imputación.

Podemos observar que el fin primordial de las materias en comento es preservar el sigilo indispensable para la eficacia de la resolución, toda vez que, de enterar al imputado o a la persona en contra de quien se direcciona alguno de los proveídos de referencia, sería altamente atractivo, por las vías de hecho, evitar la ejecución del acto de autoridad.

En estos supuestos, la función del juzgador deberá ser agudizada, ante la ausencia, en lo que interesa, de los principios de publicidad, contradicción e igualdad, que generan el control de tipo acusatorio; le está entonces permitido al resolutor, realizar un examen más escrupuloso de la pretensión que le sea puesta a consideración, en aras de evitar la violación de derechos fundamentales.

Ante la ausencia de debate, la información contenida en los antecedentes de investigación se

incorpora en la audiencia a través de su invocación. Al respecto, la solicitud se efectúa de forma oral, debiendo el expositor detallar claramente el dato de prueba que manifieste e identificar el antecedente de investigación del cual se desprende.

Por su parte, el juez debe cerciorarse que la información proporcionada sea veraz y clara, para lo cual, y a fin de evitar el examen directo de la carpeta de investigación, resulta útil preguntar al solicitante si la petición que ha realizado se sustenta demostrativamente en la carpeta de investigación y asimismo, resulta válido preguntar cuántos antecedentes o registros de la investigación existen adicionalmente en la carpeta, requiriendo incluso, la explicación por la cual no fueron expuestos inicialmente. Sólo en caso estrictamente necesario y con la finalidad de salvar las dudas que puedan presentarse al juzgador, deberá realizarse el examen vertical del legajo indagatorio.

B. Con debate

El debate se nos presenta como regla general en la incorporación de antecedentes de investigación en el acto procesal de tipo audiencia. Al ser la audiencia el vehículo a través del cual se concretizan los principios que rigen el esquema procesal oral y acusatorio, siempre habrá de

privilegiarse el debate en la toma de decisiones judiciales, en un sustrato de igualdad, de manera pública, contradictoria, con intermediación entre los interlocutores del canal de comunicación procesal, con criterios de continuidad y concentración.

El alegato se convierte en el medio de comunicación por el cual los sujetos procesales justiciables exponen ante el tribunal sus pretensiones, de suerte que, en forma correlativa el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre las cuestiones o materias que se le pongan a consideración. Dichos alegatos y pronunciamientos se sustentan demostrativamente en datos de prueba que emanan de antecedentes o registros obtenidos durante la investigación.

El *dato de prueba* y el *antecedente de investigación* en el cual aquel se encuentra registrado, son *invocados* por las partes en sus planteamientos, quedando sujeta dicha información, al control horizontal que ejerce el colitigante; por su parte, al resolver, el juzgador se ajustará a dicha información, sea que se empate o “*haga suyos*” los argumentos que exponga una u otra de las partes (fórmula que se estima óptima), o bien, que reproduzca dicha información (no recomendable).

En la audiencia con debate y por lo que hace a la incorporación de la información por las partes, basada

en antecedentes de la investigación, la función del juzgador es más laxa, a diferencia de la audiencia con ausencia de debate, precisamente porque se ejerce el control por la contraparte; sin que le esté permitido al resolutor ejercer el control vertical, salvo que la contradicción que ejerzan los justiciables no pueda ser salvada de otra forma, sino a través del examen directo de la carpeta de investigación¹⁰.

Por otro lado, es oportuno mencionar, que se han generado cláusulas legales que permiten a las partes incorporar la información demostrativa sin hacer estricto uso del lenguaje oral, y por lo tanto, realizar proyección o exhibición de registros contenidos en el legajo indagatorio con el propósito de que sirvan como soporte demostrativo a sus pretensiones¹¹, situación que no se

advierde del todo recomendable, al mermar la dinámica oral del acto procesal.

A continuación se muestra un ejemplo¹² de la incorporación de datos de prueba que emanan de antecedentes de investigación:

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al juez de control):

—Su Señoría. Esta Representación Social, solicita que se califique de legal la detención del imputado. En atención a lo siguiente:

(I. Detención)

(A. Hecho delictivo).-
Encontramos un hecho delictivo, que se hace consistir en la privación de la vida de quien respondiera al nombre de Camila Vázquez del Castillo; el que ocurrió aproximadamente entre la 1:00 y 4:49 horas del 9 de

¹⁰ A modo ilustrativo, el primer párrafo del artículo 36, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, en lo que interesa, establece: “El juez de garantía no podrá revisar la carpeta de investigación antes de dictar sus resoluciones, salvo que exista una controversia entre los intervinientes respecto al contenido de dicha carpeta...”.

¹¹ El referido numeral 36, del Código Adjetivo chihuahuense hace referencia a tal permisión jurídica, al determinar: sin embargo, el Ministerio Público, durante la audiencia, podrá

apoyarse en la proyección de los medios de investigación, en instrumentos digitales de los elementos en que funda su pretensión y que obran en la carpeta de investigación, a efecto de que el juez y los demás intervinientes puedan constatar su contenido”.

¹² El caso sobre el homicidio de *Camila Vázquez del Castillo*, que aquí se inserta, es el mismo caso-base utilizado en el Concurso Universitario de Juicios Orales organizado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, en el año 2011.

julio de 2011; en la playa del Hotel Dauphine, ubicado en la avenida Kukulcán, número 1523, de la zona hotelera de la ciudad de Cancún, municipio de Benito Juárez, Quintana Roo.

(B. Detención).- La detención se llevó a cabo por oficiales de policía, según lo relata el agente José María Chávez Pok, aproximadamente entre las 5:00 y 6:00 horas del mencionado día; en la playa del hotel en comento.

(C. Causa generadora de detención).-

(1. Supuesto normativo).- La causa que generó la detención la encontramos prevista en la parte final del primer párrafo de la fracción III del artículo 214 de la ICFPP, toda vez que se encontraron diversos indicios en el imputado, que lo relacionan con el hecho delictivo, como son:

a. Manchas hemáticas en su vestimenta; así como

b. Su cercanía con:

El instrumento del delito; y

El cuerpo sin vida

(2. Sustento demostrativo).- Lo anterior, se sustenta en el informe policial sobre diligencias efectuadas, signado por el mencionado agente.

(II. Retención)

Por lo que hace a la retención, le informo que ésta tuvo una duración de 37 horas, respetando el plazo establecido en el noveno párrafo del numeral 16 Constitucional, en virtud de que:

A. El imputado fue puesto a disposición de esta Representación Social, el día 9 de julio del año en curso, en punto de las 9:00 horas; y

B. A disposición de este Tribunal el día de ayer 10 de julio, a las 22:00 horas.

Por todo lo anterior, le solicito que acceda de conformidad a mi pretensión.

Defensor (Dirigiéndose al juez de control):

—Su Señoría, esta Defensa, solicita se califique de ilegal la detención del imputado. En atención a lo siguiente:

(I. Detención)

(A. Hecho delictivo y detención).- Por lo que hace al hecho delictivo; y asimismo, que el imputado fue detenido, no hay manifestación alguna que realizar.

(B. Causa generadora de detención).

(1. Supuesto normativo).- Sin embargo, en lo tocante a la causa generadora de detención, es de considerarse no actualizado el

supuesto invocado por el agente del Ministerio Público, a que se refiere la parte final del primer párrafo de la fracción III del artículo 214 de la ICFPP, en virtud de que:

a. Es incuestionable que mi patrocinado se encontraba inconsciente cuando fue detenido; por lo que, las manchas hemáticas que presentó en su vestimenta, bien pudieron ser generadas por persona distinta, específicamente quien cometió el delito o auxilió en su realización; lo anterior con el fin de desviar la línea de investigación.

b. Por otra parte, su cercanía con el mencionado instrumento criminal, así como con el cuerpo de Camila, obedece precisamente a la presencia de mi asesorado en la fiesta de esa noche, donde como se ha hecho patente, se le privó del sentido.

(2. Sustento demostrativo).- Lo anterior, tomando en consideración el referido informe policial a que ha hecho alusión la Fiscalía.

(II. Retención)

En lo relativo a la retención, esta Defensa no tiene nada que manifestar.

*¿son
susceptibles de
valoración los
datos de prueba
que emanan de
antecedentes de
investigación?*

IV. Valoración del dato de prueba por el juez de control

No es posible abordar el tema en estudio, sin hacernos la pregunta obligada: ¿son susceptibles de valoración los datos de prueba que emanan de antecedentes de investigación? la respuesta se nos presenta en sentido afirmativo. Efectivamente, si bien es cierto, hasta este momento, en el ámbito local no se hace mención expresa a la valoración de *datos de prueba*¹³, de

¹³ Con excepción del artículo 393 Ter, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, adicionado mediante decreto publicado en el Periódico Oficial de la entidad, el 24 de agosto de 2009, en donde se regula la valoración de elementos o indicios para la imposición de la sanción, al establecer que “El juez de control en la misma audiencia de vinculación a proceso, valorará los elementos o indicios que le sean relatados por el Ministerio Público...”; así como el tercer párrafo del artículo 20 del Código

suerte que sólo se hace referencia a la valoración de la *prueba* o bien, de los *medios de prueba*¹⁴, de lo que pareciera

de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla, al señalar que “...en la motivación, los juzgadores deberán necesariamente observar las reglas de la sana crítica con respecto a datos o medios de prueba de valor decisivo.”

¹⁴ Como lo señalan los siguientes dispositivos: Artículos 333 y 375, fracción IV, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California; Artículos 291 y 428, inciso c), del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas; Artículos 20, 333 y 375, fracción IV, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua; Artículos 22 y 397, fracciones III y V, del Código Procesal Penal del Estado de Durango; Artículos 330, 384 y 387, fracción IV, de la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato; Artículos 372 y 418, fracción IV, del Código Procesal Penal para el Estado de Hidalgo; Artículos 22 y 343, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México; Artículo 53, 187, 285 y 315, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán de Ocampo; Artículos 23, 335 y 375, fracción V, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos; Artículos 23, 358 y 394, fracción IV, del Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León; Artículos 22, 336 y 388, fracción III, del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca; Artículo 20, 86, 393, 500, fracción VI, del Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano

que sólo es materia de valoración la información que emane de los medios de prueba con la finalidad de producir prueba; no debemos olvidar que, por mandato constitucional, el acto de autoridad en el sistema jurídico mexicano se edifica en el principio de legalidad, y atento al mismo, a la necesaria fundamentación y motivación que debe revestirlo. Por ello, es que forma parte indispensable, sobre todo de la motivación, la valoración que se otorgue a la información que permitió tomar decisiones a la autoridad jurisdiccional, sea que dicha información se nos presente como dato de prueba o prueba.¹⁵

de Puebla; Artículos 203 y 372, fracción V, del Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán y el Artículos 22, 378 y 412, fracción III, del Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas.

¹⁵ Tal y como se ha señalado a nivel local, al determinarse que en la motivación, los juzgadores deberán necesariamente observar las reglas de la sana crítica, con respecto a datos o medios de prueba de valor decisivo. Artículo 18, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California; Artículo 10, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas; Artículo 18, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua; Artículo 20, del Código Procesal Penal del Estado de Durango; Artículo 82, del Código Procesal Penal para el Estado de Hidalgo; Artículo 53,

La aparente problemática que encontramos, por ausencia de disposición expresa en las leyes procesales de las entidades federativas, en tratándose de la valoración de datos de prueba, ahora se encuentra superada por el iniciador del Código Federal de Procedimientos Penales, al establecer lo siguiente:

Artículo 294. Valoración de los datos y pruebas

El juez asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, con aplicación estricta de las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, a la luz de la sana crítica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a los datos y pruebas y, con base en la apreciación

conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios, deberá explicar las razones que le permiten arribar al hecho que se considere probado.

Una vez que se ha manifestado la necesidad de valorar los datos de prueba, resulta necesario acotar el punto de partida en este tópico, que lo constituye la *presunción fáctica de licitud y veracidad del antecedente de investigación y el dato de prueba que respectivamente fueron enunciados en la audiencia, sin que hayan sido controvertidos por la contraparte del expositor*. En efecto, la mencionada presunción emana del principio general del derecho: "*Bona fides semper præsimitur, nisi mala adesse probetur*", conforme al cual, la buena fe siempre se presume, si no se prueba que hubo mala fe. Claro es, que el juzgador no debe advertir *per se* y en atención a la naturaleza de la información que le fue proporcionada, una evidente ilicitud en el antecedente de investigación, o bien, imposibilidad material manifiesta, que se desprenda del dato de prueba.

Destacado lo anterior, es menester señalar que el Juez debe ser respetuoso del sistema que contiene las reglas de la sana crítica, de la valoración razonada de la prueba y la libre valoración de la prueba. Al respecto, la referida exposición de

del Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán de Ocampo; Artículo 21, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos; Artículo 21, del Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León; Artículo 20, del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca; Artículo 86, del Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla; Artículo 28, del Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán y el Artículo 20, del Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas.

motivos contenida en la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales, ha mencionado que "...el nuevo Sistema plantea constituirse como necesaria respuesta del Estado a los ciudadanos en su derecho a una justicia pronta y expedita, a una administración e impartición de justicia brindada por instituciones respetuosas de la legalidad e integradas por personal capacitado, procedimientos transparentes y expeditos, además de resoluciones dictadas en audiencias públicas, de cara a las partes y al pueblo, por tanto, exentas de valoraciones basadas en pruebas ilegales que vulneren los derechos humanos de las partes"¹⁶; y hace hincapié al determinar la eliminación "...del sistema de la prueba tasada adoptándose el de libre valoración de la prueba..."¹⁷, con sustento en el examen que realiza el órgano jurisdiccional de la información demostrativa incorporada en la audiencia, con el propósito de resolver las pretensiones de las justiciables.

La resolución judicial se caracteriza por la ausencia de reglas que otorgan alcance o valor demostrativo a los elementos de convicción, para lo cual se instituye

¹⁶ Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷ *Ídem*, p. 24.

como deber judicial el fundar su pronunciamiento y exponer en detalle las razones que lo han motivado, con base en la sana crítica y sus elementos compositivos, como son las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, que se erigen como pedestal equilibrante entre el sistema tasado o legal con sus estrictas reglas y el sistema de íntima convicción que otorga ilimitada libertad al juzgador, para ponderar la información probatoria.

Los anteriores ejes de valoración (las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia) son instrumentos que, a la par de preservar la libertad del juzgador, en forma directamente proporcional le exigen sustentar racionalmente sus decisiones. Así, las máximas de la experiencia se convierten en criterios generales para la resolución de asuntos que tienen su fuente en la ineludible experiencia de los juzgadores y que son aceptados para valorar casos posteriores, con base en antecedentes existentes al respecto. Por otro lado, el tribunal debe respetar también las reglas del pensamiento y las aportaciones de la actividad científica, que sirven como ejes orientadores que disminuyen la posibilidad del ejercicio arbitrario de la jurisdicción.

Fuentes consultadas

Bibliografía

- DUCE, Mauricio Y RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Chile 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995.
- HORVITZ, María Inés Y LÓPEZ, Julián *Derecho Procesal Penal Chileno*, 2 tomos, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Chile 2007.

Legislación

- Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California.
- Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.
- Código Procesal Penal del Estado de Durango.
- Código Procesal Penal para el Estado de Hidalgo.
- Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán de Ocampo.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos.
- Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León.

- Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca.
- Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla.
- Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán.
- Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas.
- Iniciativa del Presidente Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales.

- Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato.

Otras

- Carpeta de investigación utilizada en el Concurso Universitario de Juicios Orales organizado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, consultado en: [http://www.inacipe.gob.mx/concursojuiciosorales/index.php?option=com_content&view=article&id=7&Itemid=4]. México, 2011].

LECTURA DE DECLARACIONES ANTERIORES EN LA AUDIENCIA INICIAL*

Jorge Arturo GUTIÉRREZ MUÑOZ**

Sumario: Presentación; I. Los principios de inmediación y de contradicción en el desahogo de los medios de prueba; II. El examen y el contraexamen en el desahogo de testigos y peritos; A. El examen, 1. Interrogatorio, 2. Reinterrogatorio, B. El contraexamen, 1. Contrainterrogatorio, 2. Recontrainterrogatorio; III. Las declaraciones anteriores en la audiencia inicial, A. Para apoyo de memoria, B. Solicitud de aclaraciones pertinentes, C. Para superar contradicciones, D. Lectura de declaraciones anteriores para evidenciar contradicciones, IV. Consideraciones finales; Fuentes consultadas.

Presentación

En el contexto del “Programa de Capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en Audiencias Previas”, al que me he referido en dos artículos precedentes, trataremos la utilización de antecedentes de investigación en la audiencia inicial, con motivo del desahogo de medios de prueba que fueron ofertados por la defensa y admitidos por el juez de control, dentro del debate y resolución relativos a la

* Ponencia presentada en el seminario taller “Programa de capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en audiencias Previas”, celebrado en la ciudad de México en octubre de 2012.

** Licenciado y Maestro en *Derecho* con mención *Cum Laude* por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Se ha desempeñado como Juez de Garantía del Distrito Judicial Morelos del Estado de Chihuahua y como capacitador de jueces en diversas entidades federativas. Fue asesor externo y capacitador de la UNESIRP. Actualmente es Profesor-Investigador en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

vinculación o no vinculación del imputado a proceso¹.

¹ Situación que acontece en las entidades federativas que iniciaron la implementación del esquema procesal penal acusatorio y oral, incluso con antelación a la reforma constitucional de 2008, como es el caso de Baja California, Chihuahua, Morelos y Zacatecas, solo por mencionar los más representativos. No obstante, la tendencia actual determina la imposibilidad jurídica de desahogar medios de prueba en la mencionada audiencia, como es el caso del estado de México, al señalar en la fracción IV del numeral 160 adjetivo, que en el acto de la declaración del imputado, el juez hará de su conocimiento la posibilidad de incorporar datos de prueba y rendir su declaración, en correlación al penúltimo párrafo del artículo 296 procedimental, cuando indica que en el plazo constitucional el imputado tendrá derecho a anunciar los datos de prueba que a su interés convenga, relacionados con el hecho delictuoso y su probable intervención en el mismo. Asimismo, el legislador de Tabasco tomó semejante postura cuando en el último párrafo del artículo 309 adjetivo, determina que solo podrá ampliarse el plazo cuando se requiera para el nombramiento de un nuevo abogado o para imponerse del contenido de los antecedentes de la investigación y estar en condiciones de efectuar una defensa correcta.

I. Los principios de intermediación y de contradicción en el desahogo de los medios de prueba

El principio de intermediación, bajo el contexto probatorio, determina la naturaleza de la interacción que existe entre los sujetos procesales; y entre éstos y los órganos de prueba². Es decir, el principio se refiere al carácter de la comunicación procesal, sin intermediarios; de suerte que se logre el flujo de información directa e inmediata entre el emisor y el receptor en un canal de comunicación.

No puede pasarse por alto que el principio de intermediación logra la actualización del lenguaje no verbal bajo su triple dimensión: kinestésico —de movimiento—, proxémico —de ubicación— y paralingüístico. Podemos afirmar válidamente que la intermediación provee las condiciones materiales que posibilitarán el lenguaje no verbal; robusteciendo, en consecuencia, la información que la *palabra* aporta con motivo del

² En palabras de Darío Echandía, de acuerdo con este principio debe haber una inmediata comunicación (sin intermediarios) entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deben hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen. En ECHANDÍA, Darío, *Teoría general del proceso*, Segunda edición, Universidad, Buenos Aires 1997, p. 68.

lenguaje verbal, y que bajo un régimen de audiencias se presenta de manera oral, en distinción a la forma preponderantemente escrita que bajo la óptica del expediente regía el procedimiento ahora llamado *tradicional*.

Bajo lo expuesto, al tenor de la intermediación se puede determinar:

1. Que el juez debe actuar en contacto personal con las partes y con los demás sujetos que intervienen en el proceso, sin intermediarios, y

2. Que el juez ante quien se desahogan los medios de prueba, será el mismo que resuelva la cuestión planteada.

Lo anterior es tomado en consideración por el reformador de la Constitución, al señalar en la fracción II del apartado A del numeral 20 Constitucional que “toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica”; y en la fracción III del mencionado apartado y artículo, cuando indica: “para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo”.

Ahora bien, en lo que interesa, a la intermediación se suma el principio de contradicción, como criterio orientador que determinará la posibilidad jurídica de contestar la postura de la contraparte, exista o no controversia. Así, a la contradicción la estudiamos bajo un doble aspecto: *formal*, materializado como la simple posibilidad jurídica de contestar, a través de la oportunidad de actuar, y *material*, que implica la controversia planteada al contenido de la postura diversa.

Conforme a la contradicción, las partes podrán debatir los hechos y argumentos jurídicos; asimismo, controvertir cualquier medio de prueba. Bajo lo expuesto, en el desahogo de medios de prueba en la audiencia inicial, la contradicción se ejecuta a través de las siguientes figuras:

- a) El contraexamen;
- b) La utilización de declaraciones anteriores, y
- c) La prueba de refutación³.

³ Sin pasar por alto las modalidades a que alude TARUFFO, en tratándose de la contradicción en el régimen probatorio (bajo la óptica del juicio oral), siendo las siguientes: a) posibilidad de contestar la admisibilidad y relevancia de las pruebas de la contraparte, b) proposición de pruebas contrarias a las propuestas por la otra parte, c) formación de la prueba mediante la contradicción, y d) posibilidad para las partes de intervenir

Constitucionalmente, la contradicción es declarada como principio en el párrafo inicial del artículo 20, en cuyo apartado A también se determinan diversos postulados que la desarrollan de manera inicial. Tal es el caso de la fracción IV, al mencionar que el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral; y la fracción VI, cuando se indica que ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece la propia Constitución.

En el contexto internacional y bajo la óptica procesal penal, el principio de contradicción descansa en el inciso e), del numeral 3, del artículo 13, del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, al determinar que toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, entre otras, a la garantía mínima de interrogar o hacer

interrogar a los testigos de cargo y a y defenderse preventivamente sobre todos los aspectos de la controversia que resultan de alguna forma relevantes para la decisión. En TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid 2002, pp. 427 y ss.

obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; cláusula que es replicada en el artículo 8, numeral 2, inciso f), de la *Convención Americana de los Derechos Humanos*, al determinar, que durante el proceso, toda persona inculpada tiene derecho de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

II. El examen y el contraexamen en el desahogo de testigos y peritos

A. El examen

1. Interrogatorio

El interrogatorio es la primera manifestación del examen a testigos y peritos. Pretende solventar la calidad del órgano de prueba, acreditar situaciones fácticas, introducir evidencia material (objetos, instrumentos o productos del delito, entre otros), y obtener información relevante para la introducción de otros medios de prueba. Éste se desarrollará mediante las preguntas que formulará cada parte a su propio órgano de prueba. Es decir, que otorgada la protesta y realizada su identificación, el juez concederá la palabra a la parte que propuso al declarante para que lo interroge y,

con posterioridad, a los demás sujetos que intervienen en el proceso, respetándose siempre el orden asignado. Sin embargo, la parte que haya propuesto a un testigo o perito, durante su interrogatorio no podrá formular sus preguntas de manera tal que en ella pueda ir incluida, implícita o explícitamente, la respuesta.

A modo de síntesis, los objetivos del examen directo, son:

a) Sustentar la habilitación del testigo o perito de manera flexible, específica y concreta;

b) Acreditar las proposiciones fácticas de la teoría del caso, buscando la reproducción de la historia con la información estrictamente necesaria;

c) Acreditar e introducir en el juicio los medios de prueba objetivos o materiales, como documentos y objetos, y

d) Obtener información relevante para el análisis de otro medio de prueba.

De igual forma, deberá ponderarse el orden de los testigos, de los testimonios y la conveniencia o inconveniencia de que el imputado declare o guarde silencio, sin olvidar las herramientas esenciales para ejecutar el examen directo, conforme a las cuales:

a) El testigo es el protagonista;

b) Deben cuidarse los tipos de preguntas;

c) Debe prepararse al órgano de prueba;

d) El lenguaje a utilizar debe ser común y directo;

e) Es menester escuchar al declarante;

f) Se deben adelantar las debilidades y explicarlas;

g) No debe de leerse el examen;

y

h) Es recomendable la utilización de apoyo gráfico.

