

COMENTARIOS
al **Código Nacional
de Procedimientos
Penales**

COORDINADORES
Moisés Moreno Hernández
Miguel Ontiveros Alonso

PRÓLOGO
Juan-Luis Gómez Colomer



AMPEC



COMENTARIOS
AL CÓDIGO NACIONAL
DE PROCEDIMIENTOS PENALES

COORDINADOS POR

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ

Y

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO

COMENTARIOS AL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

COORDINADOS POR
MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ
Y
MIGUEL ONTIVEROS ALONSO

Prólogo

PROF. DR. DR.H.C. JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER



© Moisés Moreno Hernández
Miguel Ontiveros Alonso

© Ubijus, Editorial S.A. de C.V.
Begonias 6-A, Col. Clavería, C.P. 02080
Del. Azcapotzalco, México, D.F.
www.ubijus.com
ubijus@gmail.com
(55) 44304427

ISBN: 978-607-9389-15-4

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

© UBIJUS Editorial

2015

Contenido

<i>Prólogo</i>	13
<i>Presentación</i>	39
<i>Fortalezas y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales (La lucha poco fructífera por un modelo procesal penal para México)</i>	
MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ.....	45
La importancia de la legislación procesal penal única.....	45
Los avatares de la legislación procesal penal única.....	45
Alcances de la unificación de la legislación procesal penal.....	48
La lucha por un modelo procesal penal para México y los intereses detrás de ello.....	51
<i>Los modelos procesales en pugna</i>	51
Los intereses externos e internos en la reforma procesal penal.....	60
El producto final (CNPP) no satisface las expectativas.....	65
Algunos puntos cuestionables del nuevo CNPP.....	69
A manera de introducción.....	69
Algunos puntos cuestionables del CNPP.....	72
Conclusión respecto a estos primeros temas.....	101

El “neogarantismo” del Código Nacional de Procedimientos Penales

(Hacia un redimensionamiento teórico-práctico
del *ius puniendi* y los derechos humanos)

JUAN MORENO SÁNCHEZ.....	105
I. Introducción.....	105
II. La unificación de la legislación penal adjetiva mexicana.....	106
III. Los principios y derechos reconocidos en el CNPP.....	110
IV. El Contexto neogarantista del CNPP y las primeras tensiones constitucionales y convencionales del modelo acusatorio mexicano	114
V. Conclusiones	119

La víctima en el proceso penal

JOSÉ HÉCTOR CARREÓN HERRERA	121
Introducción	121
Fortalecimiento de las prerrogativas de las víctimas en el proceso penal.....	122
Conceptos de víctima y ofendido.....	128
Reparación del daño a la víctima del delito.....	133
Participación activa de la víctima en el proceso penal más allá de la coadyuvancia	137
Conclusión.....	142

*Las salidas alternas al juicio en el Código Nacional
de Procedimientos Penales*

ALICIA AZZOLINI	145
Introducción	145
Las transformaciones en el modelo procesal penal	146
Salidas alternas al juicio en el Código Nacional de Procedimientos Penales	151
a) Salida de carácter no adversarial o autocompositiva: los acuerdos reparatorios	153

Contenido

b) Salidas de carácter adversarial o heterocompositivas: la suspensión condicional del proceso; el procedimiento abreviado y los criterios de oportunidad	158
Reflexiones finales	172
 <i>Justicia alternativa y el Código Nacional de Procedimientos Penales</i>	
ELIAS HUERTA PSIHAS	175
Introducción	175
Justicia restaurativa	180
Acuerdos reparatorios.....	182
Suspensión condicional del proceso	184
Procedimiento abreviado.....	185
Ley de medios alternos de solución de conflictos.....	187
Centro nacional de justicia alternativa	187
Conclusiones	189
 <i>“Y la justicia restaurativa: ¿para cuándo?”</i>	
SERGIO JOSÉ CORREA GARCÍA.....	191
Contexto	191
Delincuencia y expropiación de conflictos	191
Premisas para construir políticas en materia de seguridad humana.....	195
Retos macro estructurales del Estado mexicano en materia de Seguridad Pública.....	196
Recepción en México de los mecanismos alternos de solución de controversias [MASC] y de la justicia restaurativa [JR]	198
Los retos para controlar la criminalidad convencional	198
Reforma penal constitucional en México e incorporación de los mecanismos alternos de solución de controversias [MASC]	200
Sigue pendiente en México la justicia restaurativa	201
Contenidos y alcances de la justicia restaurativa [JR]	202
Definición de JR y sus diferencias con la justicia penal (JP).....	202
Antecedentes en el mundo anglo-sajón	204

Naciones Unidas	207
Países latinoamericanos	208
Organización de un sistema nacional de JR.....	211
Conclusiones	212

*Entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal
en el Código Nacional de Procedimientos Penales*

GUADALUPE A. VALDÉS OSORIO	215
La oralidad en la reforma	215
La sustantividad del derecho penal	216
Las facultades de legislar.....	220
a) El artículo 30 del Código Nacional de Procedimientos Penales.....	221
b) El artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales.....	221
c) El artículo 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales.....	226
d) El artículo 406 del Código Nacional de Procedimientos Penales.....	233
Consideraciones generales	235

*Las impugnaciones en el Código Nacional de Procedimientos
Penales y en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*

JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO.....	237
Introducción	237
Recursos ordinarios en el Código Nacional de Procedimientos Penales	239
Revocación.....	240
Apelación	241
Delincuencia organizada	244
Revocación en la ley federal contra la delincuencia organizada .	252
Apelación en la ley federal contra la delincuencia organizada ...	255
Apelación ortodoxa	258
Apelación heterodoxa	262

“Breves reflexiones sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales y el juicio de amparo”

MARÍA ELENA LEGUÍZAMO FERRER	267
Génesis del Código de Procedimientos Penales Único	267
El Código Nacional de Procedimientos Penales y sus implicaciones en la materia del amparo	279
Las reformas en materia de derechos humanos y amparo y su vinculación con la reforma penal	285
Relación entre el sistema procesal acusatorio y el juicio de amparo: ¿Tiene algún impacto el juicio de amparo en la funcionalidad de los procesos acusatorios?	289
A manera de conclusiones	302

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Código Nacional de Procedimientos Penales

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO	305
Apunte preliminar	305
Los problemas del Código Nacional de Procedimientos Penales en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas	307
Perspectivas	315

Los procedimientos especiales del Código Nacional de Procedimientos Penales

JESÚS CORRALES HERNÁNDEZ	317
Consideración general	317
Acercamiento a una definición de los procedimientos especiales	320
Los procedimientos especiales en particular del código nacional de procedimientos penales	323
Análisis de los procedimientos especiales desde la perspectiva de las iniciativas de reforma constitucional	323
Los procedimientos especiales contemplados en el CNPP	325

El papel del juez ante los procedimientos especiales contemplados en el CNPP	339
Conclusiones	341
 <i>Las neurociencias y el Procedimiento Penal</i>	
AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL Y ALICIA GONZÁLEZ VIDAURR.....	343
Introducción	343
Las neurociencias: Diez mandamientos que debemos aprender los estudiosos y los operadores de las ciencias jurídicas	344
De las emociones también nacen las decisiones en el procedimiento penal.....	353
Las decisiones humanas, ministeriales y judiciales son expresiones de poder, que nacen a partir de sus emociones y que se conectan por medio de tautologías y alegorías.....	353
La imposibilidad de que exista correspondencia entre el mundo concreto de los “hechos” y el mundo del “lenguaje” de la interpretación-argumentación, en el Derecho penal mexicano	355
Conclusiones	361

Prólogo

Prof. Dr. Dr.h.c. Juan-Luis Gómez Colomer
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaime I de Castellón, España.

Presidente de la Asociación Alexander von Humboldt de España.
Miembro del *Scientific Advisory Board* del Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Strafrecht.
Miembro del Comité Científico de la Asociación Internacional
de Derecho Penal.

Faltaba México. La reforma del proceso penal en América Latina ni estaba completa ni se había cerrado aún. Quedaba por sumarse la gran nación mexicana. Ahora, con el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos, de 5 de marzo de 2014, ya podemos hablar de un nuevo mapa jurídico y de un nuevo sistema de justicia penal en la América hispanoparlante.

Es, además, venturosamente, un código procesal único para toda la República, que entrará en vigor a partir de junio de 2016, aunque ya se aplica en Durango y próximamente en otros Estados más.

Mi alegría y satisfacción por la opción legislativa acordada es científico-técnica, no sólo personal, política, cultural o social. Hoy en día las leyes son muy complicadas, excesivamente técnicas y demasiado sectorializadas, incluso las que todavía conservan el tradicional nombre francés de “código”. Un país inteligente, salvo que poderosas razones histórico-culturales no lo aconsejen así, y siempre en uso de su libertad de elección, debe simplificar el número de leyes que tratan la

misma cuestión. Alemania, país federal sólo desde 1949, apostó desde el inicio de su unificación en 1871 con el nacimiento del Imperio Alemán por una *Strafprozeßordnung* (de 1 de febrero de 1877) para todo el país, confirmándolo incluso después de 1949. Suiza, el único país en la Europa más cercana a Francia, Alemania, Italia y España, lo entendió renunciando a sus 26 códigos procesales penales cantonales más uno para toda la confederación helvética, aprobando el nuevo Código de Procedimiento Penal de 5 de octubre de 2007 (entrado en vigor en 2011), válido para toda la República federal suiza. Ahora ha sido México el que ha suprimido 31 códigos procesales penales estatales y el del Distrito Federal, más el federal, a favor de un único código procesal penal federal con vigencia en toda la nación.

Un único código es ante todo mucho más fácil de explicar y de estudiar en la universidad, lo que facilita una mejor aplicación práctica futura y, además, unifica criterios, permite una jurisprudencia homogénea y se convierte en una vía idónea para alcanzar la idílica sentencia penal justa.

Mis más sinceras felicitaciones por ello a quienes lo han logrado.

Una novedad legislativa de esta entidad requiere de instrumentos de estudio inmediatos para que todos los operadores jurídicos estén preparados adecuadamente para su implementación en la realidad jurídica mexicana, especialmente los jueces, los fiscales y los abogados. Los comentarios que tengo el honor de presentar responden a esta imperiosa necesidad y lo hacen con una firmeza intelectual, una consistencia científica y una soltura narrativa que me permiten sin duda afirmar que son y serán los mejores en el panorama científico procesal penal mexicano durante toda la vigencia de este código.

Para tener estos convincentes atributos, hay que tener un poso de ciencia indubitada. La lotería no juega en este campo. En la elaboración del nuevo CNPP mexicano ha tenido una participación destacada mi querida *Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (ampec)*, a la mayor parte de cuyos miembros conozco personalmente.

Sus autores, no todos miembros del AMPEC, pero sí la mayoría, son: Moisés Moreno Hernández, Juan Moreno Sánchez, Alicia Azzolini, Elías Huerta Psihas, Sergio Correa García, Guadalupe Valdez Osorio, Julio Hernández Pliego, María Elena Leguizamón Ferrer, Jesús Corrales Hernández, Augusto Sánchez Sandoval y Miguel Ontiveros Alonso.

Con Miguel Ontiveros y Moisés Moreno me une una especial relación de amistad desde hace muchos años.

Estos comentarios no son los primeros que se publican en México sobre el nuevo Código Procesal Penal. Tampoco se acogen al formato clásico de un *Großkommentar* alemán, el mejor para mí de todos los formatos: una introducción muy clara sobre el sistema al principio, relativamente amplia y detallista, y luego un comentario directo, con legislación, bibliografía y jurisprudencia sobre cada artículo del texto legal estudiado. NO, los autores han escogido ciertos temas que consideran muy relevantes y escriben en el formato de artículo científico con notas a pie de página sus opiniones sobre las instituciones del nuevo CNPP que están comentando.

Esos temas son:

1. Principios generales del nuevo procedimiento.
2. Mecanismos alternativos de solución de conflictos.
3. Los procedimientos especiales en el nuevo ordenamiento.
4. Las neurociencias y el sistema penal.
5. La responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Son, como deben ser, unos comentarios críticos positivos, en donde al mismo tiempo que se destaca la importancia de la norma, en su caso también su bondad, se hacen aportaciones de cara al futuro sobre la conveniencia de modificarla o interpretarla en determinado sentido más acorde con los tiempos que corren.

Echo en falta alguna aportación, respetando el formato por ser decisión personal absolutamente aceptable de los autores, relativa por ejemplo a: investigación proactiva y reactiva del crimen; detención y prisión preventivas, mecanismos de control de la Fiscalía, el papel del Juez de Garantías, límites al derecho de defensa, las pruebas científicas, la prueba prohibida en el nuevo sistema, el desarrollo del juicio, el nuevo recurso de apelación o la posición de la víctima en el nuevo proceso penal. Puntos importantes hoy en todos los sistemas que han derogado códigos inquisitivos para acceder al sistema adversarial, sin pasar la mayor parte de ellos por el proceso penal acusatorio formal o mixto de origen francés. Ciertamente muchos de ellos están tratados en los epígrafes enunciados, pero el formato habría sido mucho más moderno si se hubiera abordado desde el punto de vista de la problemática real y no del índice del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Y me sorprende un poco que dentro de esta complejidad se dedique un epígrafe a neurociencias y sistema penal, un tema importantísimo, pero no creo que cuadre bien en unos comentarios al nuevo CNPP, más bien, habría que incardinarlo en la prueba.

Este código surge de una Constitución democrática. Es un buen punto de partida, porque el proceso penal que sirve en la actualidad para el enjuiciamiento de un criminal sólo puede ser el propio de un Estado de Derecho, de una democracia. El proceso penal moderno es un proceso penal constitucionalizado. He tenido ocasión de estudiar este tema muy de cerca en los últimos años en relación con el sistema anglosajón y lo he confirmado con dos recientes publicaciones sobre la materia, una traducción y un estudio dogmático,¹ y lo corroboro ahora:

¹ Sobre el proceso penal en los Estados Unidos de América he coordinado recientemente dos libros:

a) El primero es la traducción del Case Book de Israel, J.H. / Kamisar, Y. / LaFave, W.R. / King, N.J., *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, Ed. Thomson-West, St. Paul MINN 2011, en español: Juan-Luis Gómez Colomer (coord.), *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

b) El segundo es Juan-Luis Gómez Colomer (coord.), *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Estos dos libros tienen sus antecedentes. El primero fue el artículo publicado por mí en la Revista española *Poder Judicial* número especial XIX dedicado a "Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal", dirigida por el Prof. Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Vocal del CGPJ, Madrid 2006, con el título "*Adversarial System*", *proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica*, pp. 25 a 77. Una versión para Argentina fue publicada en Argentina bajo el título *Sistema de enjuiciamiento criminal adversarial y nuevas tendencias dogmáticas penales*, en Gómez Colomer, J.L. (coord.), "Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI", Colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2010, pp. 69 y ss.

En esas actualizaciones se han corregido todas las erratas que han aparecido en el original publicado en España, que no pude subsanar al no serme ofrecida la oportunidad de corregir pruebas.

Una ampliación posterior de los temas tratados en esos artículos la realicé en mi libro *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, publicado por INACIPE en México, 2007, *passim* y en Gómez Colomer, J.L., *Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: Pros y contras del modelo*, Revista Penal (España) 2007, núm. 20, pp. 74 y ss. Posteriormente publiqué un libro más breve bajo el título *El proceso penal adversarial. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio*, UBIJUS Editorial y Félix Cárdenas, México, 2012.

Proceso penal y Constitución están entrelazados para siempre, se quedan entre nosotros indefinidamente. Pero sólo si los destinatarios son las fuerzas vivas de una democracia, principalmente los ciudadanos.

Pero la amada México ha ido afortunadamente más allá de lo que se entendió inicialmente como un desarrollo adecuado de las previsiones constitucionales. Me explicaré: como efecto directo de la reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal (Reforma al sistema de justicia penal y seguridad pública, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en junio de 2008), nació la idea de abordar un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales, lo que implicaba reformar integralmente todos los Códigos de Procedimientos Penales en cada uno de los Estados y en el Distrito Federal, de manera que los objetivos de dicha reforma constitucional quedasen cumplidos.

Esta reforma sentó las bases para la implementación del nuevo sistema de justicia penal en México. La opción fue por el sistema adversarial, conocido en América Latina y en México como sistema acusatorio, siendo sus banderas el juicio oral y público. Por eso se insertaron en la reforma constitucional los principios del sistema acusatorio, dando una gran importancia a la oralidad.

A partir de esta fecha, se generó una ola de reformas a las legislaciones locales de cada Estado de la Federación, mientras que otros simplemente abrogaron sus códigos típicamente inquisitivos y generaron nuevos diseños presumiblemente de corte acusatorio o adversarial.

Lo que se pensaba que sería la gran reforma y fuente de modernización del sistema de justicia, acabó siendo una mezcla de opiniones, principios y prejuicios procesales, de tal forma que cada Estado generó su propia convicción de lo que es acusatorio, adversarial y/o democrático.

El transcurso del tiempo coadyuvó al fracaso de la implementación del sistema adversarial, debido, sobre todo, a la lentitud de los tiempos legislativos para la implementación de la citada reforma, y a los problemas provocados por la dispersión de criterios legislativos acabados de explicar.

Ante el caos al que todas estas cuestiones llevaron a la reforma del proceso penal mexicano, siendo candidato aún D. Enrique Peña Nie-

He publicado además numerosos artículos sobre el tema, en España, Europa y América, que dada la finalidad de este prólogo no puedo reproducir aquí.

to, actual Presidente de la República propuso como buque insignia de su campaña presidencial la „unificación penal“ en México. Ésta se ha logrado a medias, pues apenas se reformó la Constitución para establecer que habrá un solo código procesal penal, una sola ley de ejecución de sanciones y una sola ley de mecanismos alternativos de solución de conflictos. Pero 34 códigos penales subsistirán en el país.

El paso adelante no obstante se ha dado, y es un paso definitivo, porque lo que se planteó en el fondo fue si no sería más conveniente contar con un Código de Procedimientos Penales *único* para toda la República, de manera que se posibilitara una Justicia más igual para todos, con criterios unificados y jurisprudencia válida en todo el territorio de la nación.

Por lo que hace referencia a la legislación procesal penal, la respuesta fue la adecuada: juntar todas las propuestas hasta ahora existentes (el proyecto de *Código Federal de Procedimientos Penales* de 2013, presentado como Iniciativa por algunos senadores de la Comisión de Justicia del Senado de la República; y el proyecto de *Código de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos* de 2013, convertido en la primera de las tres iniciativas que el Senado de la República para la unificación de la legislación penal), en una sola, que resultó ser el que ahora es Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, que actualmente se encuentra en proceso de implementación en todo el país, con una gran diversidad de implicaciones.

Además, participaron los expertos, lo que siempre es bueno porque ayuda al Gobierno a implicar a todos los sectores jurídicos, sociales y económicos, además de políticos. Colaboraron, entre otros, en su redacción el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (AMPEC), y la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

Permítanme unas palabras más concretas sobre el sistema adversarial, al que México se acaba de sumar a él en definitiva. Si se observa, sobre todo, la reforma del proceso penal en América Latina, desde que Guatemala moviera ficha en 1992 hasta esta última reforma integral mexicana de 2014, pero también en Europa, atendido el Código Procesal Penal italiano de 1988, parece como si el modelo de enjuiciamiento criminal de los Estados Unidos de América se hubiera instaurado en un desfile militar y marchara triunfalmente ante los espectadores pre-

sentes arrollando cualquier otra iniciativa². Esta afirmación es incuestionable. España, mi país, está en estos momentos en ello, con muchas dudas, de manera tal que no lo ha logrado todavía.

¿Por qué se ha convertido el proceso penal federal norteamericano en el único modelo posible a la hora de considerar una reforma integral del sistema de enjuiciamiento criminal en nuestros países? Una breve respuesta tras un somero análisis nos lleva a fijar las razones en su sencillez y pragmatismo, así como en la oralidad y la rapidez que conlleva.

Pero lo más importante es su constitucionalización. En efecto, el punto de partida es la base constitucional del sistema adversarial, sostenido por férreos principios procesales penales que sostienen el complicado armazón, a saber: *Due Process* y *Fairness*.

El proceso penal federal estadounidense, y con él el de los Estados, no es hoy sólo la aplicación práctica de una serie de sentencias y de un conjunto de leyes y disposiciones ordinarias de naturaleza procesal penal, y en parte penal, que lo han ido configurando a lo largo de los años, es hoy ante todo una concreción de la fuerza real de la Constitución federal cuando tiene un campo de aplicación propio en el mismo proceso penal.

Por eso se dice con razón que el proceso penal federal de los Estados Unidos de América es hoy un proceso penal plenamente consti-

² De marcha triunfal ha hablado Schünemann, estupefacto intuyo por cómo se estaban desarrollando las reformas del proceso penal en Europa y en el resto del mundo, que el sistema adversarial anglonorteamericano, aprovechándose de la crisis e incompetencia de los políticos actuales para reformar con imaginación el proceso penal de sus propios países, marchaba por el mundo triunfalmente, imponiéndose a cualquier reflexión de reforma evolutiva interna, convirtiéndose prácticamente en el único modelo a tener en cuenta. Véase Schünemann, B., "*¿Crisis del procedimiento penal? (Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*", en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1991, pp. 49 y ss., también publicado con el mismo título en Schünemann, B., "*Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*", Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 288 y ss.; y del mismo autor, *El procedimiento penal norteamericano en sus aspectos críticos*, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal, celebrado en México del 9 a 13 de octubre de 2006, organizada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) de México con ocasión de su XXX Aniversario.

tucionalizado, en permanente evolución desde su puesta en práctica inicial, anterior en el tiempo a la Revolución francesa, revolución recordemos de la que nace el proceso penal acusatorio formal o mixto (el llamado proceso penal reformado para los alemanes), que todavía rige lo esencial del proceso penal de mi país, por ejemplo.

Varias razones se han dado a lo largo de la historia de los Estados Unidos de América, y sobre todo, en los últimos años, para esa constitucionalización. Brevemente expuestas, debe hacerse mención de dos aspectos:

1. Los Estados Unidos de América son la primera nación del mundo democrático que incorpora a su norma máxima un catálogo explícito de derechos civiles básicos (conocidos en Europa gracias a la aportación doctrinal alemana como “derechos fundamentales”) de las personas que se aplican a los imputados y acusados en un proceso penal. Esto tiene un potencial inmenso, como se ha demostrado históricamente, para una interpretación y aplicación de la ley procesal penal ajustada a la Constitución en la práctica.

Dicho catálogo se contiene no en la originaria Constitución, curiosamente, sino en las diez primeras enmiendas a la misma que conforman la llamada *Bill of Rights* aprobada en 1791, cuatro años después de aquella. Su valor jurídico es el mismo (véase art. 5 de la Constitución), pues al fin y a la postre se trata desde nuestra perspectiva de reformas constitucionales, sólo que con otra técnica legislativa.

Ese catálogo de derechos civiles básicos se aprobó para garantizar la protección de los individuos que por nacimiento eran ciudadanos de un Estado ahora federado frente a la todopoderosa administración federal. Tal fuerza tuvo la exigencia de los Estados, puesto que si no se hubieran aceptado esas enmiendas, hoy no existirían probablemente los Estados Unidos de América como país federal.

Por tanto, esos derechos nacen con vocación garantista y se configuran como un instrumento potente para que el ciudadano pueda hacer frente con éxito a excesos, desmanes y actuaciones arbitrarias o incluso delictivas de la poderosa nación que se acaba de crear.

2. Como concreción básica de esa protección se articula, que no se crea, pues ya venía de la vieja Inglaterra, el principio del proceso debido, inicialmente previsto sólo para el Derecho federal en la V Enmienda, que forma parte de la *Bill of Rights*, pero que se ha extendido a

todos los Estados, como las demás garantías, aunque no sin problemas, mediante la llamada "cláusula de la incorporación selectiva" con fundamento en la XIV Enmienda (aprobada en 1868).

Este principio es el motor del sistema, porque configura y determina hasta dónde puede llegar el Estado en la lucha contra el crimen y la averiguación de la verdad, fijando un límite traspasado el cual los derechos de los ciudadanos priman sobre los mismos fines del Estado en el proceso penal. Naturalmente, es mucho más amplio como principio y nunca ha tenido una interpretación unívoca, pero con base en él se han ido desarrollando principios importantísimos del proceso penal, hasta tal punto que se ha convertido en la clave de bóveda del sistema.

En América Latina, los países que han desarrollado el sistema adversarial no han interpretado generalmente bien este aspecto y no han sabido distinguir entre vulneración del principio del proceso debido y de otro también de naturaleza constitucional que se basa en él pero distinto, como el derecho de defensa por ejemplo, de manera que se puede decir que en la práctica de esos países, con honrosas excepciones, cualquier vulneración o irregularidad procesal es infracción del proceso debido, lo que hace que se diluya enormemente su potencial.

Esta evolución se alcanzó después de muchos avances y retrocesos, y de muchas luchas internas, hasta que logró la presidencia del Tribunal Supremo Federal el insigne magistrado Earl Warren, en los años 60 del siglo pasado, con quien se inició el llamado garantismo judicial, porque bajo su mandato dicho Tribunal amplió considerablemente el alcance de los principios y garantías procesales penales contenidas en la *Bill of Rights* en el proceso penal.

Lo importante es que ha sido el sistema adversarial el que, al lado del hasta entonces único fin del proceso penal de castigar al culpable y absolver al inocente, ha ido más allá y ha dicho que también es fin del proceso penal enjuiciar al acusado con respeto a las garantías establecidas en la Constitución.

Esto no quiere decir en absoluto que el proceso penal se pueda realizar sólo con la Constitución en la mano, ni siquiera en los Estados Unidos se defiende esta posición extrema. Lo único que se quiere decir es que el proceso penal propio de un Estado de Derecho no se puede entender, ni practicar, sin partir de los principios y garantías procesales penales que establece su constitución democrática.

Cabe por ello a los Estados Unidos de América el gratísimo honor de haber sido el primer país en poner en práctica los derechos fundamentales del acusado en un proceso penal, articulando un modelo de enjuiciamiento criminal garantista. Los demás países, sobre todo, Francia, Alemania e Italia, aun contando con numerosas y fructíferas aportaciones originales en la constitucionalización del proceso penal, sólo han hecho que seguir de una u otra manera sus huellas. Ésta es una de las razones fundamentales por las que el modelo de enjuiciamiento criminal anglosajón y norteamericano concretamente, el sistema adversarial, se está convirtiendo en el modelo a seguir para reformar y organizar de nuevo el enjuiciamiento criminal de un país democrático, que todavía no está adscrito a dicho modelo. Por eso México se ha fijado en él.

Un reflejo puramente aproximativo de esa constitucionalización del proceso penal se observa en los derechos fundamentales, principios procesales y garantías institucionales que rodean a los sujetos procesales más importantes, el Juez (con el Jurado), el Fiscal y el acusado.

Dejando ahora el Jurado, nos fijaremos en los sujetos procesales mencionados para ofrecer una orientación sobre la realidad de esa constitucionalización del proceso penal, y más en concreto en el verdadero protagonista del proceso penal, el acusado. Sobre él debemos hacer una referencia genérica y breve a los derechos constitucionales que le asisten durante todo el proceso penal, para alcanzar una idea bastante exacta de la concreción de la constitucionalización del proceso penal federal norteamericano.

- a) Destaca en primer lugar el derecho al proceso debido del acusado, que permite equilibrar su posición jurídica frente al gran poder del Estado.
- b) Asiste al acusado, igualmente, el derecho a la presunción de inocencia, que no aparece expresamente recogida en ningún artículo de la carta magna norteamericana, si bien desde ya hace casi dos siglos se considera unánimemente parte básica del juicio justo o *Fair Trial*, y en cuanto tal componente del principio del proceso debido.
- c) Igual que ocurre con la presunción de inocencia, tampoco existe un precepto constitucional que disponga el grado o la intensidad que se requiere en la prueba con el fin de poder considerarla eficaz o válida para, tras destruir la presunción de inocencia del acusado, suponer la condena de éste. Sin embargo, también

es un principio básico del sistema procesal penal norteamericano, tanto del federal como de los estatales, el de “la prueba más allá de cualquier duda razonable” (*Proof Beyond a Reasonable Doubt*).

- d) Otro de los derechos que ampara al acusado durante todo el proceso y también en el acto del juicio o *Trial* es el derecho de defensa, a enmarcar dentro del principio de contradicción (*Right to Present Defense*). Todo acusado tiene derecho a preparar una defensa en igualdad de condiciones que la acusación. Elemento o garantía crucial del *Due Process of Law*, la Enmienda VI de la Constitución federal lo refleja como el derecho a que “se le caree con los testigos que depongan en su contra; de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda”.
- e) Un instrumento para garantizar el derecho recién mentado es el derecho a la asistencia letrada (*Right to Counsel*), tanto de confianza como de oficio. Reconocido expresamente en la Enmienda VI de la Constitución federal, el *Right to Counsel* es esencial para garantizar el principio del proceso debido y la aplicación de la Enmienda XIV de la Constitución federal.
- f) Se reconoce al acusado el derecho a estar presente en las actuaciones judiciales. Es lo que los norteamericanos denominan *Confrontation Clause - Right to be Present*. Ya hace muchos años, el Tribunal Supremo Federal calificó el derecho a la confrontación entre el acusado y el acusador como “esencial para un juicio criminal justo”.
- g) El derecho a estar presente en la sala de vistas conlleva el derecho a comparecer con la apariencia y dignidad propias de un hombre libre e inocente.
- h) Para terminar con el compendio de derechos que asisten al acusado en el proceso y también en el acto del juicio tenemos que mencionar el derecho al juicio público y rápido que le reconoce la Enmienda VI.

El proceso penal norteamericano se desarrolla en el marco de un sistema adversarial. La doctrina norteamericana define el modelo procesal penal en este sentido para remarcar su diferencia con los sistemas procesales penales europeos, a los que muchas veces llama inquisiti-

vos, porque destacan el papel que tienen las partes sobre el Juez.³ Esta calificación no siempre es acertada, sobre todo, en los países europeos continentales democráticos (casi todos hoy).

Para intentar comprender el sistema norteamericano es necesario partir de estas tres características que lo identifican como adversarial, que desde esta perspectiva, además de principios clave, son también elementos importantes y complementarios:

1. El tratamiento como inocente hasta la sentencia de culpabilidad que favorece la máxima de la presunción de inocencia. Esta garantía data del *Common Law*, habiendo sido desarrollado su contenido y alcance por la jurisprudencia, aunque la misma no fue reconocida de forma expresa en la Constitución federal. En la práctica se materializa como una garantía del acusado, correspondiendo al Estado, por medio del Fiscal demostrar más allá de cualquier duda razonable la culpabilidad de aquél.
2. También se aduce, en cuanto a característica que califica al modelo norteamericano como adversarial, el papel neutral que desempeña el Juez desde el conocimiento de la perpetración de un hecho que reviste los caracteres de delito, es decir, la imparcialidad. Primero, porque en la etapa previa al juicio oral no realiza ninguna actividad investigadora en relación con los hechos criminales, y segundo, porque durante el desarrollo del juicio oral el Juez realiza su función como un mero árbitro, ob-

³ LaFave, W.R. / Israel, J. H., *Criminal Procedure...*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 31 y 32, afirman que a pesar de que el sistema americano no es completamente adversario, lo cierto es que es lo bastante contradictorio en contraste con el sistema inquisitivo de la Europa continental, entendiéndose por sistema inquisitivo aquél en el que corresponde al órgano jurisdiccional en lugar de a las partes investigar los hechos relevantes; en el Sistema Europeo la principal responsabilidad para investigar los hechos relevantes recae en un juez de instrucción y luego en el Juez competente para el acto de la vista oral, y aunque a las partes se les da la posibilidad de contribuir, sin embargo, no desarrollan el mismo papel que en el sistema americano. Fletcher, G.P., *En defensa propia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 32, añade que "los sistemas europeos actuales se les etiqueta frecuentemente como inquisitoriales, son en realidad, también acusatorios, ya que la función de acusar y perseguir al sospechoso es ejercida por un órgano del poder ejecutivo, el Ministerio Público o Fiscal. En el sistema inquisitorial propiamente dicho, el Juez actúa a la vez como acusador y juzgador"; véase también Thaman, S.C., *Europe's new Jury Systems: The cases of Spain and Russia*, Law and Contemporary Problems, Spring, 1999, vol. 62, p. 233.

servando que las partes respeten las normas procesales, en especial, las relativas a la prueba.

3. Finalmente, otro elemento que caracteriza al sistema de enjuiciamiento criminal estadounidense es el Jurado. Se considera la piedra angular en que descansa el sistema acusatorio (adversarial) en ese gran país.⁴

El modelo de justicia penal norteamericano exige esencialmente la contradicción, de ahí su caracterización de adversarial, pero no sólo. Las características que permiten definirlo en este sentido, de acuerdo con la doctrina norteamericana, son las siguientes:

- a) Son las partes quienes han de realizar las investigaciones que les permitan descubrir los medios de prueba que pretendan introducir en el juicio oral para que sea un tercero imparcial, el Juez o Jurado, que no ha intervenido en la búsqueda de las pruebas, quien decida.
- b) Se realiza todo el procedimiento de forma concentrada.
- c) Las partes tienen igualdad de oportunidades.
- d) Los actos procesales tienen lugar en audiencia pública y con la comparecencia de todas las partes.

De esta forma, podemos afirmar que lo realmente importante de este sistema es el reconocimiento de los principios inherentes a las partes del proceso: dualidad, contradicción e igualdad. Con mayor precisión:

1. En relación con el principio de dualidad de posiciones, indispensable para la configuración y estructura del proceso, se observa que en el sistema norteamericano existen dos partes, acusador y acusado, y que corresponde en exclusiva el ejercicio de la acción penal al Estado a través de sus fiscales, no pudiendo la víctima (ofendido y perjudicado) del delito ejercitar la acción penal constituyéndose en parte acusadora.
2. En cuanto al principio de contradicción, resaltamos el derecho de las partes a poder alegar y probar el fundamento fáctico y jurídico de su posición procesal, así como a poder rebatir lo que se alegue por la parte contraria, bien en los actos procesales orales, bien en los actos procesales escritos.

La decisión judicial (veredicto y sentencia) se ha de adoptar habiendo oído el Juez y el Jurado a ambas partes, acusado-

⁴ LaFave, W.R. / Israel, J.H. / King, N.J., *Criminal Procedure...*, op. cit., vol. 1, p. 36.

ra y acusada, antes de condenar o absolver (*audiatur et altera pars*). Éste es en realidad el principio más importante porque sin él no existe el debido proceso, característica que permite ser entendida igual que el sistema continental europeo. En el sistema norteamericano el alcance y contenido del principio de contradicción abarca varias fases del proceso penal. Sin embargo, no será hasta que se celebre el juicio o vista oral cuando se aplique el mismo en toda su extensión. Con anterioridad a la celebración de la vista oral, el principio contradictorio empieza a desplegar su eficacia desde el momento en que se formaliza la acusación, ya que es a partir de ese acto cuando cada una de las partes va a tener que poner en conocimiento de la otra cuáles son las pruebas de las que dispone y pretende presentar, y en su caso practicar, en la vista oral. Ello para que las partes puedan realizar la investigaciones que estimen oportunas para poder fundamentar sus distintas posiciones. No obstante, el alcance de dicha obligación, al menos a nivel federal, no abarca a todas las pruebas.

3. El tercer y último principio necesario para poder configurar un proceso es la „igualdad de armas“. Éste completa y da sentido al anterior, porque si las partes no disfrutaran de los mismos derechos, posibilidades y cargas, sin que haya privilegios, carece de sentido hablar de contradicción, y por ende, de proceso. Del estudio y observación del proceso penal federal norteamericano, nos llama algo inmediatamente la atención, y es que tampoco existe allí en realidad una igualdad de partes, desde el momento en que el Fiscal, órgano integrado en el Poder Ejecutivo, dispone de más medios materiales para preparar y sostener la acusación que la defensa.

En el sistema norteamericano los conceptos acusatorio, adversario o contradictorio, se emplean como sinónimos y no añaden nada nuevo a lo que se entiende por proceso, siendo estos conceptos consecuencia de la distinción que se realizó a lo largo de determinados momentos históricos para diferenciarlo del sistema inquisitivo de Europa.

El concepto de principio acusatorio es muy poco relevante en los Estados Unidos de América. La primera sorpresa es que en USA, si bien la jurisprudencia y la doctrina suelen mencionar los términos “sistema adversarial” (éste comúnmente), “sistema acusatorio”, “proceso acusatorio”, o “procedimiento acusatorio” (estos últimos menos

frecuentemente, en verdad), no se refieren en absoluto o casi nunca a “principio acusatorio”. Lo importante para esa doctrina deducimos que es el sistema o el proceso, no el principio. Esa doctrina contrapone claramente al sistema inquisitivo europeo el sistema “adversarial” (*Adversary* o *Adversarial System*) norteamericano, afirmando que el proceso penal de los Estados Unidos es acusatorio, jugando con los conceptos de sistema “adversarial” y proceso acusatorio (aunque no siempre lo consiguen, pues a veces hablan también de *Accusatory* o *Accusatorial System*), del siguiente modo: El sistema de proceder criminalmente es “adversarial”, y el proceso que dentro de ese sistema sirve para imponer las penas es acusatorio. Ambos términos, “adversarial” y acusatorio, se complementan respectivamente, pero no significan lo mismo.

Esa falta de referencia al principio acusatorio provoca sorpresa, porque la expansión del modelo americano en el mundo, sobre todo, en Europa y en América Latina, ha venido acompañada desde que se inició de dos banderas que lo identifican a la perfección: el proceso penal norteamericano, se dice, se funda en el principio acusatorio y regula un auténtico juicio oral y público, de donde deducen los países afectados por las reformas de su proceso penal en profundidad que esos estándares tienen que ser también los suyos. El juicio oral y público no tiene generalmente problema conceptual alguno ni de identificación, ni de comparación con los procesos penales europeos, y tampoco con el español, los problemas son más bien de aplicación práctica en cada país. Pero nadie encuentra el principio acusatorio cuando lee la jurisprudencia o la doctrina procesal penal norteamericanas, o cuando se leen artículos de Derecho comparado publicados en revistas jurídicas especializadas de ese gran país.

La explicación es para mí que *Due Process of Law*, entendido éste en su variante procesal penal, y principio acusatorio reflejan el mismo contenido, porque se refieren básicamente a lo mismo.

La gran pregunta entonces es ¿por qué se exporta como bandera principal que el modelo se funda en el principio acusatorio, cuando éste no es ni mencionado en USA? Dicho con otras palabras: ¿Cómo se puede basar un cambio en la manera de enjuiciar criminalmente, en algo que no se puede definir porque el concepto no existe en el país de donde se quiere tomar el modelo para ese cambio?

El sistema adversarial es de origen inglés, habiendo formado parte del *English Common Law*, aunque la doctrina se encarga de advertir

que incluso cuando se produjo la recepción, el sistema inglés no era tan “adversarial” como lo es ahora el sistema norteamericano, pues, entre otras diferencias, existía en Inglaterra en los tiempos de la Revolución americana una inquisición judicial previa, el procedimiento ante el Gran Jurado era netamente inquisitivo y el abogado defensor tenía limitaciones claras en el ejercicio de sus funciones tratándose de delitos graves.

La doctrina y jurisprudencia norteamericanas defienden este sistema de enjuiciamiento criminal por encima de cualquier otro, básicamente frente al llamado impropiaemente inquisitivo, aunque no todos, pues los hay bastante críticos, porque según dicen quienes están a favor es el que permite llegar a sentencias más acertadas, más justas en definitiva, teniendo en cuenta siempre que el Jurado desempeña un papel decisivo en estas afirmaciones, con base en los dos siguientes razonamientos:

1. Las partes están en mejores condiciones en un sistema “adversarial” de aportar hechos e información que un investigador oficial en un sistema inquisitivo y, por tanto, con toda seguridad dado su propio interés aportarán todas las pruebas relevantes que funden su acusación o defensa y sirvan para determinar la condena o absolución, es decir, para convencer al Jurado de la culpabilidad o inocencia del acusado, y
2. Que al no estar el juzgador involucrado ni en los hechos ni en su desarrollo, el sistema adversarial favorece una aproximación a la prueba bastante objetiva, no contaminada, porque carece de prejuicios antes de la decisión, lo que no ocurre en el sistema inquisitivo en donde sería posible, al menos teóricamente, porque esto es muy discutible hoy, una aportación de hechos y pruebas por los jueces, además de su investigación.

Aunque estas argumentaciones no están exentas de crítica en la propia doctrina norteamericana, sobre todo, considerando que quien está encargada de descubrir las pruebas es la Policía, una institución pública, en posición superior en la realidad al abogado del defensor en punto a ello, desarrollada en Estados Unidos de manera muy distinta a muchos otros países, por ejemplo, los países de América Latina, lo cierto es que la jurisprudencia ha intentado corregir los defectos del sistema adversarial que su práctica constante ha ido poniendo de manifiesto paulatinamente, problemas reales del actual proceso penal norteamericano que no conviene dejar de lado a la hora de fijarnos

en este modelo, por ejemplo, en una breve enumeración: el inmenso poder de la Policía, la amplísima discrecionalidad del Fiscal a la hora de decidir la acusación, el papel pasivo del Juez, el poder de las partes para conformar el proceso, la negociación sobre la culpabilidad y la sanción a aplicar, la no fundamentación del veredicto del Jurado o las limitaciones del recurso de apelación especialmente frente a una absolución del acusado, temas que irán saliendo oportunamente en este escrito.

El sistema “adversarial” representa además un valor superior a cualquier otro por su consideración de la dignidad de las personas, lo que conlleva que atacante y atacado, Ministerio Público y acusado, sean tratados en el proceso como iguales. Por eso el papel del abogado en la defensa de su cliente acusado, puede ser y de hecho es mucho más activo en este sistema que en cualquier otro, por eso el acusado puede defenderse a sí mismo sin que se le pueda imponer un abogado, por eso puede declararse culpable si lo desea. Como ha dicho el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, el sistema “adversarial” no hace sino reconocer el “inestimable valor de la libre elección”.

Finalmente, en el sistema “adversarial” se desarrollan mejor y más adecuadamente que en el llamado inquisitivo los derechos y garantías consagrados en la Constitución, y particularmente en la *Bill of Rights*, que tienen aplicación en los procesos penales federales y estatales en USA, y más especialmente en el juicio, la parte más regulada. Por eso el juicio, la vista, el acto procesal en el que se practican las pruebas, en la que el Juez con el Jurado, cuando efectivamente tenga lugar, que es realmente en muy pocos casos, adquiere por la intermediación los materiales fácticos y las pruebas necesarias para su decisión, es el centro del sistema, la piedra angular del mismo, sometida a los principios de oralidad y publicidad, los únicos procedimentalmente aptos en el sistema “adversarial”, sin que ello signifique en absoluto que los actos que preparan al juicio escapen del sistema “adversarial”, por ejemplo, el ofrecimiento probatorio o *Discovery*, o la propia investigación policial.⁵ Pero es difícil negar que en los procesos penales europeos el juicio oral no sea también la piedra angular del sistema de enjuiciamiento criminal, luego esos principios también deben regir entre nosotros por las mismas razones que allende el océano.

⁵ Véanse LaFave, W.R. / Israel, J.H., *Criminal Procedure*, op. cit., vol. 1, p. 42.

Para los comparatistas, el *Discovery* representa precisamente uno de los temas básicos para el acercamiento entre los sistemas “adversarial” norteamericano y el que ellos denominan inquisitivo (en realidad acusatorio formal) europeo, pues cada vez hay más instituciones convergentes en ambos sistemas, aquél menos “adversarial” que antaño y éste mucho más acusatorio puro que mixto.

Por tanto, y visto el tema desde nuestra perspectiva continental europea, los Estados Unidos de América sólo admiten un sistema de enjuiciamiento criminal, que es precisamente el “adversarial”. Cualquier otra posibilidad no sería asumible ni por su Constitución, ni por su jurisprudencia, porque no podría integrar la esencia del enjuiciamiento criminal de los Estados Unidos de América, que es el propio de un país democrático, tal y como ha sido anteriormente definido. Podrían admitirse claro que sí desarrollos y perfeccionamientos, pero nunca su sustitución. Para que se pueda hablar por tanto de sistema de enjuiciamiento criminal en los Estados Unidos de América, éste o es “adversarial” o acusatorio, o es nada, es decir, no existe, siendo cualquier otra cosa distinta todo lo que se quiera menos enjuiciamiento criminal y, por tanto, y como consecuencia, tampoco proceso penal.

Este sistema “adversarial” implica, dicho sea con toda concisión, dos aspectos jurídicos de singular trascendencia, el primero de tipo institucional, el segundo, de tipo procesal:

1. Institucionalmente, el sistema exige que el papel que las instituciones representan en el proceso penal esté definido en los siguientes términos:
 - a) El Jurado, cuando entre en juego y siempre que el acusado no renuncie a él, es quien delibera y pronuncia el veredicto en todos los delitos castigados con penas superiores a seis meses de prisión, a la vista de las pruebas practicadas ante él en el acto del juicio, veredicto que salvo excepciones muy raras no tiene que motivar. Es la institución clave del proceso penal norteamericano, aquélla sobre la que descansa verdaderamente el sistema de enjuiciamiento criminal USA, tanto el federal como el de los Estados;
 - b) El Juez no instruye el proceso, limitándose a dirigir de manera absolutamente neutral el debate entre las partes frente al Jurado;
 - c) El Fiscal es el representante del Gobierno en el proceso penal. Sin profundizar pero con algún matiz, lo que se quiere

decir no es que la Fiscalía norteamericana sea distinta de la española porque allí el Fiscal es visto por los ciudadanos como el representante del Gobierno en el proceso, pues en España en cierto sentido se podría decir lo mismo dadas las normas de conexión con el Ejecutivo previstas sobre todo, en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Lo que se afirma diferencialmente es una formación, selección y, en suma, organización distinta, en donde su cualidad de acusador único y la discrecionalidad que ostenta, nada tienen que ver con el sistema español. Esto trae como consecuencia directa y principal que el Ministerio Público norteamericano goza del monopolio de la acción penal y dirige formalmente la investigación del delito, lo que significa entre otras cosas que en USA la víctima no puede ser parte del proceso penal, y

- d) El abogado defensor defiende al acusado en un papel muy activo desde que sea legalmente posible, bien con cargo al Estado o al Gobierno Federal (defensor público), bien designado privadamente por el acusado y pagado por él, *rol* que caracteriza de manera muy clara el proceso penal norteamericano como proceso penal de partes, con claras diferencias en este punto respecto a los procesos penales de la Europa continental.
2. Procesalmente, el proceso debe estar sujeto a principios que se correspondan con los propios de un Estado de Derecho, entre los que destacan el proceso debido, la equidad, la igualdad, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y la prohibición de la doble incriminación. Pero esto debe ocurrir hoy en todos los países libres.

Si esto es así, y creemos que lo es, y si estamos pensando en idéntico discurso respecto a México o a mi país, estoy imaginando un sistema "adversarial", esto es, un sistema acusatorio, el único admisible para que insertado en él su proceso penal pueda ser calificado como tal, para que en definitiva sea el propio de un Estado de Derecho. Por tanto, "Adversarial System" en los Estados Unidos de América es para mí también lo mismo que debe entenderse por "sistema acusatorio" en España (o en México).

Ahora bien, sólo con que profundicemos un poco observaremos que, en verdad, la calificación del sistema es hoy en día menos impor-

tante de lo que fue hasta el desarrollo del garantismo procesal en la era Warren. Lo debería ser también para nosotros ya, aunque realmente todavía sigamos hablando de ello, pero para los norteamericanos es una cuestión claramente superada, o al menos en principio y hablando en términos generales, bastante nimia. El sistema de enjuiciamiento criminal es “adversarial” o acusatorio (“*Adversarial System*”) y con esa afirmación es más que suficiente en USA para entenderlo todo. Lo relevante no es, pues, definir el sistema cuando sólo uno es posible, sino hallar el principio o principios clave en que la Constitución y la jurisprudencia se basan para que sea operativo, para que funcione.

Esos principios clave son dos: el principio del debido proceso legal y el principio de la equidad.

1. *Due Process of Law*:

El concepto articulador nuclear del sistema adversarial es el principio del proceso legalmente debido (*Due Process of Law*). Y lo es, en efecto, porque para que el *Adversarial System* sea operativo, requiere de una fuerza motriz específica, pues en caso contrario no funciona. Ese motor es el *Due Process of Law*.

Es un principio muy complejo, por el hecho de tratarse de un fundamento jurídico que se ha desarrollado en los ordenamientos anglosajones durante más de siete siglos, a través de la constante interpretación jurisprudencial y de la no menos trascendente elaboración doctrinal.

En general, y respecto del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América considerado en su globalidad, el principio del *Due Process of Law* es una institución procedente del Derecho medieval inglés, que fue recibida y redefinida por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y, posteriormente, incesantemente interpretada por los tribunales, que le confieren la indiscutida consideración de básico. Su vigencia impone directamente el deber de ajustarse a él a todos los sujetos (personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada), y en todas las actuaciones que afecten a los derechos a los que la Constitución otorga la máxima consideración, que no son otros que la vida, la libertad y la propiedad. Y ello tanto en manifestaciones de derecho material (*Due Process of Law* sustantivo, *v. gr.* en caso de expropiación) como en manifestaciones jurisdiccionales del derecho (*Due Process of Law* procesal, *v. gr.* derecho a la asistencia letrada), que correlativamente otorga a todos los sujetos determinados derechos

fundamentales que son directamente exigibles con respecto a aquellas materias.

Podríamos decir que el *Due Process of Law* actúa como un principio general del Derecho norteamericano.

El principio del proceso debido se reconoce en dos Enmiendas de la Constitución, en la V y en la XIV. La primera forma parte de la *Bill of Rights*, que incluye el derecho fundamental a un juicio justo (aspecto nuclear del *Due Process of Law* procesal), incorporado a la misma como dijimos *supra* dos años y medio después de su entrada en vigor; la segunda se incorporó en 1868, precisando el ámbito territorial establecido en ella con el alcance que en cada momento histórico la jurisprudencia le otorgue y las leyes establezcan.

El principio cumple dos funciones principales: Proteger al ciudadano y servir de acomodo al régimen garantista:

a) Función de tutela del ciudadano imputado: así es, por un lado, sin perjuicio de que el principio rija en otros procesos, como los civiles o administrativos, juzgar penalmente en los Estados Unidos de América bajo el *Due Process of Law* es proceder criminalmente contra una persona que está protegida por el Estado frente al propio Gobierno, de manera tal que este principio le otorga la tutela más amplia posible, en función de los avances de la Jurisprudencia, frente a excesos o actuaciones indebidas de la Policía o de la Fiscalía, es decir, de las autoridades públicas de persecución, que son en definitiva el Gobierno, en la investigación del crimen y su posterior acusación, a efectos de conseguir un equilibrio procesal, un juicio equitativo, un proceso ajustado a la ley, sin oscurantismos, ni sorpresas, ni pruebas prohibidas, ni indefensiones. Esto significa ni más ni menos que sólo puede imponerse la pena a través de un proceso penal, el propio de una democracia, el debido legalmente.

b) Función de servir de base a las demás garantías fundamentales del proceso: pero por otro, decir esto es sólo afirmar, aunque sea mucho, que hay una garantía general del acusado frente al Estado (Gobierno) para que se le enjuicie debidamente, es decir, a través del proceso penal. Es formular un marco general del que el Estado no se puede salir, pero que es necesario concretar, porque las posibilidades de actuación indebida del Estado (Gobierno) en el proceso penal son muchas, de ahí que sea un principio general que forzosamente haya que integrar con otros principios (o garantías) más concretas, hayan sido formulados o

no expresamente por la Constitución, estén o no desarrollados por una ley ordinaria o por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América.

Por eso, el principio del *Due Process of Law* debería y debe ser equivalente al principio europeo continental del derecho al proceso con todas las garantías, porque en él se concentran todas, y todas ellas se tienen que cumplir para que el proceso se desarrolle correctamente.

2. La regla “Fairness”

El principio del proceso debido tampoco basta para explicar las esencias del sistema, porque es preciso conocer los límites en los que ésta, para nosotros y sin duda por ser tan distinta, fascinante articulación se mueve. Esos límites se ajustan a una regla que sólo aparentemente parece clara: La equidad o *Fairness*,⁶ que se compone en su aplicación procesal en la necesidad de proceder y juzgar de manera justa, así como en la necesidad de imparcialidad del juzgador.

En efecto y en esta línea, la exigencia básica del proceso legalmente debido es la equidad procesal (*Fairness*). Si *Due Process of Law* era el motor, la *Fairness* es la gasolina que necesita para funcionar.

Ni la Constitución USA, ni la *Bill of Rights* se refieren a *Fairness*. A la vista de las traducciones legales del término en francés por “equitable” o “juste”, en italiano “giusto”, o en español “justo” o “limpio” (los alemanes no han traducido el término, sólo lo han germanizado, *fairen Verfahren*), se ve claro que no cohonestan muy directamente con la clásica terminología procesal de la Europa continental. Por eso me atrevo a pensar que la mejor traducción acaso no tenga que ver con proceso, sino con equidad, sólo que aplicada al proceso tengamos que

⁶ La traducción al español de *Fairness* es de las más difíciles en el mundo del Derecho. Como adjetivo es bastante comprensible dependiendo del contexto (limpio, justo, imparcial, neutral, equitativo), pero como sustantivo, creemos que la que mejor se corresponde con lo que se quiere expresar es “equidad”, pero no es la equidad romana que sirvió en origen para atenuar el rigor de la ley, consiguiendo una interpretación más elástica y comprensiva que la ley vigente, generalmente por ser ésta muy antigua, acabándose por hacer equivalente de alguna manera equidad a justicia en el caso concreto, por hacerla muy similar a proceso justo (véase Torrent Ruiz, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Edisofer, Madrid, 2005, pp. 90 y 91), sino en el sentido de juicio imparcial, habiéndose procedido con trato razonable e igualitario a las partes, en el que se resuelve conforme a un sentido natural de la Justicia al no existir ley positiva.

decir “justo”, y aplicada al Tribunal, tengamos que decir “imparcial”, sin captar en ningún caso todo el sentido del término original, pero acercándonos bastante.

El Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América ha dicho con toda claridad que la exigencia básica de un *Due Process of Law* es un juicio *Fair*, ante un Tribunal *Fair*. ¿No entenderíamos esa afirmación mejor si dijéramos que un proceso con todas las garantías debe basarse en un desarrollo justo del mismo ante un Tribunal imparcial, porque la manera de proceder está sometida a la regla de la equidad? Es sólo una opción, pero creo que no es descabellado proponerlo.

Si observamos además su aplicación concreta, esta propuesta puede resultar reforzada, ya que la *Fairness* se desdobra en un complejo contenido, que podemos agrupar en dos grandes temas:

a) El derecho de las partes a un juicio justo (*Fair Trial*), sobre todo, del acusado, lo que implica como características sustanciales del mismo según la Jurisprudencia y doctrina norteamericanas los siguientes derechos y garantías: el reconocimiento del principio de igualdad, dar a conocer en la acusación todos los hechos criminales imputados, no ocultar pruebas, no poner obstáculos a la defensa, cumplir con las normas y con las instrucciones que dé el Juez, desarrollar el procedimiento conforme a reglas equilibradas, derecho al Gran Jurado (con matices), cosa juzgada y prohibición de la doble incriminación, prohibición de la autoincriminación, derecho al juicio público y sin dilaciones, derecho a ser juzgado en el lugar del hecho, derecho a ser informado de la acusación, derecho a interrogar a los testigos de cargo, derecho a obtener testigos de descargo, derecho a ser defendido por abogado, etc., etc. Es decir, obsérvese, los derechos reconocidos en las Enmiendas V y VI, o sea, el *Fair Trial* es en realidad el concepto que recoge prácticamente todas las garantías y derechos del acusado en los Estados Unidos, porque obliga a proceder respetando el principio de igualdad y digamos también que a proceder con buena fe.

Se trata en suma de conjugar equilibradamente mediante esta regla de equidad los grandes derechos (del Estado y del acusado) aplicables en el proceso penal que aparecen concretados, a veces de manera muy detallista, o en las Enmiendas V y VI, o en las diferentes y sucesivas creaciones jurisprudenciales: el derecho del Estado a perseguir y castigar el delito conformado legalmente (que nosotros llamaríamos *ius perseguendi atque puniendi*, completado con el principio de legalidad), y

el derecho del acusado a ser enjuiciado debida y justamente (que nosotros llamaríamos derecho al proceso con todas las garantías).

De los anteriores derechos y principios sólo la igualdad procesal, entendida como prohibición de cualquier desventaja para alguna de las partes, plantea algún problema, pues la regla de la presunción de inocencia, en el entender de la jurisprudencia norteamericana, inclina la balanza claramente a favor del acusado, lo que perjudica ante todo a la víctima. Debe tenerse en cuenta que el principio del proceso debido sólo beneficia al acusado, nunca al Estado (Administración) o al Gobierno Central (al Ministerio Fiscal), que como entes públicos o administraciones no gozan de ningún derecho procesal de naturaleza constitucional en el proceso penal norteamericano, ni federal, ni estatal. Por eso, la doctrina dice que el proceso penal norteamericano no ofrece las mismas posibilidades a la acusación que a la defensa, ya que la presunción de inocencia favorece la absolución, lo que no deja de ser una paradoja.

b) El derecho a un Tribunal neutral (*Fair Court*), lo que implica como característica sustancial la imparcialidad del Juez (y del Jurado), es decir, que sea un árbitro neutral e independiente, por tanto, que no tenga ninguna vinculación con las partes, ni tampoco interés alguno con el objeto del proceso.

Dado que el concepto de imparcialidad como garantía de la independencia es el mismo que en Europa, aunque sus manifestaciones concretas puedan diferir, no trataremos más esta cuestión. Pero en América Latina el término imparcialidad es todavía muchas veces el reflejo de un simple deseo, con alguna notable excepción, pues el control político en el nombramiento de los jueces, negando además su inamovilidad, atacan directamente a la independencia, aunque esté consagrada en una ley de carrera judicial, lo que posibilita en definitiva su parcialidad. En estos países por tanto, el principio acusatorio difícilmente puede contribuir a la imparcialidad, si el propio sistema permite tantas y tan graves fallas.

Hasta aquí lo que el sistema tiene de bueno, con las críticas que he formulado. Éste es el sistema en el que se ha fijado México para dar un giro hacia el progreso jurídico. Ha hecho lo mismo que casi todos los demás países de América Latina (no así en Europa), en donde los Estados Unidos de América son menos modelo, prefiriéndose una evolución de las esencias propias, siendo el mejor ejemplo de ello, como

casi siempre, Alemania que ha rechazado ser un país de sistema adversarial, para seguir siendo un país alemán, mejor y más evolucionado, pero con sistema propio.

Yo espero de verdad que en México se hayan salvaguardado las esencias propias nacionales que han funcionado hasta ahora, lo cual no debe entenderse en ningún caso como una lanza a favor de la vuelta al sistema inquisitivo, en absoluto. Lo que deseo es que se haya conservado lo bueno existente para que el resultado final no sea una burda copia de un sistema extranjero.

Para mí, lo más prudente es que, para mejorar, se tomen ciertas partes del modelo mejor, indiscutiblemente hoy el proceso penal federal de los Estados Unidos de América, buscando una evolución propia, interna, acomodada a las raíces históricas mexicanas y a sus antecedentes, en la forma más usada de "detalles" cuando haya que aportar matices a favor del sistema acusatorio, o más restrictiva de instituciones concretas si siendo esenciales en el proceso acusatorio México no la tuviera. ¿Por qué? Porque si nos quedáramos en lo que tenemos, aun participando del *Due Process of Law* y de la *Fairness*, no estaríamos todavía a la altura que el calificativo acusatorio (puro) exige conforme al modelo que se ha tomado ya.

Debo por ello llamar la atención, de cara a posibles reformas si ello no se hubiera hecho ya, de quien corresponda para que, sin objetar que se tome como modelo por un país concreto, México en este caso, el sistema acusatorio norteamericano y su proceso penal, si lo ha adoptado al menos, primero, que haya sido una parte y no el todo, y segundo que lo haya "nacionalizado", que haya mantenido las mejores tradiciones jurídicas mexicanas, las que han funcionado en la práctica correctamente, y si es posible que lo haya aliñado también con aditamentos alemanes, italianos y quizás españoles, las fuentes tradicionales de la excelente doctrina científica mexicana hasta ahora, toda ella formada y doctorada en España, Italia y Alemania.

Finalizo ya. Este código es en mi opinión un paso adelante, no la última palabra. Los comentarios destacan acertadamente sus debilidades y fortalezas, muchas de las cuales son propias del sistema adversarial. Una vez entre el código en vigor completamente, el segundo paso será con esas fundadas opiniones doctrinales y la experiencia práctica que se acumule, reformarlo para que la ciudadanía mexicana progrese y mejore jurídicamente.

Mi mayor agradecimiento a los autores por pensar en este modesto profesor español, que vive en una provincia bastante desconocida en el mundo, pero que por ver el mar todos los días vive en una serena calma, contemplando objetivamente los esfuerzos que se hacen en lo que es su especialidad para mejorar la dignidad de las gentes, la seguridad de sus relaciones y, sobre todo, el castigo del culpable y la absolución del inocente.

Hoy es el Día de la Hispanidad, afortunadamente mejor entendida y con un sentido totalmente distinto al que se pensó cuando se creó la conmemoración hace unos años. No nos une sólo la lengua, nos une algo mucho más valioso, nos une nuestra lucha permanente por la igualdad del ser humano, por la dignidad de las personas y por la práctica de una Justicia verdadera a través del proceso penal. Vale la pena celebrarlo.

Castellón, España, a 12 de octubre de 2014.

Presentación

1. Después de haber tenido una participación muy relevante en la generación del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), los miembros de la *Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología* (AMPEC) tienen el propósito de continuar incidiendo, con estos “Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales”, en el proceso de reforma al sistema de justicia penal en México, que sin duda no concluye con la expedición del CNPP, sino que sólo adquiere un nuevo impulso y que siempre requerirá de las aportaciones de los especialistas.

Como es sabido, a raíz de la reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal, surgió la necesidad de generar un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), así como los Códigos de Procedimientos Penales en cada uno de los Estados y el Distrito Federal, para responder a los objetivos de dicha reforma constitucional. Más adelante, debido a la lentitud del proceso de implementación de la citada reforma y a los problemas provocados por la dispersión de criterios legislativos, se planteó también la conveniencia de contar con un Código de Procedimientos Penales único para toda la República, para posibilitar que la justicia penal en el país sea igualitaria. Como respuesta a todo ello, se prepararon los correspondientes proyectos legislativos; y, tanto en uno como en otro, hubo una amplia participación de sectores académicos vinculados con las cuestiones penales, como el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (AMPEC), la Academia Mexicana de Ciencias Penales, entre otros.

En efecto, dicho grupo de académicos venía trabajando desde hacía varios años atrás en un proyecto de *Código Federal de Procedimientos Penales*, el cual a principios de 2013 fue presentado como Iniciativa por algunos senadores de la Comisión de Justicia del Senado de la República; poco tiempo después, presentó también un proyecto de *Código de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos*, que en marzo de 2013 se convirtió en la primera de las tres iniciativas que el Senado de la República conoció y que obedecían a la idea de unificar la legislación procesal penal en nuestro país. De esas tres iniciativas resultó finalmente el *Código Nacional de Procedimientos Penales* que aquí se comenta, el cual fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014 y actualmente se encuentra en proceso de implementación en todo el país, con una gran diversidad de implicaciones.

2. Para quienes no saben qué es la AMPEC, cómo surgió, cuáles son sus objetivos y quiénes son sus miembros, habrá que decirles que la *Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología* tiene sus antecedentes en la *Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología* (ALPEC), que se constituyó en la Ciudad de Guatemala, en el marco del I Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología: “*Retos y desafíos del Derecho penal y de la Criminología*”, que tuvo lugar en dicha ciudad en abril de 2011, y que para los fines legales fijó su domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina.

Entre las *razones* que motivaron la creación de la ALPEC está la de “responder a la necesidad de disponer de una entidad de encuentro específico de penalistas y criminólogos latinoamericanos, donde se profundicen los temas comunes de sus materias tomando en cuenta las realidades regionales y sus particularidades sociales, legales, políticas y económicas, así como las estructuras de sus sistemas penales y de las agencias que los componen”. En la Declaración de Guatemala se eligieron los miembros del Consejo Directivo de la ALPEC, integrado por representantes de cada país de América Latina, resultando electo como su Secretario Ejecutivo el Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni y como representantes por México los doctores Moisés Moreno Hernández y Fernando Tenorio Tagle.

La Asociación Latinoamericana “no tiene por objeto competir ni segregarse de las asociaciones mundiales que se ocupan de las materias que le son propias, sino el de configurar un foro que coordine una mayor y mejor participación de la región en ellas. Hasta ahora, la voz de los estudiosos latinoamericanos en esas asociaciones, si bien en

ocasiones importante, es casi individual y carente de un intercambio previo de opiniones, siendo muchas veces ocasional y sin continuidad. Sin embargo, la frecuencia de comunicación entre los distintos países de la región aumenta, potenciada por la tecnología actual, con lo cual se pone de manifiesto la alta conveniencia de una participación más coordinada y rica en los foros mundiales, como corresponde al nivel de los estudios y trabajos regionales”.

Por ello, la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología tiene por *objeto*:

- a) contribuir al desarrollo científico de las ciencias, disciplinas y saberes de la criminología, la sociología criminal, el Derecho Penal y el Derecho procesal penal;
- b) promover la dignidad de la persona y la vigencia de los derechos humanos;
- c) afianzar las garantías públicas y promover la participación ciudadana;
- d) afianzar los principios democráticos y republicanos;
- e) combatir toda forma de discriminación y opresión;
- f) fomentar y reforzar los derechos de las minorías;
- g) propiciar el desarrollo de alternativas no violentas de resolución de conflictos, y
- h) difundir los principios de la no violencia en la sociedad; entre otros.

3. Ahora bien, atendiendo a los acuerdos de Guatemala, los representantes de cada país se dieron a la tarea la de conformar los *Grupos Nacionales*; por lo que, para la creación del *Grupo México*, se convocó a *penalistas y criminólogos mexicanos*, quienes en su primera reunión del 16 de agosto de 2011, acordaron constituir la *Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología* (AMPEC), correspondiente de la ALPEC, siendo sus *miembros fundadores* las siguientes personas: Dr. Moisés Moreno Hernández; Dr. Luís Armando González Placencia; Dr. Augusto Sánchez Sandoval; Dr. Fernando Coronado Franco; Dra. María Elena Leguizamón Ferrer; Dr. Fernando Tenorio Tagle; Dr. Miguel Ontiveros Alonso; Mtro. Rodolfo Félix Cárdenas; Dr. Sergio Correa García; Mtro. José Héctor Carreón Herrera; Mtro. Jorge Nader Kuri; Dr. Samuel González Ruiz; Dra. Patricia Olamendi Torres; Dr. Elías Huerta Psihas; Dr. Francisco Galván González; Dra. Alicia Azzolini Bincáz; Mtro. Juan Moreno Sánchez; Dr. Ernesto Mendieta Jiménez; Lic. César A. Prieto Palma, y Mtra. Guadalupe Valdés Osorio.

En esa misma fecha el Dr. Moisés Moreno Hernández fue electo *Secretario Ejecutivo* de la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología. Más adelante, se designó a los miembros del Comité Directivo y se acordó la incorporación de nuevos miembros; por ello, con posterioridad se han incorporado como nuevos miembros de la AMPEC: los maestros Héctor Carreón Perea, Karmen Theresa Silva, Roberto Hernández Martínez, Jesús Corrales Hernández y Julio César Guillén Bonifaz. El 23 de agosto de 2012 se protocolizó ante el Notario Público No. 36 del Distrito Federal, la escritura que le da vida jurídica a la *Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología*, en donde se señalan sus objetivos, miembros, estructura y atribuciones.

Para la creación de la Asociación Mexicana se tomó como referente las razones y *objetivos* que dieron origen a la Asociación Latinoamericana, ALPEC; por lo que, la AMPEC es una entidad que también responde a la necesidad aglutinar penalistas y criminólogos nacionales y de promover el debate jurídico, criminológico y político-criminal, el intercambio académico y docente, la crítica jurídica y social y el perfeccionamiento institucional en el ámbito nacional, así como la investigación y difusión del conocimiento, sobre todo, en los tiempos actuales en que el sistema de justicia penal y de seguridad pública es objeto de constantes transformaciones y reclama la amplia participación de los especialistas.