Las mismas reglas que determinan el desahogo de los testigos, aplican para los peritos; sin embargo, como en estos últimos, el alcance demostrativo de la información que aportan se desprende de la forma en la que están formuladas sus premisas y conclusiones, la generalidad de los interrogatorios que se realicen a los peritos, versarán sobre la metodología utilizada para llegar a sus conclusiones o para disminuir su crédito, en atención al grado de experiencia, capacidad técnica y conocimientos que manifieste. En efecto, la esencia de la prueba pericial es la generación de opiniones científicas, técnicas o artísticas, sujetas al rigor metodológico conforme al cual el perito se legitima para pronunciarse con autoridad académica sobre el punto en relación

al cual declara, con excepción de los peritos prácticos, quienes comparecen al proceso a declarar sobre materias no reguladas, virtud a lo cual, el fundamento de su alcance probatorio, generador de convicción, será la experiencia y el grado de detalle que en sus manifestaciones proporcione.

En el examen, al testigo o perito le serán dirigidas preguntas *abiertas* (con el informe sobre algún hecho e incluso, en el caso de los peritos, algún fenómeno o procedimiento empleado), *cerradas* (con el fin de centrar al declarante en una respuesta afirmativa o negativa), o de *seguimiento* (con el fin de vincular actividades o momentos). Un ejemplo de examen directo es el siguiente:

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al testigo):

— Señor Castillo, centrémonos en el día de los hechos (transición).

— ¿Qué sucedió esa mañana? (pregunta abierta).

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Bueno, había decidido ir a ver a mi amiga Blanca porque era día de San Valentín y nos habíamos puesto de acuerdo para ir a desayunar. Entonces llegué a la casa de Blanca y me percaté de que algo no estaba bien, porque la puerta de su casa estaba abierta y todo estaba en silencio, lo que no es común, ya que ella siempre enciende la radio; entonces entré y en la sala observé a Juan, su ex

novio, quien llamaba por celular, llorando.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al testigo):

— Además de lo que ha narrado, ¿qué notó de irregularidad cuando entró a la casa? (cerrada).

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Que Juan, el ex novio de Blanca, olía a alcohol.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al testigo):

— ¿Cómo sabe Usted que Juan olía a alcohol? (cerrada).

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Porque me acerqué a Juan y para mí era inconfundible el olor a alcohol que tenía.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al testigo):

— ¿Porqué era inconfundible? (cerrada).

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Porque en primer lugar, me considero una persona con buen olfato; además, el olor etílico en una persona que ha tomado es característico para cualquiera; y no obstante lo anterior, soy médico de guardia en el hospital general y conforme a la clínica, he desarrollado la habilidad de detectar dicho olor, al ser un signo propio a considerar en quienes llegan al área de urgencias, sobre todo lesionados en eventos de tránsito.

⁴, que de forma más o menos general son las siguientes:

⁴ Como es el caso del artículo 368, de la Iniciativa del Presidente de la República, con proyecto de decreto para expedir el nuevo *Código Federal de Procedimientos Penales* (ICFPP); artículo 362, del *Código de Procedimientos Penales para el estado de Baja California* (CPPBC); artículo 399, del *Código de Procedimientos Penales para el estado de Chiapas* (CPPChis); artículo 361, del *Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua* (CPPChih); artículo 384, del *Código Procesal Penal del estado de Durango* (CPPDur); artículo 375, de la *Ley del Proceso Penal para el estado de Guanajuato* (LPPGto); artículo 396, del *Código Procesal Penal para el estado de Hidalgo* (CPPHgo); artículo 373, del *Código de Procedimientos Penales para el estado de México* (CPPEMex); artículo 305, del *Código de Procedimientos Penales del estado de Michoacán de Ocampo* (CPPMich) —regulado de forma muy laxa—; artículo 361, del *Código de Procedimientos Penales del estado de Morelos* (CPPMor); artículo 381, del *Código Procesal Penal para el estado de Nuevo León* (CPPNL); artículo 376, del *Código Procesal Penal para el estado de Oaxaca* (CPOax); artículo 422, del *Código de Procedimientos Penales para el estado Libre y Soberano de Puebla* (CPPPue); artículo 388, del *Código Procesal Penal Acusatorio para el estado de Tabasco* (CPPTab); artículo 359, del *Código Procesal Penal para el estado de Yucatán* (PPYuc) y el artículo 401, *Código Procesal Penal para el estado de Zacatecas* (CPPZac).

a) Toda pregunta versará sobre un hecho específico;

b) Se desechará toda pregunta sugestiva, capciosa, insidiosa o confusa;

c) Se prohibirá toda pregunta que tienda a ofender al declarante;

d) El juez podrá autorizar a los peritos y a los testigos expertos consultar los documentos necesarios que ayuden a su memoria, los cuales deberá ver y aprobar primero la contraparte, y

e) Se excluirá toda pregunta que no sea pertinente.

“El interrogatorio debe cumplir las reglas que señala la ley procesal que rige el acto... El juez podrá autorizar a los peritos y a los testigos expertos consultar los documentos necesarios que ayuden a su memoria, los cuales deberá ver y aprobar primero la contraparte”

La siguiente tabla resulta de utilidad para explicar de forma ilustrativa lo anterior:

Preguntas prohibidas	I. Por generar efectos dilatorios	A. Argumentativas			
		B. Contestadas			
		C. Impertinentes o irrelevantes			
	II. Por inducir a vicios de la voluntad en el órgano de prueba	A. Error	1. Compuestas		
			2. Formuladas en términos poco claros	a. Por dolo: engañosas o capciosas	- Ambiguas - Vagas
				b. Por culpa: confusas	- Ambiguas - Vagas
		B. Intimidación	1. Coactivas		
2. Sugestivas					

Podemos advertir que en realidad el propósito de las reglas del examen aplican también al contraexamen (con excepción de las preguntas sugestivas, que es la esencia de éste último) y busca, en la medida de lo posible, evitar la pérdida de recursos (humano, financiero y material) por dilatar el acto procesal, y asimismo, que el órgano de prueba se encuentre en completa libertad para responder cuanta pregunta le sea formulada por los litigantes.

El instrumento procesal que permitirá evidenciar la existencia de

una pregunta prohibida, con el propósito de que se declare dicha circunstancia y la consecuente evitación de sus efectos, es la objeción. Sirva como muestra el artículo 370 del ICFPP⁵ cuando indica que:

La parte que no está interrogando podrá objetar la pregunta de quién interroga cuando viole alguna de las normas que regulan los interrogatorios o contrainterrogatorios e incurra en alguna de las prohibiciones

⁵ Regla similar la encontramos en el artículo 401 del CPPChis y en el artículo 397 del CPPHgo.

previstas [...]. Si el juez encuentra obvia la procedencia de la pregunta, sin contestar al objetante, de plano requerirá la respuesta inmediata del testigo, de lo contrario después de escuchar a las partes, decidirá si la objeción fue fundada o no. Contra esta determinación no se admite recurso alguno.

Ejemplo de lo anterior es el siguiente:

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— ¿Cómo es una casa habitación cualquiera, que se encuentra en una colonia residencial común?

Agente del Ministerio Público (Dirigiéndose al Juez):

— ¡Objeción su Señoría!

Juez:

a. (Dirigiéndose al testigo):

— No conteste.

b. (Dirigiéndose al agente del Ministerio Público):

— Funde y motive su objeción.

Agente del Ministerio Público (Dirigiéndose al Juez):

— De conformidad con la fracción II del numeral 368, de la ICFPP —solo por citar un ejemplo normativo—, la pregunta es capciosa y por ende, induce al error al testigo.

Juez (Dirigiéndose al Defensor):

— ¿Alguna manifestación?

Defensor (Dirigiéndose al Juez):

— Su Señoría, la pregunta es demasiado clara, pues se refiere a una casa habitación común, que como mencionó el testigo, es el lugar donde vivía la víctima al momento de acontecer el homicidio en una colonia residencial cualquiera.

Juez:

a. (Dirigiéndose a las partes):

— Me adhiero a la exposición del agente del Ministerio Público, por lo cual, ha lugar a la objeción.

b. (Dirigiéndose al Defensor):

— Reformule.

2. Reinterrogatorio

Ahora bien, la segunda manifestación del examen, llamado reinterrogatorio, se verifica para que el oferente del medio de prueba se haga cargo de la información generada en el contrainterrogatorio. Se puede decir, que la razón de ser de este segundo momento del examen es rehabilitar la estrategia de litigación del oferente del medio de prueba, cuando considere que aquella resultó afectada, mermada o disminuida con motivo de la actuación del colitigante.

B. El contraexamen

1. Contrainterrogatorio

La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo o el perito han contestado

en el interrogatorio⁶. Para contrainterrogar se puede utilizar cualquier manifestación que hubiese hecho el declarante sobre los hechos (*v. gr.* ante la policía o ante el agente del Ministerio Público). Asimismo, en tratándose del perito, se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas, referentes a la materia de controversia.

La esencia de esta figura son las preguntas cerradas y sugestivas, en las cuales deberá siempre tomarse en consideración el control que el abogado debe manifestar, al igual que su protagonismo en este ejercicio procesal.

A diferencia del examen directo, que se recomienda estructurar en atención al orden cronológico; en el contraexamen, la construcción de un relato completo y creíble no tiene demasiada importancia, toda vez que se busca resaltar aquellas porciones de la declaración del testigo que pueden ser desacreditadas o aprovechadas. La estructura del contraexamen, por lo tanto, es esencialmente temática. Ejemplo de un contrainterrogatorio es el siguiente:

⁶ Como lo señalan el artículo 369 ICFPP y el numeral 400 CPPChis.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Oficial González, usted manifestó en el interrogatorio que en varias ocasiones, su compañero de turno policial se había ostentado ante los habitantes de la colonia donde acontecieron los hechos, con cargo diferente al que tiene en la corporación donde trabaja.

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Así es.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— ¿Y eso lo impactó mucho?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— ¡Claro!

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— ¡Claro! ¿Encaró a su compañero de turno señalándole lo que había escuchado?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— No.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— ¿Le hizo saber de alguna manera que usted sabía lo que estaba ocurriendo?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— No.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Oficial González, ¿cuántas veces recuerda lo que su compañero de turno hacía?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— No sé... cinco... quizás seis veces.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— En cinco, quizás seis oportunidades, su compañero de turno se hizo pasar por agente policial de mayor jerarquía ante las personas de la colonia en comento y usted no hizo nada...

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— No.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— ¿No informó a su superior jerárquico?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— No.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— ¿No informó a nadie?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Estaba recién llegado; no sabía a quién recurrir.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Hablando de eso, usted consiguió su empleo en la Secretaría de Seguridad Pública hace dos meses, ¿cierto?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Sí, hace como dos meses.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Y seguramente buscó trabajo en otros lugares, ¿no es así?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Bueno, entregué mi *currículum* en cuatro lugares más.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— De manera que fue a cuatro lugares más en busca de empleo, ¿es eso correcto?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Sí.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Y a los funcionarios que lo atendieron, ¿los conocía?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— No.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— ¿Nunca los había visto?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Así es.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Igual que el encargado de recursos humanos que finalmente realizó el trámite de su contratación.

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Sí.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Y usted hizo todo ese proceso solo, ¿verdad?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Así es.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Muchas veces tuvo que tratar solo con personas que le pedían documentos y datos sobre su persona.

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Sí.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Y le solicitaron que cursara un programa de capacitación.

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Sí.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Y le pedían que llenara formatos.

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Sí.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Y al parecer se pudo entender con ellos, pues más de uno le tramitó su empleo.

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Claro, obviamente.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Pero tiempo después, con dos meses trabajando en un lugar con personas que lo conocían, pues lo habían entrevistado, capacitado y contratado, no fue capaz de informar a su superior jerárquico, contralor o supervisor en la Secretaría de Seguridad Pública, cuando se dio cuenta que su compañero de oficina estaba haciéndose pasar ante la vecinos de la colonia residencial con un cargo que no le correspondía.

Testigo (Dirigiéndose a la Defensa):

— Es que usted tiene que comprenderme.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Señor, estoy tratando de comprenderlo, así que le ruego que responda a mi pregunta; ¿contactó a alguna persona para que le ayudara con el hecho de que, un compañero de turno y patrulla estaba haciéndose pasar ante

personas que viven en la colonia donde investigaba, con un cargo gubernamental que no le correspondía en la Secretaría donde trabaja?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— No.

2. Recontrainterrogatorio

Como acontece con el reinterrogatorio, esta figura también se presenta como una segunda oportunidad a la contraparte del oferente para interactuar con el declarante a fin de que se encuentre en condiciones de trabajar con la información que se produjo en el reinterrogatorio, siempre en atención a los principios de igualdad procesal y contradicción.

III. Las declaraciones anteriores en la audiencia inicial

Una vez atendidos los principios de inmediación y contradicción, al igual que los conceptos básicos del examen y contraexamen en el desahogo de medios de prueba como testigos y peritos, estamos en aptitud de entrar al estudio de las declaraciones que obran en la carpeta inicial, con motivo del registro o documentación de una investigación que se está desarrollando.

En efecto, la investigación está en desarrollo, y nos encontramos en la audiencia inicial donde habrán de atenderse materias procesales diversas, como el eventual control

jurisdiccional respecto a una detención en flagrancia o urgencia que tuvo verificativo; la imputación que el agente del Ministerio Público formula al gobernado correspondiente; la oportunidad que tiene el imputado de emitir una declaración con la finalidad de contestar el cargo materia de imputación; el debate y resolución sobre la situación jurídico-procesal en que habrá de continuar el imputado, sea a través de un auto de vinculación a proceso o bien, de no vinculación según sea el caso; el debate y resolución sobre la imposición o no imposición de medidas cautelares al imputado; y finalmente, el debate y pronunciamiento jurisdiccional en relación al plazo del cierre de la investigación, entre otras materias.

Como ya se ha dicho, en el ámbito demostrativo, la regla general en las audiencias diversas al juicio, entre ellas la audiencia inicial, se basa en la incorporación de información llamada *datos de prueba* (al menos conforme a la nomenclatura constitucional y procesal mexicana), que emanan de *antecedentes de investigación*, insertos en una carpeta o legajo documentativo del agente del Ministerio Público. Empero, las leyes procesales penales de aparición primaria en el sistema jurídico mexicano, procedentes de las entidades federativas como Chihuahua, Oaxaca, Baja California,

Morelos o Zacatecas, solo por citar algunas, han permitido el ofrecimiento y el correspondiente desahogo de medios de prueba en las audiencias preliminares, particularmente en aquella donde se resuelve la situación jurídica del imputado dentro del plazo mencionado en el artículo 19 constitucional, permisión jurídica que se considera alejada del estándar óptimo de diseño y operación de un esquema procesal acusatorio y oral, habida cuenta que se busca que el desahogo de los medios de prueba, se realice en el juicio y no en toda audiencia, como es el caso de la inicial, donde no son pocas las ocasiones en las que su duración (se han registrado *especímenes* de hasta doce horas o más) y complejidad (múltiples testigos, documentos e incluso peritos) las han convertido, lastimosamente, en *pequeñas audiencias de juicio*, quedando alejada la idea de abandonar el protagonismo e impacto del auto de vinculación o no vinculación del imputado a proceso, que sigue *muy vivo*, poco empático con la nueva dinámica procesal; sin embargo, no ahondaré más en la materia, que muy bien podría convertirse en tema de otro artículo.

Al respecto, y bajo la tónica del curso de capacitación en audiencias previas organizado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito

Federal, que motivó mi intervención docente en el tema, resulta válido indicar que jurídicamente es posible ejecutar el principio de contradicción, por lo que hace al desahogo de medios de prueba, independientemente del tipo de audiencia de que se trate. Ahora bien, de las tres manifestaciones del principio en comento, al momento del desahogo o producción de la prueba (contraexamen, utilización de declaraciones anteriores y prueba de refutación) me haré cargo de la segunda de ellas, es decir, la relativa a la utilización de declaraciones que se generaron y registraron con antelación al verificativo de la audiencia.

En el examen de testigos y peritos, regularmente se hará uso de la herramienta de litigación, conforme a la cual, una vez que el acusado, el testigo o el perito hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus entrevistas o declaraciones anteriores prestadas ante el Ministerio Público o el juez, respectivamente, en presencia de su defensor, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinente⁷. Con los mismos objetivos

⁷ Artículos 374 de la ICFPP; 365 del CPPBC; 404 del CPPChis; 365 del

se podrá leer durante la declaración de un perito, partes del informe que él hubiere elaborado.

“...refrescar la memoria es normalmente una actividad ‘amigable’ del abogado para con el testigo, y esa es la razón por la que suele tener lugar en el examen directo...”

A. Para apoyo de memoria

Las fallas en la memoria son resultado natural y directo de la falta de preparación (sin que sea dable confundir *preparación* con *aleccionamiento*) del órgano de prueba. Este instrumento permite al declarante imponerse de la información contenida en los registros de la investigación generada y que motiva la audiencia en la cual participa, siempre que haya intervenido en la elaboración o

CPPChih; 387 del CPPDur; 377 del LPPGto; 400 del CPPHgo; 375 del CPPEMex; 307 del CPPMich; 364 del CPPMor; 382 del CPPNL; 327 del CPPOax; 425 del CPPPue; 390 del CPPTab; 361 del CPPYuc; y el 369 del CPPZac.

producción de dichos registros. Ahora bien, regularmente este ejercicio se presenta en el examen en atención a su finalidad habilitante, de ahí la opinión de BAYTELMAN y DUCE “...refrescar la memoria es normalmente una actividad ‘amigable’ del abogado para con el testigo, y esa es la razón por la que suele tener lugar en el examen directo...”⁸ Un ejemplo de este ejercicio es el siguiente:

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al perito):

— ¿Qué día practicó el examen toxicológico?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— No recuerdo.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al perito):

— Si usted contara con el informe que realizó ¿le ayudaría a recordar?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— ¡Seguro!

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al Juez):

— Su Señoría, solicito que me permita apoyar la memoria del perito.

Juez (Dirigiéndose al agente del Ministerio Público):

— Adelante.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al Juez):

— Obra un informe en toxicología forense, realizado por el

perito, visible en la foja 15 de la carpeta de investigación. Para ello, solicito se permita a esta Representación Social, dirigirme a la Defensa con la finalidad de que constate lo anterior (en tanto muestra la carpeta al Defensor con el antecedente de investigación referido).

Defensa (Dirigiéndose al Juez):

— No tengo nada que manifestar.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al perito):

— ¿Qué documento es este?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— El informe en toxicología que realicé.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al perito):

— ¿Reconoce el documento?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— Sí.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al perito):

— ¿Por qué lo reconoce?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— Porque es mi firma.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al perito):

— a. Lea para Usted, en silencio, el párrafo que le indico.

Mientras tanto, dicho agente actúa de la siguiente manera:

1. Señala la parte del documento cuya lectura desea del perito;

2. Permite que el perito lea en silencio el segmento del documento que le fue solicitado;

3. Retira el documento al perito, y

4. Regresa a su lugar.

— b. Ahora que ha leído el documento, le vuelvo a preguntar,

⁸ BAYTELMAN, A. y DUCE, M., *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Universidad Diego Portales, primera edición, Chile 2004, p. 149.

¿qué día practicó el examen toxicológico?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— El veinticinco de octubre de dos mil doce.

B. Solicitud de aclaraciones pertinentes

Toca ahora abordar un ejercicio de litigación oral, a través del cual se solicita al declarante la información necesaria para aclarar o precisar información novedosa que no había proporcionado en los actos de investigación registrados en la carpeta respectiva; y no obstante, sí aporta a lo largo de su intervención en la audiencia inicial⁹, razón por la

⁹ No olvidemos que la mencionada audiencia inicial se verifica en la investigación, donde la búsqueda de información está teniendo verificativo — al menos eso se propone—, lo que robustece la tesis que señala lo poco atractivo que resulta el desahogo de medios de prueba en momentos tan iniciales, como es el referido acto procesal de tipo audiencia, en virtud de que trastorna su finalidad. En efecto, el propósito de los actos procesales es generar las condiciones necesarias para que los tribunales tomen decisiones, y no como acontece en la especie, donde las partes generen información para ser utilizada en momentos posteriores. Así encontramos que las audiencias iniciales en muchas ocasiones se tergiversan en actos de investigación, para entrevistar (bajo el ropaje del interrogatorio y conainterrogatorio) a testigos y peritos

cual aparece la necesidad de requerirle al órgano de prueba que informe al tribunal las razones por las cuales ha ampliado la extensión o detalle respecto a su dicho (que con antelación no había hecho), a fin de posibilitar con mayor facilidad la convicción del tribunal y con ello producir más amplio alcance demostrativo. Un ejemplo de lo anterior es el siguiente:

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al perito):

— ¿Qué día practicó el examen toxicológico?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— Al mediodía del veinticinco de octubre de dos mil doce.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al Juez):

— Su Señoría, le solicito permiso para pedir una aclaración al perito.

Juez (Dirigiéndose al agente del Ministerio Público):

— Adelante.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al Juez):

— Obra en la carpeta de investigación, un informe en toxicología forense, realizado por el perito, visible a foja 15. Para ello, solicito se permita a esta Representación Social dirigirme a la Defensa con la finalidad de que constate lo anterior (en tanto

de la defensa o del Ministerio Público, respectivamente.

muestra la carpeta al Defensor con el antecedente de investigación referido).

Defensa (Dirigiéndose al Juez):

— No tengo nada que manifestar.

Agente del Ministerio Público (Dirigiéndose al perito):

— ¿Qué documento es este?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— El informe en toxicología que realicé.

Agente del Ministerio Público (Dirigiéndose al perito):

— ¿Reconoce el documento?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— Sí.

Agente del Ministerio Público (Dirigiéndose al perito):

— ¿Por qué lo reconoce?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— Porque es mi firma.

Agente del Ministerio Público (Dirigiéndose al perito):

— a. Lea para Usted, en silencio, el párrafo que le indico.

Mientras tanto:

1. Señala la parte del documento cuya lectura desea del perito;

2. Permite que el perito lea en silencio el segmento del documento que le fue solicitado;

3. Retira el documento al perito, y

4. Regresa a su lugar.

— b. Ahora que ha leído el protocolo, le pregunto, ¿se mencionó la hora aproximada en que realizó el informe?

Perito (Dirigiéndose al agente del Ministerio Público):

— No.

c. Sin embargo, hace unos momentos ha mencionado que realizó el informe al mediodía del veinticinco de octubre de dos mil doce. ¿Cierto?

Perito (Dirigiéndose al agente del Ministerio Público):

— Así es.

— d. ¿Por qué ahora menciona el momento aproximado del día en que realizó dicha actividad y en el documento no lo hizo?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— No lo indiqué en el informe porque no lo creí necesario; sin embargo, en este momento lo mencioné porque es diferente hablar que escribir, considero que en el informe solo hay que anotar los datos estrictamente requeridos y eso fue lo que hice: mencionar solo la fecha, pero no el momento aproximado en que lo realicé, como ahora lo hago.

Agente del Ministerio Público (Dirigiéndose al perito):

— Muchas gracias.

C. Para superar contradicciones

Así como la lectura de declaraciones anteriores resulta de utilidad en el examen, para apoyar la memoria en caso de olvidos o para solicitar la aclaración pertinente por información novedosa que proporcionó el órgano de prueba; una lógica similar presenta

el ejercicio que ahora nos ocupa, pero con un enfoque distinto, en el cual, la diferencia específica es que, mientras en la primera figura no hay respuesta en virtud de la falla de memoria, se torna indispensable apoyar la misma; y en la segunda forma, la respuesta involucra información adicional que no fue registrada inicialmente en los antecedentes de investigación; ahora nos encontramos con un testigo o perito que ha generado una respuesta viciada o contradictoria, actualizándose la necesidad de rehabilitar al declarante, al permitir que él mismo proporcione la razón por la cual se contradijo o falló. A continuación, se muestra un ejercicio de ello:

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al perito):

— ¿Qué día practicó el examen toxicológico?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— El veinte de octubre de dos mil doce.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al Juez):

— Su Señoría, le solicito permiso para superar una contradicción en la que ha incurrido el perito.

Juez (Dirigiéndose al agente del Ministerio Público):

— Adelante.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al Juez):

— Obra en la carpeta de investigación, un informe en toxicología forense, realizado por el

perito, visible a foja 15. Para ello, solicito se permita a esta Representación Social dirigirme a la Defensa con la finalidad de que constate lo anterior (en tanto muestra la carpeta al Defensor con el antecedente de investigación referido).

Defensa (Dirigiéndose al Juez):

— No tengo nada que manifestar.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al perito):

— ¿Qué documento es este?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— El informe en toxicología que realicé.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al perito):

— ¿Reconoce el documento?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— Sí.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al perito):

g ¿Por qué lo reconoce?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— Porque es mi firma.

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al perito):

— a. Lea para Usted, en silencio, el párrafo que le indico.

Mientras tanto:

1. Señala la parte del documento cuya lectura desea del perito;

2. Permite que el perito lea en silencio el segmento del documento que le fue solicitado;

3. Retira el documento al perito, y

4. Se regresa a su lugar.

— b. Ahora que ha leído el informe, le vuelvo a preguntar, ¿qué día practicó la necrocirugía?

Perito (Dirigiéndose al agente del Ministerio Público):

— El veinticinco de octubre de dos mil doce.

c. ¿Porque se equivocó al mencionar la fecha?

Perito (Dirigiéndose al juez):

— Porque estoy nervioso; además realizo más de seis informes diarios y me confundí. Solicito una disculpa.

D. Lectura de declaraciones anteriores para evidenciar contradicciones

Ahora bien, en el contraexamen, la utilización de lectura de declaraciones anteriores¹⁰, será básicamente para demostrar o evidenciar contradicciones en que haya incurrido el declarante, sin permitir que éste se rehabilite.

La fórmula para ejecutar esta figura de litigación oral, se centra básicamente en las siguientes acciones:

¹⁰ Artículos 374 de la ICFPP; 365 del CPPBC; 404 del CPPChis; 365 del CPPChih; 387 del CPPDur; 377 de la LPPGto; 400 del CPPHgo; 375 del CPPEMex; 307 del CPPMich; 364 del CPPMor; 382 del CPPNL; 327 del CPPOax; 425 del CPPPue; 390 del CPPTab; 361 del CPPYuc; y 369 del CPPZac.

1. Corroborar;
2. Acreditar;
3. Confrontar, y
4. Acabar.

Corroborar:

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Usted manifestó que la noche previa a la muerte de Blanca, no había tomado su pastilla para dormir, ¿cierto?

Testigo (Dirigiéndose al juez):

— Así es.

Acreditar:

Defensa (Dirigiéndose al Juez):

— Su Señoría, solicito que se me permita evidenciar una contradicción en la que ha incurrido el testigo.

Juez (Dirigiéndose a la Defensa):

— Adelante.

Defensa (Dirigiéndose al Juez):

— Obra en la carpeta de investigación, una entrevista que Eleazar Hernández Flores, agente ministerial, realizó al testigo en la mañana del día veinticinco de octubre de dos mil doce, la cual es visible a foja 11. Para ello, solicito se me permita dirigirme al agente del Ministerio Público con la finalidad de que constate lo anterior (en tanto muestra la carpeta al agente del Ministerio Público con el antecedente de investigación referido).

Agente del Ministerio Público
(Dirigiéndose al Juez):

— No tengo nada que manifestar.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— ¿Reconoce este documento?

Testigo (Dirigiéndose a la Defensa):

— Sí.

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— ¿Es esta su firma? (señalando el lugar correspondiente a la firma, en la entrevista en mención).

Testigo (Dirigiéndose a la Defensa):

— Sí.

Confrontar:

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Lea en voz alta, por favor, la parte del documento que le estoy señalando.

Testigo (Dirigiéndose al juez), para lo cual, lee en voz alta el segmento de la entrevista que le fue solicitado:

— Estoy muy triste porque ayer en la noche le tuve que colgar a Blanca el teléfono. Ahora, unas horas después la veo muerta. Fue la última vez que hablé con ella; sin embargo, no podía hablar más, me estaba quedando dormido, en virtud de que había tomado rivotril, que es mi pastilla para dormir, como lo he hecho desde

hace veinticinco años, ya que padezco de insomnio. (El testigo va a querer justificarse con motivo de la contradicción en que incurrió, razón por la cual fue expuesta en la audiencia).

Acabar:

Defensa (Dirigiéndose al testigo):

— Muchas gracias. (Evitando a toda costa que el testigo se rehabilite o justifique; asimismo, de ser necesario, le solicitará al órgano de prueba que guarde silencio, e incluso requerirá al tribunal para que controle al declarante que no guarda silencio).

IV. Consideraciones finales

El artículo que hemos concluido nos ha permitido abordar someramente, algunos conceptos básicos en el desahogo de los testigos y peritos, como son el *examen*, que se compone básicamente del interrogatorio y de uno o varios reinterrogatorios, en la medida que sean necesarios; y el *contraexamen*, que habrá de constar de un contrainterrogatorio y de los recontrainterrogatorios que se requieran.

Lo anterior nos permite dimensionar el impacto que genera el desahogo de medios de prueba en la audiencia preliminar: producir actos procesales de tal envergadura y con tal ímpetu en los esfuerzos de los litigantes, que los convierte en *quasi*

juicios. Con independencia de ello, la tónica es clara, en la medida que existan testigos y peritos en una audiencia, estarán sentadas las condiciones para hacer uso de declaraciones que con antelación al acto procesal hubieren rendido, de suerte que podrá apoyárseles en la memoria, solicitarles que aclaren o aporten las razones por las cuales proporcionan información adicional a la originalmente otorgada, auxiliarlos para que superen contradicciones en las que hayan incurrido; o bien, evidenciar dichas contradicciones, sin la posibilidad de que puedan rehabilitarse.

“en la medida que existan testigos y peritos en una audiencia, estarán sentadas las condiciones para hacer uso de declaraciones”

Podemos darnos cuenta que en solo unas cuartillas (donde se procuró teorizar poco en aras de privilegiar la ilustración de los aspectos básicos de la intervención de declarantes en la audiencia), resulta imposible atender todos los pormenores que las cuatro figuras de litigación en comento

pueden generar; sin embargo, permitirá introducir y quizá generar interés en el lector, para adentrarse en esta nueva forma (al menos en el México contemporáneo) de concebir los procesos penales y la interacción de quienes en ellos intervienen.

Fuentes consultadas

Bibliografía

- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Universidad Diego Portales, Chile 2004.
- ECHANDÍA, Darío, *Teoría general del proceso*, Segunda edición, Universidad, Buenos Aires 1997.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid 2002.

Legislación

- Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California.
- Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.
- Código Procesal Penal del Estado de Durango.
- Código Procesal Penal para el Estado de Hidalgo.
- Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Código de Procedimientos Penales
del Estado de Michoacán de
Ocampo.

Código de Procedimientos Penales
del Estado de Morelos.

Código Procesal Penal para el Estado
de Nuevo León.

Código Procesal Penal para el Estado
de Oaxaca.

Código de Procedimientos Penales
para el Estado Libre y Soberano
de Puebla.

Código Procesal Penal Acusatorio
para el Estado de Tabasco

Código Procesal Penal para el Estado
de Yucatán.

Código Procesal Penal para el Estado
de Zacatecas.

Iniciativa del Presidente Felipe de
Jesús Calderón Hinojosa, con
proyecto de decreto que expide
el Código Federal de
Procedimientos Penales.

Ley del Proceso Penal para el Estado
de Guanajuato.

ASPECTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DE LA ACUSACIÓN Y DEPURACIÓN DEL PROCESO: LA AUDIENCIA INTERMEDIA*

Federico Carlos SOTO ACOSTA**

Introducción

Los comentarios que enseguida estaré redactando, giran en torno a la participación que sostuve en el “Primer Programa de Capacitación en Reforma Procesal Penal en México”, organizado por El Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, La Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y El Instituto de Justicia Procesal Penal A. C., al que fui invitado para conversar sobre los temas relativos a “Aspectos teóricos y prácticos de la acusación” así como la “Depuración del proceso: La audiencia intermedia”.

No pretendo realizar un profundo y exhaustivo análisis de las diversas instituciones que giran en torno a los dos temas que me correspondió abordar, en todo caso, sólo recordaré los aspectos más interesantes que surgieron en el intercambio de apreciaciones durante la mañana de mi intervención con los asistentes al taller.

* Ponencia presentada en el seminario taller “Programa de capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en Audiencias Previas”, celebrado en la ciudad de México en octubre de 2012.

** Licenciatura en *Derecho* por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas, Maestría en *Ciencias Penales*, con Especialidad en Administración de Justicia Penal, por la Universidad Iberoamericana, León, Guanajuato, México. Postgraduado de la Universidad de Salamanca, España, en la especialidad de *Derecho Penal*. Maestría en *Derecho Constitucional y Amparo*. Becario del Centro de Estudios de Justicia para las Américas (CEJA), en donde realizó el curso para capacitadores en instrumentos para la implementación de la reforma procesal penal, obteniendo la certificación del CEJA como capacitador en el nuevo sistema de justicia penal. Actualmente ocupa el cargo de Director General del Instituto de la Defensoría Pública del estado de Zacatecas.

Para el abordaje de los temas tratados, me apoyaré como techo normativo del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación (modelo CONATRIB)¹ y del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales (modelo SETEC)².

Este documento, por razón de método, también contiene una parte subjetiva, pues realizaré algunas reflexiones que en la práctica de las audiencias en el juzgado de garantías y Tribunal de Juicio Oral del distrito judicial de la capital del estado de Zacatecas se presentaron y ameritan algún comentario puntual.

¹ Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, Primera Edición, 2009. Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos y Fondo Jurica.

² Denominación que resulta cuestionable, pues no se hace una clara distinción entre los conceptos de procedimientos, proceso o etapas, al grado que en el artículo 4 señala “El procedimiento será acusatorio y oral”; luego, más adelante, el artículo 164 dispone que “el procedimiento comprende las etapas (sic)”, de modo tal que queda en la indeterminación se es una serie de procedimientos lo que compone el proceso, si son etapas del procedimiento o son procedimientos, como la propia denominación del texto normativo lo sugiere.

Aspectos teóricos y prácticos de la acusación

El objeto de análisis es la acusación. Aplicando la técnica de interpretación literal o lingüística, esta se define como la acción y efecto de acusar; la imputación de un delito o falta; la pretensión ejercida ante la jurisdicción penal, de una sentencia condenatoria mediante la aportación de pruebas que destruyan la presunción de inocencia del imputado; la posibilidad que tiene cualquier persona para, en las condiciones establecidas por la ley, promover la acción penal, independientemente de resultar perjudicada por el delito o falta supuestamente cometidos³.

La acusación está ligada al plazo de cierre de la investigación, según se puede apreciar en el artículo 308 del Código de CONATRIB, pues el Ministerio Público deberá concluir con la investigación preliminar dentro del plazo señalado por el juez, o solicitar justificadamente su prórroga, si no ocurre esta segunda opción (la prórroga), entonces el ministerio público deberá tomar la decisión de ejercer una de las diversas opciones que tiene, a saber:

³ Diccionario de la Lengua Española. Segunda Edición, en www.lemma.rae.es

1. Solicitar el sobreseimiento parcial o total del proceso;
2. Solicitar la suspensión o,
3. Formular la acusación, cuando estime que la investigación le proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la dicha acusación.

Como puede verse, el acto procesal que antecede a la acusación es el cierre de la investigación y de los resultados de ella dependerá la toma estratégica de la decisión del ministerio público investigador. Para la toma de tal decisión, el ministerio público tiene el término de diez días, dentro de los cuales se determinará el curso que tomará el proceso.

El modelo de proceso penal acusatorio legislado en el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales (SETEC) sigue los pasos del ya señalado modelo de la CONATrib. En efecto, en el artículo 418 señala que concluido el plazo para el cierre de la investigación, el ministerio público dentro de los diez días siguientes podrá:

- I. Solicitar el sobreseimiento parcial o total;
- II. Solicitar la suspensión del proceso;
- III. Solicitar acuerdos para la reparación y,
- IV. Formular la acusación.

En las condiciones apuntadas, al cerrarse la investigación por el ministerio público, tiene este sujeto procesal la opción de concretizar el ejercicio de la acción penal a través de la acusación.

Es oportuno recordar aquí que, la dogmática jurídico procesal penal que explica al modelo inquisitivo, continental europeo reformado (modelo francés), no es útil para explicar las diversas instituciones procesales y momentos concretos que se presentan en el curso del proceso penal del modelo acusatorio y oral, bajo esta última afirmación, seguiré haciendo una serie de señalamientos que pueden chocar con el entendimiento del modelo tradicional, pero que tienen, sin duda, la concepción dogmática (si se prefiere –científica–) del modelo acusatorio oral.

La acusación tiene una serie de requisitos de forma y de fondo. Para el modelo de CONATrib, la acusación deberá contener en forma clara y precisa:

- a) La individualización del o de los acusados y de su defensor;
- b) El nombre y el domicilio del tercero objetivamente responsable, si existe, y su vínculo con el hecho atribuido al imputado;
- c) La relación clara, precisa, circunstanciada y

específica de los hechos atribuidos, en modo y lugar y su calificación jurídica;

d) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren, aún subsidiariamente de la petición principal;

e) La participación que se atribuye al acusado;

f) La expresión de los preceptos legales aplicables;

g) Los medios de prueba que el ministerio público piensa producir en el juicio, así como la prueba anticipada que se haya desahogado en la fase de investigación;

h) El monto estimado de la reparación del daño;

i) La pena en el caso en que el ministerio público la solicite; y

j) En su caso, la solicitud de que se aplique el proceso abreviado.

Similares exigencias se apuntan en el texto del artículo 429 del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales.

Como ya lo hemos expuesto en líneas arriba, la acusación así exigida por el legislador contiene aspectos formales o de forma y aspectos materiales o de fondo, es importante tomar en consideración esta

diferenciación, pues se puede exigir al ministerio público la corrección de los vicios formales y requerir su corrección.

Entendemos que el vicio es la mala calidad, el defecto o daño físico en las cosas, así que, el vicio formal se referirá a la falta o ausencia de alguno de los requisitos que se exigen para formalizar la acusación, sin entrar al fondo de su contenido material, pues esa será la materia sustantiva de las dos etapas procesales relevantes que siguen, a saber, la audiencia intermedia y la audiencia de debate. Y es así, que detectado el vicio, puede obligarse al ministerio público a que lo corrija, esto es, lo enmiende, subsane, repare; nos parece que la teleología de esta posibilidad, se localiza en la fijación concreta y precisa de la *litis* por los sujetos procesales, como en el caso, la acusación está en manos del ministerio público, y habrá de contener ciertos requisitos exigidos expresamente por la norma, la falta o defecto de forma de uno de ellos, dará lugar a señalarlo y, de ser el caso, exigir su corrección. Nos parece un escenario poco aconsejable para la parte contraria a los intereses del ministerio público, exigir la corrección de vicios substanciales o materiales de la acusación, cuando los puede capitalizar a su favor o beneficio durante la audiencia

intermedia y aún más, durante la audiencia de debate.

Otro tema que resulta muy interesante recordar es el relativo a la oferta probatoria, pues para el ministerio público es el momento en que hace el descubrimiento de su arsenal probatorio con el que pretende ir a la audiencia de debate. En este tema, señalamos que al hacer la oferta probatorio el ministerio público debe hacerse cargo de revelar de manera concreta y específica el objeto de la prueba, sin brindar mayor información sobre su contenido ya que eso es propio del momento de su desahogo, sin embargo, si es un requisito indispensable hacerse cargo de indicar en qué consiste el objeto de la probanza; esto es así, porque durante la audiencia intermedia, al depurarse la prueba y discutirse los temas sobre su admisibilidad, el Juez de Garantías o de Control debe tener en claro cuál será su objeto, para estar en posibilidades de pronunciarse respecto de su admisibilidad, dada su pertinencia, sobreabundancia o no, licitud o ilicitud, sea o no dilatoria; así que revelar el objeto de la prueba resulta de la mayor importancia, evitando utilizar formulas dogmáticas que nada ayudan a esclarecer el objeto de la prueba⁴. De otra parte, al

⁴ Es deseable evitar formular como "... el testigo se referirá a hechos

ofrecer la prueba de declaración de testigos, deberá cuidarse de presentar la lista detallada de los testigos, individualizándolos con sus nombres, apellidos, profesión u oficio y el modo de localizarlos, la misma regla se aplica para la oferta de la prueba pericial, pues debe individualizarse a los peritos, y lo que es muy importante, acreditarlos exhibiendo desde ya los documentos que permitan constatar la experticia del perito⁵.

Por otra parte, la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en el auto de vinculación formal a proceso, aun cuando se efectúe una distinta clasificación jurídica. Lo que no podrá ocurrir, es la variación de los hechos pues precisamente eso ha sido la

anteriores, coetáneos y posteriores a los hechos materia de la acusación...".

⁵ En este tema existe una práctica inadecuada en algunos tribunales, pues los agentes del ministerio público se reservan los documentos con los que se acredita su experticia y genera un debate en la audiencia intermedia en la que luego, en ese momento, pretenden exhibir dichos documentos, o lo que es peor, lo hacen en la audiencia de debate, lo que podría evitarse si desde el ofrecimiento probatorio se acompañan los documentos con los que se acredita al perito, con el objeto de que el proceso de la acreditación en la audiencia de debate se facilite en aras de una litigación ágil.

fuente de investigación. No obstante, el ministerio público o el acusador particular podrán formular alternativamente o subsidiariamente circunstancias del hecho que permitan clasificar al comportamiento del imputado como una infracción distinta, a fin de posibilitar su correcta defensa, pero esas circunstancias deberán extraerse de los hechos que fueron materia de la vinculación a proceso y que en ese momento, no fueron destacadas por el ministerio por no ser relevantes. En el esquema que enseguida se ofrece, se establecen los puntos más importantes que la acusación debe contener:

para ese momento procesal, sin que por ello se estime que se están variando los hechos en perjuicio del debido proceso penal y de la defensa del acusado.

Otro aspecto a cuidar es la precisión del monto, estimado de la reparación del daño, recordemos que son aspectos que luego el ministerio público no podrá subsanar y el costo de no hacerse cargo de ellos es importante.

ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA ACUSACIÓN

- ✓ La individualización del acusado y de su defensor;
- ✓ El relato circunstanciado de los hechos atribuidos y de sus modalidades, así como su calificación jurídica;
- ✓ La autoría o participación que se atribuye al imputado;
- ✓ La expresión de los preceptos legales aplicables;
- ✓ Los medios de prueba que el Ministerio Público se propone producir en el juicio;
- ✓ La pena que el Ministerio Público solicite;
- ✓ La acción para obtener la reparación del daño;
 - Víctima u ofendido;
 - Demandado civil;
 - Motivo de la Acción, daño y perjuicio;
 - Monto de las partidas y,
 - Pruebas que la sustenten.

Depuración del proceso: La audiencia intermedia

Respecto de la audiencia intermedia y su importancia, el modelo seguido

por el código CONATRIB⁶, nos indica que presentada la acusación, el Juez

⁶ Artículo 324 del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación.

de Control del conocimiento debe ordenar la notificación a todos los intervinientes y los citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la audiencia de preparación del juicio, la que deberá tener lugar en un plazo no inferior a veinticinco ni superior a treinta y cinco días. Por su parte el Proyecto de Código Federal de

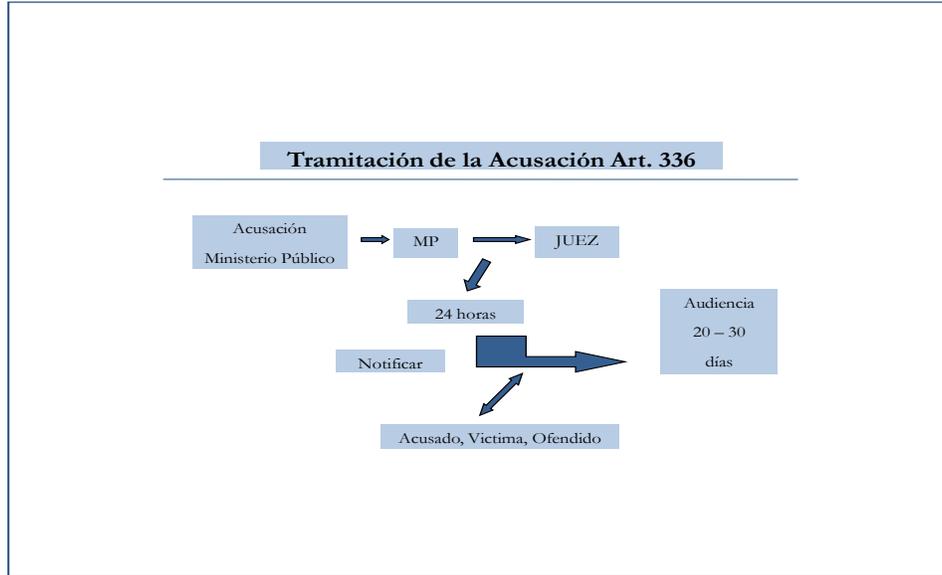
Procedimientos Penales⁷ señala que presentada la acusación, el juez competente ordenará su notificación a las partes y los citará a la audiencia intermedia, la que deberá tener lugar en un plazo que no podrá ser menor a veinte ni exceder treinta días.

Como el lector podrá observar se detecta una diferencia en los plazos fijados por ambos códigos, sin embargo, lo importante a destacar es que dichos espacios de tiempo tienen como finalidad que las partes ejerzan las diversas facultades que tienen en el inter de la celebración de la audiencia intermedia; en nuestra consideración, al respecto, el código modelo de la CONATrib, amplía, en beneficio de las partes, los plazos en los que podrán ejercer sus facultades, al realizar la celebración de la audiencia intermedia hasta no antes del día veinticinco y marcar como día máximo hasta el día treinta y cinco. A

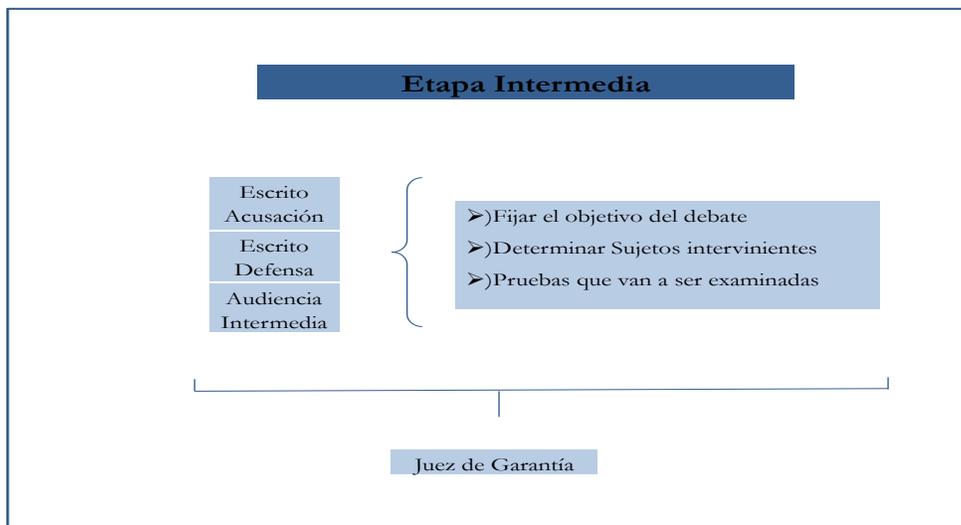
continuación el lector podrá observar el diagrama que explica este momento procesal:

“el código modelo de la CONATrib, amplía, en beneficio de las partes, los plazos en los que podrán ejercer sus facultades, al realizar la celebración de la audiencia intermedia hasta no antes del día veinticinco y marcar como día máximo hasta el día treinta y cinco.”

⁷ Artículo 430 del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales.