La creación de la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología de ninguna manera obedece a la idea de competir o de segregarse de las asociaciones nacionales que se ocupan de las disciplinas que le son propias, como, p. ej., la *Academia Mexicana de Ciencias Penales*, la *Sociedad Mexicana de Criminología* y la *Asociación Nacional de Doctores en Derecho*, entre otras. Por el contrario, tiene el propósito de trabajar en forma coordinada con ellas, para lograr una mayor y mejor participación en el análisis y discusión de las cuestiones nacionales que tienen que ver con la justicia penal y la seguridad pública, así como con el desarrollo de las ciencias penales, la criminología y la política criminal; máxime que varios miembros de la AMPEC también formamos parte de otras agrupaciones nacionales o internacionales que tienen objetivos comunes.

Muestra de ese trabajo coordinado es que varios miembros de ellas han participado en diversos trabajos académicos conjuntos, siendo uno de ellos el de carácter legislativo que, como se dijo, consistió en la elaboración de un proyecto de Código Federal de Procedimientos

Penales y uno de Código de Procedimientos Penales único para toda la República; ambos fueron adoptados como Iniciativa en la Cámara de Senadores y, sin duda, desempeñaron un papel determinante en la generación del CNPP. Como podrá observarse de los distintos comentarios respecto al CNPP, se destacan por una parte las diversas implicaciones teórico-prácticas de ciertos contenidos de éste y, por otra, se señala que la nueva legislación procesal penal aún está muy distante de cumplir los objetivos de la reforma constitucional y de llenar las expectativas sociales, que esperan que las nuevas medidas, además de garantizar mayor observancia de los derechos de imputados y procesados, garanticen también una mejor protección de los bienes jurídicos de las víctimas frente al delito.

Con los anteriores comentarios y sus diversos puntos de vista de acuerdo con lo que ahora nos ofrece el legislador, los miembros de la AMPEC desean contribuir en la discusión que normalmente provoca una nueva Ley que, sin duda, ha despertado muchas expectativas. De esta manera se desea, también, contribuir al desarrollo del derecho penal y del derecho procesal penal en nuestro país, así como al desarrollo del saber científico sobre las diversas disciplinas que se ocupan de ellos y de promover el reconocimiento y respeto de la dignidad de la persona y de los derechos humanos, que constituyen objetivos fundamentales tanto de la ALPEC como de la AMPEC.

Por ello, se espera que este nuevo organismo se fortalezca y pueda efectivamente incidir en los cambios positivos del sistema de justicia penal y seguridad pública, tanto en México como en la región latinoamericana.

Moisés Moreno Hernández.

Fortalezas y debilidades
del Código Nacional de Procedimientos Penales
(*La lucha poco fructífera por un modelo
procesal penal para México*)

Moisés Moreno Hernández

LA IMPORTANCIA DE LA LEGISLACIÓN
PROCESAL PENAL ÚNICA

Los avatares de la legislación procesal penal única

a) Después de haber reformado su Constitución en junio de 2008, para precisar las bases de su sistema de justicia penal, y después de haber experimentado durante más de cinco años un proceso heterogéneo y desordenado de implementación de la reforma constitucional, propiciado por la multiplicidad de códigos de procedimientos penales y por la falta de planeación, que hacían prever un inevitable caos o incluso un posible desastre del nuevo sistema, México parece ahora encontrarse de plácemes, porque se ha cumplido con una aspiración largamente planteada y esperada, de contar con una *legislación procesal penal única*, aplicable para toda la República.¹

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; Secretario Ejecutivo de la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (AMPEC), perteneciente a la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC); Presidente y Director General del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM).

¹ El que “México esté de plácemes” es un decir, pues la realidad es que esta importante reforma pasó casi desapercibida para la mayoría del pueblo mexicano, no

En efecto, después de haberse previamente reformado en septiembre de 2013 el artículo 73, fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,² para otorgarle al Congreso de la Unión la facultad exclusiva de legislar en materia procesal penal, el 5 de febrero de 2014 el Congreso de la Unión aprobó el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).³ Con este Código se busca superar los inconvenientes de tener más de treinta códigos procesales en el país, así como la gran dispersión de criterios y el previsible caos en el proceso de implementación de la reforma constitucional de 2008, y procurar que la justicia penal sea igualitaria en todo el territorio nacional.

b) Como es sabido, el dictamen del CNPP es producto de tres iniciativas que fueron presentadas a principios de 2013 al Senado de la República por diferentes grupos de senadores, que obedecen a la idea de *unificar* la legislación procesal penal.⁴ La primera de ellas fue elaborada

obstante la trascendencia de la misma y las grandes expectativas sociales que se han despertado con ella frente al grave problema de la delincuencia y de la inseguridad pública. Incluso en el propio Congreso de la Unión y para los medios de comunicación el nuevo Código mereció poco interés; lo que sin duda obedeció a que los mayores reflectores estaban más atentos a otro tipo de reformas, como la fiscal, la política y la energética.

² Véase DOF, 8 de octubre de 2013.

³ Lamentablemente, aún no existe la misma voluntad política para que el *Código Penal* corra la misma suerte, a pesar de que éste es el mayor desiderátum que se ha buscado desde casi siempre, por constituir la mejor decisión político-criminal que el país requiere y que el legislador puede tomar; pero, seguramente habrá que esperar un poco más, cuando el legislador se convenza de que contar con un *Código Penal único* es la mejor opción para lograr que el sistema de justicia penal efectivamente esté en condiciones de funcionar mejor. Pero, para que este objetivo se pueda alcanzar, habrá que partir de la base de que, mientras el Derecho penal siga siendo un necesario medio de control social, por ahora no puede prescindirse de él, pero sí se le puede utilizar de manera más racional.

⁴ Previamente a ellas, la Comisión de Justicia contaba hasta mediados de febrero de 2013 con dos iniciativas cuyo objeto era expedir un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales: una del senador Escudero, presentada el 2 de octubre de 2012, y la otra de los senadores Gil Zuarth y Camacho Solís, presentada el 5 de febrero de 2013. Asimismo, la Comisión había programado la celebración de audiencias públicas para analizarlas, que se realizaron durante marzo de ese año, para lo cual integró una lista de comparecientes, quienes deberían emitir su opinión técnica; sin embargo, desde la conformación de la lista de comparecientes se observa la aplicación de criterios que obedecían a una determinada tendencia y, por tanto, a la posición que asumirían frente a las dos iniciativas; esa falta de equilibrio de participantes se notó también en la conformación del Consejo Técnico.

por un grupo de académicos,⁵ que desde hace ya algunos años había venido trabajando en un proyecto alternativo de Código Federal de Procedimientos Penales,⁶ y que fue adoptada por algunas senadoras del PRI de la Comisión de Gobernación que preside la senadora Cristina Díaz. Semanas después, miembros de la Red Nacional a Favor de los Juicios Orales y el Debido Proceso presentaron otra propuesta,⁷ que fue adoptada por otros senadores⁸ y presentada como Iniciativa de CPP Único; finalmente, la iniciativa presentada por el Senador Pablo Escudero, igualmente elaborada por miembros de la Red, aunque siguiendo algunos criterios diferentes.⁹

Para el análisis y discusión de dichas iniciativas, la Comisión de Justicia del Senado de la República integró previamente un Consejo Técnico,¹⁰ conformado por personas de distintas instituciones académicas y del sector público relacionadas con el sistema de justicia penal, y que tendría como función otorgar a la Comisión de Justicia asistencia técnica necesaria en el análisis y dictamen de las iniciativas.¹¹ Después de varios meses de análisis y discusión, la Procuraduría General de la República (PGR) participó directamente en la preparación del proyecto de dictamen,¹² cuya primera versión se concluyó en octubre de 2013 y, a partir de entonces y durante noviembre, fue objeto de observaciones y sugerencias;¹³ final-

⁵ Coordinados por el suscrito, y del que formaron parte: Samuel González Ruiz, Julio Hernández Pliego, María Elena Leguizamó Ferrer, Patricia Olamendi Torres, Elías Huerta Psihas, Francisco Galván González, Sergio Correa García, Juan Moreno Sánchez, Miguel Ontiveros Alonso, Ernesto Mendieta Jiménez, entre otros. Véase exposición de motivos de la iniciativa sobre otros participantes.

⁶ Que también algunos senadores lo hicieron suyo y lo convirtieron en Iniciativa.

⁷ Encabezados por miembros de SOS, que preside Alejandro Martí.

⁸ Entre quienes se encuentran la senadora Arely Gómez y el senador Gil Zuarth.

⁹ Pues tomó como modelo la iniciativa presentada por el Presidente Calderón desde 2011, cuyo dictamen se quedó atorado en la Cámara de Diputados.

¹⁰ Creado por Acuerdo de la Junta Directiva de la Comisión de Justicia del 7 de febrero de 2013.

¹¹ Dicho Consejo Técnico, al que también invitaron al suscrito a formar parte, tuvo reuniones de trabajo y sesiones plenarias a partir del 14 de mayo hasta septiembre de 2014.

¹² Lo que muestra la gran injerencia del Poder Ejecutivo en una función que ahora correspondía ya al Poder Legislativo.

¹³ De las cuales, sólo algunas fueron tomadas en cuenta; otras críticas y sugerencias, en cambio, que señalaban las graves deficiencias del Código, no fueron atendidas, y de ahí que siguen vigentes.

mente, el 3 de diciembre las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos Segunda del Senado, aprobaron por unanimidad el Proyecto de Dictamen,¹⁴ y el 5 de diciembre de 2013 el pleno de la Cámara alta aprobó el dictamen respectivo de CNPP,¹⁵ que inmediatamente remitió a la Cámara de Diputados para su trámite correspondiente.

c) Es claro que, no obstante su trascendencia y las expectativas antes despertadas, en la Cámara de Diputados el dictamen no corrió la misma suerte que otras iniciativas, como la de la reforma energética, la reforma política y la fiscal; por lo que, tuvo que esperar hasta el siguiente periodo legislativo, pero en esa espera abrió también la posibilidad de que fuese aprovechada por algunos para someterlo a los cambios que no pudieron introducir en la Cámara de Senadores. Lo cierto es que, al poco tiempo de iniciarse el siguiente periodo legislativo, sin mayor análisis y discusión y de manera casi desapercibida,¹⁶ el 28 de enero la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados aprobó en sus términos la minuta enviada por el Senado de la República; y el 5 de febrero de 2014, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó por mayoría de votos el dictamen con proyecto de decreto que expide el Código Nacional de Procedimientos Penales¹⁷ y lo remitió al Ejecutivo Federal para los efectos constitucionales correspondientes. El 4 de marzo de 2014 el Presidente de la República promulgó el CNPP y el 5 del mismo mes, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*.

Alcances de la unificación de la legislación procesal penal

a) Con independencia de si estoy o no de acuerdo con todo su contenido,¹⁸ y de si se tienen claras sus diversas implicaciones, lo cierto es que se trata de un hecho histórico para México, pues con ello se han

¹⁴ Véase Boletín de Prensa núm. 825 del Senado, del 3 de diciembre de 2013: "*Avalan en Comisiones Código Nacional de Procedimientos Penales*".

¹⁵ Véase Boletín de Prensa núm. 836 del Senado, de 5 de diciembre de 2013: "*Aprueba Senado nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, lo turna a la Cámara de Diputados*".

¹⁶ No obstante que este acontecimiento era importante, para la gran mayoría de la población pasó desapercibido.

¹⁷ Aun cuando hubo una cantidad considerable de reservas por parte de algunos legisladores, sobre todo, del PRD y MC, las cuales fueron desechadas por la mayoría.

¹⁸ Que por supuesto no lo estoy.

superado algunos mitos y paradigmas tradicionales y se ha tomado la decisión de transitar hacia el “*sistema de codificación procesal penal única*”, con el que se busca superar los problemas de desigualdad en la procuración y administración de la justicia penal, provocados por la multiplicidad de leyes y la heterogeneidad de criterios procesales. La unificación de la legislación procesal penal deberá redundar en *beneficios* para la sociedad mexicana y para el propio sistema de justicia penal, pues se espera que con la unificación de criterios el CNPP responda a la pretensión de superar los vicios del sistema procesal penal hasta ahora vigente.

b) En efecto, el nuevo CNPP implica la *unificación* de criterios político-criminales respecto a los distintos aspectos que tienen que ver con el procedimiento penal; y, a manera de ejemplo, esa unificación se da:

- Sobre la *naturaleza* y la *función del proceso penal*, así como sobre su vinculación con el Derecho penal sustantivo o material.
- Sobre las *etapas del procedimiento penal ordinario*, cuáles son y, por ende, cuándo empieza y cuándo termina cada una de ellas.
- Sobre los *derechos, principios y garantías procesales* previstos en la Constitución, así como sobre los momentos procedimentales en que deben ser observados.
- Sobre el *equilibrio* que debe existir entre los derechos de las *víctimas* y del *victimario*, así como sobre el nuevo *rol* de las víctimas en el proceso penal.
- Sobre el equilibrio entre *garantismo* y *eficientismo* en el sistema procesal penal.
- Sobre la relación entre la fase de *investigación* y el *proceso*, y sobre el uso de *técnicas modernas de investigación*, ya que la investigación es la parte que más tiene que ver con las expectativas de la sociedad ante el problema de la delincuencia, la inseguridad y la impunidad.
- Sobre el uso de las *medidas cautelares* y sus requisitos.
- Sobre la delimitación entre la *acción penal pública* y la *acción penal privada*, así como sobre los casos y las condiciones en que esta última debe proceder.
- Respecto a los casos y las condiciones en que debe proceder la aplicación de *criterios de oportunidad* y de *mecanismos alternativos de solución de controversias*.
- Sobre los *requisitos materiales* para el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso.

- Sobre los alcances de la aplicación de las *salidas alternas* y de los *juicios orales* y, por ende, sobre la forma de alcanzar los objetivos de la reforma constitucional.
- En relación con el *sistema probatorio*.
- Sobre los requisitos materiales de la *sentencia condenatoria* y los *presupuestos* para la imposición de una pena, así como sobre los criterios para la *individualización judicial* de la pena.
- Sobre los *medios de impugnación* en el proceso penal acusatorio, cuáles son y cuándo proceden.
- Sobre los *procedimientos penales especiales*; entre otros tantos temas.

c) Ahora bien, no obstante lo anterior, que sin duda no es poca cosa, surgen algunas interrogantes: ¿qué tanto la nueva legislación procesal penal unificada responde a los objetivos de la reforma constitucional de 2008?, o, en otros términos, ¿qué tanto las nuevas instituciones y los nuevos mecanismos introducidos en el CNPP posibilitan alcanzar de mejor manera los objetivos de la reforma constitucional?; ¿se optó por el mejor modelo procesal penal, que se sustente además en la consideración de las realidades nacionales y las expectativas sociales?; ¿cuáles fueron los modelos procesales que estuvieron en pugna y los reales intereses detrás de las reformas al sistema de justicia penal?; ¿fueron acaso muy ingenuos los legisladores en pensar que podría sin más adoptarse cualquier modelo procesal penal sin tomar en cuenta las exigencias de nuestra realidad?; ¿por qué siendo ésta una reforma tan importante, no se trabajó con menos apresuramiento y mayor responsabilidad?; ¿que rol tuvieron en todo esto los tradicionales procesalistas mexicanos, que durante las discusiones legislativas no estuvieron presentes?; ¿cuáles son ahora los retos de la unificación de la legislación procesal penal y sus reales perspectivas?; ¿cómo podrá evitarse que en pocos años se viva algo parecido a lo que sucedió con el sistema procesal penal de Chihuahua, que después de algún tiempo fue objeto de fuertes cuestionamientos, de drásticos cambios y que la reforma inicial se haya distorsionado con criterios político-criminales opuestos a los que le dieron sustento?¹⁹ Sin duda, hay muchas interrogantes más, que pueden reforzar la percepción de que la nueva legislación procesal puede provocar consecuencias no deseables. Espero que del desarrollo posterior de este trabajo se desprendan algunas respuestas.

¹⁹ Pero eso mismo ha sucedido en Chile y en otros lugares.

LA LUCHA POR UN MODELO PROCESAL PENAL
PARA MÉXICO Y LOS INTERESES DETRÁS DE ELLO

Los modelos procesales en pugna

a) Toda vez que el Derecho penal material no puede realizarse por sí mismo, requiere para ello de un *procedimiento*, que es el procedimiento penal; y como éste no puede desarrollarse sino ante los tribunales, luego entonces el Derecho penal sólo puede aplicarse por los tribunales a través del procedimiento penal; de ahí que el procedimiento penal no es sino un instrumento al servicio de los objetivos del Derecho penal. Ahora bien, como el procedimiento penal no es único ni permanece inmodificable, se plantea la cuestión: ¿cuál es el *tipo* de procedimiento penal que sirve para alcanzar de mejor manera los objetivos político-criminales del Derecho penal material, como es la protección de bienes jurídicos frente al delito?; ¿será *uno* que garantice a todo ciudadano la observancia de sus derechos procesales y se sustente en principios fundamentales que tienen la función de evitar un ejercicio ilimitado y arbitrario del poder penal estatal y, además, que permita *proteger al inocente y tratar correctamente al culpable*, o un procedimiento que posibilite un ejercicio arbitrario y sin límites de la potestad punitiva del acusador y del juzgador y, por ende, que limite los derechos y garantías de los ciudadanos? La respuesta a esta interrogante puede llevarnos a un procedimiento penal que responda a exigencias *democráticas* o a exigencias *autoritarias*.

Por ello, aun cuando era evidente el tipo de sistema procesal penal que diseña la Constitución, ante la mera posibilidad de que haya diferentes tipos de procedimientos penales, con distintos alcances y consecuencias político-criminales, se puso de relieve la necesidad, antes de emprender la elaboración de la nueva legislación procesal penal, de precisar el *tipo de sistema procesal acusatorio* que debía seguirse en la justicia penal mexicana, que se ajustara a los lineamientos de la Constitución Política y de instrumentos internacionales. Y ello tenía que ser así, porque —como dice Roxin—²⁰ el procedimiento penal constituye de alguna manera el *sismógrafo de la Constitución*, ya que toda reglamenta-

²⁰ Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 22. Auflage, Verlag CHBeck, München, 1991, p. 9.

ción de esta materia tiene su base y su marco en la Ley Fundamental,²¹ que se precisa aún más con la reforma de 2008.

b) Tradicionalmente se han distinguido tres sistemas procesales: el *acusatorio*, el *inquisitivo* y el *mixto*, que se han diseñado a través de la historia de la justicia penal, como lo muestra la doctrina procesal penal y el derecho comparado contemporáneo; cada uno de ellos con sus propios rasgos característicos. Y, atento a esos rasgos de los diferentes sistemas procesales penales, se ha llegado a la idea, al menos en el ámbito latinoamericano, que el sistema que mejor se ajusta al Estado democrático de Derecho y mejor responde a los objetivos de la justicia material es el sistema procesal acusatorio²² en el desarrollo que hasta ahora ha alcanzado. En efecto, se afirma que dicho sistema, en comparación con el inquisitivo,²³ permite diferenciar claramente las distintas partes procesales: *acusador*, *defensor* y *decisor o juzgador*,²⁴ procura mayor equilibrio entre ellas, garantiza en mayor medida los derechos del procesado y proporciona mayor atención a los *derechos de las víctimas*.

Por razón de lo anterior, el movimiento de reforma procesal que durante las últimas décadas se ha producido en la región latinoamericana se ha caracterizado por la idea de adoptar, o de fortalecer, el sistema procesal acusatorio, así como la de aplicar los juicios orales. Y

²¹ Asimismo, en el diseño del sistema procesal penal habrá que considerar ciertos *instrumentos internacionales*, como tratados, pactos o convenciones, suscritos por México, que igualmente consagran principios fundamentales que deben regir al sistema procesal penal, como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (DOF, 20 de mayo de 1981) y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (DOF, 7 de mayo de 1981).

²² Sistema que también es considerado la forma más primitiva de los juicios criminales; cfr. Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Porrúa, México, 1980, p. 74.

²³ Se afirma lo anterior, aún en contra de lo señalado por Gómez Colomer, quien siguiendo a Montero Aroca, dice que el proceso sólo puede ser acusatorio, pues “el llamado proceso inquisitivo no es realmente un verdadero proceso, sino un mero procedimiento administrativo, carente de las garantías propias del proceso”. Gómez Colomer, Juan-Luis, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, INACIPE-Univ. Jaume I, México, 2008, p. 24.

²⁴ Situación que varía en los sistemas de este tipo. Como se verá, en el sistema que adopta el CNPP son partes en el procedimiento penal el imputado y su defensor, el Ministerio Público, la víctima u ofendido y su asesor jurídico; pero, lo que más importa para este sistema es que las *funciones* del órgano de acusación y las del juzgador estén claramente diferenciados.

esa es la tendencia que también se ha seguido en México, sobre todo en lo que va del presente siglo XXI, aun cuando el cambio que se observa en nuestro país no puede ser calificado de “radical” como el que se dio, por ejemplo, en Chile, debido a que en México muchas de las bases propias del sistema procesal penal acusatorio se habían introducido ya desde 1917 en la Constitución. Si bien la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no contenía alguna referencia expresa de que el proceso fuese “acusatorio”, como lo hace ahora con la reforma de 2008, existen en la misma diversos contenidos que permiten afirmar que ese es el tipo de sistema procesal que adoptó el Constituyente de 1917,²⁵ por ser el que garantiza la libertad y la dignidad del ser humano y, además, permite la protección de los intereses de la persona ofendida y de la sociedad.²⁶

Por otro lado, desde principios del siglo XXI en México se empezó a escuchar con insistencia sobre la necesidad de introducir la *oralidad* en los procesos penales, o incluso de “sustituir el juicio escrito por el juicio oral ante el juez”,²⁷ aunque en un inicio en los planteamientos mexicanos

²⁵ Por diversas razones, dicho sistema procesal no fue desarrollado en sus términos en la legislación secundaria, resultando un sistema híbrido. Por ello, ha sido opinión dominante en la doctrina nuestra que el vigente sistema procesal penal en México no es un sistema de corte eminentemente *acusatorio*, como tampoco es caracterizado como completamente *inquisitivo*, sino más bien se trata de un *sistema mixto*, por contener tanto rasgos acusatorios como inquisitorios; no obstante, permite distinguir las funciones de *acusar*, *defender* y *juzgar*; además, en él sigue todavía prevaleciendo la forma *escrita*. cfr. Franco Sodi, Carlos, *Procedimiento Penal Mexicano*, Porrúa, México; González Bustamante, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Porrúa, México, 1959; véase Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Porrúa, México, 1980, p. 76.; Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal*, 3a. ed., Porrúa, México, 1963, p. 156; García Ramírez, Sergio, *Derecho Procesal Penal*, Porrúa, México, 1980, pp. 98 y ss.; del mismo, *El procedimiento penal en los Estados de la República. Los casos de Guerrero, Morelos y Tabasco*, UNAM, México, 1998, p. 77; Díaz de León, Marco Antonio, *Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal Comentado*, Porrúa, México, 1990; entre otros.

²⁶ Cfr. Islas, Olga, y Ramírez, Elpidio, *El Sistema Procesal Penal en la Constitución*, Porrúa, México, 1979, pp. 19 y 39. Véase, también, Moreno Hernández, Moisés, *Retos del Sistema Procesal Penal en México*, INACIPE, Conferencias Magistrales núm. 8, México, 2004.

²⁷ Esta misma propuesta se plantea en la *Iniciativa* de Nuevo Código de Procedimientos Penales, presentada el 4 de noviembre de 2004 por el Partido Convergencia ante las Comisiones de Puntos Constitucionales, de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad Pública, de la Cámara de Diputados. De acuerdo con ella, el

no parecía haber uniformidad respecto de los alcances de la “oralidad”, como tampoco sobre el *sistema acusatorio* y sus diversas implicaciones teórico-prácticas.²⁸ Lo cierto es que, así como se ha introducido en la Constitución la referencia expresa de que el proceso será “acusatorio”, también se precisa que el proceso será “oral”. No obstante lo anterior, habrá que aceptar que no hay un único modelo procesal acusatorio como tampoco un único modelo de juicio oral; de ahí la discusión sobre cuál modelo había que adoptar para México, de si uno más a la semejanza del “modelo anglosajón” (*Common Law*) o uno más apegado al “modelo europeo” (*Civil Law*), sobre todo, atendiendo a que tanto el Derecho penal como el Derecho procesal penal mexicano han estado mayormente vinculados al modelo continental europeo.

c) Ciertamente, en los últimos tiempos se ha observado sobre todo en el ámbito latinoamericano — pero también en el europeo — la rivalidad de dos grandes modelos procesales: el modelo “angloamericano” y el “continental europeo”.

1. El modelo *angloamericano*, originalmente tomado de Inglaterra y seguido en Estados Unidos, se caracteriza porque el acusador y el acusado (y su defensa) se enfrentan con igualdad de armas o derechos (por ello “*adversarial*”) y tienen la función de aportar los hechos y las pruebas al proceso ante un Tribunal,²⁹ el que por lo general participa como “espectador”; son ellos, igualmente, quienes tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del acusado,³⁰ es el jurado el que decide sobre la culpabilidad o la inocencia, así como sobre la condena o absolucón del procesado, correspondiendo al juez profesional tanto la supervisión de las pruebas como la fijación de la pena. En este sistema,³¹ donde sin duda más se

juicio oral tiene como propósito reducir los tiempos procesales y transparentar la actuación del juez.

- ²⁸ El “juicio oral” no se caracteriza por el simple hecho de oponerse a lo “escrito”, o por utilizar la palabra hablada, pues con ello no se indica cuáles son sus diferencias político-criminales o sus ventajas prácticas.
- ²⁹ Compuesto por un juez y un jurado.
- ³⁰ Siendo el Fiscal el que tiene la carga de probar la culpabilidad del acusado (de ahí “*acusatorio*”).
- ³¹ No debe pasarse por alto que en Estados Unidos, además de un sistema procesal penal nacional o federal, cada uno de los Estados cuenta con su propio sistema procesal penal, hablándose incluso de más de 50 sistemas distintos, aparte

han desarrollado las garantías constitucionales de imputados y acusados en un proceso penal, sucede sin embargo, que el acusado puede prescindir completamente de la audiencia en que se decide la cuestión de culpabilidad y, por ende, prescindir de la prueba, si desde el principio se declara "culpable", precisamente por el valor que se le da a su "libre elección"; es decir, su confesión de culpabilidad sustituye la determinación de su culpabilidad judicial y es suficiente para fundamentar la determinación de la pena, la cual se negocia entre la fiscalía y la defensa a partir del reconocimiento de culpabilidad (*plea bargaining*).³²

Pero, la razón del *plea bargaining*, que se aplica en EUA desde hace más de cien años,³³ se puede también explicar por el hecho de que el sistema procesal adversarial ha tenido que reconocer su incapacidad para atender al mayor número de asuntos que le son propios, es decir, su incapacidad para que el mayor número de casos llegue a la audiencia del juicio oral; por ello, como se verá más adelante, el sistema se ha tenido que apoyar de otros mecanismos, como es el de propiciar que el acusado "reconozca su culpabilidad", con la posibilidad de prescindir

de los que tienen los territorios. Cfr. Cassel, Douglass, "El sistema procesal penal de Estados Unidos", en Storme, Marcel y Gómez Lara, Cipriano (coords.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Volumen IV, Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación*, Serie Doctrina Jurídica, núm. 237, UNAM, III, México, 2005, pp. 349 y ss. Consultable en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1655/2.pdf>

³² Otros rasgos característicos de este sistema pueden verse en Gómez Colomer, Juan-Luís, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, INACIPE-Univ. Jaume I, México, 2008; en donde señala como ejemplo: el inmenso poder de la policía, la amplísima discrecionalidad del fiscal a la hora de decidir la acusación, el papel demasiado pasivo del juez, el gran poder de las partes para conformar el proceso, la casi ausencia de límites en la negociación sobre la culpabilidad y la sanción a aplicar, la no fundamentación del veredicto del jurado o las limitaciones del recurso de apelación sobre todo frente a una absolución del acusado; el papel del abogado es mucho más activo, pero el acusado puede defenderse a sí mismo, y la víctima no puede ser parte del proceso penal (pp. 50 y ss.). Véase, también, Schuenemann, Bernd, "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", en *Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, pp. 49 y ss.

³³ Schuenemann, Bernd, "¿Crisis del procedimiento penal?... , op. cit., loc. cit.

de la audiencia en la que se afirmarí­a su culpabilidad por el Tribunal y, ademá­s, con la posibilidad de recibir como beneficio una considerable reducci3n de la pena.

2. El procedimiento penal de corte *continental europeo* (Alemania, Italia, Francia, Espa­­a), en cambio, cuyo origen es el procedimiento inquisitivo, y que se transform3 en un proceso acusatorio formal o mixto³⁴ por efectos del *C3digo de Instrucci3n Criminal* de Napole3n de 1808, se caracteriza – con alguna que otra variante en cada pa3s – en que el acusado era el 3nico objeto del proceso de instrucci3n, efectuado por jueces estatales, a trav3s de una divisi3n de tareas ante el tribunal y la fiscal3a, creada por primera vez en Francia como la autoridad acusadora, y mediante el reconocimiento del derecho de defensa; la audiencia p3blica se realiza como un procedimiento de partes, pero con la diferencia que en este sistema el juez instruye el proceso y practica la prueba en la vista p3blica y tiene la responsabilidad de su correcci3n; asimismo, el juez tiene la tarea de buscar la llamada “*verdad material*” y, de oficio, impulsar la acci3n penal del Estado una vez interpuesta la acusaci3n. En fin, en este sistema se opta por una f3rmula mixta combinando elementos de los sistemas inquisitivo y acusatorio, procurando un cierto equilibrio entre el principio de *libertad* y el de *necesidad*, en aras de la justicia penal material; y si bien, como se­­ala G3mez Colomer, no se puede negar que el juicio oral y la imparcialidad del 3rgano jurisdiccional frente a las partes y frente al objeto del proceso constituyen la piedra angular del enjuiciamiento criminal,³⁵ que son caracter3sticos del sistema acusatorio, hasta la d3cada de los setenta del siglo xx no cab3a pensar en que el acusado se declarase culpable y se negociase la pena, ya que

³⁴ Si bien en Alemania se le llam3 “proceso penal reformado” y no “proceso penal acusatorio formal o mixto”. V3ase G3mez Colomer, J.L., “El sistema procesal penal alemán: Su historia y principios m3s relevantes”, en *Sistemas Penales Europeos, Cuadernos de Derecho Judicial*, IV-2002, Madrid, 2002, pp. 243 y ss.

³⁵ G3mez Colomer, Juan-Lu3s, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, INACIPE-Univ. Jaume I, M3xico, 2008; en donde adem3s afirma que “si bien las caracter3sticas de este sistema mixto no son coincidentes en todos los ordenamientos, existen dos puntos que son comunes a toda modalidad calificada como mixta: la persecuci3n de los delitos, en primer lugar, no se deja en manos de los particulares, al menos de manera exclusiva; y en segundo, el juzgador nunca puede ser el acusador” (p. 87).

una vez interpuesta la acusación tanto la fiscalía como el acusado carecían de algún derecho de disposición.³⁶

Aun cuando, con esos rasgos característicos, el sistema continental europeo fue considerado como el más moderno, además de ser el más adecuado para combatir la criminalidad y para asegurar una realización más justa del Derecho penal material, con el tiempo algunos de los procedimientos se han ido tornando cada vez más acusatorios, como lo muestra el desarrollo que ha experimentado el procedimiento penal en Alemania, Italia y España en las últimas décadas, a raíz de los propios momentos de crisis en que sus procedimientos han caído, por la existencia de procesos voluminosos y por la gran afluencia y larga duración de los mismos, que también ha puesto en entredicho la limitada capacidad del sistema judicial altamente “formal” para resolverlos, sobre todo, porque en ellos se exige la “veracidad” por encima de la “efectividad” y la “rapidez”. Asimismo, se reconoce que gran parte de esos cambios también se han debido a la influencia que en las últimas décadas ha tenido el procedimiento penal norteamericano en el procedimiento penal de países europeos, como fue el caso de Alemania que en la década de los setenta introdujo en su procedimiento penal los llamados “*acuerdos informales*”, que funcionan como “cuerpos extraños” en el sistema continental europeo de manera similar al *plea bargaining*,³⁷ tomando como pretexto la crisis antes señalada.³⁸ Y justamente éste ha sido el mismo pretexto que se ha utilizado para promover los cambios a los sistemas procesales en América Latina; y para corroborarlo basta ver los argumentos que se han utilizado para cuestionar e incluso denigrar al actual sistema procesal penal de México en los últimos años.³⁹

³⁶ Es decir, no cabía pensar en la instauración de un *plea bargaining*. Véase Schünemann, “¿Crisis del procedimiento penal?...”, *op. cit.*, p. 50.

³⁷ Sin embargo, como señala Schünemann, el proceso alemán no contiene acuerdos formales, sino sólo un acuerdo basado en la confianza y, por otro lado, en ellos el acusado no se declara culpable, sino que formaliza una confesión que es valorada por el Tribunal como medio de prueba general para su culpabilidad (*op. cit.*, pp. 51 y s.)

³⁸ Más sobre estos dos sistemas, véase Mirjan R. Damaskas, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

³⁹ En donde podemos encontrar tanto documentos de organismos internacionales como nacionales; dentro de los primeros se encuentran los reportes presentados

d) Ahora bien, lo anteriormente descrito nos señala algunas de las razones de la reforma, pero todavía no nos dice nada sobre si el proceso de formación de la ley procesal penal mexicana fue pacífico o no, o si se libraron algunas “batallas” en su desarrollo y, en su caso, si esas batallas sólo tuvieron lugar en las tribunas del Congreso, en donde uno está acostumbrado a ver y escuchar posiciones diversas de quienes tienen la función “formal” de legislar y en donde normalmente se imponen las mayorías, o si también se observaron en otros ámbitos. La realidad es que, detrás de todo el proceso legislativo, que es la parte visible, hubieron también otros actores, los llamados “legisladores materiales” o teóricos del Derecho procesal penal, quienes desde una determinada perspectiva procesal, o desde su personal punto de vista, son los que plantean los problemas que requieren ser regulados o reformados, y son los que se ocupan de redactar las propuestas iniciales de solución legislativa y discuten sobre sus fundamentos, alcances, rasgos característicos y sus diversas implicaciones en el ámbito del sistema procesal penal. Y son precisamente ellos los que han tenido que discutir y librar ciertas batallas sobre el *modelo procesal penal* a seguir, y sobre cada una de las cuestiones relacionadas con él, defendiendo cada uno su propia posición o su propio interés; y es evidente que, en esa batalla, no todos salen vencedores o perdedores,⁴⁰ pues en este tipo de cosas también entran en juego las negociaciones y se dan las soluciones de compromiso.

Pero, debe destacarse que esta situación no sólo se ha dado en la generación de la legislación procesal penal única, sino incluso en relación con la propia reforma constitucional de 2008 que le sirvió de base. Tanto una como otra no han sido tareas pacíficas o exentas de vicisitudes y de intereses; por el contrario, han sido objeto de confrontaciones y de disputas, sobre todo, en aquellos puntos que tienen que ver con el modelo procesal a seguir, con su orientación filosófico-política, sus alcances y sus implicaciones. Lo anterior, debido a que en el diseño y desarrollo de los grandes temas participaron actores de distinta procedencia, e incluso los llamados “empresarios jurídicos”; por ello, hubieron distintas

por el Relator de la ONU, por *Human Rights Watch* y por *Open Society Justice Initiative*, entre otros, y dentro de los segundos se ubican también los documentales “*El Túnel*” y “*Presunto Culpable*”.

⁴⁰ Aun cuando sean visibles los desequilibrios. Véase sobre esto las minutas de cada una de las sesiones de trabajo en la Comisión de Justicia del Senado.

perspectivas,⁴¹ diferentes criterios e ideologías y, sin duda, obedeciendo a *distintos intereses*.⁴²

Aun cuando aparentemente existía un objetivo común, que obedecía a la idea de fortalecer el sistema procesal penal acusatorio,⁴³ así como de implantar los juicios orales, como se deriva de la reforma constitucional de 2008, era evidente que no todos tenían la misma idea de cómo lograrlo. Por ello, las diferencias empezaron a observarse en relación con ciertas cuestiones de fondo y de forma; una de ellas tenía que ver con el “*modelo procesal*” a seguir para México, y con la *función* que dicho modelo tiene que desempeñar frente a los objetivos del Derecho penal material; otra, con los *mitos* y realidades de ciertas instituciones, figuras o medidas y, por tanto, con los alcances que debía tener su aplicación, como es el caso los juicios orales⁴⁴ y de las salidas alternas, así como el uso de criterios de oportunidad y de la acción penal privada, entre otras. Sin duda, una de las nuevas figuras que se introdujeron con la reforma constitucional, que si bien no es propia o característica del sistema procesal penal acusatorio, como es el caso de la *salida negociada*, también conocida como la *justicia negociada*,⁴⁵ tendrá implicaciones importantes que merecen ser consideradas con seriedad.

⁴¹ Así, mientras que para *algunos* con la reforma “México dejaría de ser un país inquisitorial”, habría un mayor respeto a los derechos humanos del imputado y de la víctima, además de que el proceso penal sería más dinámico y transparente, para *otros*, en cambio, se trata de una reforma “*draconiana*”, “*irracional*”, “*peligrosa*” y “*absurda*”, con la que “se avala la arbitrariedad policiaca”, etcétera. Sobre todo esto, véanse las opiniones vertidas en el Foro “*La Reforma Penal en México. Análisis, críticas y perspectivas*”, en *Sistema Penal*, edición especial, agosto 2007; Revista editada por el Instituto de Formación Profesional de la PGJDF; así como las opiniones aparecidas en diversas revistas especializadas y en medios de comunicación desde entonces.

⁴² Intereses de todo tipo, como son los políticos, económicos, académicos, entre otros, que no siempre coinciden con lo que a México interesa, de contar con un sistema de justicia penal que realmente atienda a sus problemas.

⁴³ Por supuesto, al lado de ellos ha habido y aún hay quienes, desconociendo la historia de la justicia penal, piensan que el sistema procesal penal acusatorio se implanta por primera vez en México con la reforma de 2008.

⁴⁴ Que para algunos tienen grandes virtudes y, por ello, eran expuestos como si se tratara de la panacea, con la que se erradicaría la opacidad y la corrupción en el proceso penal.

⁴⁵ Expresión que, por supuesto, no a todos gusta y de ahí que prefieran usar eufemismos.

Los intereses externos e internos en la reforma procesal penal

a) Además de lo señalado en el punto anterior, también habrá que reconocer que en este proceso de reforma fue perceptible la presencia de influencias externas que, de alguna o de otra manera, han determinado la orientación y los alcances que se le ha ido dando al sistema procesal penal. Por ello, es válido afirmar que México no ha escapado al influjo que otros países de Latinoamérica han experimentado durante las últimas décadas, por lo que hace a la forma y al sentido que había que imprimirle a sus reformas al sistema de justicia penal.

En efecto, varios países de la región latinoamericana, sobre todo aquellos que han vivido regímenes militares autoritarios, desde hace más de cinco lustros empezaron a experimentar importantes *procesos de democratización* en sus sistemas de gobierno⁴⁶ y en sus sistemas de justicia, así como un mayor respeto por los derechos humanos. Debido a ello, estos países se han dado a la tarea de dotar a sus sistemas de justicia penal de una filosofía básica, articulándolos alrededor de ciertos principios,⁴⁷ incluyendo la adopción de un nuevo modelo en materia procesal penal, que es el modelo procesal *acusatorio*, característico de los sistemas jurídicos anglosajones, no obstante que hasta entonces la legislación procesal penal latinoamericana había sido mayormente inspirada por la tradición de corte europeo continental. Pero, esa tendencia ha obedecido no tanto a la convicción de que se trata de la mejor opción procesal, sino a la gran influencia o injerencia que ciertos organismos internacionales han tenido en el desarrollo de los procesos de

⁴⁶ La historia latinoamericana se ha caracterizado por la alternancia entre regímenes autoritarios y democráticos, y las experiencias con la democracia de la mayoría de los países del área han sido en general relativamente breves y no siempre felices; de ahí que “la evolución que últimamente se ha dado no significa un triunfo definitivo hacia la consolidación de la democracia, ya que la continuidad del proceso de transición democrática siempre puede quedar afectada por el mantenimiento de estructuras o de personas de viejos regímenes opuestos”. Por ello, a la fecha dicho proceso de transición aun no ha sido fuertemente consolidado. Véase, José Ma. Rico, *Justicia penal y transición democrática en América Latina, Siglo XXI*, México, 1997, p. 34.

⁴⁷ Como los de: *accesibilidad a la justicia, independencia judicial, imparcialidad y equidad de las decisiones de jueces y otros funcionarios del sistema, respeto de las garantías del debido proceso, eficiencia y transparencia, uso del Derecho penal sólo como ultima ratio y uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos*, entre otros.

transición. Ciertamente, como lo ha destacado José María Rico, “desde 1985 se está asistiendo a una proliferación sin precedentes de proyectos y programas, apoyados financieramente por diversas agencias internacionales — en particular, la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (AID) — y orientados a mejorar los sistemas latinoamericanos de justicia”; asimismo, desde 1993, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) están incursionando en este campo.⁴⁸ A raíz de ello, diversos países de la región han emprendido reformas a su sistema judicial, particularmente a su sistema procesal penal, sobresaliendo las que se han realizado en Costa Rica, Nicaragua, Chile, Colombia, entre otros, y ahora también en México.

b) Esa injerencia externa ha encontrado aceptación en muchos países de la región, sobre todo porque ella ha ido aparejada de apoyos económicos; y, cuando se trata de una cuestión económica, surge también la idea del “negocio”, es decir, de cómo emplear de mejor manera los recursos. Por ello, no han faltado quienes han visto que la reforma procesal penal en América Latina se ha convertido para algunos en un gran *negocio*, que se ha diversificado tanto en el diseño de las propias leyes procesales como en la capacitación de los distintos actores del nuevo sistema de justicia penal y en todo lo que tiene que ver con la infraestructura y la construcción de los espacios necesarios para el funcionamiento del sistema.⁴⁹

Ahora bien, una explicación de esa injerencia en el proceso de reforma al sistema de justicia penal nos la da el profesor de la Universidad de California Máximo Langer, quien ha señalado que “La Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (USAID), al igual que otras agencias internacionales y bancos, estuvo buscando la manera de

⁴⁸ Cfr. J. Ma. Rico, *Justicia penal y transición democrática en América Latina, Siglo XXI*, México, 1997, p. 31. Véase, también, Julio B. Maier, et al., “*Las reformas procesales penales en América Latina*”, B. Aires, 2000.

⁴⁹ En efecto, ante la perspectiva del negocio, empezaron a proliferar los centros, institutos o academias especializados para capacitar a los distintos actores del sistema procesal penal acusatorio y oral, e igualmente aparecieron los autores de las nuevas obras en materia procesal penal. Todos ellos, en su mayoría poco conocidos, se vieron de pronto beneficiados, aprovechando el poco conocimiento de los distintos actores del sistema de lo que se estaba gestando y la falta de control en el desarrollo del nuevo sistema; sin embargo, puede afirmarse que sus aportaciones muy poco o casi nada han servido para el cambio que se quiere, pues carecían de lo esencial.

consolidar sistemas legales latinoamericanos para un mejor desarrollo económico y democrático. El grupo de empresarios jurídicos latinoamericanos los persuadió de que la adopción de los nuevos códigos de procedimientos penales contribuiría a lograr esas metas".⁵⁰ Esa red de empresarios jurídicos latinoamericanos, que Langer caracteriza como "Red meridional de activistas expertos",⁵¹ propone un nuevo Código de Procedimientos Penales para solucionar problemas, como la carencia del debido proceso, de transparencia e ineficacia, así como enmarcar las reformas como una conversión del sistema procesal *inquisitorio* a un procedimiento penal *acusatorio*.⁵² Asimismo, esa red latinoamericana de empresarios jurídicos "convenció a los actores y políticos de las instituciones locales de América Latina, a través del espectro político, que las reformas podrán entregar un proceso más debido, eficiencia y transparencia al sistema de justicia penal"; e igualmente se planteó que esa tendencia regional de cambiar los Códigos de Procedimientos Penales también contribuiría a ejercer presión en los actores de otros países que aún no han introducido las reformas, con lo que se lograría un efecto cascada.⁵³

c) Ciertamente, por lo que hace a la reforma procesal penal mexicana, ésta también se dio y con argumentos idénticos,⁵⁴ gracias a la

⁵⁰ Máximo Langer, "Revolución del Procedimiento Penal en Latinoamérica: Difusión de Ideas Legales de la periferia", en *January 25th Symposium—Abandoning the Inquisitor: Latin America's Criminal Procedure Revolution*. Date: Thu, 1 Nov 2007.

⁵¹ O incluso caracterizada por otros como "expertos improvisados", porque surgieron de pronto y con escasos conocimientos de los sistemas procesales y de las realidades nacionales.

⁵² Por ello, afirma Langer que "La ola de reformas a los procedimientos penales es un caso de difusión de la periferia, porque los abogados de América Latina, expertos activistas de la red del meridiano, fueron los autores intelectuales y abogados cruciales para esta reforma", "Revolución del Procedimiento...", *op. cit.*

⁵³ Y en efecto así fue, pues en diversas reuniones a las que acudían algunos de esos expertos, que se realizaron en distintos países de la región, se destacaba cuáles eran los países que aún no habían dado muestras de cambio, siendo México el que menos lo había hecho. Véase, p. ej., Julio B. J. Maier-Kai Ambos-J. Woischnik (coord.), *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000; Moisés Moreno H., "El proceso penal en México", en *El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*, coord. por E.R. Zaffaroni, Ilanud, Comisión Europea, Secretaría de Gobernación, Porrúa, México, 2000, pp. 403 y ss.

⁵⁴ Como lo muestran, según se ha dicho, los documentales "El Túnel" y "Presunto

labor de los llamados “empresarios jurídicos” o de “expertos improvisados”, que de pronto han pululado en el círculo de los jóvenes procesalistas y han desplazado a los procesalistas tradicionales.⁵⁵ Pero, se puede afirmar que la influencia se hizo más notoria a principios del siglo XXI, desde los primeros intentos que se dieron en 2002⁵⁶ y, más claramente, con la Iniciativa fallida de 2004 para reformar el sistema procesal penal, que el entonces Presidente Fox envió al Congreso de la Unión y cuya preparación fue atribuida casi de manera exclusiva a los “expertos” del Programa para el Fortalecimiento del Estado de Derecho (PRODERECHO);⁵⁷ lo que implica, que el proyecto también fue financiado por USAID.⁵⁸ Como dicha Iniciativa no pudo avanzar en el Senado

Culpable”, entre otros, que destacan una visión y una faceta de lo que es el sistema de justicia penal mexicano.

- ⁵⁵ En efecto, no obstante que hasta principios del siglo XXI era conocido el círculo de los procesalistas mexicanos, en su mayoría autores de los libros sobre la materia, cuando se plantea la necesidad de transformar el actual sistema procesal penal y transitar hacia uno más acusatorio y oral, pareciera que de pronto aquellos dejaron de existir y, en su lugar, surgieron los nuevos procesalistas, jóvenes “expertos” y “únicos conocedores” del nuevo sistema que se estaba gestando.
- ⁵⁶ Cuando el entonces Secretario de Seguridad Pública Federal dio a conocer una amplia propuesta de reformas en materia de justicia penal, pero que no fue secundada por el gobierno federal; por ello, el Diputado federal Luis Maldonado Venegas, del grupo parlamentario *Partido Convergencia* de la LIX Legislatura, hizo suyo dicha propuesta y en noviembre de 2003 presentó ante la Cámara de Diputados diversas *Iniciativas* que tienen que ver con la materia; entre ellas destacan las que tenían como propósito reformar artículos de la Constitución Política que se relacionan con el *sistema procesal penal*, así como las que pretendían dar origen a un único Código Penal y un único Código de Procedimientos Penales para toda la República Mexicana; propuestas que coincidían con las recomendaciones hechas por R. Giuliani al gobierno del Distrito Federal.
- ⁵⁷ Que desde un inicio se ocupó de difundir la idea de que el sistema de justicia penal mexicano es un sistema *inquisitivo*, obsoleto, ampliamente ineficaz, ineficiente, oscuro y corrupto; por lo que, debía cambiar. Idea que luego se fue haciendo común en los voceros nacionales.
- ⁵⁸ Como lo señaló Samuel I. Del Villar, en su artículo *“Improvisación y demagogia judiciales”*, publicado en el periódico *La Jornada* del 30 de abril de 2004: “El proyecto de Reforma Estructural al Sistema de Justicia Penal Mexicano, que suscribió el presidente Vicente Fox el 29 de marzo pasado, a partir de su solicitud de financiamiento al Departamento de Estado de Estados Unidos y de la formulación correspondiente de sus contratistas, es singularmente improvisado y demagógico”. “Es explicable que el Departamento de Estado, su United States Agency for International Development (USAID), que financió el proyecto y a sus contratistas extranjeros para formularlo, ignoren las características del sistema constitucional

de la República, porque pronto se hicieron ver sus inconsistencias y sus inconvenientes,⁵⁹ que igualmente conocieron otros actores del sistema de justicia penal en el ámbito federal, los promotores del nuevo sistema tuvieron que voltear la mirada hacia los Estados, donde aún carecían de prejuicios y, por ello, encontraron un campo fértil; además, por el hecho de estar necesitados de reformas, así como de recursos, algunos Estados no pusieron resistencia alguna para aceptar e iniciar la reforma de sus sistemas de justicia penal, siguiendo la tendencia antes indicada. Ello explica el porqué de que algunas entidades federativas hayan puesto en marcha sus reformas incluso antes de que surgiera la reforma constitucional de 2008,⁶⁰ y el porqué de sus modelos procesales, que con el tiempo han sufrido ya algunos ajustes.

Lo cierto es que, con todos esos antecedentes, tanto en el ámbito federal como en las entidades federativas la semilla estaba ya sembrada y era difícil revertir la tendencia de implantar los juicios orales en México, impulsada desde distintos ángulos. Por ello, en el gobierno de Felipe Calderón se retomó la idea, que se vio impulsada por diversas iniciativas provenientes de los propios legisladores,⁶¹ quienes

y penal mexicano y, en consecuencia, que la presunción de inocencia, la prohibición y la penalización de la tortura, la naturaleza acusatoria, adversaria y pública del proceso penal son elementos firmemente establecidos por el marco jurídico-constitucional mexicano. Lo que resulta tan inexplicable como injustificable, es que el Presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos haga suya formalmente esa ignorancia y la suscriba como iniciativas demagógicas de reforma constitucional y legislativa”.

⁵⁹ Como se puso de manifiesto en el Primer Foro de Análisis y Discusión “*Iniciativa de Reforma al Sistema de Seguridad Pública y Justicia Penal*”, celebrado del 21 al 23 de abril de 2004 en la Universidad Iberoamericana, organizado por el Departamento de Derecho de la UIA y el CEPOLCRIM. Véase, también, González-Buscaglia-Mendietta-Moreno, *El Sistema de Justicia Penal y su Reforma: Teoría y Práctica*, CEPOLCRIM-Fontamara-Aquesta Terra, México, 2005 y 2006.

⁶⁰ Como fue el caso de Nuevo León, Chihuahua y Oaxaca, al que siguieron el Estado de México, Morelos y otros.

⁶¹ En efecto, como es sabido, las reformas constitucionales de 2008 no tuvieron un origen único, sino fueron el producto de diversas propuestas, provenientes tanto de legisladores como del propio Ejecutivo Federal; así, la presentada en la Cámara de Diputados en diciembre de 2006, elaborada por miembros de la *Red Nacional a Favor de los Juicios Orales* y que algunos legisladores hicieron suyo; la presentada ante el Senado de la República en marzo de 2007 por el Presidente de la República, que no contenía propuestas de reformas al sistema procesal penal, sino únicamente reformas en materia de delincuencia organizada; la presentada por legisladores

igualmente hicieron suyos proyectos promovidos por los empresarios jurídicos y elaborados por expertos de grupos de la sociedad civil que en esa época habían empezado a surgir, como RENACE y la RED Nacional a Favor de los Juicios Orales y el Debido Proceso; grupos que igualmente estuvieron apoyados por USAID y PRODERECHO, así como por el CEJA⁶² y la Fundación Konrad Adenauer, entre otros. Habrá también que reconocer que tanto en la elaboración de proyectos de iniciativas como en la posterior discusión legislativa hubo amplia participación de distintos organismos públicos y privados, como SETEC, INACIPE, CIDE, IJ-UNAM, ITAM, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), Academia Mexicana de Ciencias Penales, Asociación Nacional de Doctores en Derecho, Barra Mexicana Colegio de Abogados, entre otros; pero, igualmente habrá que reconocer que gran parte de la participación de algunas instituciones en este proceso de reforma ha estado siempre apoyada por organismos internacionales, como los antes citados (USAID, PRODERECHO, MSI, entre otros).

El producto final (CNPP) no satisface las expectativas

a) Como resultado de lo anterior, surgieron las reformas constitucionales de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública, que desde entonces se encuentran en proceso de implementación; y, mientras esto último sucedía, surgió también la necesidad de unificar la legislación procesal penal, que finalmente se vio colmada con la aprobación del *Código Nacional de Procedimientos Penales* el 5 de febrero de 2014, cuya publicación en el DOF se hizo el 5 de marzo de 2014.

Pero, como se dijo, la presencia de diversos actores, de diferentes visiones y de distintos intereses, determinó, por una parte, que la tarea legislativa no fuese nada fácil y, por otra, que no siempre haya habido acuerdos respecto de los puntos centrales de la reforma, como fue el

del PRD, PT y Convergencia en abril de 2007; la del PRD presentada ante la Cámara de Diputados en octubre de 2007, entre otras; todas ellas planteando reformas a diversas disposiciones de la Constitución Política, de las que sin duda ocupan un lugar preponderante las relativas al *sistema procesal penal acusatorio y oral*.

⁶² *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, creado en 1999 por resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), y tiene como misión apoyar a los Estados de la región en sus procesos de reforma de sus sistemas judiciales.

caso del modelo procesal penal a seguir, así como respecto a su orientación, su congruencia y su funcionalidad; tampoco hubo acuerdos sobre la forma de lograr la mayor armonización legislativa en cuanto a la interpretación de los objetivos, alcances e implicaciones de ciertas instituciones o figuras previstas en la Constitución.⁶³ Gran parte de estos desacuerdos también ha tenido su origen en que durante el proceso legislativo no siempre se coincidió en la idea de considerar la *realidad* socio-cultural, política, económica y jurídica de la nación mexicana, para que la reforma fuese efectivamente una respuesta a sus *necesidades* y a las expectativas de la sociedad mexicana;⁶⁴ asimismo, porque no se compartían las mismas ideas sobre el *papel* que corresponde desempeñar al procedimiento penal en el sistema de justicia penal de un Estado democrático de Derecho.

b) Esa diversidad de criterios y la falta de acuerdos⁶⁵ trajo como consecuencia que el producto final, es decir, el Código Nacional de Procedimientos Penales, no haya satisfecho las expectativas y los intereses de todos los actores que desde distintos ángulos participaron en su diseño y discusión.⁶⁶ Es decir, como lo muestran ciertas expresiones que se han dejado externar, todo parece indicar que el texto final del CNPP a muchos no gustó,⁶⁷ ni siquiera a quienes apostaron por un modelo procesal que tal vez, en abstracto, pudiera responder a los rasgos característicos del mejor sistema procesal acusatorio, pero que

⁶³ Como se puede observar de la estructura y contenido de las tres iniciativas de CPP único que se presentaron en el Senado de la República a principios de 2013.

⁶⁴ Pero, es claro que la falta de congruencia con las realidades nacionales no sólo es perceptible en el ámbito del ejercicio del Poder Legislativo, sino también en otros ámbitos, como el que corresponde al ejercicio del Poder Judicial; pues, de la misma manera que se elaboran leyes que no siempre atienden a nuestras realidades, también hay formas de interpretar y aplicar las leyes penales que dan origen a resoluciones judiciales que más bien parecen responder a otras realidades.

⁶⁵ Que también se observó durante las sesiones de trabajo del Consejo Técnico de la Comisión de Justicia del Senado de la República, en que se analizaron las tres iniciativas con miras a la elaboración del dictamen respectivo. Y, no obstante lo desequilibrado que fue la conformación de dicho Consejo, e incluso uno que otro exabrupto, no se pudo imponer un criterio único y uniformador.

⁶⁶ Pero, esta misma situación se observó también en relación con la reforma constitucional de 2008, que igualmente tiene sus defensores y detractores.

⁶⁷ Lo que quiere decir que sigue manteniendo importantes puntos críticos; a ello habrá que agregar el "nombre" con que apareció, que al parecer ninguno de los grupos propuso, como puede verse de los títulos de las tres iniciativas.

sin duda no se ajustaba cabalmente a la propia reforma constitucional y dejaba fuera de consideración la realidad nacional en donde debe aplicarse.

Pero, el que esto sea así, resulta comprensible y también tiene otras razones; por un lado, porque al haber tantas visiones y perspectivas diversas, difícilmente puede haber un producto que satisfaga a todos; por el otro, porque quienes se ocuparon de redactar la versión final del dictamen⁶⁸ y conjuntar las diversas propuestas en un único documento, deben haberse visto demasiado abrumados por la cantidad y diversidad de opiniones provenientes de los distintos actores,⁶⁹ y seguramente tomaron aquello que consideraron más conveniente, según su propio criterio, o aquello que fue objeto de mayor insistencia o de menores desacuerdos. Además, vale la excusa de que, por tratarse de una obra humana, no tenía por qué nacer perfecta, y de ahí que se diga que siempre existirá la posibilidad de que en el futuro se perfeccione.⁷⁰ Sin embargo, lo más grave sería que el tan esperado Código tampoco diera satisfacción a las expectativas sociales, en donde sin duda se centran las mayores exigencias de contar con un instrumento realmente funcional, que no sólo procure evitar que los derechos de los imputados o victimarios sean violentados y que se proteja a los inocentes, sino que también atienda los derechos de las víctimas, que los hechos se esclarezcan y procure que los culpables no queden impunes.

c) Otra muestra de la situación de inconformidad respecto al CNPP, es el hecho de que, ni siquiera había entrado en vigor el nuevo Código, y mucho menos había tenido la oportunidad de mostrar sus rendimientos para contar con elementos de evaluación, cuando se hablaba ya de la necesidad de someterlo a reformas. A nadie extraña que a una ley vigente se le someta a reformas, incluso cuando la misma se encuentra en un periodo de *vacatio legis*, pues esa era una de las razones de suspender su entrada en vigor, que aquí no es el caso; pero sí re-

⁶⁸ Que, como se dijo, fue dirigida por gente de la PGR.

⁶⁹ Sobre todo, aquellas observaciones y sugerencias que se hicieron fuera de las sesiones de trabajo, que ya no pudieron ser objeto de discusión y, en su caso, de aprobación o rechazo por la mayoría de los miembros del Consejo Técnico.

⁷⁰ No puede negarse que la Comisión de Justicia hizo lo necesario y puso el cuidado de asesorarse de algunos expertos en la materia, y no hay duda que ellos aportaron lo mejor de sí, desde sus propias trincheras e intereses; incluso se realizó un Simulador, para constatar las viabilidades del nuevo Código.

sultaba extraño y preocupante que en forma apresurada se hablara de reformas, antes de que la ley entrara en vigor.⁷¹

Si de antemano se sabe que una nueva ley nace con importantes deficiencias, sean de fondo o de forma, y se tiene la convicción de que su puesta en marcha será más contraproducente que provechosa, sin duda lo más razonable habría sido evitar su aprobación y su entrada en vigor, hasta en tanto dichas deficiencias se corrigieran. Pero, una tarea así debió haber correspondido al propio legislador, consciente y responsable, tanto el formal como el legislador material.

Sin embargo, todo parece indicar que el legislador formal está convencido de haber dado origen a una buena legislación procesal penal, seguramente por considerar que ella responde a los objetivos de la reforma constitucional y a las expectativas de la sociedad; por lo que, son sólo las opiniones ajenas las que, por motivos diversos, se pronuncian en contra de la misma, como comúnmente sucede con todo tipo de ley o reforma que surge. Entonces, si las cosas son así, aún cuando haya inconformidades, será necesario darle al nuevo CNPP un tiempo razonable para que esté en condiciones de mostrar sus rendimientos y puedan ser analizados y evaluados por los distintos sectores y criterios, para determinar su funcionalidad y si los puntos críticos fueron subsanados o no.⁷² De no hacerlo así, toda propuesta de reforma que se formulara desde ahora sería igualmente precipitada⁷³ y sólo obedecería a un mero impulso de reformar por reformar y, por tanto, carecería de mayor justificación.

d) Por otra parte, cuando apenas había cumplido un mes de publicado el CNPP, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y

⁷¹ Lo cierto es que se trataba de meras conjeturas, pues una vez entrado en vigor el CNPP, hasta ahora no se había planteado alguna propuesta de reforma; lo que no excluye que pronto la habrá, como tampoco existe la seguridad de que con ella se mejorará.

⁷² Asimismo, se verá si las deficiencias señaladas efectivamente tuvieron los efectos que se preveían o no.

⁷³ Pero, ya que desde ahora se desbordan los ánimos, seguramente no faltará entre las propuestas alguna que no se limite sólo a sugerir meras reformas parciales o circunstanciales, que tal vez resultarían poco funcionales, sino de mayor alcance, incluso la generación de un nuevo CPP, con una estructura interna coherente y realmente funcional, que procure mayor equilibrio de sus diversas instituciones y de sus mecanismos, para alcanzar sus objetivos de manera más racional.

el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI) presentaron el 9 de abril de 2014, por separado, dos acciones de inconstitucionalidad ante la SCJN impugnando diversos artículos del CNPP,⁷⁴ que tienen que ver con funciones de la policía y del MP en la etapa de investigación de los delitos, por considerar que las medidas contenidas en ellos implican violaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos.⁷⁵ Por tanto, será la SCJN la que determinará si comparte o no la visión de la CNDH y del IFAI, declarando o no la inconstitucionalidad de dichos artículos; pero, seguramente no será el único contenido del CNPP que podrá ser objeto de impugnación.

ALGUNOS PUNTOS CUESTIONABLES DEL NUEVO CNPP

A manera de introducción

a) Por supuesto, soy de los que opinan que el legislador tuvo la gran oportunidad de haber dado origen a una ley procesal penal mejor que la que se logró, una ley que efectivamente respondiera tanto a los objetivos de la reforma constitucional de 2008⁷⁶ como a las expectativas de la sociedad mexicana y a las exigencias del Estado democrático de Derecho; pero, no hay duda que la desaprovechó. El dictamen final ciertamente no se caracteriza por su sistematización y por su congruencia, sino más bien por la falta de ellas y por la falta de técnica legislativa; de ahí que exista la preocupación sobre la forma de su implementación y la eficacia de su funcionalidad. En esta ocasión me ocuparé de señalar sólo algunos de los puntos críticos que, desde mi propia perspectiva, tiene el CNPP, en el entendido de que ellos pueden ser compartidos o no.⁷⁷

Si bien algunos de estos puntos los hice notar en su momento ante la Comisión de Justicia del Senado de la República, cuando se trabajaba el Anteproyecto de Dictamen del Código de Procedimientos

⁷⁴ La CNDH impugnando 13 artículos, y el IFAI un artículo.

⁷⁵ Véase en la SCJN los expedientes 10/2014 y 11/2014, respectivamente.

⁷⁶ Con lo anterior tampoco quiero decir que la reforma constitucional de 2008 fue la mejor; pudo también haber sido mejor.

⁷⁷ Sobre todo, por los procesalistas, que es una característica que no tengo.

Penales único, los cuales no obedecían, sino a la idea de que México pudiera contar con una legislación procesal penal que respondiera a sus propias realidades y necesidades, ahora insisto en aquellos que no corrieron la misma suerte de ser atendidos. Al traerlos nuevamente a colación, es obvio que ya no será para insistir en que sean tomados en cuenta para la elaboración de la ley,⁷⁸ sino para resaltar la falta de congruencia de la nueva legislación procesal penal en relación con la reforma constitucional de 2008, así como su falta de apego a las realidades nacionales; asimismo, para destacar que el legislador pudo haber aprovechado mejor la gran oportunidad histórica que tuvo, de generar un Código de Procedimientos Penales que efectivamente permitiera superar los inconvenientes de la dispersión legislativa y los vicios del actual sistema procesal penal.

Con ello, también se quiere poner de manifiesto el gran *reto* que tendrá la implementación del CNPP, que ahora será ya no tarea de los legisladores,⁷⁹ sino de quienes tienen la función de aplicar la ley a los casos concretos, sobre todo, fiscales y juzgadores; pero, serán principalmente los juzgadores quienes tendrán ahora la delicada tarea de lograr los equilibrios necesarios y homogeneizar los criterios a seguir para una aplicación más racional de la nueva legislación. En otras palabras, si se acepta que el CNPP tiene inconsistencias y que ellas pueden ser subsanadas a la hora de su aplicación concreta, corresponderá entonces a los jueces el procurar enmendarlas; y, para lograr que la ley sea aplicada racional y equilibradamente, se deberán atender los objetivos de la reforma constitucional y los objetivos del proceso penal, que sin duda tratan de dar respuesta a las expectativas de la sociedad mexicana.

b) Es claro que la reforma al sistema de justicia penal abrió muy amplias expectativas sociales sobre los beneficios que se esperan de ella,⁸⁰ por esa razón, la atención social está a la espera de que la nueva legislación procesal penal y la forma de su aplicación efectivamente constituyan respuestas adecuadas a sus exigencias, dentro de los límites del Estado democrático de Derecho. Pero, también es claro el gran *riesgo* que existe, si no se da oportuna y adecuada respuesta a esas

⁷⁸ Pero sí para su posterior reforma.

⁷⁹ Salvo por lo que hace a las reformas que seguramente vendrán, que tendrán la función de enderezar muchas cosas.

⁸⁰ Porque así se ha anunciado sobre todo, por las instancias oficiales.

expectativas y exigencias sociales, si lejos de recuperar la credibilidad hacia el sistema de justicia penal se propicia mayor pérdida de ella. El descrédito del sistema penal será mayor si no se pone el cuidado de generar un sistema procesal penal que sea mejor que el que se quiere superar y abandonar; además, el no hacerlo motivaría a que el sistema penal pronto tenga nuevamente que ser sometido a otras reformas de fondo.⁸¹

Sin duda, ese riesgo existe. Ahora sólo habrá que esperar los resultados de la forma de implementación de la nueva legislación procesal penal, para constatar si los cuestionamientos tuvieron razón de ser o no. Pero, es evidente que nadie podría desear resultados negativos y, mucho menos, que la situación obligara incluso a una contrarreforma. Por ello, si en esta ocasión no se pudo lograr que el legislador siguiera un camino mejor,⁸² porque tal vez se convenció de las alternativas que se introdujeron en el CNPP, ahora la exigencia se dirige a quienes tienen la función de implementar dicha legislación procesal penal para que pongan el mayor cuidado al momento de hacerlo; pues, aun cuando el tramo es más corto, todavía se pueden tomar en cuenta las experiencias y las mejores aportaciones de los expertos, así como adoptar los criterios político-criminales más objetivos, equilibrados y racionales, según exigencias de nuestras propias realidades y posibilidades.

c) Sin embargo, para que se llene ese gran espacio que se ha abierto y se esté en condiciones de cumplir los objetivos preestablecidos, es requisito *sine qua non* que el nuevo CNPP sea interpretado y aplicado atendiendo a las razones y objetivos de la reforma constitucional, es decir,

⁸¹ Recordemos que ejemplos de ello los hay y muy destacados; pensemos solamente en la situación caótica que se provocó en el sistema de justicia penal de Guatemala, o la situación en el nuevo sistema procesal de Chihuahua, que pronto motivó una contrarreforma por haber introducido criterios de una realidad distinta a la suya; pero, lo mismo puede decirse del sistema de justicia penal de Chile, que sin duda ha servido de modelo en muchas partes de México y que también ha tenido que rectificarse. Por ello, no debe extrañar que el nuevo CNPP pronto sea sometido a reformas; lo que, por supuesto, tampoco es garantía de que ahora será mejor, si sólo se trata de meros parches.