Ahora bien, en términos generales la audiencia intermedia prepara los temas fundamentales para la audiencia de debate; básicamente se fija el objeto de debate, se determinan los sujetos que intervendrán en la audiencia de juicio oral y se establecen las pruebas que tendrán verificativo en la máxima de las audiencias del proceso, todo ello ante el Juez de Control o Juez de Garantía, lo anterior se grafica en la siguiente lámina:

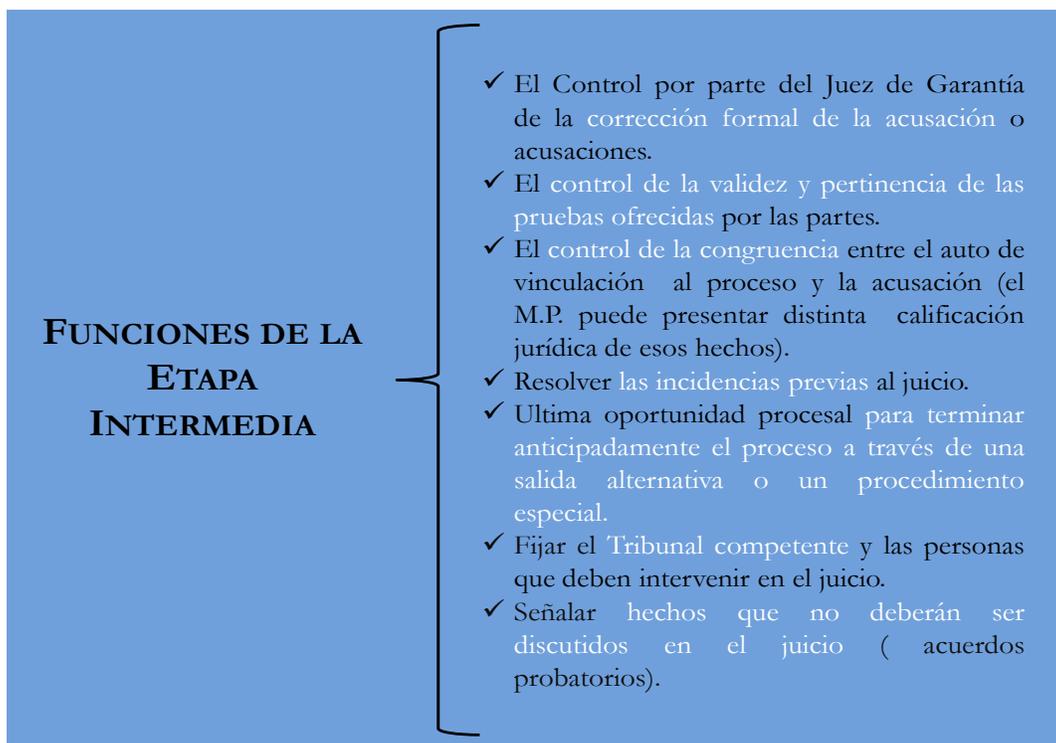


Si se desea una mayor especificidad de los temas trascendentes que se

tratan en la audiencia intermedia, diríamos que son los siguientes:

1. Se tramitan las peticiones sobre las correcciones formales de la acusación;
2. Se realiza por el Juez de Control la validez y pertinencia de las pruebas ofrecidas por los sujetos procesales;
3. Se lleva a cabo el control de congruencia entre el auto de vinculación a proceso y la acusación;
4. Se plantean y resuelven las incidencias previas al juicio;
5. Es la última oportunidad procesal para intentar una salida alterna o el juicio abreviado;
6. Se determina la competencia del Tribunal de Juicio Oral que habrá de llevar a cabo la audiencia de debate y,
7. Señalar los hechos que no serán objeto de debate y que irán, por vía de acuerdos probatorios, directos a la redacción de la sentencia.

Lo señalado puede expresarse gráficamente en la siguiente lámina:



De los temas antes señalados, sin duda que el más debatido actualmente es el relativo al control de la validez y pertinencia de las pruebas ofrecidas, aspecto en el que me ocuparé enseguida.

De entrada, debemos señalar que existe el principio de la libertad probatoria, expresamente señalado por los Códigos Procesales⁸. Este principio nos dice que podrá utilizarse cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley.

Para ser admisible la prueba deberá referirse directa o indirectamente al objeto del debate precisado en la audiencia intermedia, esto es, la prueba deberá ser útil para dirimir la controversia, esto es, la pertinencia de la prueba deberá estar presente.

Los Tribunales tendrán la facultad de limitar a los sujetos procesales los medios de prueba ofrecidos, para evitar la sobreabundancia de la prueba y concentrar la atención del debate durante toda la audiencia.

Los Tribunales también tienen la facultad de prescindir de la prueba ofrecida para acreditar hechos notorios.

Bajo estas exigencias, el Juez de Control, luego de examinar las pruebas ofrecidas por los sujetos procesales y de escuchar el debate que en torno a ello generen, ordenará fundadamente la exclusión de aquellas que deban serlo por impertinentes, sobre abundantes, dilatorias y las que tengan por objeto probar o acreditar hechos notorios.

Artículo especial requiere el análisis de los temas relacionados con las pruebas que hubiesen sido declaradas nulas o las obtenidas o producidas ilícitamente, aspectos que requieren de un examen más profundo y que escapa a los propósitos de este documento introductorio, pues necesario resultaría hacernos cargo de las distintas y variadas teorías que se han construido en torno a la ilicitud probatoria y sus excepciones.

No obstante lo anterior, sí quiero hacer énfasis en la discusión que se ha generado en la práctica diaria en los juzgados de garantías respecto de la ilicitud probatoria; nos parece que la clave del tema gira en torno a las expresiones utilizadas por el legislador al ordenar la exclusión probatoria ilícita.

El Código Procesal Penal Modelo de CONATrib al respecto dispone:

⁸ Artículo 253 del Código Modelo de CONATrib y Artículo 354 del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales.

Artículo 252. Prueba ilícita

1. Los medios de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

Por su parte el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales señala:

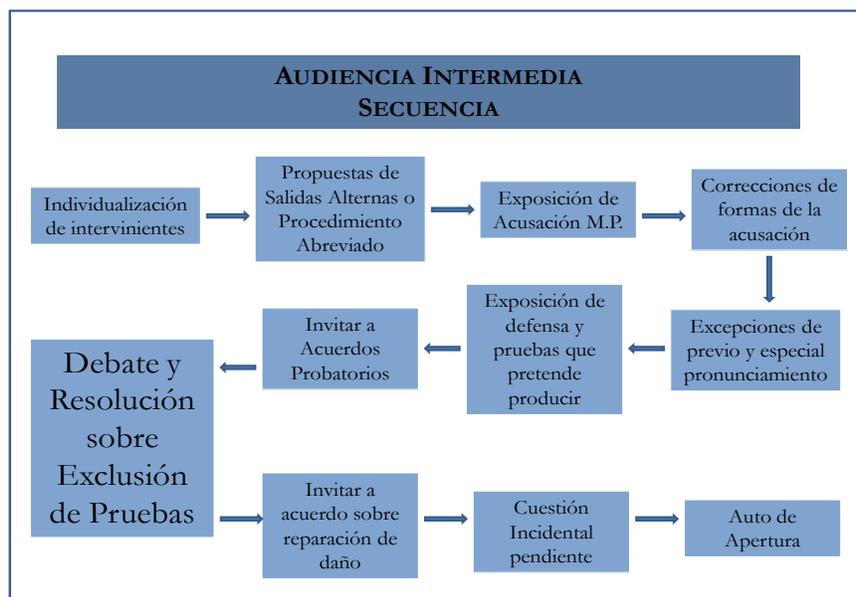
Artículo 291. Licitud probatoria

Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos por medios lícitos e incorporados en el proceso penal del modo que autoriza este código.

Los textos traídos a cuenta, nos revelan los verbos bajo los cuales debe cuidarse la licitud o ilicitud de la prueba, a saber: obtener, producir o reproducir. En nuestra consideración

bajo estos momentos concretos en la obtención, producción y reproducción de los medios de prueba se encuentra su naturaleza lícita o ilícita, situación que debe cuidar especialmente el Juez de Garantías o de Control cuando abre a debate una alegación de prueba ilícita, especialmente cuando ésta (la prueba) aún no ha sido obtenida, producida o reproducida. Por otro lado, la teoría de la prueba ilícita, en sus orígenes, aparece como un debate jurisprudencial, que luego es recogido en la legislación e incorporado como estándar del debido proceso legal, al plantear su exclusión en sistemas democráticos de derecho.

Para cumplir con los propósitos de este trabajo sobre la participación que tuvimos en el taller, nos parece de utilidad anexar el esquema que revela el flujograma de la audiencia intermedia:



Concluimos señalando la importancia extraordinaria que tiene la etapa intermedia, su tratamiento y cómo es que se han generado experiencias en torno a los debates de temas nuevos para nuestra tradición jurídica, como en el caso de la prueba ilícita.

Estamos convencidos que en manos de los jueces operadores del

sistema (Jueces y Magistrados), están las definiciones y camino que seguirán estos temas tan relevantes para el establecimiento del nuevo sistema de justicia procesal penal en México, tarea de alta responsabilidad, pero que nuestros juzgadores sabrán afrontar con elevada concepción de la necesidad de cambiar nuestro sistema de justicia penal.

LA PRUEBA ILÍCITA: SU EXCLUSIÓN DEL JUICIO ORAL*

Jorge Arturo GUTIÉRREZ MUÑOZ**

Sumario. Presentación. I. Ofrecimiento de los medios de prueba por las partes. II. Admisión de los medios de prueba por el juez de control; A. Los acuerdos probatorios; B. La exclusión de medios de prueba. Consideraciones finales. Fuentes consultadas.

Presentación

Este último artículo relativo al “Programa de Capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en Audiencias Previas”, versará sobre una de las principales funciones del juez de control, como garante del debido proceso penal, en atención al propósito que guarda en la admisión de medios de prueba que fueron ofrecidos por las partes. Si bien es cierto la actividad probatoria se desenvuelve a través de diversos momentos, como son la obtención, registro, conservación, ofrecimiento, admisión, desahogo y valoración; será el quinto de éstos en donde los atributos del material demostrativo serán atendidos a fin de determinar su ingreso, o no, en los actos procesales que tengan verificativo para la toma de decisiones¹.

* Ponencia presentada en el seminario taller “Programa de capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en audiencias Previas”, celebrado en la ciudad de México en octubre de 2012.

** Licenciado y Maestro en *Derecho* con mención *Cum Laude* por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Se ha desempeñado como Juez de Garantía del Distrito Judicial Morelos del Estado de Chihuahua y como capacitador de jueces en diversas entidades federativas. Fue asesor externo y capacitador de la UNESIRP. Actualmente es Profesor-Investigador en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

¹ Diversos debates se han generado en torno a la ilicitud probatoria. La primer postura establece que la ilicitud es tema propio de la *admisión*, en tanto debe impedirse que el tribunal que decidirá sobre la absolución o condena, conozca de manera alguna el elemento de prueba obtenido mediante la actividad ilícita; no obstante, una segunda tesis determina que el tribunal de sentencia, en la *valoración* de la prueba, está en aptitud de restar eficacia a la ilicitud, al contar con plenitud jurisdiccional para ponderar no sólo la información que emane del medio, sino la información relativa a su obtención, registro y conservación.

Dicho lo anterior, se atenderá el ofrecimiento de los medios de prueba en la acusación, y las diversas posturas en torno a la *ratio essendi* del fenómeno de exclusión-admisión, al igual que los supuestos que en forma homologada, se han determinado para considerar la ilicitud y tratamiento que puede otorgarse conforme a la protección de los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso penal.

No se pase por alto que, el ofrecimiento de medios de prueba por las partes y la admisión que de éstos realice el juzgador puede presentarse en audiencias iniciales o preliminares como aquella en la que se resuelve la situación jurídica del imputado dentro del plazo mencionado en el artículo 19 Constitucional, en virtud de haber solicitado a la defensa el desahogo de testigos, peritos o documentos, entre otros elementos de convicción; o bien, en audiencias donde existe la posibilidad jurídica de imponer, modificar, sustituir o cancelar medidas cautelares, sólo por citar algunas de ellas. Sin embargo, el tema a tratar se centrará en el momento procesal ordinario o natural en donde regularmente acontecen los debates y resoluciones relativos a la exclusión o admisión de medios de prueba, como es la audiencia intermedia, conforme a su objetivo depurador de los

insumos que habrán de operar en la posterior audiencia de juicio.

I. Ofrecimiento de los medios de prueba por las partes

Se afirma lo siguiente: los medios de prueba son ofrecidos una vez concluida la investigación, en el momento escrito de la etapa intermedia (o fase, como se presenta en la iniciativa de mérito). Este momento procedimental, que inicia con la acusación ministerial (requisito que emana de la naturaleza acusatoria, propia de un proceso penal de partes, que condiciona la apertura del juicio a la interposición de la acusación por el órgano de persecución penal), que debe señalar, en lo que nos ocupa, de forma clara y precisa: "...los medios de prueba que el Ministerio Público pretende presentar en el juicio, así como la prueba anticipada que se haya desahogado en la fase de investigación...."².

² Como es el caso del artículo 429, fracción VI, de la Iniciativa del Presidente de la República, con proyecto de decreto para expedir el nuevo Código Federal de Procedimientos Penales (ICFPP); artículo 294, fracciones VI y VII, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California (CPPBC); artículo 369, inciso g, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas (CPPChis); artículo 294, fracciones VII y VIII, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua

Si la acusación no cumple con este requisito o lo ha cumplido de modo deficiente, la víctima, ofendido, el acusador o su defensor, en la oportunidad que señala la ley, podrá promover la incidencia encaminada a

(CPPChih); artículo 316, fracciones VI y VII, del Código Procesal Penal del Estado de Durango (CPPDur); artículo 296, fracción VII, de la Ley del Proceso Penal para el Estado de (LPPGto); artículo 329, fracción VI –únicamente se refiere a medios relativos a la individualización de sanciones-, del Código Procesal Penal para el Estado de Hidalgo (CPPHgo); artículo 307, fracciones VII y IX, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (CPPEMex); artículo 258, fracción VII, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán de Ocampo (CPPMich); artículo 292, fracciones VII y VIII, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos (CPPMor); artículo 317, fracciones VII y VIII, del Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León (CPPNL); artículo 292, fracción VII, del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca (CPPOax); artículo 358, fracciones VII y IX, del Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla (CPPPue); artículo 331, fracciones VIII y IX, del Código Procesal Penal Acusatorio para el Estado de Tabasco (CPPTab); artículo 304, fracciones VII y IX, del Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán (CPPYuc) y el artículo 334, fracciones VI y IX, inciso e, Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas (CPPZac).

la corrección de los vicios denunciados³.

Por otra parte, en el procedimiento penal acusatorio se podrá ofrecer cualquier medio de prueba, incluso los generados por medios informáticos, telemáticos, electrónicos, ópticos o que sean producto de cualquier otra tecnología, siempre y cuando no vayan en contra del derecho, dejando esta calificación a criterio de la autoridad jurisdiccional. De acuerdo con el sistema propuesto, tiene el carácter de testigo toda persona que debe comparecer a juicio para declarar sobre hechos que les consten en un caso determinado. La aportación al juicio y a la teoría del caso de la parte que los ofrezca, será producida con relación a la información que puedan proporcionar y a la credibilidad que puedan generar en el tribunal o en el juzgador.

Ahora bien, la norma procesal en términos generales establece que “...la preparación del juicio tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de

³ Artículos 431, fracción II y 433, fracción II, de la ICFPP; 374 de la ICFPP; 365 del CPPBC; 404 del CPPChis; 365 del CPPChih; 387 del CPPDur; 377 de la LPPGto; 400 del CPPHgo; 375 del CPPEMex; 307 del CPPMich; 364 del CPPMor; 382 del CPPNL; 327 del CPPOax; 425 del CPPPue; 390 del CPPTab; 361 del CPPYuc; y el artículo 369 del CPPZac.

los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio oral”⁴. Para efectos del ofrecimiento se parte de la cláusula de libertad probatoria, cuando define que “...podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés tendientes a demostrar la existencia del delito y la plena responsabilidad penal del acusado, o su inocencia, por cualquier medio de prueba permitido. Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, incluso por medios digitales, siempre que pueda ser pertinente y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal”⁵.

⁴ Artículos 428 de la ICFPP; 299 del CPPBC; 371 del CPPChis; 299 del CPPChih; 321 del CPPDur; 338 del CPPHgo; 326 del CPPEMEX; artículo 2, fracción II del CPPMich; 297 del CPPMor; 321 del CPPNL; 362 del CPPPue; 333 del CPPTab; 306 del CPPYuc; y el artículo 335 del CPPZac. Las leyes procesales en materia penal de los estados de Guanajuato y Oaxaca no contemplan la cláusula en comentario.

⁵ Artículos 354 de la ICFPP; 330 del CPPBC; 289 del CPPChis; 330 del CPPChih; 352 del CPPDur; 302 de la LPPGto; 369 del CPPHgo; 341 del CPPEMEX; 185 del CPPMich; 332 del CPPMor; 355 del CPPNL; 334 del CPPOax; 391 del CPPPue; 251 del

La anterior norma, está estrechamente relacionada con el diverso dispositivo que taxativamente ordena la legalidad de los medios de prueba que habrán de ser ofrecidos, al indicar que cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos humanos será nulo, sin considerar violatorio de derechos humanos, aquel dato o prueba que provenga de una *fuentes independiente*, es decir, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se puede llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre éstas; exista un *vínculo atenuado*, o su *descubrimiento sea inevitable*, en virtud de que aún y cuando haya resultado de una prueba ilícita, habría sido obtenida por otros medios probatorios a los que le dieron origen.

Precisado lo anterior, al entrar en materia, encontramos que en el ofrecimiento de los testimonios, el sujeto procesal ministerial deberá individualizarlos en el escrito de acusación; presentando una lista con nombres, apellidos y domicilios; señalando además, la materia sobre la que habrán de recaer sus declaraciones. Salvo que se deba resguardar la identidad y otros datos personales de la víctima u ofendido cuando ésta sea menor de edad o se

CPPTab; 202 del CPPYuc; y el artículo 376 del CPPZac.

trate de delitos de violación, secuestro o trata de personas; o cuando a juicio del juez sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. Cuando el Ministerio Público ofrezca como prueba el testimonio de una persona en cuyo favor se haya decretado un criterio de oportunidad, se encontrará obligado a informar a la defensa sobre esta circunstancia y a anexar, en su escrito de acusación, la resolución mediante la cual se haya decretado aplicar el criterio de oportunidad. En todo caso, deberán tomarse las medidas para resguardar la reserva de identidad de la víctima u ofendido⁶.

Ahora bien, debemos mencionar que la prueba de peritos consiste esencialmente en *la declaración oral sobre el informe previamente realizado*, de lo que se desprende la prohibición de ser introducido en la audiencia de debate de juicio oral, mediante su lectura; de ahí que, no procede ofrecer como prueba pericial el informe escrito, cuya oportunidad para la entrega es la etapa de investigación,

⁶ Artículos 356 de la ICFPP; 296 del CPPBC; 370 del CPPChis; 296 del CPPChih; 318 del CPPDur; 297 de la LPPGto; 333 del CPPHgo; 308 del CPPEMEX; 259 del CPPMich; 294 del CPPMor; 319 del CPPNL; 334 del CPPOax; 360 del CPPPue; 332 del CPPTab; 305 del CPPYuc; y el artículo 334 del CPPZac.

en el entendido de que, al ofrecerse el medio de prueba, deberá adjuntarse el referido informe con la finalidad de que los diversos sujetos procesales estén en aptitud de conocer, con certeza, el contenido del mismo, a fin de preparar adecuadamente sus estrategias de litigación (*activa*, en tratándose de la víctima u ofendido; y *pasiva*, por lo que hace al acusado y su defensor) desde el punto de vista técnico. Al respecto, la iniciativa en comento, que cito como muestra, señala:

Artículo 357. Ofrecimiento de prueba pericial

Cuando, para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias relevantes para la causa fuere necesario o conveniente contar con conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio, las partes podrán ofrecer la pericial como medio de prueba⁷.

⁷ En este sentido, no se puede pasar por alto un aparente matiz al principio de inmediación, que define el artículo 358, de la ICFPP en estudio, al mencionar que las partes en el proceso podrán ofrecer la práctica de pericias, las cuales podrán desahogarse por lectura al debate si se hubieren seguido las reglas sobre prueba anticipada, quedando a salvo la posibilidad de exigir la declaración del perito durante el debate.

Al ofrecerse indicios sometidos a custodia, deberán anexarse los

Se puede observar que a los medios de prueba inanimados se les otorga un tratamiento diferenciado, en atención a su carácter intrínseco. Así, por lo que hace a los documentos⁸ y la

documentos respectivos que acrediten, en su caso, la cadena de custodia. No obstante, de manera excepcional, las periciales para detectar alcohol en la sangre o narcóticos u otras de similar naturaleza, así como los certificados de lesiones, podrán ser desahogados en el juicio oral mediante la sola presentación del informe o certificado respectivo. Sin embargo, si en la audiencia intermedia alguna de las partes solicitare la comparecencia del perito a juicio oral no podrá ser substituida por la presentación de dicho informe o certificado.

Las disposiciones previstas en este artículo no serán aplicables en los casos de excepción que establece este Código.

⁸ Se presenta aplicable el artículo 363 de dicha iniciativa, que trata los métodos de autenticación e identificación, conforme al cual: *“...las partes y el juez, a solicitud de aquéllas, podrán requerir informes a cualquier persona o entidad pública o privada para demostrar la autenticidad e identificación de un documento...”* y continúa: *“...la identificación de los documentos..., se probará por métodos como los siguientes: I. Reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado, producido o visto; II. Reconocimiento de la parte contra la cual se aduce; III. Mediante certificación expedida por la entidad certificadora de firmas digitales de personas físicas o morales, o IV. Mediante*

prueba material, encontramos que podrán ofrecerse como prueba documental los textos, escritos, imágenes y símbolos que puedan percibirse por medio de los sentidos y que se encuentren registrados o plasmados en cualquier medio mecánico o electrónico y, en general, a todo soporte material que contenga información sobre algún hecho, aunque carezca de suscripción, sin que pueda negarse esa condición a las publicaciones de prensa y a toda pieza que sea aceptada generalmente como medio de convicción. Ahora bien, si las partes ofrecen prueba documental, especificarán la fuente y adjuntarán una copia del documento. Si ofrecen prueba material, deberán describirla y señalar su fuente. Al ofrecerse indicios sometidos a custodia, deberán anexarse los documentos respectivos que acrediten, en su caso, la cadena de custodia. En caso de que los datos de prueba o la prueba se encuentren contenidos en medios digitales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología; la parte que la ofrezca deberá proporcionar o facilitar los instrumentos necesarios para su reproducción, o indicar dónde pueden reproducirse en el supuesto de que, la autoridad ante quien se

informe de experto en la respectiva disciplina.”

presenten, no cuente con la capacidad técnica para hacerlo.

Presentada la acusación, el juez competente ordenará su notificación a las partes y las citará a la audiencia intermedia, la que deberá tener lugar en un plazo que no podrá ser menor a veinte ni exceder de treinta días. Al acusado y a la víctima u ofendido se les entregará copia de la acusación, además se le pondrán a su disposición para ser consultados, todos los antecedentes acumulados durante la investigación.

En lo relativo al ofrecimiento de medios de prueba por el acusado, se evidencia claramente una excepción a la igualdad procesal en tópicos de tiempo y forma. De *tiempo*, habida cuenta que se permite al referido sujeto procesal, ofrecer sus medios de prueba en la audiencia intermedia o de preparación del juicio oral; de *forma*, al permitírsele hacerlo oralmente. No obstante, fuera de tales cuestiones, deberán estar satisfechas las mismas exigencias que se direccionan al Ministerio Público.

II. Admisión de los medios de prueba por el juez de control

En atención a la naturaleza acusatoria del procedimiento penal, es necesario que el presente tema se inicie conforme a la norma adjetiva que establece la dinámica de admisión, cuando señala que "...durante la audiencia de preparación del juicio,

cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estime relevantes, con relación a los medios de prueba ofrecidos por las demás, respecto de los cuales el juez se pronunciará"⁹.

Las mencionadas solicitudes, observaciones y planteamientos, se refieren al régimen de depuración de los medios de prueba, a través de: a) los acuerdos probatorios; y b) las incidencias de exclusión de los medios de prueba ofrecidos por la contraparte.

A. Los acuerdos probatorios

Esta figura procesal, se encuentra definida de manera homogénea en los ordenamientos procesales mencionados en el presente artículo, cuando establecen que "...se entiende por acuerdos probatorios los celebrados entre el Ministerio Público y el imputado y su defensor, sin oposición fundada de la víctima u ofendido, para aceptar como

⁹ Artículos 438 de la ICFPP; 311 del CPPBC; 311 del CPPChih; 333 del CPPDur; 340 de la LPPGto; 351 del CPPHgo; 323 del CPPEMEX; 312 del CPPMor; 337 del CPPNL; 306 del CPPOax; 374 del CPPPue; 342 del CPPTab; 316 del CPPYuc; y el artículo 349 del CPPZac. Los códigos adjetivos de Chiapas y Michoacán no incorporan de manera expresa esta cláusula procesal.

probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias”¹⁰.