⁸² Realmente, después de una larga espera, un poco más de tiempo que hubiese tomado el legislador para generar algo mejor no habría importado mucho, máxime si la razón de ello es generar un sistema mejor; pero, lo cierto es que en relación con las cosas realmente importantes siempre se legisla con mucha prisa y con poca reflexión.

comprendiendo sus motivos, su orientación y sus alcances, así como a las razones y objetivos del propio proceso penal. En otras palabras, si dicho instrumento no fue construido pensando en las realidades nacionales, es también condición necesaria, para que resulte funcional, que su aplicación se haga precisamente atendiendo a las realidades socio-políticas, culturales y jurídicas de México, que sin duda son distintas a las de otros lugares. Por ello, se ha insistido en que el modelo procesal (acusatorio y oral) que se adoptara para México, debía responder a esas realidades nacionales, pues sólo de esa manera el nuevo sistema penal podría constituir una respuesta no sólo a las características del Estado mexicano, que formalmente es un Estado democrático de Derecho, sino también a las exigencias y expectativas de la sociedad mexicana. De ahí que, ahora la importante tarea está en la cancha de los distintos operadores del sistema penal que lo tienen que aplicar, y se espera que el rol del juzgador y los nuevos criterios jurisprudenciales sean determinantes para ello.

Algunos puntos cuestionables del CNPP

Ahora bien, desde nuestro particular punto de vista, ¿cuáles serían algunos de esos aspectos que podrían merecer cuestionamientos? Antes de señalarlos, quiero partir de la base de que los criterios aquí vertidos, que pueden ser compartidos o no, se construyen a partir de considerar la *función* del sistema procesal penal, así como la *forma* de cómo ella se trata de cumplir y la *congruencia* interna que debe observar; siendo evidente que respecto a ellas hay visiones diversas.⁸³ Por ello, lo que con estas reflexiones se pretende, no es que todos piensen igual, sino que las cosas se analicen y se discutan, buscando siempre su *razón de ser*, para que no sean tomadas pensando simplemente en

⁸³ La mía es sólo una de ellas; además, debo reiterar que estas opiniones no son las de un *procesalista* y mucho menos las de un “experto” en la materia, pues no lo soy — como algunos ya lo han resaltado —, sino más bien las de un *penalista* que, teniendo alguna idea de cuáles son los objetivos del Derecho penal material y cómo puede alcanzarlos, así como cuál es la función que corresponde al procedimiento penal, espera que el modelo procesal que se adopte para ello realmente resulte funcional dentro de los límites del Estado de Derecho. Por ello, considero que el sistema procesal penal no constituye un fin en sí mismo, sino que sólo se explica en tanto que funge como instrumento al servicio del Derecho penal, es decir, para eso fue diseñado; de ahí la necesidad de contar con el mejor instrumento, para que los importantes objetivos político-criminales del derecho penal material se hagan realidad.

que ellas deben ser así porque siempre han sido así, o porque otras legislaciones así lo hacen. Del análisis y la discusión, así como de la confrontación de las distintas visiones, podrá estarse en mejores condiciones de construir un sistema procesal penal que mejor se acomode a sus realidades y que efectivamente resulte funcional en relación con los objetivos que se le atribuyen en un determinado tipo de Estado como es el mexicano.

a) Discordancia por lo que hace al nombre, estructura y sistematización del Código

1. Seguramente empiezo con uno de los temas menos polémicos, el del *nombre* del nuevo CPP que tendrá aplicación en toda la República, aunque para algunos puede tratarse de un problema que tiene mayor importancia, o que no tiene importancia alguna. Lo cierto es que, ninguna de las iniciativas que se presentaron en el Senado de la República utilizó el nombre de “*Código Nacional de Procedimientos Penales*”, sino los nombres de “*Código de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos*” o “*Código de Procedimientos Penales para la República Mexicana*”; mientras que en el lenguaje común se hablaba de “*Código de Procedimientos Penales Único*”.

Aun cuando el tema del nombre no provocó discusión alguna entre los miembros del Consejo Técnico la Comisión de Justicia del Senado, porque realmente no se había colocado entre los grandes temas de discusión, cuando apareció el nuevo nombre en la versión final del proyecto de dictamen ello causó cierta extrañeza e interrogantes, porque se trataba de un nombre no acordado; además, porque es una nomenclatura que no va con la tradición mexicana.⁸⁴ En efecto, es una expresión más propia de legislaciones de países sudamericanos; pero, no hay duda que también es producto de las influencias que padecemos en los últimos tiempos.

⁸⁴ Si bien en México se utiliza la palabra “nacional” para muchos otros efectos; así, por ejemplo: Instituto Nacional de Salud; Instituto Nacional de Seguros y Fianzas; Instituto Nacional de Ciencias Médicas; Instituto Nacional de Ciencias Penales, etc.; o Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Comisión Nacional del Agua, Comisión Nacional Bancaria y de Valores; pero, también, Ley Nacional de los Derechos Humanos, Ley Nacional del Agua, Ley Nacional de Educación para Adultos, etcétera.

Tal vez habría sido preferible que al nuevo Código se le llamara simplemente *Código de Procedimientos Penales*, sin mayores calificativos, como también sucede en otros países que cuentan con una legislación única; además, todo se habría aclarado con lo previsto en el primer artículo del Código, que precisa sus ámbitos de validez, tanto espacial como material, así como con una breve aclaración en la exposición de motivos. Además, de haberse evitado el calificativo de “nacional”, también se habría evitado el uso de expresiones despectivas, como la utilizada ya en algunos ámbitos, de que se trata más bien de un Código “*nacional socialista*”. Por ello, aun cuando este tipo de calificativos es común, no es tan menor la importancia del nombre y las implicaciones que puede tener.

2. Por otra parte, el nuevo CNPP no tiene una *estructura y sistematización* lógicas que respondan a los objetivos de la reforma constitucional y a los objetivos del proceso penal de corte acusatorio, por más que se diga que ésta es la estructura lógica que se corresponde a este tipo de sistema procesal. Desde otra perspectiva, podría decirse que el CNPP en realidad no tiene estructura y sistematización alguna; que, más bien da la sensación de que los distintos temas que comprende se encuentran esparcidos por todos lados, correspondiendo a quien tenga que aplicarlos el darse a la tarea de armar el rompecabezas y saber de qué se trata. Tal vez esto último podría parecer un poco exagerado, y con razón se diga que cualquiera que conoce el nuevo sistema lo puede explicar;⁸⁵ pero, por razones de seguridad jurídica, toda legislación debe tener una estructura y seguir un orden lógico en la distribución de sus contenidos; ese orden lógico debe responder a la forma en que el procedimiento penal pretende alcanzar sus objetivos.

Por un lado, el CNPP se estructura de dos libros y cada uno en títulos; los títulos, a su vez, en capítulos y éstos, en ciertos casos, en secciones; lo que, en principio, no es cuestionable porque se corresponde con la forma tradicional de estructurar los códigos. Pero, lo que ahora importa es saber si la ubicación y distribución de los diversos temas en los libros, títulos y capítulos son adecuadas o no, si se sigue o no una determinada lógica, que tiene que ver con la forma en que el procedimiento penal trata de alcanzar sus objetivos.

⁸⁵ El problema es que no todos conocen el nuevo sistema, y menos el que debe construirse a partir de la reforma constitucional.

El *Libro Primero* se ocupa de las *disposiciones generales* y encierra una gran diversidad de cosas, como los ámbitos de aplicación del Código, los principios y derechos que deben observarse en el procedimiento penal, los problemas de competencia, los actos procedimentales, donde entran las formalidades, las audiencias y las resoluciones judiciales, entre otros; los sujetos del procedimiento, como víctima u ofendido, imputado, defensor, Ministerio Público, policía, jueces y magistrados. Pero, dentro de las disposiciones generales se habla también de *medidas de protección durante la investigación*, de *formas de conducción del imputado al proceso* y de *medidas cautelares*, que según una determinada visión no tienen el carácter de “disposiciones generales”, que rijan para todo el procedimiento penal, sino que se trata de cuestiones que deben ir en el ámbito de la *investigación* y, por tanto, en el libro segundo.

El *Libro Segundo*, en cambio, que se denomina simplemente *del procedimiento* y se estructura de diversos títulos (13 en total), habla en primer lugar de *soluciones alternas* y de *formas de terminación anticipada* del proceso (como los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado), cuando aún no se ha tratado siquiera el tema del *proceso*. Después, el Título II se ocupa del *procedimiento ordinario*, pero sólo contiene un capítulo y un único artículo, que habla de las etapas del procedimiento, cuando se trata sin duda de la parte más importante del Código. En los siguientes títulos se ocupa, también en forma desordenada, de temas, como: “etapa de investigación”, “datos y medios de prueba y prueba”, “actos de investigación”, “audiencia inicial”, “etapa intermedia” y “etapa de juicio”, donde vuelve a hablar de “disposiciones generales sobre la prueba”, entre otros.

3. Según lo señalado, todo parece indicar que el CNPP contiene un “verdadero desorden”; esa falta de estructura y sistematización puede sintetizarse en los siguientes puntos:

- *Existencia de títulos y capítulos mal ubicados*, como el de las llamadas “medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares” (arts. 137 a 182), cuyos cinco capítulos tienen que ver con la investigación de los delitos; así como el de “soluciones alternas y formas de terminación anticipada” (arts. 183 a 210), que debieran ir en la etapa del proceso propiamente dicho; entre otros.

- *Falta de equilibrios en cuanto a la extensión de títulos y capítulos*: los hay demasiado breves, que no se justifican,⁸⁶ así como demasiado largos, que incluso tienen secciones y apartados.⁸⁷ Igualmente hay *artículos demasiado breves*, de uno o dos renglones (6, 7, 11, 23, 39, 89, 102, 123, 130, 162, 163, 207, 243, 263, 302, 314, 396); mientras que otros tienen textos *demasiado largos* (3, 17, 45, 57, 67, 77, 91, 104, 141, 145, 150, 167, 198, 221, 405, 406, 410), de hasta más de 35 renglones, que podrían distribuirse en artículos o en fracciones diferentes.
- *Hay capítulos que son innecesarios*, pues sus contenidos podrían ser parte de otros capítulos;⁸⁸ lo propio puede decirse del contenido de algunos artículos, cuya utilidad es cuestionable.⁸⁹
- *Hay títulos o rubros de ciertos artículos que no se corresponden con el contenido*;⁹⁰ o se confunden “reglas generales” con “reglas especiales” o particulares,⁹¹ entre otros.

Los anteriores son sólo algunos ejemplos que nos muestran que el diseño del CNPP estuvo carente de *técnica legislativa*, además de que evidencian su gran desaseo.

⁸⁶ Tal es el caso del Título I del Libro Primero, sobre “disposiciones preliminares” (arts. 1 a 3); los capítulos VIII y IX del Título IV, que se refieren a “gastos de producción de prueba” y “medios de apremio” y sólo tiene un artículo cada uno; el Título II del L. Segundo, que habla del “procedimiento ordinario” y su único capítulo sólo tiene un artículo (art. 211), que se ocupa de las “etapas del procedimiento”; entre otros.

⁸⁷ Así, por ejemplo, el Título IV (L.I), que tiene IX capítulos; el Título V (tiene VIII capítulos); el Título VI (medidas de protección durante la investigación) tiene V capítulos y algunos, además, tienen secciones. Lo mismo sucede con el Capítulo II del Título V (L. II), que se refiere a los “actos de investigación”, cuando su contenido podía haberse distribuido en diversos capítulos; entre otros.

⁸⁸ Así, por ejemplo, el Capítulo VIII del Título IV (L.I), que se llama incorrectamente *Gastos de producción de prueba* (art. 103); el Capítulo V del Título I (L.II), que habla de la *Suspensión de las condiciones impuestas en la suspensión condicional del proceso* (arts. 208-210), que debería ser parte del Capítulo III (*suspensión condicional del proceso*).

⁸⁹ Tal es el caso del *Glosario* que contiene el artículo 3, que en realidad no cumple la función que se dice en el Dictamen; mucho menos que tenga un efecto cultural o educativo, pues no contiene ningún término que requiera de explicación; en cambio, hay una serie de *nuevas expresiones* en el Código que sí requieren de explicación y de las que no se dice nada.

⁹⁰ Así se observa, por ejemplo, con el artículo 103 (gastos de producción de prueba), que no hace referencia a “gastos”; el artículo 136 (consultores técnicos); el 207 (reglas generales), etcétera.

⁹¹ Por ejemplo, el contenido del artículo 207.

4. Por otro lado, es evidente que para el sistema procesal penal, pero sobre todo, para el sistema procesal acusatorio, lo esencial es el *procedimiento ordinario*, que tiene un inicio, sigue los pasos preestablecidos y termina con la sentencia dictada en el juicio oral, si bien puede terminar en alguna de las etapas previas a la del juicio; de ahí que, a dicho procedimiento ordinario están referidas en principio las diversas cuestiones relativas a los derechos, garantías y principios que deben observarse en su desarrollo. Por ello, no parece lógico que el procedimiento penal empiece con las *soluciones alternas y formas de terminación anticipada del proceso* (arts. 183 a 210), sobre todo, cuando el *proceso ordinario* aún no ha iniciado. La falta de lógica se demuestra, cuando el propio CNPP establece que esas formas de solución sólo procederán después de haberse dictado el *auto de vinculación a proceso*; por lo que, ellas debieron regularse después de haberse desarrollado todo lo relativo al auto de vinculación a proceso.

Sin embargo, todo parece indicar que para el CNPP el “procedimiento ordinario” no es lo esencial del sistema, sino que desempeña un papel secundario, ya que —como se ha dicho— el Título II que se ocupa de él sólo le dedica un capítulo y un artículo; y lo propio puede decirse en relación con los *juicios orales*, como se verá más adelante, que igualmente parecen desempeñar un papel secundario en el proceso ordinario.

En relación con la materia de la *investigación*, ésta se encuentra muy dispersa en el CNPP, pues hay disposiciones relativas a ella tanto en el Libro Primero (T. VI) como en el Libro Segundo, cuando toda ella debería estar concentrada en un solo título para que cumpla su función. Por lo que hace al Libro Segundo, cuestiones relativas a la investigación se encuentran sobre todo, en los títulos III y V; este último, denominado *actos de investigación*, tuvo que reestructurarse,⁹² pues era demasiado extenso y encerraba cosas muy diversas e inconexas, muchas de las cuales nada tenían que ver con la investigación,⁹³ Ahora, después de las sugerencias hechas para lograr una estructura más lógica y que el Código tuviese mayor coherencia, esa diversidad de contenidos se lo-

⁹² Debido a las observaciones que insistentemente se hicieron en su momento.

⁹³ Como eran las cuestiones relacionadas con la “prueba”, la “audiencia anticipada”, la “etapa intermedia” e incluso la de “juicio”, que hasta la última versión del dictamen del Senado estaban en el Título III; lo que reflejaba una total falta de sistematización, que más parecía obedecer a un grave descuido que a una determinada lógica del procedimiento.

gró separar en títulos e hizo que, por lo menos, la llamada etapa intermedia y la de juicio no fueran ya partes de los actos de investigación.

b) Discrepancia sobre las etapas del procedimiento

1. A pesar de haberse insistido en que el *modelo procesal penal* a seguir en México debía ajustarse a los lineamientos constitucionales y acomodarse a las realidades nacionales, para que él fuese una respuesta a las exigencias sociales de nuestro tiempo, lo cierto es que el legislador no aprovechó la gran oportunidad que tuvo, de generar un modelo procesal que realmente fuese el producto de las exigencias y realidades nacionales. Si bien no puede afirmarse que el legislador se haya limitado a trasplantar algún modelo procesal ajeno,⁹⁴ aun cuando pudiera tratarse de un modelo abstractamente ideal, tampoco puede negarse que él no haya estado exento de toda influencia para hacerlo; de ahí que la nueva legislación procesal penal resultó ser un *hibrido*, que ahora exige el cuidado de compaginarla con la reforma constitucional y con las realidades nuestras.

2. En efecto, el no haber seguido un modelo procesal penal más acorde a la reforma constitucional de 2008 hizo que el criterio adoptado por el CNPP sobre las *etapas del procedimiento penal* no se corresponda con lo que establece la Constitución, sino más bien responde a criterios legislativos que se venían manejando incluso antes de la reforma de 2008.⁹⁵

Sobre este particular, el artículo 211 del CNPP establece que:

el procedimiento penal comprende las siguientes etapas:

I. *La de investigación*, que comprende las siguientes fases:

- a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e
- b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;

⁹⁴ Como sucedió en algunos lugares.

⁹⁵ Sobre todo, en los Estados que iniciaron su reforma al sistema de justicia penal antes de 2008; pero lo mismo ha sucedido con otros Estados después de ese año.

II. *La intermedia o de preparación del juicio*, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y

III. *La de juicio*, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.

La investigación no se interrumpe ni se suspende durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión o durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión. El *ejercicio de la acción* inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia, con lo cual el Ministerio Público no perderá la dirección de la investigación.

El *proceso* dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme.

Como es sabido, la Constitución siempre ha distinguido y distingue claramente la *investigación* (art. 21) del *proceso* en sentido estricto (art. 20), como dos etapas del procedimiento penal claramente diferenciables; en cambio, la estructura del procedimiento penal seguida por el CNPP se aparta de ella, al comprender tres etapas: la de “investigación”, la llamada “intermedia” y la de “juicio” (art. 212); pero no se habla del *proceso* más que en la parte final del artículo 211, como algo sin mayor importancia,⁹⁶ no obstante lo previsto por el artículo 20 constitucional. Ahora bien, si se atiende a la Constitución, las dos últimas etapas (*intermedia* y de *juicio*) de que habla el CNPP serían las fases del *proceso* propiamente dicho. Además, cuando la Constitución habla de los derechos y garantías procesales (art. 20), si bien algunos deben ser observados desde la etapa de investigación, como se estableció ya en la reforma constitucional de 1993, en principio está haciendo referencia al “proceso” estrictamente hablando. Por ello, se insistió en que, además de la *investigación*, a la que habría que darle la importancia que le corresponde para que la “acusación” tenga mayor sentido, también habría que hablar de la etapa del *proceso*, que empieza precisamente con la ahora llamada “audiencia inicial” y termina con la sentencia; y, dentro de dicha etapa, habría que incluir como sus fases la “preparación del juicio” y el “juicio” propiamente dicho.

⁹⁶ Si bien la inclusión de este párrafo obedeció a la insistencia de que esta figura no podía ser olvidada, además de que no había claridad de delimitación entre *proceso* y *procedimiento penal* y cuál era el género.

3. Por otra parte, ha sido *communis opinio* el que la *ejecución de sanciones* o “ejecución de sentencias”, de la que el CNPP no hace referencia alguna, también es parte del procedimiento penal ordinario; por lo que, con independencia de que ella se regule en una ley distinta, constituye sin duda la última etapa del procedimiento penal, la cual inicia cuando la sentencia ha quedado firme y concluye una vez cumplida la sanción impuesta. El CNPP debió haber hecho referencia a ella, al menos por lo que hace a las reglas generales que habrán de observarse en la Ley respectiva, sobre todo porque en dicha etapa también deben observarse ciertos principios, derechos y garantías que son propios del debido proceso, en tanto ellos sean aplicables; además, porque esa es la idea que se sugiere ahora que también se trabaja en el diseño de una Ley de Ejecución de Sanciones única para toda la República Mexicana.

Pero, es claro que el haberlo hecho de la manera como se ha sugerido, para lograr mayor coherencia en todo el sistema de justicia penal, ello habría obligado al legislador a emprender, a partir de una visión *integral* del sistema penal, una total reingeniería del Dictamen de CNPP; tarea seguramente muy difícil de satisfacer ante la prisa de sacar adelante el Código, máxime si no se tenía una clara idea de las cosas.

*c) Divergencia sobre el papel y alcance
de los juicios orales y las salidas alternas*

1. Desde el Dictamen de CNPP que se preparó en el Senado de la República⁹⁷ se partía de la siguiente afirmación: *El juicio oral como último recurso*; y se daba para ello la siguiente explicación: “Dado que el modelo acusatorio plantea un catálogo más amplio de vías para procesar y terminar asuntos — como lo son las *salidas negociadas* o las *formas abreviadas* — se ha tendido a utilizar, como indicador de éxito, un bajo porcentaje de asuntos que efectivamente llegan a la fase de Audiencia de Juicio Oral. Ante este tipo de mediciones, el consenso entre las y los participantes fue concebir al juicio oral, no como una instancia excepcional, sino como un *referente* para la decisión respecto de cuál es la mejor vía para resolver los asuntos”.⁹⁸

⁹⁷ Con la participación directa de la PGR.

⁹⁸ Criterio que, sin duda, prevaleció en la Cámara de Diputados, donde el Dictamen pasó sin haber recibido cambio alguno.

Nada de lo afirmado en el párrafo anterior me parece correcto. Es incorrecto decir que sea característica del modelo acusatorio el contar con “un catálogo más amplio de vías para procesar y terminar asuntos”, pues el uso de las *salidas negociadas* o de las *formas abreviadas* puede darse en cualquier sistema procesal, sobre todo si se las utiliza no tanto porque garanticen una mayor observancia de principios y derechos procesales, sino porque con ellas se busca despresurizar el sistema penal, aún a costa de tales principios y derechos. En otras palabras, las llamadas “salidas negociadas” y las “formas abreviadas” previstas en el CNPP de ninguna manera constituyen vías propias del modelo acusatorio; ellas también pueden aplicarse en un modelo mixto como el que ahora se trata de superar, o incluso en modelos inquisitivos, en tanto que pueden cumplir esa función. El hecho de que ahora se las asocie con el sistema procesal acusatorio, de ninguna manera puede atribuirse a la idea de que dichas vías sean parte esencial de éste, sino más bien al reconocimiento de que los juicios orales y el modelo acusatorio en general no tienen la capacidad de procesar el mayor número de asuntos hasta la etapa en que esos principios, derechos y garantías podrían hacerse realidad, que es precisamente la audiencia de juicio oral,⁹⁹ como ahora lo prevé el artículo 20 constitucional.¹⁰⁰ Por ello, de ninguna manera podría caracterizarse al modelo procesal penal como *exitoso* por el simple hecho de que sólo un bajo porcentaje de asuntos llegase efectivamente a la fase de audiencia de juicio oral y, por tanto, que el mayor número de ellos se resolviera a través de las “salidas alternas” o “negociadas”; por el contrario, un vuelco así podría llevar al sistema penal a su mayor *desprestigio*, precisamente porque ello implicaría, más que otra cosa, su *fracaso*.

2. Ahora bien, con independencia del rol que puedan desempeñar las salidas alternas antes señaladas y de si ello puede ser tomado como éxito o fracaso del sistema, lo cierto es que los *juicios orales* pasan a un segundo término si se admite que sólo un muy bajo porcentaje de asuntos llegue efectivamente a dicha etapa, como se sugiere en el Dic-

⁹⁹ Véase lo dicho supra en el punto II, 2, c), 1).

¹⁰⁰ Sin embargo, aún sin ser algo característico del sistema acusatorio, pueden las salidas alternas desempeñar el rol de “válvula de escape”, pero sin que por ello se conviertan en parte esencial del sistema acusatorio; a menos que ahora tengamos otra concepción de éste. Lo cierto es que, por ahora, tanto las salidas alternas como las formas abreviadas pueden ser vistas como “muletas” o recursos de “salvación” del sistema procesal acusatorio.

tamen de CNPP. Pero ello, sin duda, contradice la idea que animó a la reforma constitucional, o al menos lo que se dijo cuando se promovía dicha reforma, cuya principal bandera que sirvió de pretexto fue la de los juicios orales, a los que se hizo ver como una especie de *panacea*, despertando con ello grandes expectativas sociales. En efecto, se hizo creer que los juicios orales resolverían gran parte de los graves problemas que padece el actual sistema de justicia penal; pero, ahora sucede que el nuevo CNPP los relega a segundo término, pues lejos de privilegiarlos como un recurso de *prima ratio*, como se esperaba, el juicio oral será el último recurso o recurso de *ultima ratio*.

Cuando se habla del principio o criterio de *ultima ratio*, por lo general se hace referencia a cuestiones, medidas o estrategias, que — siendo necesarias — se dejan para el final, ya sea por sus efectos “negativos”, o porque hay otras alternativas mejores o con efectos menos negativos cuyo uso se recomienda agotar primero; pero casi nunca por sus efectos “positivos”.¹⁰¹ En relación con los juicios orales, de ellos hasta ahora sólo se habían destacado sus efectos positivos,¹⁰² aun cuando algunos de ellos también han sido objeto de cuestionamientos;¹⁰³ pero, si se admite que los juicios orales tienen tales virtudes, y lo que se busca es mejorar la calidad de la justicia penal, entonces no hay razón para que ellos tengan en México sólo una aplicación excepcional,¹⁰⁴ es decir,

¹⁰¹ Así, por ejemplo, se afirma que en un Estado democrático de Derecho el Derecho penal debe ser el último recurso, precisamente en consideración a sus efectos negativos, ya que las penas afectan igualmente importantes bienes jurídicos; de ahí que se recomiende hacer uso, antes que de él, de otras alternativas político-criminales cuyas consecuencias sean menos drásticas; lo propio se dice de la pena de prisión o de la prisión preventiva. De acuerdo con este criterio, si en el futuro se pudiera prescindir del Derecho penal y de todo el sistema penal como mecanismo de control social, porque otras medidas han resultado más funcionales, sería lo mejor que pudiera suceder; pero, mientras no pueda llegarse a ese punto, de lograr algo mejor que el sistema penal, al menos habrá que pugnar por un sistema penal mejor.

¹⁰² Como ser más rápidos y menos costosos, más transparentes y, por ende, serían más eficaces para combatir la corrupción, que los escritos; además, permiten una mayor observancia de principios, derechos y garantías procesales, entre otros.

¹⁰³ Por ejemplo, en contra de lo afirmado, se ha dicho que los juicios orales no son menos costosos, así como tampoco son más rápidos que los escritos; igualmente es cuestionable que a través de ellos se pueda lograr la *justicia material* como objetivo fundamental del proceso penal; entre otros.

¹⁰⁴ Como se observa en los Estados que ya aplican el nuevo sistema, en donde se considera un signo de éxito el que el mayor número de casos se resuelva a través de las salidas alternas y no se haya tenido que llegar al juicio oral.

como “último recurso”. Ciertamente, ahora se hace valer¹⁰⁵ que, ante la enorme cantidad de asuntos que llegan y seguirán llegando a los jueces, no existiría la posibilidad de que el mayor número de ellos llegue a los juicios orales; por lo que, éstos no podrían constituir la mejor vía para hacerles frente, so pena de que el sistema se colapse. De ahí que se haya visto la necesidad de darle preferencia a los mecanismos que eviten llegar a los juicios orales y, en su caso, tengan como efecto la despresurización del sistema de justicia penal; pero, esta situación de la sobresaturación del sistema penal es una cuestión añeja, es decir, no es nueva y sin duda era conocida al momento de pugnar por los juicios orales, como para haber redimensionado sus reales alcances y, por ende, haber buscado otra bandera.

3. Por otra parte, no debe pasarse por alto que, de acuerdo con la reforma constitucional de 2008, el *juicio oral* es el momento procesal donde se pueden hacer efectivos los principios y garantías procesales; por lo que, su importancia está fuera de duda como para querer ahora prescindir de él.¹⁰⁶ Por ello, afirmar que el juicio oral es un mero “referente”, o el “faro que guía el proceso”, es decir, algo engañoso o eufemístico, si lo que realmente se busca es aplicarlo sólo de manera “excepcional”; con ello, en realidad, se da a entender que se reconoce la incapacidad del sistema procesal penal que se está construyendo, para que pueda ocuparse de un mayor número de casos. Y no hay duda que esa posición del nuevo CNPP es contraria a la idea de aplicar los juicios orales al mayor número de casos, sobre todo, para los de mayor gravedad.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Como un aspecto negativo.

¹⁰⁶ Pero, tal vez quiera argumentarse ahora que, cuando la Constitución habla de “juicio” no se está refiriendo a la etapa final del proceso, sino que es utilizado como equivalente a proceso, procedimiento, enjuiciamiento penal o, incluso, “audiencia”, es decir, a cualquier etapa en que se pueda aplicar la oralidad; por ello, algunos argumentan ahora que toda audiencia, por ser oral, es en realidad un “juicio oral”; lo que, por supuesto, no es el sentido constitucional, sino que con ello se trastocan totalmente las cosas. Pero este mismo equívoco se maneja cuando, con motivo de la implementación, se habla con tanta facilidad de la creación de “salas de juicio oral”, cuando en realidad lo más correcto es hablar de “salas de audiencias”; pero es igualmente un equívoco el decir que los principios que señala el artículo 20 constitucional se pueden observar en toda etapa del procedimiento, sin más.

¹⁰⁷ Como era la posición de la Iniciativa de CPP único presentada por la senadora Cristina Díaz y otras legisladoras.

Ahora bien, el haber insistido en darle a los juicios orales una aplicación más amplia, obedecía a la idea de aprovechar sus bondades, que sin duda las tienen, para incrementar la calidad de la justicia penal mexicana, darle cierto prestigio y recuperar su credibilidad social; y ello no implica pensar utópicamente, sobre todo, si se atiende a otros contenidos de la reforma constitucional y se concede alguna razón a quienes tanto han hablado a favor de los juicios orales, pues ahora no puede de pronto negarse que tengan alguna virtud como para prescindir de ellos. Pero, tampoco habría que llegar al otro extremo, de pensar que los juicios orales son una especie de *panacea*, pues es evidente que ellos por sí solos no tendrían la capacidad de atender un número considerable de casos,¹⁰⁸ si las otras alternativas no son igualmente atendidas y aprovechadas. Para que el proceso penal acusatorio y los juicios orales muestren sus reales beneficios, habría que partir de la base de que el sistema penal no es el único medio para atender los problemas sociales, sino que hay otros, que incluso pueden ser más funcionales; por ello, al sistema penal no habrá que verlo ni como el único recurso ni de manera aislada, sino al lado de los otros medios de control social, desde una perspectiva integral. Lo anterior obliga a considerar los otros mecanismos que la propia reforma constitucional prevé y que también persiguen ciertos objetivos comunes.

Así, por ejemplo, se sugiere aprovechar la reforma al artículo 17 constitucional, que posibilita diseñar todo un "*sistema integral de mecanismos alternativos de solución de conflictos y de justicia restaurativa*"; ese sistema no se limitaría a fungir sólo como una salida alterna más en los asuntos sujetos a procedimiento penal,¹⁰⁹ sino que él podría ocuparse de una cantidad considerable de asuntos que actualmente han expandido de manera irracional el uso del Derecho penal y de todo el sistema de justicia penal. Un sistema así, además, podría influir de manera más efectiva en la despresurización del actual sistema penal en todos

¹⁰⁸ Afirmación que confirma lo antes dicho.

¹⁰⁹ Como lo prevé la Iniciativa de Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, que el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión el pasado 5 de marzo de 2014 y que tiene un alcance limitado; por ello, en lugar de una Ley especial, dichos mecanismos debieron regularse en el propio CNPP, como lo sugerían algunas iniciativas; una Ley Especial sólo se habría justificado si se ocupara del diseño de todo un sistema integral de mecanismos alternativos.

sus sectores y niveles, así como posibilitar que éste esté en condiciones de cumplir con su alto cometido.¹¹⁰

Pero, para ello también se requiere revisar la legislación penal sustantiva, pues ella es la primera que posibilita que el sistema penal esté sobresaturado, por la enorme cantidad de figuras delictivas que contiene; habría que revisar si todas esas figuras justifican o no la intervención del Derecho penal. A partir de una revisión a fondo, podría seguramente emprenderse un amplio proceso de *descriminalización* y *destipificación* de conductas que actualmente se encuentran penalizadas, las que por su poca trascendencia social¹¹¹ podrían ser atendidas de manera más eficaz por otros medios o sistemas, como el mencionado en el párrafo anterior. Asimismo, habrá que seguir insistiendo en la generación de un *Código Penal único* para toda la República, que sin duda sería el mayor logro legislativo que pudiera darse hasta ahora en nuestro país; pero, para que ello sea así,¹¹² es igualmente necesario que en el diseño de dicho Código Penal se parta de una clara concepción político-criminal respecto de su función y sus alcances, y que sea coherente con las características del Estado mexicano, para responder tanto a las realidades nacionales como a las exigencias y expectativas de la sociedad.

d) Un desacuerdo más: sobre los criterios de oportunidad

1. Otro mecanismo, que tampoco es algo característico del sistema procesal penal acusatorio, sino algo que incluso puede contraponerse a sus postulados, pero que ahora parece tener amplia aceptación, es el relativo a los *criterios de oportunidad* que igualmente introdujo la reforma constitucional de 2008¹¹³ y que desde entonces ha sido objeto de

¹¹⁰ No hacerlo así, los mecanismos alternativos sólo serán una muleta más del nuevo sistema penal, que muy poco lo ayudarán para avanzar en la consecución de sus objetivos.

¹¹¹ Como son los casos de bagatela y otros que ahora permiten la aplicación de criterios de oportunidad o de soluciones alternas.

¹¹² Y para que no se den los cuestionamientos como los que ahora enfrenta el CNPP.

¹¹³ Con lo que se institucionaliza algo que innegablemente ha sido una práctica ejecrable, porque se la ha vinculado con actos de corrupción o bien, que simplemente se aparta de la legalidad.

opiniones diversas,¹¹⁴ máxime cuando se le da el tratamiento de *principio*. Así, por ejemplo, el Dictamen del Senado establece:

La aplicación de este principio implica un verdadero cambio de paradigma. Significa dejar atrás la institución de la estricta legalidad y replantear el concepto de justicia.¹¹⁵ Los criterios de oportunidad consisten en acotados márgenes de discrecionalidad —ya no de arbitrariedad— a través de los cuales el Ministerio Público podrá ejecutar la política criminal del Estado mexicano. Estos criterios, tal como fueron planteados en el Proyecto, no representan, en ningún caso, mecanismos de despresurización del sistema de justicia penal.

Acorde con lo anterior, el artículo 256 CNPP prevé en siete fracciones los *casos en que operan los criterios de oportunidad*; además, señala:

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

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, Porrúa, 4a. ed., México, 2010, pp. 39 y ss.; Merino Herrera, J., *et al.*, “El proceso de aplicación de los criterios de oportunidad”, INACIPE-SETEC-SEGOB, México; Carreón Herrera, José Héctor y Carreón Perea, Héctor, “Los criterios de oportunidad y su implementación en el sistema de justicia penal mexicano”, en *Sistema Penal*, Revista del IFF/PGJDF, núm. 7, México, pp. 61 y ss.; Villarreal Palos, Arturo, *El desarrollo de los criterios de oportunidad en la legislación penal mexicana y la necesidad de establecer directrices constitucionales*, Congreso Redipal Virtual VI, Red de Investigadores Parlamentarios en Línea, enero-agosto, 2013.

¹¹⁵ A reserva de analizar con más detenimiento esta afirmación, sin duda ella resulta preocupante por sus implicaciones. Aun cuando muy pocos se imaginan que la actuación del legislador también se rige por el principio de legalidad, imaginemos que ese mismo criterio se aplicara en relación con el legislador, quien tiene la función de crear las leyes penales y, por tanto, los tipos penales, respecto de los cuales se exige observar la estricta legalidad, para que los tipos penales sean claros y precisos, justamente por razones de seguridad jurídica; si ahora se dijera que el legislador, por razones de política criminal, puede dejar de observar el principio de estricta legalidad y, atendiendo más a criterios de oportunidad o de utilidad, generar tipos penales abiertos o indeterminados, los cuales serían contrarios a las exigencias del principio de legalidad. Si eso se admitiera, ¿qué tipo de Derecho penal sería ese?, ¿cuál sería la base normativa que tendría el juzgador para fundamentar sus resoluciones?; sin duda, sería un Derecho penal que se apartara de las exigencias del Estado democrático de Derecho.

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

2. Tanto el contenido de este artículo como lo afirmado en el Dictamen respectivo tienen cuestionamientos. Por una parte, a diferencia de lo que establece el artículo 21 constitucional,¹¹⁶ el Dictamen del Senado utiliza tanto la expresión de *principio de oportunidad* como de *criterio de oportunidad*, indistintamente, como sucede en algún sector de la doctrina, siendo, por supuesto, inaceptable confundirlos o darle a éste la categoría de “principio” en el sistema mexicano. Para los efectos del sistema procesal acusatorio, que se precia de responder mejor a las exigencias del Estado democrático de Derecho y, por ello, se le caracteriza como más garantista, el criterio de oportunidad no puede tener la categoría de principio, porque entonces el Ministerio Público no lo aplicaría de manera discrecional sino que estaría obligado a observarlo y aplicarlo. Además, de ser considerado un principio, él sería opuesto al *principio de legalidad*; y es claro que la reforma constitucional no pudo tener la pretensión de abandonar el principio de legalidad,¹¹⁷ sobre todo, en relación con la función que corresponde al Ministerio Público, en donde la exigencia de que la actuación del órgano investigador y acusador se ajuste a la legalidad es cada vez mayor, sobre todo, en realidades como la nuestra. Sin embargo, ese no es el sentido que el Dictamen le dio, al afirmar que “la aplicación del principio de oportunidad significa dejar atrás la institución de la estricta legalidad”; con ello parece olvidarse que uno de los sectores del sistema penal que mayormente ha sido cuestionado en los últimos tiempos, en todo tipo de evaluaciones que se han hecho, sobre todo por lo que hace a excesos e ineficacia y a los “desastres” del sistema de justicia, es el que tiene que ver con la función del Ministerio Público,¹¹⁸ al que ahora se le quiere dar mayores facultades.¹¹⁹ Pero, de haber sido

¹¹⁶ Que dice: “El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”.

¹¹⁷ Pues de hacerlo, ello nos llevaría a aceptar un principio propio de sistemas autoritarios.

¹¹⁸ Así como la función de la policía. Véase, por ejemplo, Zepeda Lecuona, Guillermo R., *Crimen sin castigo: procuración de justicia penal y ministerio público en México*, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., México, 2004.

¹¹⁹ Lo que igualmente encierra otra contradicción; recordemos que desde los proyectos de Gertz Manero (2002) y las recomendaciones de Giuliani (2003), entre otros,

esa la idea, entonces no habría ya mayor diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad.

Pero, para tranquilidad de todos, la propia Constitución establece que la aplicación de criterios de oportunidad se hará en los términos y condiciones que establezca la ley.¹²⁰ Es decir, atento al tipo de sistema procesal penal que ella misma diseña, la Constitución fortalece la observancia del principio de legalidad, al establecer que para el ejercicio de la acción penal el Ministerio Público “podrá” considerar criterios de oportunidad, esto es, se trata de una facultad o potestad, que se deja a su discreción aplicar o no; pero, en el caso de optar por este criterio, enseguida señala que el ejercicio de esa potestad se hará “en los términos de la ley”; con lo que, la aplicación de criterios de oportunidad queda sometida a la *legalidad*.¹²¹ Además, en contra de lo señalado en el Dictamen, con ello el concepto de “justicia” no tiene por qué replantearse, a menos que tuviera que aceptarse un concepto de justicia que no tenga que sustentarse en el principio de legalidad.

3. Por otra parte, en el Dictamen también se afirmaba que, a través de los criterios de oportunidad, “el Ministerio Público podrá ejecutar la política criminal del Estado mexicano”. Ciertamente, la aplicación de criterios de oportunidad obedece a razones de política criminal más que a razones de “justicia” propiamente dicha; pero, también es cierto que los objetivos de la política criminal del Estado mexicano no pueden limitarse ni alcanzarse únicamente a través de criterios de oportunidad, máxime cuando en el ámbito del sistema de justicia penal¹²² la idea de la “justicia” constituye sin duda uno de los principales objetivos político-criminales del sistema penal y, por ello, debe orientar no sólo la actuación del juzgador, sino también la actuación del Ministerio

hubo la pretensión de quitarle facultades al MP, reduciendo al menos la etapa de investigación a su mínima expresión.

¹²⁰ Así lo establece ahora el artículo 21 constitucional.

¹²¹ Y esto debe ser así, aún cuando el CNPP establezca en su artículo 256 que para ello el MP ponderará el ejercicio de la acción penal conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, o basándose en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o su equivalente; pues no puede admitirse que sobre este particular haya diversidad de criterios, ya que ello iría en contra de la idea de la unificación legislativa.

¹²² Que también es parte fundamental de la política criminal del Estado mexicano.

Público.¹²³ Por tanto, en la aplicación de criterios de oportunidad, en donde se imponen razones de política criminal,¹²⁴ no pueden quedar totalmente fuera de consideración las razones que tienen que ver con la justicia.

4. Ahora, por lo que hace al *momento* en que pueden aplicarse los criterios de oportunidad, el nuevo Código de Procedimientos pasa por alto que la Constitución le da a tales criterios una determinada función y, por ello, su uso tiene *límites*. En efecto, de acuerdo con lo que establece el artículo 21 constitucional, se trata de una “alternativa” al ejercicio de la acción penal y es potestad del MP aplicarla en lugar de ésta;¹²⁵ por ello, su aplicación no puede ordenarse en “cualquier momento” ni mucho menos llevarse —como lo prevé el artículo 256 del CNPP— “hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio”, pues ello implica que la acción penal se ejercitó ya, sino que tiene que regirse por el tiempo en que también procede el ejercicio de la acción penal. Además, la Constitución y el CNPP prevén otros mecanismos, como las salidas alternas y las formas de terminación anticipada del proceso, que igualmente se pueden aplicar, como se verá en el punto siguiente; por lo que, no hay necesidad de darle una naturaleza distinta a los criterios de oportunidad e ir en contra de la idea que motivó su regulación constitucional.

¹²³ De otra manera, no tendría mayor sentido el hablar de conceptos tan arraigados como *procuración de justicia* y *administración de justicia*, o de que dichas funciones sean exigidas al Ministerio Público y al juez. Además, recuérdese que en algún momento de las discusiones el proyecto de Dictamen llegó a utilizar el nombre de *criterios de justicia* en lugar de “criterios de oportunidad”, que tampoco era lo correcto.

¹²⁴ Como es, por ejemplo, la consideración de intereses sociales, o cuando se trata de delitos de bagatela, o casos de colaboración con la justicia, entre otros, en donde entra la ponderación de intereses, en los que se considera conveniente, oportuno o útil no ejercer la acción penal, aun cuando se cumplan con los requisitos legales para ello.

¹²⁵ La reforma constitucional que autoriza la aplicación de criterios de oportunidad sólo puede entenderse en el sentido de que, en ciertas circunstancias, el MP puede abstenerse de ejercer la acción penal; es decir que, aún estando reunidos los requisitos legales para el ejercicio, por las razones señaladas en la ley, el MP podrá no ejercer la acción penal. En cambio, no puede entenderse que la reforma constitucional haya también pensado en el caso de que, no existiendo los requisitos legales para ello, el MP pueda ejercer la acción penal por razones de oportunidad, como en la realidad con cierta frecuencia así sucede, sólo para quitarse el problema de encima y pasárselo al juez; y es claro que ello no tendría sentido, porque no es admisible que el juez también se rija por criterios de oportunidad.

e) *Desacuerdos sobre el procedimiento abreviado*

1. Con relación con el *proceso abreviado*, éste tiene su fundamento en el artículo 20 constitucional¹²⁶ como una forma de terminación anticipada del procedimiento ordinario, el cual deja a la ley determinar los supuestos y las modalidades en que debe proceder. El CNPP, por su parte, establece en el artículo 201 los requisitos de procedencia, entre los que señala que debe ser el MP el que lo solicite y que el imputado acepte su responsabilidad del delito que se le atribuye.

Para justificar el criterio adoptado por la nueva legislación procesal, el Dictamen del Senado señaló:

Los lineamientos de su procedencia responden a una política criminal más que a un catálogo de delitos o a un límite de penalidad admitida. Más que un derecho del imputado, es un derivado del principio de oportunidad y su objetivo es evitar el juicio. Se trata de acuerdos probatorios a título universal.

2. Aun cuando el Dictamen sigue el criterio de expertos que estuvieron detrás de algunas de las iniciativas de CPP único, el argumento que se da para justificarlo es equívoco, pues no hay duda que toda medida o mecanismo que contiene el CPP obedece a *razones político-criminales*, siendo el Código mismo el que obedece a este tipo de razones; lo propio puede decirse en relación con el Código Penal y a sus contenidos. Es decir, el argumento de que la aplicación del *proceso abreviado* “no responde a un catálogo de delitos o a un límite de penalidad”, sino a una política criminal, no es correcto, precisamente porque también en tales casos se trataría de una razón político-criminal, con independencia de si ella es aceptable o no. Por ello, en todo caso debió decirse que el proceso abreviado que regula el CNPP responde a una razón político-criminal distinta a la del catálogo de delitos o del límite de

¹²⁶ Cuyo apartado A, fracción VII, establece: “Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculcado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad”.

penalidad; pero, además, debió decirse el porqué, ya que habían otras alternativas.¹²⁷

Tampoco es admisible lo afirmado en el Dictamen, de que el proceso abreviado “más que un derecho del imputado” es un derivado del “principio” o criterio de oportunidad, pues tal afirmación parece confundir la naturaleza de uno y de otro; y, aun cuando todos ellos se den dentro del procedimiento penal, cada uno tiene su razón político-criminal, su función y sus propios requisitos. Es evidente que, si el MP optó por ejercer la acción penal, e incluso el juez dictó el auto de vinculación a proceso y éste siguió su curso, aquél dejó pasar la oportunidad de aplicar dicho criterio que le autoriza el artículo 21 constitucional; luego entonces, si se optó por iniciar el proceso ordinario, es ahora que surge la posibilidad de que se abra el “proceso abreviado”, pero no como una derivación del criterio de oportunidad, sino, por el contrario, bajo otras condiciones, como es la de que el MP formule la acusación y exponga los datos de prueba que la sustentan.

Por otra parte, a diferencia del criterio de oportunidad, cuya aplicación es potestad del MP, el inicio de un proceso abreviado no obedece ya a una potestad del MP de quererlo hacer o no, y mucho menos a razones de oportunidad, sino que ahora se trata de una potestad del juez decretarlo o no. Pero, para ello, es necesario, por una parte, que el proceso penal ya se haya iniciado y, por otra, estar “en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley”; además, que “no exista oposición del inculpado”, como lo señala el artículo 20 constitucional. Corresponde entonces a la legislación procesal penal señalar los supuestos y las modalidades en que procede el proceso abreviado; pero, aun cuando el artículo 201 del CNPP sólo se refiere al supuesto en que el imputado reconoce su participación en el hecho delictivo, es decir, que “*admite su responsabilidad por el delito que se le imputa*”, ello indica que él quiere someterse a ese proceso abreviado, en lugar de seguir todo el proceso ordinario y llegar al juicio oral. Por lo que, contrario a lo señalado en el Dictamen, antes que otra cosa, se trata de “un derecho” del imputado y no de una potestad del MP,¹²⁸ de la misma manera que

¹²⁷ En efecto, una de las iniciativas de CPP en el Senado adoptaba el criterio de señalar distintas hipótesis para la aplicación del proceso abreviado y, entre ellas, la que atiende al tipo de delitos y a su penalidad, que sin duda ofrece mayor seguridad jurídica.

¹²⁸ Tal vez podría ser más aceptable que se tratara de una potestad del juez el plantearlo, pues, como se deriva de la disposición constitucional, él es el único que

es un derecho el juicio oral;¹²⁹ pues, si el imputado no lo consciente expresamente y, por ende, no renuncia al juicio oral, no podrá aplicarse el procedimiento abreviado, por más que el MP así lo quiera, a menos que se acepte que éste puede obtener el consentimiento a toda costa.¹³⁰ Acorde con el criterio aquí sostenido, de considerar la aplicación del proceso abreviado como un “derecho del imputado”,¹³¹ una de las iniciativas¹³² proponía que el proceso abreviado sólo se aplicara a solicitud del imputado, correspondiendo al juez únicamente valorar su procedencia si se está en los supuestos y se cumplen las modalidades que señala la ley; y sin duda, ese es el espíritu de la Constitución, pues si el imputado se opone a su aplicación, no podrá llevarse a cabo el proceso abreviado;¹³³ no obstante, como se señaló, lo anterior no excluye que se puedan dar casos en que el imputado se vea obligado a aceptar su participación en el hecho, aún sabiéndose inocente.

3. Finalmente, una consideración más sobre lo afirmado en el Dictamen del Senado, de que el objetivo del proceso abreviado es “evitar el juicio”. Ciertamente, ese es el efecto que tiene; pero con ello, al proceso abreviado se le atribuye una función que tampoco va con su naturaleza.

puede decretar su terminación anticipada si se cumplen los supuestos y modalidades determinadas por la ley.

¹²⁹ Como se desprende del artículo 201, III, a), del CNPP.

¹³⁰ El que la aplicación de procesos abreviados con frecuencia constituye un abuso del órgano persecutor, porque en la mayoría de las veces obedece a la “presión” que éste ejerce sobre el imputado, aun cuando para algunos se trata sólo de una mera “oferta”, o incentivo, no está alejado de la realidad. Así se dice, p. ej., de los sistemas procesales angloamericano y colombiano, en los que el imputado se ve presionado por el fiscal, ante la posibilidad de cargarle un mayor número de delitos y, por tanto, de sufrir una pena mucho más alta, si no acepta su “culpabilidad”; además, ante la clara imposibilidad de poder demostrar su inocencia, muchas veces tiene que confesar su culpabilidad aún sabiéndose inocente, con tal de que se le imponga una pena menor. Y, por ello, es claro que éste no es el sentido que habrá que atribuirle a la reforma constitucional de 2008, la cual tiene como objetivo contar con un procedimiento penal con plenas garantías.

¹³¹ De otra manera ¿cómo se podría explicar que el imputado renuncie a otros derechos, como los del juicio oral?

¹³² La presentada por la senadora Cristina Díaz y otras legisladoras.

¹³³ En este caso, tanto el MP como el juez sólo pueden estar de acuerdo o no con el imputado; el primero, para que lo solicite y, el segundo, para que lo autorice, pero ninguno lo puede imponer; incluso, si la víctima u ofendido se opone fundadamente, el procedimiento abreviado no podrá realizarse.

No obstante, ello pone de manifiesto la intención de quienes, habiendo impulsado el modelo procesal penal que toma al juicio oral como pretexto, ahora tratan de prescindir de él,¹³⁴ como si se tratara de algo negativo, cuando que él, aún sin ser lo más característico del sistema procesal acusatorio, tal vez le habría dado al modelo mayor justificación. Lo cierto es que la aplicación del proceso abreviado, como forma de terminación anticipada que es, tiene como “efecto” el que no se llegue al juicio oral; pero, es evidente que ese no puede ser su objetivo. El “objetivo real” de esta modalidad es darle “celeridad” a los procesos; pero, también es evidente que, en aras de la celeridad, se prescinde de lo más importante del proceso, que es la audiencia del juicio oral y, por ende, de los importantes derechos y garantías del procesado, así como de los principios, que sólo en ella pueden tener observancia plena. En otras palabras, con independencia de si el imputado solicita o no el proceso abreviado, e incluso de si se trata de su derecho o no y de que se renuncie al juicio oral y a los derechos que ello implica, lo cierto es que con el proceso abreviado se renuncia a los derechos y garantías del debido proceso; y, eso es suficiente para cuestionarlo.

f) Críticas al procedimiento de la llamada “justicia negociada”

1. Ahora bien, no hay duda que la “celeridad” del proceso constituye también un objetivo fundamental del sistema de justicia penal; por ello, se trata de un mandato constitucional (arts. 17 y 20 constitucionales) que igualmente debe atenderse en el sistema procesal penal acusatorio y oral; tan es así, que se ha argumentado a favor del cambio, de que el juicio oral es *más rápido* que el escrito, entre otras ventajas. Por ello, se ha considerado que uno de los mecanismos para alcanzar ese objetivo es la aplicación del *proceso abreviado*, del que se trató en el punto anterior y del cual no hay duda que puede tener importantes efectos en relación con la “despresurización” del sistema penal;¹³⁵ de ahí que no se rechaza el uso de los procesos abreviados, si ellos se aplican de manera más racional y sin costo para los derechos humanos.

Sin embargo, según lo establece el CNPP, la aplicación del proceso abreviado tiene como principal razón que el imputado “admita su res-

¹³⁴ No obstante que, como se ha dicho, el juicio oral es un derecho del procesado.

¹³⁵ En los términos del CNPP.

ponsabilidad por el delito que se le imputa". Y si bien el "admitir su responsabilidad" o "su participación en el delito" le acarreará cierto beneficio, como es una disminución de la pena, no hay duda que ello propicia por otra parte que se dejen de observar importantes derechos y garantías del imputado, así como los principios propios del proceso acusatorio,¹³⁶ cuya observancia plena sólo se hace realidad en la audiencia del juicio oral.¹³⁷ En otros términos, con ello se abre una amplia posibilidad de condenar al imputado sin la observancia de derechos y garantías que el artículo 20 constitucional prevé para la audiencia de juicio oral y para la sentencia. Además, como lo establece el artículo 201 del CNPP, para condenar al imputado bastan los "datos de prueba" que el MP exponga al formular su acusación; es decir, contrariamente a lo previsto por el apartado A, fracción III, del artículo 20 constitucional, el CNPP autoriza condenar "sin pruebas"¹³⁸ y, adicionalmente, por un juez que no es el del juicio y sentencia sino por el de control, esto es, por un juez que ha conocido previamente del caso, en contravención a lo dispuesto por la fracción IV, A, del artículo 20 constitucional.

2. No hay duda que el tema del *reconocimiento de la responsabilidad, la renuncia al juicio oral y la negociación del tipo de acusación y de la pena*, que sirven de base para el procedimiento abreviado, es uno de los puntos más cuestionables no sólo del CNPP, sino de todo el sistema procesal penal acusatorio, que ahora tiene su base en la Constitución. Mientras que para un importante sector, ésta y las soluciones alternas constituyen la parte más importante y casi la esencia del sistema acusatorio, para otros,¹³⁹ es la parte menos esencial de dicho sistema, pues ella puede adecuarse a cualquier sistema procesal penal.¹⁴⁰ Sin embargo, al

¹³⁶ Entre los que destaca el de *presunción de inocencia*, que después de ser ubicado en un rango superior ahora cualquier dato de prueba la hace añicos. Pero, por otra, parece que ahora la *confesión* vuelve a adquirir la relevancia que antes tenía.

¹³⁷ Como lo señala el artículo 348 del CNPP, sin desconocer lo previsto en la fracción X del apartado A del artículo 20 constitucional.

¹³⁸ Sobre todo, si se sigue la idea de que no hay más pruebas que las que se ofrecen en la audiencia del juicio oral; y, aún cuando ese criterio no se puede compartir, porque el propio artículo 20 constitucional, A, III, claramente establece que, "para los efectos de la sentencia, sólo se considerarán pruebas ...", lo cierto es que en el caso del proceso abreviado no se cumple con esa exigencia.

¹³⁹ Entre los que me cuento.

¹⁴⁰ Recordemos que el actual CFPF lo regula como "proceso sumario" en el artículo 152; lo propio hace el CPPDF en sus artículos 305 y ss., pero con alcances diferentes.

sistema acusatorio que ahora se implementa se le ha tenido que apoyar con dichos mecanismos, porque son los que pueden hacerlo viable; pero, el gran problema es que ellos también pueden influir tanto en su desnaturalización como incluso en su desprestigio.

Ahora bien, como esta alternativa político-criminal de la negociación de la justicia y de todo lo que se relaciona con ella,¹⁴¹ que tiene como objetivo darle más agilidad al procedimiento penal y hacerle frente al problema de la sobresaturación del sistema penal, es una medida que también ha sido importada, considero útil señalar algunas opiniones que se han exteriorizado respecto al sistema que le ha servido de modelo. Se trata del sistema procesal penal norteamericano, que es caracterizado como el sistema acusatorio por excelencia, o “proceso acusatorio puro”,¹⁴² donde se encuentra el antecedente más claro de este mecanismo que se ha ido extendiendo a los procedimientos penales no sólo de países latinoamericanos, sino también de países europeos. Y aun cuando la forma de su inclusión en el sistema procesal penal mexicano reviste algunas modalidades, que hacen que ambos sistemas tengan algunas diferencias importantes, tales opiniones pueden servir para que tengamos otros elementos para poder valorar dicha medida y, en su caso, aplicarla de la manera más racional para evitar el problema señalado en el párrafo anterior.

2.a) Una de esas opiniones nos la ofreció H. H. A. Cooper¹⁴³ desde principios de la década de los setenta del siglo xx, quien, al referirse al sistema procesal penal norteamericano, desde entonces hablaba ya del *ocaso del juicio oral* y señalaba, por un lado, que en este juicio el procesado goza del *status* de igualdad con el Estado así como de ciertos privilegios procesales, tales como la *presunción de inocencia* y la protección contra las pruebas inadmisibles, la publicidad de su procesamiento, un juez justo e imparcial, etcétera, que son atributos democráticos de dicho enjuiciamiento y que ha sido el orgullo nato del régimen penal angloamericano. Pero, por otro lado, también destacaba que esos atributos no siempre se mantienen en las diversas fases del procedimiento y que el juicio oral, como se lo describe en los textos, “va pasando al

¹⁴¹ El uso de la expresión “negociación de la justicia” no es porque nos guste, sino porque a ello se reduce o se puede reducir este mecanismo que ahora prevé el artículo 20 constitucional.

¹⁴² Como lo caracteriza Gómez Colomer, Juan Luís, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, INACIPE, México, 2008.

¹⁴³ Profesor de la Universidad de Nueva York.

olvido”, observándose que en un gran porcentaje de los casos “el condenado entra en la fase de ejecución de la pena sin haber sido procesado en la forma tradicional”.¹⁴⁴

Lo anterior indica que el *juicio oral*, en el que el acusado se sustenta con todo el rigor de la ley procesal, va desapareciendo¹⁴⁵ y está siendo sustituido por un procedimiento menos formal, en el cual entra una serie de consideraciones discrecionales y extralegales, como es el caso del *plea-bargaining*, que –según H. A. Cooper– sin duda ha estremecido al proceso penal estadounidense, ya que en el *plea* al acusado sólo se le exige una contestación general en relación con su posición frente a los cargos: *culpable* o *no culpable*, lo que determina el desarrollo subsiguiente del proceso. Si la respuesta del acusado es de *no culpable*, ello constituye un rechazo tajante de los cargos y un desafío al Estado para que éste pruebe el caso en contra del inculpado, y significa la realización de un *juicio oral* ante un juez sólo, o ante un juez más el jurado de doce personas; lo que implica toda una movilización de recursos por parte del Estado que busca la condena del inculpado. El juicio oral, por ello, es a veces de larga duración, muy costoso y de resultado muy difícil de pronosticar; pero, por ser un juicio de carácter adversarial, incrementa el “espíritu de competencia” y, además, en caso de perder, es muy probable que el inculpado reciba una sentencia de mucha mayor severidad que la que hubiere recibido de haber confesado desde el principio su culpabilidad. En cambio, si el procesado se declara *culpable*, las consecuencias son distintas: ante la *autocondenación* ya no hay necesidad de probar su culpabilidad, ni de testigos ni de los demás incidentes de un juicio oral; se ahorra tiempo y dinero; las partes pueden llegar a un cierto arreglo o negociación (*plea-bargaining*) y el juez puede ir directamente a la imposición de la sentencia, aunque en la práctica esto con frecuencia llegue a prolongarse.

Ciertamente, el *plea-bargaining* hace ahorrar tiempo y dinero, así como las molestias del juicio oral, por la promesa al procesado de una

¹⁴⁴ Cooper, H.H.A., “El ocaso del juicio oral en los Estados Unidos de Norteamérica”, en *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, núm. 5, Sept.-Oct., 1972, pp. 63 y ss.; véase también, Moreno H., Moisés, “Retos del sistema procesal penal en México.- Algunas propuestas para la transformación del sistema de justicia penal”, en *Conferencias Magistrales 8*, INACIPE, México, 2004. Lo anterior muestra que, una cosa es el derecho en los libros, y otra el derecho en la práctica (en la acción).

¹⁴⁵ Tal como ahora se pretende en México, pero con la diferencia de que aquí aún no acaba de nacer.

sentencia menos severa a condición de que la defensa acepte los cargos con un *plea* de culpable. Sin embargo, por tratarse de una transacción que implica que el procesado está en posición de negociar con el Estado y regatear un mejor trato pese a su culpabilidad, sin duda que es incompatible con los *finés* del proceso penal; y lo es aún más cuando el inculpado es incluso inocente, pero por la dificultad de probarlo tiene que negociar al menos para lograr una sanción menor.¹⁴⁶

2.b) Por lo que hace al sistema procesal penal europeo,¹⁴⁷ tenemos la opinión de un procesalista alemán, el profesor Bernd Schünemann, quien al abordar la rivalidad de los modelos procesales, el angloamericano y el continental europeo, desde hace más de veinte años se duele de que “el procedimiento penal continental europeo haya caído en pocos años en una crisis existencial tan profunda, de la que sólo podría sacarla —según opinión de los legisladores italianos y españoles, así como de los prácticos de la justicia alemana— la adopción del procedimiento penal norteamericano o, al menos, de partes esenciales de éste”.¹⁴⁸ Sin embargo, Schünemann señala que esa impresión es engañosa, ya que, contrariamente a esa opinión, él sostiene que “el procedi-

¹⁴⁶ Además, entre los efectos negativos del *plea-bargaining* se señalan los siguientes: a) El district Attorney usurpa atribuciones judiciales y, por ello, la función judicial se ve menguada; b) con la desaparición efectiva del juicio oral también cambian las funciones de los defensores, pues la estructura del proceso cambia radicalmente; c) el tipo de transacción que implica el *plea-bargaining*, que es llevado a cabo detrás de la pantalla, a puerta cerrada, conduce a grandes insatisfacciones y sospechas, a veces fundadas, de irregularidades en la administración de justicia; d) el sistema es manipulable sobre todo, por experimentados delincuentes, quienes son procesados varias veces y salen beneficiados injustificadamente; en cambio, el principiante — y especialmente el pobre— recibe un trato menos favorable; entre otros. Véase H. Cooper, “El ocaso del juicio oral...” *op. cit.*, pp. 70 y ss.; asimismo, Helen Silving, *Essays on Criminal Procedure*, Buffalo, N. York: Dennis and Co., 1964, y *Criminal Justice*, vol. I, Puerto Rico, 1971.

¹⁴⁷ Sobre el Derecho procesal penal europeo, véase: Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 22. Auflage, Verlag CHBeck, München, 1991; Baumann, G., *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts*, 3a. ed., München, 1979; Gimeno Sendra, *El nuevo proceso penal* (con otros), Valencia, 1989; Gómez Colomer, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Bosch, Barcelona, 1985; Maier, Julio, *La ordenanza procesal penal alemana*, 2 vol., Depalma, B. Aires, 1978-1982; entre otros.

¹⁴⁸ Schuenemann, Bernd, “Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial: “Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania”*, Madrid, 1991, pp. 49 y ss.

miento penal continental europeo ha entrado en una crisis profunda e incomparable justamente por la adopción del *plea bargaining*, una crisis vital para la estructura de un Estado de Derecho liberal y una crisis de sobrevivencia, que no puede ser captada, o no quiere serlo, por los profesionales que actúan en el proceso”.¹⁴⁹

Como punto central de su análisis, Schünemann destaca precisamente el tratamiento de las “negociaciones” o “acuerdos informales”, a los que considera no sólo “cuerpos extraños en el sistema continental europeo”, sino que “constituyen la incisión más profunda en la evolución del proceso penal alemán desde 1879 y un hacha para las raíces de una tradición centenaria”. Esta afirmación resultaría sorprendente para los prácticos, ya que para ellos los acuerdos parecen ser no sólo una necesidad de la justicia y la duración de los procesos, sino también una forma de sustituir la idea de la retribución por la de prevención como fin de la pena, basada en la economía procesal y orientada al consenso. En efecto, Schünemann señala que esta idea utilitarista es engañosa, porque si bien ella trae consigo “una enorme reducción de exigencias técnicas y de la complejidad del trabajo, así como un aumento de las probabilidades de los éxitos profesionales”, no hay duda que mediante los acuerdos “se desnaturaliza completamente la estructura procesal del StPO, ya que se carece de casi todas las medidas cautelares necesarias contra su abuso”. Pero, además, los acuerdos —con tal de acortar los procesos— lesionan el contenido material de las garantías procesales, como las de oralidad, mediación y publicidad, así como la presunción de inocencia por toda iniciativa de obtener una confesión antes de la práctica total de las pruebas en el juicio oral. Lo que, aunado a la renuncia del juicio oral y a una disminución de la pena basada solamente en el reconocimiento, total o parcial, por parte del acusado del contenido de la acusación — agrega —, “nos ubica en una inversión de todos los valores y nos reconduce al procedimiento inquisitivo, contra el que se introdujo en el siglo XIX el bastión del juicio oral como centro del procedimiento penal”.¹⁵⁰

Y, aun cuando Schünemann encuentra otras zonas de conflicto, destaca la que tiene que ver con la falta de compatibilidad de los acuerdos procesales con los fines procesales (como es la búsqueda de la “verdad material”) y los fines del Derecho penal (como es la “justicia

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 52 y s.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 56. Las cursivas son nuestras.

material", que se basa en la idea de la culpabilidad por el hecho y en la individualización seria de la pena). Al respecto, afirma que:

El mero reconocimiento del hecho no constituye un fundamento suficiente para la determinación de la pena; el sometimiento a la sentencia que es consecuencia de una negociación sólo certifica la fuerza de la coacción estatal, pero poco dice sobre la inquebrantabilidad del derecho, razón por la cual no podría legitimar una atenuación de la pena; y, por último, la prevención general integradora se tiene que mover, de todos modos, en el ámbito de la prevención general intimidante, dado que de lo contrario no se estaría sancionando el hecho punible del autor, sino su comportamiento procesal.¹⁵¹

Por lo que, concluye:

La introducción del *plea bargaining* norteamericano en el proceso penal continental europeo sólo ha permitido superar su crisis de una manera aparente; aún más, la ha profundizado transformando la búsqueda de la verdad material en un *catch as catch can* ('agárrate como puedas').

Y reafirma:

La marcha triunfal del proceso penal norteamericano, considerada unilateralmente, sería lamentable y debería ser resistido en el actual desarrollo del sistema procesal penal europeo de una manera decidida, pues constituye una renuncia a las conquistas fundamentales del estado de derecho ya alcanzadas en el siglo XIX. La circunstancia de que muchos prácticos sean ciegos a este respecto y sólo tomen en consideración las ventajas analizadas al principio, no puede forzar a la ciencia del derecho a la resignación, sino que, por el contrario, exige un redoblamiento de los esfuerzos por impedir que se desmonte el proceso penal europeo fundado en los principios liberales del estado de derecho.¹⁵²

2.c) Igualmente en el ámbito latinoamericano ha habido voces en este sentido; así, por ejemplo, el profesor argentino E. R. Zaffaroni ha destacado en distintas ocasiones que la adopción de la práctica de la *negociación* o acuerdo entre las partes, que no sería sino la práctica del *plea-bargaining* del sistema procesal norteamericano, es una experiencia no deseable que ya la han tenido algunas legislaciones en América Latina. En efecto, señala que el uso de la negociación, como es sabido,

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 57.

¹⁵² *Ibidem*, p. 58.

se convierte fácilmente en una fuente de extorsión que reemplaza a la tortura: quien carece de defensa de calidad no tiene otro recurso que admitir lo que se le ofrece en la negociación o regateo, pues de lo contrario se le amenaza con una pena mucho más grave”.// “Además, se trata de un recurso que llena otro requisito fundamental para la selectividad estructural del poder punitivo: perjudica sólo a quienes tienen menores recursos; el resto puede incluso beneficiarse con él.¹⁵³

3. Por razón de lo anterior, al analizar la nueva legislación procesal penal mexicana en relación con la inclusión de los *criterios de oportunidad* y del *reconocimiento de responsabilidad*, como mecanismos para despresurizar al sistema penal, aun cuando ello conlleve la obtención de ciertos “beneficios”,¹⁵⁴ habrá que considerar seriamente los riesgos que implicaría para nuestro sistema de justicia penal su aplicación, si no se hace uso de criterios de racionalidad. Y no hay duda que, por los impulsos que está teniendo el proceso de implementación del nuevo sistema procesal penal mexicano, son totalmente aplicables las opiniones e inquietudes vertidas por los autores antes citados, sobre todo, si se atienden las raíces de nuestro Derecho penal y procesal penal que, como se ha dicho, se sustentan en principios liberales y democráticos del Estado de Derecho.¹⁵⁵ Por lo que, si el legislador pasó por alto la experiencia que han tenido legislaciones procesales penales de países de Europa y de América Latina, en las que la injerencia del sistema procesal anglo-americano es evidente y ha motivado las citadas opiniones críticas, precisamente por la práctica del *plea-bargaining*,¹⁵⁶ habrá ahora que procurar que los operadores del nuevo sistema penal apliquen criterios de racionalidad en su uso, o que no hagan un uso irracional de tales mecanismos, para evitar que el sistema procesal penal, de rai-gambre liberal y democrática, se desvirtúe y se desprestigie.

Ciertamente, el sistema de justicia penal y, concretamente, el sistema procesal penal deben ajustarse a los principios de corte liberal y de-

¹⁵³ Zaffaroni, E. R. (coord.), *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*, Porrúa, México, 2000, p. 15; véase, también, del mismo, “*Independencia y autonomía del poder judicial*” (conf.), ELD-CEPOLCRIM, 2005.

¹⁵⁴ Como sería, por ejemplo, la disminución de la prisión preventiva, así como la disminución de la pena al imputado.

¹⁵⁵ Al menos formalmente hablando.

¹⁵⁶ Aún cuando cada uno lo haya adoptado con ciertas variantes. Por lo que hace a Italia, véase a Ottavio Sferlazza, “*Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*”, Fontamara-CEPOLCRIM-Aquesta Terra, México, 2005.

mocrático en la consecución de sus objetivos. Por tanto, por razones de congruencia, la adopción de ciertas estrategias político-criminales y de ciertos criterios procesales deben observar los *límites* que imponen dichos principios propios del Estado liberal y democrático de Derecho.¹⁵⁷ Y es claro que la adopción de la práctica del *plea bargaining* del sistema angloamericano, cuya raigambre es diferente, puede constituir una mala experiencia para el sistema procesal penal mexicano;¹⁵⁸ pues su uso, aún con las variantes introducidas en el CNPP, puede convertirse en una fuente más de *corrupción* y de *extorsión*, entre otras consecuencias no deseables, sobre todo, si entendemos que nuestras realidades son distintas. Por tal razón, y porque en todo este proceso de reforma siempre se ha resaltado la necesidad de tomar en cuenta las “buenas prácticas”¹⁵⁹ y las realidades nacionales, habría que cuestionarse si, después de lo dicho, el legislador mexicano optó por una “buena práctica” al considerar que la *negociación de la justicia* traerá importantes beneficios a la justicia penal mexicana, o si debió tomar en cuenta las experiencias de otros países que han tenido el influjo de la misma, en los que el efecto ha sido negativo, como lo han señalado Schünemann y Zaffaroni respecto de las legislaciones procesales en Europa y América Latina.

Conclusión respecto a estos primeros temas

a) Para concluir esta primera parte del análisis del CNPP, quiero insistir en resaltar que tanto los criterios de oportunidad como el proceso abreviado y el criterio de la negociación o de los acuerdos procesales, no constituyen partes esenciales o las partes más características del sistema procesal penal acusatorio, aun cuando ellos se hayan convertido en una práctica muy común en este tipo de sistema, como lo muestra el sistema procesal angloamericano, donde la práctica del *plea bargaining* se introdujo — como se ha dicho — hace más de cien años.¹⁶⁰ Como se ha

¹⁵⁷ Entre los que destacan el principio de *legalidad* y el de “*presunción de inocencia*”, el que no hay duda que se ve menoscabado por el simple “*reconocimiento de responsabilidad*” y la consecuencia que éste conlleva.

¹⁵⁸ Como ya lo ha hecho notar Jesús Zamora Pierce en diversos escritos sobre la reforma; véase, también, Moisés Moreno Hernández, *Retos del sistema procesal penal en México*, INACIPE, México, 2004.

¹⁵⁹ Las cuales tienen que ser valoradas desde la perspectiva de los objetivos de la reforma constitucional de 2008 y 2011, así como de los objetivos del proceso penal.

¹⁶⁰ Que puede ser mucho o poco tiempo, según el punto de referencia.

dicho, esta práctica se introdujo en el sistema no tanto por ser una parte esencial del mismo, sino por razón de exigencias político-criminales motivadas por cierto tipo de crisis que comúnmente atraviesan los sistemas procesales penales en determinados momentos de su desarrollo; sobre todo, cuando la necesidad de mantener cierta congruencia al interior del sistema obliga a observar sus principios característicos, y ello pone en entredicho su capacidad para resolver un mayor número de problemas en la forma ideada por él mismo.

Por ello, al reconocer su propia incapacidad para atender al menos un número razonable de asuntos que llegan al sistema, aplicando los principios y criterios que le son característicos, éste se ha visto obligado a apoyarse de otros mecanismos que lo pueden hacer más funcional, como el *plea bargaining* que, aparte de reducir ciertas exigencias formales y materiales, tiene como beneficio una considerable reducción de la pena para el acusado que de antemano reconozca su culpabilidad. Pero, de acuerdo con lo anterior, parece que ahora habría que propiciar que el acusado “reconozca su culpabilidad”, pues con ello se prescindirá de la audiencia de juicio oral y, como consecuencia, sólo un porcentaje mínimo de asuntos llegará a dicha audiencia,¹⁶¹ tal como se anunció en el Dictamen del Senado sobre el sistema procesal penal mexicano.

b) A lo anterior habrá que agregar una agravante más; según el CNPP y el criterio antes señalado, el mayor número de asuntos se resolverá a través de los procesos abreviados, o bien, a través de las otras soluciones alternas, con las consecuencias que se han destacado. Pero, además, ya que el legislador no precisó el sentido de la sentencia que corresponde dictar el juez, es evidente que ese gran número de casos que se resolverá a través del proceso abreviado, de acuerdo con el criterio adoptado por el CNPP, que se sustenta en el *reconocimiento de la responsabilidad*¹⁶² y en otras aceptaciones o renunciaciones por parte del acusado, siempre terminará en una “sentencia condenatoria”. Quienes propicia-

¹⁶¹ Es claro que los países que tienen el juicio oral, como es el caso de los Estados Unidos de América, sólo lo aplican en un porcentaje demasiado reducido (alrededor del 5% o menos); en algunos Estados de la República que ya lo han implantado sólo lo aplican de manera excepcional y para casos poco trascendentes.

¹⁶² Que no es otra cosa que el “reconocimiento de que el imputado participó en la comisión del delito”, que es algo muy diferente y distante de lo que tradicionalmente se llama “reconocimiento de culpabilidad”; sin embargo, en el lenguaje no técnico así se le entiende.

ron este tipo de regulación en el Código, aún con ciertas vacilaciones, no admiten que este tipo de procesos pueda concluir en una “sentencia absolutoria”.¹⁶³

Pero, de acuerdo con ello, al imputado se le sentencia y sanciona sin que se acredite siquiera el primero de los presupuestos necesarios para la imposición de una pena, que es precisamente la *tipicidad*.¹⁶⁴ Ahora bien, el hecho de que el imputado reconozca haber intervenido en la comisión de un delito, ya sea como autor o como partícipe, no prejuzga que con ello se colmen todos los elementos del tipo penal; mucho menos se puede con ello prejuzgar sobre su *culpabilidad* o incluso de que haya actuado contrariamente al derecho. Entonces, ¿en qué se fundamenta la pena en el nuevo sistema procesal penal?

c) Con todo lo anterior, surge necesariamente la pregunta, de si el procedimiento penal tal como ha sido estructurado en el CNPP cumple con su misión fundamental de, al menos, procurar acercarse a la “verdad material”, que sin duda es un derecho no sólo de los victimarios, sino también de víctimas, o si ha claudicado a ella. Y todo parece indicar que ha optado por esta última, al renunciar al juicio oral, donde dicha verdad puede aflorar; es decir, el CNPP ha optado por someterse mayormente a un procedimiento regido por acuerdos o negociaciones que a un procedimiento con plenas garantías, evitando con ello el juicio y, por tanto, el debido proceso, pero no la sentencia y la pena.

De esta manera, uno de los objetivos centrales del proceso penal, que es la verdad material, se deja a un lado y el procedimiento penal sólo se conforma con una verdad caracterizada como “formal”, que se sustenta en principio únicamente en meros “datos de prueba”; pero, con ello, y sobre todo, con la llamada “justicia negociada”, de ninguna manera se asegura una realización justa del Derecho penal material.

¹⁶³ Para nosotros, por supuesto, la sentencia puede ser condenatoria o absolutoria, ya que el sólo aceptar el imputado haber participado en la comisión del hecho de ninguna manera prejuzga sobre su culpabilidad.

¹⁶⁴ De ahí la gran resistencia de los prácticos de precisar en la ley los requisitos tanto para el ejercicio de la acción penal y la orden de aprehensión como para el auto de vinculación a proceso, para esclarecer los alcances de los nuevos contenidos materiales a que hacen referencia los artículos 16 y 19 constitucionales sobre esta materia.

El “neogarantismo” del Código Nacional
de Procedimientos Penales
(*Hacia un redimensionamiento teórico-práctico
del ius puniendi y los derechos humanos*)

Juan Moreno Sánchez*

I. INTRODUCCIÓN

Con la publicación del *Código Nacional de Procedimientos Penales* (en lo sucesivo CNPP), en la Segunda Sección del *Diario Oficial de la Federación* del miércoles 5 de marzo de 2014, las directrices constitucionales que rigen el proceso penal acusatorio mexicano han quedado instauradas bajo un esquema unificador,¹ que reorientó la estructura originalmente prevista para su implementación en 2008. Dentro de las múltiples previsiones del nuevo ordenamiento, se destaca la inclusión expresa del cúmulo de principios, derechos y garantías que constituyen el basamento del invocado modelo procesal.

La terminología “neogarantista” del CNPP, pareciera fortalecer la interacción del Derecho penal con los Derechos Humanos; las normas de

* Miembro de la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (AMPEC), correspondiente a la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC).

¹ La multiplicidad de normas que integran el Derecho penal mexicano *lato sensu*, ha dificultado la operatividad del sistema de justicia en dicha materia; de ahí que diversos sectores, desde hace ya varias décadas, proclamen la necesidad de su unificación, particularmente respecto de su ámbito sustantivo.

aquél pretenden hacer tangibles los trillados ejercicios retóricos sobre estos últimos, gracias a la precisión de los alcances y límites de las actuaciones que habrán de desarrollar los sujetos procesales, a saber: las víctimas y/u ofendidos del delito y las personas a las que se les impute la comisión del mismo, sus respectivos asesores y defensores (ya sean públicos o privados) y, particularmente, la de los miembros de las instituciones y órganos *ad hoc*.

Sin lugar a dudas, la comprensión del neoguantismo previsto para el sistema acusatorio mexicano, será uno de los factores determinantes para su correcta implementación y aplicación. De ahí la necesidad de revisar – por obvio que parezca – la estructura garantista prevista en el texto del CNPP, así como las tensiones que algunas de sus disposiciones guardan con respecto a la parte dogmática de nuestra Constitución y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), vulnerando, paradójicamente, los alcances de su antes citada estructura garantista.

II. LA UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL ADJETIVA MEXICANA

El CNPP es producto de los lineamientos político-criminales que el actual Gobierno de la República, estableció para concretar – ante el inminente término de su *vacatio legis* – la vertiente adjetiva de la reforma constitucional al sistema de justicia penal de 2008. Esta visión unificadora (que en sus inicios contemplaba también a la materia penal sustantiva), fue consignada en las “Decisiones Presidenciales”, anunciadas el 1º de diciembre de 2012; en el “Pacto por México”, suscrito por el Ejecutivo Federal y los tres principales partidos políticos de México (PRI, PAN y PRD); así como en el “Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de mayo de 2013.

Originalmente, el proceso de implementación del modelo acusatorio refrendaba la otrora potestad de la Federación, de las entidades federativas y del Distrito Federal, para generar sus respectivos ordenamientos en la materia;² esta situación generó que el sistema acusatorio

² En el artículo segundo transitorio del DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el DOF del 18 de junio de 2008, quedó establecido que: “la Federa-

comenzara a desarrollarse de manera disímbola. Hasta antes de la publicación del CNPP, varios estados crearon sus leyes penales adjetivas,³ en las cuales se aprecian las más diversas lecturas e interpretaciones sobre las directrices constitucionales del proceso penal acusatorio, muchas de ellas inspiradas en *sui generis* ejercicios de derecho comparado, tanto al exterior,⁴ como en el propio ámbito nacional.⁵

De forma coincidente, las nuevas codificaciones procesales penales mexicanas comienzan su articulado con el desarrollo expreso de los principios, derechos y garantías que informan el modelo acusatorio; refrendándose así su espíritu humanista previsto, de forma particular, en el primer y único párrafo del artículo 20 constitucional, así como en el *Apartado A* del propio precepto. La inclusión de este tipo de normas no es una moda de la técnica jurídica y legislativa actual, resulta de la necesidad de consagrar en el sistema penal (y en cualquier otra rama del Derecho), la defensa y protección de los Derechos Humanos.

Para la concreción del CNPP, primeramente resultaba necesario establecer su fundamentación en nuestra Ley suprema; de ahí que algunos integrantes de la Cámara Alta de la LXII Legislatura del H. Congreso de la Unión, haciendo eco de los nuevos derroteros político-criminales trazados para la implementación del sistema acusatorio por parte del Ejecutivo Federal, presentaron tres iniciativas con proyecto de Decreto en las que se pretendía la reforma a los artículos 17 y 20;⁶ 20, 73 y 122;⁷ y, 73 fracción XXI,⁸ todos de la Ley fundamental mexicana. El dicta-

ción, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio”.

³ Cuyo surgimiento, en correspondencia a la publicación de la reforma constitucional al sistema de justicia penal de 2008, puede ser ubicado de manera previa, a la par y, posterior a los trabajos que finalmente dieron origen a la misma.

⁴ En donde ubicamos básicamente, al llamado “modelo chileno”.

⁵ Destacándose la difusión de la codificación procesal penal chihuahuense.

⁶ Presentada por el senador Roberto Gil Zuarth, el 14 de febrero de 2013.

⁷ Presentada por las senadoras y senadores María del Pilar Ortega Martínez, Roberto Gil Zuarth, Raúl Gracia Guzmán, Carlos Mendoza Davis y José María Martínez Martínez, el 9 de abril de 2013.

⁸ Presentada por la senadora Arely Gómez González y los senadores Roberto Gil Zuarth, Manuel Camacho Solís y Pablo Escudero Morales, el 24 de abril de 2013.

men conjunto de estas iniciativas,⁹ consideró al último proyecto como el numeral idóneo para sustentar la codificación procesal penal única, postura que se confirmó hasta la conclusión del respectivo proceso legislativo.

Por virtud a la reforma constitucional al artículo 73, fracción XXI (fundamento de nuestra política criminal legislativa), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de octubre de 2013, el Congreso de la Unión quedó facultado para expedir: “la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común”.¹⁰ Con esta reforma, el ideal de unificación de la legislación penal fue más allá de su ámbito adjetivo, incorporando a la justicia alternativa o restaurativa, así como al subsistema de reinserción (su último eslabón), en la nueva visión político-criminal.

Continuando con el tema de la codificación procesal penal única, es de hacerse notar que, simultáneamente a la realización de los trabajos para concretar su base constitucional, en el propio Senado de la República se avanzaba de manera vertiginosa en la discusión de dicho ordenamiento; diversos integrantes de la Cámara Alta presentaron tres iniciativas con proyecto de Decreto para expedir: el *Código de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos*;¹¹ el *Código Único de Procedimientos Penales*;¹² y el *Código Procesal Penal para la República Mexicana*.¹³ Estas iniciativas, dictaminadas conjuntamente por razón natural, dieron origen al Código Nacional de Procedimientos Penales.

En el trazo del nuevo Código advertimos una mezcla entre los criterios tradicionales para la conformación de este tipo de ordenamien-

⁹ Cfr. *Gaceta del Senado*, jueves 25 de abril de 2013.

¹⁰ Reforma que sienta el comienzo de la armonización de la legislación secundaria en materia penal, así como de otras ramas relacionadas con la misma.

¹¹ Presentada por las senadoras Cristina Díaz Salazar, Hilda Flores Escalera y Diva Hadamira Gastélum Bajo, el 21 de marzo de 2013. Esta iniciativa fue generada por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, (CEPOLCRIM), bajo la coordinación de Moisés Moreno Hernández.

¹² Presentada por el senador Pablo Escudero, siendo turnada el 29 de abril de 2013.

¹³ Presentada por los senadores Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Manuel Camacho Solís, Pablo Escudero, Angélica de la Peña Gómez, Omar Fayad Menses, Luis Armando Melgar Bravo, Dolores Padierna, Layda Sansores San Roman, el 30 de abril de 2013.

tos, a través de la cual ha quedado dividido en dos libros, los cuales se ramifican en una serie de títulos, cuyos contenidos dan origen a diversos capítulos; así como el seguimiento de las tendencias actuales que para — acaso — hacer más inteligible su lectura, subdividen algunos de sus capítulos en secciones y éstas, a su vez, en apartados. En consideración con la jerarquía que guarda la estructura del CNPP, nos permitimos destacar, únicamente, el contenido de sus libros y títulos:

1. En el Libro Primero han quedado establecidas sus *disposiciones generales*, las cuales se subdividen en seis títulos en los que se abordan, respectivamente: las *disposiciones preliminares*; los *principios y derechos en el procedimiento*; la *competencia*; los *actos procedimentales*; los *sujetos del procedimiento y sus auxiliares*; y las *medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares*.
2. Por su parte, el Libro Segundo se ocupa del *procedimiento*, que se desglosa a través de trece títulos que se ocupan de: las *soluciones alternas y formas de terminación anticipada*; el *procedimiento ordinario*; la *etapa de investigación*; de los *datos de prueba, medios de prueba y pruebas*; los *actos de investigación*; la *audiencia inicial*; la *etapa intermedia*; la *etapa de juicio*; las *personas inimputables*; los *procedimientos especiales*; la *asistencia jurídica internacional en materia penal*; los *recursos*, y el *reconocimiento de inocencia del sentenciado y anulación de sentencia*.

En este orden de ideas, es preciso señalar que la publicación del CNPP, por sí misma no concreta la vertiente adjetiva de la reforma constitucional al sistema de justicia penal mexicano de 2008; constituyéndose — tan sólo — como una de las múltiples normas que requiere su instrumentación en nuestro país.¹⁴ Al respecto, el artículo Octavo Transitorio del CNPP señala que:

en un plazo que no exceda de doscientos setenta días naturales después de publicado el presente Decreto, la Federación y las entidades federativas deberán publicar las reformas a sus leyes y demás normatividad complementaria que resulten necesarias para la implementación de este ordenamiento.

¹⁴ En tal sentido, el nuevo marco normativo sienta algunas bases para la reforma orgánica y operativa del sistema de justicia penal, a la luz de las cuales habrán de establecerse un sinnúmero de acuerdos, manuales operativos, protocolos de actuación, etc., etcétera.

Para que el modelo acusatorio opere a cabalidad, allende de las modificaciones, reformas y adiciones a las leyes orgánicas, reglamentos, acuerdos, manuales, protocolos de actuación, etc., que se implican en el citado transitorio, *conditio sine qua non* es la publicación de la legislación en materia de justicia alternativa o restaurativa que reglamente el contenido del párrafo cuarto del artículo 17 constitucional;¹⁵ numeral en el que escuetamente quedó consignada la verdadera esencia político-criminal del modelo acusatorio: evitar el desarrollo de un proceso penal.¹⁶

III. LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS RECONOCIDOS EN EL CNPP

En pleno siglo XXI, una de las principales líneas de estudio de la filosofía del Derecho es el lenguaje jurídico;¹⁷ dicha arista de conocimiento trasciende, significativamente, en la construcción de los nuevos derroteros del orden normativo a nivel mundial, teniendo grandes repercusiones en el caso de los Derechos Humanos y, muy en especial, del neoguantismo en materia penal (uno de los ramales más importantes de aquellos).

En México, este neoguantismo se ha contemplado de manera expresa en las normas de nuestra Carta Magna que rigen el modelo acusatorio, a saber, los artículos 16, párrafos tercero y decimocuarto; 17, párrafos cuarto, quinto y séptimo; 19; 20 y 21, párrafo séptimo. Cual ejercicio de párvulos, el 20 constitucional reitera por una y otra vez — con ciertos errores de técnica jurídica— los alcances del conjunto de principios, derechos y garantías que lo informan, a efecto de no dejar la menor duda sobre sus implicaciones pragmáticas.

¹⁵ El 4 de marzo del año en curso (2014), el titular del Ejecutivo Federal turnó a la Cámara de Senadores la iniciativa de *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal* la cual, por virtud con la reforma al artículo 73 constitucional, fracción XXI, se incorpora a los trabajos del H. Congreso de la Unión.

¹⁶ Desde hace ya varios años, hemos señalado en diversos textos académicos cómo el *marketing* político de la reforma constitucional de junio de 2008, desvirtuó la esencia del modelo acusatorio al equipararlo con el juicio oral, propiciándose así una serie de falacias respecto a dicha etapa procedimental, que es uno de los múltiples componentes de aquél.

¹⁷ Sobre el particular, se destaca la obra de Jürgen Habermas.

Por virtud a las transformaciones que en materia de Derechos Humanos tiene el orden jurídico de nuestros días, los vocablos principios, derechos y garantías han sido redimensionados, constituyendo un trinomio inescindible. Ubicar la eficacia de uno u otro término no resulta una tarea sencilla, pues cual diafragma, la línea que los separa es casi imperceptible. Los principios, entendidos como bases o fundamentos, se desarrollan a través del establecimiento de una serie de derechos; como es sabido, los derechos implican una serie de potestades, prerrogativas y facultades; éstos, a su vez, se materializan por virtud con de otras tantas garantías, que hoy por hoy, se conciben como los mecanismos o instrumentos a través de los cuales se hacen tangibles los derechos.¹⁸

Para tratar de aclarar este aparente galimatías del *argot* jurídico, podemos citar el caso del *debido proceso* que, atendiendo a sus efectos prácticos, se encuadra como un principio, particularmente por el ámbito doctrinal; adquiere la connotación de un derecho que, de conformidad con la jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, permea en diversas normas constitucionales y convencionales; e incluso, se le llega a ubicar como una garantía, tal es el caso del sexto párrafo del artículo 18 del Pacto Federal mexicano, que lo establece como un lineamiento que debe observarse en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes.

Con base en lo anterior, no es de extrañarse que el CNPP hubiera de reconocer en el Título Segundo de su Libro Primero, dos capítulos que desarrollan de manera concreta, una especie glosario en torno algunos de los *principios* y *derechos* que conforman el procedimiento penal; un intento de catálogo en el que se trataron de diferenciar, únicamente, los dos conceptos antes invocados, subsumiendo en ellos, algunas garantías en materia penal.¹⁹ Sobre el particular, el artículo 4 del CNPP,

¹⁸ La trascendencia de la terminología en comento, propició el cambio de denominación del Capítulo Primero constitucional de las otrora “Garantías Individuales”, a la expresión “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, cuyos efectos no deben advertirse como cuestiones retóricas, metafísicas o intangibles, sino por el contrario, eminentemente prácticas; tal y como se advierte en el desarrollo de los criterios de la actual Décima Época del Semanario Judicial de la Federación.

¹⁹ Consideramos erróneo que en el CNPP, quedasen limitados los principios y derechos procesales, así como el que no se hubiesen enunciado de forma expresa sus garantías. En la iniciativa con proyecto de Decreto para expedir el *Código de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos* (formulada por el CEPOLCRIM),

establece las *características* y *principios rectores* de nuestro sistema acusatorio en los siguientes términos:

El proceso penal será acusatorio y oral, en él se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes.

Este Código y la legislación aplicable establecerán las excepciones a los principios antes señalados, de conformidad con lo previsto en la Constitución.²⁰ En todo momento, las autoridades deberán respetar y proteger tanto la dignidad de la víctima como la dignidad del imputado.

Dentro del capítulo que aborda los principios del modelo acusatorio, el CNPP reconoce y define,²¹ los siguientes:

1. Publicidad (art. 5).
2. Contradicción (art. 6).
3. Continuidad (art. 7).
4. Concentración (art. 8).
5. Inmediación (art. 9).
6. Igualdad ante la ley (art. 10).
7. Igualdad entre las partes (art. 11).
8. Juicio previo y debido proceso (art. 12).
9. Presunción de inocencia (art. 13).
10. Prohibición de doble enjuiciamiento (art. 14).

Por cuanto a los derechos en el procedimiento, en el capítulo respectivo del CNPP igualmente se enlistan y conceptualizan:

1. El derecho a la intimidad y a la privacidad (art. 15).
2. La justicia pronta (art. 16).

se reconocían ampliamente los alcances de la terminología neoguarantista para el imputado y víctimas y/u ofendidos, con base en la observancia de la Constitución Política y los tratados suscritos por México; ello con la finalidad de no constreñir, delimitar o establecer en una simple lista, la suma de principios, derechos y garantías que informan al proceso penal de corte acusatorio.

²⁰ Desde el ámbito constitucional, podemos citar la restricción de principios en tratándose de la materia de delincuencia organizada. Por cuanto al CNPP, encontramos las excepciones al principio de publicidad establecidas en su artículo 64.

²¹ Para evitar excesivas transcripciones, sólo nos permitimos enunciar los principios y derechos que, de forma particular, contemplan los dos capítulos que integran el Título Segundo, Libro Primero, del CNPP, señalando los numerales que los contemplan.

3. El derecho a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata (art. 17).
4. La garantía de ser informado de sus derechos (art. 18).
5. El derecho al respeto a la libertad personal (art. 19).

Continuando con nuestros comentarios respecto al contexto neoguantarista del CNPP, cabe apuntar que el mismo no se constriñe a los artículos antes referidos. Diversas normas del ordenamiento en cuestión, reiteran y aluden otros tantos principios, derechos y garantías del modelo acusatorio, como eje rector de las actuaciones procedimentales; dada su importancia — y para terminar este apartado — nos permitimos señalar básicamente, los principios “diseminados” a lo largo del CNPP, destacando su trascendencia:

1. El estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución, como una de las obligaciones que tienen a su cargo tanto el Ministerio Público, como las policías (señaladas, respectivamente, en los arts. 131, fracción XXIII y 132).²²
2. La sujeción a los principios que deben regir el ejercicio de la función jurisdiccional, y la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el procedimiento, previstas como deberes comunes de los jueces (art. 134).
3. La observancia a los principios de neutralidad, objetividad, imparcialidad y confidencialidad, en el marco de la evaluación y supervisión de medidas cautelares (art. 164).
4. El desahogo de la prueba bajo los principios de intermediación y contradicción, que sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación (art. 261).
5. El respeto al principio de proporcionalidad ante la toma de muestras cuando la persona requerida se niegue a proporcionarlas (art. 270).
6. La vigencia de los principios de intermediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad, que debe observarse en el desarrollo del juicio (art. 348).

²² En el mismo sentido, destacamos el contenido del artículo 214 del CNPP, que reitera los principios que rigen a las autoridades de la investigación (primera etapa del procedimiento penal en términos del art. 211 del CNPP).

7. La posibilidad de arresto que puede ordenar el Tribunal de enjuiciamiento, ante la contumacia de las obligaciones procesales de testigos o peritos que atenten contra el principio de continuidad (art. 355).
8. El principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, como requisito *sine qua non* para que el Tribunal de enjuiciamiento dicte sentencia condenatoria (art. 406).
9. El desarrollo de los diversos principios que rigen la asistencia jurídica internacional (arts. 436-438).
10. La reiteración de los alcances del principio de inmediación para la apelación de las resoluciones emitidas por el Tribunal de enjuiciamiento (art. 468, fracción II).
11. La ponderación de la garantía de la inmediación y el principio de objetividad del órgano jurisdiccional, en tratándose de la reposición parcial de la audiencia de juicio (art. 482).
12. Los efectos del principio de inmediación que debe valorar el tribunal de alzada para ordenar la reposición de un juicio (art. 483).

IV. EL CONTEXTO NEOGARANTISTA DEL CNPP Y LAS PRIMERAS TENSIONES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES DEL MODELO ACUSATORIO MEXICANO

Como toda obra del sector público, el CNPP ha sido presentado con un cúmulo de buenas intenciones que hacen hincapié en su espíritu garantista, a través del cual, se busca solucionar la múltiple problemática que aqueja, de forma específica, a los subsistemas de procuración y administración de justicia en materia penal. Para ejemplificar este particular, nos permitimos destacar el catálogo de beneficios que de conformidad con la Presidencia de la República, tiene la legislación que ahora nos ocupa:

- Fortalece las capacidades y herramientas de las instituciones encargadas de investigar, procesar y sancionar las conductas delictivas a nivel estatal y Federal.
- Permite que más mexicanos gocen del derecho constitucional a una justicia pronta y expedita.
- Permite esclarecer los hechos delictivos con mayor rapidez y eficacia para determinar con certeza si existe o no responsabilidad penal.

- Incentiva la denuncia ciudadana, indispensable contra la impunidad, con procesos de investigación más ágiles y eficaces.
- Permite acelerar la aplicación del modelo acusatorio adversarial [*sic*] y oral, con el cual el acceso a la justicia será más transparente, ágil y equitativo.
- Con el principio de publicidad se dará transparencia a los juicios penales, disminuyendo la discrecionalidad y propiciando la legalidad en los involucrados en el sistema de justicia.
- Se fortalecen y homologan los instrumentos para asegurar el debido proceso y el respeto irrestricto a los derechos humanos del ofendido y del imputado.
- La sociedad contará con profesionales del derecho, capaces de brindar asesoría legal en cualquier entidad del país, a partir de reglas claras y uniformes.
- Se incluyen figuras que permiten soluciones alternas al conflicto, como la aplicación de un acuerdo reparatorio, por mediación o conciliación, para evitar que se llegue a una pena de encarcelamiento, estableciendo un sistema de justicia restaurativo y no sólo de represión penal.²³

Materializar este catálogo de buenas intenciones no será una tarea fácil. Requerirá de un estudio multi, inter y transdisciplinario sobre el Derecho penal —en su más amplia acepción— y las ciencias jurídico-penales, así como de la nueva relación que las normas punitivas deben guardar con respecto a la materia de Derechos Humanos; ello a propósito de la reforma constitucional que en dicha vertiente (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011), redimensiona la actuación de las instituciones y órganos del aparato estatal hacia esquemas poco explorados, e incluso, ignotos.²⁴

La nueva codificación procesal penal nacional reposa en una serie de principios, derechos y garantías cuyas implicaciones para México —en apariencia novedosas— en realidad constituyen un tardío reco-

²³ Consultable en: [http://www.presidencia.gob.mx/infografia-beneficios-del-codigo-nacional-de-procedimientos-penales/?utm_source=MailingList&utm_medium=email&utm_campaign=Bolet%C3%ADn+Sitio+-+20140411] (consultada el 10 de marzo de 2014).

²⁴ De esta manera, el simple “cambio de chip” al que inicialmente fueron reducidas las explicaciones sobre la reforma al sistema de justicia penal (desafortunada expresión acuñada en el seno de sus propios órganos de implementación, y que ha sido replicada sin la mayor reflexión), debe dar un vuelco en sus esquemas de formación, profesionalización, capacitación y actualización.

nocimiento de algunos de los *derechos civiles y políticos*²⁵ que el Estado demócrata liberal dieciochesco, legó específicamente al Derecho penal actual. Esta situación se advierte, *v. gr.*, con el principio de presunción de inocencia,²⁶ incorporado —con todas sus letras— en nuestro Pacto Federal (artículo 20, apartado A, fracción I), tan sólo doscientos dieciocho años después de haber sido consagrado, expresamente, en el texto de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789.

Como es sabido, el espíritu de la revolución francesa sentó —entre otras— las bases del Derecho penal liberal, cuyos postulados se fueron desarrollando a lo largo de los siglos XIX²⁷ y XX.²⁸ A partir de la segunda mitad de este último siglo, dicho espíritu liberal fue contextualizado en distintos esquemas multinacionales de protección a los Derechos Humanos (como son sus ámbitos *universal*²⁹ y *americano*,³⁰ suscritos por México), trascendiendo al siglo XXI bajo la noción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH); éste orden sustenta, hoy día, el neogarantismo que se erige como eje rector de la actuación del aparato estatal.

Sin lugar a dudas, el DIDH se torna como una de las principales fuentes de inspiración para la creación del CNPP; si bien este ordenamiento desarrolla las directrices de nuestra Ley fundamental sobre la materia penal adjetiva, no se pueden soslayar las repercusiones que las normas multinacionales tienen para nuestro orden jurídico penal, gracias a las cuales ha evolucionado —y también involucionado—; un ejemplo de su evolución es el afianzamiento del principio de la *racionalidad de las penas y medidas de seguridad*, al erradicarse del Pacto Federal, la posibilidad de la pena de muerte.³¹

Efectivamente, el DIDH *per se*, inspira significativamente las actuales transformaciones constitucionales y legales del sistema de justicia pe-

²⁵ Ubicados como la primera generación de los Derechos Humanos.

²⁶ Figura estelar en el proceso penal acusatorio mexicano.

²⁷ El estudio de la llamada *dogmática jurídico-penal* comenzaría en su último tercio.

²⁸ Siglo en el que la Teoría del Delito fue explicada por las llamadas escuelas *neoclásica, finalista y funcionalista*.

²⁹ Sistema que emana de los trabajos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

³⁰ Orden que resulta de la agrupación de la mayoría de los países de nuestro continente en la Organización de los Estados Americanos (OEA).

³¹ Contemplada, hasta finales de 2005, en el artículo 22 constitucional.

nal mexicano, como son las reformas a los sistemas de atención a víctimas del delito, justicia para adolescentes, de reinserción, y hasta el propio modelo acusatorio. Incluso, dentro de este último, el DIDH sustenta las discusiones sobre el objeto y finalidad de las medidas cautelares de carácter personal como el arraigo (que contraviene —a todas luces— los ámbitos de protección en materia de Derechos Humanos previstos, hasta antes de su constitucionalización, tanto por nuestra propia Ley fundamental,³² y desde luego, por el ámbito convencional),³³ la detención con control judicial,³⁴ y la prisión preventiva (como verdadera *ultima ratio*).

En este orden de ideas, la publicación del CNPP comienza a generar las primeras tensiones de nuestro modelo acusatorio con respecto a diversas disposiciones constitucionales y del DIDH. A la fecha de conclusión de este trabajo (finales de abril de 2014), tanto la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), como el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI), han promovido

³² En tal sentido, nos permitimos aludir la tesis: ARRAIGO DOMICILIARIO PREVISTO EN EL NUMERAL 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LIBERTAD PERSONAL PREVISTAS EN LOS PRECEPTOS 14, 16 Y 18 A 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Localización: [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Enero de 2008; Pág. 2756. I.9o.P.69 P.

³³ Tal es el caso de las disposiciones que respecto a la *libertad personal*, contempla el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (mejor conocida como el Pacto de San José de Costa Rica), que a la letra señala: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

³⁴ Polémica medida cautelar de carácter personal que ha sido establecida tanto en los artículos 417-421 de la legislación penal adjetiva de corte acusatorio de la Ciudad de México en *vacatio legis* (publicada en la *Gaceta Oficial* del 22 de julio de 2013), así como en la adición del artículo 270 bis 1 al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en vigor, y que formó parte del paquete de reformas mediante las cuales se derogaron las disposiciones relativas al arraigo y se estableció la figura de la detención con control judicial (publicada en la *Gaceta Oficial* del 13 de septiembre de 2013). La inclusión de la medida cautelar en esta última reforma, propició que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos promoviese una acción de inconstitucionalidad, que es materia del expediente 25/2013 del máximo tribunal de interpretación de la Constitución y las leyes mexicanas.

ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), dos acciones de inconstitucionalidad sobre diversos numerales del CNPP; en dichas acciones, con números de expediente 10/2014³⁵ y 11/2014 (acumuladas por tratarse de un mismo tema),³⁶ se destacan las siguientes violaciones a los Derechos Humanos:³⁷

1. A la libertad personal, a la libertad de tránsito, a la seguridad jurídica, a la privacidad o vida privada, a la integridad personal, de no injerencias arbitrarias, así como de los principios de legalidad y de certeza jurídica, que contravienen los artículos 132 (obligaciones del policía), 147 (detención en caso de flagrancia), 251 (actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del Juez de Control), 266 (actos de molestia), y 268 (inspección de personas).
2. A los principios *pro persona*,³⁸ de presunción de inocencia, de legalidad, las formalidades esenciales del procedimiento, así como a los derechos a la seguridad jurídica y a la libertad personal, quebrantados por el artículo 148 (detención en flagrancia por delitos que requieran querrela).
3. Los principios de legalidad, seguridad jurídica y exacta aplicación de la ley penal, que infringe el artículo 153 (reglas generales de las medidas cautelares).
4. Los derechos y los principios *pro persona*, de seguridad jurídica, de legalidad, la presunción de inocencia, la prohibición de detenciones arbitrarias y el debido proceso, vulnerado por el artículo 155 (tipos de medidas cautelares).
5. Los actos de molestia que generan los artículos 242 (aseguramiento de bienes o derechos relacionados con operaciones financieras), y 249 (aseguramiento por valor equivalente).

³⁵ Para una lectura integral de la demanda de acción de inconstitucionalidad presentada por la CNDH, véase: [http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/CorteInteramericana/accion_20_2014.pdf] (consultada el 21 de abril de 2014).

³⁶ Cfr. SCJN. Índice de Acciones de Inconstitucionalidad pendientes de resolver al 26 de abril de 2014. Consultable en: [<http://www2.scjn.gob.mx/IndicesCCAI/ControversiasConstitucionalespub/AccionInconstitucionalidad.aspx>] (consultada el 26 de abril de 2014).

³⁷ Para evitar el abuso de transcripciones, de nueva cuenta sólo nos permitiremos mencionar los Derechos Humanos que tanto la CNDH, como el IFAL, estiman violados, relacionándolos con los artículos del CNPP en controversia.

³⁸ Consagrado en el párrafo segundo del artículo primero constitucional.

6. Los derechos a la privacidad, a la protección de datos personales y de no injerencias arbitrarias, que violenta el artículo 303 (localización geográfica en tiempo real).
7. Los principios de legalidad, seguridad jurídica, fundamentación, motivación y proporcionalidad de las medidas de apremio, así como a los derechos a la libertad e integridad personales, transgredidos por el artículo 355 (disciplina en la audiencia).
8. Los principios de legalidad, seguridad jurídica y de supremacía constitucional, que contraviene el artículo 434 (ámbito de aplicación).³⁹

Los alcances de la creación, reforma y aplicación del marco normativo del sistema acusatorio (más allá del CNPP), también habrá de orientarse por virtud de los informes y recomendaciones que, sobre violaciones a los Derechos Humanos acontecidas en el sistema de justicia penal mexicano (en casos como la tortura, desaparición forzada, trata de personas, impunidad, corrupción, etc.), han formulado tanto ONG's, como organismos multinacionales que se ocupan de dicho ámbito de protección. En la construcción de este neogarantismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) comienza a impactar, sobremanera, en la interpretación del orden jurídico penal, haciendo prevalecer el respeto a la dignidad de la persona en temas tales como las garantías y protección judiciales, a través de las cuales se podrá consolidar el debido proceso en México.⁴⁰

V. CONCLUSIONES

Ante el inminente término de la *vacatio legis* de la reforma constitucional al sistema de justicia penal mexicano de junio de 2008, la pu-

³⁹ Cfr. http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/CorteInteramericana/Anexo_accion_10_2014.pdf (consultada el 27 de abril de 2014).

⁴⁰ Esta noción se ejemplifica con las resoluciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido contra México en los casos: *González y otras*, mejor conocido como “campo algodoner” (sentencia de 16 de noviembre de 2009, CoIDH, serie C No.205); *Radilla Pacheco* (sentencia de 23 de Noviembre de 2009, CoIDH, serie C No. 209); *Fernández Ortega y otros* (sentencia de 30 de agosto de 2010, CoIDH, serie C No. 215); *Rosendo Cantú y otra* (sentencia de 31 de agosto de 2010, CoIDH, serie C No. 216); *Cabrera García y Montiel Flores* (sentencia de 26 de noviembre de 2010, CoIDH, serie C No. 220); y, *García Cruz y Sánchez Silvestre* (sentencia de 26 de noviembre de 2013, CoIDH, serie C No. 273).

blicación del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), modifica significativamente el proceso de implementación originalmente previsto para la misma, a efecto de poder consolidar “racionalmente” las disposiciones de nuestra Ley fundamental sobre la materia penal adjetiva de corte acusatorio.

El espíritu humanista del CNPP, parece consolidarse a través del reconocimiento, acatamiento y ejecución que nuestro país realiza respecto a las diversas observaciones, recomendaciones e incluso, sentencias de organismos nacionales e internacionales en materia de Derechos Humanos, así como de ONG's, que se advierten implícitas en el texto de la nueva codificación. Este escenario acrecienta la vigencia del llamado Derecho penal de corte liberal en el Estado mexicano, a través del paulatino establecimiento de un neogarantismo acuñado en el seno (DIDH).

Sin lugar a dudas, en la aplicación del CNPP habrán muchos aciertos, pero también un sinnúmero de errores; en este contexto, los servidores públicos que integran el sistema de justicia penal, litigantes, académicos —entre otros involucrados en la legislación que ahora nos ocupa—, comienzan a externar sus puntos de vista sobre los nuevos derroteros del *ius puniendi* mexicano, destacando sus puntos benéficos, pero sobre todo, sus yerros —propios de toda creación humana—. De ahí que en este sucinto texto, nos permitimos sumarnos a los esfuerzos por construir una nueva cultura procesal penal, abonando tan sólo —y en la medida de lo posible— en la difusión de la misma.

La víctima en el proceso penal

José Héctor Carreón Herrera*

INTRODUCCIÓN

A partir de la década de los sesenta del siglo pasado, surgió en varios países de Europa la tendencia a proteger a las víctimas durante las diversas etapas del proceso penal, del cual habían sido expulsadas parcialmente.

La definición de víctima surge con la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder*, adoptada mediante la Resolución 40/34 de la Organización de las Naciones Unidas, el 29 de noviembre de 1985. A partir de entonces, se ha seguido considerando en las legislaciones procesales, como factor de la determinación de la pena, así como sujetos portadores de facultades procesales, en algunos casos de manera más restringida que en otros en relación con la pretensión de justicia.

En el momento actual observamos que los Estados democráticos de Derecho en sus respectivas legislaciones —tanto de Derecho penal sustantivo como de Derecho penal formal—, contemplan una mayor

* Presidente del Instituto de Estudios del Proceso Penal Acusatorio —INEPPA-México—; Miembro fundador de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología —ALPEC—; Profesor de Derecho penal y procesal penal en el Instituto Nacional de Ciencias Penales —INACIPE—, la Escuela Libre de Derecho de la Ciudad de México y el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

asignación de facultades a las víctimas del delito, dejando atrás su injusta relegación para convertirla en una participación activa, tendente a que se hagan efectivos a su favor un mayor número de prerrogativas tanto en el Derecho penal como en el Derecho procesal penal, con el fin de proteger sus intereses, los cuales pueden verse seriamente vulnerados con motivo de una infracción de carácter administrativo o constitutiva de un hecho delictivo.

Es indudable que la intervención de las víctimas en el sistema de justicia penal, lleva al establecimiento de un mecanismo de mayor control del ejercicio del poder punitivo del Estado. En el momento actual la ciudadanía exige mayor transparencia y efectividad en la procuración y administración de justicia, así como en la ejecución de las sanciones, por lo que es indudable que solamente en la medida en que se establezca un rol amplio de intervención de los particulares, se optimizarán las funciones que por mandato constitucional tienen que cumplir los sectores o segmentos del sistema penal mexicano.

FORTALECIMIENTO DE LAS PRERROGATIVAS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL

En el apartado "C" del artículo 20 constitucional, se confirman derechos humanos de las víctimas que ya se encontraban contemplados en nuestra Carta Magna antes de la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia en materia penal del 18 de junio de 2008. Ejemplo de lo anterior, es el hecho de ser informadas de sus derechos; del estado que guarda el proceso penal; de ser coadyuvantes del Ministerio Público; que se les garantice la reparación del daño; que reciban desde la comisión del delito atención médica y psicológica de urgencia; que soliciten las medidas y providencias para su seguridad y auxilio. Asimismo, se incluyen instituciones novedosas para regular su participación activa en el proceso penal acusatorio, tales como: el ejercicio de la acción penal privada; el derecho a obtener información previa y detallada desde que se inicia por parte del Ministerio Público la investigación de los delitos y la persecución de los mismos; que puedan solicitar al Órgano Jurisdiccional medidas cautelares y providencias precautorias necesarias para la protección y restitución de sus derechos; que ejerzan cierto control de legalidad sobre las decisiones trascendentales que se tomen por los sujetos procesales durante las diversas etapas del proceso; y la obligación de que los órganos del Estado encargados de la procuración

y administración de justicia y de la ejecución de las sanciones, escuchen a las víctimas directas, indirectas, potenciales y a los grupos, comunidades u organizaciones que hubieren sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de sus derechos humanos, entre otros.

Al respecto, el derecho subjetivo y personal de las víctimas a ser protegidas, tanto en su vida, su libertad, su integridad física y psíquica, así como en sus derechos reales, se confirma plenamente con la Reforma Constitucional en Derechos Humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, la cual representa un avance significativo del Estado, para que todas las personas cuenten durante el proceso penal, con la protección de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia como: artículo 3, de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos;¹ artículos 4 y 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José–;² artículos 6 y 9, del Pacto Internacional de Dere-

¹ **Artículo 3.** Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

² **Artículo 4. Derecho a la vida.** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente; **Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal.** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no conde-

chos Civiles y Políticos,³ artículo 6, inciso “d”, de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Además, en este último documento se establece

nadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. *Con respecto al artículo 4.1, el Estado mexicano declaró que la expresión “en general”, usada en este párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

- ³ **Artículo 6.** 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la protección y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente. 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. 4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos. 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital; **Artículo 9.** 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En el mismo sentido, las *Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos*, establecen que la:

víctima tiene derecho a vivir el ciclo del proceso en un clima sin presión para que pueda ejercitar los derechos que surgen de la nueva situación, responder adecuadamente a sus obligaciones para la mejor administración de justicia y para que no se produzca un proceso de revictimización que entorpezca la recuperación.⁴

Aunado a lo anterior, de conformidad con lo previsto en los artículos 16, párrafo catorce, y 20, apartado C, fracción VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —en adelante CPEUM—, se prevé la implementación de providencias precautorias, las cuales constituyen instrumentos procesales de protección de las víctimas y testigos, así como de medidas cautelares tendentes a lograr la seguridad jurídica de los individuos afectados por un ilícito penal, que podrán ser solicitadas al Juez de Control durante la investigación, por parte de las víctimas y, en su caso, por el Ministerio Público a favor de éstas, con el objeto de prevenir y evitar que se produzca un riesgo personal sobre ellos y sus bienes, y en el caso de las medidas cautelares para garantizar los fines del procedimiento penal, esto es, “el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal”.⁵

En esta tesitura, las providencias precautorias reciben el nombre de “medidas de protección” en el artículo 137 del Código Nacional de Procedimientos Penales —en lo sucesivo CNPP—, las cuales deberán de imponer los Jueces de Control a favor de las víctimas del delito —no se menciona a los testigos a quienes creemos que también se debe proteger—, y no el Ministerio Público como lo establece el mencionado artículo, debido a que en alguna de ellas se restringe la libertad de desplazarse del imputado, entre las que podemos mencionar: la prohibición al imputado de acercarse o comunicarse con ellas; limitación de

⁴ Documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos —AIAMP—. República Dominicana, Punta Cana, 9 y 10 de julio de 2008.

⁵ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, t. I, Santiago-Chile, 2002, p. 346.

asistir o acercarse a determinados lugares o entornos que frecuenten; la separación inmediata del domicilio por parte del imputado; la vigilancia en su domicilio y su protección personal por parte de la policía, la cual debe tener conocimiento de la existencia de la providencia precautoria para su control o bien, para propiciar una respuesta rápida y eficaz ante su incumplimiento; la entrega inmediata de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima que tuviera en su posesión el probable responsable – indiciado, inculpado o imputado –; la prohibición de realizar conductas de intimidación o molestia a la víctima, inclusive a los testigos o bien, a personas relacionados con ellos; el traslado de la víctima a refugios o albergues temporales, así como de sus descendientes, el reingreso de la víctima a su domicilio, una vez que se salvaguarde su seguridad; así como la prevención a la persona imputada, de la no celebración de actos jurídicos por medio de los cuales se transmitan a favor de cualquier tercero los derechos que posee del objeto u objetos de los cuales son titulares las víctimas.

Es preciso destacar que el legislador del CNPP, considera en el artículo 138 como “providencias precautorias para la restitución de los derechos de la víctima”, el embargo de bienes, la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero, situación que consideramos incorrecta, ya que ambas son consideradas como medidas cautelares reales, y su finalidad tiende a limitar y asegurar que el imputado pueda disponer de sus bienes y así garantizar en su momento la reparación del daño proveniente de delito a favor de la víctima.

Asimismo, se faculta a las víctimas para interponer los recursos o medios de impugnación que establezca la ley, en aquellos supuestos en que no se encuentre satisfecha la reparación del daño, así como solicitar al Ministerio Público la inaplicación de los sistemas de selectividad de los que es titular, a saber: el abstenerse de investigar, la reserva de la investigación, el no ejercicio de la acción penal y la aplicación de los criterios de oportunidad, cuando se actualice alguno de los supuestos que para tal efecto establezca la ley procesal, por así convenir a sus intereses.

Cabe destacar que, las víctimas podrán ofrecer los datos de prueba que consideren convenientes en la etapa de investigación, así como los elementos de prueba para complementar la formulación de la acusación penal por parte del Ministerio Público, cuantificar el monto de los daños y perjuicios que se les hayan ocasionado con motivo de la comisión de un delito, tomar la palabra en las actuaciones procesales

que se realicen en las diversas audiencias del proceso penal, inclusive en las audiencias que tengan que ver con la ejecución, modificación y duración de las sanciones.

A mayor abundamiento, el mismo artículo 20 constitucional, en sus apartados "A" y "B" establece, como lo manifiesta Oscar Rodríguez Olvera en su trabajo "Reforma Penal: Beneficios procesales a favor de la víctima del delito",⁶ que al ser aplicados por las autoridades los principios generales del proceso penal, representarán mayores garantías procesales para la víctima, como aquellos que establecen que la parte acusadora tendrá igualdad procesal frente a la defensa; el derecho a estar presente la víctima o su representante cuando la autoridad jurisdiccional trate algún asunto del proceso con el imputado o su representante legal; que se le reparen los daños como principal objetivo del proceso penal; derecho a la terminación anticipada del proceso a través de los mecanismos alternativos de solución de controversias, entre otros muchos que se desprenden de los contenidos de los artículos 16, 17, 19, 21 y 22 constitucionales.

El hecho de que las víctimas participen de manera activa en el proceso penal acusatorio, responde al principio constitucional que incluye dentro de las bases de un Estado social y democrático de Derecho —como formalmente lo es el Estado mexicano—, la intervención de la ciudadanía en el control de la función que desarrolla el sistema de justicia penal, reafirmandose el nuevo rol de las víctimas en el conflicto penal y con ello, quedando para la historia la condición que para unos tiene de "convidado de piedra"⁷ o, para otros, de "cenicienta del proceso penal".⁸

Es preciso señalar que las modificaciones al artículo 20 constitucional para establecer en su apartado "C", una ampliación de los derechos humanos de las víctimas, son el resultado de ajustar la legislación penal mexicana a los instrumentos internacionales de derechos humanos

⁶ Véase Rodríguez Olvera, Oscar, "Reforma penal: los beneficios procesales a favor de la víctima del delito", en Rodríguez Gómez, César Augusto (ed.), *Documentos selectos de opinión pública y políticas públicas*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública Cámara de Diputados/LX Legislatura, México, 2008.

⁷ Cfr. Carreón Herrera, José Héctor y Carreón Perea, Héctor, "La víctima ¿convidado de piedra en el proceso penal acusatorio mexicano?", en *Revista DFensor*, año X, núm. 1, México, enero de 2013, pp. 42-46.

⁸ Cfr. Moreno Hernández, Moisés, "La cenicienta del proceso penal", en *Revista Defensa Penal, Interpretación y Análisis Jurídico*, número 25, México, junio de 2010.

que amplían su protección, así como la participación y control ciudadano de la gestión pública. Aunado a lo anterior, el 9 de enero de 2013 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la *Ley General de Víctimas*, misma que fue reformada el 3 de mayo del mismo año, en la que además de considerar como derechos humanos de las víctimas los contemplados en la Carta Magna, los amplía de manera considerable.

Estamos ciertos que no puede haber mejoras para las víctimas mientras subsistan sistemas inquisitivos, autoritarios y carentes de legitimidad social. Por ello, el CNPP debe sustentarse en normas que garanticen a las víctimas su participación activa en el proceso penal, la que además se debe traducir en la presentación de querrelas contra servidores públicos, de autoridades civiles y militares, que hayan afectado derechos humanos en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, así como obtener información previa y detallada desde los comienzos de una investigación penal.

CONCEPTOS DE VÍCTIMA Y OFENDIDO

En el Estado mexicano, no tenemos duda que el legislador —al menos desde un punto de vista formal— se ha preocupado porque la legislación penal y procesal penal mexicana, sea congruente con los planteamientos de carácter internacional encaminados a la protección de las víctimas de delito, sin embargo, en la doctrina procesal mexicana ha existido cierta confusión en el sentido de establecer a qué persona debe considerársele como víctima y a quién como ofendido. Al respecto, Sergio García Ramírez manifiesta que víctima y ofendido no son conceptos sinónimos. Para este autor, el concepto de ofendido “posee una connotación más inmediatamente jurídica, que lo aproxima —hasta identificarlo— al sujeto pasivo del delito: es aquel sobre cuya esfera de protección jurídica se descarga la acción criminal, el titular del bien jurídico afectado por el delito”.⁹ En cambio, el concepto de víctima “tiene un perfil más directamente criminológico, desde luego recogido por la normativa jurídica, que también le confiere —aun en los casos en que no lo asuma como autor, acusador o querellante— derechos en el curso del procedimiento: es quien resiente algún daño en

⁹ Véase García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o Autoritarismo?*, Porrúa, México, p. 165.

sus propios derechos y expectativas, lesión actual o futura en el terreno de sus intereses legítimos, con motivo del delito perpetrado”.¹⁰

Por su parte, autores como Olga Islas y Alberto Bovino, señalan que los conceptos de víctima y ofendido son diferentes, al afirmar que el concepto de víctima resulta más criminológico que jurídico,¹¹ es decir, la víctima es aquella persona a quien se causa un daño individual o colectivo, físico o mental, patrimonial o moral, es decir “la persona que padece la violencia a través del comportamiento del individuo – delincuente –. Que transgrede las leyes de sociedad y cultura”.¹²

Para Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Ricardo Levene, la noción de “ofendido” comprende “tanto a la persona víctima directa del delito, como a quienes por muerte o incapacidad suya le sucedan en sus derechos u ostenten su representación legal”.¹³

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al pronunciarse en una tesis aislada respecto a la víctima y ofendido, nos muestra cómo lo manifiesta María Teresa Ambrosio Morales, respecto al análisis de dicha interpretación jurisprudencial “que la diferencia no es clara”¹⁴ entre lo que debe entenderse por víctima y lo que debe entenderse por ofendido:

Sexta Época, Primera Sala, p. 59, Tesis Aislada, Segunda Parte, XLIII.
Ofendido y víctima del delito. Es conveniente precisar que dentro de la técnica del derecho penal no puede identificarse el concepto de la víctima del delito con el del ofendido, pues aunque bien es cierto que en la mayoría de los casos víctima y ofendido se reúnen en una sola persona, no

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Cfr. Ortíz Hernández, Cristina, “Alcance de las garantías de la víctima y el ofendido en Materia Penal”, en *Letras Jurídicas. Revista del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad Ciudadana de la Universidad Veracruzana*, año 12, núm. 23, enero-junio de 2011, México, p. 3, consultable en: [<http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/23/10a.pdf>].

¹² Colón Morán, José, “Los Derechos Humanos de las Víctimas del Delito”, *Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, año 3, núm. 19, mayo-junio de 1996, México, p. 341.

¹³ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal...*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁴ Ambrosio Morales, María Teresa, “Atención médica a la víctima del delito en México”, en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*, UNAM, México, 2006, pp. 24-26.

sucede así en otros, sirviendo de ejemplo el homicidio, delito en el cual la víctima se identifica con el sujeto privado de la vida y el ofendido con sus familiares o aquellas personas que se encuentran en relación de dependencia económica con él. También resulta interesante, para los efectos de la sentencia, el precisar que no debe de ninguna manera confundirse el resultado en el delito con el daño causado con el delito y menos aún con los efectos de éste. En sentido amplio, el resultado se refiere a la realización de un estado de hecho en relación al principio de la causalidad, mientras que, en sentido restringido, se le pone en relación necesaria con la acción humana. Mientras por efecto del delito se entiende toda consecuencia, aun el más indirecto o remoto de la actividad humana, el resultado es sólo aquel efecto que tiene relevancia para el derecho penal o sea el que el derecho toma en consideración y a cuya verificación conecta consecuencias de carácter jurídico (consumación del delito o agravación de la pena). En cuanto al daño, se le identifica como un efecto del delito, pero no como un efecto natural sino de naturaleza esencialmente jurídica; así, por ejemplo, Antolisei estima que aunque en realidad el daño está incluido en el concepto del delito y se identifica con él, según nuestro modo de ver, no hay dificultad ninguna, ni lógica ni práctica en ver las relaciones entre el delito y el daño desde el punto de vista causal y, consiguientemente, en considerar el daño como un efecto del delito, con tal de que quede bien claro que no se trata de un efecto natural, sino de un efecto jurídico del delito mismo. La lesión del interés, aun suponiendo siempre la existencia de un suceso natural, es sin duda un hecho jurídico; por tanto, ninguna crítica puede dirigirse a los autores que consideran el daño precisamente como un efecto jurídico del delito y en general del acto ilícito (*La acción y el resultado en el delito*, México, 1959, p. 126). Tomando como base las ideas apuntadas, con relación al concepto de daño como efecto jurídico del delito y su identidad con el de interés, resulta fácil deducir que tal daño constituye un derecho patrimonial que pertenece tanto a la víctima como al ofendido. Aceptando que la reparación del daño exigible a terceros constituye un derecho patrimonial, por cuanto es apreciable en dinero, se debe recordar que patrimonio es, según la opinión clásica, el conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero y formando una universalidad. De tal concepto se infiere que todo patrimonio consta de un activo y de un pasivo, el primero representado por los derechos o bienes y el segundo por las obligaciones o deudas; que el patrimonio es inalienable e imprescriptible y sólo se transmite con la muerte de la persona titular, por lo que el acontecimiento de muerte resulta el instante en que la persona deja de tener posibilidad de acrecentar su patrimonio por ser éste insuperable de la persona misma.

Amparo directo 4016/60. José Arévalo Córdova y coagraviado. 18 de enero de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Respecto del mismo tema, encontramos el siguiente criterio jurisprudencial:

REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO. El Tribunal de alzada no debe absolver al activo de dicha sanción por una confusión conceptual del Juez natural entre daño moral y daño material, sino que debe condenarlo a su pago y determinar su cuantificación con base en el artículo 30 del Código Penal del Estado de México, en relación con los numerales 500 y 502 de la Ley Federal del Trabajo.

Del artículo 30 del Código Penal del Estado de México se advierte que, para la reparación del daño en el delito de homicidio, el juzgador debe tomar como base el doble de la tabulación de indemnizaciones que fija la Ley Federal del Trabajo, la cual prevé, en sus artículos 500 y 502, una indemnización equivalente a dos meses de salario por concepto de gastos funerarios (daño material) y una diversa cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario (daño moral), respectivamente. Ahora bien, si la reparación del daño —material y moral— tiene el carácter de pena pública y el juzgador, de oficio, debe imponerla al responsable del delito, por ser una garantía del ofendido conforme al artículo 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, resulta inconcuso que el tribunal de alzada no debe absolver al activo de dicha reparación por una confusión conceptual del Juez natural entre daño moral y daño material, sino que debe condenarlo a dicha sanción y determinar su cuantificación con base en los dispositivos mencionados; lo anterior es así, toda vez que la confusión de las autoridades de instancia no tiene como consecuencia la absolución del inculpado y porque la existencia evidente del daño causado es el deceso de la víctima, máxime si los artículos 500 y 502 de la Ley Federal del Trabajo, taxativamente establecen para el juzgador parámetros pre-determinados que debe imponer por concepto de reparación del daño sin hacer distinción alguna si se trata de daño material o moral.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 234/2009. 26 de noviembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Arturo Sánchez Valencia. Secretario: Eloy Rojas Florencio.¹⁵

Lo cierto es que, la diversidad de criterios existentes ha provocado una severa confusión en la práctica del derecho por parte de los ope-

¹⁵ Tesis II.1o.P.149 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 3058.

radores del proceso penal. Consideramos que con la entrada en vigor del proceso penal acusatorio resultaba de vital importancia que en el CNPP, se adoptara, después de un estudio serio y profundo, tanto de criterios jurisprudenciales como procesales, e inclusive del Derecho penal sustantivo existentes en nuestro país, un concepto de lo que debe entenderse por “víctima del delito”, sirviendo como referente para tal efecto lo que establece el apartado “A” de la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder*¹⁶ y la *Ley General de Víctimas*, que en su artículo 4 considera que las víctimas indirectas son los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella, a las víctimas potenciales que son aquellas personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima, ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito, así como a los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.

Con ello, se abandonaría en definitiva la anacrónica distinción entre víctima u ofendido del delito, que se contempla en el artículo 108 del CNPP.¹⁷ Al respecto, han surgido diversos puntos de vista en el sen-

¹⁶ A. Las víctimas de delitos. 1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. 2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

¹⁷ Artículo 108 del CNPP: Para los efectos de este Código, se considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Asimismo, se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito. En los delitos cuya consecuencia fuera la muerte de la víctima o en el caso en que ésta no pudiera ejercer personalmente los derechos que este Código le otorga, se considerarán como ofendidos, el o la cónyuge, la concubina o concubinario, el conviviente, los parientes por

tido de que los términos víctima u ofendido, son los que se encuentran previstos en la Carta Magna —el apartado “C” del artículo 20 constitucional tiene como título “De los derechos de la víctima o del ofendido” — y como consecuencia, a ellos deberá ajustarse la ley procesal penal.

Lo anterior es del todo cuestionable, debido a que la Constitución en los artículos 16, 19 y 20 al referirse a la persona a quien se le atribuye el haber cometido un injusto penal, indistintamente acude a los términos indiciado, inculpado o bien imputado. Sin embargo, el CNPP en sus contenidos solamente utiliza el concepto de imputado que es el que ha sido considerado en los códigos procesales que sirvieron como referente para la elaboración de la legislación procesal en nuestro país.

A mayor abundamiento, la *Ley General de Víctimas* —reglamentaria del tercer párrafo del artículo primero, del artículo 17, y del apartado “C” del artículo 20, todos de la CPEUM—, en ninguno de sus contenidos menciona el concepto de “ofendido”, situación que permite establecer que siguiendo la pauta del Constituyente de 2008, el legislador que le dio origen consideró conveniente establecer que ambos conceptos son sinónimos, situación que no es congruente con el CNPP, el cual establece la distinción entre lo que debe entenderse por víctima u ofendido, lo que hace posiblemente con el fin de ajustar sus contenidos a la norma constitucional. Situación que, insistimos, en la praxis seguirá dando origen a una severa confusión.

REPARACIÓN DEL DAÑO A LA VÍCTIMA DEL DELITO

Debido a que el Derecho procesal penal es un conjunto de normas que tiene como función hacer efectivo el Derecho penal material, se considera prudente revisar sus contenidos tomando como base instrumentos internacionales como son los *Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos*

consanguinidad en la línea recta ascendente descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima. La víctima u ofendido, en términos de la Constitución y demás ordenamientos aplicables, tendrá todos los derechos y prerrogativas que en éstas se le reconocen.

y obtener reparaciones,¹⁸ para determinar con precisión la regulación de la intervención de la víctima y así poder constatar su practicidad, principalmente por lo que hace al derecho a la reparación del daño sufrido que, de acuerdo con dicho instrumento, puede actualizarse conforme a las formas siguientes:

1. En la medida de lo posible se deberá devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos humanos.
2. La restitución de los mismos deberá comprender el restablecimiento del derecho de libertad, su identidad, el retorno a su vida familiar y a su domicilio, la reintegración a su trabajo así como la devolución por parte de la autoridad de sus bienes materiales.
3. A través de una indemnización, la cual deberá ser proporcional al daño que sufrió, al concederse deberán evaluarse correctamente las violaciones manifiestas a sus derechos humanos entre otras las siguientes: el daño físico o mental; los daños materiales y la pérdida de ingresos; los medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales para lograr su rehabilitación, entre otros.

En lo que se refiere a la satisfacción que debe darse a las víctimas por parte del Estado, entre otras medidas, se encuentran aquéllas que establece la *Ley General de Víctimas*, a saber: la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima; la búsqueda de las personas desaparecidas, de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; la declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella.

¹⁸ Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Informe Final del Relator Especial Cherif Biassiouni en virtud de la Resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos sobre "El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales", E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000.

Respecto a las formas de no repetición, se encuentran como mínimo las siguientes: el ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajusten a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la capacitación en esta materia de los servidores públicos encargados de hacer cumplir la ley.

Por otra parte, con motivo de la Reforma Constitucional de 2008, seguramente se garantizará de mejor manera uno de los derechos que históricamente más ha preocupado a las víctimas de los delitos en México, el procedimiento relativo a la reparación del daño,¹⁹ el cual se encuentra regulado en las leyes penales sustantivas.

En el *Código Penal Federal* —CPF—, la reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente, se encuentra contemplada en el capítulo relativo a las penas y medidas de seguridad, concretamente en la sanción pecuniaria, la cual comprende la multa y la reparación del daño. En este orden de ideas, tienen derecho a ella, según el artículo 30 Bis del CPF, en primer orden, el ofendido y, en caso de fallecimiento del mismo, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes, y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.²⁰ Sin embargo, en el artículo 31, párrafo primero, al establecerse la obligación al juez de fijar la misma, el legislador lo condiciona para que además de otros supuestos tome en cuenta la afectación causada a la víctima u ofendido del delito,²¹ y en el artículo 31 Bis, párrafo tercero, se considera que en todo momento, la

¹⁹ Artículo 20 constitucional, Apartado C, fracción IV: Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

²⁰ Artículo 30 Bis del CPF: Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1º. El ofendido; 2º. En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes, y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.

²¹ Artículo 31 del CPF: La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, con base en las pruebas obtenidas en el proceso y la afectación causada a la víctima u ofendido del delito.

víctima — ¿dónde queda el ofendido? — deberá estar informada sobre la reparación del daño.

Por otra parte, la reparación del daño tiene el carácter de pena pública, así lo establece el artículo 34 del CPF²² y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,²³ y la misma se deberá exigir de oficio por el Ministerio Público. De los supuestos que destacan del procedimiento para obtenerla, encontramos que el ofendido — así lo establece el mismo artículo 34 del CPF — o sus derechohabientes podrán aportarle al Ministerio Público o al juez en su caso, los elementos de prueba que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en el supuesto de que la misma tenga que exigirse a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y deberá tramitarse en forma de incidente, ambos supuestos en los términos que fije el CNPP, una vez que entre en vigor. Asimismo, quien se considere con derecho a la reparación del daño, pero que no la pueda obtener ante el Tribunal de Enjuiciamiento, debido al no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

Por lo que se refiere a la reparación del daño en el *Código Penal para el Distrito Federal*, también se considera como pena pública, y tienen derecho a la misma, según el artículo 45 de este ordenamiento, la víctima y el ofendido, así como las *víctimas indirectas* en los casos de violencia

²² Artículo 34 del CPF: “La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales...”.