El instrumento de depuración del caudal probatorio que estamos analizando, al encontrarse basada en la figura del acuerdo de voluntades, se sustenta en la teoría general de acto jurídico, atento al cual, de conformidad con la tesis francesa, es *la manifestación de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad*¹¹. Basta decir que la depuración los hechos, en vía de consecuencia adelgazará el contenido probatorio del procedimiento, de lo que resultarán medios de prueba de admisión innecesaria.

B. La exclusión de medios de prueba

En este tópico necesariamente debemos partir de las reglas de admisión de medios de prueba a que

¹⁰ Artículos 441 de la ICFPP; 313 del CPPBC; 379 del CPPChis; 313 del CPPChih; 335 del CPPDur; 339 de la LPPGto; 350 del CPPHgo; 326 del CPPEMex; 268 del CPPMich; 314 del CPPMor; 339 del CPPNL; 309 del CPPOax; 376 del CPPPue; 344 del CPPTab; 319 del CPPYuc; y el artículo 352 del CPPZac.

¹¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, E., *Derecho de las obligaciones*, 13ª edición corregida y actualizada, Ed. Porrúa, México 2001, p. 161.

se refiere el numeral de la iniciativa federal, que señala:

Artículo 293. Reglas para la admisión de los medios de prueba

Para ser admisibles, los medios de prueba deberán ser pertinentes, es decir, referirse, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y deberán ser útiles para el esclarecimiento de los hechos. El juez podrá limitar los medios de prueba en los siguientes supuestos:

I. Cuando resulten manifiestamente impertinentes, para demostrar un hecho o una circunstancia;

II. Cuando resulten notoriamente abundantes para probar el mismo hecho;

III. Cuando sean ofrecidos para probar un hecho público y notorio, y

IV. Cuando se trate de delitos de carácter sexual y la prueba pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima, a menos que sea manifiestamente justificado. En estos casos, se adoptarán las medidas necesarias para garantizar la integridad física y emocional de la víctima.

En el delito de violación, el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima.

Acotado lo anterior, se nos presenta oportuno hacer mención a las incidencias de exclusión de los

medios de prueba ofrecidos por el colitigante; categoría que se funda en las causales que señala el artículo 443 de la ICFPP.

Artículo 443. Exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate.

El juez, luego de examinar los medios de prueba ofrecidos y escuchar a los sujetos que hubieren comparecido a la audiencia intermedia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio oral, aquellos medios de prueba impertinentes y los que tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios.

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

Del mismo modo, el juez excluirá los medios de prueba que provengan de actuaciones o diligencias que hayan sido declaradas ilícitas por haber sido obtenidos con inobservancia de derechos humanos de conformidad con lo establecido en este Código.

Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá fundar y motivar oralmente su decisión y contra ésta procederá el recurso de apelación, el cual deberá ser admitido en efecto suspensivo.

En adición a lo expuesto, debe atenderse el diverso supuesto de exclusión de medios de prueba considerados *inadmisibles* por la ley que, si bien es cierto, no se establece en el artículo en cita, el mismo aparece en la mayoría de leyes adjetivas. La inadmisibilidad se presenta de manera *absoluta*, en tanto no admita excepciones; y *relativa*, cuando exista la posibilidad de admisión, siempre que se justifique por el oferente.

“Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá fundar y motivar oralmente su decisión y contra ésta procederá el recurso de apelación, el cual deberá ser admitido en efecto suspensivo.”

El siguiente cuadro permitirá entender con mayor claridad los supuestos en comento:

Medios de prueba susceptibles de exclusión (<i>ilicitud lato sensu</i>)	En vía directa: Vulneran las reglas mínimas de interacción procesal (<i>ilicitud strictu sensu</i>)	Violatorias de derechos humanos	
		Provenientes de actuaciones o diligencias declaradas nulas	
		Por inadmisibilidad	Absoluta
			Relativa
	En vía de consecuencia: generan efectos dilatorios	Sobreabundantes	
		Impertinentes	
		Innecesarias	Por referirse a hechos públicos
			Por referirse a hechos notorios
Por referirse a hechos incontrovertidos			

Los supuestos de exclusión considerados de estricta ilicitud son: los que se obtuvieron, registraron o conservaron con *inobservancia de derechos humanos*, los que *provengan de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas*, y los que la propia ley considera como *inadmisibles* (donde el juicio de inadmisibilidad lo otorga el legislador y no el juzgador) Mientras en el primer y tercer caso, no se plantea alguna exigencia formal previa; en el segundo supuesto, para excluir el medio de prueba se requiere previamente de la resolución judicial que haya declarado la ilicitud de la actuación o diligencia con ocasión de la cual se obtuvo la evidencia y la correspondiente nulidad.

Los supuestos de excepción a la regla, son abordados por el chileno Héctor Hernández Basualto¹², quien señala, por lo que hace al primero de los mismos, que “*desde antiguo se ha reconocido que no debe excluirse la prueba que tiene su origen en una fuente independiente de la ilicitud inicial, por la sencilla razón que en estos casos simplemente dicha prueba no es un fruto de la ilicitud*”. Esta excepción opera cuando, no obstante la ilegalidad del acto o sus consecuencias, se puede arribar a medios de prueba lícitos, que no tienen relación con la

¹² HERNÁNDEZ, H., “La excusión de la prueba ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno”, 2ª reimpresión, dentro de la *Colección de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Alberto Hurtado*, Chile 2005, pp. 21 y ss.

violación a la norma. Es decir, que aún suprimiendo hipotéticamente el acto viciado se puede arribar igualmente a sus consecuencias, de lo que resultará improcedente la exclusión cuando exista alguna causa de investigación diversa que con seguridad permita arribar al mismo elemento, y que dicha vía indagatoria se encuentre comprobada. De lo anterior afirmamos que la fuente independiente se sustenta en el *pasado*.

Ahora bien, en lo relativo al segundo supuesto, el mismo autor ha señalado la existencia de cinco criterios de presentación:

1. Proximidad temporal. Mientras más breve sea el tiempo que media entre la ilegalidad y la obtención de la prueba, mayores posibilidades existen de que ésta sea declarada viciada.
2. Extensión de la cadena causal. Mientras más factores intervengan entre la ilegalidad inicial y la incautación de la evidencia, más posibilidades existen de la admisibilidad de la evidencia. Mientras más alejada de la ilicitud se encuentre la evidencia, es menos probable que la policía la entienda como un fruto de aquélla, con lo que se reduce el efecto disuasivo de la exclusión.
3. Acto libre de voluntad. La intervención de un acto libre de voluntad puede purgar el vicio, debiendo tenerse en cuenta que las advertencias de Miranda no bastan por sí solas para evaluar la voluntariedad en estos casos.
4. Gravedad e intencionalidad de la ofensa. A mayor gravedad de la ofensa y a menos accidental sea ésta, mayor debe ser el efecto disuasivo y mayor el alcance de la regla de exclusión.
5. Naturaleza de la evidencia derivada, conforme a la cual, cierto tipo de evidencia es, por su propia naturaleza, más susceptible de saneamiento que otra. Particularmente [...], sería más fácil sanear la prueba testimonial que la prueba material, por dos razones: primero, porque los testigos suelen aparecer por su propia voluntad, en tanto que los objetos inanimados deben ser descubiertos por otros; y segundo, porque las probabilidades de obtener prueba testimonial por medios legales son mayores, razón por la cual la policía tiene menos incentivos para violar la

Constitución en orden a obtener su testimonio”.

Finalmente, en el tercer rubro, el autor de referencia nos dice que “tampoco se excluye aquella prueba que si bien en concreto no se obtuvo de forma independiente de la obtenida ilegalmente, en todo caso iba a ser descubierta por medios legales”¹³.

Podemos observar que el legislador aborda el juicio de admisión del medio de prueba en forma preponderante, colocando el juicio de valoración en un segundo plano por lo que hace a su

¹³ El autor chileno, *op cit.*, p. 24, ejemplifica esta categoría con el caso *Nix vs. Williams* (467 U.S. 431 [1984]), en el cual, la policía obtiene ilegalmente del imputado (en violación del derecho a la asistencia de abogado, esto es, de la Sexta Enmienda) la información sobre el lugar en que se encuentra el cadáver de la víctima, información en virtud de la cual se descubre el cuerpo. Sin embargo, la Corte declaró admisible la prueba relacionada con el cadáver porque éste inevitablemente iba a ser descubierto “dentro de corto tiempo” y “esencialmente en la misma condición”, ya que 200 agentes estaban realizando un cuidadoso operativo de búsqueda que incluía el lugar donde se encontraba el cadáver. También aquí, como se puede ver, el nexo causal entre la ilegalidad y el hallazgo de determinada evidencia es innegable, pero una consideración hipotética permitiría restarle relevancia”.

tratamiento normativo, sin que ello signifique restarle importancia; simplemente se busca evitar la incorporación del medio de prueba ilícito a la audiencia de debate, con la finalidad de prevenir la formación de prejuicios en el tribunal de juicio. El supuesto del descubrimiento inevitable aplica cuando la actividad ilícita y sus consecuencias se hubieran conocido por otros caminos que en el *futuro*, indefectiblemente se hubiesen presentado no obstante la actuación irregular.

La diferencia entre los supuestos de fuente independiente y el descubrimiento inevitable, estriba en la existencia previa, del primero; y la actualización factible, futura, que no requiere una línea de investigación distinta, previa y comprobada, sino sólo una concatenación hipotética, del segundo.

Tal y como se mencionó en el tema relativo a los acuerdos probatorios, en el particular se presenta la misma tónica, toda vez que la exclusión probatoria tiene un impacto directo e inmediato en el juicio de admisión que realiza el juez de control en la audiencia intermedia, en virtud de que los medios de prueba excluidos, consecuentemente no serán admitidos en el auto de apertura de juicio oral.

Ahora bien, los medios de prueba considerados por la ley como *inadmisibles*, eventualmente podrán

ser tomados en consideración, siempre que el oferente justifique la admisión, situación que no siempre ocurre. Por lo tanto, encontramos dos tipos de medios inadmisibles: unos de forma *absoluta*; otro, *relativa*. La inadmisibilidad absoluta la encontramos en supuestos que determinan la imposibilidad de invocar, dar lectura, o incorporar como medio de prueba al juicio oral, ningún antecedente que tuviere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión del proceso a prueba, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado¹⁴. Por su parte, la inadmisibilidad *relativa*, aparece de manera clara cuando legislador establece que 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, a

¹⁴ Artículos 377 de la ICFPP; 367 del CPPBC; 407 del CPPChis; 367 del CPPChih; 389 del CPPDur; penúltimo párrafo del artículo 352 del CPPHgo; 377 del CPPEMEX; 310 del CPPMich; 367 del CPPMor; 380 del CPPOax; 427 del CPPPue; 393 del CPPTab; 363 del CPPYuc; y el artículo 405 del CPPZac. Resulta criticable la ausencia de esta cláusula en la legislación procesal penal de Guanajuato y Nuevo León.

menos que sea manifiestamente justificado; en estos casos, se adoptarán las medidas de protección adecuadas para la víctima¹⁵.

La primera de las hipótesis de exclusión que se sustenta en la eficacia dilatoria, trata de los medios de prueba *sobreabundantes*. En efecto, se señala que si el juez estima que la testimonial y documental ofrecida, produciría efectos puramente dilatorios en la audiencia del debate, dispondrá también que la parte que ofrezca, reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a juicio. Tal supuesto necesita de la concurrencia de las siguientes exigencias: a) que se trate únicamente de los medios de prueba de carácter testimonial o documental; y b) que mediante ellos se quisieren acreditar unos mismos hechos o circunstancias

¹⁵ Artículos 293, fracción IV ICFPP; penúltimo párrafo del artículo 367 CPPBC; penúltimo párrafo del artículo 314 CPPChih; penúltimo párrafo del artículo 336 CPPDur; artículo 402 CPPHgo; y penúltimo párrafo del artículo 377 CPPPue. No aparece el mencionado supuesto en los códigos procedimentales de los Estados de Chiapas, Guanajuato, México, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Tabasco, Yucatán y Zacatecas.

que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio¹⁶.

¹⁶ Al respecto, HORVITZ y LÓPEZ, en *Derecho Procesal Penal Chileno, tomo II,...* p. 47, manifiestan que: “...esta segunda exigencia ha generado, dificultades interpretativas, al mencionar que la composición de la norma establece la duda si la misma contiene requisitos copulativos o se trata de hipótesis alternativas y, por tanto, independientes entre sí. De este modo, la norma admitiría las dos siguientes lecturas: 1) la ausencia de la exigencia de pertinencia sustancial se plantea tanto respecto de los hechos como de las circunstancias que se pretenden probar, lo que significa que sólo se podrá reducir la prueba ofrecida en exceso cuando ella sirva para acreditar hechos o circunstancias que no obstante ser pertinentes..., no lo son de modo relevante y directo con la materia del juzgamiento. Tal sería el caso, por ejemplo, si se quisiese presentar numerosos testigos o documentos para acreditar la irreprochable conducta anterior del acusado, circunstancia atenuante de la responsabilidad penal; y 2) la norma contempla dos hipótesis alternativas que autorizan la reducción de prueba: a) que se trate de prueba destinada a probar unos mismos hechos, o b) que se trate de circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal...” y se pronuncian al respecto, precisando: “...esta interpretación nos parece la correcta, pues permite reducir la prueba superabundante que se ofrece para acreditar unos mismos hechos, aunque guarden pertinencia sustancial con la materia

El segundo de los supuestos de medios de prueba que generarían efectos dilatorios, trata de los medios de prueba *impertinentes*; es decir, aquellos que no guardan relación alguna con los hechos materia de la acusación o los alegados por la defensa, esto es, cuando no existe ninguna relación, lógica o jurídica, entre el hecho y el medio de prueba¹⁷. La admisibilidad de medios de prueba pertinentes o relevantes es una exigencia del principio de economía procesal: ningún ordenamiento jurídico admite el derroche de actividades procesales consistentes en la introducción de pruebas que *a priori* se presentan inútiles para la determinación de los hechos. Es importante distinguir que no sólo es pertinente o relevante el

del juicio. En efecto, no parece razonable ni conveniente que deba recibirse toda la prueba ofrecida que se halle en esta hipótesis, si su rendición pudiera prolongar excesivamente el juicio y no aportara elementos nuevos al tribunal para formar su convicción. Es preciso observar, sin embargo, que tratándose de la prueba testimonial, la circunstancia de que los testigos declaren sobre unos mismos hechos no debería determinar necesariamente su reducción, pues es posible que los hayan presenciado, apreciado o percibido desde diferentes perspectivas y ello fuera relevante para su valoración global.”

¹⁷ CLARIÁ, J., *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo V, Ed. Ediar, Buenos Aires 1962, p. 27.

medio de prueba sobre los hechos materia de la acusación o la defensa (prueba directa) sino que también puede serlo aquel que verse sobre hechos secundarios, esto es, de los que puedan lógicamente derivarse de consecuencias probatorias del hecho principal (prueba indirecta).

La pertinencia no sólo es un requisito para la prueba de cargo, pues si el acusado ha esgrimido una defensa que se opone activamente a la del Ministerio Público (por ejemplo, alega legítima defensa), no podría ofrecer medios de prueba para acreditar hechos incompatibles o no pertinentes con esa línea de defensa. El medio de prueba ha de ser *manifiestamente* impertinente; ello significa que la impertinencia del mismo aparezca en forma evidente, del sólo análisis de la exposición que, por escrito presenten las partes en el momento procesal que precede a la audiencia intermedia, u oralmente en la audiencia misma, si así lo efectúa el acusado¹⁸. No obstante, el debate que precede a la resolución jurisdiccional puede mostrar la relación existente entre el medio de prueba y el hecho. En tal caso, será el juez quien deberá

resolver fundamentadamente, en base a las argumentaciones planteadas en la audiencia. Su tarea involucra un juicio de anticipación hipotética en un doble sentido: por un lado debe conjeturar que la prueba ofrecida tenga un resultado positivo y que, por tanto, sea capaz de producir elementos de conocimiento sobre el hecho a determinar. Esta conjetura sería suficiente para afirmar la pertinencia o relevancia de la prueba que se propone para acreditar el hecho o hechos principales del caso. Tratándose de hechos secundarios, en cambio, debe presuponerse también un resultado positivo y verificarse si tal hecho puede constituirse en la premisa de una posible inferencia relativa a algún hecho principal.

“El medio de prueba ha de ser manifiestamente impertinente; ello significa que la impertinencia del mismo aparezca en forma evidente, del sólo análisis de la exposición que, por escrito presenten las partes en el momento procesal que precede a la audiencia intermedia u oralmente en la audiencia misma...”

¹⁸ En consecuencia, el control de pertinencia obligará a mostrar la estrategia de defensa del acusado cada vez que ofrezca medios de prueba, toda vez que, de lo contrario, corre el riesgo de que puedan ser excluidos del procedimiento.

Por último, abordaremos los medios de prueba considerados *innecesarios*, que de admitirse generarían efectos dilatorios, y por ende, son susceptibles de exclusión. Al respecto, el juez podrá excluir aquellos medios de prueba que pretenden acreditar hechos *públicos* y *notorios*. Tienen tal carácter, primero, los hechos *generalmente conocidos*, como los sucesos de la naturaleza (un temporal, un eclipse de luna) y los acontecimientos históricos (el asesinato de judíos en campos de concentración durante la 2a Guerra Mundial); así como, en general, todos aquellos hechos de los cuales *"normalmente tienen conocimiento las personas sensatas o sobre los que ellas se pueden informar en fuentes confiables (mapas, enciclopedias y similares)"*¹⁹. Si existe duda sobre el carácter público o notorio del hecho, corresponde ordenar sus medios de prueba a fin de no afectar la libertad de valoración del hecho por parte del tribunal del juicio.

Consideraciones finales

Podemos advertir que, los medios de prueba son un elemento fundamental en la audiencia intermedia, y será el juez quien resolverá fundadamente, sobre su admisibilidad o no, en base a

¹⁹ ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, trad. de la 25 ed. alemana, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, p. 187.

las argumentaciones planteadas en la misma audiencia y con base a la legislación procesal.

Se admitirá como prueba, todo aquello que se ofrezca como tal, incluso por medios digitales, siempre que pueda ser pertinente y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal.

Bajo este tenor, existen medios de prueba que pueden ser inadmitidos con el propósito de evitar la incorporación de información ilícita a la audiencia de debate; y con la finalidad de prevenir la formación de prejuicios en el tribunal de juicio. Por ello, en el presente artículo se hace referencia, de manera breve, a diversos tipos de pruebas que, el juez podría excluir al considerarlas inadmisibles, como violatorias de derechos humanos, o por provenir de actuaciones o diligencias declaradas nulas; asimismo, por producir efectos dilatorios al resultar sobreabundantes, impertinentes o innecesarias.

Fuentes consultadas

Bibliografía

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, E., *Derecho de las obligaciones*, 13^a edición corregida y actualizada, Ed. Porrúa, México 2001.

HERNÁNDEZ, H., *La excusión de la prueba ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, 2ª reimpresión, dentro de la Colección de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Alberto Hurtado*, Chile 2005.

CLARIÁ, J., *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo V, Ed. Ediar, Buenos Aires 1962.

ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, trad. de la 25 ed. alemana, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000.

Legislación

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.

Código Procesal Penal del Estado de Durango.

Código Procesal Penal para el Estado de Hidalgo.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán de Ocampo.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos.

Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León.

Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca.

Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla.

Código Procesal Penal Acusatorio para el Estado de Tabasco

Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán.

Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas.

Iniciativa del Presidente Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales.

Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato.

SERVICIOS PREVIOS AL JUICIO Y DECISIÓN JUDICIAL

Ana Dulce AGUILAR GARCÍA*

Resumen

Los Servicios Previos al Juicio (en adelante SPJ), constituyen una institución que poco a poco se ha integrado a los sistemas de justicia penal acusatorios en México, con el fin de proporcionar información de calidad al proceso a través de las partes –Ministerio Público y Defensa–, y supervisar a personas liberadas bajo alguna de las medidas alternativas a la prisión preventiva, reguladas en los distintos códigos procesales nuevos.

Desde su implantación en los estados de Morelos, Baja California y recientemente Puebla, pocas veces se ha analizado el impacto de los servicios que proporcionan los SPJ en la decisión judicial, decisión que, ante los nuevos principios procesales, debe estar fundada en información de calidad. Por lo tanto, el propósito de este documento es presentar una serie de argumentos que intentarán justificar la importancia de una oficina de evaluación del riesgo procesal y supervisión de medidas cautelares para la actividad de los jueces.

Abstract

The Pretrial Services agencies constitute an institution that has been integrated gradually to the new criminal adversarial systems in México, with the aim to provide quality information to the proceedings through the parties –prosecution and defense–; and supervise people released upon bail, by imposing any of the available alternatives to pretrial detention set forth by the new criminal procedural codes.

* Maestra en *Derechos Humanos* por la Universidad de Europa Central, en Budapest, Hungría. Es profesora titular de la materia “Sistemas Políticos Contemporáneos” en la Escuela Libre de Derecho, de la que es egresada; coautora del libro “Servicios Previos al Juicio. Manual de Implementación”. Es Directora de Proyectos del Instituto de Justicia Procesal Penal, A.C. (IJPP) y su representante para la Campaña Global por la Justicia Previa al Juicio en América Latina, de Open Society Justice Initiative. ana.aguilar@presunciondeinocencia.org.mx

Since its implementation in the states of Morelos, Baja California, and very recently in Puebla, the impact of the services that such institution provides on the judicial adjudication process has not been analyzed in depth. Therefore, the objective of this paper is to present a series of arguments that intend to justify the importance of an institution assess the risk of failure to appear in the trial, and supervises people released upon bail, for the adjudication activity.

Conceptos clave:

Medidas cautelares¹, prisión preventiva², riesgos procesales³.

¹ Medidas de carácter procesal que tienen como fin asegurar la presencia de una persona en el proceso penal y contrarrestar los riesgos que ella puede representar para la sociedad, la víctima y para la obstaculización del proceso. Algunos ejemplos de estas medidas (ver artículo 176 del Código de Procedimientos Penales para el estado de Morelos) son: la prisión preventiva; la presentación de una garantía económica; la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al juez; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; la colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o

integridad física del imputado; el arraigo, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con las modalidades que el juez disponga; la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; la prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; la separación inmediata del domicilio, cuando se trate de violencia intrafamiliar o delitos contra la libertad y el desarrollo psicosexual y cuando la víctima conviva con el imputado; internamiento en un centro de salud u hospital psiquiátrico, en los casos en que el estado de salud del adolescente así lo amerite, y la suspensión de derechos. (ver artículo 167 del Código de Procedimientos Penales para el estado de Baja California).

² Medida cautelar privativa de libertad de personas sujetas a proceso penal antes de ser encontrados culpables.

³ Disposiciones normativas que rigen la aplicación de las medidas cautelares de acuerdo a las condiciones particulares de la persona imputada con un delito. Los códigos procesales acusatorios vigentes señalan que estos riesgos pueden ser de tres tipos (ver artículo 170 del Código de Procedimientos Penales para el estado de Baja California): 1. Riesgo de sustracción.- significa la posibilidad de que la persona imputada no se presente en su juicio, 2. Riesgo para la víctima, testigos o comunidad: se refiere a la probabilidad de que la persona imputada pueda cometer un delito doloso en contra de víctimas, testigos y comunidad y, 3.

Introducción

El nuevo sistema de justicia penal acusatorio prevé una serie de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, que van más allá de la garantía económica. Estas medidas incluyen, por ejemplo, la presentación periódica ante alguna

Riesgo de obstaculización del proceso: se refiere a la posibilidad de que el imputado destruya, modifique, oculte o falsifique evidencia; o influya en testigos, coimputados o peritos para que no declaren o tengan comportamientos reticentes. Catálogo de delitos graves; Lista constitucional de delitos de alto impacto social que no admiten medidas cautelares en libertad; Servicios previos al juicio/Unidades de medidas cautelares; Instituciones que ejecutan mecanismos de evaluación del riesgo procesal y vigilancia de personas sujetas a medidas cautelares en libertad que contribuyen a la racionalización de la prisión preventiva y a preservar la seguridad ciudadana; Evaluación del riesgo procesal; Mecanismo de carácter actuarial que predice el riesgo procesal de una persona imputada con un delito; Servicios previos al juicio/Unidad de Medidas Cautelares; Instituciones de carácter administrativo que llevan a cabo las funciones de evaluación del riesgo procesal y supervisión de medidas cautelares; Supervisión de medidas cautelares; Mecanismo de vigilancia de personas imputadas que enfrentan el proceso penal en libertad, bajo condiciones impuestas por la autoridad judicial.

autoridad, restricción de salir de la localidad o del país, someterse a la vigilancia de persona o autoridad, monitoreo electrónico, suspensión de derechos, etc.