²³ Tesis 1a./J. 145/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, marzo de 2006, p. 170. Reparación del Daño. Es legal la sentencia condenatoria que le impone aunque el monto correspondiente pueda fijarse en ejecución de ésta. “... la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y, por ende, al ser parte de la condena impuesta en el procedimiento penal, deberá acreditarse en éste y no en otro; sin embargo, su cuántum no es parte de la sentencia condenatoria, sino que es una consecuencia lógica y jurídica de ésta, porque lo que se acredita en el procedimiento penal es el derecho del ofendido o la víctima para obtener la reparación del daño con motivo del ilícito perpetrado en su contra; de ahí que cuando el Juez no cuente con los elementos necesarios para fijar en el fallo el monto correspondiente, podrá hacerlo en ejecución de sentencia, por así permitirlo el citado precepto constitucional”.

contra las mujeres.²⁴ Es importante destacar que en esta ley penal, se crea un “Fondo de Apoyo a la Procuración de Justicia” en el Distrito Federal, el cual incluye la atención y apoyo a las víctimas del delito en los “términos de la legislación correspondiente.”

Para aquellas personas que han sido víctimas de un hecho delictivo, no es desconocido que acceder a este derecho ha constituido un gran problema en el proceso formal acusatorio o mixto aún vigente en la mayoría de los Estados de la Federación. Ante ello, al analizar los contenidos constitucionales, se observa el interés del Constituyente por garantizar la reparación del daño causada por el delito, para tal efecto la considera como uno de los objetivos cuya prioridad deberá ser sujeta de protección a través del procedimiento penal, concediéndole inclusive a la víctima el derecho para acudir de manera personal y directa ante el juez para solicitarla.

Con base en lo anterior, consideramos que no obstante que ya se realizó la publicación del CNPP, se requiere revisar sus contenidos, así como los de las Leyes Penales Sustantivas y la Ley de Víctimas, con el fin de que exista congruencia entre sus contenidos, lo cual permitirá una mayor seguridad jurídica tanto para la víctima como para el imputado.

PARTICIPACIÓN ACTIVA DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL MÁS ALLÁ DE LA COADYUVANCIA

Derivado del fortalecimiento de los derechos de las víctimas en el proceso penal, también se efectúa una ampliación de los medios de impugnación que para la víctima otorgaba el artículo 21 constitucional, párrafo séptimo, el cual antes de ser reformado el 18 de junio de 2008, establecía lo siguiente: “las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley”.

²⁴ Artículo 45 (*Derecho a la reparación del daño*). Tienen derecho a la reparación del daño: I. La víctima y el ofendido. En los casos de violencia contra las mujeres también tendrán derecho a la reparación del daño las víctimas indirectas. Se entiende como víctima indirecta a los familiares de la víctima o a las personas que tengan o hayan tenido relación o convivencia con la misma en el momento de la comisión del delito. II. A falta de la víctima o el ofendido, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.

Ahora la víctima podrá presentar los recursos que en su caso considere la ley para impugnar las resoluciones del Ministerio Público, cuando en ejercicio de su facultad punitiva decida en detrimento de los intereses de la víctima las llamadas formas de terminación de la investigación, entre las que encontramos: la facultad de abstenerse de investigar; el archivo temporal –reserva de las actuaciones, artículo 20, apartado “C”, fracción VII–; el no ejercicio de la acción penal; o los casos en que operan los criterios de oportunidad; de conformidad con lo que establecen los artículos 256 y 258 –Notificaciones y control judicial– del CNPP,²⁵ y así evitar que se incurra en el error de no tomar en cuenta los intereses de las víctimas. Por ello, se considera conveniente vigilar su aplicación por parte del Ministerio Público, evitando en lo posible que los aplique sin control alguno. En este mismo orden de ideas, no debemos olvidar lo expuesto por Hans Joachim Hirsch, al referir que “tales clausuras de los procedimientos son ‘frustrantes’ muy frecuentemente para el ofendido”.²⁶

Respecto de los criterios de oportunidad, consideramos que no es adecuado lo que se establece en el artículo 256, párrafo primero del CNPP, en el sentido de que “el Ministerio Público ponderará el ejercicio de la acción penal sobre la base de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido o ésta manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación de lo cual deberá dejarse constancia”, por la siguiente razón: cuando el Ministerio Público pretenda aplicar alguno de ellos a un caso concreto, deberá verificar si existe algún daño, en caso afirmativo deberá promover que se le repare a la víctima, o en su caso, siempre que para tal efecto lo determine la ley procesal penal, derivará

²⁵ **Artículo 258. Notificaciones y Control Judicial.** Las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal deberán ser notificadas a la víctima u ofendido quienes las podrán impugnar ante el Juez de control, dentro de los diez días posteriores a que sean notificadas de dicha resolución. En estos casos, el Juez de control convocará a una audiencia para decidir en definitiva, citando al efecto a la víctima u ofendido, al Ministerio Público y, en su caso, al imputado y a su Defensor. En caso de que la víctima, el ofendido o sus representantes legales no comparezcan a la audiencia a pesar de haber sido debidamente citados, el Juez de control declarará sin materia la impugnación. La resolución que el Juez de control dicte en estos casos no admitirá recurso alguno.

²⁶ Hirsch, Hans Joachim, *Derecho Penal. Obras completas*, Rubinzal-Culzoni, t. III, Buenos Aires-Argentina, 2002, p. 180.

el caso a un mecanismo alternativo de solución de controversias, en el que la víctima y el imputado de manera conjunta resuelvan las cuestiones que resulten del injusto penal ante la presencia de un mediador, conciliador o facilitador.

Como se sabe, con la implementación del proceso penal acusatorio en nuestro país, se han considerado diversos mecanismos para que las víctimas del delito tengan acceso a una justicia penal que sea pronta y expedita, para ello, en el párrafo tercero del artículo 17 constitucional, se plantean como formas para resolver en buena medida los conflictos de carácter penal y lograr una correcta justicia restaurativa, los llamados mecanismos alternativos de solución de controversias, cuyo objetivo principal es que a través de la mediación y la conciliación, las partes – víctima e imputado –, logren mediante acuerdos reparar la satisfacción de sus intereses. Es importante mencionar que estos importantes mecanismos –en los que a nuestro criterio deberían de incluirse los acuerdos reparatorios–, no deben de confundirse con la suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado, los cuales constituyen formas anticipadas de terminación del proceso.

Para tener un verdadero acceso a la justicia no es suficiente que la víctima únicamente participe en los mecanismos alternativos de solución de controversias, como se plantea en el artículo 109, fracción X, del CNPP, sino que debe ser escuchada antes de adoptarse alguno de ellos, situación que debería contemplarse con claridad y precisión en el recientemente promulgado CNPP.

Ahora bien, con base en las facultades que le otorga el Constituyente a la víctima para acudir directamente a los órganos del Estado para solicitar justicia, es que se hizo necesario reforzar el ejercicio del derecho de petición que se desprende de los contenidos del artículo 8 constitucional, estableciendo para tal efecto en el párrafo segundo, del artículo 21, del mismo ordenamiento, la facultad de la víctima para ejercitar la acción penal ante la autoridad judicial, situación que será una realidad una vez que entre en vigor el CNPP, el cual en su capítulo relativo a los procedimientos especiales, establece como uno de ellos a la acción penal por particulares – artículos 426 y ss –.

Si bien es cierto que en la fracción II, apartado “C”, del artículo 20 constitucional, se establece la figura del acusador coadyuvante el cual podrá intervenir en el proceso penal por sí o a través de un representante legal, bajo el argumento de que con tal situación se concreta el

principio de igualdad de los sujetos que tienen la calidad de partes en el procedimiento penal. También es cierto que al dotar el Constituyente a la víctima de un delito, de una serie de derechos que se contemplan en el mismo numeral, se le asegura una participación más activa e integral en el proceso penal, lo que se confirma al establecer el CNPP, en su artículo 105, último párrafo, que la víctima u ofendido y su asesor jurídico tendrán junto con otros sujetos del procedimiento *la calidad de parte* en los procedimientos previstos en dicho código.

Si se analizan cada uno de los derechos que le concede el legislador en el artículo 109 del CNPP, podemos constatar que su intervención, así como la de su asesor jurídico, en los actos que puedan presentarse en las diversas etapas que integran el proceso penal, no se encuentra en desventaja respecto de los derechos que tiene el imputado, el cual los hace valer a través del defensor público o privado, inclusive entre las obligaciones del Ministerio Público contempladas en el artículo 131, fracciones XII, XV y XXII,²⁷ y de la policía en el artículo 132, fracción XII,²⁸ se observa que la víctima ha adquirido un estatus que sólo de

²⁷ **Artículo 131. Obligaciones del Ministerio Público.**

(...)

XII. Brindar las medidas de seguridad necesarias a efecto de garantizar que las víctimas u ofendidos o testigos del delito puedan llevar a cabo la identificación del imputado sin riesgo para ellos;

(...)

XV. Promover las acciones necesarias para que se provea la seguridad y proporcionar el auxilio a víctimas, ofendidos, testigos, jueces, magistrados, agentes del Ministerio Público, Policías, peritos y, en general, a todos los sujetos que con motivo de su intervención en el procedimiento, cuya vida o integridad corporal se encuentren en riesgo inminente;

(...)

XXII. Solicitar el pago de la reparación del daño a favor de la víctima u ofendido del delito, sin perjuicio de que éstos lo pudieran solicitar directamente;

²⁸ **Artículo 132. Obligaciones del Policía.**

(...)

XII Proporcionar atención a víctimas u ofendidos o testigos del delito. Para tal efecto, deberá:

a) Prestar protección y auxilio inmediato, de conformidad con las disposiciones aplicables;

b) Informar a la víctima u ofendido sobre los derechos que en su favor se establecen;

c) Procurar que reciban atención médica y psicológica cuando sea necesaria, y

d) Adoptar las medidas que se consideren necesarias, en el ámbito de su competencia, tendientes a evitar que se ponga en peligro su integridad física y psicológica.

manera parcial tenía en el proceso formal acusatorio – mixto –, en el que se mantenía sin ser parte en el proceso y representada de manera deficiente por el Ministerio Público.

A partir del momento en que entre en vigor el CNPP, la víctima intervendrá en forma activa en diversas figuras de carácter procesal, tal es el caso de los acuerdos reparatorios, ya que los mismos los celebrará directamente con el imputado – artículo 186 –; en el caso de la suspensión condicional del proceso, sólo procederá ésta si no existe oposición fundada de la víctima – artículo 192 –; respecto del procedimiento abreviado, para que proceda se requerirá que se cumplan los siguientes requisitos: que la víctima u ofendido no presente oposición, siempre que se encuentre fundada – artículo 201 – y también procederá la oposición de la víctima u ofendido cuando se acredite ante el Juez de Control, que no se encuentra debidamente garantizada la reparación del daño – artículo 204 –; en la etapa intermedia una vez que haya sido presentada la acusación por parte del Ministerio Público el Juez de Control ordenará su notificación y le entregará copia de la misma a la víctima u ofendido a través de su Asesor jurídico – artículo 336 –; en los acuerdos probatorios entre el Ministerio Público y el acusado que se realicen en la etapa intermedia, se requiere para que puedan celebrarse que no exista oposición fundada de la víctima u ofendido, si no está debidamente fundada la oposición el Ministerio Público podrá realizar dicho acuerdo probatorio – artículo 345 –.

Como podemos observar, tanto en los actos que se efectúen en la etapa de investigación como en la etapa intermedia, la víctima tiene una intervención casi total como parte procesal. Sin embargo, en el artículo 338 del CNPP, se establece la figura de la *coadyuvancia en la acusación*, por la cual la víctima u ofendido, en el plazo de tres días después de que ha sido notificada de la acusación por el Ministerio Público, podrá mediante escrito constituirse como coadyuvante en el proceso, señalar los vicios formales de la acusación y requerir su corrección, así como ofrecer los medios de prueba, que estime necesarios para complementar la acusación del Ministerio Público, los que pondrá en su conocimiento por conducto del Juez de Control; dichos medios de prueba – lo correcto sería elementos de prueba – en un plazo de veinticuatro horas el Órgano Investigador los hará del conocimiento del imputado o su defensor para que comparezcan ante su presencia a tomar conocimiento de ellos y proceder a lo que su interés convenga.

Consideramos que con esta figura se disminuye considerablemente la calidad de parte procesal que tiene la víctima, ya que una vez que tiene conocimiento el imputado y su defensor de los elementos de prueba propuestos por ella se excluye totalmente su participación, quedando al arbitrio del Ministerio Público el manejo de los mismos ante el imputado y posteriormente ante el Juez de Control, esta situación además en nuestro concepto es contradictoria con supuestos como el que establece el mismo CNPP en su artículo 428, párrafo segundo —Supuestos y condiciones en los que procede la acción penal por particulares—, en el sentido de que “la víctima u ofendido podrá acudir directamente ante el Juez de Control ejerciendo acción penal por particulares”²⁹ aportando para ello, “los datos de prueba que sustenten su acción, *sin necesidad de acudir al Ministerio Público*”.³⁰

CONCLUSIÓN

La actuación de las instituciones que conforman al sistema de justicia penal mexicano debe avocarse a dar resultados individual y socialmente justos, en un marco de legalidad igualmente accesible a todos, el cual, propenderá a “aliviar la ‘pobreza legal’ —es decir, la incapacidad de muchas personas para hacer cabal uso de la ley y de sus instituciones—”,³¹ sobre todo, cuando los daños sufridos por las víctimas del delito pueden verse incrementados como resultado de su contacto con el sistema de justicia penal.

²⁹ **Artículo 428. Supuestos y condiciones en los que procede la acción penal por particulares.** La víctima u ofendido podrá ejercer la acción penal únicamente en los delitos perseguibles por querrela, cuya penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de la libertad o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión y en aquellos otros casos que el Ministerio Público lo autorice en los términos de su ley orgánica. La víctima u ofendido, podrá acudir directamente ante el Juez de control ejerciendo acción penal por particulares, en caso que cuente con datos que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y exista probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, en tal caso deberá aportar para ello, los datos de prueba que sustenten su acción, sin necesidad de acudir al Ministerio Público.

³⁰ *Idem.*

³¹ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, FCE, México, 1996, p. 11.

Con todo, no debemos olvidar que “la victimización es una causa de vulnerabilidad”,³² la cual genera serios obstáculos a las personas para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia penal los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano.

El acceso a la justicia es el “requisito más básico –el ‘derecho humano’ más fundamental– en un sistema legal igualitario moderno”,³³ principalmente en el ámbito procesal penal.

En conclusión, el rol de la víctima en el CNPP, que surgió a raíz del Pacto por México y el Plan Nacional de Desarrollo 2012-2018, en materia de Seguridad y Justicia, al establecer que ésta tiene el carácter de parte procesal, no debería contemplar la coadyuvancia de la misma con el Ministerio Público, con ello se sentaría un precedente histórico acorde con la ideología propia de un Estado democrático de Derecho, en el que la persona se considera como un fin en sí mismo.

³² Al respecto, consúltese el documento denominado “Reglas de Brasilia”, sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobado en la Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en la ciudad de Brasilia, capital de la República Federativa de Brasil, celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

³³ Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, *El acceso a la justicia*, op. cit., pp. 12 y 13.

Las salidas alternas al juicio en el Código Nacional de Procedimientos Penales

Alicia Azzolini*

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el análisis y la reflexión sobre las salidas alternas al juicio oral contempladas en el Código Nacional de Procedimientos Penales, que son, todas ellas, figuras novedosas para el modelo procesal penal de carácter mixto que impera aún en gran parte del país.

Para efectos de este análisis, se entiende por salidas alternas al juicio, en sentido amplio, a todas aquellas instituciones o procedimientos que ponen fin al conflicto sin necesidad de llegar a juicio, por voluntad de uno o más de los sujetos involucrados, supeditadas o no a la decisión o supervisión de un tercero, en casos en que, conforme al criterio de estricta legalidad, propio del modelo mixto, debería continuarse con el proceso. De conformidad con la clasificación utilizada por el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), de reciente aprobación por el Congreso de la Unión,¹ el concepto utilizado en este

* Profesora investigadora de la UAM Azcapotzalco y Miembro de Número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ La Cámara de Diputados del Congreso de la Unión turnó al Ejecutivo Federal, el 5 de febrero de 2014, el Código Nacional de Procedimientos Penales. El Ejecutivo Federal lo promulgó el 6 de marzo del mismo año y se publicó al día siguiente en el *Diario Oficial de la Federación*.

trabajo incluye los criterios de oportunidad, que es una de las formas de terminación de la investigación;² la suspensión del proceso a prueba y los acuerdos reparatorios, que son considerados como soluciones alternas,³ y el procedimiento abreviado, que está previsto como una forma de terminación anticipada del proceso.⁴ Estas figuras, que ya habían sido contempladas en los códigos procesales penales que incorporaron el modelo acusatorio, anteriores y posteriores a la reforma de nuestra Carta Magna de 2008, tienen fundamento constitucional en los artículos 17, que alude a la justicia alternativa (acuerdos reparatorios), 20, Apartado A, fracción VII, que prevé la terminación anticipada del proceso (suspensión del proceso a prueba y proceso abreviado) y 21, que reconoce al Ministerio Público la atribución de no perseguir todos los delitos (criterios de oportunidad).

Estas reflexiones se enmarcan en el campo de la dogmática jurídica, en el modelo de derecho garantista.⁵ Constituyen una primera aproximación al estudio de una temática cuyo análisis acabado excedería los criterios que ciñen esta publicación. Sin embargo, este acercamiento previo es muy necesario para comprender las razones político-criminales que guiaron al legislador al diseñar estas figuras y visualizar los requisitos para su aplicación armónica en los procesos penales.

LAS TRANSFORMACIONES EN EL MODELO PROCESAL PENAL

El CNPP se enmarca en las reformas de carácter penal constitucional que han tenido lugar en México en la última década. Las reformas a la Constitución han seguido la tendencia de perfilar al Estado mexicano en un "Estado constitucional" regido por los valores y principios constitucionales que permean todo el sistema jurídico. En particular, se modificaron las normas que regulaban la actuación penal del Estado. El proceso penal está estrechamente ligado al desarrollo del Estado y a las normas constitucionales que lo regulan. Como bien señala Heike Jung "el derecho procesal penal siempre es derecho constitucional

² Artículo 256 del CNPP.

³ Artículo 184 del CNPP.

⁴ Artículo 185 del CNPP.

⁵ Este aparato conceptual responde a los desarrollos teóricos de Luigi Ferrajoli en *Epistemología jurídica y garantismo*, 1a. ed., Fontamara, México, 2004.

aplicado".⁶ La transformación del propio modelo constitucional en uno basado en los derechos humanos como sus principios rectores, necesariamente implicó reformas importantes en el sistema de justicia penal.

Los cambios al proceso penal abarcan distintos aspectos: *a)* respecto del lugar que ocupa el proceso penal en el sistema general de administración de justicia; *b)* respecto del modelo procesal, y *c)* respecto del objetivo perseguido por el proceso.

Respecto del lugar que ocupa el proceso en el sistema de justicia penal se hace la distinción entre *crime control model* y *due process model*. El primero ubica al proceso como un medio de control del delito, pone el acento en la efectividad; el segundo, hace hincapié en la confrontación del acusado con el Estado y, de tal modo, en el desarrollo de las garantías procesales. El *crime control model* busca, principalmente, el castigo del delincuente mientras que el segundo es un instrumento de control cuya legitimación depende del respeto de los derechos del acusado.⁷ El proceso penal en México estuvo decididamente orientado en la legislación y en la práctica forense a perseguir el castigo del delincuente. La reforma constitucional busca inclinar la balanza hacia el respeto a los derechos del acusado; el principio de que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, así lo acredita (artículo 20, Apartado A, fracción IX de la CPEUM). Con esto se pretende que el castigo al delincuente pueda darse únicamente en el marco del respeto a sus derechos fundamentales.

Los modelos procesales se clasificaron, tradicionalmente, en inquisitivo y acusatorio. Es posible caracterizar al proceso inquisitivo, en estos momentos, como aquél en el que existe desequilibrio entre las partes y en el que el juez tiene una participación activa en la búsqueda de la verdad. El acusatorio, por el contrario, es aquel en el que la búsqueda de la verdad descansa en la actuación de las partes, que están en situación de igualdad. Un análisis más actual, que señala que la forma de inicio (acusación) es una característica periférica del proceso, no lo suficientemente sustancial como para basar en ella su clasificación, contrapone el modelo inquisitivo con el adversarial. Este último, sur-

⁶ Jung, Heike, "El proceso penal, concepto, modelo y supuestos básicos", en Ambos, Kai y Eduardo Montealegre Lynett (comps.), *Constitución y sistema acusatorio; Un estudio de derecho comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 97 (93-107).

⁷ *Ibidem*, p. 98.

gido en la Inglaterra del siglo XVIII, consiste en un juicio basado en un conjunto de derechos legales del debido proceso con los que el imputado está investido, como la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio, el derecho a examinar a los testigos, etcétera⁸. Es por ello que, hoy día, se habla del modelo acusatorio adversarial para designar al sistema procesal acorde con el lenguaje de los derechos humanos y de protección, que se convirtió en el discurso dominante del derecho penal occidental en los fines del siglo XX.⁹

En México prevaleció el modelo denominado “mixto”, en el cual la etapa de investigación era considerada inquisitoria y el proceso se calificaba como acusatorio. En realidad todo el procedimiento penal tenía matices francamente inquisitorios, tanto en la actuación de la parte acusadora (Ministerio Público) como en la del juez, quien podía intervenir solicitando pruebas para mejor proveer o supliendo las deficiencias de la defensa a favor del acusado. La reforma pretende un proceso de corte acusatorio adversarial, orientado a posicionar en situación de igualdad al acusado y también a la víctima, así se desprende de lo dispuesto en el texto del artículo 20 de la CPEUM, que reconoce los principios de inmediatez y contradicción, la exigencia de que la prueba en que se sustente la sentencia deba ser aquella que se desahogó en la audiencia de juicio y establece los derechos de la víctima en el proceso.

La búsqueda de la verdad material ha sido señalada como meta primordial del proceso. El principal objetivo del proceso penal es el de investigar la verdad material o histórica, la “verdad verdadera”.¹⁰ Hassemer considera que dentro de los límites de las garantías constitu-

⁸ Cfr. Vogler, Richard, “Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal”, en Ambos, Kai y Eduardo Montealegre Lynett (comps.), *Constitución y sistema acusatorio; Un estudio de derecho comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 188-190 (177-202). Según este autor el modelo opuesto al continental, el propio del mundo angloamericano, no es acusatorio sino adversarial, El modelo adversarial sería producto de la Ilustración europea y tiene poco en común con el procedimiento acusatorio de la alta Edad Media. Nace asociado al desarrollo del capitalismo en la Inglaterra de la Revolución Industrial. “Es, esencialmente una aproximación del libre mercado al sistema penal, basado en la negociación individual, libertad de contratar, y en el concepto de un individuo portador de derechos”.

⁹ *Ibidem*, p. 190.

¹⁰ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, Porrúa, México, 1980, pp. 2 y 3. El autor cita a varios procesalistas insignes como Goldschmidt y Florian que coinciden en señalar la búsqueda de la verdad como finalidad principal del proceso penal.

cionales es posible la optimización de la búsqueda de la verdad y con ello la optimización del *Ethos* del procedimiento penal.¹¹ Otros autores, sin renunciar a la búsqueda de la verdad, admiten que es tarea difícil en el proceso penal. Reconocen que el objetivo debe ser matizado, la búsqueda de la verdad en un Estado de Derecho no puede lograrse por cualquier medio, sólo tiene cabida en la medida en que se empleen los medios legalmente reconocidos.¹² Además, se replantea el concepto de verdad: "La necesidad de una motivación de las decisiones judiciales, entendidas como argumentación intersubjetiva, comunicable lingüísticamente, y racionalmente verificable de las razones por las que se ha llegado a una determinada valoración y, por tanto, a una decisión con base en ella, es pues la lógica consecuencia de una teoría consensual de la verdad..."¹³ Se entiende a la verdad como consenso, en el sentido propuesto por Habermas. Esta verdad es la alcanzable en un proceso penal, producto de la valoración que haga el juez de las razones epre-sadas por cada una de las partes.

El proceso penal de un Estado de Derecho debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados; no debe entender la verdad como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo en aquellos casos en que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado el delito y la participación en él del acusado.¹⁴ A esta concepción se opone, por ejemplo, Luhmann quien sostiene que el proceso penal no es medio adecuado para encontrar la verdad; se trata del cumplimiento de ciertos ritos y fórmulas más que de la búsqueda de la verdad misma.¹⁵ Una postura menos radical, que se basa en los cambios que se han producido en los procesos penales europeos y latinoamericanos a raíz de las reformas legislativas de las últimas dos décadas, destaca la incorporación progresiva de elementos compositivos en el proceso.¹⁶ La búsqueda de

¹¹ Hassemer, Winfried, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal; La medida de la Constitución*, Ubijus-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 2009, p. 19.

¹² Muñoz Conde, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 112.

¹³ *Ibidem*, p. 115.

¹⁴ *Ibidem*, p. 117

¹⁵ *Ibidem*, p. 105.

¹⁶ Cfr. Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 503.

la verdad comparte su lugar con la necesidad de solucionar el conflicto como finalidades primordiales del proceso. La "verdad" es, en todo caso, producto de las manifestaciones de ambos lados de la cuestión. Este fenómeno obedecería a la crisis de los ordenamientos jurídicos tradicionales, a las características de la sociedad post-industrial, que atendiendo a una mayor participación ciudadana tienden a la desregulización y a modos alternos de solución de conflictos.¹⁷

El cambio en el modelo procesal de la mayoría de los países occidentales hace compatible las finalidades del proceso con la incorporación de salidas alternas al juicio, que privilegian la solución del conflicto por encima o a la par de la búsqueda de la verdad. Se habla de una tendencia "hacia la privatización del proceso penal".¹⁸

Es innegable que esta perspectiva ha incidido en la reforma penal constitucional. La inclusión de la justicia alternativa en el artículo 17, la referencia a la terminación anticipada del proceso en la fracción VII, del Apartado A, del artículo 20 y la admisión de los criterios de oportunidad en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) dan cuenta de objetivos diversos a la búsqueda de la verdad, encaminados a solucionar el conflicto y agilizar los procedimientos penales.

El artículo 2 del CNPP señala que el ordenamiento

tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

El legislador omitió toda referencia a la búsqueda de la verdad, prefirió la fórmula de "esclarecimiento de los hechos" que es menos pretenciosa. Propone como fines últimos el acceso a la justicia, la aplicación del derecho y la solución del conflicto. El acento recae en el respeto a las reglas del debido proceso y a los derechos humanos de los

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Eser, Albin, "Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la reprivatización del proceso penal?", en Ambos, Kai y Eduardo Montealegre Lynett (compss.), *op. cit.*, p. 91 (50-92).

sujetos intervinientes. Más allá de los logros en término del esclarecimiento de lo ocurrido, si se garantiza el acceso a la justicia de los afectados y se soluciona el conflicto en el marco del respeto a los derechos fundamentales, el proceso habrá sido exitoso y habrá cumplido con los fines perseguidos. Esta perspectiva que podría llamarse utilitaria del proceso penal es consecuente con la tendencia del Derecho penal sustantivo que busca un acercamiento con los fines político-criminales del Estado de Derecho, encausándolo hacia las consecuencias prácticas de su aplicación. Las normas procesales están inmersas juntos con las normas sustantivas en la orientación teleológica del sistema penal.¹⁹

SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Las aquí denominadas salidas alternas al juicio buscan cumplir con los fines perseguidos por el proceso sin necesidad de llegar a la etapa de juicio oral. El alcance que se da en este artículo al concepto de “salidas alternas al juicio” no se corresponde totalmente con el criterio que subyace en el CNPP. En este ordenamiento, el libro segundo, que se ocupa del procedimiento, dedica el título primero a las que denomina “Soluciones alternas y formas de terminación anticipada”. Las soluciones alternas incluyen a los acuerdos reparatorios y a la suspensión condicional del proceso; la forma de terminación anticipada es el procedimiento abreviado. En el mismo Libro Segundo, en el Título III, que se refiere a la investigación, en el Capítulo Cuarto, que regula las formas de terminación de la investigación, se incluyen los criterios de oportunidad. El legislador ha dado preferencia a la etapa procesal en que tienen cabida las resoluciones, en el caso de los criterios de oportunidad, y al procedimiento abreviado lo ha considerado como un “juicio anticipado”. Sin embargo, una característica propia de todas estas figuras es que permiten concluir el procedimiento en situaciones que, en el modelo procesal penal mixto, apegado a un criterio de estricta legalidad, debían resolverse en el juicio. Se trata de formas “nuevas” de conclusión de los asuntos penales, cuya aplicación correcta es imprescindible para el éxito del nuevo modelo procesal. El sistema acusatorio diseñado en la CPEUM y en el CNPP requiere de “válvulas de escape”

¹⁹ Cfr. Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, op. cit., p. 448.

que impidan que todas las investigaciones que se inician concluyan en juicio oral. Estas figuras que aquí agrupamos bajo la denominación de “salidas alternas al juicio” constituyen esas vías de solución.

Las salidas alternas al juicio dan cuenta de la transformación en los objetivos perseguidos por el proceso penal. Permiten resolver el conflicto y favorecen que se cumpla con la reparación del daño. Además, responden a criterios de eficacia y eficiencia, en tanto agilizan la solución del conflicto, con lo que se reduce la carga de trabajo de muchos operadores del sistema y posibilitan disminuir el rezago en la procuración y administración de justicia. En las diversas exposiciones de motivos de las iniciativas que propiciaron la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, hubo coincidencia en justificar la transformación del modelo procesal penal, en especial para proponer las salidas alternas, en criterios de orden económico funcional y, sólo en un segundo plano, en motivos que atienden a los derechos fundamentales: al acceso a una justicia expedita en condiciones de equidad y al debido proceso. En todas las iniciativas destaca la reiterada alusión a los altos costos del sistema de justicia penal, a su incapacidad para resolver satisfactoriamente el número en constante crecimiento de las denuncias, que incrementa las investigaciones y procesos en trámite, a su incapacidad de satisfacer el reclamo social de justicia.²⁰ Esta perspectiva no se contrapone a los beneficios que las salidas alternas puedan representar para las partes en el proceso. Tanto la víctima como el imputado pueden verse favorecidos por una solución pronta del conflicto que satisfaga sus principales requerimientos. Un acuerdo reparatorio que contemple en forma equilibrada las pretensiones de una y otra parte es una opción altamente atractiva frente a la de un proceso penal de mayor duración que representa el riesgo de no obtener una resolución acorde con sus intereses.

²⁰ La primer iniciativa de reforma al sistema de seguridad pública y justicia penal fue propuesta por el Ejecutivo Federal, el 29 de marzo de 2004. Si bien esta iniciativa no prosperó, la reforma al sistema penal permaneció en la agenda legislativa. En los años siguientes se presentaron diversas iniciativas de reforma al sistema de justicia penal y seguridad pública a cargo del Partido Acción Nacional (29 de septiembre de 2006), del Partido Revolucionario Institucional (19 de diciembre de 2006, 6 y 29 de marzo de 2007), de los partidos Convergencia, de la Revolución Democrática y del Trabajo (25 de abril de 2007) y del Partido de la Revolución Democrática (4 de octubre de 2007). Todas ellas proponen adoptar un nuevo modelo procesal penal en el que se contemplen salidas distintas al juicio para hacer más rápido, eficiente y ágil el funcionamiento del nuevo sistema.

El CNPP, al igual que los códigos estatales que lo antecedieron, atendió al mandato constitucional y a todas sus razones subyacentes al regular distintas figuras que permiten la terminación del proceso en forma distinta a la tradicional.²¹ Para sistematizar el análisis de estas instituciones en el nuevo cuerpo legislativo es conveniente clasificarlas según que su adopción dependa del acuerdo de voluntades de las partes en conflicto — víctima e imputado —, o que deba intervenir un tercero con el fin de resolver la situación. Las primeras son de carácter no adversarial o autocompositivas, exigen el acuerdo de voluntades del imputado y la víctima, para arribar “acuerdos reparatorios” que, si bien deben ser avalados por el Ministerio Público o por el juez, el contenido debe ser decidido por los directamente interesados, quienes, de esta forma, resuelven por sí mismos el conflicto. Las segundas, son de carácter adversarial o heterocompositivas, requieren la intervención de un tercero que impone a las partes una solución, a través de un acuerdo ministerial, en el caso de los criterios de oportunidad o de una resolución judicial que, una vez cumplidos los requisitos, decreta la suspensión condicional del proceso o autorice el proceso abreviado.²²

a) Salida de carácter no adversarial o autocompositiva: los acuerdos reparatorios

1. Los llamados “acuerdos reparatorios” se refieren al acuerdo entre el imputado y la víctima u ofendido, 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, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de Control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la conclusión del caso.²³

Algunos códigos procesales de nuevo cuño, vigentes todavía en el país, como el del Estado de México, aluden a los medios para alcanzar el acuerdo como una salida alterna, en vez del propio acuerdo, que es el que en realidad pone fin al conflicto. Los Medios Alternos de Solución

²¹ Bardales Lazcano, Erika, *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2011, p. 92.

²² *Ibidem*, p. 3.

²³ Cfr. Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, op. cit., t. I, p. 568. De manera muy similar están definidos en el artículo 186 del CNPP.

de Conflictos (MASC) constituyen diversas técnicas para facilitar que el imputado y la víctima, en los casos en que la ley lo permite, solucionen sus diferencias y pongan fin al proceso,²⁴ entre ellos cabe mencionar la mediación, la conciliación y la negociación. Los acuerdos reparatorios se alcanzan en nuestro país, generalmente, a través de alguna de estas técnicas que es instrumentada por una institución pública dependiente del Poder Judicial, de la procuraduría o del gobierno estatal.

El artículo 187 del CNPP admite los acuerdos reparatorios en “Delitos que se persiguen por querrela o requisito equivalente de parte ofendida; Delitos culposos, o Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas”.

Los delitos que se persiguen por querrela están señalados expresamente en los códigos penales; se trata, generalmente, de delitos patrimoniales entre personas que tienen relación de parentesco, violación entre cónyuges, lesiones que tardan en sanar menos de quince días (en los códigos en que éstas son delictivas), entre otros. El requisito equivalente de parte ofendida se refiere a aquellos casos en que la ley, como requisito de procedibilidad, exige la declaración de alguna auto-

²⁴ Cfr. C. Vázquez González de la Vega y E. Bardales Lazcano, “Instituciones jurídicas del sistema de justicia acusatorio: su relación con el amparo”, en *Cultura constitucional, cultura de libertades*, Secretaría Técnica del Consejo de la Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Secretaría de Gobernación, México, 2012, p. 132. Estos autores consideran como los MASC de uso frecuente en el sistema penal, los siguientes: a) Mediación: el procedimiento en el cual las dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre aquellas, para que puedan delimitar el conflicto y encontrar su solución. El tercero no hace propuestas de arreglo; b) Conciliación: Procedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre las personas enfrentadas para delimitar y solucionar el conflicto, y que además formula propuestas de solución, y, menos usada en el ámbito penal, y c) Negociación: un procedimiento en el cual las dos partes de un conflicto intercambian visiones sobre el mismo y se formulan mutuamente propuestas de solución. Es, en muchas ocasiones, el primer mecanismo al que recurren los participantes para atender un litigio. Antes de decidirse por la vía judicial, es común que las partes, ya sean las dos o alguna de ellas, intente llegar a un acuerdo que resuelva la controversia. Incluso una vez ejercida la acción o formulada la querrela, es posible que las partes decidan intentar una negociación, con el fin de permitir una solución más rápida del problema. En la negociación pueden intervenir en ocasiones terceros, por ejemplo, cuando se solicita una opinión experta sobre algún tema, o cuando las partes se ven representadas por abogados o apoderados para la discusión de los puntos del acuerdo.

ridad, como prevé, por ejemplo, el artículo 92 del Código Fiscal, que establece que para proceder penalmente por los delitos fiscales se exige que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público formule querrela o declare que el Fisco ha sufrido o pudo sufrir un perjuicio o formule otra declaratoria correspondiente.²⁵ Esta categoría de delitos ya permitía el acuerdo entre las partes, a través de la figura del perdón. En este caso el CNPP no representa un cambio significativo.

La inclusión de los delitos culposos entre aquellos que dan lugar a acuerdos reparatorios es, quizá, demasiado amplia. Las conductas culposas que son punibles de acuerdo con los códigos penales del país lesionan bienes jurídicos de la mayor jerarquía, como la vida y la integridad corporal. En una sociedad altamente tecnologizada, como en la que vivimos, los riesgos se incrementan y una conducta desprovista del cuidado necesario puede ocasionar consecuencias dañosas para un gran número de bienes jurídicos. Es por eso que se prevén conductas culposas como delito grave: el homicidio culposo con motivo del tránsito de vehículos cuando el conductor se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes; se dé a la fuga, o no preste auxilio a la víctima (artículos 140 y 141 del Código Penal para el Distrito Federal). Por ello, debió haberse restringido la categoría de delitos culposos que admiten acuerdo reparatorios, exigién-

²⁵ Código Fiscal: **Artículo 92.** Para proceder penalmente por los delitos fiscales previstos en este Capítulo, será necesario que previamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público:

I. Formule querrela, tratándose de los previstos en los artículos 105, 108, 109, 110, 111, 112 y 114, independientemente del estado en que se encuentre el procedimiento administrativo que en su caso se tenga iniciado.

II. Declare que el Fisco Federal ha sufrido o pudo sufrir perjuicio en los establecidos en los artículos 102 y 115.

III. Formule la declaratoria correspondiente, en los casos de contrabando de mercancías por las que no deban pagarse impuestos y requieran permiso de autoridad competente, o de mercancías de tráfico prohibido.

En los demás casos no previstos en las fracciones anteriores bastará la denuncia de los hechos ante el Ministerio Público Federal...

Los procesos por los delitos fiscales a que se refieren las tres fracciones de este artículo se sobreseerán a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando los procesados paguen las contribuciones originadas por los hechos imputados, las sanciones y los recargos respectivos, o bien, estos créditos fiscales queden garantizados a satisfacción de la propia Secretaría. La petición anterior se hará discrecionalmente, antes de que el Ministerio Público Federal formule conclusiones y surtirá efectos respecto de las personas a que la misma se refiera...

dose que, al menos, que no fueran considerados como delitos graves por la ley.

Por lo demás, es cierto que la gravedad del injusto de los tipos culposos es considerablemente menor que la de sus equivalentes dolosos. En su gran mayoría, las conductas delictivas que fueron realizadas violando una norma de cuidado sin que el sujeto haya aceptado en ningún momento crear un alto riesgo para el bien jurídico, encuentran mejor solución en acuerdos entre las partes que en el juicio. A la persona que por su propio descuido ocasionó la afectación del bien, le conviene llegar a un acuerdo con la víctima para reparar el daño ocasionado y, a esta última, también le beneficia una solución pronta, aceptable en tanto es conocedora de que la otra parte actuó sin el dolo de perjudicarla. La sociedad, por su parte, no se siente amenazada en su seguridad ni en sus bienes si el conflicto se resuelve y la víctima es debidamente resarcida. Una consideración semejante es aplicable a los delitos patrimoniales no violentos, en los que la víctima o el ofendido tienen especial interés en que se subsane la afectación de su patrimonio y el reclamo social queda debidamente atendido si no hay impunidad y el imputado se hace responsable de su actuar.

Queda como inquietud la posibilidad de permitir acuerdos reparatorios en un mayor número de delitos. Algunas lesiones que se persiguen de oficio, por ejemplo. Es posible que con el pasar del tiempo esta forma de resolución de conflicto se extienda a mayores conductas delictivas, ello dependerá del éxito que se obtenga en los casos concretos. Por eso es muy importante contar con mecanismos para que el imputado cumpla con las obligaciones concertadas. Existe un número importante de delitos que no son graves ni violentos, pero que no dan lugar a acuerdos reparatorios, son aquellos en los que el sujeto pasivo es el Estado o la sociedad, como, por ejemplo, la falsedad en declaración. En estos casos será necesario recurrir a otra figura, que podrán ser los criterios de oportunidad o la suspensión condicional del proceso.

En cuanto al aspecto propiamente procesal, los acuerdos reparatorios tienen lugar hasta antes del auto de apertura a juicio oral. Desde la primera intervención el Ministerio Público o, en su caso, el Juez de Control debe propiciar que las partes lleguen a un arreglo en las conductas delictivas que así lo permiten. El juez podrá suspender hasta por treinta días el trámite del proceso en búsqueda que las partes lleguen a un acuerdo. Si el acuerdo es de cumplimiento inmediato, y

se alcanza en la etapa de investigación inicial, lo aprueba el Ministerio Público. Si es de cumplimiento diferido o se alcanza ante el Juez de Control lo aprueba el órgano judicial. Ambos, Ministerio Público y juez, deben verificar, antes de dar su aprobación, que las obligaciones que se contraen no resulten notoriamente desproporcionadas, que los intervinientes estuvieron en condiciones de igualdad para negociar y que no hayan actuado bajo condiciones de intimidación, amenaza o coacción.

Si el acuerdo es de cumplimiento diferido y no se señala un plazo, se entenderá que es de un año. Si el imputado no cumple, sin justa causa, con lo pactado en el plazo establecido, el Ministerio Público lo hará de conocimiento del juez, quien levantará la suspensión del proceso, que continuará como si no se hubiera celebrado acuerdo alguno.

La información que se hubiera generado como producto del acuerdo no podrá utilizarse en perjuicio de las partes durante el proceso penal. Esta disposición es fundamental para que el imputado tenga la disposición de negociar con la víctima o el ofendido sin el temor de incrementar el riesgo de ser condenado.

Una vez aprobado el cumplimiento del acuerdo, si es ante el Ministerio Público, éste declarará extinta la acción penal, y si es ante el juez, éste decretará la extinción de la acción penal, resolución que hará las veces de sentencia ejecutoriada.

Es indudable que desde los objetivos perseguidos por los sujetos del conflicto, los acuerdos reparatorios son la salida alterna que satisface en mayor medida las aspiraciones de cada uno de los involucrados. Tienen la enorme ventaja de solucionar o disminuir el conflicto entre las partes directamente interesadas. A través de ellos se descongestiona el ámbito judicial, se agiliza la solución y se satisface, en lo esencial, las pretensiones de la víctima respecto al imputado. El Estado se ubica en un segundo plano, pierde su rol protagónico, el cual queda, en gran medida, en manos de los particulares; esto conlleva, es necesario señalarlo, el alto riesgo de privatizar la justicia. El Estado, para cumplir con la obligación que le impone el artículo 17 constitucional, debe cerciorarse de que las partes negocien en situaciones equitativas. Por ello, es importante el aval de los servidores públicos (Ministerio Público o Juez de Control) a los acuerdos a que lleguen los interesados, para que el Estado cumpla así con su deber de administrar e impartir justicia.

**b) Salidas de carácter adversarial o heterocompositivas:
la suspensión condicional del proceso;
el procedimiento abreviado y los criterios
de oportunidad**

1. La suspensión condicional del proceso es la figura que permite al imputado o al Ministerio Público, con el consentimiento de aquél, y con acuerdo del Juez de Control, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumpla con los requisitos especificados la ley y con las condiciones fijadas por el juez, que permitan suponer que al imputado no volverá a atribuírsele la comisión de un hecho señalado en la ley como delito. Tiene por finalidad la de reincorporar de forma rápida al inculpado primo delincuente a la sociedad, sin necesidad de recurrir a la imposición de sanciones.

El CNPP establece que esta figura puede proceder en todos aquellos delitos cuya media aritmética no exceda de cinco años y que no exista oposición fundada de la víctima. El Ministerio Público o el imputado deben formular la solicitud al Juez de Control, la cual debe contener un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones establecidas en la ley, que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido. El imputado se obliga voluntaria y unilateralmente a realizar una serie de conductas, esencialmente previstas en un catálogo legal, con el objeto de superar las causas y circunstancias que directamente le influyeron para cometer el probable delito; supervisándosele en su cumplimiento, lo cual permite, mediante la aprobación judicial y la anuencia del Ministerio Público, suspender el proceso penal de manera condicional y por un tiempo no inferior a seis meses ni superior a tres años. La suspensión condicional del proceso interrumpe los plazos para la prescripción de la acción penal del delito de que se trate. El cumplimiento de las obligaciones del imputado da lugar a la extinción de la acción penal. Si el imputado dejara de cumplir injustificadamente con las obligaciones contraídas, o posteriormente fuera condenado por sentencia ejecutoriada por delito doloso o culposo, el Juez de Control, previa petición del agente del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, deberá revocar de la suspensión o ampliarla

hasta por dos años más.²⁶ Una vez revocada la suspensión no podrá volver a concederse.

A diferencia de otros ordenamientos, en los que la solicitud de suspensión condicional del proceso sólo puede ser presentada por el Ministerio Público con el acuerdo del imputado, el CNPP incluye, además del supuesto mencionado, la posibilidad de que la solicitud la presente el propio imputado. Esto se traduce en un derecho para el imputado, quien puede solicitar, y debe obtener, la suspensión en los casos permitidos cuando cumpla con los requisitos fijados por el juez. El único obstáculo que puede presentarse es la oposición fundada (y motivada) de la víctima, la cual debe ser valorada por el Juez de Control. Si el imputado decide retractarse de su solicitud o del acuerdo prestado a la del Ministerio Público, porque considere extremadamente gravosas las condiciones impuestas por el juez, porque no puede satisfacerlas o por alguna otra razón debidamente motivada, debe dejarse sin efecto la suspensión y seguirse adelante con el procedimiento. El CNPP no contiene una disposición expresa en este sentido, pero esta interpretación es conforme al derecho que tiene toda persona a ser juzgada y a que se reconozca su inocencia (art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y arts. 17 y 20 de la CPEUM).

El CNPP menciona a “la autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso”, la que deberá supervisar que la persona a quien se le haya suspendido en forma condicional el proceso cumpla con las obligaciones contraídas al efecto.

²⁶ El CNPP lo regula de la siguiente manera: **Artículo 191. Definición.**

Por suspensión condicional del proceso deberá entenderse el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones que refiere este Capítulo, que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal.

Artículo 192. Procedencia.

La suspensión condicional del proceso, a solicitud del imputado o del Ministerio Público con acuerdo de aquél, procederá en los casos en que se cubran los requisitos siguientes:

- I. Que el auto de vinculación a proceso del imputado se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años, y*
- II. Que no exista oposición fundada de la víctima u ofendido.*

Quedan exceptuados de suspensión condicional del proceso los casos en que el imputado en forma previa haya incumplido una suspensión condicional del proceso, salvo que hayan transcurrido cinco años desde el cumplimiento de la resolución a la primera suspensión condicional del proceso, en cualquier fuero del ámbito local o federal.

Ésta es una institución novedosa en nuestro medio, aunque ya existen Estados que la han instrumentado en la justicia para adolescentes. El Estado de Morelos fue de los primeros en contar con una Unidad de Medidas Cautelares que, según los propios operadores del sistema, ha tenido una actuación exitosa y ha facilitado la imposición de medidas no privativas de la libertad y la suspensión condicional del proceso.²⁷ El éxito de la suspensión condicional del proceso y de muchas de las nuevas medidas cautelares incluidas en el CNPP dependerá del actuar eficiente de esta unidad administrativa.

Desde la perspectiva del Ministerio Público, la suspensión condicional de proceso representa economía en tiempo y recursos que le permitirá priorizar tareas en la persecución penal y combatir el rezago. Al imputado le evitará los efectos nocivos inherentes a un proceso penal y lo eximirá de la eventual imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad en la sentencia definitiva; permitirá que su situación sea resuelta a la brevedad, ya que puede solicitarla una vez dictado el auto de vinculación a proceso. A la víctima, la imposición de este mecanismo procesal le significará la satisfacción de variados intereses a través de las condiciones que deba cumplir el imputado durante la suspensión.²⁸

Los beneficios señalados no impiden que la imposición de esta figura conlleve riesgos y perjuicios en términos de los derechos de las partes y de la percepción que el conjunto social tiene sobre la impartición de justicia en el ámbito penal:

- En primer lugar, contiene una respuesta de carácter sancionatorio para una persona que aún no ha sido juzgada, en ese sentido afecta la presunción de inocencia. El cumplimiento de las condiciones que fije el juez es una restricción a los derechos

²⁷ Cfr. Azzolini Bincas, Alicia Beatriz, *Buenas y malas prácticas en el sistema integral de justicia para adolescentes en México*, Estudio elaborado para brindar asesoría técnica jurídica a Setec, México, octubre de 2013. Información sobre esta unidad se encuentra en la página Web Open Society Justice Initiative; Presunción de inocencia – Unidad de Medidas Cautelares – Sistema de Justicia Juvenil – Estado de Morelos – México, Estado de Morelos, consultable en: [http://www.presunciondeinocencia.org.mx/docs/MEXICO_OVERVIEW_MORELOS-Spanish_final.pdf], el 27 de septiembre de 2013.

²⁸ Cfr. Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, op. cit., t. I, p. 552.

del imputado, cuyo único fundamento descansa en su propio consentimiento. Por ello, cuando sean procedentes otras salidas alternas menos afflictivas, deben imponerse.

- No es una figura que busque satisfacer el derecho fundamental de las víctimas de acceso a la justicia. Las víctimas u ofendidos, a pesar de que se les repara el daño sufrido, pueden sentirse defraudados en su reclamo de justicia porque el imputado no es condenado al cumplimiento de una pena. Por ello, es importante considerar los argumentos de la víctima cuando ésta se opone a que se conceda la suspensión condicional del proceso.
- La sociedad puede percibir la suspensión condicional del proceso como una consecuencia excesivamente benévola para el imputado y considerar que se está burlando a la justicia. De ahí que sólo se aplique en delitos que no afecten los bienes jurídicos más valiosos.

A pesar de estos aspectos negativos, los beneficios de esta figura superan a su desventaja. El consentimiento dado por el imputado deja a salvo sus derechos. Para que la suspensión condicional del proceso sea compatible con los objetivos de procurar justicia y satisfacer los intereses de la víctima debe existir control del cumplimiento de las obligaciones que se imponen. Es necesario que el seguimiento no se agote en formalismos, sino que haya un verdadero acompañamiento en el proceso de reinserción social que conlleva la satisfacción de los requisitos impuestos por el juez.²⁹

La sociedad no tiene por qué inquietarse si la suspensión condicional del proceso se aplica en aquellos casos en que la afectación de bienes jurídicos no es tan relevante. El CNPP ha establecido que procede en todos los delitos en los que la media aritmética de su punibilidad no exceda de cinco años. Este tipo de criterios no es muy acertado en el Código Nacional, ya que las punibilidades varían en los diferentes Estados de la República, lo que se traduce en una gran disparidad entre los Estados la Federación y el Distrito Federal de los delitos que admiten esta salida alterna.

2. El procedimiento abreviado permite concluir una causa penal de manera anticipada cuando el imputado reconozca ante la autori-

²⁹ Exposición de motivos de la iniciativa presentada por el Partido de la Revolución Democrática el 4 de octubre de 2007.

dad judicial su participación en el delito y el Ministerio Público haya aportado medios de convicción suficiente. Este procedimiento es característico de los nuevos regímenes de corte adversarial que procuran agilizar las soluciones judiciales y cumplir así con el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable; tiene por función lograr la culminación del proceso sin la celebración del juicio oral.³⁰

El Código Procesal Penal italiano de 1988, es un ejemplo claro, en el ámbito del derecho continental, de la búsqueda de la celeridad procesal; contempla el procedimiento abreviado y otras figuras afines buscando la combinación entre eficacia y garantías.³¹ La introducción del procedimiento abreviado en el código italiano, señala Piccialli, se basaba en la conveniencia recíproca de las partes de resolver el proceso en la audiencia preliminar. El legislador previó este procedimiento como un juicio abierto, que permitía tanto una sentencia condenatoria como una absolutoria. Sin embargo, señala ese autor, la práctica fue contraria a la idea originaria, demostró una clara tendencia a procedimientos condenatorios. Por ello, en 1999, se modificó la ley para incrementar las ventajas para el imputado que recurre a esta figura procesal; la pena que corresponde por el delito cometido disminuye en un tercio de su duración y, en caso de reclusión perpetua, ésta es sustituida por una pena de 30 años de prisión. En la ley italiana el procedimiento abreviado es solicitado por el imputado con el acuerdo del Ministerio Público.³²

La figura se asocia, en sus orígenes, con la práctica del *plea bargaining* en el sistema norteamericano, que consiste en que el fiscal propone a una persona acusada penalmente que confiese su culpabilidad y que renuncie a su derecho al juicio, a cambio de una sanción penal más benigna a la que le sería impuesta si fuera declarada culpable en el juicio, y aquélla acepta la oferta. La Corte Suprema estadounidense ha señalado que la negociación entre el fiscal y el imputado (*plea ber-*

³⁰ Cfr. Botero C., Martín Eduardo, *El sistema procesal penal acusatorio; "El justo proceso". Funcionamiento y estructura prospectiva de Italia para América Latina*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2008, p. 496.

³¹ El Código Procesal Penal del Estado de Morelos ha seguido un camino similar al del código italiano: regula el proceso simplificado, que está previsto como una variación y complemento del proceso abreviado. Esta figura no ha sido incluida en el CNPP.

³² Piccialli, Paolo, *Il processo penale illustrato*, III Edizione, Edizioni Giuridiche Simoni, Napoli, 2011, p. 127.

gaining) representa un componente esencial en la administración de justicia, ya que “si todas las acusaciones llegaran a juicio oral, a fin de lograr una completa actividad procesal, los Estados y el propio Gobierno federal necesitarían aumentar el número de jueces y los medios de los tribunales”.³³

Todos los códigos procesales penales mexicanos que han incorporado el modelo adversarial incluyen al procedimiento abreviado, pero, a diferencia del sistema americano, limitan la negociación entre el Ministerio Público y el imputado. Siguiendo el modelo italiano, los beneficios que puede obtener el imputado se reducen a lo expresamente señalado en la ley.³⁴

El CNPP regula al procedimiento abreviado como una forma de terminación anticipada. Puede solicitarlo el Ministerio Público una vez dictado el auto de vinculación a proceso y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio oral. Para ello, debe formular la acusación (oral) y ofrecer las pruebas que la sustentan. Para autorizar el procedimiento abreviado, el juez debe verificar que la víctima u ofendido no presente oposición fundada y motivada y que el imputado: reconozca estar debidamente informado de sus derechos, renuncie al juicio oral, acepte el procedimiento abreviado, admita su responsabilidad en el delito que se le imputa y acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al momento de formular la acusación.³⁵ La existencia de varios coimputados no impide la aplicación de esta figura en forma individual.

³³ *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 260 (1971), citado por Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, op. cit., t. II, p. 509.

³⁴ El procedimiento abreviado no ha recibido igual acogida en los sistemas de justicia de adolescentes. En ellos hay leyes, como la de Oaxaca, que prohíben expresamente su aplicación en el ámbito de la justicia juvenil. Algunas pocas, como la de Hidalgo, lo admiten. La discusión es de carácter teórico y se relaciona con la madurez y libertad del adolescente para decidir sobre la aceptación de los hechos que se le imputan.

³⁵ El CNPP establece en el artículo 201 lo siguiente: *Requisitos de procedencia y verificación del Juez*

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

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

La aceptación de ser juzgado en un procedimiento abreviado conlleva beneficios para el imputado.³⁶ Si éste no ha sido condenado previamente por delito doloso y el delito por el cual realiza el procedimiento abreviado es sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años, incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la punibilidad mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la punibilidad mínima en el caso de delitos culposos. En cualquier caso, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta un tercio de la punibilidad mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la punibilidad mínima en el caso de delitos culposos.

En la audiencia de procedimiento abreviado, el Ministerio Público expone la acusación con los respectivos datos de prueba, el Juez de Control, una vez verificado que se cumple con los requisitos legales, y después de haber constatado que los elementos de convicción que sustentan la acusación se encuentren debidamente integrados en la carpeta de investigación, resolverá sobre la autorización del procedimiento. En caso de autorizarlo, se dará la palabra al Ministerio Público, a la víctima u ofendido o a su asesor jurídico, de estar presentes, y después a la defensa; la exposición final corresponderá siempre al acusado. Concluido el debate, el Juez de Control emitirá su fallo en la misma audiencia. Cuenta con un plazo de cuarenta y ocho horas para dar lectura pública y explicar la sentencia. El juez no podrá imponer una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado. En la sentencia deberá fijar el monto de la reparación del daño.

En los casos en que el Juez de Control no admita la solicitud de procedimiento abreviado, porque no se cumpla con los requisitos legales,

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

III. Que el imputado:

a. Reconozca estar debidamente informado de su derecho a un juicio oral y de los alcances del procedimiento abreviado;

b. Expresamente renuncie al juicio oral;

c. Consienta la aplicación del procedimiento abreviado;

d. Admita su responsabilidad por el delito que se le imputa;

e. Acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación.

³⁶ Cfr. C. Vázquez González de la Vega, y E. Bardales Lazcano, "Instituciones jurídicas del sistema...", *op. cit.* p. 120.

se tendrá por no formulada la acusación oral que hubiere realizado el Ministerio Público y se continuará de acuerdo con las disposiciones previstas para el procedimiento ordinario. Asimismo, el Juez de Control ordenará que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de procedimiento abreviado sean eliminados del registro. Si no se admitiera la solicitud por inconsistencias o incongruencias en los planteamientos del Ministerio Público, éste podrá presentarla nuevamente una vez subsanados los defectos.

El CNPP no menciona, como sí lo hacen otros ordenamientos estatales vigentes, que la sentencia puede ser absolutoria. El Derecho procesal penal mexicano parece seguir el camino del italiano, e inclinarse por un procedimiento abreviado con matices claramente condenatorios. Quien acepta un procedimiento abreviado en los términos del Código Nacional debe hacerlo con el conocimiento que, con una probabilidad rayana en la certeza, obtendrá una reducción en la condena pero no la absolución.

El Ministerio Público es el único legitimado para solicitar el procedimiento abreviado, pero debe contar con el consentimiento del imputado. Este consentimiento es resultado, la mayoría de las veces, de una negociación entre la acusación y la defensa. En los sistemas procesales de corte continental que incorporaron esta figura, la negociación es limitada, no se puede variar libremente la calificación jurídica, porque ella está sujeta a los hechos. En el derecho mexicano los hechos son fijados en el auto de vinculación a proceso. Por ello, el procedimiento abreviado regulado en el CNPP tiene características diferentes al *plea bargaining* norteamericano.

Es innegable que el procedimiento abreviado tiene beneficios para los distintos sujetos del proceso. El Ministerio Público obtiene una victoria casi segura en poco tiempo, el imputado reduce su condena y es juzgado en forma expedita y la víctima, en algunos casos, puede hacerse rápidamente con la reparación del daño. Sin embargo, un importante sector de la doctrina rechaza las soluciones negociadas en el ámbito penal aludiendo a razones teóricas o de principios.³⁷ Hay quienes centran la crítica en la figura del *plea bargaining*, a la que asimilan con la tortura, alegan que el fiscal ejerce coacción sobre el acusado al amenazarlo con la imposición de una sanción sustancialmente más gravosa a aquella que le correspondería si se declara culpable. En otro

³⁷ Cfr. Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, op. cit., t. II, p. 510.

sentido, Ferrajoli critica los acuerdos sobre la pena y el procedimiento porque sustituyen la jurisdicción por prácticas negociales de tipo sustancialmente administrativo.³⁸ En México, un importante representante de quienes se oponen a esta figura es Jesús Zamora Pierce, quien, entre otras cosas, señala que el procedimiento abreviado “no regula la reparación del daño, se desarrolla sin atender los principios de inmediatez, publicidad e igualdad procesal, y viola los derechos del imputado a la defensa, a un juicio previo a la pena y a no autoincriminarse”.³⁹ Para mitigar las desventajas del procedimiento abreviado, Zamora Pierce propone que sea el juez quien tenga la facultad de disminuir la pena aplicable al sentenciado en un 40% de su duración. Con ello, señala este autor, se trataría igual a todos los imputados y se evitaría toda negociación con el Ministerio Público, que puede dar lugar a corrupción.⁴⁰ Una vez más, es el rechazo a la “negociación” la base de las críticas a esta figura procesal.

Sin que ello implique respaldar las diversas críticas que se formulan contra el procedimiento abreviado, es importante reconocer que sus mayores debilidades radican en que:

- Su aplicación no tiene como requisito que se reparen rápidamente los daños causados a la víctima, por el contrario si el sujeto es condenado a pena de prisión difícilmente se ocupará de saldar el daño.
- No coadyuva a que las partes del conflicto restablezcan el lazo social. Esta salida alterna implica una negociación entre el Ministerio Público y el imputado, la víctima no interviene.
- Existe el riesgo de que el Ministerio Público, ejerciendo su posición de poder, abuse del procedimiento abreviado para obtener sin dificultades una victoria rápida.
- No se adecua, en principio, a los estándares de “debido proceso” reconocidos en el ámbito internacional, ya que el imputado renuncia a ofrecer pruebas y a su derecho al juicio oral.

³⁸ *Ibidem*, p. 513. La cita de Ferrajoli es tomada de su artículo “las lesiones legales del modelo constitucional del procedo penal”, en Maier/Bovino (comps.), *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 33.

³⁹ Zamora Pierce, Jesús, “Los peligros del procedimiento abreviado”, en *El mundo del abogado*, México, diciembre de 2011.

⁴⁰ Zamora Pierce, Jesús, *Justicia alternativa en materia penal*, Barra Mexicana Colegio de Abogados, Themis, México, 2009, pp. 30 y 31.

De las debilidades señaladas, la que preocupa mayormente es la posibilidad de que el Ministerio Público presione al indiciado o imputado para que reconozca los hechos, obtenga una resolución en el corto plazo y se le reduzca la pena ante la amenaza de un proceso largo, en prisión preventiva, sin garantías de absolución. Este planteamiento tiene sustento en la actuación cotidiana de las instituciones de procuración de justicia en México, por lo que es muy importante que existan mecanismos de control para evitar el mal uso de esta salida alterna. Quizás por ello es que el artículo 202 *in fine* del CNPP establece que el Ministerio Público deberá solicitar la pena reducida en los términos autorizados por Acuerdo del Procurador. Esta disposición ha sido objeto de críticas por quienes consideran que el agente del Ministerio Público debe tener mayor ámbito de discrecionalidad en su actuación y no estar sujeto a controles estrictos y formales que obstaculizan que el procedimiento sea ágil y fluido. La tensión existente entre estos dos puntos atraviesa todo el ámbito de la implementación del nuevo modelo procesal. El sistema acusatorio adversarial diseñado en la CPEUM y regulado en el CNPP descansa en la vigencia del principio de confianza en los operadores del sistema. La necesidad de control es producto de la experiencia del actuar cotidiano de los servidores públicos de procuración y administración de justicia en México. Conciliar estos dos extremos es un requisito indispensable para el éxito del nuevo modelo.

Agilizar el sistema, despresurizar las instituciones y, más aún, satisfacer a la víctima, no puede descansar en la violación de los derechos fundamentales del imputado a la defensa, a ofrecer pruebas y a ser juzgado en sentido material. El procedimiento abreviado no debe soslayar estos derechos fundamentales de toda persona y debe descansar siempre en el consentimiento libre e informado del imputado.

3. El principio de oportunidad refiere que “el Ministerio Público, ante la noticia de un hecho punible o, incluso, ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, suspender o interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones político-criminales”.⁴¹ Son atribuciones discrecionales conferidas al órgano público de persecución de los delitos (Fiscal o Ministerio Público)

⁴¹ Horvitz Lennón, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, op. cit., t. I, p. 48.

para que determine en qué situaciones procede abstenerse de la persecución penal. Este principio, propio del modelo acusatorio adversarial, es concebido de distintas formas por los diversos sistemas jurídicos. Cada uno establece lineamientos para hacer efectivo el principio. Los supuestos específicos en los que cada legislación admite el ejercicio de este principio se denominan criterios de oportunidad.⁴² Teniendo en cuenta los criterios seguidos en cada legislación, es posible distinguir entre “oportunidad pura” y “oportunidad reglada”. En la primera, el órgano de acusación cuenta con amplia flexibilidad para llevar a cabo, interrumpir, desistirse o abstenerse de ejercitar la acción penal. En la segunda, en la reglada, la ley establece las condiciones en que el Ministerio Pública puede aplicar el principio de oportunidad; se prevé en forma taxativa los criterios de oportunidad.⁴³

El principio de oportunidad se incorpora en el derecho mexicano en la reforma constitucional de 18 de junio de 2014. El artículo 21 en su párrafo séptimo establece que “El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”. Es claro que se adopta el modelo de criterios de oportunidad reglamentados. Los códigos procesales penales de corte acusatorio adversarial anteriores y posteriores a la reforma incluyen expresa y taxativamente los casos en que el Ministerio Público puede ejercer criterios de oportunidad.

El CNPP establece que el Ministerio Público debe ponderar el ejercicio de la acción penal sobre la base de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido o ésta manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación, de lo cual deberá dejarse constancia. Los casos en que se puede aplicar este criterio están previstos expresamente en el artículo 256 del CNPP.⁴⁴ Los criterios que contempla el nuevo código

⁴² Gallardo Rosado, Maydelí, *El principio de oportunidad en la reforma procesal penal*, UNAM-INACIPE, México, 2013, p. 11.

⁴³ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁴ El artículo 256 del CNPP la aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

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

II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en

pueden clasificarse en: *a)* los que atienden a la escasa gravedad del delito o de la afectación al bien jurídico; *b)* los que buscan la eficacia del sistema, y *c)* los que atienden a la ausencia de necesidad de pena.

a) Los criterios que atienden a la escasa gravedad del delito o de la afectación al bien jurídico son los contemplados en el artículo 256 en las fracciones I, que se refiere a los delitos cometidos sin violencia que no tengan pena privativa de la libertad no rebase los cinco años de prisión; IV, cuando la pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el delito sea insignificante en relación con la que se impuso o pudiera imponérselo por otro delito y VI, cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa. Entran en estos supuestos

estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares;

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

IV. La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta al inculpado por otro delito, o la que podría aplicarse al mismo por otros delitos o bien, por la pena que previamente se le haya impuesto o podría llegar a imponérselo en virtud de diverso proceso tramitado en otro fuero;

V. Cuando el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio. En estos supuestos, los efectos del criterio de oportunidad se suspenderán hasta en tanto el imputado beneficiado comparezca a rendir su declaración en la audiencia de juicio;

VI. Cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa, y

VII. Cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal.

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

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

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

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

los llamados delitos de bagatela o aquellos delitos que acompañan a otro principal que afecta un bien jurídico jerárquicamente superior, por ejemplo el daño producido por la bala en la camisa que vestía la víctima de homicidio que muere a consecuencia del disparo recibido en pleno pecho.

b) Los criterios que atienden a la eficacia del sistema son los del artículo 256, fracción II, que menciona a los delitos patrimoniales sin violencia y a los delitos culposos que no fueren cometidos bajo el influjo de estupefacientes o en estado de ebriedad, y fracción V, que alude a los casos en que el imputado aporte información esencial para la persecución y detención del autor de un delito más grave del que a él se le imputa. En el primer caso, el criterio de oportunidad se puede asociar con los acuerdos reparatorios que, como se dijo, tienen cabida en los delitos culposos y en los patrimoniales no violentos. El acuerdo reparatorio sólo tiene cabida si el Ministerio Público no está obligado a perseguir el delito por un criterio de estricta legalidad. En este caso, el legislador acertadamente excluyó de los criterios de oportunidad a los delitos culposos en que el sujeto se encuentra en estado de alteración voluntaria; sin embargo, esta restricción no aplica en los acuerdos reparatorios. El segundo supuesto considera la aportación de información por parte del imputado que permite atrapar al probable responsable de otro delito más grave. Ambos supuestos facilitan a la autoridad la resolución de delitos.

c) Los criterios que atienden a la ausencia de necesidad de pena están previstos en el citado artículo 256, en la fracción III, que se refiere a los casos en que el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, y en la fracción VII, que menciona que la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal. En realidad el último supuesto, el de la fracción VII, incluye al anterior. Se trata de casos en los que no existe requerimiento de sanción desde la perspectiva preventiva general y especial. Estos supuestos están considerados en el artículo 75 del Código Penal para el Distrito Federal como situaciones que hacen innecesaria la aplicación de la pena privativa de libertad. La autorización en la ley adjetiva para que el Ministerio Público aplique criterios de oportunidad para abstenerse de seguir adelante con la investigación o con la prosecución del

proceso permite acelerar la resolución del caso sin tener que llegar la sentencia, que es lo que exige el código local.