Sin embargo, desde la entrada en vigencia del nuevo sistema la mala gestión de las medidas cautelares en México ha traído consigo percepciones de impunidad con respecto al nuevo sistema de justicia – muchas veces legítimas– bajo el término de “puerta giratoria”. Son los jueces quienes reciben el golpe mediático y cuyas resoluciones han sido cuestionadas por la retórica oficial que enarbola el populismo punitivo. Es esta misma retórica la que promueve desde la incorporación de catálogos de delitos graves que no admiten la libertad de una persona imputada mientras dura su juicio, hasta modificaciones normativas que reducen la discrecionalidad de los jueces para dictar medidas cautelares.

En este sentido, veo necesario justificar la existencia de SPJ como instancia auxiliar dentro del proceso, desde el punto de vista de uno de sus objetivos, que es apoyar y reforzar las resoluciones judiciales en la materia.

A menudo se olvida que los SPJ fueron creados para asistir la función de adjudicación en las fases previas al juicio –en perspectiva comparada–, su creación se fundó en la necesidad de atender el problema de contar únicamente con la

posibilidad de prisión preventiva o de garantizar económicamente la libertad, con el impacto directo que ello conllevaba para los imputados pobres⁴.

Al parecer, dadas las necesidades inmediatas de atender el problema de gestión que ha representado la aplicación de las medidas cautelares en América Latina, se ha olvidado el impacto de los SPJ en la toma de decisiones a nivel jurisdiccional. Y sin embargo, los jueces cuestionan la legitimidad de la introducción de información generada por una institución distinta a las partes para el dictado de una medida, y por el otro lado no dejan de plantearse la preocupación del impacto de sus resoluciones cuando no se cuenta con información suficiente.

Por lo tanto, este trabajo pretende explicar el rol de los SPJ en relación a la responsabilidad judicial de justicia y eficacia de las decisiones previas al juicio, en términos de demostrar la legitimidad de la función de evaluación y la necesidad de recabar información sobre supervisión de medidas en libertad

⁴ Ver GOLDKAMP, John S., *Judicial responsibility for pretrial release decision making and the information role of pretrial services*. March 1999, disponible en

[<http://www.pretrial.org/Docs/Documents/archived%20research/goldkamp93fp.pdf>]

con el fin de estar en la capacidad de retroalimentar a los jueces y apoyarlos en el dictado de medidas más adecuadas al caso concreto.

También, este trabajo intentará proponer una serie de lineamientos para estrechar la disparidad entre decisiones sobre casos parecidos, elevar la racionalidad en la toma de la decisión y, por lo tanto, promover mayor equidad en esta fase del proceso penal.

Igualmente, se presentará un modelo ya adoptado legislativamente en México que incorpora los SPJ dentro de la estructura del poder judicial como servicio auxiliar al juez, como una opción que legitima a los SPJ como mecanismos auxiliares para la función jurisdiccional.

1. ¿Qué son los Servicios Previos al Juicio?

El sistema acusatorio incluye una serie de medidas cautelares que se aplican con fines procesales, las cuales tienen el objetivo central de que el imputado que enfrenta un proceso en libertad comparezca a todas las audiencias requeridas, así como a su posible juicio, y no represente un riesgo para la víctima o comunidad durante el proceso. Con este diseño normativo, las partes acuden a la audiencia de medidas cautelares donde el Ministerio Público propone la imposición de éstas –con la carga de probar la necesidad de cautela– y la Defensa contra argumenta. Con la información

provista por las partes, el Juez decide la medida cautelar más apropiada.

Los Servicios Previos al Juicio son programas de gestión concentrados en generar información de calidad para la imposición y ejecución de medidas cautelares idóneas.

En una perspectiva comparada, observamos que los SPJ cuentan con distintos nombres alrededor del mundo. Por ejemplo en el Reino Unido se llaman "*bail supervision and information related services*" (servicios de información y supervisión de medidas cautelares); en Australia "*bail assessment programs*" (programas para la evaluación de medidas cautelares) y en Sudáfrica "*pretrial services*" (servicios previos al juicio)⁵.

Los SPJ cumplen dos funciones centrales que no pueden o deben ser separadas: 1) la evaluación para identificar vínculos comunitarios y posibles riesgos procesales⁶ y proporcionar información de calidad y confiable a las partes para debatir

⁵ CARRASCO, Javier, "*Unidad de Medidas Cautelares: Modelo de Servicios Previos al Juicio*", Nuevo Sistema de Justicia Penal, Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Año II, Número III, Junio 2011, México, p. 20.

⁶ Riesgos objetivos establecidos en los códigos, que no tienen que ver con criterios de peligrosidad.

las medidas cautelares más apropiadas; y 2) la supervisión para asegurar el cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez en caso de que decida una medida en libertad⁷.

El modelo integral de los SPJ inicia su operación desde el momento en que una persona es detenida y puesta a disposición del Ministerio Público –en el proceso penal mexicano–, momento en el cual se notifica a la oficina de SPJ, cuyos representantes se trasladan al lugar donde la persona está detenida y le realizan la entrevista de evaluación de riesgo procesal. Una vez hecho esto, se recaban datos adicionales sobre el proceso actual y procesos anteriores y se verifica la veracidad de toda la información recopilada. Concluido este proceso se genera un reporte que se envía a las partes para que éstas la introduzcan durante la audiencia de medidas cautelares. El reporte se incorpora a la carpeta de investigación.

Hecho lo anterior y con base en el reporte, las partes introducen la información proporcionada durante la audiencia de medida cautelar a

⁷ AGUILAR, Ana y CARRASCO, Javier, *Servicios Previos al Juicio. Manual de implementación*. Proyecto Presunción de Inocencia en México-Instituto de Justicia Procesal Penal. México 2011.

través del debate para que el juez tome la decisión respectiva.

La función del juez en la determinación de una medida cautelar

Uno de los mayores retos que ha enfrentado la implementación de los Servicios Previos al Juicio (en adelante SPJ) es la controversia entre los jueces sobre la etapa de evaluación de riesgos procesales. De manera general, los cuestionamientos identificados se han dado en referencia a lo siguiente:

- a. *La legitimidad de la toma de una decisión fundada en información provista por un tercero ajeno a las partes.*

La primera posible respuesta a este cuestionamiento es que las competencias de los SPJ, como institución pública, deben estar previstas por la ley o cualquier otro tipo de ordenamiento jurídico, según la jurisdicción de que se trate.

Por ejemplo, el Código de Procedimientos Penales del estado de Baja California, México establece en su numeral 154, párrafo cuarto: “Para la imposición de medidas cautelares, se podrá escuchar la opinión del órgano que para tal efecto se establezca en la Ley”.

Adicionalmente, la Ley de Ejecución de Penas y Medidas

Judiciales para el mismo estado en el artículo 6º, fracción XVI, otorga a la Secretaría de Seguridad Pública, a través de la Subsecretaría del Sistema Estatal Penitenciario, la atribución de: “Realizar la evaluación de riesgo para recomendar a las partes las medidas cautelares idóneas, con el objeto de que estas le proporcionen dicha información al Juez de Garantía.”

Una vez hecho esto, el problema de legitimidad deviene –o su percepción– de la falta de conocimiento de la metodología detrás de la elaboración del instrumento de evaluación de riesgos. Por ello, es importante que los jueces estén involucrados en el proceso de implementación de los SPJ para que conozcan todos los protocolos detrás de los procesos de evaluación y supervisión⁸.

La función de los SPJ no se puede entender independientemente de la decisión judicial de medida cautelar. Es ésta la que le da legitimidad a los SPJ y no al revés⁹. Así, la preocupación constante de los jueces de tomar las decisiones más adecuadas, en particular en aquellos casos de delitos de alto impacto social, debe fundarse en la mejor información disponible, provista por las partes en audiencia, independientemente de la fuente. Por

⁸ AGUILAR y CARRASCO, *op. cit.*

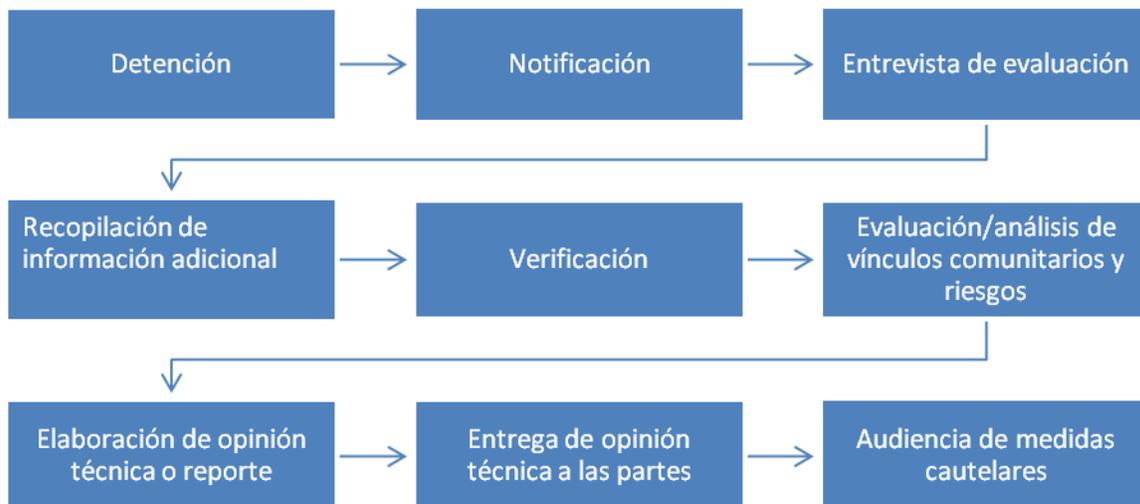
⁹ GOLDKAMP, *op. cit.*

lo tanto, el mecanismo de evaluación de riesgos procesales de los SPJ, eleva la probabilidad de que los jueces tomen decisiones más racionales sobre la medida cautelar.

Los SPJ ganan legitimidad –y en consecuencia, la confianza de los

jueces– si son correctamente implementados bajo estándares metodológicos estrictos y con la posibilidad de ser evaluados constantemente (ver tabla 1.)

Tabla 1. La evaluación de riesgos procesales paso a paso.



b. La limitación de la discrecionalidad del juez en la decisión de una medida cautelar, agregada a las limitaciones ya existentes en materia de prisión preventiva.

En México y en otros países, la decisión del juez en materia de prisión preventiva como medida cautelar está limitada ya sea por la existencia de catálogos de delitos

graves que no admiten libertad cautelar que incluso establecen la obligación constitucional de los jueces de imponerla oficiosamente en cierto tipo de delitos¹⁰.

¹⁰ El artículo 19 constitucional vigente establece en el segundo párrafo: "...El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como

Así, una de las preocupaciones de los jueces ante la posibilidad de existencia de los SPJ es la de que éstos constituyan un elemento que limite su discrecionalidad también en la determinación de una medida cautelar en libertad. Este temor es legítimo si consideramos que la ley también impone condiciones para el dictado de medidas cautelares en libertad¹¹.

De hecho, a pesar de que la ley –o Constitución– pueda señalar limitaciones para la imposición de medidas cautelares en libertad, dichas limitaciones pueden ser no más que presunciones que admiten –prueba en contrario– como es el caso de la existencia de riesgos de fuga, para la víctima, o para la sociedad.

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.”

¹¹ Por ejemplo, el mismo artículo 19 de la Constitución Mexicana expresa que la prisión preventiva procede “...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”.

Esto no es poca cosa pues es papel del juez “predecir” una conducta futura del imputado. Recordemos que la medida cautelar, que tiene fines eminentemente procesales, busca la comparecencia del imputado a su juicio y contrarrestar los riesgos que su libertad cautelar pueda generar para la víctima y la sociedad en general.

Así, típicamente, la predicción de los jueces está basada en los siguientes factores de riesgo –listados de manera general pero no exhaustiva–:

- Antecedentes penales;
- Cumplimiento de otras condiciones judiciales previas, como la asistencia a audiencias;
- Historia de abuso y adicción a sustancias diversas;
- Condiciones de salud mental;
- Seriedad de la conducta imputada y posible pena a imponer;
- Empleo;
- Arraigo comunitario (tiempo de residencia en el lugar, con quién vive, estado civil, dependientes económicos, etc.);
- Peligro para la víctima (vive con la víctima o cerca de su domicilio, etc.);
- Peligro para la sociedad (riesgo de comisión de un delito mientras esté en libertad durante el juicio), y

- Riesgos de obstaculización del proceso (intimidación a testigos o destrucción de evidencia).

Como podemos ver, todo lo anterior representa categorías a las que los fiscales y la defensa, en su momento, deben dar contenido objetivo a través de la información que tengan disponible. Entre más y mejor sea la calidad de esta información, mayor probabilidad de contar con una decisión judicial más idónea sobre la medida cautelar. En sentido contrario, la falta de información confiable afecta la decisión judicial en la medida en la que no puede subsanar las faltas de las partes debido al principio de igualdad de armas sin que esto impida que dicte una resolución distinta a la que solicita el fiscal porque éste no pruebe la necesidad de cautela.

De esta manera, la creación de los SPJ se funda en la necesidad de mejorar las decisiones de los jueces para hacerlas más justas y efectivas¹², no para violentar la independencia y autonomía de una decisión cien por ciento jurisdiccional.

Datos de la Unidad de Medidas Cautelares para Adolescentes del estado de Morelos (UMECA) indican que la decisión judicial de medida cautelar en

libertad en causas de conductas graves – como delincuencia organizada – han sido exitosamente concluidos después de la intervención de los SPJ en sus funciones de evaluación de riesgos procesales y supervisión de condiciones en libertad (ver cuadro 1.)

“la creación de los SPJ se funda en la necesidad de mejorar las decisiones de los jueces para hacerlas más justas y efectivas, no para violentar la independencia y autonomía de una decisión cien por ciento jurisdiccional.”

¹² GOLDKAMP, *op.cit.*, p. 29.

Caso de éxito

Una adolescente acusada de delitos asociados a delincuencia organizada – delitos graves, federales y considerados de alto impacto social – fue detenida con su novio y otros adultos en un vehículo robado dentro del cual encontraron drogas. Gracias a la entrevista de evaluación, la UMECA descubrió que la adolescente estaba en el cuadro de honor de su escuela preparatoria con un promedio académico de 9.6 y que contaba con una red de apoyo familiar y arraigo comunitario. Por cuestiones administrativas el reporte inicial de evaluación no fue aceptado en la audiencia ya que el fiscal alegó que no estaba firmado por la persona correcta y por lo tanto solicitó, y le fue concedida, la prisión preventiva. Una semana después la defensa solicitó la revisión de la medida cautelar y con el reporte firmado debidamente el juez concedió la medida de arraigo domiciliario con el permiso de ir a la escuela y trabajar en la etapa vacacional. La adolescente cumplió con todas las condiciones en libertad bajo la supervisión de la UMECA, y al finalizar su juicio se le dictó una sentencia condenatoria que cumple exitosamente en libertad.

Cuadro 1

Una vez que el problema de falta de información se subsana por el auxilio de los SPJ, entonces el juez se topa ante otro problema que es el de ponderar la información disponible, que puede incrementarse considerablemente con el reporte de los SPJ. Aquí sí entonces, la discreción judicial toma partido, pues tendrán que equilibrar los factores de riesgo con base en los datos provistos por las partes.

La función de evaluación de riesgos es un mecanismo actuarial pero no exacto, por lo tanto, es recomendable que los propios jueces expidan criterios y pautas que los auxilien en la determinación de medidas cautelares más idóneas al caso concreto.

La Asociación Americana de Colegios de Abogados (ABA, por su siglas en inglés) cuenta con una serie de estándares que guían el proceso de toma de decisión sobre medidas cautelares¹³. Algunas de estas pautas son:

- Respecto de los propósitos de la decisión de medida cautelar de proteger el proceso y a la víctima, testigos y comunidad, los jueces deben favorecer la libertad, ya que la privación de libertad previa al juicio, por su dureza en términos económicos y psicológicos, interfiere con la

¹³ ABA Standards for Criminal Justice, Pretrial Release. American Bar Association-Criminal Justice Standards Committee 3d. Ed. USA 2007.

habilidad del imputado de defenderse¹⁴.

- La decisión de medida cautelar debe imponer las condiciones menos restrictivas que aseguren la presencia del imputado en juicio y la seguridad de la comunidad. Cuando estas condiciones no sean suficientes para cumplir con los propósitos de la medida cautelar, los imputados podrán ser sujetos a prisión preventiva bajo procedimientos especiales¹⁵.
- Los principios que guían la decisión de medida cautelar bajo las condiciones menos restrictivas favorecen el uso de órdenes judiciales de comparecencia en lugar de la detención previa al juicio¹⁶.
- Las distintas jurisdicciones deben favorecer la liberación cautelar bajo protesta y, en general, la liberación bajo condiciones no monetarias. En todo caso, las condiciones impuestas se determinarán tomando en cuenta las circunstancias particulares del imputado en cuestión. La garantía económica debe ser utilizada únicamente para asegurar la presencia en juicio y cuando otras

condiciones no sean suficientes para lograr este propósito¹⁷.

- La decisión de medida cautelar puede incluir el uso de alternativas como tratamientos contra adicciones, de salud mental u otros mecanismos de monitoreo de los imputados¹⁸.
- La prisión preventiva es una excepción pero en caso de ser impuesta porque el imputado represente un riesgo sustancial si se le libera, debe ser monitoreada y susceptible de ser revisada en todo momento durante el procedimiento¹⁹.
- Las personas en prisión preventiva tendrán preferencia en la programación de sus audiencias y juicio²⁰.
- La naturaleza de la conducta que se imputa no debe ser considerada aisladamente como factor determinante en la decisión de medida cautelar; en todo caso, debe considerarse en conjunto con otros factores de riesgo²¹.
- La decisión de medida cautelar no debe ser influenciada por la opinión pública²².
- La política de favorecer la libertad sobre la prisión

¹⁴ Estándar 10-1.1.

¹⁵ Estándar 10-1.2.

¹⁶ Estándar 10-1.3.

¹⁷ Estándar 10-1.4.

¹⁸ Estándar 10-1.5.

¹⁹ Estándar 10-1.6.

²⁰ *Ídem*.

²¹ Estándar 10-1.7.

²² Estándar 10-1.8.

preventiva tiene como consecuencia el reconocimiento explícito de la necesidad de supervisión comunitaria de los imputados bajo medida cautelar en libertad²³.

- Los servicios previos al juicio cumplen con la función de recabar y presentar información consistente con las políticas de los juzgados además de elaborar recomendaciones sobre medidas cautelares y condiciones de supervisión, así solicitadas por el juez.²⁴

Finalmente, si los lineamientos judiciales en materia de determinación de medidas cautelares no están fundados en la evaluación periódica de sus decisiones con base en datos empíricos, es muy probable que se generen prejuicios de peligrosidad incorrectos que afectan típicamente a personas con menos recursos o en situación de vulnerabilidad²⁵. Si a ello agregamos las limitaciones legislativas a su actuar, entonces el peligro de volver al sistema de

prisión preventiva versus libertad provisional bajo garantía económica acecha (ver cuadro 2.)

Para delinear esas pautas los jueces se pueden apoyar en la información empírica generada por la recolección de datos que hagan los SPJ, tema que se tratará más adelante.

“Los servicios previos al juicio cumplen con la función de recabar y presentar información consistente con las políticas de los juzgados además de elaborar recomendaciones sobre medidas cautelares y condiciones de supervisión, así solicitadas por el juez.”

²³ Estándar 10-1.9.

²⁴ Estándar 10.1.10. Este último estándar será discutido en el siguiente inciso de esta sección debido a la polémica que surge a partir de considerar que los jueces no pueden recibir la información directamente los SPJ.

²⁵ GOLDKAMP, *op. cit.*

Cuadro 2²⁶.

Las consecuencias de la decisión judicial de medida cautelar

La determinación de una medida cautelar impacta de manera importante la vida y economía de una persona, ya sea que se dicte una medida de prisión o una medida en libertad.

Históricamente, el uso indiscriminado de la prisión preventiva ha acarreado costos sociales y económicos de gran dimensión.

La percepción de las cárceles como “escuelas del crimen” contradice el abuso de la prisión preventiva como medida cautelar, pues de ser cierto, entonces estamos ante el encarcelamiento de alguien, que hasta ese momento es inocente, que podría aprender prácticas delictivas mientras es sentenciado. Incluso sin tomar en cuenta este típico argumento de la opinión pública, el encarcelamiento de personas inocentes hasta que no se demuestra su culpabilidad ha demostrado tener consecuencias irreparables para quien lo sufre, tales como la pérdida de empleo, desintegración familiar, afectación a la imagen y a la salud, etc.

Adicionalmente, otros estudios de investigación han encontrado que el abuso de la prisión preventiva también genera otro tipo de incentivos perversos como por ejemplo, la presión para negociar una sentencia condenatoria a cambio de concluir el proceso más rápidamente; el incremento en la probabilidad de ser condenado o ser sentenciado a una condena en prisión; dificultades para contar con una defensa adecuada en la fase previa al juicio; etc.

Pero también las medidas cautelares en libertad que son dictadas sin tomar en cuenta las condiciones particulares de la persona imputada en concreto pueden generar costos tanto a ésta como al proceso. A la persona le generará costos si el acatamiento de la medida se vuelve de tal manera oneroso que le es imposible cumplir con las condiciones impuestas (por ejemplo, la presentación ante el juzgado un día a la semana para una persona que vive a dos horas del lugar de firma, lo que le implicaría el costo de transportación y la pérdida de ingreso por falta al trabajo).

²⁶ Ver ZEPEDA, Guillermo; *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*. Open Society Justice Initiative. México 2010, FITZGERALD, Robert E. y MARSHALL, Peter, *Towards a more objective basis for bail decision making*. Documento presentado en el 3er Simposio Nacional sobre el Delito en Australia. Ubicando los límites del sistema de justicia australiano. Instituto Australiano de Criminología. Canberra 1999.; FAHNESTOCK, Kathryn et al; *El uso de la prisión preventiva en Nuevo León: estudio cuantitativo*. Renace-Open Society Justice Initiative. México 2010.

Los SPJ no pueden ser incorporados a la estructura de los poderes judiciales ya que ello atenta con el principio de igualdad de armas del sistema acusatorio.

La decisión sobre la institución a la que se subordinarán los SPJ es una de las primeras decisiones que se debe tomar cuando inicia su proceso de implementación – en caso de que no se trate de un órgano con autonomía presupuestal y de gestión –.

Dependiendo de la jurisdicción, los SPJ se han integrado indistintamente a dependencias del poder ejecutivo encargadas del sistema penitenciario o de seguridad pública; igualmente se ha incorporado a estructuras del Poder Judicial como órgano auxiliar e, incluso, se ha licitado el servicio para ser proporcionado por organizaciones de la sociedad civil.

En México, el principio de igualdad de armas se ha interpretado de manera tan estricta que se cuestiona la incorporación de los SPJ a los poderes judiciales. Se dice que como el juez está impedido para conocer información que no sea provista por las partes en audiencia, es “imposible” que conozca un reporte de evaluación de riesgos previo a la audiencia. En todo caso, los SPJ deben mantener neutralidad y por lo tanto no deben pertenecer

orgánicamente ni a la defensa ni a la fiscalía.

En respuesta a este cuestionamiento, en primer lugar se debe entender que los SPJ – como se menciona arriba – cumplen funciones auxiliares de los jueces en la determinación de la medida cautelar. En segundo lugar, el reporte de evaluación de riesgos, por cuestiones metodológicas debe enviarse a las partes para que lo conozcan antes de la audiencia, por lo que ni el principio de igualdad de armas ni ningún otro se ven violentados. Además, los fines de los SPJ, independientemente de la institución a la que pertenezcan, no pueden subsumirse a los propios de dicha institución. Los SPJ tienen atribuciones específicas que deben proteger su neutralidad y autonomía de gestión por encima de cualquier interés.

En vista de lo anterior, el estado de Hidalgo en México incorporó los SPJ como servicios auxiliares al Consejo de la Judicatura local, órgano del poder judicial estatal. La regulación de los SPJ se da desde el Código de Procesal Penal²⁷ en los siguientes términos:

²⁷ La reforma al sistema de justicia penal del estado de Hidalgo aún no está

Artículo 235.- Notificación a la Oficina de Servicios Auxiliares para Medidas Cautelares

En caso de aprehensión por orden judicial, o de detención por flagrancia o caso urgente, el Ministerio Público notificará a la oficina de Servicios Auxiliares para Medidas Cautelares para que pueda entrevistar al aprehendido o detenido antes de la audiencia de la vinculación a proceso²⁸.

Dichos Servicios Auxiliares, de acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Judicial del estado de Hidalgo²⁹ están regulados de la siguiente forma:

Sección Tercera De la Oficina de Servicios Auxiliares de Medidas Cautelares

Artículo 132-C.- La Oficina de Servicios Auxiliares para Medidas Cautelares es un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura que tiene por objeto proporcionar a los jueces de control y de juicio oral la información necesaria para decidir sobre la necesidad de imponer, modificar o extinguir medidas cautelares, de modo que el imputado cumpla con sus obligaciones procesales.

vigente, pero el paquete de leyes fue aprobado en febrero de 2011.

²⁸ Ver [<http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/Contenido/Leyes/05bis.doc>]

²⁹ Disponible en [<http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/Contenido/Leyes/75.doc>]

Artículo 132-D.- La Oficina de Servicios Auxiliares para Medidas Cautelares tendrá las siguientes facultades y obligaciones:

I.- Entrevistar al imputado previamente a la realización de cualquier audiencia sobre medidas cautelares, para obtener información relevante para decidir sobre las medidas cautelares. Antes de empezar la entrevista, el funcionario del servicio auxiliar debe hacerle saber el objetivo de la entrevista, que tiene derecho a que su defensor esté presente durante la misma, que puede abstenerse de suministrar información y que aquélla que proporcione no podrá ser usada para demostrar su culpabilidad. La entrevista se podrá llevar a cabo sin la presencia del defensor, si el imputado lo consiente;

II.- Verificar la información proporcionada por el imputado y recolectar aquella otra que sea relevante para decidir o modificar las medidas, de modo tal que éstas resulten adecuadas para que el imputado cumpla con sus obligaciones procesales. La información deberá incluir datos sobre la historia personal del imputado, sus lazos con la comunidad, relaciones familiares, amistades, empleos, lugares de residencia, estudios, antecedentes penales, y cualquier otra información pertinente;

III.- Elaborar reportes para el Juez que contengan la información recabada en sus indagaciones, así como sus observaciones y recomendaciones sobre la necesidad y el tipo de medidas cautelares que sería necesario imponer al imputado para asegurar la protección e

integridad de la víctima, de los testigos o de terceros; el desarrollo de la investigación o la comparecencia del imputado al proceso. En caso de urgencia el reporte podrá hacerse de manera verbal en una audiencia ante el Juez con la presencia de las partes. Cuando la publicidad afecte innecesariamente los derechos del imputado, a solicitud de éste, la audiencia podrá celebrarse en privado, siempre que sea grabada y preservada en el registro, bajo reserva, hasta que no exista justificación para levantarla;

IV.- Entregar a las partes, al inicio de la audiencia en la que se discutan medidas cautelares, copias de los reportes relacionados con las mismas y recogerlos al término de la audiencia;

V.- Supervisar y dar seguimiento a las medidas cautelares impuestas, distintas a la prisión preventiva, vigilar el estricto cumplimiento por parte del imputado de las obligaciones impuestas, y hacer recomendaciones sobre cualquier cambio que amerite alguna modificación de las medidas; y

VI. Las demás que determine la Ley o demás disposiciones aplicables.

Artículo 132-E.- Para cumplir con sus facultades de supervisión y vigilancia de medidas cautelares, los servicios auxiliares podrán:

I.- Establecer las condiciones y la periodicidad en que los imputados deben reportarse, canalizar a los imputados a servicios sociales de asistencia, públicos o privados, en materia de salud, empleo, educación, vivienda y apoyo jurídico;

II.- Realizar visitas no anunciadas en los domicilios o lugares de trabajo de los imputados;

III.- Requerir que los imputados proporcionen muestras para detectar el posible uso de alcohol, en su caso, o de drogas prohibidas;

IV.- Supervisar que las personas e instituciones a las que el Juez encargue el cuidado del imputado, cumplan las obligaciones contraídas; y solicitar a los imputados informes y reportes que sean necesarios para verificar el cumplimiento de las condiciones impuestas;

V.- Revisar y recomendar el cambio de las condiciones de las medidas impuestas al imputado, de oficio o a solicitud de parte, cuando cambien las circunstancias originales que sirvieron de base para imponer la medida;

VI.- Informar al Juez de cualquier violación a las medidas y condiciones impuestas y recomendar las modificaciones que estime pertinentes;

VII. Realizar estudios estadísticos sobre el nivel del cumplimiento y efectividad de las medidas cautelares impuestas por los jueces;

VIII.- Solicitar y proporcionar información a las oficinas con funciones similares de la Federación o de los Estados, y

IX.- Las demás que determine la Ley o demás disposiciones aplicables.

Artículo 132-F.- Al frente de la Oficina de Servicios Auxiliares para Medidas Cautelares habrá un Director designado por el Pleno del Consejo de la Judicatura.

Artículo 132-G. Para ser Director de la Oficina de Servicios Auxiliares para Medidas Cautelares se requiere:

- I.- Tener veinticinco años cumplidos;
- II.- Contar con título universitario afín a las tareas de su encomienda;
- III.- No haber sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso, y
- IV.- Acreditar el proceso de selección que elabore el Consejo de la Judicatura.

Artículo 132-H. Para ser entrevistador o supervisor de la Oficina de Servicios Auxiliares para Medidas Cautelares se deberá:

- I.- Tener veinticinco años cumplidos;
- II.- Contar con título universitario afín a las tareas de su encomienda;
- III.- No haber sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso, y
- IV.- Acreditar el examen de aptitud que elabore el Consejo de la Judicatura.

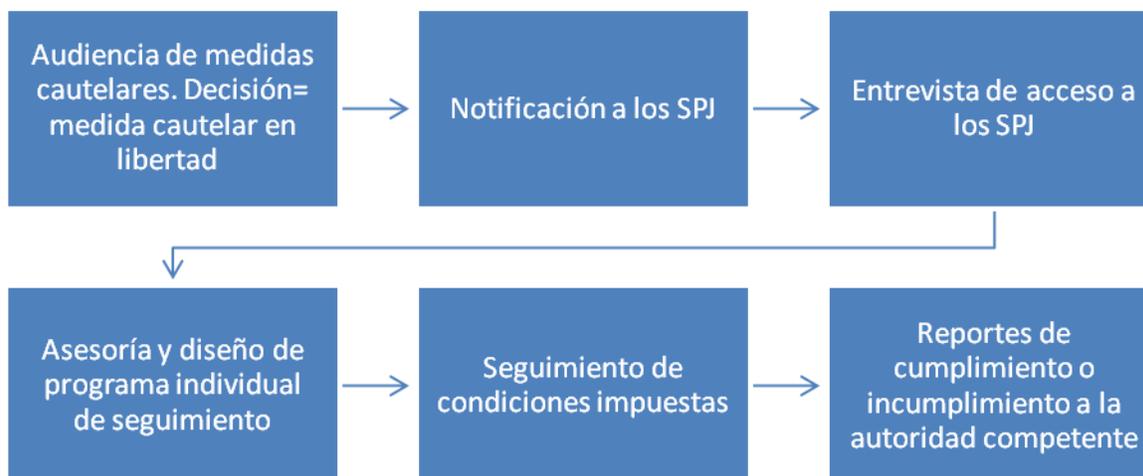
Los funcionarios de la Oficina de Servicios Auxiliares para Medidas Cautelares se someterán cada tres años a un examen de control de confianza.

De acuerdo con la regulación anterior, vemos que tanto la evaluación de riesgos procesales como la supervisión son actividades concebidas para auxiliar la toma de decisión judicial sobre medida cautelar. Ya hemos visto cómo la evaluación constituye un mecanismo que guía una decisión más racional, justa y efectiva, por lo que ahora cabe preguntar ¿en qué medida la supervisión impacta la decisión judicial sobre la medida cautelar?

Si partimos de los fines procesales y de protección de la seguridad ciudadana de las medidas cautelares, debemos asumir que los jueces también deben interesarse por el resultado de sus decisiones. De hecho, no son pocos los que expresan preocupación por el impacto social de sus resoluciones. Entonces, al igual que con la evaluación del riesgo procesal, es fundamental que los jueces conozcan también la metodología y protocolos de acción elaborados para la actividad de supervisión (ver tabla 2.)

“tanto la evaluación de riesgos procesales como la supervisión son actividades concebidas para auxiliar la toma de decisión judicial sobre medida cautelar.”

Tabla 2. La supervisión paso a paso.



Por lo tanto, al dictar una medida cautelar, se propone que los jueces consideren dentro de los fines de su resolución³⁰.

- La idoneidad de la medida dictada con base en la evaluación de riesgos, ajustada a los servicios de supervisión disponibles en la comunidad;
- Integración de evidencia empírica en su resolución de las

mejores formas de supervisión para cada medida cautelar;

- La promoción de una respuesta inmediata y eficaz al incumplimiento de condiciones en libertad;
- Generación de incentivos para el cumplimiento de condiciones por parte de la persona imputada durante la audiencia, y
- Fomentar la colaboración efectiva entre todas las instituciones del sistema de justicia penal.

³⁰ Esta propuesta se elabora con base en lineamientos existentes en Estados Unidos para sentenciar, adaptados a resoluciones de medida cautelar. Ver *Arming the courts with research: 10 evidence-based sentencing initiatives to control crime and reduce costs*. The Pew Center of the States, Public safety policy brief. No. 8, May 2009 disponible en http://www.pewcenteronthestates.org/uploadedFiles/Final_EBS_Brief.pdf

Así, vemos cómo en la realidad no existe razón suficiente para impedir la incorporación de los SPJ a la estructura judicial. Por el contrario, la integración a la estructura orgánica judicial facilita la toma de decisiones racionales basadas en evidencia empírica. No obstante, esto sólo se

puede lograr a través del adecuado registro de información, como se plantea en la siguiente sección.

La importancia del registro y procesamientos de datos sobre evaluación de riesgos procesales y supervisión de medidas cautelares, para la toma de decisión judicial³¹.

Es fundamental que los SPJ mantengan el registro de información y la procesen con fines estadísticos para el análisis del desempeño del sistema de medidas cautelares.

En el caso del instrumento de evaluación de riesgos, éste requiere un periodo de prueba constante al inicio, y la validación posterior cada determinado tiempo para que se ajuste a la realidad prevaleciente. Ya que está basado en información de carácter socio-ambiental, es importante siempre tener en cuenta que las circunstancias de cada jurisdicción son diferentes y cambiantes. Por lo tanto, los ajustes

deben fundarse en evidencia empírica.

Esta evidencia empírica es la que también indica cuáles son las estrategias efectivas de manejo de riesgos; es decir, cuáles son las actividades de supervisión más adecuadas tomando en cuenta dos aspectos: 1) la medida cautelar dictada; y 2) La persona imputada a la que se va a vigilar en libertad.

Así, si el sistema da seguimiento a las condiciones impuestas a una persona liberada cautelarmente de modo que cumpla sin obstáculos con la asistencia a sus audiencias hasta que se le dicte sentencia, entonces podremos hablar de un sistema eficaz. Esto incluye que en los casos de incumplimiento se identifiquen las razones de ello y se lleven a cabo las modificaciones que sean necesarias.

En teoría, si se concluye que las razones de incumplimiento están relacionadas con el tipo de medida impuesta, entonces los cambios se tienen que dar desde la evaluación misma, ya que es esta etapa la generadora de la información objetiva en la que idealmente las partes basan sus argumentos para que el juez tome la mejor decisión. Lo mismo es aplicable respecto al objetivo de contrarrestar los riesgos procesales.

³¹ Ver AGUILAR, Ana y CARRASCO, Javier, *Unidad de Medidas Cautelares para Adolescentes de Morelos. El reto de crear un nuevo elemento dentro del sistema de justicia penal acusatorio*. Documento presentado en el Seminario sobre tendencias recientes y buenas prácticas en la aplicación de tecnologías digitales al proceso judicial. Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia. México 2011.

Conclusión

Los Servicios Previos al Juicio son una institución que puede contribuir al mejor funcionamiento de del sistema de justicia penal al proporcionar información de calidad dentro del proceso; también tienen el potencial de contribuir a una mejor percepción del sistema al contrarrestar suposiciones de “impunidad”. Igualmente, contribuyen a disminuir los costos económicos y sociales que ocasiona el uso irracional de la prisión preventiva.

Como se mencionó en secciones anteriores los SPJ también son una fuente de retroalimentación de las decisiones judiciales de medida cautelar con base en la evidencia empírica producida a partir de los datos estadísticos generados por dicha institución con el fin de que el proceso de decisión de medida cautelar sea lo más racional, justo y equitativo posible.

Fuentes consultadas

- ABA Standards for Criminal Justice, Pretrial Release.* American Bar Association-Criminal Justice Standards Committee 3d. Ed. USA 2007.
- AGUILAR, Ana y CARRASCO, Javier, *Unidad de Medidas Cautelares para Adolescentes de Morelos. El reto de crear un nuevo elemento dentro del sistema de justicia penal acusatorio.* Documento presentado en el Seminario sobre tendencias recientes y buenas prácticas en la aplicación de tecnologías digitales al proceso judicial. Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia. México 2011.
- _____, *Servicios Previos al Juicio. Manual de implementación.* Proyecto Presunción de Inocencia en México-Instituto de Justicia Procesal Penal. México 2011.
- CARRASCO, Javier, “*Unidad de Medidas Cautelares: Modelo de Servicios Previos al Juicio*”, Nuevo Sistema de Justicia Penal, Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Año II, Número III, México 2011.
- CASEY, Pamela M. *et al.*, *Using offender risk and needs assessment information at sentencing. Guidance for courts from a National Working Group.* National Center for State Courts. USA 2011, disponible en [<http://www.ncsc.org/~media/Files/PDF/Services%20and%20Experts/Areas%20of%20expertise/Sentencing%20Probation/RNA%20Guide%20Final.ashx>]
- DHAMI, Mandeep K., *From discretion to disagreement: explaining disparities in judge’s pretrial decisions.* Behavioral Sciences and the

- Law. Behav. Sci. Law 23: 367–386 (2005) Published online 17 November 2004 in Wiley InterScience (www.interscience.wiley.com). DOI: 10.1002/bsl.619. London 2004, disponible en [http://www.crim.cam.ac.uk/people/academic_research/mandeep_dhami/20.pdf]
- Diagnóstico de observación de audiencias de medida cautelar 2008-2011. Proyecto Presunción de Inocencia en México de Open Society Justice Initiative. México 2011. Documento por publicar.
- FAHNESTOCK, Kathryn *et al.*, *El uso de la prisión preventiva en Nuevo León: estudio cuantitativo*. Renace-Open Society Justice Initiative. México 2010, disponible en [http://www.presunciondeinocencia.org.mx/images/Estudio%20Prision%20Preventiva_NL.pdf]
- FITZGERALD, Robert E., y MARSHALL, Peter, *Towards a more objective basis for bail decision making*. Policy & Legislation Division Western Australia Ministry of Justice. Paper presented at the 3rd National Outlook Symposium on Crime in Australia, Mapping the Boundaries of Australia's Criminal Justice System convened by the Australian Institute of Criminology and held in Canberra, March 1999, disponible en [http://www.aic.gov.au/events/aic%20upcoming%20events/1999/~media/conferences/outlook99/itzgera.ashx]
- GOLDKAMP, John S., *Judicial responsibility for pretrial release decision making and the information role of pretrial services*, March 1999, disponible en [http://www.pretrial.org/Docs/Documents/archived%20research/goldkamp93fp.pdf]
- The Pew Center of the States, Public safety policy brief, *Arming the courts with research: 10 evidence-based sentencing initiatives to control crime and reduce costs*. No. 8, May 2009, disponible en [http://www.pewcenteronthestates.org/uploadedFiles/Final_EBS_Brief.pdf]
- ZEPEDA, Guillermo, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Open Society Justice Initiative, México 2010, disponible en [http://www.presunciondeinocencia.org.mx/images/Costos%20Mexico_Final.pdf]

LOS «TRIBUNALES MEDIÁTICOS» EN EL OBSOLETO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INQUISITORIO*

Marco LARA KLAHR**

Es inolvidable el gesto de Mariel Solís [23 años], mezcla de incredulidad, vergüenza y pavor, cuando el 9 de julio de 2011 la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal la «presentó» ante decenas de reporteros y camarógrafos, atribuyéndole complicidad en el robo y asesinato del economista Salvador Rodríguez y Rodríguez, cometido en agosto de 2009, en los alrededores de la Ciudad Universitaria.

Entre las noticias del paisaje mediático mexicano que el público atiende con mayor expectación predominan las «presentaciones». Diarios y otros impresos; segmentos noticiosos de radio y televisión; interdiarios, agencias en línea, blogs y redes sociales despliegan de rutina historias ilustradas sobre personas que la policía o el Ejército capturó y pondrá a disposición del ministerio público, o que llevará ante el juez —solicitándole como medida cautelar, generalmente, su arraigo o encarcelamiento «preventivo».

Reforzadas con comunicados de prensa y entrevistas a funcionarios policiales, militares y/o judiciales, así como a los mismos imputados de delito, las

* El presente texto conforma los capítulos 1 y 2 de *¡Son los derechos! Manual para periodistas sobre el sistema penal acusatorio* (Programa de Seguridad y Justicia USAID, México 2012), y se reproduce con autorización expresa de su autor. Este material fue presentado en la ponencia del seminario taller “Programa de capacitación en la Reforma Procesal Penal en México. Litigio en Audiencias Previas”, celebrado en la ciudad de México en octubre de 2012.

** Periodista judicial egresado de la UNAM, reportero independiente; Director del Programa de Medios y Acceso a la Información del Instituto de Justicia Procesal Penal; Director de otromexico, SC; editor de presunciondeinocencia.org.mx; Miembro del Consejo Consultivo de *El Universal*. Pertenece al equipo latinoamericano que realiza el *Worlds Journalism Study* (Universidad de Munich) y escribe el blog *Edad Medi@tica*.

«presentaciones» son apenas el episodio climático y visible, la «pirotecnia mediática» —les llama Víctor Fernández¹— de los denominados «tribunales mediáticos» o «paralelos».

Cada día, parte importante de nuestra jornada laboral como periodistas dedicados a la cobertura informativa del delito y la violencia se consume atendiendo conferencias de prensa, boletines y entrevistas relativas a dichas «presentaciones», produciendo en consecuencia noticias provenientes de una sola fuente.

Vale la pena por ello tomarnos un momento para reflexionar acerca de las implicaciones de los «tribunales paralelos», no solo en las personas «presentadas», sino para las víctimas, la legalidad, la calidad de la Justicia y nuestra ética profesional.

El caso de Mariel nos muestra cómo se erigen, piedra sobre piedra, los «tribunales paralelos». No hay nada de esto que los periodistas —editores, coeditores, reporteros, fotorreporteros, camarógrafos— ignoremos, pero alcanza una nueva dimensión a nuestros ojos si lo miramos de forma contextual:

¹ «El bisturí de las estrellas» [Prólogo], en THOMAS T. Noguchi, *Cadáveres exquisitos*, Global Rythm Press/Ediciones Península, Barcelona 2011.

1. La Dirección General de Comunicación Social de la Procuraduría del DF convocó a los periodistas «de la fuente» a una conferencia de prensa para «presentar» a la supuesta tercera cómplice del robo y asesinato de Rodríguez y Rodríguez [67 años]. Es probable que los comunicadores institucionales tuvieran la certeza de que esta noticia causaría gran expectativa en las redacciones de los medios, por el prestigio académico de la víctima, la manera como fue asesinada —de un tiro en el pecho, durante un asalto a mediodía al que sobrevivieron otros dos colegas— y la obvia resonancia pública cuando fue cometido el crimen, dos años atrás.
2. Protagonizaron la «presentación» motivo de la conferencia de prensa el fiscal para Homicidios Joel Díaz Escobar y, claro, la «presentada», con uno de esos chalecos amarillos con franjas verticales rojas encima que evocan los sambenitos inquisitoriales, y detrás el sello institucional de la Procuraduría del DF.
3. A partir de esa tarde y durante los dos días posteriores [julio 10 y 11], los principales medios

masivos dieron noticia de la captura [julio 8], presentación, ejercicio de la acción penal y puesta en «prisión preventiva», en el Reclusorio Oriente, de Mariel. «Cae mujer involucrada en homicidio de catedrático de la UNAM» fue el encabezado predominante en el tropel de notas publicadas —debido a que la mayoría de los medios dentro y fuera de la Ciudad de México reprodujo el cable alusivo de la Agencia Notimex.

4. En una segunda conferencia de prensa [julio 13], el subprocurador Jesús Rodríguez Almeida amplió ante los reporteros la información sobre el caso, pretendiendo reforzar el «tribunal mediático» —en un momento en el que con creciente fuerza se diseminaban a través de los nuevos medios dudas sobre la consistencia de las imputaciones hechas por la Procuraduría del DF.
5. Al principio, en general, los medios noticiosos de la más diversa ideología se ajustaron impecablemente a la versión oficial acerca de la culpabilidad de Mariel. Algunos ejemplos:

LA JORNADA [julio 10]

Encabezado: «Detienen a implicada en asesinato de catedrático»

Contenido: No obstante la afirmación inculpatoria del encabezado, en la entrada se hacía notar que Mariel estaba «presuntamente involucrada». Pero luego se validaba a la fuente y volvía a criminalizarse a la «presentada», pues se apuntaba que «De acuerdo con las investigaciones... vigiló a la víctima en el banco de donde retiró 34 mil pesos» y «fue identificada por las grabaciones de las cámaras de seguridad de la sucursal bancaria, además de que sus cómplices, quienes ya fueron... sentenciados, la señalaron como la persona que les informó que el afectado llevaba una fuerte cantidad de dinero».

GRUPO FÓRMULA Y EL UNIVERSAL [julio 9]

Encabezado: «Cae mujer involucrada en homicidio de catedrático de la UNAM»

Contenido: Tanto el consorcio radiofónico como el diario y decenas de medios a través del país, reprodujeron el cable de Notimex, cabeceado de manera incriminante al abrir destacando la aprehensión de

Mariel como una proeza policial: «Agentes judiciales lograron detener a Mariel Solís Martínez... presuntamente involucrada en el homicidio del catedrático de la UNAM Salvador Rodríguez y Rodríguez...», lo cual reforzó en el penúltimo párrafo, al apuntar que «Con la detención... de los dos asaltantes materiales... y el trabajo de inteligencia, se consiguió finalmente la captura de la última involucrada en los hechos».

AGENCIA PROCESO [julio 11]

Encabezado: «Mariel Solís, una estudiante acusada de homicidio»

Contenido: Desde el principio la Agencia Proceso no solo evitó sumarse al «tribunal mediático» contra Mariel —en el tibio encabezado, el enfoque y el lenguaje—, sino que dio voz a familiares y amigos que sostenían su inocencia, y denunció su detención «sin orden de aprehensión» y con uso excesivo de la fuerza, así como la presión psicológica a la que la sometieron agentes judiciales «para que se confesara responsable».

6. En esa suerte de rito medieval, sin que iniciara aun el juicio penal como corresponde en un Estado de derecho, la «condena mediática» fue dictada de forma inapelable, el «juicio» quedó cerrado y los reporteros se marcharon a otros asuntos: para la mancuerna Procuraduría del DF-medios industriales, y seguramente para millones de ciudadanos, Mariel era culpable. Pero, ¿lo era ante la ley, con base en una decisión de los tribunales, según dicta la Constitución?

Desde que se tuvo noticia de la detención de Mariel Solís, cientos de ciberactivistas desplegaron una campaña a través de las redes sociales virtuales, denunciando que estaba siendo víctima de una arbitrariedad del Estado. Esto atrajo la atención de los medios convencionales, que habiendo consumado en un primer momento el «juicio mediático», con los días fueron dando espacio a las versiones suspicaces de *facebookeros*, *tuiteros* y *blogueros*.