La aceptación del principio de oportunidad representa un límite a la vigencia de principio de legalidad. La legalidad que se asoció a las concepciones retributivas del sistema penal, según las cuales el Estado debe castigar invariablemente todas las infracciones a la ley penal (Kant, Hegel), disminuyó su vigencia al imponerse las teorías preventivo especial y preventivo general, que establecen un concepto utilitario de la pena y del sistema penal en general. Pero la legalidad no desapareció del sistema, se reorientó atendiendo a los principios de certeza y de igualdad.⁴⁵ Pero tal como afirman Horvitz y López, el principio de legalidad se encuentra en crisis por las consecuencias prácticas que de él se derivaron:

La hipertrofia del derecho penal sustantivo, unida a la incapacidad inherente de todo sistema procesal penal para perseguir la totalidad de los delitos que se cometen en una sociedad determinada, han provocado que la aplicación estricta del principio de legalidad impida la existencia de un adecuado sistema de selección forma de los casos que son procesados...⁴⁶

La principal ventaja de aplicar criterios de oportunidad es:

- La selección adecuada de los casos, lo que permite brindar la debida atención a aquellos de mayor gravedad que lesionan los bienes jurídicos más importantes para la sociedad y desechar aquellos que dañan bienes de menor importancia (delitos de bagatela).
- Soluciones eficaces para el sistema, al permitir no seguir adelante con el procedimiento si desde un inicio se advierte que la pena es innecesaria desde la perspectiva político criminal de la prevención general o especial.
- Hace más eficiente el uso de los recursos materiales y humanos que se destinarán en mayor número para a la solución de los casos más graves, y
- Agiliza la actuación de los órganos de procuración de justicia que ven disminuida su carga de trabajo y la de los órganos ju-

⁴⁵ Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, op. cit., t. I, p. 47.

⁴⁶ *Ibidem*.

diciales que al recibir menos asuntos podrán reducir el rezago que tanto los aqueja.

A su vez, la aplicación de criterios de oportunidad implica desventajas, en especial para las víctimas:

- No satisface el derecho fundamental de la víctima de acceso a la justicia, con excepción de aquellos casos en la propia víctima consienta su aplicación.
- No favorece la protección de las víctimas.
- No es un mecanismo orientado a que las partes del conflicto restablezcan el lazo social.
- No garantiza que la víctima sea respetada en calidad de sujeto de derecho.

Estas consecuencias adversas se mitigan con el derecho de la víctima a acudir ante el Juez de Control para inconformarse con la aplicación de criterios de oportunidad por parte del Ministerio Público. El artículo 258 del CNPP establece que la determinación del Ministerio Público sobre la aplicación de un criterio de oportunidad deberá ser notificada a la víctima u ofendido, quienes las podrán impugnar ante el Juez de Control dentro de los diez días posteriores; el juez convocará a una audiencia para decidir en definitiva, citando al efecto a la víctima u ofendido, al Ministerio Público y, en caso estar identificado y localizable, al imputado y a su defensor. Si la víctima, el ofendido o sus representantes legales no comparecieran a la audiencia, el Juez de Control declarará sin materia la impugnación. La resolución del Juez de Control sobre la procedencia de la aplicación de criterios de oportunidad no es impugnabile.

REFLEXIONES FINALES

La incorporación de salidas alternas al juicio oral significa, por sí sola, un cambio de paradigma en el modelo procesal mexicano. El reemplazo del principio de estricta legalidad en la procuración e impartición de justicia penal por criterios que descansan en la voluntad de las partes, en razones de eficiencia del sistema y en consideraciones de política criminal abre un campo nuevo que exige a los operadores decisiones debidamente ponderadas y fundamentadas. Significa salir de la zona de confort que brinda el marco estricto y estrecho de la legalidad, en la que los servidores públicos se limitan a la aplicación

lisa y llana de la norma, para entrar en terrenos de los principios, sus alcances y su argumentación. Aunque el CNPP regula la aplicación de cada una de estas nuevas figuras, ellas, por sus propias características, exigen que los aplicadores realicen juicios de valoración en cada uno de los casos.

La flexibilidad del sistema acusatorio adversarial implica riesgos en una materia como la penal, en la que se afectan los bienes jurídicos más valiosos. Las decisiones que se tomen interesan a todo el conjunto social. Por ello, la importancia de que los servidores públicos que intervienen a lo largo del procedimiento penal sean personas debidamente formadas y capacitadas en la materia jurídica y en principios éticos. Si ello es así, no hará por qué temer a la "privatización" del sistema. En cambio, se podrá hablar de su "humanización".

Los criterios utilitarios en los que descansan gran parte de las salidas alternas no deben oponerse a la vocación de justicia que tiene el procedimiento penal. El acuerdo al que llegan las partes con igualdad de oportunidades y libertad de decisión; la determinación de no perseguir un delito insignificante, que no afectó mayormente al bien jurídico; la suspensión del proceso en casos en que el imputado de delitos no graves se compromete a cumplir con las condiciones impuestas por el juez, o la reducción del trámite procesal cuando el imputado, de forma libre y razonada, escoge el proceso abreviado para obtener un beneficio en una condena que seguramente sería más gravosa de llegar al juicio oral, son compatibles con la justicia propia de un Estado de Derecho, que busca siempre el bienestar común; aquello que favorezca la convivencia armónica de los integrantes de la sociedad.

Justicia alternativa y el Código Nacional de Procedimientos Penales

*Elias Huerta Psihas**

INTRODUCCIÓN

Frente a un sistema de justicia penal agotado y en crisis, el Estado mexicano emprendió en la década pasada una estrategia para modernizar la justicia penal y transitar hacia un modelo más eficaz y transparente, que ya venía operando en mayor o menor medida en una docena de países en América Latina, particularmente en Chile, que inició en la región la adopción del nuevo sistema de Justicia Penal Acusatorio-Adversarial. El primer paso fue realizar un diagnóstico de la situación imperante, sobre todo, frente a las recomendaciones del relator de Naciones Dato Param, que en 2002 emitió un informe en materia de Seguridad y Justicia que daba cuenta de la pésima situación que en este tema enfrentaba México.

El primer paso fue emprender un diagnóstico sobre seguridad y justicia, que arrojó los siguientes resultados:

- Ineficacia en la investigación. El 70% de los detenidos eran presentados ante las instituciones de procuración de justicia dentro de las 24 horas siguientes a la comisión del delito.
- Desconfianza en las instituciones de policía y de procuración de justicia (sólo se denuncia 25% de los delitos cometidos).

* FALTA SEMBLANZA DEL AUTOR 1 línea
2 línea

- Ineficiencia terminal en las instituciones de administración de justicia (sólo se dicta sentencia condenatoria en 3% de los delitos), con elevados niveles de impunidad).
- Procesos penales largos y burocráticos.
- Más del 80% de los sentenciados nunca conocieron a su juez instructor.
- Saturación del sistema penitenciario (las prisiones se encuentran saturadas y sobrepobladas, con más de 60% de personas privadas de su libertad) y una absoluta inoperancia del sistema de reinserción social. Adicionalmente, la gran mayoría de los internos permanecen en la prisión por delitos de cuantía menor a ocho mil pesos.

Una insuficiente reacción del Estado mexicano frente a la creciente inseguridad, particularmente en materia de delincuencia organizada.

Adicionalmente se llegaron a las siguientes conclusiones: se abusa de la Prisión Preventiva; se prioriza el Principio de Presunción de Culabilidad; la mayoría de los ministerios públicos, peritos y policías son corruptos y opacos; existe una evidente desventaja del indiciado y su defensor frente al Ministerio Público: no se respeta el debido proceso, y la mayoría de la justicia que se imparte es de secretarios.

El primer paso para dejar atrás el tradicional Sistema Justicia Penal Inquisitivo, completamente agotado y rebasado, fue la iniciativa de reformas constitucionales y legales que envió al Senado en 2004 el entonces Presidente de la República Vicente Fox Quezada, proponiendo adoptar en México el Sistema Penal Acusatorio, con una Fiscalía General de la Nación autónoma. Sin embargo, el proyecto tuvo un gran rechazo y ni siquiera fue discutido en Comisiones en la Cámara Alta.

No fue sino hasta la administración de Felipe Calderón Hinojosa que en el marco de una fuerte presión internacional y local, encabezada por relevantes instituciones académicas y de la sociedad civil organizada, que conformaron la *Red de Juicios Orales*, con más de 15 iniciativas y proyectos de reforma, en junio de 2008, el Congreso de la Unión aprobó la Reforma Constitucional de *Seguridad y Justicia*, modificando 10 preceptos de nuestra Carta Magna: los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123, adoptando el modelo de Justicia Penal Acusatorio-Adversarial, de corte oral, con las siguientes características esenciales:

- a) *Garantista*. Propio de un Estado democrático de Derecho, con un respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las partes, incluidas las víctimas u ofendidos.
- b) *Acusatorio*. Dejando bajo la responsabilidad del Ministerio Público la investigación de los delitos y de la acusación con la regla de tener la carga de la prueba.
- c) *Adversarial*. Estableciendo la igualdad entre las partes, permitiendo que el imputado se defiende en igualdad de condiciones que la parte acusadora (MP).
- d) *Supremacía judicial*. Se deja a la autoridad judicial la facultad de resolver el conflicto en calidad de órgano rector del proceso penal, sustituyendo al tradicional Juez de Instrucción por tres jueces: el de Control, el de Juicio Oral y el de Ejecución de Sanciones Penales. Oralidad: se sustituye el modelo escrito por uno oral que propicia transparencia.
- e) Se determina una nueva estructura del Ministerio Público y de la Policía Investigadora.
- f) Se reestructura la institución de la defensa, con una nueva Defensoría Pública reforzada, eficiente y de calidad.
- g) Se reorganiza la actuación de las Procuradurías de Justicia y las Secretarías de Seguridad Pública de todo el país, para operar de manera coordinada bajo un nuevo Sistema Nacional de Seguridad Pública.
- h) Se introduce un régimen de excepción para combatir a la Delincuencia Organizada, y
- i) De manera señalada, se priorizan los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, adoptando la Justicia Alternativa.

Se establecen algunos principios torales del nuevo Sistema Acusatorio, siendo los siguientes:

Oralidad. Implica que todas las audiencias se desarrollaran en forma oral (no escrita), y las sentencias serán pronunciadas y explicadas por el juez en forma oral.

Publicidad. Todas las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento, sino también el público en general, inclusive medios de comunicación.

Contradicción. Éste es el elemento fundamental de la adversarialidad que significa la facultad de las partes que podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte

Concentración. Todos los alegatos y evidencias se desahogan en audiencia pública en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión.

Continuidad. Las audiencias se realizarán en forma continua, sucesiva y secuencial, sin interrupciones prolongadas.

Inmediación. Este esencial principio implica que todas las audiencias se desahogarán integralmente en presencia del juez y de las partes que deban intervenir en la misma, sin poder delegar esta atribución ni la emisión y explicación oral de la sentencia.

Presunción de inocencia. No obstante que no está previsto en el texto constitucional en el apartado de los principios rectores del procedimiento acusatorio, me parece que es también un principio toral al mandar que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad a través de una sentencia.

El artículo segundo transitorio de la reforma estableció que el sistema procesal penal acusatorio recién adoptado debería entrar en vigor en todo el país en un plazo no mayor de ocho días, contado a partir del día siguiente de la publicación del decreto (18 de junio de 2008), obligando a la Federación, los Estados y el Distrito Federal a expedir y poner en vigor las modificaciones a sus ordenamientos legales, para incorporar el nuevo sistema acusatorio de manera integral.

Con esta reforma penal se pretende ajustar el sistema a los principios de un Estado democrático que defienda las garantías de las víctimas y acusados y se fomente la imparcialidad en los juicios, así como implantar prácticas más eficaces contra la delincuencia organizada, el funcionamiento de las cárceles y adaptar las leyes penales a compromisos internacionales de México.¹ Adicionalmente, está orientada a vincular al Sistema Nacional de Seguridad Pública con la protección de los derechos humanos, obligando a las autoridades federales, estatales y municipales a coordinarse de manera más estrecha y real para compartir información, como bases de información sobre criminalidad y el personal de instituciones policiales; profesionalizar a fiscales, policías y peritos; regular la selección, ingreso, formación y permanencia

¹ Salazar Murillo, Rolando, *El juicio Abreviado: entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2003, pp. 25-27.

del personal, certificar competencias y abrir espacios a la participación social en la evaluación.

De esta manera, a partir de la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia de 2008, se puso en marcha en el país una de las transformaciones jurídicas más importantes de la historia, quedando clara la idea en el ámbito legislativo, judicial y académico, que el instrumento más importante para lograr en tiempo y forma la implementación del nuevo sistema procesal penal era la elaboración de un Código Procesal Penal, ya fuera federal o único, que marcara la pauta y fijara las reglas y principios para operar el nuevo modelo acusatorio-oral en todo el país.

Algunas entidades federativas tomaron la iniciativa para emprender reformas a su sistema procesal acusatorio, tomando la delantera Estados como Nuevo León y Chihuahua — que ya habían incursionado en el nuevo modelo antes de 2008 —. Igualmente en el Estado de México, Oaxaca, Morelos, Querétaro y Zacatecas, se presentaron esfuerzos serios por adecuar sus códigos a la nueva tendencia procesal, lo que provocó que se diera en el país una diversidad de criterios normativos y que se destacara la dispersión normativa que ya existía, debido a que cada Estado tiene su propio Código Procesal Penal, aunado al federal. Así, para homologar las prácticas en todo el territorio nacional en esta materia, era necesario y urgente contar con una legislación única que rigiera para todo el país y unificara criterios para evitar con ello prácticas contrarias al espíritu de las reformas constitucionales y de la propia ley, por lo que, de manera responsable el Senado de la República trabajó arduamente en un proyecto de Código Único o Nacional de Procedimientos Penales, concretando previamente una reforma al artículo 73 de la constitución, en 2013, que les permitiera legislar en esta materia, quedando redactado el inciso c), de la fracción XXI, de dicho precepto en los siguientes términos:

El Congreso tiene facultad: ...Para expedir: ...c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Con esta nueva facultad el Congreso de la Unión aprobó el Código Nacional de Procedimientos Penales que formaliza la instauración del Sistema Procesal Penal Acusatorio-Adversarial, introduciendo los jui-

cios orales en México, el cual fue promulgado por el Presidente de la República el pasado 5 de marzo y publicado al día siguiente en el *Diario Oficial de la Federación*. El nuevo ordenamiento —que sustituirá a los 33 códigos procesales penales existentes—, establece las normas para la investigación, procesamiento y sanción de delitos por parte de los órganos jurisdiccionales locales y federales. Da prioridad a la reparación del daño de la víctima u ofendido del delito y privilegia la justicia restaurativa, que implica la reparación del daño, por encima de los aspectos punitivos.

JUSTICIA RESTAURATIVA

Durante las últimas décadas ha surgido en el mundo un novedoso enfoque de la justicia penal que prioriza, más que la aplicación de una pena para el autor de una conducta ilícita, la búsqueda de una solución para el conflicto social generado por la comisión de un delito. Es decir, que antes que pensar en apartar del entorno al infractor, hay que procurar la restauración del tejido social. Por tanto, el proceso penal no debe ser ajeno a un modelo que se oriente a lograr este propósito de conciliación social. Surge así la justicia restaurativa y la mediación penal que son retomados en el texto constitucional y en la ley secundaria que plantean desterrar de la sociedad la subcultura del litigio, para abrir paso a una cultura de paz que ponga de manifiesto la capacidad que tenemos de resolver nuestras diferencias por medios no conflictivos y procurar una recomposición social que nos pueda conducir a mayores niveles de civilidad y respeto al orden normativo, para alcanzar una convivencia social pacífica y ordenada, que le es consubstancial a toda comunidad. La experiencia internacional ha demostrado en este terreno que es posible lograr desde el ámbito público, resolver conflictos de naturaleza penal, con la evidente mejoría de las relaciones sociales, implementando programas y sistemas de justicia alternativa.

El principio básico de la justicia restaurativa es la determinación de recuperar el balance entre la víctima, el/la infractor/a y la comunidad en el proceso, con el fin de no desatender la necesidad de reparación de la víctima, la rectificación de la conducta delictiva y la prevención de su repetición. En casos apropiados, se debe adoptar la justicia restaurativa como método de preferencia del proceso de justicia criminal, ya que ayuda a fortalecer el tejido social y probablemente resulte en una reducción de la privación de libertad. La justicia restaurativa se debe promover como parte legítima del proceso de justicia penal en cada

país. Se debe establecer un programa para aumentar el conocimiento público de los beneficios de la justicia restaurativa.

Producto de la reforma penal de 2008, el artículo 17 constitucional mandata que el Congreso de la Unión deberá expedir leyes que prevén mecanismos alternativos de solución de controversias y que en materia penal deberán regular su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. En este contexto, el Código Nacional de Procedimientos Penales no soslayó que el actual sistema penal, además de ser ineficiente, se encuentra totalmente saturado, siendo incapaz de atender un porcentaje razonable del gran número de juicios y problemas que se le han turnado para su conocimiento y resolución, por lo que el Constituyente Permanente edificó un modelo constitucional basado en la posibilidad de resolver mediante salidas alternas la mayoría de los conflictos penales, reconociendo la incapacidad para llevar hasta su total definición, mediante sentencia, todos los asuntos llevados ante las instancias judiciales de orden penal. Tan es así, que en el propio texto de la exposición de motivos correspondiente se asegura que para que sistema sea funcional, deben terminarse mediante salidas alternas entre 70 u 80% de los casos. Al efecto se ejemplifica con la justicia penal norteamericana, en la que sólo llegan hasta el juicio oral formal aproximadamente el 10% de los asuntos.

Al respecto cabría preguntarse ¿tiene sentido diseñar un sistema de justicia penal con un gran número de problemas sociales, conscientes de que no es capaz de resolverlos todos? La respuesta es que la solución está en la aplicación de un eficiente sistema de *Mecanismos Alternos* que despresuricen el actual sobresaturado sistema penal, desarrollando un Sistema Integral de Justicia Alternativa, con una red de mecanismos alternativos de solución de conflictos y criterios de la justicia restaurativa, llevando a este ámbito la gran cantidad de hechos menores a esta justicia alternativa y dejar para el sistema de justicia penal únicamente los casos realmente graves. Por ello, el Código Nacional de Procedimientos Penales adopta en su capítulo de "*Soluciones Alternas y Formas de Terminación Anticipada*" tres procedimientos: Acuerdos Reparatorios, Suspensión Condicional del Proceso y Procedimiento Abreviado.

Previo al análisis de ellos, habría que mencionar que en esta misma dirección, el artículo 21 de la ley suprema introduce el Criterio de Oportunidad para el Ministerio Público, estableciendo expresamente

que: *“El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”*, pues sin duda, la autoridad ministerial puede aplicar el criterio de oportunidad —sin abusar de esta figura—, combinado con los mecanismos alternativos para lograr una verdadera justicia restaurativa, aunado al fortalecimiento de los *derechos de la víctima u ofendido del delito*, quien pese a ser el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito, o la persona que resiente directamente los efectos del delito, ha venido siendo marginado de la averiguación previa y del proceso, como si ningún interés legítimo tuviera que defender.

El texto reformado del apartado C del artículo 20 constitucional, dispone una intervención más amplia a la víctima, al ofendido y a su asesor legal, tanto en la etapa de investigación, como durante el proceso, para que aporten directamente las pruebas, ya sea para el ejercicio de la acción penal o para la acreditación de los presupuestos necesarios para la imposición de una pena o medida de seguridad, así como para el aseguramiento o la restitución de sus derechos y el embargo preventivo para garantizar la reparación de los daños y perjuicios, precisando los casos y las condiciones para que la víctima pueda acudir directamente ante la autoridad judicial para promover la acción penal; entre otras acciones. Pero, siendo congruentes y realistas, se limitan los casos en que puede hacerse uso de la acción penal privada.

ACUERDOS REPARATORIOS

Como ya se señaló, una preocupación central del nuevo sistema de justicia penal no está en la preparación de un caso formal, sino, primero que nada, en la búsqueda de una solución para el conflicto social generado por la comisión de un delito, sea de carácter doloso o culposo. Por ello, el Código Nacional retoma con mayor precisión el criterio de oportunidad, para que desde su primera intervención, el Ministerio Público —o posteriormente el Juez de Control—, invite a las partes involucradas para que suscriban un Acuerdo Reparatorio, en los casos en que la ley lo permita, debiendo explicar a las partes los alcances y efectos de dicho acuerdo. El código establece que este tipo de acuerdos son aquellos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de Control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la conclusión del proceso.

No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza jurídica, salvo que hayan transcurrido cinco años de haber dado cumplimiento al último acuerdo reparatorio, o se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las entidades federativas. Los acuerdos reparatorios procederán hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio. El Juez de Control, a petición de las partes, podrá suspender el proceso penal hasta por treinta días para que las partes puedan concretar el acuerdo con el apoyo de la autoridad competente especializada en la materia. En caso de que la concertación se interrumpa, cualquiera de las partes podrá solicitar la continuación del proceso.

Si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas dentro del plazo acordado, el Ministerio Público lo hará del conocimiento del Juez de Control, quien ordenará levantar la suspensión del trámite del proceso y continuará con el procedimiento como si no se hubiera celebrado acuerdo alguno. La información que se genere como producto de los acuerdos no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso penal. El juez decretará la extinción de la acción una vez aprobado el cumplimiento pleno de las obligaciones pactadas en un acuerdo reparatorio, haciendo las veces de sentencia ejecutoriada.

Los acuerdos reparatorios deberán ser aprobados por el Juez de Control cuando sean de cumplimiento diferido o cuando el proceso ya se haya iniciado y por el Ministerio Público, en la etapa de investigación inicial, cuando sean de cumplimiento inmediato; en este último caso, se declarará extinta la acción penal. La parte inconforme con esta determinación del Ministerio Público podrá solicitar control judicial dentro del plazo de tres días contados a partir de aquél en que se haya aprobado el acuerdo. Previo a la aprobación del acuerdo reparatorio, el Juez de Control o el Ministerio Público verificarán que las obligaciones que se contraen no resulten notoriamente desproporcionadas y que los intervinientes estuvieron en condiciones de igualdad para negociar y que no hayan actuado bajo condiciones de intimidación, amenaza o coacción.

En este sentido, el principio de oportunidad es una alternativa al principio de legalidad, que involucra en su aplicación la política criminal del Estado, pues el aparato de justicia de cualquier lugar no alcanza develar todos los delitos que se cometen y denuncian, gene-

rándose de esta manera una creciente cifra de impunidad, frente a la cual las políticas públicas deben adoptar mecanismos que propendan por su reducción, en pro de la convivencia pacífica. Diversas experiencias reconocen la importancia del principio de oportunidad para dirigir la persecución penal hacia los delitos más graves y las organizaciones criminales. Concebido como un mecanismo de terminación de la actuación penal, se orienta a centrar los recursos de la administración de justicia a la investigación de las conductas más lesivas, incentivar la autocomposición del conflicto, facilitar la colaboración de imputados y acusados para combatir la delincuencia organizada, y evitar la imposición de penas innecesarias. Por tanto, la adopción de este principio de oportunidad en nuestro sistema penal, resulta adecuado, pues debe recordarse que el derecho de las víctimas a la justicia no se logra solamente a través de una condena en un caso particular. La aplicación del Principio de Oportunidad también promueve la justicia, en la medida que contribuye a la protección efectiva de bienes jurídicos de mayor entidad, lo cual redundaría en la protección de los derechos de las víctimas de delitos más graves. De otra parte, aplicar el principio de oportunidad en el caso de delitos de baja entidad para promover la identificación de los autores y partícipes en los delitos de extrema gravedad, redundaría en beneficio de la justicia y en la protección de los derechos de las víctimas de esos delitos de mayor entidad cuyo esclarecimiento y consecuente identificación de los responsables usualmente es más difícil. En todos los casos debe tenerse presente la obligación de considerar los intereses de la víctima, lo que debe materializarse en una motivación suficiente por parte del fiscal, que le permita a la víctima —y al Ministerio Público— realizar el control que considere pertinente durante la respectiva audiencia ante el juez.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

Otra de las novedosas figuras que contiene el Código Nacional de Procedimientos Penales es el Procedimiento Abreviado, considerado como un procedimiento especial a través del cual se faculta a las partes para variar el curso del procedimiento ordinario y tomar acuerdos sobre los hechos y la pena a imponer, para resolver la causa, prescindiendo de la etapa del juicio oral. Se trata pues, de un procedimiento sustitutivo del juicio oral, cuya brevísima tramitación le corresponde

al Juez de Garantía dictar la sentencia definitiva. Se trata de una figura jurídica cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 20, fracción VII, y que se le reconoce como un mecanismo de terminación anticipada al proceso dentro del sistema acusatorio y requiere para su tramitación las siguientes condiciones: que el imputado admita el hecho, renuncie a un juicio oral y tenga conocimiento de las consecuencias jurídicas de su decisión. Para ello se requiere previamente que se haya dictado un *auto de vinculación al proceso* y que no exista oposición fundada de la víctima. Así, el juicio podrá terminar anticipadamente cuando el acusado reconozca la culpa, esté dispuesto a reparar el daño como lo señale el juez y la víctima esté de acuerdo. Se trata pues de otra medida alterna de solución de controversia.

Cabe reiterar que en la aplicación de esta figura de la suspensión condicional del proceso, debe existir un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones a que se refiere el capítulo respectivo, garantizando una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal y que podrá solicitarse en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura de juicio, lo que no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales respectivos. En la audiencia en donde se resuelva sobre la solicitud de suspensión condicional del proceso, el imputado deberá plantear el mencionado plan de reparación del daño causado por el delito y los plazos para cumplirlo. El Juez de Control fijará el plazo de suspensión condicional del proceso, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, y determinará imponer al imputado una o varias condiciones que deberá cumplir, y se encuentran señaladas en el propio código. La víctima u ofendido serán citados a la audiencia en la fecha que señale el Juez de Control. En su resolución, el Juez de Control fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso o se rechaza la solicitud y aprobará el plan de reparación propuesto.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Este medio de justicia alternativa también se encuentra previsto en el Código Nacional y procederá a petición del Ministerio Público, después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura del juicio oral. A la audiencia res-

pectiva se deberá citar a las partes. Procede cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso y el delito por el cual se realiza el procedimiento abreviado sea sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años de prisión, incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes. El Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima, en los casos de delitos dolosos, y hasta dos terceras partes de la pena mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa. En cualquier caso, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta un tercio de la mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión.

Si al momento de esta solicitud, ya existiere acusación formulada por escrito, el Ministerio Público podrá modificarla oralmente en la audiencia donde se resuelva sobre el procedimiento abreviado y en su caso solicitar la reducción de las penas, para el efecto de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas previstas en el propio código. El Ministerio Público al solicitar la pena en los términos previstos, deberá observar el Acuerdo que al efecto emita el Procurador.

En la misma audiencia, el Juez de Control admitirá la solicitud del Ministerio Público cuando verifique que concurren los medios de convicción que corroboren la imputación, en términos de la fracción VII, del apartado A, del artículo 20 constitucional. Si el procedimiento abreviado no fuere admitido por el Juez de control, se tendrá por no formulada la acusación oral que hubiere realizado el Ministerio Público, lo mismo que las modificaciones que, en su caso, hubiera realizado a su respectivo escrito y se continuará de acuerdo con las disposiciones previstas para el procedimiento ordinario. Asimismo, el Juez de Control ordenará que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de procedimiento abreviado sean eliminados del registro.

Una vez que el Ministerio Público ha realizado la solicitud del procedimiento abreviado y expuesto la acusación con los datos de prueba respectivos, el Juez de Control resolverá la oposición que hubiere expresado la víctima u ofendido. Concluido el debate, el Juez de control emitirá su fallo en la misma audiencia, para lo cual deberá dar lectura y explicación pública a la sentencia, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, explicando de forma concisa los fundamentos y motivos que tomó en consideración

LEY DE MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Durante la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales en Palacio Nacional, el Presidente Enrique Peña señaló que tener un Código Único no es suficiente para hacer congruente la reforma constitucional de Seguridad y Justicia, que es necesario contar también con una Ley de Medios Alternos de Solución de Conflictos, para disponer de un sistema de justicia restaurativa y no sólo de represión penal, por lo que anunció que estaba firmando la Iniciativa de Ley correspondiente que enviaría a la Cámara de Senadores. Se trata de una iniciativa, dijo, que servirá para que un número considerable de casos se resuelvan por métodos alternativos. También se trata de reducir tiempos y costos de los procesos, disminuir la saturación de las cárceles y concentrar recursos y capacidades en la investigación y detención de los delincuentes que más lastiman a la sociedad. Con el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales y, en su momento, con la aprobación de la Ley de Medios Alternos, el país fortalece el Estado de Derecho y dará mayor seguridad y tranquilidad a la ciudadanía. De esta manera, una vez que se apruebe y entre en vigor esta ley, los mecanismos que prevea se sumarán a los tres ya previsto en el Código nacional.

CENTRO NACIONAL DE JUSTICIA ALTERNATIVA

No obstante que hoy existen ya muchos modelos de mediación en el país, su regulación no es uniforme y en los códigos procedimentales de las entidades federativas que la tienen, su aplicación es variable y no todas la regulan. Los Estados que no la contemplan son: Baja California Sur, Campeche, Colima, Chihuahua, Durango, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Oaxaca, Quintana Roo, Sinaloa, Tlaxcala, Veracruz, Zacatecas y el Distrito Federal. Aquellos que sí la regulan en sus códigos adjetivos de manera similar son: Baja California, Michoacán, Yucatán, Guanajuato, Tamaulipas, Nayarit, Morelos, Tabasco, Sonora, Querétaro, Aguascalientes, San Luis Potosí, Nuevo León, Coahuila y Puebla, estableciendo la obligación del Ministerio Público de promover la conciliación de las partes durante la averiguación previa, en aquellos ilícitos que se

persiguen a petición de parte.² El Código de Procedimientos Penales del Estado de México tiene un tratamiento más amplio, al prever que la víctima u ofendido por un delito perseguido por querrela, tiene derecho a solicitar los servicios del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado, otorgando facultades al juez de primera instancia de remitir a las partes al referido centro, si éstas lo estiman conveniente, siempre y cuando la petición sea antes de dictar sentencia ejecutoria y, respecto de delitos perseguibles de oficio, sólo el pago de la reparación del daño podrá sujetarse a la mediación o conciliación, por lo que tendrá que suspender el procedimiento.

La mediación es un espacio cuyas ventajas amerita la reflexión sobre su regulación, que en una primera etapa, sería posible mediante la instrumentación de programas piloto, por lo menos en el nivel local; posteriormente, en el nivel federal y encaminado a los menores y jóvenes infractores, por ser éstos quienes presentan una tendencia mayor de rehabilitación. Esta medida debe promoverse principalmente durante la averiguación previa, para que permitiría el acceso a los sectores sociales de escasos recursos económicos a una administración de justicia rápida y expedita, aunado a que se evitaría el desperdicio de los recursos humanos y materiales que implica el poner en marcha todo el aparato jurisdiccional para resolver asuntos de menor cuantía o importancia. Independientemente de que su aplicación permanente coadyuvaría a que las partes involucradas en un asunto penal perciban que realmente encuentran una solución equitativa, sencillas y rápida a sus pretensiones de justicia. La mediación penal debe proceder en aquellos delitos que se persiguen de querrela, o bien, que, siendo de oficio, no sean de los considerados como graves y su sanción sea leve.

Por estas razones, nos parece que en la coyuntura de la importancia que tienen los medios alternos de solución de conflictos en el diseño institucional de la justicia penal y frente a la inminente elaboración y entrada en vigor de la Ley de Medios Alternos de Solución de Conflictos anunciada por el Presidente de la República, es necesario crear un Centro Nacional de Justicia Restaurativa, como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, con autonomía técnica e incorporado orgánicamente al Sistema Nacional de Seguridad Pública, encargado

² Revista en línea de Resolución Alternativa de Conflictos, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), disponible en: [<http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/revpdf/29.pdf>] pp. 46-50 .

de sustanciar procedimientos de conciliación y mediación para poner fin en forma anticipada a cualquier conflicto de orden penal, así como auxiliar a las partes para la celebración de acuerdos reparatorios que con autorización judicial solucionen los conflictos penales. El Centro tendría su sede en la ciudad de México, Distrito Federal y contaría con una delegación en cada uno de los circuitos judiciales creados al efecto por el Consejo de la Judicatura Federal. Estaría a cargo de un Director designado por el Secretario de Gobernación, quien se auxiliará de un Consejo Técnico integrado por un representante de la Procuraduría General de la República, un representante del Consejo de la Judicatura Federal y un representante del Instituto Federal de la Defensoría Pública. La organización y funcionamiento del Centro Federal de Justicia Alternativa, se regularía por lo que disponga la propia Ley de Medios Alternos de Solución de Conflictos y su respectivo reglamento.

CONCLUSIONES

La justicia restaurativa tiene una importancia relevante en aquellos conflictos intersubjetivos de intereses y de contenido jurídico, en los que se valora menos el bien en disputa que los costos del juicio, provocando así una ganancia social al descongestionar el sistema de justicia penal y lograr la recomposición pacífica de las relaciones sociales. En consecuencia, es necesario articular y perfeccionar la mediación penal, como vía para lograr la conciliación, en el nivel de la averiguación previa, en materia local, en todo el país, y en el ámbito federal, donde prácticamente no existe, por carecer de un marco legal para su aplicación.

Es indispensable un amplio y profundo programa de difusión para toda la población sobre las ventajas que tiene acogerse a los medios alternos de solución de conflictos y los beneficios que acarrea y desterrar de la sociedad la subcultura del litigio y desarrollar una cultura de paz, mediación y conciliación que ponga de manifiesto nuestra capacidad de resolver las diferencias a través de procedimientos de autocomposición. Igualmente, se debe emprender en forma paralela una campaña de difusión para educar a la gente en la Cultura de la Reparación del Daño.

Las autoridades deben promover un cambio de mentalidad, tanto en los operadores del sistema de justicia penal, como en la sociedad

civil sobre los puntos esenciales y las ventajas del nuevo modelo, haciendo énfasis en los beneficios que tendrá la sociedad con el nuevo procedimiento, en caso de verse involucrado en un asunto de carácter penal, particularmente conocer cómo puede acceder a sus diferentes instancias y soluciones que plantean los medios alternos de solución de conflictos, que además de procurar un descongestionamiento del procedimiento y una forma diferente de poner fin a los problemas penales, generan una vía eficaz para la reparación del daño.

“Y la justicia restaurativa: ¿para cuándo?”...

Sergio José Correa García

CONTEXTO

Delincuencia y expropiación de conflictos

Complejidad del delito y construcción de respuestas

Para cualquier nación o comunidad de naciones resulta problemático entender los entramados de la delincuencia, así como definir las políticas generales y las acciones concretas para prevenir el delito y aplicar la ley de manera racional, oportuna y eficiente. La armonización de medidas; el delimitar responsabilidades entre actores; privilegiar consensos de largo aliento sobre decisiones políticas coyunturales; evaluar de forma permanente programas y acciones; o bien, saber transitar — con decisión y sabiduría — de un modelo hegemónico punitivo a otras alternativas de control centradas en la cohesión social y en los derechos de los ciudadanos y de las víctimas son retos para cualquier democracia consolidada o en vías de serlo.

Sin embargo, existen sistemas penales “maduros”, es decir, aquellos que cuentan con la infraestructura [legislativa e institucional] consecuentes con un derecho penal propio de un Estado constitucional y social de Derecho, cuya planificación y operatividad cotidiana son

* Miembro de Número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales [AMCP] y profesor del Instituto Nacional de Ciencias Penales [INACIPE].

mucho menos susceptibles a la corrupción, a la impunidad, la simulación o a la improvisación; por lo que su función se orienta más hacia el hombre y menos al mercado. En estos casos es observable el dominio de una legalidad armoniosa en los distintos niveles legislativos, en las políticas y en las prácticas institucionales como en la visión a futuro. Lo anterior permite anticiparse con mayor agilidad y convicción a los cambios del delito asumiendo nuevos paradigmas de justicia gracias a la fortaleza de una comunicación democrática entre actores y a la cercanía de instituciones académicas y científicas con la sociedad y el Estado.

Nuestro sistema penal, por el contrario, puede catalogarse como de *transición*, es decir [a mitad de camino...], entre un sistema que carga a costas muchas carencias y resabios y la necesidad de adaptarse — con tino y velocidad — a las nuevas realidades del delito y de la aplicación de la ley. Una situación donde: “*se ha hecho mucho pero no lo suficiente*”. Un sistema que aún no sabe del todo cómo ser parte del desarrollo humano; cómo armonizarse territorialmente; cómo delimitar con mayor precisión la responsabilidad de los actores políticos, sociales y académicos; cómo romper con las estructuras de sus tres grandes males: corrupción, impunidad y simulación; cómo asimilar nuevos modelos — que se han demostrado exitosos en otras latitudes — pero difíciles de operar entre nosotros por nuestras propias inercias del pasado; o, por el contrario, cómo saber rechazar opciones extranje-rizantes que atentan contra nuestra cultura. También un sistema de justicia carente aún de los suficientes medios [humanos (preparados y honestos), materiales, logísticos y técnicos-científicos] para diseñar y operar nuevos modelos y esquemas preventivos y de justicia, entre muchas otras lagunas.

Retos actuales para enfrentar el delito

En efecto, la delincuencia tiene varias complejidades: es un problema de desarrollo nacional y, cada vez más, una cuestión internacional. Ciertas formas de criminalidad pueden obstaculizar el progreso político, económico, social y cultural de los pueblos, amenazar los derechos humanos, las libertades, la paz, la estabilidad y la seguridad nacional. En algunos casos, para combatir el delito, se requiere de la colaboración internacional, y, en otros, tratar los factores socioeconómicos pertinentes como la pobreza, la desigualdad y el desempleo.

Por otra parte, el desarrollo *per se* no favorece el delito, pero un crecimiento desequilibrado e inadecuadamente planificado contribuye al aumento de la delincuencia. El éxito de los sistemas de justicia penal y de prevención del delito depende del mantenimiento de la paz, del mejoramiento de las condiciones sociales y de la elevación del nivel de vida y de un nuevo orden económico mundial más equitativo, así como de la índole multisectorial e interdisciplinaria de los programas.¹

De igual manera, el sistema penal debe responder a la diversidad de los sistemas políticos, económicos y al cambio social. En este contexto, los Estados deben dar prioridad a: la prevención del delito y a sus mecanismos; fortalecer la cooperación internacional en materia preventiva y de justicia penal. También, hacer todo lo posible por vincular la prevención del delito al contexto del respeto a los derechos humanos y realizar políticas de gran envergadura contra el crimen organizado, sin olvidar la conveniencia de una mayor participación de los organismos internacionales en la prevención del delito y en la justicia penal.²

Finalmente, la política criminal y el sistema de administración de justicia deben garantizar la igualdad ante la ley y la solución alterna de los conflictos. La familia, la escuela y el trabajo deben ser parte prioritaria de las políticas preventivas y los Estados deben garantizar la promoción de la investigación científica como apoyo a la política criminológica, además de fortalecer la profesionalización del personal encargado de diseñar, ejecutar y evaluar las políticas y las acciones preventivas.³

Si bien los diferentes gobiernos mexicanos en turno [a nivel federal, estatal o municipal] han atendido algunos o varios de estos elementos, lo anterior no se ha concretado *en un programa integral* en el que cada aspecto del mismo trascienda de manera coherente y efectiva. El abordaje de las temáticas, por otra parte, no se hace considerando la profundidad de sus implicaciones; como tampoco se proponen prioridades y medidas de implementación sobre bases científicas y profesionales especializadas. De igual forma predominan ciertos sectores y

¹ *Plan de Acción de Milán*, Milán. 26 de agosto - 6 de septiembre de 1985. Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ONU.

² *Idem.*

³ *Declaración de Caracas*, 1980.

actores [gubernamentales] quienes monopolizan las decisiones y sólo ellos tienen el control de la evaluación de los programas.

Expropiación de los conflictos por determinados actores o por el sistema social

Ahora bien, si el tema delictivo es complejo y las políticas en materia de seguridad humana requieren de la aportación de todos los actores; en la realidad este modelo participativo habrá que entenderlo sólo como *proyecto*, ya que en los hechos — como acabamos de expresar — los problemas como sus soluciones son definidos sólo por ciertos sectores o fuerzas.

En dicho contexto, Nils Christie en su discurso "*Expropiación de los conflictos*",⁴ pronunciado con motivo de la inauguración del Instituto de Criminología de la Universidad de Scheffield, UK, puntualizó algunas de las grandes tareas que el mundo democrático debe acometer para construir un sistema de reacción en el que participen todos los actores y evitar así que los problemas sean apropiados sólo por algunos de ellos o bien, por el propio sistema cultural.

Cabe aclarar al respecto que en relación con la fecha del discurso en cuestión [década de 1970] a la fecha se reconoce se han registrado importantes avances — en los planos internacional como nacional — en cuanto a las preocupaciones externadas por el padre del abolicionismo penal; aunque, por otra parte, es visible que aún falta mucho por hacer:

Debemos organizar los sistemas sociales de tal forma que los conflictos se hagan visibles y se resuelvan de forma racional. No debemos permitir que los "profesionales" de la justicia se adueñen de ellos o los expropien:

1. En especial las víctimas del crimen han perdido sus derechos de participación. Un sistema procesal que restaure los derechos de las víctimas a favor del conflicto es inexistente;
2. La intervención de las ideologías y de las prácticas institucionales han invisibilizado los conflictos o los han trasladado al dominio de los profesionales del Estado;
3. Los conflictos y su solución deben beneficiar a las partes involucradas y afectadas por el mismo.

⁴ Nils Christie (Conflicts as property) *The British Journal of Criminology*, vol. 17, núm. 1, 1977.

En el contexto de referencia enlistamos algunos de los grandes “expropiadores” señalados por el autor en cita, así como otros mencionados por nosotros:

- El sistema de corrupción e impunidad que hace “oficiales” a los delincuentes bien sea: antes del delito; en el enjuiciamiento; en la ejecución y en la liberación;
- Los defensores, fiscales y jueces que se adueñan del proceso y “acuerdan” la solución de la causa, como el caso del *plea bargaining* norteamericano;
- Las modas académicas que visibilizan ciertos problemas o aristas de los mismos de manera arbitraria conforme a los propios intereses corporativos;
- Las atribuciones difusas de los cuerpos policiacos que propician la “construcción de culpables o enjuiciables” sin ningún control de derechos y garantías;
- La inaccesibilidad física de las víctimas del delito y de las comunidades afectadas por el mismo a los servicios de justicia que son, además, lentos y burocráticos;
- La exclusión de los actores sociales de las decisiones estatales en el diseño de políticas y programas; o bien, la inclusión retórica de los mismos;
- La privatización de los servicios de justicia donde el problema se define en función “de los asuntos en los cuales se decide invertir”;
- Finalmente el gran expropiador que es el mismo sistema cultural y social [altamente desigualdad] que tiene como instrumento represor al mismo sistema penal para decidir quién es reprochable o desviado, según el rol socio-económico, raza, género o condición de vulnerabilidad que presente.

Premisas para construir políticas en materia de seguridad humana

Si efectivamente la intención de un gobierno es cambiar de raíz sus respuestas contra el delito y la violencia, deberá atender de manera simultánea las siguientes premisas y prioridades que se resumen en el siguiente cuadro. Estas premisas constituyen el subsuelo firme a partir del cual cimentar las nuevas instituciones de justicia y que las mismas no se pretendan edificar sobre suelo fangoso.

*EJE I: Premisas para construir un sistema penal
y de seguridad humana en democracia*

- A. Entornos: político, económico y social pertinentes;
 - B. Transparencia, legitimidad y accesibilidad de la ley;
 - C. Plena garantía de seguridad y de acceso a los derechos fundamentales;
 - D. Acabar de diseñar una justicia penal y diversificación punitiva racionales y eficientes, y
 - E. Fortalecer la participación de México en la cooperación internacional contra el delito e incorporar a plenitud los instrumentos internacionales de derechos humanos en materia de prevención del delito y seguridad humana como lo mandata la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos.
-

*EJE II: Modernización de la política criminal,
del sistema penal y de las ciencias penales*

- A. Nueva política criminal transversal, interinstitucional e intersectorial que entienda el combate al crimen como un sector clave de desarrollo nacional y de cooperación internacional, y
 - B. Nuevas instituciones de prevención del delito, justicia penal y seguridad pública.
-

EJE III: Acciones para el cambio

- A. Acciones para edificar una nueva política criminal nacional, y
 - B. Programas nacionales de seguridad humana prioritarios.
-

Retos macro estructurales del Estado mexicano en materia de Seguridad Pública

En cuanto a la idoneidad del subsuelo aludido y tomado sólo como referencia algunos estudios internacionales comparativos, en especial el Índice Mundial de Justicia 2012,⁵ en el que se comparan variables como: gobernabilidad, aplicación de la ley, corrupción y justicia penal entre diversas naciones, nuestro país registra una calificación de 0.46 en una escala de 1.0. Lo anterior demuestra lo dicho con anterioridad en el sentido de que apenas vamos a mitad del camino.

De acuerdo al desglose de las variables antedichas México registra los siguientes resultados específicos:

⁵ Fuente: "The World Justice Project/Rule of Law Index 2012". Agrast M. Botero; J. Martínez; J. Ponce; A; AND Pratt C, World Report Index 2012, Washington D.C, USA, The World Justice Project.

“Y la justicia restaurativa: ¿para cuándo?”...

- Avances relativos en:
 - Derechos fundamentales;
 - Apertura gubernamental;
 - Justicia civil, y
 - Regulación gubernamental y administrativa.
- Grandes retos:
 - Corrupción;
 - Seguridad pública y
 - Justicia penal, para alcanzar niveles como los de Chile o España.

A continuación presentamos un cuadro comparativo entre algunos países.

<i>País</i>	<i>Limitación Poderes del Estado</i>	<i>Ausencia de corrupción</i>	<i>Orden y seguridad</i>	<i>Derechos Fundamentales</i>	<i>Apertura gubernamental</i>	<i>Aplicación de regulaciones de gobierno y administrativas</i>	<i>Justicia civil</i>	<i>Justicia penal</i>
México	0.55	0.37	0.50	0.56	0.53	0.49	0.40	0.35
Argentina	0.46	0.47	0.60	0.63	0.48	0.43	0.54	0.43
Chile	0.74	0.74	0.70	0.73	0.68	0.66	0.66	0.60
Colombia	0.55	0.44	0.43	0.55	0.51	0.52	0.53	0.43
El Salvador	0.50	0.45	0.58	0.58	0.37	0.52	0.49	0.25
Alemania	0.82	0.82	0.86	0.80	0.73	0.73	0.80	0.76
Francia	0.80	0.80	0.84	0.79	0.75	0.76	0.68	0.69
USA	0.77	0.78	0.83	0.73	0.77	0.70	0.65	0.65
Japón	0.80	0.84	0.89	0.78	0.82	0.87	0.77	0.78
China	0.36	0.52	0.78	0.35	0.42	0.41	0.43	0.54
Suecia	0.92	0.96	0.89	0.93	0.93	0.89	0.78	0.82
España	0.75	0.80	0.79	0.86	0.61	0.67	0.65	0.69
Inglaterra	0.79	0.80	0.84	0.78	0.78	0.79	0.72	0.75
Guatemala	0.52	0.29	0.59	0.59	0.46	0.43	0.41	0.37
Brasil	0.62	0.52	0.64	0.69	0.54	0.56	0.55	0.49
Canadá	0.78	0.81	0.88	0.78	0.84	0.79	0.72	0.75

Lo que adelantamos en el análisis del contexto general de la justicia penal en México es el carácter volátil, influenciado, improvisado, titubeante y retórico que envuelve la planificación y operación de nuestro sistema penal patrio [producto precisamente de su condición de transición] y, por lo mismo, la enorme dificultad —frente a una tradición represiva contra el delito— el pretender cambiar el rumbo de las cosas proponiendo nuevos modelos no punitivos de control —como lo es la justicia restaurativa— sin contar previamente ni con una tradición cultural que la justifique, no con las prácticas institucionales y académicas que la comprendan...

RECEPCIÓN EN MÉXICO DE LOS MECANISMOS
ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
[MASC] Y DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA [JR]

Los retos para controlar la criminalidad convencional

Nuestro país, como cualquier otro, tiene dos retos fundamentales: uno, combatir las condiciones y los conflictos internos de su criminalidad local que se resuelve atendiendo —de manera oportuna— la gran cantidad de conflictos sociales y conductuales menores causantes de las diversas criminalidades locales esparcidas en un amplio territorio urbano-rural de difícil acceso geográfico, con elevadas tasas de densidad poblacional en grandes ciudades caóticas o en comunidades perdidas en las sierras donde el acceso es sumamente difícil.

El otro tema es reconstituir nuevas políticas y legislaciones locales pertinentes, así como participar de manera más activa en el campo de la cooperación internacional para combatir el crimen organizado, la delincuencia de poder y la penetración de la criminalidad organizada internacional en su propio territorio. Para los propósitos del presente documento nos detendremos en el primer problema.

Criminalidad convencional

De acuerdo con la Encuesta Mundial de Criminalidad Convencional [2010] realizada por el Centro Internacional para la Prevención del Delito (Canadá), los delitos que mayor se denuncian en el mundo son: robo, delitos contra la propiedad y asaltos. En cuanto al desglose de íli-

estos se clasifican conforme al nivel de incidencia de la siguiente manera:

Delitos de alta incidencia:

- Delincuencia juvenil;
- Robo comercial/residencial;
- Abuso de sustancias;
- Seguridad en las escuelas;
- Población vulnerable, y
- Seguridad vial.

Delitos con incidencia media:

- Violencia doméstica;
- Bandas en la calle;
- Violencia armada, y
- Homicidio.

Delitos de incidencia baja:

- Delitos de odio;
- Crimen organizado local;
- Prostitución, y
- Corrupción.

Precisamente para atender de una mejor forma estos problemas, los criterios no deben ser penales “al menos en la mayoría de los casos”, sino extrapenales, es decir, a través de otras jurisdicciones no punitivas donde la solución radique en intervenciones oportunas para atender y resolver dichos conflictos.

Minimalismo penal

En este contexto se planteó primero en nuestro medio (y debido a la influencia reduccionista mundial de la década 1980) el paradigma del *minimalismo penal*, consistente en aplicar el derecho penal sólo como *ultima ratio*, por lo que se propusieron tanto criterios de oportunidad, convenios reparatorios, suspensión del juicio a prueba y los juicios abreviados. De igual manera la incorporación de alternativas al proceso penal como la conciliación y mediación para delitos menores. Asimismo, se planteó la justicia restaurativa orientada a crear una jurisdicción paralela a la punitiva [no subsidiaria]; que se encargue de

atender de manera integral y bajo políticas públicas no punitivas la gran cantidad de conflictos que subyacen en la mayor parte de la delincuencia convencional y que, hoy por hoy, este tipo de delincuentes son los que abarrotan las prisiones estatales.

Reforma penal constitucional en México e incorporación de los mecanismos alternos de solución de controversias [MASC]

Cabe señalar que el movimiento alternativo en México es de viejo cuño, no es un tema reciente o de moda. La doctrina mexicana, tanto penal como criminológica, vienen abordando dicha temática desde finales del siglo xx como ya lo expresamos.

De igual manera, sobre todo, a partir del 2000, el movimiento por integrar los mecanismos alternos de solución de controversias se ha planteado, primero, en importantes eventos académicos en todo el país y, sobre todo, en la positivización de dichas figuras, bien en numerosas constituciones —federal y estatal— como en leyes secundarias en los diferentes subsistemas e instancias del sistema penal: adolescentes; procuradurías; poderes judiciales; sistema penitenciario, etcétera.

Es así como en el contexto de la reforma penal constitucional de 2008, el artículo 17, cuarto párrafo, constitucional, establece que:

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requiera supervisión judicial.

En México la doctrina considera a los MASC como formas autocompositivas diferentes a la *litis* tradicional, que mediante la intervención de un tercero (negociador, mediador, conciliador o árbitro) encuentran una solución al conflicto.

Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014 —y que pretende colmar la reforma penal constitucional antedicha— dispone en el Libro Segundo (Del Procedimiento), Título I (Soluciones Alternas y Formas de Terminación Anticipada), artículos 183 y siguientes, las soluciones alternas que son el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso. Se considera el procedimiento abreviado también como una forma de terminación anticipada del proceso. Por lo

que respecta a las figuras de la conciliación y mediación se remite a la legislación secundaria que habrá de expedirse.

Por lo que respecta a esta ley secundaria en fecha reciente el Ejecutivo Federal envió al Congreso el proyecto de *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal*.

En la exposición de motivos del proyecto en cita se afirma que:

Esta propuesta de Ley nacional considera la práctica exitosa de los programas de las entidades federativas y su legislación, asimismo, retorna los criterios jurisprudenciales emitidos por el Poder Judicial de la Federación. Aunado a lo anterior, cabe destacar que la presente iniciativa se desarrolló desde una perspectiva de derechos humanos, en armonía con lo previsto en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por el que se obliga a la interpretación conforme y a la observancia del principio pro persona.

En efecto, como se explicita en el párrafo que acabamos de transcribir, esta propuesta no presenta nada novedoso, ya que su contenido reproduce lo que podemos encontrar desde hace muchos años en legislaciones similares en muchas entidades federativas. Su sistemática tampoco es novedosa del todo, como tampoco las definiciones, procedimientos, actores, programas, personal especializado, etcétera.

En cuanto al procedimiento restaurativo lo limita a una opción alternativa más dentro del proceso sin desarrollar en lo absoluto una jurisdicción, una política y un sistema nacional restaurativo autónomo no subsidiario del sistema penal:

Finalmente, en el Capítulo IV de este Título Segundo, se regula el procedimiento restaurativo, cuya característica principal es la posibilidad de que además de las personas directamente involucradas en el hecho presuntamente delictivo, participe la comunidad en la que los intervinientes directos están inmersos, con el fin de lograr el reconocimiento de las responsabilidades individuales y colectivas e incentivar la recomposición del tejido social.

Sigue pendiente en México la justicia restaurativa

A la luz de los intentos por reformar nuestro sistema procesal penal y por incorporar el tema de los mecanismos alternos de solución de

controversias, el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales y el proyecto de ley en materia alternativa no resuelven el problema ancestral y endémico de nuestro sistema penal: el ser un instrumento que castiga la pobreza; que complica los problemas menores en vez de resolverlos; fortalece el castigo como solución dominante a todos los conflictos y entrona aún más al Derecho penal como única respuesta [efectiva...] a la desigualdad social. Limita de manera subsidiaria a la justicia restaurativa al aparato punitivo y niega la posibilidad de desarrollar jurisdicciones autónomas no represivas centradas en la cohesión social, en la seguridad ciudadana, en la compensación victimal y en la seguridad de las comunidades.

Mientras no se emprenda en México un cambio de fondo [no cosmético] que atienda la totalidad de la complejidad ya explicada en el primer apartado (Contexto) del presente documento, seguiremos con proyectos mediáticos sin contenido consecuente con nuestros problemas.

Para demostrar lo afirmado a continuación estudiaremos cuál es la esencia de la JR; cuáles son las prácticas exitosas en otros países latinoamericanos y cómo debe planificarse un sistema nacional de justicia restaurativa.

CONTENIDOS Y ALCANCES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA [JR]

Definición de JR y sus diferencias con la justicia penal (JP)

Se define a la JR como

aquella que involucra, lo más ampliamente posible, a toda persona o grupo social que tenga algún interés legítimo como resultado de una ofensa específica, y se reconozca que ha sufrido algún daño y tenga necesidades y obligaciones que se desprendan de dicho evento; con el objeto de sanar, curar o remediar, en lo posible, las consecuencias de lo sucedido.

Por otra parte, las diferencias entre los paradigmas punitivo y restaurador son abismalmente diferentes como se demuestra en el siguiente cuadro comparativo.

“Y la justicia restaurativa: ¿para cuándo?”...

<i>JP</i>	<i>JR</i>
✓ El conflicto es el crimen.	✓ El crimen como parte de un conflicto mayor.
✓ La sentencia resuelve el conflicto.	✓ La sentencia es una parte pequeña de la solución.
✓ El énfasis es en el pasado.	✓ Énfasis en el pasado y presente de la infracción como en el futuro de la solución del conflicto.
✓ Visión estrecha de la conducta.	✓ Implica una visión integral y holística.
✓ La víctima recibe una reparación simbólica.	✓ Atención al conflicto social.
✓ Se soslaya el impacto social del delito, la eficacia de la medida en términos de reincidencia y de prevención.	✓ Proceso y resultados igualmente importantes.
✓ La sentencia es lo más importante.	✓ Fortalece a la comunidad.
✓ Se confía en profesionales muchas veces con criterios burocráticos.	

El sentido restaurador centrado en la solución del conflicto, en la cohesión social y en el desarrollo humano queda evidenciado en la *Declaración de Costa Rica: Sobre la Justicia Restaurativa en América Latina*; que reconoce como fundamento la Declaración de Aracatuba [Sao Paulo, Brasil] y la resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del 13 de agosto de 2002:

- Que América Latina sufre los mayores índices de violencia, de encarcelamiento, exclusión social y limitaciones.
- Que lamentablemente se usan maneras distintas de aplicar justicia para ricos y pobres.
- Que a pesar de existir herramientas de justicia restaurativa, las sanciones retributivas, en especial el encarcelamiento sigue siendo la sanción más utilizada.
- Que los procesos restaurativos, incluye la Asistencia a las víctimas, la mediación penal, y todos aquellos que busquen resultados restaurativos.
- Que los programas de JR garantizan el pleno ejercicio de los derechos humanos y respeto a la dignidad de todos los intervinientes.
- Que su aplicación debe extenderse a los sistemas comunitarios judiciales y penitenciarios.
- Que se debe favorecer un proceso de sensibilización ante los organismos internacionales con la finalidad de modificar la legislación penal en favor de la justicia restaurativa como complementaria adoptando los principios e instrumentos restaurativos, y

- Que los principios y valores de la Justicia Restaurativa pueden contribuir para el fortalecimiento de una ética pública como paradigma de una sociedad más justa en los países Latinoamericanos.

Por su parte, el artículo 2 de la Declaración de Costa Rica regula los postulados básicos de la JR en los siguientes términos:

- Garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos y respeto a la dignidad de todos los intervinientes.
- Aplicación en los sistemas comunitarios judiciales y penitenciarios.
- Plena y previa información sobre las prácticas restaurativas a todos los participantes de los procedimientos.
- Autonomía y voluntad para participar en las prácticas restaurativas en todas sus fases.
- Respeto mutuo entre los participantes del encuentro.
- Co-responsabilidad activa de los participantes.
- Atención a la persona que sufrió el daño y atención de sus necesidades con consideración a las posibilidades de la persona que lo causó.
- Participación de la comunidad pautada por los principios de la justicia restaurativa.
- Atención a las diferencias socioeconómicas y culturales entre los participantes.
- Atención a las peculiaridades socioculturales, locales y al pluralismo cultural.
- Promoción de relaciones ecuanímes y no jerárquicas.
- Expresión participativa bajo la observación del Estado democrático de Derecho.
- Facilitación por personas debidamente capacitadas en procedimientos restaurativos.
- Uso del principio de la legalidad en cuanto al derecho material.
- Derecho a la confidencialidad de todas las informaciones referentes al proceso restaurativo.
- Integración con la red de asistencia social de cada país.
- Integración con el sistema de justicia.

Antecedentes en el mundo anglo-sajón

Si bien es cierto que los antecedentes primigenios del movimiento restaurador se dio en naciones anglo-sajonas, es falso que — por ser de origen central — la JR no pueda tener éxito en naciones periféricas. Todo lo contrario: el modelo restaurador surge de los movimientos cívicos y del mundo académico anglo preocupado por los derechos de los secto-

res vulnerables como los pobres, los emigrantes, la familia, la mujer, las víctimas, las comunidades marginales o los derechos de los prisioneros y los problemas de saturación y abuso de poder en las prisiones.

Así, el movimiento de la justicia restaurativa emerge en los escenarios nacionales e internacional como una sombrilla protectora y un movimiento social:

Debemos dejar atrás la vieja y caricaturesca comparación entre retribucionismo y restauración; poner énfasis en las consecuencias de dichos paradigmas; así como en precisar y operacionalizar el término restaurador para que este modelo sea eficiente.⁶

Los primeros tratadistas que se refirieron por primera vez a la justicia restaurativa fueron: Zehr (1985, 1990); Mackey (1981, 1992), Colson y Van Ness (1990), Wright (1991) y Van Ness and Strong (1997). Programas tales como: mediación víctima-ofensor; grupos de conferencias familiares; círculos de sentencia; páneles de impacto victimal y otros procesos —que hoy en día son identificados como justicia restaurativa— no se conocían con tal nombre.

El movimiento de la JR en naciones anglo-sajonas se manifestó en los siguientes ámbitos principales:

Prácticas públicas

- a) Derechos de prisioneros y alternativas al encarcelamiento;
- b) Resolución de conflictos en la comunidad (Consejos de Justicia comunitaria y Centros Vecinales de Justicia: abogaron por menos procesos formales y mayor participación de las partes);
- c) Programas de reconciliación víctima-ofensor [VORPs] (Enfatizan la comunicación y el intercambio a partir de principios religiosos menonitas con un tercero neutral. Se da generalmente después de la sentencia);
- d) Mediación víctima-ofensor [VOMs] (Similar al anterior, pero enfatizan la mediación en lugar de la reconciliación y puede intervenir la parte afectada);

⁶ *The Past, Present, and Future of Restorative Justice: Some Critical Reflections* por Kathleen Daly and Russ Immarigeon.

- e) Defensa victimal (fortalecimiento de garantías procesales para la defensa y derechos de las víctimas en el proceso);
- f) Conferencias de grupos familiares [FGCs] (Orientadas a favorecer la cohesión familiar y social en lugar de la sobrecarcelación de delincuentes juveniles), y
- g) Círculos de sentencias (Enfoque holístico: víctima, victimario; familiares y amigos de ambos; partes afectadas; comunidades y autoridades responsables de seguridad).

Investigación académica

- a) Estudios de sociología jurídica relativos a formas autocompositivas, justicia comunitaria autóctona en sociedades multiétnicas de migración o en sociedades mestizas [Matthieus, 1988; Merry y Minler, 1997; Pavlich, 1996];
- b) Abolicionismo o uso mínimo de la pena de prisión [Matieson, 1973; Bianchi y Van Swaaningen, 1973];
- c) Reintegración a partir de valores como la dignidad victimal y comunitaria [John Braithwaite, 1989; Blagg, 1979];
- d) Teorías psicológicas. Enfatizan las micro interacciones y procesos psicológicos entre víctima-victimario-comunidad y lograr el entendimiento y la solución de los conflictos a partir de reforzamiento de ciertos aspectos de la personalidad, de la psicología y comportamientos colectivos como de la psicología de la dinámica de victimización [Tyler, 1990];
- e) Teorías feministas de la justicia. (Care and justice de Carol Gilligan, 1988);

Criminología pacificadora

Los criminólogos de la paz, tales como Hal Pepinsky y Richard Quinney, argumentan que el crimen es una forma de violencia y sufrimiento, pero para atender al crimen como forma de violencia en la manera de castigo es contraproducente, como la violencia produce violencia. En lugar de esto, ellos abogan por el mantenimiento de la paz dándole a los ofensores y las víctimas mediación, resolución de conflictos y reconciliación. Además favorecen las formas no punitivas, así como el ofrecimiento de disculpas del ofensor a la víctima, pagando el daño a la víctima o a la comunidad.

Movimientos religiosos

Aunque la justicia restaurativa requiere de ciertos mecanismos, reglas y procedimientos, en países como Canadá o Estados Unidos, o en naciones con elevada presencia multiétnica, el poder de la religión y de la espiritualidad es un ingrediente central en programas restaurativos.

De hecho muchos teóricos en estos campos afirman que los pioneros sociales de la JR fueron este tipo de comunidades, como la de los Menonitas y el Movimiento Nativo Americano de Pacificación [Mackey, Van Ness, Strong y Zehr]. También Boers, Burnside y Beker y Consedine.

Naciones Unidas

Desde el primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1955), la influencia que tuvo la Declaración Universal de los Derechos Humanos [1948] respecto a temas como la pacificación y la vulnerabilidad social; la cohesión de la familia y de las comunidades; los derechos de las víctimas de la violencia y los derechos de los prisioneros, pueden considerarse como antecedentes importantes del movimiento de JR.

Posteriormente la intensa actividad legislativa internacional desplegada por la ONU en diversas materias relacionadas muestran el interés mundialmente creciente para fortalecer los derechos humanos y limitar las medidas punitivas, como el caso de: *La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*; *los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder*; *las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)*; *los Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia Penal*; *la Declaración sobre los Principios de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder*; y *la Declaración de Costa Rica: Sobre la Justicia Restaurativa en América Latina*, ya mencionada.

Finalmente cabe observar que en el XII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal [Salvador, Brasil, del 12 al 19 de abril de 2010], se reconoció los avances mundiales en la implementación de la JR. Sin embargo, se ha atravesado por dificultades críticas para su correcta instrumentación, debido a que se le

ha confundido como una fórmula reparatoria, desactivando, con ello, tanto su esencia como el eficaz impacto que produce en la recuperación social de la víctima, del infractor y de la comunidad afectada por el delito.

Precisamente en el apartado (a) *Sistemas de prevención del delito y justicia penal y su desarrollo en el mundo de la evolución, punto 51 de la Relatoría del Congreso*, se destacó la necesidad de reforzar las medidas sustitutivas del encarcelamiento; entre ellas, el servicio comunitario, la justicia restaurativa y la vigilancia electrónica, apoyo a programas de rehabilitación y de reinserción, incluso los destinados a corregir la conducta delictiva, así como los programas de educación y formación profesional de los reclusos.

Países latinoamericanos

El Centro de Estudios de Justicia para las Américas [CEJA], organismo que pertenece a la Organización de Estados Americanos [OEA], ha resumido con claridad el esfuerzo creciente de las naciones de la región, frente a la crisis del sistema penal y de los servicios tradicionales de justicia que presta; incorporando, cada vez más, formas alternas de pacificación, de restauración y de acercamiento de la justicia a sectores y comunidades víctimas del delito y la violencia:

A pesar de los esfuerzos realizados por los Estados en el campo de la justicia formal, el acceso de múltiples grupos de la población a este tipo de mecanismos de solución de conflictos aún aparece limitado por una serie de barreras como el alto costo económico que el proceso judicial suele implicar para las partes, el largo tiempo que suelen demorar hasta entregar una solución definitiva, la inexistencia o la mala calidad de la información disponible, la percepción de corrupción que es posible encontrar en varios países de la región y/o la ubicación geográfica que suelen tener los tribunales, usualmente alejados de algunos grupos de la población. Si bien estos factores por sí solos podrían implicar barreras de acceso para la ciudadanía en general, esto se acentúa para aquellos grupos más desaventajados o que se encuentran en una condición de vulnerabilidad.

A partir de estos desafíos, los países han venido siguiendo distintas estrategias para ampliar el acceso a la justicia, ya no tan sólo respecto al proceso judicial tradicional, sino que de manera creciente mediante mecanismos informales o alternativos. Estos últimos, se diferencian entre sí por su

estructura, fuente de legitimidad (pueden provenir de las comunidades locales y/o de las sociedades donde operan), en el grado de formalidad-informalidad, marcos jurídicos o normativos, reconocimiento o relación con el Estado, carácter obligatorio o voluntario del cumplimiento de sus decisiones, nombramientos, mecanismos de control y rendición de cuentas, sistemas de monitoreo y supervisión, entre otros.

En esta línea de trabajo encontramos experiencias como procedimientos especiales para enfrentar pequeñas causas y de justicia vecinal, medios alternativos de resolución de conflictos (MARC), el reconocimiento de justicia de pueblos originarios, entre otros”.

A continuación se presentan los diferentes programas alternativos y de JR implementados por aquellos países de la región que más han avanzado en dichas temáticas:

<i>País</i>	<i>Ley secundaria</i>
Argentina	<p>Ley 13.433 de Mediación en lo Penal. La Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental deberá tomar intervención en cada caso en que los agentes fiscales deriven una Investigación Penal Preparatoria, siempre que se trate de causas correccionales:</p> <ul style="list-style-type: none">• Mediación y conciliación.• Conferencia de mediación (panel con tres mediadores: uno jurídico y otros dos miembros de la sociedad).• Centro de asistencia a la víctima.• Centro de mediación penal (de robo a rapto).• Estudios pilotos de MASCS para la PC.
Chile	<p>a) Instructivo No. 34 de la Fiscalía Nacional de Chile. Sobre criterios de actuación reparatorios que señala expresamente la posibilidad de que el Fiscal pueda ofrecer a la víctima y al imputado la posibilidad de que concurren voluntariamente a un centro especializado de mediación:</p> <ul style="list-style-type: none">• Restauración a través de ONG,s.• Centro para la solución alterna de disputas (CREA).• Fundación Paz Ciudadana.• Proyecto de solución de conflictos para la paz.• Acuerdos reparatorios.• Unidades asistenciales para víctimas de delitos violentos.• Movimiento de acceso a la justicia.• Casas de medio camino y de protección para liberados.• Consultorios jurídicos vecinales.

País	Ley secundaria
Colombia	<p>a) Justicia de paz Las jurisdicciones especiales son: la justicia de paz, la jurisdicción especial indígena y la justicia penal militar.</p> <p>b) Programas de medios alternos de solución de conflictos:</p> <p><i>b.1) El Ministerio del Interior y de Justicia, a través de la Dirección de Acceso a la Justicia:</i></p> <p><i>b.2) El Programa Casas de Justicia:</i> Es una iniciativa orientada a facilitar el acceso de las comunidades a servicios de justicia no formal para lograr la resolución pacífica de conflictos y el fortalecimiento de la convivencia.</p> <p><i>b.3) Los Centros de Convivencia Ciudadana:</i> Son espacios donde las comunidades tienen acceso a instituciones del orden local con programas e iniciativas que promueven y fomentan valores ciudadanos.</p> <p><i>b.4) El Programa Nacional de Conciliación en Derecho:</i> Busca fortalecer, difundir y mejorar el uso de la conciliación.</p>
Costa Rica	<p>a) Métodos alternativos de resolución de conflictos La introducción de la resolución alternativa de conflictos, RAC, comenzó por un acuerdo de Corte Plena en 1993 que creó el Programa de Resolución Alternativa de Conflictos del Poder Judicial conocido como "Programa RAC". El 9 de diciembre de 1997 se aprobó la denominada <i>Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y promoción de la Paz Social 125</i>, la cual dispone que en cualquier etapa de un proceso judicial el Tribunal puede proponer una audiencia de conciliación.</p> <p>b) Solución alterna de conflictos De conformidad con la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, en relación con el Decreto Ejecutivo No. 32.152-MJ, la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos del Ministerio de Justicia es la instancia competente para conocer el tema al interior del Ministerio. Durante 2003, la Dirección aludida suscribió un Convenio Marco de Cooperación Institucional con la Universidad de Costa Rica, cuyo objetivo es el establecimiento de Casas de Justicia, con el fin que funcionen como centros de mediación vecinal.</p>
Venezuela	<p>a) Métodos de resolución alternativa de conflictos La Constitución Política dispone que la ley organice la justicia de paz en las comunidades. Los jueces de paz serán elegidos por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. Además, le corresponde promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.</p>

“Y la justicia restaurativa: ¿para cuándo?”...

<i>País</i>	<i>Ley secundaria</i>
El Salvador	El Centro de Mediación de la Procuraduría General de la República cuenta con un cuerpo de profesionales especializados en mediación, que ayudan a las personas a identificar asuntos en conflicto, buscando que solucionen sus controversias de manera aceptable. El servicio que brindan es público y gratuito, y atienden áreas relacionadas con familia, derechos reales y personales, laboral y otros.
Brasil	<ul style="list-style-type: none"> • Sistema nacional victimal: busca la restauración y la vinculación social. • Justicia restaurativa en escuelas, que son paneles restaurativos en planteles escolares. • Restauración en justicia juvenil. • Mediación y conciliación procesal. • Justicia comunitaria. • Justicia restaurativa en prisión.

ORGANIZACIÓN DE UN SISTEMA NACIONAL DE JR

Los diferentes instrumentos internacionales en materia de justicia restaurativa analizados sostienen que ésta no debe entenderse sólo como una opción más al proceso penal, sino verse como una nueva jurisdicción que implica un programa nacional con todas las implicaciones institucionales y operativas que de ello se desprende. Por razones de espacio de este trabajo nos limitaremos a mostrar las estrategias y los pasos más importantes que deben tomarse en cuenta para diseñar programas nacionales de JR. Esta información ha sido tomada de un manual operativo que al respecto ha confeccionado la propia Organización de las Naciones Unidas.

<i>Implementación</i>	<i>Dinámica</i>	<i>Operación</i>	<i>Evaluación</i>
✓ Estrategias	✓ Participantes	✓ Contexto	✓ Monitoreo
✓ Diseño	✓ Tipo de JR	✓ Subsistemas	✓ Dificultades
✓ Legislación	✓ Preocupaciones	✓ Remisiones	para evaluar
✓ Provisiones	✓ Solución de	✓ ONG,s	✓ Impacto
✓ Apoyos	amenazas	✓ Resultados	Reincidencia
✓ Movilización de la comunidad		programas	✓ Mejores
		✓ Monitoreos	prácticas
		✓ Apoyos	
		✓ Comunidades	
		✓ Medios	

FUENTE: “Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa”, UNODOC, ONU, 2006.

CONCLUSIONES

Primera. El sistema penal mundial vive en la actualidad una profunda crisis de legitimidad, eficacia y eficiencia que lo limita de manera considerable en sus capacidades para funcionar como delimitador del orden y sancionador de la irrupción; diluyéndose sus cometidos de equilibrio, identidad y cohesión sociales en una sociedad cada vez más líquida.

Segunda. La sobrevivencia del sistema penal implica una revisión profunda de diseño a su interior; la construcción de una nueva cultura del conflicto y la desviación; nuevas estrategias de control social de seguridad humana; promover la inclusión social, y la necesidad de una nueva generación de políticos, intelectuales y líderes sociales con nuevas formas de trabajo y comunicación.

Tercera. En una sociedad democrática, constitucional y social de derecho se debe limitar la apropiación de los conflictos por parte del Estado; y en su lugar construir sistemas sociales abiertos que comuniquen y fortalezcan valores humanos sobre los intereses del mercado. Hacer que la economía sirva al hombre.

Cuarta. Los esfuerzos políticos y sociales deben orientarse a la construcción de formas no punitivas de control y dejar la coacción penal para la criminalidad de poder en todas sus manifestaciones. El futuro de la cohesión social no se encuentra en el sistema penal, sino en un sistema de justicia alternativo/restaurador vinculado a nuevas misiones de la economía, la política y las movilizaciones sociales.

Quinta. El proceso de construcción de formas alternativas de control social es un hecho histórico y una realidad socio-jurídica inacabada. Existen tensiones estructurales de un sistema que no acaba de transformarse (que se niega al cambio) y un nuevo sistema que aún no se consolida. Hasta el momento no hay definición en cuanto al papel político-criminal de los modelos punitivo y alternativo. La agudización de la pobreza y la marginación planetaria fortalece el control represivo y las formas alternas son presas de la retórica del Estado.

Seexta. La comunicación entre actores sobre las bondades y promesas de un control alternativo es fundamental para la viabilidad de los modelos de JR y MASCS, para alcanzar modelos integrados social y políticamente.

Séptima. En México es urgente la confección de políticas públicas, nuevas formas de trabajo y de comunicación entre actores que permitan un desarrollo nacional acelerado y con equidad; lo anterior como premisas para la viabilidad y posibilidad de formas más civilizadas de control social del delito y la violencia.

Entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal en el Código Nacional de Procedimientos Penales

Guadalupe A. Valdés Osorio

LA ORALIDAD EN LA REFORMA

Entre los principios que deben regir el proceso penal de corte acusatorio y oral, destaca la oralidad,¹ reto mayúsculo al que deben y —deberán enfrentarse aún—, los operadores del sistema de justicia penal.

Desde 2008 a la fecha, diversos organismos públicos o privados han ofrecido capacitación a los operadores del sistema,² en las diferentes materias que implican la asunción del nuevo proceso penal, sin embargo, a esa capacitación de múltiples horas invertidas para el conocimiento del concepto y sus contenidos, debe añadirse aún, la constante práctica de la oralidad, con el fin de que los operadores dominen *su* estrategia de litigación.

¿Por qué es importante lo anterior? Porque la prueba sólo podrá ser producida en el juicio. En este momento procesal, la carpeta de

* Falta semblanza de la autora
Falta.

¹ Primer párrafo del artículo 20 de la CPEUM: “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.”

² Aun falta incidir en la población.

investigación no entra a la audiencia de debate, y habla por sí misma, es necesario que el, o los testigos, den cuenta de lo que creen conocer y lo hagan en un escenario en el que además, se respete la intermediación y la contradicción.

De no lograr las partes, que a través de sus testigos se comuniquen al juez o al Tribunal el objetivo que se desea obtener con su teoría del caso, entonces, de poco habrá valido llegar a la audiencia de debate, de ahí que el ejercicio de la oralidad redunde significativamente no sólo en el respeto de los derechos humanos de las partes, sino también en la eficacia del sistema de justicia penal.³

Pero estas circunstancias no descansan solamente en los avatares del Derecho procesal penal, también guardan relación con el Derecho penal sustantivo, el que sin duda deben, no sólo conocer sino dominar los operadores.

LA SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO PENAL

Lejanos son los tiempos — afortunadamente —, en que se afirmaba que el Derecho penal o, bien, la teoría del delito no reportaban ninguna importancia para el Derecho procesal penal.⁴ Hoy gratamente, las

³ Tal y como lo aseveran Roxin y Achenbach, al señalar que tanto los testigos como los informes periciales deben presentarse por escrito, salvo sus excepciones. En *Strafprozess-recht*. 16. Auflage, C.H. Beck, München, 2006, p. 227. Asimismo, el primero de ellos señala: “Según el *principio de oralidad*, fundamento de una sentencia sólo puede ser aquello que fue expuesto oralmente. Todo lo que sucede en el proceso, p. ej., el interrogatorio del acusado, la producción de la prueba, los alegatos, deben ser llevados a cabo oralmente...en contraposición con el principio escriturista *quod non est in actis, non est in mundo*, lo que no ha sido dicho no es tomado en cuenta, sino que es considerado como no sucedido o no existente. El principio de oralidad tiene la ventaja de la expresividad, frescura y rapidez, pero tiene como consecuencia los peligros de la falta de atención y del olvido.” En *Derecho procesal penal* (trad.) Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 115.

⁴ A favor de la necesidad del conocimiento del Derecho penal véase a Valdés Osorio, G., “La dogmática penal y su vinculación a la teoría del caso”, en *Criterios Generales del Modelo Penal Acusatorio para los Operadores del Sistema de Procuración de Justicia*, Ubijus Editorial, México, 2012, pp. 101-155; Félix Cárdenas, R., “¿El sistema acusatorio-adversarial en México conlleva la desaparición de la dogmática jurídico-penal?”, pp. 13-51; Román Quiroz, Verónica, “Lo medular del manejo de la dogmática jurídico-penal en el sistema acusatorio adversarial”, pp. 92-115,

personas, sobre todo, quienes sí operan el sistema, vuelven su mirada a los contenidos del Derecho penal.

La creación o construcción de un laboratorio, por ejemplo, las salas de juicio oral, en el que se creía que sólo se podrían tratar temas como los plazos, los términos, las medidas cautelares, los recursos u otras figuras procesales que son igualmente importantes, dio cuenta en su desarrollo, que el contenido del procedimiento también implica el conocimiento y dominio de las figuras jurídicas del Derecho penal, así, de la tentativa, el concurso, o bien, de los referentes directos constitucionales del *hecho que la ley señale como delito*, y la existencia de la *probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión*.

Ambas entidades guardan estrecha vinculación, en primer lugar, con el tipo penal⁵ y lo que éste contiene, paralelamente para que un hecho sea considerado como delito, no debe actualizarse alguna causa de justificación, y finalmente, el agente debe ser culpable, es decir, puede reprochársele su actuar, o bien, ser responsable del hecho cometido.

Ante esta estructuración, el reto de las partes es comprobar que el imputado ha cometido un delito, o bien, no lo ha cometido, y deberá extraer de sus testigos y medios de prueba esas aseveraciones ante el juez o el Tribunal.

De igual manera, deberá demostrarse en el juicio oral, que el imputado intervino en el hecho que la ley señala como delito como autor directo o material, coautor, autor mediato, o bien, participó en su comisión como inductor, cómplice o auxiliador.

Es por ello que puede afirmarse —salvo opiniones en contrario—, que sea una facultad del juez tomar como referencia las causas de exclusión del delito como la atipicidad, las causas de justificación o la inculpabilidad, ya que en todo es una obligación del juzgador fundar y motivar sus resoluciones, por lo que no puede aseverarse que el juez, queda al libre arbitrio de no fundamentar sus fallos o sentencias. Nos

ambos en *Dogmática jurídico-penal y Ley Procesal penal "Vínculo inescindible"*. Ubijus Editorial, México, 2010.

⁵ Recuérdese que a partir del finalismo y ya con el funcionalismo, la conducta y la tipicidad se unen en un solo elemento, conducta típica, por eso, las ausencias de conducta pueden observarse desde la teoría de la imputación objetiva como conductas que no crean riesgos para los bienes jurídicos tutelados.

referimos precisamente al contenido del artículo 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales:

En la sentencia absolutoria, el Tribunal de enjuiciamiento ordenará que se tome nota del levantamiento de las medidas cautelares, en todo índice o registro público y policial en el que figuren, y será ejecutable inmediatamente. *En su sentencia absolutoria el Tribunal de enjuiciamiento determinará la causa de exclusión del delito, para lo cual podrá tomar como referencia, en su caso, las causas de atipicidad, de justificación o inculpabilidad...*⁶ (Énfasis mío)

Como puede observarse, el Tribunal *determinará*, y este verbo no es opcional, máxime si tanto el numeral 15, como el 29, del CPF el primero y el CPDF, del segundo señalan, los casos en los que precisamente se excluye el hecho que la ley señala como delito y, accesoriamente, la forma de su intervención, artículos 13 del CPF y 22 del CPDF.

Por ello, aunque posteriormente pueda leerse en el numeral 405, que el Tribunal *podrá tomar como referencia* las causas de exclusión del delito, esto evidencia dos situaciones: la primera, que se recurra al típico señalamiento de que el imputado no estaba ahí, o bien, la segunda ya advertida, de que el juez no requiere fundamentar sus fallos, y esto último a su vez, conduce a una severa contradicción, ya que sería tanto como afirmar lo siguiente: un niño preguntar a su padre, papá, ¿pue-

⁶ “**Artículo 405. Sentencia absolutoria.** En la sentencia absolutoria, el Tribunal de enjuiciamiento ordenará que se tome nota del levantamiento de las medidas cautelares, en todo índice o registro público y policial en el que figuren, y será ejecutable inmediatamente. *En su sentencia absolutoria el Tribunal de enjuiciamiento determinará la causa de exclusión del delito, para lo cual podrá tomar como referencia, en su caso, las causas de atipicidad, de justificación o inculpabilidad, bajo los rubros siguientes: I. Son causas de atipicidad: la ausencia de voluntad o de conducta, la falta de alguno de los elementos del tipo penal, el consentimiento de la víctima que recaiga sobre algún bien jurídico disponible, el error de tipo vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal que no admita, de acuerdo con el catálogo de delitos susceptibles de configurarse de forma culposa previsto en la legislación penal aplicable, así como el error de tipo invencible; II. Son causas de justificación: el consentimiento presunto, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, o III. Son causas de inculpabilidad: el error de prohibición invencible, el estado de necesidad disculpante, la inimputabilidad, y la inexigibilidad de otra conducta. De ser el caso, el Tribunal de enjuiciamiento también podrá tomar como referencia que el error de prohibición vencible solamente atenúa la culpabilidad y con ello atenúa también la pena, dejando subsistente la presencia del dolo, igual como ocurre en los casos de exceso de legítima defensa e imputabilidad disminuida.*” (Énfasis mío)

do comer helado?, y su padre contesta: sí puedes, pero podría yo decirte que sí y no al mismo tiempo, luego entonces, el niño ¿qué hará?, seguramente volverá a preguntar a su padre si él está seguro de su respuesta. En consecuencia, las normas ni procesales ni penales deben expresarse en términos ambiguos que en el caso, arrojen confusión sobre todo al juez.

De ahí que por vía de interpretación literal, ante alguna causa de exclusión del delito, el juez no está exento de fundar y motivar la misma, por ello es que no puede afirmarse que en la sentencia, se podían o no citar los artículos correspondientes, ya que afortunadamente en México prevalece cada día más la legalidad, eso es un logro en México, por eso también ha cambiado el sistema, y permitir que el juez no haga implicaría la asunción de un Estado totalitario por el que podría afirmarse: *hoy sí fundamento la sentencia, mañana tal vez no*, en conclusión: no es potestativo.

Por situaciones como ésta, plasmadas en el CNPP, es que hoy se discute lo siguiente: *a)* si el legislador federal se excedió en sus facultades al incrustar en el CNPP instituciones de Derecho penal sustantivo; *b)* de contener el CNPP, conceptos de Derecho penal sustantivo, éstos: ¿coinciden con los ya previstos en los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal?,⁷ *c)* ¿respetan los conceptos incrustados en el CNPP, los lineamientos de la dogmática penal?, y *d)* ante la derogación tácita de preceptos incompatibles que se señala en el artículo cuarto transitorio del CNPP — publicado en el DOF el 5 de marzo de 2014—, ¿deberán adecuarse los códigos penales del D.F. y Federal a lo que se mencione en el CNPP, sin que se revise previamente, si lo previsto en el CNPP implica o no un retroceso en lo ya recogido en los códigos penales mencionados?

Y deben revisarse las anteriores premisas, con el fin de evitar que surjan nuevas voces que indiquen que el Derecho penal sustantivo *crea confusión*, opinión que de ninguna manera debe prevalecer. Quienes nos dedicamos a la investigación y docencia debemos pronunciarnos al respecto, con el fin de que no continúen criterios minoritarios que afecten la legalidad y la seguridad jurídica las personas en México, es aquí que la dogmática penal sí sirve para fortalecer los derechos humanos.

⁷ Nos referimos únicamente a estos ordenamientos jurídicos, ya que el análisis de otras legislaciones estatales requeriría de mayor tiempo, por ello, dejamos ese análisis para otro momento.

LAS FACULTADES DE LEGISLAR

Revisemos si el legislador federal se excedió en sus atribuciones de legislar situaciones de Derecho penal sustantivo en el Derecho procesal penal, es decir, en el CNPP.

El 8 de octubre de 2014, fue publicada en el DOF, la reforma a la fracción XXI del artículo 73 de la CPEUM. El contenido de la reforma indica que es facultad del Congreso de la Unión, expedir, entre otras leyes, la legislación única en materia procedimental, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República, en el orden tanto federal como local. Esta reforma, entró en vigor el 9 de octubre.⁸

Como consecuencia de lo anterior, el 5 de marzo de 2014 fue publicado el CNPP.

Y si bien podría afirmarse que también fue motivo de la reforma del 8 de octubre de 2014, que el Congreso de la Unión también tiene facultades para establecer los delitos y las faltas contra la Federación, y en atención a lo anterior, puede legislar en materia procedimental y materia penal, carecería de importancia en dónde el legislador federal inscribió instituciones de Derecho penal sustantivo, lo que no sería correcto, ya que existe una diferencia entre lo sustantivo y lo procesal en Derecho penal, y esa diferencia está prevista literalmente en la CPEUM, de ahí que ambas facultades fuesen previstas en dos incisos diferentes, es decir, en los incisos b) y c).

Anotada esta situación, deben identificarse los artículos que encierran contenidos de Derecho penal sustantivo incrustados en el CNPP, y entre éstos destacan: 30, 141, 405, 406, 410 y 167.

⁸ Destaca el artículo segundo transitorio: "La legislación única en las materias procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que expida el Congreso de la Unión conforme al presente Decreto, entrará en vigor en toda la República a más tardar el día dieciocho de junio de dos mil dieciséis. La legislación vigente en las materias procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas expedida por el Congreso de la Unión, las legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal continuará en vigor hasta que inicie la vigencia de la legislación que respecto de cada una de dichas materias expida el Congreso de la Unión conforme al presente Decreto."

a) El artículo 30 del Código Nacional de Procedimientos Penales

El artículo 30 del CNPP hace referencia las causas de acumulación y conexidad.

En el último párrafo de este numeral se señala que:

Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. Existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. No existirá concurso cuando se trate de delito continuado en términos de la legislación aplicable. En estos casos se harán saber los elementos indispensables de cada clasificación jurídica y la clase de concurso correspondiente.

Los concursos tanto real como ideal, y el delito continuado, ya están regulados tanto en el CPF como en el CPDF, por no mencionar que lo están en la mayoría de los códigos penales de los Estados. Para ser precisos, en los artículos 18 y 19 del CPF; y 28 del CPDF. Por lo anterior, no había necesidad de transcribir estas disposiciones en el CNPP, bastaba con enunciarlas.

Ahora bien, ahora que el CNPP las menciona, la pregunta es ¿deberían derogarse los artículos antes mencionados del CPF o CPDF? Parece que no, ya que es precisamente en estos dos ordenamientos en donde deben encontrarse sus contenidos, por lo que se sugiere la modificación del artículo 30 del CNPP.

b) El artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales

En el artículo 141 del CNPP puede leerse:

En la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público *se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente.*⁹ (Énfasis mío)

⁹ “Artículo 141. Citatorio, orden de comparecencia y aprehensión. Cuando se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el Ministerio Público anuncie que obran en la carpeta de investigación datos que esta-

El riesgo de hacer una enunciación de lo que el Ministerio Público debe señalar siempre puede ser objeto de discusión. Recuérdese para estos efectos, las dificultades para reconocer y diferenciar entre cuerpo del delito, tipo penal y nuevamente cuerpo del delito en la legislación penal mexicana.

Así, las reformas de 1994 permitieron pasar del concepto de cuerpo de delito, al tipo penal,¹⁰ a través del cual ya se reconocía la aceptación del finalismo en el Derecho penal sustantivo mexicano y esa aceptación no implicó sólo consideraciones de carácter dogmáticas sino prácticas, inscritas en el artículo 168 del CPPF:

El Ministerio Público acreditará *los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado*, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará sí ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

blezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar: I. Citorio al imputado para la audiencia inicial; II. Orden de comparecencia, a través de la fuerza pública, en contra del imputado que habiendo sido citado previamente a una audiencia no haya comparecido, sin justificación alguna, y III. Orden de aprehensión en contra de una persona cuando el Ministerio Público advierta que existe la necesidad de cautela. En la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente. También podrá ordenarse la aprehensión de una persona cuando resista o evada la orden de comparecencia judicial y el delito que se le impute merezca pena privativa de la libertad. La autoridad judicial declarará sustraído a la acción de la justicia al imputado que, sin causa justificada, no comparezca a una citación judicial, se fugue del establecimiento o lugar donde esté detenido o se ausente de su domicilio sin aviso, teniendo la obligación de darlo. En cualquier caso, la declaración dará lugar a la emisión de una orden de aprehensión en contra del imputado que se haya sustraído de la acción de la justicia. El Juez podrá dictar orden de reaprehensión en caso de que el Ministerio Público lo solicite para detener a un imputado cuya extradición a otro país hubiera dado lugar a la suspensión de un procedimiento penal, cuando en el Estado requirente el procedimiento para el cual fue extraditado haya concluido. El Ministerio Público podrá solicitar una orden de aprehensión en el caso de que se incumpla una medida cautelar, en los términos del artículo 174, y el Juez de control la podrá dictar en el caso de que lo estime estrictamente necesario."

¹⁰ Para mayores referencias véase a Valdés Osorio, G., "La funcionalización del derecho penal: actividad legislativa e impartición de justicia", *Iter Criminis*, 1^a. Época, INACIPE, México, 2000, pp. 165 y ss.

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará (sic) por cualquier medio probatorio que señale la ley. (Énfasis mío)

Obsérvese que estas reformas fueron publicadas el 10 de enero de 1994 en el DOF, y entraron en vigor el 1º de febrero del mismo año. Esta *vacatio legis* no fue tan larga como la concedida para la implementación del nuevo sistema de justicia penal, por lo que los operadores jurídicos no contaron con tiempo para relacionarse con los conceptos que implicaban el finalismo, así como, el grado de valoración que se requería tanto para una orden de aprehensión, el auto de formal prisión y la sentencia.

Ante el desconocimiento – también de un nuevo sistema –, el 8 de marzo de 1999 se gestó la contra reforma en la CPEUM, con el fin de retomar nuevamente el concepto de cuerpo del delito,¹¹ y posteriormente fue reformado el artículo 168 del CPPF (18 de mayo de 1999, DOF), que a la letra señala:

¹¹ “Artículo 16....No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionada cuando menos con pena privativa de libertad y *existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado...*”. “Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, *así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.*” (Énfasis mío)

El Ministerio Público acreditará *el cuerpo del delito* de que se trate y la probable responsabilidad del *indiciado*, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivo o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los elementos normativos en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado, alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley. (Énfasis mío)

Como puede observarse, el cuerpo del delito quedó integrado por elementos objetivos — desde el punto de vista legal —, entre ellos los elementos normativos tanto de valoración jurídica como social, pero se descartaron los elementos subjetivos específicos distintos del dolo — previstos en ciertos tipos penales —.

Pudo apreciarse esto, como la vuelta a la *objetivización* del tipo penal, de desconocerse que los elementos normativos también requieren, análisis y valoraciones que en ocasiones se pueden calificar como subjetivas.

Asimismo, los elementos subjetivos específicos distintos del dolo, también se encuentran sistemáticamente en el tipo — cuando el tipo penal los requiere literalmente hablando —, por lo que afirmar lo contrario implicaría reconocer que podría sancionarse un robo sin que hubiese ánimo de apropiación.

Por otra parte, llegó a afirmarse que como parte de la responsabilidad del indiciado, debía acreditarse *su participación en el delito*; si se hubiese interpretado la participación como inducción, auxilio o complicidad, seguramente no se habrían podido declarar responsables a los autores, es decir, a los autores directos, coautores o autores mediatos.

En este mismo esquema, se habló de la comisión dolosa o culposa, con lo que se volvía a la ya trillada discusión sobre la ubicación sistemática de los elementos subjetivos — que para el finalismo y funcionalismo se encuentran en el tipo penal —. El estado de la cuestión en dogmática penal ya no se detiene en la ubicación del dolo y la culpa

o imprudencia. Ya se analizan otros conceptos a donde debería mirar la dogmática penal mexicana. No obstante, el legislador federal — a través del 168 del CPPF —, extrajo éstos, elemento del tipo, situación que no podía sustentarse a cara de los numerales 29 del CPDF y 15 del CPF, sobre todo, por lo que hace a la solución ofrecida para el error de tipo vencible y el error de prohibición invencible.

De igual forma, se dejó para la responsabilidad, las causas de licitud y las excluyentes de culpabilidad.

Ante estas contradicciones, el sistema continuó funcionando así, aun y cuando habría discordancia entre lo dispuesto en dos ordenamientos jurídicos el CPPF (art. 168) y el CPF (art. 15).

Y puede afirmarse que con el numeral 141 del CNPP vuelve a abrirse, lamentablemente, la discusión de ¿en dónde está el dolo y la culpa? Y no es, como se quisiera afirmar, un error de interpretación de la ley, pues la literalidad misma del artículo da lugar a esto.

En este orden de ideas, de la literalidad del numeral 141 se extrae (en la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará):

a) El tipo penal que se atribuye: nada más cierto si se quiere respetar la seguridad jurídica — pero aún falta para esa seguridad —, ya que aquí el legislador cierra el tipo y entre esta parte del párrafo y la parte *in fine* del mismo se tratan otras cuestiones, dejando al final el dolo y la culpa, por lo que, si entre el tipo y el dolo y la culpa se analizan cuestiones de grado de ejecución o la forma de intervención, es que no se reconoce que forman parte del tipo el dolo y la culpa, por lo que ¿cuál era la necesidad de separar algo que pertenece al tipo?; b) el grado de ejecución del hecho: entendido como la tentativa o el delito consumado, o bien — y esperamos que en esto haya pensado en legislador —, en el grado que por vía de tipificación especial se menciona como delito o delitos, en la parte especial de los códigos penales, así los actos preparatorios punibles; c) la forma de intervención — se supone “en el hecho” —, la autoría o participación, o bien, las participaciones y autorías mediatas tipificadas como tales en la parte especial de los códigos penales, y d) la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, es decir, que ésta sea de acción u omisión dolosa (en sus tres vertientes si se sigue la propuesta de la tripartición del dolo: dolo directo, indirecto o eventual, o sólo el dolo directo y eventual); o bien, de acción u omisión culposa con o sin representación, también llamadas, consciente e inconsciente.

Si ya antes se ha pedido al Ministerio Público que especifique el tipo penal que se atribuye, y en éste —cuando menos en la mayoría de los tratados de Derecho penal de corte finalista— se señala y coloca junto al tipo penal objetivo, el tipo subjetivo (dolo y culpa), constituidos ambos por elementos distintos, entonces ¿por qué regresar a la discusión de 1999?

Debe recordarse que cuando el legislador ha tenido la intención de reformar el contenido de un artículo, así lo ha plasmado; cuando deroga un artículo, así lo expresa, pero cuando expresa cosas vagas entonces, esto genera inseguridad jurídica e indirectamente, la puerta a la impunidad, por ello esperamos que este artículo también sea objeto de revisión y reforma.

c) El artículo 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales

Líneas atrás, se elaboraron algunas ideas respecto de este artículo.

A continuación se analizará lo relativo a la exclusión del delito, prevista tanto en el artículo 405 del CNPP, como en los numerales 15 del CPF y 29 del CPDF.

En artículo 405 dispone (Sentencia absolutoria):

En la sentencia absolutoria, el Tribunal de enjuiciamiento ordenará que se tome nota del levantamiento de las medidas cautelares, en todo índice o registro público y policial en el que figuren, y será ejecutable inmediatamente.

En su sentencia absolutoria el Tribunal de enjuiciamiento determinará la causa de exclusión del delito, para lo cual podrá tomar como referencia, en su caso, las causas de atipicidad, de justificación o inculpabilidad, bajo los rubros siguientes:

I. Son causas de atipicidad: *la ausencia de voluntad o de conducta, la falta de alguno de los elementos del tipo penal, el consentimiento de la víctima que recaiga sobre algún bien jurídico disponible, el error de tipo vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal que no admita, de acuerdo con el catálogo de delitos susceptibles de configurarse de forma culposa previsto en la legislación penal aplicable, así como el error de tipo invencible;*

II. Son causas de justificación: *el consentimiento presunto, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, o*

III. Son causas de inculpabilidad: el error de prohibición invencible, el estado de necesidad disculpante, la inimputabilidad, y la inexigibilidad de otra conducta.

De ser el caso, el Tribunal de enjuiciamiento también podrá tomar como referencia que el error de prohibición vencible solamente atenúa la culpabilidad y con ello atenúa también la pena, dejando subsistente la presencia del dolo, igual como ocurre en los casos de exceso de legítima defensa e imputabilidad disminuida. (Énfasis mío)

Se observa en la fracción I, que se unifican en la tipicidad, la ausencia de voluntad o ausencia de conducta —pareciera que en eso pensó el legislador—, situación que permite advertir como ya afirmaba la suscrita en otros foros, que las situaciones vinculadas a la ausencia de conducta no generan riesgos para un bien jurídico, lo que se puede traducir en que no se impute el resultado (no habría relación de riesgo, por tanto, no habría imputación objetiva). En este orden de ideas, deberá discutirse si por esta situación deberán modificarse las fracciones I y II de los numerales 29 del CPDF y 15 del CPF.

En este contexto, el legislador tomó la decisión de escindir la conducta y la tipicidad en un solo elemento, paralelamente hace referencia al consentimiento como causa de atipicidad cuando éste recae sobre un bien jurídico disponible y lo vincula a una causa de justificación cuando el mismo sea punible. No obstante, se recomienda para ambos aspectos que se fortalezca lo anterior con la debida capacitación con el fin de que los operadores jurídicos reconozcan las bases de ambas fracciones.^{12, 13}

¹² Una de ellas, la expuesta por Santiago Mir, quien coloca al consentimiento entre la justificación y la exclusión de la tipicidad y explica la relevancia de los acuerdos: “Respecto al primer grupo (‘acuerdo’) existe unanimidad en considerar que resulta excluida la tipicidad de la conducta: no sólo resultaría excluida la anti-juridicidad (justificación), sino que ni siquiera llegaría a concurrir los elementos que fundamentan positivamente su tipicidad. Así, p.ej., en el apoderamiento patrimonial consentido no habría un ‘hurto justificado’, sino que ni siquiera podría hablarse de hurto. En cambio, en el segundo grupo (‘consentimiento’) en sentido estricto se discute si sucede lo mismo o, por el contrario, concurre sólo una causa de justificación que no excluye la tipicidad. Esta última solución es la mantenida por la doctrina dominante.” *Derecho Penal. Parte General*, 9a. ed., IBDeF, Buenos Aires, Montevideo, 2011, pp. 517 y 518.

¹³ De igual forma, Roxin parte de la diferenciación entre el consentimiento a nivel de atipicidad y a nivel de causa de justificación, en *Derecho Penal. Parte General*.

Aun en la fracción I, curiosamente, se hace referencia a los delitos culposos a nivel de tipo proveniente del error de tipo vencible, lo que fortalece el argumento expresado líneas atrás, y a su vez, contradice lo previsto en el artículo 141, respecto a que ni el dolo ni la culpa o imprudencia, son situaciones que importen al tipo.

En la fracción II, se hace referencia a las denominadas causas de justificación, sin embargo se deja fuera, el impedimento legítimo o la obediencia jerárquica previstos en códigos penales sustantivos de otras entidades federativas, por lo que el Tribunal de estas entidades —de aplicar el CNPP—, no podría usar esas figuras, independientemente de la discusión doctrinal que implique tratar a ambas como cumplimiento de un deber o bien, analizarse si implican una colisión de deberes del obligado.

En la fracción II, se incorpora la denominación de estado de necesidad *justificante*, nombre vinculado por la dogmática penal al estado de necesidad que impacta a una causa de justificación, lamentablemente no nombrada así ni en el CPDF ni en el CPF, y puede decirse lo mismo, para el estado de necesidad exculpante o disculpante. Se considera que estas denominaciones sí son un acierto de la reforma, ya que la diferenciación desde su nominación contribuirá significativamente a que los operadores del sistema puedan apreciar cuándo se trata de un estado de necesidad y cuando de otro.

El último párrafo del artículo 405, prevé situaciones ya anunciadas en los códigos penales sustantivos del CPDF y CPF, nos referimos, en primer lugar, al tratamiento del error de prohibición vencible.

Si se reconoce que el dolo está en el tipo y el error de prohibición es una figura que depende del conocimiento de la antijuricidad o antijuricidad del hecho —o también llamado, el conocimiento de la ilicitud del hecho, los causalistas lo llamaban *el dolo malo*—, entonces, esa parte del conocimiento quedó en la culpabilidad, reconocido como *conocimiento de la prohibición*, ¿qué conoce el agente?, que lo que hizo es prohibido.

Sin embargo, el estudio del *dolo neutro* —permítasenos llamarlo así para efectos de esta explicación—, quedó circunscrito al tipo subjetivo,

Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, t. I, (trad.) Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 517 y ss., y 765 y ss.

y a la vez vinculado al tipo objetivo, ya que el agente *conoce y sabe las circunstancias del hecho objetivo*. Si esto es así, el *dolo neutro* en relación con la culpabilidad, ha quedado atrás, sobre todo, si nuestro referente ahora es la culpabilidad, último elemento del delito.

En este sentido, es entendible, que ante un hecho antijurídico, respecto al que se analiza si la persona es culpable o responsable, subsista el *dolo neutro*, ya que la discusión sobre el conocimiento de la prohibición no versa sobre la tipicidad, sino sobre el conocimiento que tenía el agente de que con su actuar realizaba una conducta prohibida.

Por lo anterior, es que debe admitirse que subsiste el *dolo neutro*, tal y como lo expresa el último párrafo del numeral 405 del CNPP. Y esto es así porque debe aplicarse una sanción mayor a quien incurre en un error de prohibición vencible, que a alguien que actúa con culpa o imprudencia, de ahí que las situaciones de vencibilidad de error de prohibición no puedan ser solucionados como un error de tipo, así léase, del CPF, error de prohibición vencible:

Artículo 66. En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. *Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.*

Y del CPF, la sanción para los tipos culposos:

Artículo 60. En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de tres años de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

No obstante, la pregunta es: ¿debía decir esto el CNPP?, quizá en una clase de Derecho penal esto deba mencionarse, pero el operador jurídico ya sabe que debe aplicar fracción VIII, inciso b) del artículo 15 del CPF,¹⁴ cuando corresponda, en relación con el 66. Porque pensemos en la claridad que debe expresarse en las normas y en clave de juzgador: ¿Si subsiste el *dolo*, por qué no aplicar la sanción del delito doloso?, si

¹⁴ En el CPF, fracción VIII, inciso a), artículo 29, en relación con el 83.

se piensa así, entonces, sí que se habrá logrado generar confusión con la aplicación del último párrafo del numeral 405, lo que esperamos no suceda.

Aun en el último párrafo del artículo 405, se hace referencia a que subsiste el dolo en los casos de exceso de legítima defensa e imputabilidad disminuida.

El finalismo no niega que subsista el dolo en la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, o bien, que pueda obrar con dolo quien incurre en inimputabilidad. Quizá de esta premisa haya partido el legislador. Sin embargo, tanto el CPF¹⁵ como el CPDF¹⁶ aplican una sanción culposa, en tratándose de los excesos, no sólo de legítima defensa, sino también de estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho (excluidos estos tres últimos de la última parte del numeral 405 del CNPP). Luego entonces, el juzgador también podrá preguntarse ¿y por qué no aplicar la sanción del delito doloso? Habría contradicción entre lo afirmado por el CNPP y los códigos sustantivos. Lo que dice el CNPP no es que sea erróneo pero esa cuestión no debe discernirse a nivel de la norma, ya que en ésta se debe dar claridad a los operadores.

Ahora bien, también habría que señalarse, a qué ordenamiento dar la razón al CNPP o al CPF o CPDF. Consideramos que a los códigos sustantivos, ya que son más incluyentes respecto del estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, y además, porque siempre sería más viable aplicar una sanción por imprudencia que una dolosa.

¹⁵ Previsto en el artículo 16 del CPF: "Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo."

¹⁶ Últimos párrafos de los artículos 29 y 83, de este último: "Al que incurra en exceso, en los casos previstos en las fracciones IV, V y VI del artículo 29 de este Código, se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad, correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso, no exista otra causa de exclusión del delito." Artículo 76 del CPDF: "(Punibilidad del delito culposo). En los casos de delitos culposos, se impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica o un tratamiento diverso regulado por ordenamiento legal distinto a este Código."

En realidad, ante un exceso, el agente se ha equivocado en los hechos que comete, es decir, ante una legítima defensa, asesta veinte golpes en el cráneo a su agresor aun y cuando ya lo ha visto inmóvil y sangrado desde el quinto golpe, pero obsérvese que serían golpes que la persona que se defiende no asestaría si no hubiese visto en la necesidad de defenderse.¹⁷

Quizá el Derecho penal mexicano debería introducir las figuras de exceso extensivo o intensivo en la legítima defensa, tal y como lo hace el Código Penal Español, así señala Mir Puig:

El CP exige que exista 'necesidad racional del medio empleado para impedir o repelerla' (la agresión). Es precisa tanto la necesidad de defenderse de alguna forma (necesidad abstracta de la defensa), como la necesidad del medio defensivo concretamente empleado (necesidad de la concreta defensa). La distinción tiene consecuencias importantes: si falta toda necesidad de defenderse (necesidad abstracta), no cabe apreciar ni la legítima defensa completa ni la eximente incompleta (art. 21,1º), puesto que falta un elemento fundamental de la eximente; si en cambio, habiendo necesidad de defenderse, la defensa concreta empleada es excesiva (exceso intensivo), podrá apreciarse la eximente incompleta... Importa distinguir claramente el 'exceso extensivo' del 'exceso intensivo', puesto que el primero excluye tanto la legítima defensa como la incompleta, mientras que el segundo permite la eximente incompleta... El exceso extensivo se da cuando la defensa *se prolonga* durante más tiempo del que dura la actualidad de la agresión... El exceso *intensivo* supone, en cambio, que la agresión es actual pero que la defensa podría y debería adoptar una *intensidad* lesiva menor... El exceso extensivo es, pues, un exceso en la duración de la defensa, mientras que el exceso intensivo es un exceso en su virtualidad lesiva.¹⁸ (Énfasis mío)

Por último, el artículo 405 también hace mención de que subsiste el dolo, en tratándose de la imputabilidad disminuida. Recuérdese que las causas de inculpabilidad y en consecuencia la imputabilidad o la inimputabilidad penden de la culpabilidad, más no de la culpa, por ello, subsiste el dolo aunque para el caso de la imputabilidad dismi-

¹⁷ De resolverse por la vía de la imprudencia, quizá se estén resolviendo los excesos como un error de tipo, de observarse la teoría de los elementos negativos del tipo penal.

¹⁸ Mir Puig, Santiago, Derecho penal. Parte General, *op. cit.*, p. 448. Asimismo, véase el artículo 21.1 del Código Penal Español.

nuida se disminuya la sanción es decir, se aplique hasta las dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere, por ejemplo, el artículo 67 del CPF, o ambas, tomándose en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor:

Artículo 15....

I...; a VI...;

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

*Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.*¹⁹ (Énfasis mío)

...

Artículo 69 Bis. *Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.* (Énfasis mío)

Ahora bien, tanto las formas de exclusión del delito como los excesos de una causa de justificación e imputabilidad disminuida,²⁰ ya

¹⁹ El equivalente al CPF, es la fracción VII, del artículo 29, en relación con el artículo 65, este último dispone: "(Tratamiento para imputables disminuidos). Si la capacidad del autor sólo se encuentra considerablemente disminuida, *por desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental*, a juicio del juzgador *se le impondrá de una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes, o bien ambas, tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme a un certificado médico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos dos peritos en la materia.*"

²⁰ CPF: "**Artículo 29** (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando: I...; a VI...; VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno

están previstos en el CPDF y CPF, por lo que en todo caso, habría bastado con una remisión normativa, sin necesidad de repetirlos en el CNPP, o bien, habría sido adecuado reformar los CPDF y CPF para las nuevas denominaciones que se incluyeron en el CNPP.

d) El artículo 406 del Código Nacional de Procedimientos Penales

A este artículo son igualmente aplicables las observaciones ya expresadas en relación con el numeral 141.

El artículo 406 dispone (Sentencia Condenatoria):

La sentencia condenatoria fijará las penas, o en su caso la medida de seguridad, y se pronunciará sobre la suspensión de las mismas y la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley.

La sentencia que condenare a una pena privativa de la libertad, deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de base para su cumplimiento.

La sentencia condenatoria dispondrá también el decomiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente.

El Tribunal de enjuiciamiento condenará a la reparación del daño.

Cuando la prueba producida no permita establecer con certeza el monto de los daños y perjuicios, o de las indemnizaciones correspondientes, el Tribunal de enjuiciamiento podrá condenar genéricamente a reparar los daños y los perjuicios y ordenar que se liquiden en ejecución de sentencia

mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código." **"Artículo 65** (Tratamiento para imputables disminuidos). Si la capacidad del autor sólo se encuentra considerablemente disminuida, por desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental, a juicio del juzgador se le impondrá de una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes, o bien ambas, tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme a un certificado médico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos dos peritos en la materia."

por vía incidental, siempre que éstos se hayan demostrado, así como su deber de repararlos.

El Tribunal de enjuiciamiento solamente dictará sentencia condenatoria cuando exista convicción de la culpabilidad del sentenciado, bajo el principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal de que se trate.

Al dictar sentencia condenatoria se indicarán los márgenes de la punibilidad del delito y quedarán plenamente acreditados los elementos de la clasificación jurídica; es decir, el tipo penal que se atribuye, el grado de la ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, así como el grado de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico.

La sentencia condenatoria hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente, precisando si el tipo penal se consumó o se realizó en grado de tentativa, así como la forma en que el sujeto activo haya intervenido para la realización del tipo, según se trate de alguna forma de autoría o de participación, y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta típica.

En toda sentencia condenatoria se argumentará por qué el sentenciado no está favorecido por ninguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad; igualmente, se hará referencia a las agravantes o atenuantes que hayan concurrido y a la clase de concurso de delitos si fuera el caso.

En el artículo 406 del CNPP se señala que solamente dictará sentencia condenatoria cuando exista convicción de la culpabilidad del sentenciado y se agrega, *bajo el principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal de que se trate*, debiendo entenderse que no bastará únicamente con la tipicidad sino también con que el hecho no esté justificado y el agente del hecho sea culpable.

Paralelamente, se agrega lo relativo a que debe acreditarse plenamente, el grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, igualmente referido a los delitos de tentativa, consumados, formales, formas tipificadas de actos preparatorios punibles o participaciones punibles, pues si el bien jurídico no es puesto en peligro o no se lesiona no habrá tipicidad, y además, no la habría si la conducta no se realiza dolosa o culposamente, lo que implica que no pueda sancionarse a alguien por responsabilidad objetiva (artículos 3 y 4 del CPDF).

En este sentido, es aplicable la fracción I, del artículo 52 del CPF:

Artículo 52. El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

...

Y en consecuencia, la fracción II del numeral 72 del CPDF:

Artículo 72 (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad). El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;

II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;

En este contexto, también los CPDF y CPF establecen criterios para la individualización de sanción.

Finalmente, el artículo 406 del CNPP hace mención a que en la sentencia condenatoria se hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente, por lo que no es comprensible que en momentos procesales anteriores carezcan de importancia los elementos subjetivos del tipo penal, sean éstos específicos distintos del dolo o, bien, el dolo o la culpa.

Es de mencionarse que es positivo que en el último párrafo no se hayan transcrito las formas de autoría o participación, ya que éstas las comprenden ya el CPDF y CPF.

CONSIDERACIONES GENERALES

Indudablemente, el legislador federal tuvo el gran compromiso de elaborar un CNPP, a través del cual, se plasmarán las reglas de un nuevo

sistema de justicia penal de corte acusatorio y adversarial, e intento ofrecer mayor seguridad jurídica, labor que no debe desmerecerse.

Sin embargo, todas las leyes son perfectibles, por ello, la reproducción constante y continuada de contenidos de carácter sustantivo penal en el CNPP podría conducir a que la ley procesal no logre la eficacia que se desea, ya que seguramente se observará — en los Estados en los que ya entraron en vigor — discusiones respecto a qué ordenamiento aplicar, si el sustantivo o el procesal, lo que redundará significativamente en la eficacia o no del CNPP y del sistema en sí.

Se sugiere por tanto, que no se olvide capacitar a los operadores en materia sustantiva penal, ya que es importante, pues da contenido al Derecho procesal.

Asimismo, afirmar a raja tabla que los códigos sustantivos deben adecuarse al CNPP debe analizarse, sobre todo, porque tanto el CPF como el CPDF han sido punteros en materia de dogmática penal y, la invitación a su reforma, debe medirse en clave de progreso y no en clave de retroceso, por lo que parecería más viable la pronta revisión del CNPP con miras a su primera reforma.

Las impugnaciones en el Código Nacional de Procedimientos Penales y en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Julio Antonio Hernández Pliego

INTRODUCCIÓN

Con la confianza de que será promulgado y publicado en breve el Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano, por el Titular del Poder Ejecutivo Federal, pergeñamos las líneas que siguen, fundamentalmente para resaltar las inconsistencias y cuestionamientos que surgen a propósito de las impugnaciones ordinarias reguladas por dicho ordenamiento legal, en su relación con las que reglamenta la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (en lo sucesivo LFCDO).

Las antinomias e insolubles problemas que se advierten y pondremos de manifiesto, requieren de un ajuste urgente, por parte del Poder Legislativo, para que cuanto antes se logre una adecuación entre las normas de ambos ordenamientos legales.

Una concepción de los recursos *stricto sensu*, desde el ángulo de la Teoría General de las Impugnaciones, podría definirlo como "...el medio por el que la misma jurisdicción o una de la misma naturaleza,

* Profesor de Derecho Procesal Penal por concurso de méritos en la Facultad de Derecho de la UNAM.

aunque de grado superior, revisa una providencia y la confirma, modifica o revoca...”¹

“El recurso técnicamente, — afirma Gómez Lara —² es un medio de impugnación intraprocesal, en el sentido que vive y se da dentro del seno mismo del proceso ya sea como un reexamen parcial de ciertas cuestiones, o como una segunda etapa, segunda instancia, del mismo proceso”.

Nosotros entendemos a los recursos como los medios de impugnación que concede la ley para combatir una resolución judicial que afectó nuestra esfera de derechos, razón por la que se pretende su modificación o revocación.

En este sentido, resulta un tema bastante arduo el de las impugnaciones, porque existiendo una unidad en la teoría que las analiza y que agrupa sus principios rectores³ en las diversas ramas del Derecho procesal en México, (civil, laboral, penal), la problemática que en materia recursiva plantea la LFCDO pudiera dar al traste con ellos.

Sólo como ejemplo, para impugnar ciertas resoluciones judiciales dictadas en relación con conductas reguladas en dicha ley especial, establece recursos como la apelación que en cuanto a su tramitación se rige

¹ León Orantes, Romeo, *El juicio de Amparo (Ensayo Doctrinal)*, Talleres Tipográficos Modelo, México, 1941, p. 19.

² Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, Editorial Villicaña, México, 1983, p. 327.

³ En la obra de nuestra autoría *Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal*, 4a. ed., Porrúa, México, 2009, examinamos dichos principios básicos que marcan las directrices en las que se desarrolla el proceso penal: el *dispositivo o de rogación*, que requiere la instancia de parte para revisar la resolución y encuentra su opuesto en el de oficiosidad; el de *formalismo* que obliga al juez y a las partes a cumplir el trámite de la segunda instancia conforme a las reglas sustanciales que la rigen; el de *contradicción* que impide al tribunal de apelación, resolver sin audiencia previa de las partes; el de *moralidad* que constriñe al *ad quem* a reparar deslealtades ocurridas en la instancia de origen, motivadoras de pronunciamientos contrarios a la verdad real; el de *moderación* que impone a los recurrentes la obligación de abstenerse de denostar a la autoridad judicial; el de *congruencia* que preconiza la correspondencia entre las pretensiones de las partes y la resolución que se dicte; el de *preclusión*, cuyo origen se halla en el Derecho romano y supone la fragmentación del proceso en etapas en las que deben realizarse determinados actos que si se efectúan fuera de la etapa respectiva, son sancionados con su ineficacia; y el de *irreformabilidad* de las resoluciones judiciales en tanto después de formuladas o votadas, no podrán variarse.

por las reglas del Código Nacional de Procedimientos Penales (en lo sucesivo CNPP), pero en otros casos, para inconformarse de distintas resoluciones concede la apelación, aunque deja abandonado el trámite del recurso, que navega sin rumbo en el proceloso mar de la incertidumbre.

Por eso, para no extraviarse en su estudio, conservando los principios que les son comunes, importa siempre acotar cada recurso al sistema jurídico del país o bien, ceñirse al análisis de las impugnaciones que concede la ley, a una área jurídica concreta, por ejemplo, en materia civil, administrativa, laboral o de amparo, porque conservando notables semejanzas, no son iguales de una región a otra, o como se ha visto, varían de acuerdo con el ámbito jurídico en el que se conceden y por tanto, no reciben igual tratamiento legal y a veces ni siquiera son identificadas con la misma denominación.

La clasificación más común distingue entre recursos *ordinarios* y *extraordinarios*.

Esta clasificación, de origen netamente procesal civilista, toma como punto de partida la resolución objeto del recurso; por ende, son ordinarios los que se invocan contra las resoluciones que aun no han adquirido el rango de "cosa juzgada"; y extraordinarios, los que sí han alcanzado esa autoridad.⁴

Los recursos ordinarios, además, suscitan una instancia nueva pero dentro del mismo juicio, en tanto los extraordinarios, constituyen otro juicio en sí. Como es el caso del amparo y el reconocimiento de la inocencia del sentenciado, por ejemplo.

Nuestras ideas sólo se centrarán a los recursos ordinarios que registra el CNPP.

RECURSOS ORDINARIOS EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El Código regula la revocación y la apelación como vías para recurrir las resoluciones derivadas del proceso acusatorio, en las que las

⁴ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 15a. ed., Porrúa, México, 1995, pp. 607, 618.

partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que causen agravio, siempre y cuando no hayan contribuido a provocarlo, debiendo sustentarse el recurso en la afectación que causa el acto impugnado, así como en los motivos que originaron ese agravio.

Respecto al derecho a impugnar las resoluciones, el CNPP lo otorga sólo a quien pueda resultar afectado por ella, sin embargo, contiene la novedad de conceder expresamente la posibilidad de interponerlo a la víctima u ofendido (art. 459) aunque no se haya constituido como coadyuvante, por sí o a través del Ministerio Público, en lo que mira a las resoluciones que versen sobre la reparación del daño causado por el delito, cuando estime que hubiere resultado perjudicado por la misma; las que pongan fin al proceso, y las que se produzcan en la audiencia de juicio, sólo si en este último caso hubiere participado en ella.

Además, cuando la víctima u ofendido solicite al Ministerio Público que interponga los recursos que sean pertinentes y éste no presente la impugnación, deberá explicar por escrito al solicitante la razón de su proceder a la mayor brevedad.

De igual manera, la nueva legislación adjetiva, contraria a la anterior que establecía la relatividad de las sentencias de segunda instancia, acoge el efecto extensivo de ellas, cuando señala que: "Si sólo uno de varios imputados por el mismo delito interpusiera algún recurso contra una resolución, la decisión favorable que se dictare aprovechará a los demás, a menos que los fundamentos fueren exclusivamente personales del recurrente".

REVOCACIÓN

Concretamente en cuanto al recurso de revocación, procede contra las resoluciones de mero trámite dictadas en audiencia, las que se resuelvan sin sustanciación, o las que no admitan otro medio de impugnación, y podrá promoverse durante cualquier etapa del procedimiento penal en el que intervenga la autoridad judicial.

La dinámica del recurso implica que deberá interponerse verbalmente en la audiencia o por escrito; si se hace valer contra las resoluciones pronunciadas durante audiencia, deberá promoverse antes de que ésta termine, su tramitación se efectuará oralmente, de inmediato y de la misma manera se pronunciará el fallo.

Para el caso de que se interponga contra resoluciones dictadas fuera de audiencia, se hará por escrito en un plazo de dos días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, expresando los motivos por los cuales se solicita.

En esta última hipótesis, el juez se pronunciará de plano, pero podrá oír previamente a las demás partes dentro del plazo de dos días de interpuesto el recurso, si se tratara de un asunto cuya complejidad así lo ameritara. La resolución deberá emitirse dentro de los tres días siguientes a su interposición; en caso de que el órgano jurisdiccional cite a audiencia por la complejidad del caso, resolverá en ésta. (art. 466 del CNPP)

APELACIÓN

En lo que se refiere al recurso de apelación, el CNPP en su artículo 467, señala taxativamente las resoluciones emitidas por el Juez de Control o bien, por el Tribunal de Enjuiciamiento, susceptibles de ser apeladas, estableciendo los distintos efectos en los que podrá admitirse.

Así, determina como apelables las siguientes resoluciones del Juez de Control:

- I. Las que nieguen el anticipo de prueba;
- II. Las que nieguen la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios o no los ratifiquen;
- III. La negativa o cancelación de orden de aprehensión; la cancelación de la negativa de la orden de aprehensión;
- IV. La negativa de orden de cateo;
- V. Las que se pronuncien sobre las providencias precautorias o medidas cautelares;
- VI. Las que pongan término al procedimiento o lo suspendan;
- VII. El auto que resuelve la vinculación del imputado a proceso;
- VIII. Las que concedan, nieguen o revoquen la suspensión condicional del proceso;
- IX. La negativa de abrir el procedimiento abreviado;
- X. La sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado, o
- XI. Las que excluyan algún medio de prueba.

Del Tribunal de Juicio Oral, en cambio, declara apelables las resoluciones referentes al desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público, así como la sentencia definitiva en relación con aquellas

consideraciones contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba siempre que no comprometan el principio de inmediación, o bien, aquellos actos que impliquen una violación grave al debido proceso (art. 468).

Para el trámite de la apelación, la ley dice que inmediatamente después de pronunciada la resolución judicial que se pretenda apelar, las partes podrán solicitar copia del registro de audio y video de la audiencia en la que fue emitida sin perjuicio de obtener copia de la versión escrita que se emita en los términos establecidos en el propio Código (art. 369).

Si el recurso se hace valer contra las resoluciones del Juez de Control, se interpondrá por escrito ante el mismo Juez que dictó la resolución, dentro de los tres días contados a partir de aquel en el que surta efectos la notificación si se tratare de auto o cualquier otra providencia y de cinco días si se tratare de sentencia definitiva.

Tratándose de apelación sobre el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público, se interpondrá ante el Tribunal de enjuiciamiento que dictó la resolución dentro de los tres días contados a partir de que surte efectos la notificación.

El recurso de apelación en contra de las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Enjuiciamiento, se interpondrá ante el Tribunal que conoció del juicio, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, mediante escrito en el que se precisarán las disposiciones violadas y los motivos de agravio correspondientes.

En el escrito de interposición, deberá señalarse el domicilio o autorizar el medio para ser notificado; en caso de que el Tribunal de alzada competente para conocer de la apelación tenga su sede en un lugar distinto al del proceso, las partes deberán fijar un nuevo domicilio en la jurisdicción de aquél para recibir notificaciones o el medio para recibirlas.

Los agravios deberán expresarse en el mismo escrito de interposición del recurso; el recurrente deberá exhibir una copia para el registro y una para cada una de las otras partes. Si faltan total o parcialmente las copias, se le requerirá para que presente las omitidas dentro del término de veinticuatro horas. En caso de que no las exhiba, el Órgano Jurisdiccional las tramitará e impondrá al promovente multa de diez a

ciento cincuenta días de salario, excepto cuando éste sea el imputado o la víctima u ofendido.

Interpuesto el recurso, el Órgano Jurisdiccional deberá correr traslado del mismo a las partes para que se pronuncien en un plazo de tres días respecto de los agravios expuestos y señalen domicilio para oír notificaciones.

Al interponer el recurso, al contestarlo o al adherirse a él, los interesados podrán manifestar en su escrito su deseo de exponer oralmente alegatos aclaratorios sobre los agravios ante el Tribunal de alzada.

Por regla general, la interposición del recurso no suspende la ejecución de la resolución judicial impugnada, pero en el caso de la apelación contra la exclusión de pruebas, la interposición del recurso tendrá como efecto inmediato suspender el plazo de remisión del auto de apertura de juicio al Tribunal de Enjuiciamiento, en atención a lo que resuelva el Tribunal de alzada competente.

El CNPP concede la posibilidad a quien tenga derecho a recurrir, de adherirse dentro del término de tres días, contados a partir de recibido el traslado, a la apelación interpuesta por alguna otra de las partes, expresando agravios y cumpliendo con los otros requisitos formales, de cuya adhesión deberá correrse traslado por tres días a las demás partes.

Concluidos los plazos otorgados a las partes para la sustanciación del recurso de apelación, el Órgano Jurisdiccional enviará los registros correspondientes al Tribunal de alzada que deba conocer del mismo, los registros correspondientes del recurso de apelación, el cual se pronunciará de plano sobre la admisión del recurso.

El Tribunal de alzada declarará inadmisibles el recurso cuando se interponga extemporáneamente, en caso de que no sea apelable la resolución impugnada, cuando no se halle legitimado el apelante o finalmente, cuando el escrito de interposición carezca de fundamentos de agravio o de peticiones concretas.

Si al interponer el recurso, al contestarlo o al adherirse a él, alguno de los interesados manifiesta en su escrito su deseo de exponer oralmente alegatos aclaratorios sobre los agravios, o bien, cuando el Tribunal de alzada lo estime pertinente, decretará lugar y fecha para la celebración de la audiencia, la que deberá tener lugar dentro de los cinco y quince días después de que fenezca el término para la adhesión.

Si las partes solicitan exponer oralmente alegatos aclaratorios o en caso de considerarlo pertinente, el Tribunal *ad quem* citará a audiencia para que las partes expongan oralmente sus alegatos aclaratorios sobre los agravios, la que deberá tener lugar dentro de los cinco días después de admitido el recurso.

Una vez abierta la audiencia, se concederá la palabra a la parte recurrente para que exponga sus alegatos aclaratorios sobre los agravios manifestados por escrito, sin que pueda plantear nuevos conceptos de agravio.

La sentencia que resuelva el recurso al que se refiere esta sección, podrá ser dictada de plano, en audiencia o por escrito dentro de los tres días siguientes a la celebración de la misma.

La sentencia confirmará, modificará o revocará la resolución impugnada, o bien, ordenará la reposición del acto que dio lugar a la misma.

DELINCUENCIA ORGANIZADA

Para los efectos del análisis que nos hemos propuesto hacer en este trabajo, no perderemos de vista que el artículo tercero transitorio del CNPP, abroga al Código Federal de Procedimientos Penales y los de las respectivas entidades federativas vigentes a la entrada en vigor del decreto respectivo, para efectos de su aplicación en los procedimientos penales iniciados por hechos que ocurran a partir de su entrada en vigor, sin embargo, respecto a los procedimientos penales que a la entrada en vigor del CNPP se encuentren en trámite, continuarán su sustanciación de conformidad con la legislación aplicable en el momento del inicio de los mismos.

De igual modo, conforme al artículo cuarto transitorio, quedan derogadas todas las normas que se opongan al CNPP, con excepción de las leyes relativas a la jurisdicción militar así como de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996, cuyo objeto es el establecimiento de reglas para investigar, perseguir, procesar, sancionar y ejecutar las penas por delitos que cometan los miembros de la delincuencia organizada, regula de manera singular los recursos ordinarios que se suscitan a propósito de su aplicación.

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada el 18 de junio de 2008, proporciona la siguiente definición: *Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.*

La LFCDO, por su lado, define la delincuencia organizada en su artículo 2 al establecer que cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos señalados en las siete fracciones que dicho dispositivo contiene, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.⁵

⁵ Disposición reformada en distintas ocasiones, para quedar como sigue: "Artículo 2. Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada: I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 a 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; el previsto en la fracción IV del artículo 368 Quáter en materia de hidrocarburos; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal; (Fracción reformada DOF 11-05-2004, 28-06-2007, 24-10-2011) II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración; (Fracción reformada DOF 25-05-2011) IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 Bis de la Ley General de Salud; (Fracción reformada DOF 27-11-2007) V. 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 personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y Robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o

Daremos pues un vistazo a la forma en que los recursos ordinarios son contemplados en los procedimientos penales vinculados con la delincuencia organizada, para advertir de qué manera impacta su manejo a los procedimientos relacionados con la aplicación de la LFCDO, porque a veces los medios de impugnación son reenviados para su íntegra tramitación al código procesal penal, pero en algunas otras hipótesis se prescinde de este ordenamiento, sin señalarse no obstante, las reglas que han de seguirse para la solución de la problemática que surge sobre el particular.

Por principio, diremos que el ordenamiento especial no considera el otorgamiento de recurso alguno en varias hipótesis, a pesar de que la resolución vulnere derechos que forman parte de la esfera jurídica del gobernado y en cambio reglamenta una especie de queja que aun vista con la mejor intención, no alcanza el rango de un recurso.

Esto hace surgir una serie de confusiones y dudas que tendrán que ser elucidadas para evitar incurrir en errores frecuentes que en ocasiones pudieran parecer irresolubles en la práctica.

Tiene que añadirse a lo anterior, que alguno de los medios de impugnación referidos en la LFCDO, sólo guarda parentesco con la apelación regulada en el CNPP, sin confundirse con ella.

Resulta así urgente, reglamentarlo adecuadamente, para darle su real alcance y fijar los términos de su tramitación, con el fin de evitar que se dejen sin solución o peor, que cada autoridad jurisdiccional de segunda instancia, ante la ausencia de salidas legales, asigne al caso concreto la que estime mejor, creando así su propia norma, a despecho de la invasión de funciones al Poder Legislativo y olvidando que el más alto nivel de jurisdicción que debe acatar la autoridad judi-

en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal; (Fracción reformada DOF 27-03-2007, 27-11-2007, 23-01-2009, 30-11-2010) VI. Delitos en materia de trata de personas, previstos y sancionados en el Título Segundo de la Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34 y sus respectivas tentativas punibles. (Fracción adicionada DOF 27-11-2007. Fracción reformada DOF 30-11-2010, 14-06-2012) VII. Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 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. (Fracción adicionada DOF 30-11-2010)".

cial en su actuación, es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, razón que la compele a que sus actos se funden en leyes y ordenamientos que puedan resistir un examen frente a nuestra Carta Fundamental.

Es indudable que los medios de defensa para el caso de los delitos de la delincuencia organizada, no son ni pueden ser iguales a los de la delincuencia tradicional, por infinidad de razones, de modo que variando el ámbito jurídico en el que se conceden, no pueden recibir igual tratamiento legal y a veces ni siquiera identificarse con la misma denominación.

La misma naturaleza de las acciones jurídicas que se ponen en juego en la investigación y persecución de conductas vinculadas al crimen organizado, requieren especial custodia y preservación de los derechos e intereses de la sociedad, que en ocasiones pueden depender de la celeridad y de la eficacia con que se actué por parte del Ministerio Público de la Federación o del juez, autoridades a las que señala la ley, en la mayoría de los casos, plazos perentorios para la realización de los actos procesales que a cada una de ellas competen, que explican un especial tratamiento de las impugnaciones impregnadas, así de una inusitada urgencia y rapidez que de otra forma conducirían a la frustración en la realización de los fines del proceso penal.

Es indispensable, no obstante, que el apremio reclamado por los medios de impugnación en este campo, se auxilie empleando los avances de la ciencia, la técnica y la civilización que ahora se ponen al servicio de las autoridades respectivas, cuidando que no se vulneren los derechos humanos de los involucrados.

Quizás esto explique de paso, que en la realización de ciertos actos surgidos en la indagación de los delitos relacionados con la delincuencia organizada, la ley marque al Ministerio Público la obligación de acudir a la autoridad judicial en solicitud del otorgamiento de autorizaciones para la práctica de ciertas medidas cautelares reales o personales y el empleo de técnicas investigatorias que pudieran esconder un desmedido autoritarismo en su implementación, que agravien los derechos humanos.

Lo anterior, sin desconocer que el crimen transnacional se manifiesta en una serie de delitos que de manera señalada impactan al sano desarrollo de los países, en los cuales los conceptos de libertad, justicia y soberanía, a diario se redefinen frente a su poder devastador, recla-

mando nuestra colaboración y cooperación como las mejores armas en su contra, exigiendo soluciones que impulsen mecanismos de procesamiento más efectivos y rápidos que hagan confiable la impartición de la justicia, e instrumentos necesarios con tecnología de vanguardia para combatirlos con éxito, ello sin apartarse un ápice del respeto a los derechos humanos.

Las impugnaciones de esta manera, constituyen legalmente un importante capítulo en cuya estructuración debe conjugarse, equilibradamente, la celeridad con el respeto y garantía de los derechos esenciales que se hallan en juego en el proceso.

Esto hace inviable el tratamiento de ciertos delitos con métodos, esquemas y leyes rebasadas por la realidad cada vez más compleja y demandante que exige una armonización en los ordenamientos legales para que los recursos ordinarios otorgados contra las resoluciones judiciales que en esos juicios se dicten, encuentren soluciones acordes con una realidad que a estas alturas no pueden confiarse solamente a la ley procesal penal nacional, ello a pesar de su reciente concepción.

Todos los medios de impugnación tienen en común hoy, pero también ha sido su constante histórica, el propender al restablecimiento del derecho violado en perjuicio de alguien, por causa de una resolución de la autoridad.

No obstante, la LFCDO establece resoluciones de verdadera trascendencia en la esfera de los derechos humanos de los justiciables, contra las que no se concede ningún recurso ordinario, justificándose el hecho, como ya decíamos, por la naturaleza de las resoluciones dictadas a propósito de las investigaciones por delitos de delincuencia organizada, así como por la especial exigencia social de que en esos casos con más rigor se cumplan los fines del proceso penal.