El 14 de julio, menos de una semana después de la detención, la Procuraduría del DF se desistió. Las inconsistentes pruebas —un video de la sucursal bancaria en cuya proximidad fue asesinado el académico Rodríguez y Rodríguez, y

la declaración de una persona que estaba en prisión, condenada debido a aquel hecho—fueron rechazadas por el juez, disponiendo la liberación de Mariel, que abandonó entonces el Reclusorio Oriente y atrajo de nueva cuenta la atención de los medios, interesados ahora en reivindicarla ante el público, siempre dentro de los cánones del infoentretenimiento, mediante una suerte de telenovela de no-ficción.

¿Con la «presunción de culpabilidad» estamos más seguros?

El desenlace mediático del caso de Mariel Solís no es común; sabemos que, por costumbre, concluido el «juicio paralelo» la industria noticiosa y los periodistas abandonamos el asunto, olvidándonos de la víctima y el detenido, habituando al público a ese estado emocional de avidez por nuevos «presentados» y olvido de los ya mediáticamente juzgados y condenados, cuya suerte, lo mismo que la de las víctimas, es confinada a la desmemoria.

Desde su origen a mediados del siglo XIX hasta hoy, entrado el XXI, la prensa industrial ha fungido como apéndice del sistema de justicia penal inquisitorio, convirtiendo en culpables de facto, a los ojos de la comunidad, a ciudadanos imputados de delito cuya culpabilidad muchas veces el aparato de procuración de

justicia será incapaz de demostrar plenamente.

Durante la última década, desde el gobierno, la academia y la sociedad civil organizada se han producido en México indicadores cada vez más precisos sobre la inoperancia del sistema de justicia penal, que bajo el modelo inquisitivo, ajeno a los estándares internacionales de derechos humanos, se enfoca en la «presunción de culpabilidad», trasladando al imputado la responsabilidad de demostrar su inocencia e imponiéndole el castigo anticipado que implica «arraigarlo» o encarcelarlo sin haber sido juzgado y condenado.

A través de los «tribunales mediáticos» —al descontextualizar un fenómeno delictivo, atribuyéndolo además a la mala fe o negligencia de los «presentados»—, los periodistas y los medios no solo contribuimos a criminalizar y estigmatizar a miles de ciudadanos, sino que llegamos a legitimar un sistema de justicia penal incapaz y corrupto.

Al mismo tiempo, invisibilizamos sus problemas estructurales, que se expresan en un deficiente acceso de los mexicanos a la Justicia —víctimas e imputados de delito, y sus familias—; violación sistemática del debido proceso y otros derechos; no restitución del daño a las víctimas y sus familias; impunidad generalizada, y prisiones

sobrepobladas, hacinadas, violentas y corruptas, imposibilitadas para cumplir su objetivo primordial de reinserción social de las personas condenadas por haber delinquido.

En nuestro país, cada año miles de detenidos que son o podrían ser inocentes —porque su culpabilidad jamás será demostrada— entran y salen de las prisiones y centros de arraigo. La mayoría de ellos fueron juzgados previamente por los «tribunales mediáticos», lo mismo que cientos de acusados cuyos casos se desvanecieron casi desde el principio.

Puesto que los periodistas somos corresponsables de ese estado de cosas, conviene que tengamos presentes indicadores básicos² acerca de los costos que produce para las personas, sus familias y comunidades, y la sociedad y el Estado en México el modelo inquisitivo de justicia penal que

² Fuentes: Instituto de Justicia Procesal Penal [México], www.presunciondeinocencia.org.mx; ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *¿Cuánto nos cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México* (Open Society Justice Initiative, México, 2010) y *Los mitos de la prisión preventiva en México*, segunda edición (Open Society Justice Initiative, México 2010).

propicia y se sirve de los «tribunales mediáticos»:

- De las 220,000 personas que, en promedio, aloja de manera permanente el sistema penitenciario, el 42% no ha sido juzgada —está en «prisión preventiva—».
- O sea, en este mismo momento hay un promedio de 92,400 presos que podrían ser inocentes o cuya culpabilidad quizá nunca sea demostrada.
- Cada año son liberadas por falta de pruebas, en promedio, 50,000 de las personas que habían sido metidas en «prisión preventiva» por los jueces a solicitud del ministerio público.
- Mantener a esas miles de personas en «prisión preventiva», muchas veces innecesariamente, impone a la sociedad en su conjunto —detenidos y sus familias, comunidades y gobierno— un costo económico de alrededor de 10,000 millones de pesos anuales.
- Debido a que por rutina, e incentivado por el sistema inquisitorio, el ministerio público solicita el encarcelamiento «preventivo» de los imputados de delito, las prisiones se mantienen sobre pobladas y hacinadas, obligando

a los gobiernos estatales a gastar en el sistema penitenciario uno de cada tres pesos asignados a la seguridad pública.

▪ Lejos de ser espacios para la reinserción social, las prisiones:

a) permiten a la delincuencia organizada enrolar a presos y sus familias;

b) producen un nivel de violencia debido al cual, por ejemplo, un preso tiene siete veces más probabilidades de morir asesinado que un ciudadano en libertad;

c) en ellas los presos y sus familias sufren una pérdida anual de 4.5 mil millones por improductividad, debido a las precarias opciones educativas y laborales, ahondando sus condiciones de marginación;

d) una muestra de las condiciones sanitarias predominantes es el hecho de que, por ejemplo, entre la población femenina la más expuesta a contraer VIH es la que se encuentra bajo reclusión; y

e) el imperio de la corrupción hace que cada preso y su familia deban pagar, en promedio, 16 pesos diarios por servicios que tendrían que ser gratuitos, causando un daño a su de por sí frágil economía.

Un debate permanente en la sociedad y dentro del gremio periodístico es si al menos la «presunción de culpabilidad» —es decir, el hecho de que el sistema de justicia penal inquisitorio encarcele indiscriminadamente a las personas imputadas de delito— permite que gocemos como ciudadanos de mayor seguridad.

Es frecuente también escuchar entre periodistas de diversas generaciones y especialidades la afirmación de que exhibir, mediante los «tribunales paralelos», a las personas detenidas sirve para que el público conozca a los criminales y pueda eventualmente denunciarlos si acaso fue víctima de ellos.

Análisis de organizaciones civiles y el gobierno federal publicados a lo largo de 2011³

³ Fuentes: «Resultados de la ENVIPE de 2011», Instituto Nacional de Estadística y Geografía, septiembre, 2011; *Delitos de alto impacto en México. En el marco de la reforma penal, evaluación del desempeño del Ministerio Público en el combate contra el secuestro y estudio analítico de cifras oficiales sobre extorsión*, Instituto Ciudadano de Estudios sobre Inseguridad, AC, mayo, 2011; *Índice de víctimas visibles e invisibles de delitos graves*, México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, AC, agosto, 2011; *Números rojos del sistema penal*, Centro de Investigación para el Desarrollo AC, octubre, 2011.

coinciden, sin embargo, en que el sistema de justicia penal inquisitorio es inoperante y, de hecho, podría estar generando incentivos para delinquir, a causa de la impunidad creciente. No perdamos de vista los siguientes resultados de dichos análisis:

Las víctimas del delito

- Cerca de la cuarta parte de las personas mayores de 18 años fue víctima de al menos un delito (o sea 23,956 por cada 100,000 habitantes).
- Así, miembros del 36% de los hogares mexicanos fueron víctima del delito.

La impunidad

- En el 80.7% de los casos, sin embargo, las víctimas prefirieron no denunciar.
- Sumando a quienes no denunciaron o acudieron al ministerio público pero este no inició averiguación previa, resultó que el 92% de los delitos cometidos no fueron denunciados. Esto equivale a decir que solo fue denunciado el 8% de los delitos cometidos.
- Entre las razones aducidas por los encuestados que dijeron no haber denunciado destacan el que lo consideraron una «pérdida de tiempo», tuvieron «desconfianza en la autoridad»,

«por miedo al agresor», porque consideraron los trámites «largos y difíciles», «por actitud hostil de la autoridad» o «por miedo a que los extorsionaran».

- En el 28.6% de los casos denunciados, las víctimas consideraron que «No pasó nada» o «No se resolvió».
- Esta percepción no fue ajena a la realidad: solo en el 10% de los casos denunciados fueron dictadas órdenes de aprehensión, de las cuales se cumplió la mitad, y no más que el 6% de las personas denunciadas fueron presentadas ante una autoridad judicial.
- Finalmente, del 100% de los delitos denunciados, apenas en el 1.3% hubo personas encontradas culpables.
- Toda esa impunidad implícita tiene medida: las probabilidades de una persona que delinque de ser juzgada son del 1.7%.

La percepción de inseguridad

- Tendencialmente, el 69.5% de los ciudadanos se percibe inseguro.
- Únicamente el 49.6%, menos de la mitad, considera «muy y algo efectivo» el desempeño de las autoridades.

La creciente incidencia delictiva

- Durante el último lustro (2007-2011), en el 100% de las entidades federativas del país aumentó la comisión de al menos un tipo de delito violento. Por ejemplo, en el 27% de ellas creció el promedio mensual de homicidios; en el 24%, el de secuestros, y en el 19%, el de extorsión.
- En México la incidencia delictiva por cada 100,000 habitantes triplica la de Estados Unidos.

Al pretender que en una democracia pueden obviarse el proceso judicial y la decisión de los tribunales acerca de inocencia o culpabilidad de una persona acusada de un delito, las instituciones y los medios que montan los «tribunales paralelos» invisibilizan la realidad mostrada por estas cifras, convirtiéndose al mismo tiempo en parte del problema. Los periodistas también lo somos, pero quizá podamos cambiar si empezamos respondiéndonos las siguientes preguntas de cara a los «juicios mediáticos»:

- ¿Cuántas de las personas que la autoridad está presentándonos para enjuiciarla mediáticamente irán a juicio y resultarán inocentes?
- Si casi la mitad de las personas encarceladas no ha tenido juicio

y miles de ellas al final serán absueltas por un juez, ¿significa que estamos contribuyendo a enviar a prisión a inocentes?

- ¿Las confesiones auto- inculpatorias que se le atribuyen a los «presentados» podrían haber sido obtenidas mediante tortura cometida por policías y/o militares?

- ¿Toda persona imputada de delito que se nos «presenta», sea o no condenada en el futuro, amerita ser puesta en «prisión preventiva» o en muchos casos bastaría con que se le imponga una medida cautelar que solo restrinja su libertad mientras se le sigue proceso?

- ¿Cuál es nuestra responsabilidad como piezas de una maquinaria que somete a miles de nuestros conciudadanos imputados de delito y sus familias a un sistema de justicia penal como el descrito?

- ¿El poco tiempo del que disponemos habitualmente para hacer nuestro trabajo atenúa esa responsabilidad?

- A la par del castigo anticipado que constituyen el «arraigo» o la prisión previa al juicio para el imputado, ¿el sistema de justicia penal está haciéndose cargo, con el mismo ímpetu, de que los

derechos de la víctima y su familia sean restituidos?

▪ ¿Nuestra función ante la comunidad es la de fiscales o jueces, o la de vigilar que el sistema de justicia penal provea Justicia respetando los derechos de los imputados y las víctimas de delito, y sus familias?

Finalmente, no olvidemos que —como ha documentado la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal en su «Recomendación 3/2012» a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y al procurador Jesús Rodríguez Almeida, por la «Exhibición de personas, publicidad de su información confidencial y la contenida en los expedientes de averiguación previa»— las «presentaciones» de personas imputadas de delito suelen ser organizadas por las autoridades policiales y judiciales con base en prácticas previas que constituyen tortura, tratos crueles y degradantes y otros abusos sancionados a su vez por leyes penales y causantes de severos daños psicosociales en dichas personas, sus familias y su comunidad.

EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PARA LOS PERIODISTAS

Impulsada por una ambiciosa reforma constitucional que entró en vigor en junio de 2008, el sistema de justicia penal en México transita desde el actual modelo inquisitorio hacia uno de tipo acusatorio. Al aprobar esa reforma, los legisladores establecieron un periodo de ocho años para implementar los cambios estructurales en los niveles federal y estatal.

Cuatro años después, la mayoría de las entidades federativas ha adecuado ya su constitución local y varias de sus leyes y códigos, como primeros pasos hacia la transformación, y en varias de ellas, como parte del mismo proceso, conviven el viejo y el nuevo sistema. Hasta ahora, Chihuahua, Nuevo León, Baja California, Durango, Zacatecas, Estado de México, Morelos, Yucatán y Oaxaca van a la cabeza en cuanto a la implementación integral, sin que pueda decirse todavía que en alguna de ellas el nuevo sistema funcione de manera óptima.

La modernización normativa y material del sistema es apenas una base, pero por sí misma no vencerá las viejas prácticas del modelo inquisitorio. En el capítulo sobre México del *Informe Mundial 2012*, bajo el apartado «Sistema de Justicia Penal» [pp. 58-59], Human Rights Watch destaca como positivo el que en México se aprobara una reforma constitucional que «incluye medidas esenciales para promover un respeto más amplio de los derechos fundamentales, como la inclusión de la garantía de presunción de inocencia» —Artículo 20 constitucional.

Pero al mismo tiempo lamenta que «sólo unos pocos estados han comenzado a adoptar cambios de fondo», de modo que prevalecen la corrupción, la falta de capacitación, la insuficiencia de recursos públicos, el abuso policial y la nula rendición de cuentas.

Sucedde que modernizar el «modelo mental» de los actores que intervienen en el sistema (policías, fiscales, defensores, jueces), tantas veces anclado al decrepito modelo inquisitorio, tomará más tiempo y exigirá un mucho mayor esfuerzo colectivo que reformar leyes y construir o adaptar edificios. La única posibilidad de que esta transición derive en un nuevo sistema eficiente, justo y que rinda cuentas es el cambio cultural dentro de las instituciones y la sociedad donde estamos insertos los periodistas.

La persistencia de los «tribunales mediáticos» es un síntoma de las poderosas resistencias del sistema inquisitorio frente a los cambios estructurales en curso. La credibilidad de las «sentencias» y «condenas» mediáticas de facto es tan dudosa como el juzgar un hecho con base nada más en aquello que se atisba por una rendija. Los «juicios» ante la audiencia, basados en fragmentos de realidad, pretenden convencernos de que esa es la realidad incontrovertible.

Los «tribunales paralelos» son, en suma, una maquinaria que criminaliza, estigmatiza, denigra y discrimina masivamente a ciudadanos y ciudadanas todos los días, contradiciendo los principios del debido proceso, los derechos de personalidad y la protección de datos personales que el nuevo sistema aspira a proteger —de acuerdo con el espíritu de la reforma constitucional.

Y no obstante, sobreviven inducidos por servidores públicos; consumados por los medios a través de nosotros los periodistas; protagonizados lo mismo por imputados que por víctimas de delito, y presenciados por un público mayoritariamente apático frente a la arbitrariedad.

En lo que toca a los medios informativos y los periodistas, este complejo escenario plantea interesantes paradojas; por ejemplo:

- Muchas veces somos severos críticos del desempeño de las instituciones y los servidores públicos del sistema de justicia penal inquisitorio, pero nuestras agendas editoriales y contenidos noticiosos se basan casi exclusivamente en la información proveniente de ellos, obtenida por canales formales o informales.

- Llegamos a exaltar, por el contrario, las supuestas virtudes de las leyes y las instituciones tal como estaban antes de la reforma, atribuyendo su mal funcionamiento al comportamiento de servidores públicos.

- Descalificamos la reforma y su implementación sin hacer una inversión editorial para:

- a) revisarlas y discutir de cara al público;
- b) mostrar sus ventajas y desventajas;
- c) compararlas respecto del estado de cosas en el modelo inquisitorio;
- d) dar voz a quienes proponen perfeccionarlas o corregir las distorsiones;
- e) debatir acerca de los intereses en juego;
- f) hacer seguimiento de casos en el mediano y largo plazo;
- g) revisar la manera como están utilizándose los recursos públicos;

h) transparentar ante el público el trasfondo de los «tribunales mediáticos» y sus implicaciones para la legalidad, los derechos de los imputados y las víctimas, el erario público y la ética comunicacional;

i) denunciar ante la ciudadanía posibles casos donde haya retrocesos hacia el modelo inquisitorio, violación de derechos humanos, ineficiencia, arbitrariedad o corrupción;

j) capitalizar las ventajas de acceso a la información que ofrecen, con la finalidad de elevar la calidad y la veracidad de las noticias que proveemos a la comunidad.

▪ En los estados con mayor avance en la implementación, desaprovechamos las posibilidades que nos ofrece el nuevo sistema en cuanto a acceso a la información, presionando para que prevalezcan las «presentaciones» de detenidos, aunque sea de manera extraoficial, mediante arreglos con funcionarios públicos, buscando eludir las restricciones impuestas por el juez para proteger los derechos de imputados y víctimas.

▪ Por primera vez en la historia, los periodistas podremos acceder a las audiencias, pero seguimos arraigados en prácticas periodísticas del

sistema inquisitorio derivadas, en parte, de que los tribunales eran espacios cerrados, poco proclives a que el proceso y las intervenciones de los operadores de dicho sistema tuviera visibilidad.

Lo que hoy vemos... y lo que podremos ver

El sistema penal acusatorio en proceso de implementación abre una ventana de oportunidad a los medios noticiosos y a los periodistas para asumir el rol de *watchdog* sobre el avance de la implementación y si mejora la calidad de la Justicia que el Estado nos provee a los mexicanos a través de sus instituciones.

Durante las etapas procesales, en el sistema de justicia penal de tipo inquisitorio los periodistas podemos ver apenas lo que los funcionarios nos permiten de manera discrecional.

No tenemos más que las «presentaciones», comunicados, atropelladas entrevistas y filtraciones extraídas de averiguaciones previas y expedientes, donde nos ofrecen información a cuentagotas, no necesariamente porque les preocupe resguardar aquello que podría afectar los derechos de los imputados o las víctimas de delito, el curso de la investigación o el juicio mismo —por el contrario, muchas veces este tipo de información nos es entregada deliberadamente—, sino para manipular nuestras noticias.

Por otra parte, los periodistas no somos policías, fiscales ni jueces. Al menos en el ámbito de las noticias, nuestro papel no es el de aclarar delitos, encontrar a los responsables y castigarlos de cara al público, apegados a los cánones de los «tribunales paralelos». Una misión realista y más estimulante es la de vigilar —y denunciar cuando no ocurra así— que el sistema de justicia penal respete los derechos de imputados y víctimas; encuentre y castigue a los verdaderos culpables, de modo que no sigan siendo criminalizados inocentes ni miles de delitos queden impunes; se encargue de que el daño a la víctima sea resarcido; y se asegure de que el culpable cumpla su pena en condiciones justas y dignas para él y su familia, en prisiones cuyos servicios y atmósfera le permitan, al final, reintegrarse a su comunidad.

Hoy la cobertura noticiosa del delito tiene mucho de acto de fe. Conforme sea adecuadamente implementado, el sistema de justicia penal acusatorio nos abrirá a medios y periodistas espacios de visibilidad para conocer a fondo los casos y a sus diferentes protagonistas; los pormenores de cada proceso; el desenlace hasta la imposición y la aplicación de la pena a los sentenciados, y la restitución a las víctimas, con las reservas impuestas por los jueces para proteger los derechos de las partes, en un tiempo razonable que hace viable el

seguimiento noticioso —en la actualidad algo casi imposible, en general, por la opacidad del proceso, la demora de los juicios y el grosor de los expedientes judiciales, aparte de que las poderosas fuerzas contrarreformistas, dentro y fuera del propio sistema, que intentan que esto permanezca.

El Artículo 20 constitucional —merced a la reforma de 2008— impone que el sistema de justicia penal acusatorio se base en cinco principios procesales: publicidad, inmediación, concentración, contradicción y continuidad. ¿En qué puede beneficiarnos como periodistas que estos principios se cumplan? ¿Por qué ofrecen una gran oportunidad de acceso a la información? ¿Cómo permitirán elevar la calidad y veracidad de la información que recibirá nuestro público? Las respuestas están en el mandato constitucional:

▪ El **principio de publicidad** impone al sistema de justicia penal acusatorio que las audiencias durante las cuales se desahoga el juicio sean públicas; en los estados pioneros los periodistas ya pueden reportearlas *in situ* —con las obvias reservas dictadas por los jueces para proteger los derechos de imputados y víctimas, incluidos los casos referidos a adolescentes en conflicto con la ley penal.

▪ El **principio de contradicción**, al garantizar que las partes en litigio y sus representantes —el ministerio público, del lado de la víctima, y el defensor, del lado del imputado— tengan condiciones equitativas para presentar su respectiva verdad, nos permite como periodistas presentar las noticias equilibradas.

▪ Merced a **los principios de inmediatez, concentración y continuidad**, respectivamente, los jueces deberán estar presentes a lo largo del juicio; el periodo de presentación de pruebas estará acotado, y el juicio tendrá que realizarse en audiencias continuas. Lo anterior nos permitirá conocer los argumentos y las decisiones de los jueces, así como seguir de principio a fin cada caso, sin demoras de meses. Cada vez será menos creíble la justificación de que «¡Los periodistas no tenemos el tiempo de esperar a los jueces!»⁴.

⁴ LARA KLAHR, Marco, *No más «pagadores»*. *Guía de periodismo sobre presunción de inocencia y reforma del sistema de justicia penal*, Proyecto Presunción de Inocencia en México de Open Society Justice Initiative/Embajada Británica en México/Article 19, México 2011, p. 24.

Tras años de resistencia al cambio, en estados como Baja California, Chihuahua, Nuevo León y Morelos muchos medios y periodistas se dicen frustrados porque el nuevo sistema acusatorio no ha conseguido erradicar prácticas del inquisitorio.

Como muestra, leamos las principales preocupaciones de colegas chihuahuenses mencionadas durante el Taller de Periodismo *El Sistema Penal y el Acceso a la Información. Desafíos y Alcances* [Chihuahua, Chihuahua, marzo 16-17, 2012]:

1. Quienes desde el gobierno implementan el sistema de justicia acusatorio han menospreciado su operativización política; reformaron leyes e instituciones, y capacitaron como sea a los operadores, pero desdeñaron la sensibilización y profesionalización sistemática de un actor tan relevante como los periodistas. Un colega lo describió así: «Hemos vivido este proceso aislados y eso ha producido reticencias del gremio», mientras que otro consideró que lo anterior fue parte de una estrategia deliberada de desinformación.

2. Los periodistas siguen teniendo lagunas sobre la «complejidad técnica» del sistema implementado.

3. Hay prácticas comunicacionales de la policía

municipal, la Fiscalía General del Estado, la Policía Federal y el Ejército contrarias al espíritu de la reforma.

4. Los jueces llegan a comunicar de manera ineficaz y autoritaria sus decisiones de imponer reservas de información durante las audiencias públicas, y temen aparecer en televisión razonando sus decisiones.

5. Las audiencias públicas muchas veces son simulaciones donde los ministerios públicos acuden no a debatir, sino a leer escritos, como en el viejo sistema.

6. No hay reglas claras sobre la información que debe ser reservada.

7. En las instituciones que intervienen en el sistema no hay comunicadores profesionales que hayan sido periodistas y comprendan sus necesidades.

8. En ciertas coyunturas, la agenda de los políticos avasalla las decisiones judiciales y las reglas de respeto a los derechos que impone el sistema acusatorio.

9. Al final, la desconfianza en el sistema persiste y eso no permite a los periodistas comprender y transmitir siquiera las razones legítimas de la reforma.

10. El periodismo está inmerso en una tradición jurídica inquisitoria que conjura contra

el espíritu garantista del sistema acusatorio.

11. En los medios prevalecen enfoques y agendas fundamentados en la denigración y juzgamiento de personas imputadas de delito y hasta de las víctimas⁵.

Pero como se ha insistido, el cambio cultural será lento y arduo, y en muchos sentidos depende de que el proceso de implementación sea acuciosamente vigilado por los medios y los periodistas como parte de una agenda editorial proactiva. Una forma de desempeñar esta función de *watchdog* es la de informar sobre los casos judiciales de forma oportuna, veraz, contextual, integral y al mismo tiempo respetuosa de los derechos de víctimas y acusados, conociendo sus particularidades procesales para transmitir las con eficacia a la comunidad.

⁵ LARA KLAHR, Marco, «La 'mala prensa' del sistema penal acusatorio» en www.lasillarota.com.