De esta forma, es inapelable para el inculpado y su defensor la resolución que decreta el cateo en los términos del artículo 15 de la Ley⁶

⁶ Cuando el Ministerio Público de la Federación solicite por cualquier medio al Juez de Distrito una orden de cateo con motivo de la investigación de alguno de los delitos a los que se refiere el presente ordenamiento, dicha petición deberá ser resuelta en los términos de Ley dentro de las doce horas siguientes después de recibida por la autoridad judicial. (Párrafo reformado DOF 23-01-2009). Si dentro del plazo antes indicado, el juez no resuelve sobre el pedimento de cateo, el Ministerio Público de la Federación deberá recurrir al Tribunal Unitario de Circuito

y la resolución del juez que ordene la interceptación de las comunicaciones privadas, conforme a los artículos 16 al 18 del propio ordenamiento legal.⁷

correspondiente para que éste substancie y resuelva en un plazo igual. (Párrafo reformado DOF 15-11-2011). El auto que niegue la autorización, es apelable por el Ministerio Público de la Federación. En estos casos la apelación deberá ser resuelta en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas. Cuando el Juez de Distrito competente, acuerde obsequiar una orden de aprehensión, deberá también acompañarla de una autorización de orden de cateo, si procediere, en el caso de que ésta haya sido solicitada por el agente del Ministerio Público de la Federación, debiendo especificar el domicilio del probable responsable o aquél que se señale como el de su posible ubicación, o bien, el del lugar que deba catearse por tener relación con el delito, así como los demás requisitos que señala el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- ⁷ **Artículo 16.** Cuando en la averiguación previa de alguno de los delitos a que se refiere esta Ley o durante el proceso respectivo, el Procurador General de la República o el titular de la Unidad Especializada a que se refiere el artículo anterior, consideren necesaria la intervención de comunicaciones privadas, lo solicitarán por escrito al juez de distrito, expresando el objeto y necesidad de la intervención, los indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada; así como los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que se pretenda probar. Las solicitudes de intervención deberán señalar, además, la persona o personas que serán investigadas; la identificación del lugar o lugares donde se realizará; el tipo de comunicación privada a ser intervenida; su duración; y el procedimiento y equipos para la intervención y, en su caso, la identificación de la persona a cuyo cargo está la prestación del servicio a través del cual se realiza la comunicación objeto de la intervención. Podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores.
- Artículo 17.** El juez de distrito requerido deberá resolver la petición en los términos de ley dentro de las doce horas siguientes a que fuera recibida la solicitud, pero en ningún caso podrá autorizar intervenciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.
- Artículo 18.** Para conceder o negar la solicitud, el juez de distrito constatará la existencia de indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que la persona investigada es miembro de la delincuencia organizada y que la intervención es el medio idóneo para allegarse de elementos probatorios. En la autorización el juez determinará las características de la intervención, sus modalidades y límites y, en su caso, ordenará a instituciones públicas o privadas, modos específicos de colaboración. La autorización judicial para intervenir comunicaciones privadas, que únicamente llevará a cabo el Ministerio Público de la Federación, bajo su responsabilidad con la participa-

Acorde a la propia disposición resulta también irrecurrible el auto que fije características, límites o modalidades distintas de las solicitadas por el Ministerio Público de la Federación, concernientes a la persona o personas que serán investigadas; la identificación del lugar o lugares donde se realizará; el tipo de comunicación privada a ser intervenida; su duración, y el procedimiento y equipos para la intervención y, en su caso, la identificación de la persona a cuyo cargo está la prestación del servicio a través del cual se realiza la comunicación objeto de la intervención.

Por semejantes argumentaciones a las expuestas, se justifica también la práctica de las medidas precautorias de carácter patrimonial que decreta el juez a solicitud del Ministerio Público, en la averiguación previa o dentro del proceso penal, el aseguramiento de bienes verbigracia, alcanzando la inapelabilidad de esas resoluciones, a los terceros cuyos bienes sean asegurados por estimarse que el miembro de la delincuencia organizada se conduce como dueño respecto de ellos.

Sin embargo, lo que sí resulta cuestionable es la utilización de las medidas de impugnación no reguladas por la ley procesal, en los apartados concernientes a los artículos 15 y 19 de la LFCDO, en los que se estatuye que si el Juez de Distrito no resuelve las peticiones de cateo e intervención de comunicaciones privadas, o bien, la solicitud de prórrogas de esta última medida, dentro de las doce horas de recibidas

ción de perito calificado, señalaran las intervenciones que serán escuchadas o interceptadas, los lugares que serán vigilados, así como el periodo durante el cual se llevarán a cabo las intervenciones, el que podrá ser prorrogado por el juez de distrito a petición del Ministerio Público de la Federación, sin que el periodo de intervención, incluyendo sus prórrogas pueda exceder de seis meses. Después de dicho plazo, sólo podrán autorizarse intervenciones cuando el Ministerio Público de la Federación acredite nuevos elementos que así lo justifiquen. El juez de distrito podrá en cualquier momento, verificar que las intervenciones sean realizadas en los términos autorizados y, en caso de incumplimiento, podrá decretar su revocación parcial o total. El Ministerio Público de la Federación solicitará la prórroga con dos días de anticipación a la fecha en que fenezca el periodo anterior. El juez de distrito resolverá dentro de las doce horas siguientes, con base en el informe que se le hubiere presentado. De negarse la prórroga, concluirá la intervención autorizada, debiendo levantarse acta y rendirse informe complementario, para ser remitido al juzgador. Al concluir toda intervención, el Ministerio Público de la Federación informará al juez de distrito sobre su desarrollo, así como de sus resultados y levantará el acta respectiva. Las intervenciones realizadas sin las autorizaciones antes citadas o fuera de los términos en ellas ordenados, carecerán de valor probatorio.

la peticiones relativas, el Ministerio Público de la Federación deberá recurrir al Tribunal Unitario de Circuito correspondiente para que éste substancie y resuelva en un plazo igual.

Claramente se ve que esta “sustanciación y resolución” del Tribunal unitario, en la forma tratada por la LFCDO, no constituye propiamente un recurso, supuesto que si bien corresponden a acciones cuya realización se encarga a la autoridad judicial superior en jerarquía al Juez de Control, no se establece en cambio, ningún procedimiento propio de los recursos, como por ejemplo, el plazo de interposición, la forma en que se realice la sustanciación, el efecto en que se admita, pero lo que resulta más evidente, es que no se busca como propósito la modificación o revocación de una resolución judicial del inferior.

Esto porque la resolución del Juez de Control no es necesario que sea denegatoria de solicitud alguna, sino que es bastante con que no resuelva las peticiones de cateo e intervención de comunicaciones privadas, o bien, la solicitud de prórrogas de esta última medida dentro de las doce horas de solicitada, para que la siguiente actuación del Ministerio Público consista en recurrir ante el unitario.

Las distintas oportunidades en que la ley especial faculta al Ministerio Público de la Federación para ocurrir ante el superior jerárquico con la finalidad de que sea éste el que sustancie y resuelva sobre una omisión del juez de control en proveer sobre el otorgamiento de medidas cautelares con la prontitud del caso, no supone, claro está, la existencia de una negativa a las solicitudes del fiscal sobre alguna urgente y especial petición formulada al Juez de Control ante el que se promovió.

No puede pues estarse en presencia de un recurso legal en la forma que lo define la doctrina⁸ y la ley; en lo tocante a ésta, por prohibición del artículo 456, del CNPP, que señala las reglas generales de las impugnaciones y dice que “Las resoluciones judiciales podrán ser recurridas sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en este Código”.

No se trata de una revocación pues al respecto, lo conducente del artículo 465, del código nacional, señala que, “objeto de este recurso será que el mismo Órgano Jurisdiccional que dictó la resolución impugnada, la examine de nueva cuenta y dicte la resolución que corres-

⁸ Véanse notas al pie 1 a 3.

ponda". En la hipótesis que se estudia, el Juez de Control no emitió resolución alguna en sentido concesorio ni en el otro, sobre la que pudiera pronunciarse el Tribunal Unitario.

Tampoco podrá tratarse de una apelación (que es el otro recurso ordinario que admite solamente la ley procesal, según se ha visto) porque el artículo 470 del mismo ordenamiento legal, autoriza la desestimación del recurso cuando no se esté en presencia de alguna de las resoluciones expresamente señaladas como apelables en los artículos 467 y 468.

En estos supuestos, a lo más se estaría en presencia de una queja sin regulación en la ley, pero que pudiera aceptarse como una solución procesal al retardo o denegación de justicia o a la conducta remisa de la autoridad judicial de control, en el desempeño de sus funciones para que provea y resuelva sobre el acto omitido por la autoridad judicial de primera instancia, otorgando al efecto al Tribunal de alzada, el mismo plazo perentorio (doce horas) para resolver, en el concepto de que nada se opondría a que el unitario, resolviera haciendo un extrañamiento al inferior y ordenándole que proveyera la petición de inmediato, por ejemplo.

No sobra señalar que buscando dar a los actos procesales la celeridad debida, a esta fecha, antes de la entrada en vigencia del CNPP, las providencias precautorias como los cateos y las intercepciones de las comunicaciones privadas, se realicen mediando autorización de los organismos jurisdiccionales federales especializados en arraigos, cateos e intervención de comunicaciones, creados por Acuerdo del Consejo de la Judicatura Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de diciembre de 2008.

REVOCACIÓN EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*,⁹ del latín *revocare*, revocación quiere decir dejar sin efecto una concesión, mandato o resolución, acepción que recoge también el *Diccionario Jurídico Mexicano*.¹⁰

⁹ Talleres Tipográficos de la Editorial Espasa Calpe, España, T. V., 1970, p. 1155.

¹⁰ *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. VIII, Porrúa, México, pp. 73 y ss.

En estos casos, sin embargo, no se alude a la revocación como un medio de defensa establecido por la ley para impugnar, ante la propia autoridad que la emitió, una resolución judicial contra la que no proceda el recurso de apelación.

Es precisamente en este último sentido en el que nosotros tratamos la revocación, es decir, como un recurso que tiene como finalidad subsanar, en la misma instancia donde fueron causadas —y consecuentemente por el mismo órgano que las causó—, las violaciones legales producidas con motivo de una resolución judicial. (Parece obvio aclarar que al aludir al órgano causante del agravio, no se hace referencia a la persona física que lo encarna.)¹¹

Se trata, dice Cristella Seró, de un trámite rápido donde planteadas al tribunal las razones por las que el impugnante entiende que el auto es contrario a derecho, puede lograrse una pronta resolución favorable si se demuestra que asiste razón al recurrente, por lo que el recurso es apto para lograr, por su celeridad, oportuna reparación, con la ventaja adicional de no introducir alteraciones en los juicios, evitando que la cuestión sea sacada de los jueces naturales llamados a intervenir en ellas.¹²

¹¹ Carnelutti Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Colección Clásicos del Derecho, obra compilada y editada, Traducción y Compilación Enrique Figueroa Alfonso, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1994, pp. 150 y 151, afirma: “Cuando se dice **el mismo juez**, se entiende **el mismo oficio judicial**; y puesto que en los oficios judiciales, y tanto más si son grandes oficios, coexisten diversos jueces y, además, cambian por causa de muerte o bien, de traslados o promociones, la identidad del oficio judicial no excluye la diversidad de las personas entre el juez *a quo* y el juez *ad quem*, pero tampoco excluye la identidad; por eso, **mismo juez** no quiere decir **misma persona**; pero aun cuando fuese el mismo individuo, la identidad se debería entender con cautela. Ciertamente, en el individuo hay un principio de identidad, que es como un centro constante, el cual atrae y tiene juntos los elementos de su historia; pero él es también toda su historia, que cada día, hora, minuto, se acrece, es tal acrecimiento el que constituye la diversidad en su unidad; que yo sea siempre yo, desde que he venido al mundo, no quita para que hoy este yo sea profundamente diverso que cuando era un muchacho. He aquí porque aun cuando el nuevo juicio debiese pronunciarse por el mismo individuo que lo ha pronunciado ya, existiría una diversidad, sin embargo, si no hubiese diversidad no podríamos hacer lo que se ha hecho a lo largo de toda la vida y tratarlo de hacer cada vez mejor actualmente, esto es, rever los juicios y corregir los errores”.

¹² Seró, Cristella, “Recursos Ordinarios en el Proceso Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho Procesal*, vol. 2, Medios de Impugnación. Recursos I, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1999, p. 430.

En la LFCDO se reglamenta también la revocación como medio de impugnación, sólo que con algunas peculiaridades dado que abandona los cauces de la que regula, a la manera tradicional y ordinaria el CNPP.

Según hemos expresado antes, en la legislación adjetiva nacional, la revocación se regula como un recurso que procede por exclusión, o sea, contra resoluciones que no estén señaladas expresamente como apelables y rige en cuanto a su tramitación el principio de rogación que se expresa en el sentido de que no puede iniciarse oficiosamente el medio de defensa, sino que es menester la instancia del agraviado para que se abra la tramitación y sustanciación del recurso.

Además, como denota la propia denominación del medio impugnativo, el propósito perseguido con él, es que la resolución recurrida, en caso de declararse procedente la impugnación, se revoque y se cambie por otra que no cause agravios al recurrente.

La LFCDO, tratándose de peticiones de intervención de las comunicaciones privadas, obliga al juez, para resolver acerca de su concesión o negativa, a constatar la existencia de indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que la persona a quien se investiga es miembro de la delincuencia organizada y que la intervención es el medio idóneo para allegarse elementos probatorios.

En la autorización, el juez tendrá que determinar las características de la intervención, sus modalidades y límites y, en su caso, ordenará a instituciones públicas o privadas, modos específicos de colaboración. Esa autorización deberá señalar las comunicaciones que serán escuchadas o interceptadas, los lugares que serán vigilados y el tiempo que dure la intervención.

Pues bien, el artículo 18, párrafo cuarto, de la LFCDO, establece: “El juez de distrito podrá en cualquier momento, verificar que las intervenciones sean realizadas en los términos autorizados y, en caso de incumplimiento, podrá decretar su revocación parcial o total”.

Estamos en presencia, según se ve, de un recurso de procedencia oficiosa, lo que importa una excepción al principio de rogación, debiendo destacarse que el CNPP, en el capítulo que destina a los recursos, no contempla ningún caso de excepción a dicho principio.

Efectivamente, la parte final del artículo 466, al aludir a que la resolución que decida la revocación interpuesta oralmente en audiencia, deberá emitirse de inmediato y la resolución que decida la interpuesta

por escrito deberá emitirse dentro de los tres días siguientes a su interposición, es evidente que no está dejando lugar para una revocación de carácter oficioso, lo que queda corroborado al señalarse el plazo para interponer la revocación, pues implícitamente está reconociendo la perentoria exigencia de que alguna de las partes haga valer el recurso para que pueda proceder su apertura.

La significación de lo anterior es que al no existir un plazo que señale el artículo 18, de la LFCDO, para interponer la revocación y ante lo superfluo que resulta el que alguna de las partes lo promueva, el recurso puede hacerse valer en cualquier tiempo, es innecesaria la expresión de agravios para su tramitación y no es menester escuchar a las partes para fallarlo, convirtiéndose además, en un recurso que procede no ya por exclusión, sino su procedencia está determinada expresamente, al señalarse de manera explícita la resolución contra la que procede, sin que, finalmente, a pesar de diseñarse como revocación parcial o total en la Ley, los efectos que produzca la determinación, consistan en sustituirla aun que sea parcialmente por otra.

Éstas son las razones que nos animan a afirmar que la LFCDO crea una especie nueva de impugnación que apenas está emparentada, como vimos, con la revocación, siquiera sea por la finalidad que persigue y por la horizontalidad del recurso, es decir, por resolverlo la misma autoridad judicial que emitió la resolución recurrida.

APELACIÓN EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Etimológicamente, apelación viene del latín *apellatio* o *apellare* que significa llamamiento o reclamación, aunque también quiere decir alzada o elevación, lo que permite estimar a la apelación en un primer momento, como el acto por el cual se pide al Tribunal de alzada (al superior), que modifique o revoque una resolución del inferior, que irroga agravio,¹³ quizás por eso, Carnelutti dice que apelación proviene de *apellare*, llamar, y "alude al hecho de dirigirse la parte a otro juez, a fin de que juzgue mejor que el juez que ha juzgado ya".¹⁴

¹³ En este sentido, Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para Juristas*, Mayo ediciones, México, 1981, p. 107.

¹⁴ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, op. cit., p. 153.

De Pina y Castillo Larrañaga confirman que la experiencia de siglos abona la opinión de que la apelación, el recurso judicial ordinario más importante, es necesario para garantizar la buena administración de justicia. Es el medio legal para combatir las resoluciones judiciales generalmente de mayor significación, cuando causan agravios a los participantes en el proceso.¹⁵

De conformidad con el CNPP, el procedimiento para ventilar el recurso de apelación tiene dos etapas independientes, las cuales esencialmente se diferencian por el órgano jurisdiccional ante el que se tramitan.

De la primera etapa denominada de *instrucción* conoce el juez que emitió la resolución apelada (*a quo*) y comprende conforme al código nacional, los siguientes actos procesales:

- a) la expedición de copia del registro de audio y video de la audiencia en la que fue emitida la resolución apelada, sin perjuicio de obtener copia de la versión escrita que se emita en los términos establecidos en el propio Código;
- b) los actos jurídicos concernientes a la interposición del medio impugnativo, cuyos efectos no suspenderán la ejecución de la decisión, salvo las excepciones previstas en el Código, como el caso de la apelación contra la exclusión de pruebas, en que la interposición del recurso tendrá como efecto inmediato suspender el plazo de remisión del auto de apertura de juicio al Tribunal de Enjuiciamiento, en atención a lo que resuelva el Tribunal de alzada competente;
- c) el recurso se interpondrá por escrito dentro de los tres días contados a partir de aquel en el que surta efectos la notificación si se tratare de auto o cualquier otra providencia, y de cinco días si se tratare de sentencia definitiva, salvo que se apele de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Enjuiciamiento, que se interpondrá ante el Tribunal que conoció del juicio, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, mediante escrito en el que se precisarán las disposiciones violadas y los motivos de agravio correspondientes;
- d) el señalamiento de domicilio o la autorización del medio para ser notificado; en caso de que el Tribunal de alzada competente

¹⁵ De Pina, Rafael y José Castillo Larrañaga, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial América, México, 1946, p. 302.

- para conocer de la apelación tenga su sede en un lugar distinto al del proceso, las partes deberán fijar un nuevo domicilio en la jurisdicción de aquél para recibir notificaciones o el medio para recibirlas;
- e) los agravios, que deberán expresarse en el mismo escrito de interposición del recurso, del que el recurrente deberá exhibir una copia para el registro y una para cada una de las otras partes. Si faltan total o parcialmente las copias, se le requerirá para que presente las omitidas dentro del término de veinticuatro horas. En caso de que no las exhiba, el Órgano Jurisdiccional las tramitará e impondrá al promovente multa de diez a ciento cincuenta días de salario, excepto cuando éste sea el imputado o la víctima u ofendido;
 - f) correr traslado del escrito de interposición a las partes, para que se pronuncien en un plazo de tres días respecto de los agravios expuestos y señalen domicilio o medios para recibirlas;
 - g) en la interposición del recurso, al contestarlo o al adherirse a él, los interesados podrán manifestar en su escrito su deseo de exponer oralmente alegatos aclaratorios sobre los agravios ante el Tribunal de alzada;
 - h) para el caso de adhesión se conceden tres días a quien tenga derecho a recurrir, a partir de recibido el traslado y de dicha adhesión se correrá traslado a las partes, por otros tres días, y
 - i) el envío de los registros correspondientes al Tribunal de alzada que haya de conocer de la sustanciación del recurso.

La otra etapa de la apelación, propiamente la de *sustanciación*, está encomendada en cuanto a su realización al Tribunal de alzada (*ad quem*), y abarca:

- a) la recepción de los registros correspondientes del recurso de apelación;
- b) el pronunciamiento de plano sobre la admisión del recurso;
- c) Si alguno de los interesados manifestó en su escrito su deseo de exponer oralmente alegatos aclaratorios sobre los agravios, o bien, cuando el Tribunal de alzada lo estime pertinente, decretará lugar y fecha para la celebración de la audiencia, la que deberá tener lugar dentro de los cinco y quince días después de que fenezca el término para la adhesión;
- d) celebración de la audiencia, en la que se concederá la palabra a la parte recurrente para que exponga sus alegatos aclarato-

rios sobre los agravios manifestados por escrito, sin que pueda plantear nuevos conceptos de agravio. El Tribunal de alzada podrá solicitar aclaraciones a las partes sobre las cuestiones planteadas en sus escritos, y

- e) sentencia que resuelva el recurso, que podrá ser dictada de plano, en audiencia o por escrito dentro de los tres días siguientes a la celebración de la misma, confirmando, modificando o revocando la resolución impugnada, o bien ordenando la reposición del acto que dio lugar a la misma. En caso de que la apelación verse sobre exclusiones probatorias, el Tribunal de alzada requerirá el auto de apertura al Juez de Control, para que en su caso se incluya el medio o medios de prueba indebidamente excluidos, y hecho lo anterior lo remita al Tribunal de Enjuiciamiento competente.

Ahora bien, la LFCD en algunos casos permite la impugnación de resoluciones judiciales a través de la apelación que, por seguir cabalmente los lineamientos y tramitación que para tal medio impugnativo establece la ley procesal penal, denominaremos *apelación ortodoxa*, para diferenciarla de la *apelación heterodoxa*, que también concede la propia ley especial como medio de impugnación, pero para tramitar la cual, no establece ningún procedimiento específico, de modo que acatando el artículo 7 de la ley invocada, supletoriamente habrá que acudir a las fórmulas que proporciona el CNPP.

APELACIÓN ORTODOXA

Un caso de apelación ortodoxa, que responde a la denominación que hemos empleado, lo encontramos en el Capítulo Cuarto: "De las Órdenes de Cateo y de Intervención de Comunicaciones Privadas", de la ley especial.

En efecto, los artículos 22 y 23 ordenan que de toda intervención se levante acta circunstanciada por el Ministerio Público de la Federación, con indicación sobre lo que ella debe contener, añadiéndose que las cintas originales y el duplicado de cada una, se numerarán progresivamente y contendrán los datos necesarios para su identificación.

Al iniciarse el proceso, se comenta en el artículo 23 de la ley en cita: las cintas, así como todas las copias existentes y cualquier otro resultado de la intervención serán entregados al Juez de Distrito quien, du-

rante el proceso, las pondrá a disposición del inculpado, quien podrá escucharlas o verlas durante un periodo de diez días, bajo la supervisión de la autoridad judicial federal, quien velará por la integridad de estos elementos probatorios. Al término de este periodo de diez días, el inculpado o su defensor, formularán sus observaciones, si las tuvieran, y podrán solicitar al juez la destrucción de aquellas cintas o documentos no relevantes para el proceso. Asimismo, podrá solicitar la transcripción de aquellas grabaciones o la fijación en impreso de imágenes, que considere relevantes para su defensa.

Finalmente, dispone el artículo mencionado, que la destrucción también será procedente cuando las cintas o registros provengan de una intervención no autorizada o no se hubieran cumplido los términos de la autorización judicial respectiva.

Al llegar a esta parte, que es la que nos interesa, la norma legal declara la apelabilidad en el efecto suspensivo, del auto que resuelva sobre la destrucción de cintas, la transcripción de grabaciones o la fijación de imágenes.

De acuerdo con lo hasta aquí expresado, la apelación requiere de una organización judicial vertical y jerarquizada en la que exista un órgano colegiado o unitario distinto y superior del que emite la resolución recurrida, al que se dota de facultades para revisar el procedimiento que condujo a la resolución, con el fin de que vuelva a formular el juicio lógico, confirmando, modificando o revocando y sustituyendo por otra la decisión impugnada, para asegurar el cumplimiento de la ley y el mayor acierto en las resoluciones, reduciendo la posibilidad de errores judiciales.

La tramitación que implica la instrucción y sustanciación del recurso, es claro que requiere normalmente de tiempos que regula la ley y que constituyen requisitos formales de los actos procesales respectivos, requisitos cuya violación puede conducir eventualmente, hasta a la nulidad de los actos afectados.

Como hemos establecido, la interposición de la apelación que podrá hacerse verbalmente o por escrito, debe hacerse dentro de los *tres días contados a partir de aquel en el que surta efectos la notificación si se tratare de auto o cualquier otra providencia y de cinco días si se tratare de sentencia definitiva, salvo que se apele de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de enjuiciamiento, que se interpondrá ante el Tribunal que conoció del juicio, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución impugnada.*

Asimismo, los agravios deberán expresarse en el mismo escrito de interposición del recurso, del que el recurrente deberá exhibir una copia para el registro y una para cada una de las otras partes. Si faltan total o parcialmente las copias, se le requerirá para que presente las omitidas dentro del término de *veinticuatro horas*.

De la interposición se correrá traslado a las partes, para que se pronuncien en *un plazo de tres días*.

Para el caso de adhesión se conceden *tres días* a quien tenga derecho a recurrir, a partir de recibido el traslado y de dicha adhesión se correrá traslado a las partes, *por otros tres días*.

Ya en el periodo de sustanciación de la apelación, si alguno de los interesados manifestó en su escrito su deseo de exponer oralmente alegatos aclaratorios sobre los agravios, o bien, cuando el Tribunal de alzada lo estime pertinente, decretará lugar y fecha para la celebración de la audiencia, *la que deberá tener lugar dentro de los cinco y quince días después de que fenezca el término para la adhesión*.

Por último, la sentencia que resuelva el recurso, podrá ser dictada de plano, en audiencia o por escrito *dentro de los tres días* siguientes a la celebración de la misma.

Éstos son sólo algunos de los tiempos que impone el CNPP, para la tramitación de la apelación, que nos sirven para ejemplificar los pasos que tendrán que seguirse puntualmente para el trámite del medio de defensa contra el auto que manda destruir las cintas, la transcripción de grabaciones o la fijación de imágenes, en términos del artículo 23 de la LFCDO.

Respecto del efecto suspensivo en el que la disposición consultada ordena tramitar la apelación, hay que recordar que nuestras codificaciones procesales penales en la República, establecen la diferenciación entre el efecto devolutivo y el suspensivo, como si fueran opuestos o enfrentados y denominan a este último también 'ambos efectos'.

Lo que quiere expresarse con el efecto devolutivo en el que, en la gran mayoría de los casos, se admite la apelación, es que mientras se sustancia la impugnación, no se suspenderá el proceso, por lo que no será necesario esperar a que se resuelva el recurso para avanzar en él.

El efecto devolutivo fija la extensión de la apelación en el sentido de que no será objeto del recurso el segmento de ella que haya sido

consentido de manera expresa o tácita por las partes, conforme al principio *tantum appellatum quantum devolutum*, “según el cual entra dentro del ámbito del efecto devolutivo todo aquello que en virtud del recurso es elevado al tribunal superior, de modo que la apelación versa sobre el material producido ante el inferior, en la medida de la pretensión del apelante”.¹⁶

El efecto *suspensivo*, en cambio, se usa para significar que mientras el recurso se sustancia, la ejecución de la resolución recurrida queda en suspenso, no puede llevarse adelante, y cuando ese efecto suspensivo alcanza a la sentencia definitiva, entonces posee la tipicidad procesal de dejar en suspenso la autoridad de la cosa juzgada mientras el recurso se tramita en la instancia *ad quem*, con lo cual se evita el riesgo de ejecutar la sentencia del inferior, mayormente si se trata de la imposición de una pena privativa de libertad, que más tarde puede ser revocada como resultado del recurso.

Ahora bien, el efecto suspensivo (o ambos efectos) en nuestras leyes procesales penales, se estima que lleva implícito al devolutivo y sólo se autoriza en contados casos, como en el que estamos sometiendo a estudio, afirmándose, a veces, que la apelación se admitirá siempre en el devolutivo, salvo manifestación expresa en contrario.

En resumen, la norma legal que declara apelable en el efecto suspensivo, del auto que resuelva sobre la destrucción de cintas, la transcripción de grabaciones o la fijación de imágenes, no quiere que se dé cuenta de ellas, destrozándolas o arruinándolas, antes de que el medio de defensa sea resuelto.

Otro caso en el que hay que acogerse al CNPP para inconformarse a través de la apelación, siguiendo para ello la forma y términos que dicho ordenamiento legal señala, lo presenta la resolución judicial que ordena el arraigo.

El artículo 12, de la LFCDO, autoriza al juez para dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2 de la propia Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que

¹⁶ Varela Gómez, Bernardino J., *El Recurso de Apelación Penal... op. cit.*, p. 258.

el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, limitando la medida a cuarenta días y ordenando se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación, pudiendo prolongarse la duración del arraigo, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días.

La ley especial no señala, para el afectado con la medida, ningún medio de impugnación a través del cual pueda inconformarse contra el arraigo, aunque si otorga la posibilidad al Ministerio Público, de inconformarse vía la apelación, cuando el juez deniega la solicitud de arraigo.

Algo similar sucede con la medida cautelar del cateo, respecto de la cual tampoco otorga la ley medio de defensa al afectado con él y, en los mismos términos que el arraigo y con similar fundamento legal, posibilita la interposición de la apelación al Ministerio Público, contra el auto denegatorio que se dicte.

En ambos casos, el recurso se ventilará conforme a las disposiciones del CNPP, que regulan la apelación en cualquier otro supuesto.

APELACIÓN HETERODOXA

El verdadero problema en materia recursiva, surge en relación con cierta especie de apelación que autoriza la LFCDO, y que denominamos *heterodoxa* por no ceñirse ni al trámite ordinario establecido en el CNPP para este medio de defensa, ni a ningún otro.

Con anterioridad referimos que el artículo 15 de la LFCDO, señala un plazo muy breve (doce horas) para que el Juez de Distrito resuelva la solicitud que por cualquier medio formule el Ministerio Público de la Federación sobre la emisión de una orden de cateo con motivo de la investigación de alguno de los delitos a los que se refiere la citada ley.

La disposición legal agrega que el auto que niegue la autorización, es apelable por el Ministerio Público de la Federación y que el recurso en estos casos deberá ser resuelto en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas.

Una similar hipótesis plantea la LFCDO, en el Artículo 16, cuando dice que:

si en la averiguación previa de alguno de los delitos a que se refiere la Ley o durante el proceso respectivo, el Procurador General de la República o el titular de la unidad especializada a que se refiere el artículo 8o, consideren necesaria la intervención de comunicaciones privadas, lo solicitarán por escrito al juez de distrito, expresando... El juez de distrito requerido deberá resolver la petición en los términos de ley dentro de las doce horas siguientes a la recepción de la solicitud.

El plazo de la autorización podrá ser prorrogado por el juez a petición del Ministerio Público de la Federación, sin que el periodo de intervención, incluyendo sus prórrogas pueda exceder de seis meses. Después de dicho plazo, sólo podrán autorizarse intervenciones cuando el Ministerio Público de la Federación acredite nuevos elementos que así lo justifiquen.

Pues bien, de conformidad con el artículo 19, de la Ley, el auto que niegue la autorización o la prórroga, es apelable por el Ministerio Público de la Federación. "En estos casos la apelación deberá ser resuelta en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas".

Según esbozamos antes, el trámite que fija la ley procesal imperativamente para la instrucción y la sustanciación legal del recurso de apelación, no permite resolverla con la celeridad inusitada y excepcional que quiere la LFCDO, de manera que en este caso estamos en presencia de un medio impugnativo que se aparta de los lineamientos fijados, mayormente si se destaca el hecho de que el plazo que concede la ley especial, está fijado en horas.

Recordemos que cuando la ley señala plazos o términos no computables por días, sino por horas, como en este caso, debe entenderse que corren de momento a momento, o sea, son los llamados términos fatales que no se interrumpen por los días inhábiles o feriados.¹⁷

¹⁷ Así, el artículo 94 del CNPP señala en lo que interesa: No se computarán los días sábados, los domingos ni los días que sean determinados inhábiles por los ordenamientos legales aplicables, salvo que se trate de los actos relativos a providencias precautorias, puesta del imputado a disposición del Órgano Jurisdiccional, resolver la legalidad de la detención, formulación de la imputación, resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares en su caso y decidir sobre la procedencia de su vinculación a proceso, para tal efecto, todos los días se computarán como

Como entonces, en tan perentorio plazo, habrá de practicarse la multiplicidad de actos procesales que caracterizan a la apelación, desde la fase de interposición del recurso, hasta la sustanciación que concluye con su resolución.

Simplemente existe una imposibilidad física para realizar tan sólo una parte, no digamos ya la totalidad de los actos procesales normativos del medio de impugnación, ello cuando se trate de casos 'normales', pero peor ocurrirá cuando se trate de casos específicos que pueden plantearse en la realidad.

Qué ocurrirá, verbigracia, si los agravios son expresados por el Ministerio Público de la Federación sólo unos momentos antes de fenecer el término fatal de cuarenta y ocho horas en que debe fallarse el recurso; qué hacer si los registros de la audiencia enviados a la apelación, por ejemplo, están incompletos o si el Ministerio Público de la Federación no expresara agravios o los expresa defectuosamente al interponer el medio de defensa.

Se trata pues, de una apelación heterodoxa, insistimos, en tanto se persiguen con ella los mismos fines que en la apelación reglamentada en el CNPP, es decir, como señala el artículo 479, la sentencia confirmará, modificará o revocará la resolución impugnada, o bien, ordenará la reposición del acto que dio lugar a la misma, pero cómo van a lograrse esos propósitos si se perturban y atropellan todos los plazos que fijan los capítulos de instrucción y sustanciación de la apelación.

Finalmente, el código federal concede tres días al Tribunal *ad quem*, para fallar el recurso, lo cual resulta imposible a la luz de la apelación de la LFCDO.

Acordes con lo expuesto, es urgente por la gravedad de las cuestiones que se manejan en la LFCDO, por la enorme responsabilidad que se pone en manos de la autoridad judicial sin asidero legal y por el riesgo en que se coloca a los derechos humanos de los justiciables, tomar las medidas para dar inmediata solución a las ingentes cuestiones bosquejadas, que se suscitan a propósito de los recursos ordinarios que tan a la ligera aparecen establecidos en la ley especial.

hábiles. Con la salvedad de la excepción prevista en el párrafo anterior, los demás plazos que venzan en día inhábil, se tendrán por prorrogados hasta el día hábil siguiente. Los plazos establecidos en horas correrán de momento a momento y los establecidos en días a partir del día en que surte efectos la notificación.

Según afirmamos en el prólogo de la obra que tomamos como marco de referencia para la elaboración de esta investigación:

cuando se alude a la garantía de los derechos comprometidos en el proceso penal, cuya tutela encomienda la ley a los recursos, no se trata solamente de palabras huecas, porque el capítulo de la impugnación –así lo estima la doctrina más especializada– significa una alerta, un alto para la reflexión, frente al impulso de la celeridad con la que hoy pretenden tramitarse los procesos, eliminando a veces instancias o abreviando trámites que pudieran traducirse en la supresión de garantías mínimas de los ciudadanos. Hay muchos hilos que en esta materia andan sueltos...¹⁸

¹⁸ *Los Recursos Ordinarios en el...*, op. cit., p. VII.

“Breves reflexiones sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales y el juicio de amparo”

*María Elena Leguízamo Ferrer**

GÉNESIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES ÚNICO

a) Después de seis años de que entró en vigor la reforma constitucional de 2008, México se está preparando para darle un nuevo impulso al cambio de sistema de justicia penal con la aparición del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, CNPP, que ahora tanto la Federación como los Estados y el Distrito Federal se disponen a implementar.

Recordemos las razones que motivan este cambio, de las cuales mucho se ha escrito ya en el ámbito de la doctrina penal y procesal penal. En esta ocasión, quiero seguir ese desarrollo, que concluyó con la generación del CNPP, pero a partir de las notas aparecidas en los medios de comunicación escrita,¹ en donde constantemente se ha afirmado que los juicios penales son extremadamente lentos, que hay rezagos en dictar las sentencias de los procesados que se encuentran internos en centros de reclusión esperando se defina su situación ju-

Magistrada del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, miembro de la AMPEC México y miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ Es decir, la reseña que aquí se hace sigue sobre todo los comentarios en los medios de comunicación y sus impresiones.

rídica² y, en general, que existe la desconfianza de los ciudadanos en cuanto a la forma que se procura y se administra justicia.³ Una de las causas de esa lentitud de los procesos en la resolución de los casos, además de la enorme carga de trabajo, según se afirma, lo constituye el sistema de impugnaciones que ha prevalecido en el actual sistema de justicia, dentro del cual se encuentra sin duda el juicio de amparo que, a su vez, genera juicios igualmente lentos y largos. Pero, por otra parte, la forma en que se procura y administra la justicia penal también constituye una de las causas del amplísimo uso del juicio de amparo, ya que en su realización con frecuencia se incurre —al menos eso afirma la defensa— en violaciones a derechos humanos, por inobservancia o inaplicación de ciertos principios y prerrogativas penales consagrados en la Constitución o en instrumentos internacionales aplicables. Todo ello ha conducido al Estado a realizar acciones para el fortalecimiento del sistema de justicia penal, siendo las más recientes y trascendentales las ambiciosas reformas constitucionales de 2008, las de 2011, la Ley General de Víctimas y, finalmente, la aprobación del CNPP, que también responde a los objetivos del Pacto por México⁴ y a las aspiraciones añejas de penalistas y procesalistas, de que todos los mexicanos se encuentren en los mismos estándares al ser enjuiciados y que gocen de los derechos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales.⁵

² Véase en el *El Universal* del jueves 3 de enero de 2013, la entrevista realizada a Julio Téllez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Tema: “Ventajas de las nuevas tecnologías en los procesos judiciales”.

³ Cfr. la nota publicada en *Reforma* el 13 de enero de 2013 bajo el rubro: “Confía sólo 6% en sistema penal”, que en su parte conducente dice: “Sólo seis de cada 10 mexicanos confía en el sistema de justicia penal, mientras que el resto lo considera ineficaz, injusto y corrupto, revela la Encuesta Nacional sobre el Sistema de Justicia Penal en México (ENSIJUP-2012), patrocinada por la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Según el estudio, los ciudadanos dan una calificación de 1.8 al sistema de justicia mexicano, en una escala de uno a cinco”...

⁴ “En el Pacto por México se suscribieron cuatro compromisos relevantes para la modernización del sistema de justicia: a) implantar en todo el país el nuevo procedimiento penal acusatorio y oral; b) configurar un Código Penal y de Procedimientos Penales únicos; c) la reforma a la Ley de Amparo, y d) la reforma integral al sistema penitenciario”... Véase nota periodística publicada en *El Universal*, el 17 de enero de 2013, bajo el título “Nuevo escenario de la Justicia en México”, por Emilio Rabasa Gamboa.

⁵ Cfr. Boletín de Prensa del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, emitido el 11 de febrero de 2014, bajo el rubro: “El CNPP UN LOGRO

Es evidente que nuestra sociedad está interesada en que exista un sistema de justicia penal eficiente, para que la protección de sus bienes jurídicos frente al delito esté debidamente garantizada, así como para que no sucedan resoluciones judiciales que dan la sensación de injusticia e impunidad, como la del caso de la ciudadana francesa Florence Cassez, detenida en México bajo la acusación de secuestro y otros delitos, que por meras razones formales tuvo que ser liberada por la Suprema Corte de Justicia, SCJ, al demostrar que existieron irregularidades en el proceso judicial que se le instauró, afirmándose que se le violó el debido proceso legal.⁶ Por ello, la necesidad de contar con un nuevo modelo de justicia penal, que permita, por una parte, que el Ministerio Público y la Policía de investigación ajusten su actuación, sobre todo, en casos de realización de detenciones, a los estándares legalmente establecidos y, por otra, que sea el primer juez que conoce del asunto, es decir, el Juez de Control, el que determine, de manera inmediata, si una detención realizada por la policía o por el Ministerio Público fue apegada o no a lo que establece la Constitución y la legislación respectiva. Todo esto que se afirma, pareciera indicar que ahora daremos un vuelco al otro extremo, como si todo lo que viene es totalmente nuevo; pero, según lo que se viene observando en el proceso de implementación, aún es prematuro para despreocuparse.

HISTÓRICO; EL RETO AHORA ES DE LOS APLICADORES DE LA LEY: CEPOLCRIM”.

⁶ La Primera Sala de la SCJ resolvió el amparo directo en revisión 517/2011, el 23 de enero de 2013 y determinó que hubo violación directa a derechos humanos en cuanto a la forma en que fue detenida, en que no se le concedió el derecho consular dado a los extranjeros y, finalmente dictó, entre otras tesis, la siguiente: **“EFECTO CORRUPTOR DEL PROCESO PENAL. CONDICIONES PARA SU ACTUALIZACIÓN Y ALCANCES”**, publicada en la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, Materia Penal, Tesis 1a. CLXVI/2013 (10a.), p. 537, en la que precisa lo siguiente: *“Esta Primera Sala considera que el efecto corruptor del proceso penal se actualiza cuando, en un caso concreto, concurren las siguientes circunstancias: a) que la autoridad policial o ministerial realice alguna conducta fuera de todo cauce constitucional y legal; b) que la conducta de la autoridad haya provocado condiciones sugestivas en la evidencia inculpativa que conlleven la falta de fiabilidad de todo el material probatorio; y c) que la conducta de la autoridad impacte en los derechos del acusado, de tal forma que se afecte de forma total el derecho de defensa y lo deje en estado de indefensión. Así las cosas, cuando el juez advierta la actualización de estos supuestos, deberá decretar la invalidez del proceso y, al no haber otras pruebas que resulten inculpativas, decretará la libertad del acusado.”*

b) Ciertamente, de acuerdo con la información proporcionada por la propia Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal,⁷ SETEC, la reforma de 2008 va caminando lentamente, pues a más de cinco años y medio de publicada, aún no opera ni a nivel federal ni en la mayoría de las entidades federativas. Por ello, en febrero de 2013, el presidente Enrique Peña en una reunión con la Conferencia Nacional de Gobernadores, CONAGO, exhortó al Congreso y a los Estados a acelerar la instrumentación de la reforma penal y afirmó que:

...se trata de lograr un mayor fortalecimiento institucional en áreas de procuración de justicia y en administración de justicia. Por eso, la importancia de lograr lo más pronto posible la debida instrumentación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio, que permita tener juicios justos, mucho más pronto y expeditos, como nuestra Constitución lo consagra...⁸

c) Para entonces, en el Senado de la República existían ya dos iniciativas de Código Federal de Procedimientos Penales presentadas por senadores de distintos grupos parlamentarios y que empezaban a ser objeto de análisis y discusión en la Comisión de Justicia del propio Senado. Semanas después, ante el impacto de la idea de que lo mejor sería la unificación de la legislación procesal penal, para evitar la dispersión de criterios en la forma de implementar la reforma constitucional de 2008, nuevamente se presentaron en el Senado otras iniciativas de Código de Procedimientos Penales, en total tres, pero ahora obedeciendo a la idea de contar con un Código Único para toda la República. De ahí que, igualmente se planteó la reforma a los artículos 73, fracción XXI y 124 constitucionales, para darle al Congreso de la Unión la facultad exclusiva de legislar en esta materia y quitársela a los Estados.

Así, para finales de abril de 2013, el Senador Roberto Gil Zuarth, Presidente de la Comisión de Justicia, manifestó que el Senado habría aprobado la reforma del artículo 73 constitucional, que faculta al Congreso federal para crear el nuevo Código de Procedimientos Penales Único, el cual regirá en toda la República tanto en el orden federal como en el fuero común.⁹

⁷ Consultable en: [www.setec.gob.mx].

⁸ *Reforma*, 19 de febrero de 2013, "Urge Peña a sacar la reforma penal".

⁹ Véase *Reforma*, 30 de abril de 2013, "Avanza el Código Único". Y además precisa lo siguiente: "Los cambios a la Constitución fueron avalados por 103 votos a favor y 7 en

En efecto, para que el Congreso tenga facultades para legislar en esta materia, fue necesario que se modificara la fracción XXI del artículo 73 constitucional, la cual fue aprobada y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* hasta el 8 de octubre de 2013.¹⁰ A partir de dicha reforma constitucional, el Congreso está facultado para expedir un código único procesal penal y ello ha llevado a que las organizaciones civiles expresaran a través de los medios de comunicación su beneplácito para que la reforma penal de 2008 sea totalmente implementada.¹¹

d) El 7 de mayo de 2013, se realizó el Quinto Foro Nacional sobre Seguridad y Justicia, con la participación de diversas instituciones públicas y organizaciones civiles a efecto de discutir sobre temas del Nuevo Código Federal de Procedimientos Penales: Legislación Óptima, y el Nuevo Sistema de Justicia como Política Pública.¹² Por su parte, el

contra y se turnaron a la Cámara de Diputados para su discusión y aprobación. [...] En el dictamen, los senadores afirmaron que resulta necesario que las instituciones de procuración e impartición de justicia cuenten con un sistema de justicia penal acorde con la realidad del país, homogéneo en cuanto al diseño procedimental”.

¹⁰ **Artículo 73.** “El Congreso tiene facultad: XXI. Para expedir: c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común...”

¹¹ Así, por ejemplo, los integrantes de la Red de Organizaciones Civiles de Apoyo a los Juicios Orales y el Debido Proceso manifestaron lo siguiente: “Los ciudadanos del Estado de México tienen mejores derechos que los ciudadanos del Distrito Federal, y eso que la reforma del Estado de México es una de las reformas que ha ido mejorando en su implementación, que todavía no vemos sus mejores frutos, pero que va encaminada a tenerlos. Hay un mejor sistema de justicia en los estados con reforma que en el Distrito Federal o como Jalisco o Veracruz. Llama la atención que Jalisco y Veracruz, siendo importantes no tome esas medidas, por lo que podemos decir que en estos lugares los ciudadanos tienen menos derechos que los ciudadanos, por ejemplo, de Chihuahua, de Baja California o Nuevo León, que ya cuentan con la reforma penal”. Reforma, 6 de mayo de 2013, “Alertan por rezago en los juicios orales”.

¹² *Ibidem.* 7 de mayo de 2013, “Analizan en Foro reforma penal”. En este evento, se incluyeron temas como la protección de los jueces, de los testigos protegidos y de las víctimas en la implementación de los juicios orales; en cómo mejorar el acceso a la justicia y lograr combatir la violencia a través del apoyo ciudadano que confíe en las instituciones gubernamentales y su colaboración sea mayor. Que el nuevo sistema penal garantice la protección de los derechos humanos y que verdaderamente los elementos de prueba lleguen al juzgador ya iniciados los juicios, de tal manera que no se genere impunidad. Así lo precisaron servidores públicos de los tres poderes públicos e hicieron hincapié en acelerar los trabajos legislativos. Hasta entonces, no obstante la existencia de tres iniciativas del CPP Único, todo parecía

Presidente de la Comisión de Justicia del Senado señaló que sería a más tardar el 20 de agosto, la fecha que se fijó como meta para contar con un Anteproyecto de Código Único de Procedimientos Penales.¹³

e) En el Poder Judicial de la Federación, no obstante que todavía no se ha observado importantes avances en este proceso de implementación, no se ha dejado de señalar la urgente necesidad de la implementación de la reforma penal, pues también se menciona que mientras 12 entidades federativas están en etapa de planeación, siete se encuentran en la etapa de entrada en vigencia, 10 están en operación parcial y sólo tres operando totalmente, como son Chihuahua, Estado de México y Morelos; aun así, no se le ha dado la importancia que tiene.¹⁴ Por su parte, el ministro José Ramón Cossío ha aseverado que, si las autoridades que están obligadas a materializar la reforma no realizan tales funciones,

la sociedad mexicana se ubicaría en el “peor de los mundos”, pues tendría frente a sí, por un lado, a un sistema de justicia que se sabe no funciona desde hace mucho y, por el otro, a un modelo que tendría que dejar en libertad a quienes probablemente cometieron un delito dada la falta de profesionalización en la obtención de las pruebas.¹⁵

Pero, además, se puntualiza que esta reforma penal debe ir aparejada con las últimas reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos, de tal suerte, que estén armonizadas para que funcionen adecuadamente, como se analizará más adelante.

f) De la misma manera se ha pronunciado el Secretario de Gobernación, al participar en la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia,¹⁶ de que no habrá prórroga para implementar el sistema de justicia penal en los términos en que fue aprobada la reforma, es decir,

indicar que la Red apostaba por un Código Federal de Procedimientos Penales y no por un Código Único.

¹³ *El Universal*, 15 de mayo de 2013, “Congreso instalará mesas para ley penal”.

¹⁴ El Consejero de la Judicatura Federal Juan Carlos Cruz Razo fue entrevistado el 17 de junio de 2013 en *Excelsior* bajo el rubro “Unificación del Sistema de Justicia Federal”.

¹⁵ Véase en los periódicos *Excelsior*, *La Jornada y Prensa*, el sábado 18 de mayo de 2013, bajo el rubro “Urgen a reformar el sistema de justicia”.

¹⁶ *El Universal*, sábado 1º de junio de 2013, con el rubro “Sin prórroga, aplicación de nuevo sistema de justicia penal: SEGOB”.

tanto las entidades federativas como el gobierno federal tendrán que ajustarse a los plazos aprobados en la ley fundamental en 2008, y ello implica un esfuerzo conjunto de los órdenes federal y local para su implementación, apoyado por la Secretaría Técnica, SETEC.¹⁷

El sistema judicial penal que se implemente debe contener una perspectiva integral que involucre la participación de los tres órdenes de gobierno: la Federación, los Estados y el Distrito Federal y los municipios, con pleno respeto a las atribuciones de los poderes federales, a la soberanía de las entidades federativas y a la autonomía municipal; así lo precisó el ministro Sergio Valls, en una entrevista en la que también señaló que debe velar por el respeto de los derechos del imputado y de las víctimas, que garantice el debido proceso y se haga efectiva la justicia alternativa; todo sustentado en los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y en la instrumentación de un juicio oral, a efecto de que, entre otras cuestiones, garantice una justicia expedita que, conforme a nuestra idiosincrasia, sea una justicia real.¹⁸

g) Para julio de 2013, la Secretaría de Gobernación estableció un convenio entre la SETEC y el Secretario Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, SNSP, para agilizar la implementación del nuevo sistema de justicia penal y aprovechar de manera óptima los recursos federales destinados para ese efecto.¹⁹ Así, el gobierno federal entregó a las 32 entidades federativas la primera parte de los 458 millones de pesos que en ese año fueron presupuestados para apoyar la operación del nuevo sistema de justicia penal, en una reunión que tuvo lugar entre SE-

¹⁷ Bajo la titularidad actual de María de los Angeles Fromow Rangel, es una instancia gubernamental encargada de coordinar las acciones que se realicen en los tres niveles de gobierno para implementar la reforma penal cuyo plazo concluye en junio de 2016. Sus funciones principales son las de apoyar de manera técnica y operativa a los Estados en el proceso de implementación, establecer estrategias de difusión y comunicación, reforzar vínculos y coordinar acciones con la academia, organizaciones civiles y gobiernos e instancias internacionales. Asimismo, capacitar a todos los operadores del sistema, incorporar nuevas tecnologías de la información y adecuar la infraestructura a las necesidades del nuevo modelo acusatorio y oral.

¹⁸ Véase la entrevista que se realizó al Ministro Sergio A. Valls Hernández, en el periódico *El Sol de México* del 8 de agosto de 2013, bajo el rubro “Implementación del sistema de justicia penal”.

¹⁹ *Reforma y El Universal*. “Acelera SEGOB la oralidad”. 22 de julio de 2013.

GOB, SETEC y magistrados de distintos tribunales del país. Las cantidades asignadas se basaron en la población de cada entidad, en su índice delictivo y en el avance en la implementación que tuviera cada Estado.²⁰

h) Por su parte, el Consejo de la Judicatura Federal, CJF, al presentar el presupuesto para comenzar a implementar el nuevo sistema penal, estimó que para 2014 requiere de un aumento del 19%, pues precisó que la “tasa de congestión” de los tribunales es de 125%, y consideró que para ese año (2013) llegará a un millón 227 mil asuntos; luego, requiere de nuevos centros de justicia penal federal y que funcionarán en San Andrés Cholula, Pue.; La Paz, B. C. Sur; Durango, Dgo.; Cancún, Q. Roo, y Mérida, Yuc. El presupuesto para implementar el sistema penal nuevo es de 4 mil 990 millones de pesos, a los que se sumarían 877 millones para crear 42 nuevos tribunales y juzgados que enfrentan una gran carga de trabajo. Y el resto del presupuesto, esto es, casi 40 millones de pesos, sería para los gastos corrientes; finalmente, también se contemplan mil 821 millones de pesos para un concepto denominado “fortalecimiento institucional”.²¹

i) Por otro lado, en agosto de 2013, los diputados integrantes de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados fueron invitados por el gobierno de Estados Unidos²² para conocer el sistema penitenciario y los juicios orales de ese país. Situación que también se ha suscitado en los poderes judiciales tanto federal como local, en donde los jueces y magistrados han sido invitados también por el Departamento de Justicia de Estados Unidos a efecto de que conozcan su sistema judicial.²³

j) En septiembre siguiente, los medios de comunicación²⁴ dieron a conocer que con la reforma al artículo 73 constitucional, que se le

²⁰ Entrevista que se realizó a la Secretaria Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal SETEC, publicada en los periódicos *Reforma*, *La Jornada*, *La Prensa* y *El Sol de México*, el 23 de agosto de 2013, bajo el título “Entregan recursos para reforma penal”.

²¹ *Reforma*, “Pide judicatura subir gasto 19% por juicios orales”. 23 de septiembre de 2013. También véase a Alfredo Méndez, en *La Jornada*, p. 16.

²² *La Jornada*, “Conocerán diputados juicios orales en Estados Unidos”. 24 de julio de 2013.

²³ Como fue el caso de la inauguración del Instituto de Capacitación de Puerto Rico, en donde se enviaron jueces y magistrados federales en 2012 y 2013.

²⁴ *Cfr. La Jornada*, *Milenio*, *Reforma*, *El Sol de México* y *El Universal*. “Alista el Senado proyecto de Código Penal Único”, 7 de septiembre de 2013.

otorga al Congreso de la Unión la facultad de expedir el Código de Procedimientos Penales Único, la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y la Ley de Ejecución de Penas, que regirán en la República en el orden federal y en el fuero común, ya se alista en el Senado un proyecto de dictamen de esa legislación, luego de meses de consultas con juristas, especialistas, académicos, así como representantes de instituciones gubernamentales de administración y procuración de justicia.

k) En tanto, el Poder Judicial junto con la SETEC continúan con la tarea de participar en encuentros regionales sobre el nuevo sistema de justicia penal, con el objetivo de brindar a la comunidad jurídica, principalmente a las instituciones de educación superior, los elementos que les permitan conocer con detalle el sistema penal acusatorio, el alcance de la reforma y su impacto en la impartición de justicia. En este sentido, a principios de octubre de 2013, se realizó el Octavo Encuentro Regional sobre el Nuevo Sistema de Justicia Penal y que estuvo dirigido a instituciones de educación superior de Campeche, Quintana Roo, Tabasco y Yucatán. Hasta esa fecha, según se afirmó en dicho encuentro,²⁵ ya se efectuaron 14 encuentros. Y el 26 de octubre se realizó el Noveno Encuentro Regional sobre el Nuevo Sistema de Justicia Penal en Chiapas.

l) Para el 18 de octubre de 2013, se publicó en el periódico *Excelsior*,²⁶ que la Comisión de Justicia del Senado y la Procuraduría General de la República, PGR, presentaron el proyecto de CNPP, que garantiza el debido proceso, la defensa profesional, protege a las víctimas, garantiza la reparación del daño y dicta el procedimiento de los juicios orales en el país. Este nuevo instrumento jurídico se puso a prueba a través de un simulador en materia procedimental con casos reales, para determinar su efectividad, con apoyo del Centro de Investigación y Docencia Económica, CIDE, y de la Agencia de Cooperación Internacional de Estados Unidos, USAID. Y que para el 6 de noviembre siguiente se darían a conocer las conclusiones de dicha prueba de laboratorio.²⁷ Consta

²⁵ *Diario de Yucatán*. “Paradigma en la justicia”, 6 de octubre de 2013.

²⁶ Leticia Robles de la Rosa, p. 18, con el rubro “Presenta PGR y Senado el Código Penal Único”. En la misma nota señala la Subprocuradora Jurídica y de Asuntos Internacionales de la PGR que este instrumento jurídico contiene visiones de miembros del Poder Judicial, de las procuradurías, especialistas y senadores.

²⁷ Véase *La Crónica*. Blanca Estela Botello, p. 6, con el título “Probarán Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales con casos reales”, 19 de octubre de 2013.

de 485 artículos distribuidos en dos libros y es producto del consenso y propuestas de la PGR, del PJE, de académicos y organizaciones de la sociedad civil.²⁸

Ante este nuevo panorama sobre la discusión y aprobación del Código Procesal Único en la Cámara alta, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, con la directriz del Dr. Edgar Elías Azar, magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se pronunció porque toda la justicia se oralice y no sólo la penal y, de esta manera, se logre modernizar el sistema de justicia mexicano.²⁹

El senador Roberto Gil, Presidente de la Comisión de Justicia³⁰ de la Cámara de Senadores, comentó ante los medios de comunicación que para el miércoles 27 de noviembre de 2013 se aprobaría en comisiones el dictamen del proyecto del CNPP, para unificar los juicios orales en todo el país. En efecto, al aprobarse por unanimidad el citado dictamen por las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos,³¹ hizo que reaccionaran fundamentalmente las autoridades involucradas en la administración y procuración de justicia. En este contexto, el Consejo de la Judicatura Federal declaró que se crearía un fideicomiso con el dinero que no se ejerció en 2013, y que estaría destinado a financiar la infraestructura del nuevo sistema de justicia penal, ya que el presupuesto solicitado no fue autorizado en su totalidad.³²

²⁸ *El Sol de México*. Bertha Becerra. p. 11. "Listo el anteproyecto del Código Nacional de Procedimientos Penales", 21 de octubre de 2013.

²⁹ *Foro TV, Noticiero de las 12:00 hrs.* Ana Lucía Ordoña, 13:05 hrs, 11 de noviembre de 2013.

³⁰ *Reforma*, Claudia Guerrero, p. 2 "Alistan en el Senado Nuevo Código Penal", 25 de noviembre de 2013.

³¹ *Boletín de Prensa 825* de la Cámara de Senadores. "Avalan en comisiones Código Nacional de Procedimientos Penales". 3 de diciembre de 2013.

³² "Guardan 600 mdp para juicios orales". *Reforma*, Víctor Fuentes, p. 14, 13 de diciembre de 2013, así expresamente señaló: "Para financiar la infraestructura del nuevo sistema penal acusatorio, el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) destinará a un fideicomiso 600.7 millones de pesos no empleados este año. Ese fideicomiso fue creado el 27 de noviembre, luego que la Cámara de Diputados negó al CJF 4 mil millones de pesos que había solicitado para la construcción de centros de justicia penal en 2014. --- La Dirección General de Programación y Presupuesto de la Judicatura redujo 151.3 millones de pesos de partidas que, en teoría, se iban a ejercer este año para el Programa de Implementación de la Reforma Penal, y 449.4 millones de pesos de partidas del gasto de inversión ordinario del CJF. La Contraloría del Poder Judicial emitió dictamen favorable para la operación, por

m) En tanto que en la PGR, además de encontrarse en la transición política de convertirse en una Fiscalía General de la República, de acuerdo con la reforma político-electoral, se le instruyó por parte de la SEGOB que se acelerara la capacitación de todos los actores involucrados en el nuevo modelo penal acusatorio.

Por otra parte, el titular de la SEGOB, al presidir la XI Reunión de la sesión ordinaria del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, inició los trabajos y discusión de las estrategias que se emplearán en 2014 para la implementación del nuevo modelo de justicia penal.³³ Asimismo, convocó a la titular de la SETEC que apoyara los trabajos de coordinación y estableciera un cronograma con las acciones y plazos a cumplir por el Estado.³⁴

n) A finales de diciembre de 2013, aparecieron desplegados³⁵ suscritos por el Gobierno de la República, el Congreso de la Unión y el Poder Judicial de la Federación, apoyando la reforma penal.

Todo lo anterior derivó a que, a principios de 2014, las instituciones gubernamentales reflexionaran seriamente no sólo en la capacitación que se ha venido dando sin control académico, fundamentalmente en los Estados donde todavía no está implementado el nuevo sistema

la cual los recursos ya no serán devueltos a la Tesorería de la Federación, sino que pasan al patrimonio del fideicomiso que estará vigente hasta junio de 2016, fecha límite para implementar la reforma penal. Los gastos de fin de año para evitar subejercicios son frecuentes en el Poder Judicial”.

³³ Véase los Acuerdos aprobados en la XI Sesión Ordinaria del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, celebrada el 9 de diciembre de 2013, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 2014. Asimismo, fue publicado en *La Jornada*, Ciro Pérez Silva, p. 10, “Todas las entidades deberán aplicar el nuevo sistema de justicia en 2016: Osorio Chong”, 10 de diciembre 2013.

³⁴ “Ordena SG acelerar el nuevo sistema penal”. *El Universal*, Alberto Morales, p. 4. *La Prensa*, Alejandro Colón, p. 2, ambos 10 de diciembre de 2013.

³⁵ Véase el periódico *La Crónica*, p. 9, de 30 de diciembre de 2013, y expresamente consignaban lo siguiente: “DESPLEGADO. Nuevo Sistema de Justicia Penal. *Los procesos serán ágiles, transparentes, rápidos y menos costosos. La reforma penal opera ya en varios estados, para el 2016 en todo el país. Una transformación conjunta que genera confianza. La demanda ciudadana ahora es ley. Gobierno de la República H. Congreso de la Unión Poder Judicial de la Federación”.*

judicial, sino en rubros sobre la infraestructura para su aplicación, es decir, el equipamiento necesario de instalación de salas orales, oficinas adecuadas para el Ministerio Público, etcétera, e incluso, se planteó por parte del legislativo que la mayor parte de los recursos aprobados para este 2014, se prevé que más del 80% serán destinados a esa infraestructura. La propia Cámara de Diputados³⁶ señaló que dispuso de un presupuesto de 5 mil millones de pesos para la instauración del nuevo sistema de justicia en las entidades federativas, con la finalidad de que el sistema de justicia penal acusatorio y oral esté operando en junio de 2016.

Conforme al nuevo periodo ordinario de sesiones de la Cámara Baja, los diputados se comprometieron a revisar y, en su caso, aprobar la minuta del Senado que expide el CNPP, de esta manera, con 22 votos a favor y tres abstenciones, fue aprobada en lo general y en lo particular por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados,³⁷ a finales de enero de 2014.

Para el 5 de febrero de este año 2014, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó dicha minuta.³⁸ Finalmente, el documento fue avalado por 407 votos a favor, 28 en contra y cinco abstenciones. Conforme a los transitorios, el Código entrará en vigor a nivel federal gradualmente y

³⁶ *Reforma*, Antonio Baranda, p. 2, "Priorizan obras en justicia penal", 6 de enero de 2014.

³⁷ *Excelsior*, Ivonne Melgar, p. 4. *El Financiero*, Víctor Chávez, p. 30, "Código procesal único pasa en comisiones", ambos del 29 de enero de 2014.

³⁸ Boletín N°. 2916. "Diputados turnan al Ejecutivo nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Su entrada en vigor no deberá exceder del 18 de junio de 2016". Palacio Legislativo, 05-02-2014 (*Notilegis*). Nota N°. 5681. "Aprueban diputados, en lo general, dictamen que expide el Código Nacional de Procedimientos Penales y discuten unas 72 reservas de 21 diputados". Palacio Legislativo, 05-02-2014 (*Notilegis*). Nota No. 5677. "Permitirá Código Nacional de Procedimientos Penales salvaguardar derechos de implicados en procedimientos y enmendar fallas del sistema penal vigente". Pacheco Rodríguez. Palacio Legislativo, 05-02-2014 (*Notilegis*). 5 de febrero de 2014, en los siguientes términos: "En lo **particular**, se aprobaron con 304 votos a favor, 105 en contra y 1 abstención, los artículos 3, 4, 10, 13, 15, 17, 19, 45, 55, 56, 58, 64, 66, 86, 108, 109, 113, 114, 117, 128, 131, 132, 137, 141, 146, 147, 150, 152, 155, 157, 158, 165 y 167, en términos del dictamen. Con 289 votos a favor, 0 abstenciones y 98 en contra, se avalaron en términos del **dictamen** los artículos 183, 187, 201, 202, 205, 208, 211, 249, 250, 251, 256, 265, 290, 291, 293, 297, 301, 303, 305, 322, 337, 338, 355, 366, 380, 397, 398, 486, 489 y 490. E inició la discusión en lo particular de unas 72 **reservas** de 21 diputados".

se prevé como plazo de conclusión el 18 de junio de 2016. Se turnó al Ejecutivo para su promulgación y publicación. Ahora, para que inicie su vigencia, el PJF, la SEGOB y la PGR, en materia federal, deben pedir al Congreso que emita una declaratoria de que están dadas las condiciones para aplicar el sistema penal acusatorio y en el caso de la materia local, el órgano legislativo previa solicitud de la autoridad encargada en la implementación de este sistema, hará la declaratoria correspondiente.³⁹

o) El pasado 20 de febrero de 2014 la Secretaría de Gobernación firmó un acuerdo con los presidentes de los congresos locales en el evento denominado “Acuerdo Nacional de Coordinación Legislativa para la Implementación del Sistema de Justicia Penal”, con la finalidad de establecer los lineamientos para la implementación del nuevo sistema de justicia penal y, entre otros aspectos, destacó que en México se tiene que “modificar la concepción de que la justicia es sólo para unos cuantos” y que la “justicia retardada es una justicia denegada”.⁴⁰

Finalmente, el 4 de marzo de 2014 el Presidente de la República promulgó el nuevo CNPP y el 5 de marzo se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*; con lo que, ha concluido el proceso legislativo y corresponde ahora dar inicio al proceso de su aplicación concreta, el cual se dará de manera gradual en el ámbito federal, sin que su completa entrada en vigor exceda del 18 de junio de 2016.

EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y SUS IMPLICACIONES EN LA MATERIA DEL AMPARO

a) En principio, se precisan de manera clara las bases del sistema de justicia penal y, dentro de ellas, las características del nuevo sistema procesal penal que, ahora será *acusatorio* y *oral*, conforme al artículo 4 del CNPP, que reproduce lo que el artículo 20 constitucional establece. Asimismo, se señala que el proceso acusatorio y oral estará basado, además, en los principios de *publicidad*, *contradicción*, *concentración*, *continuidad* e *inmediación*, según lo prevén los artículos 5 al 9 del CNPP, y se adicionan los principios de *igualdad ante la ley*, *igualdad ante las partes*,

³⁹ Artículo segundo transitorio del CNPP.

⁴⁰ Véanse los periódicos *El Sol de México*, primera plana y *Milenio en línea*, Redacción, 15:59 hrs.

de juicio previo y debido proceso, de presunción de inocencia y de prohibición de doble enjuiciamiento, previstos en los artículos 10 a 14, *idem*. Lo anterior da a entender que el nuevo sistema procesal acusatorio se ajustará más a las exigencias del Estado democrático de Derecho y será más protector de los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte. Pero, lo anterior también ha hecho que algunos afirmen que el cambio de sistema de justicia penal es “radical”, porque ahora el expediente ya no constituirá el objeto de la tramitación del procedimiento penal, sino que el proceso penal acusatorio debe ser *oral*; mientras que otros afirman que el cambio es importante pero no radical, pues muchas de las cosas preexistentes siguen orientando al nuevo sistema de justicia penal.

Ahora bien, todo parecería indicar que, con las reformas constitucionales de 2008 y 2011 y con el nuevo CNPP, según lo señalado en el párrafo anterior, si se admite que el nuevo sistema procesal implica un cambio “radical” y totalmente ajustado a las exigencias del Estado democrático de Derecho, la forma de actuación de los órganos encargados de procurar y administrar la justicia penal se ajustaría cabalmente a los principios y garantías previstos tanto en la Constitución como en la ley procesal y, consecuentemente, no habría ya violación a los derechos humanos dentro del procedimiento penal. Por lo que, si las cosas realmente funcionaran así a partir de ahora, ya no habría mayor razón de ser de los recursos o medios de impugnación y, por tanto, tampoco habría que acudir al juicio de amparo. Tal vez algunos de estos medios serían utilizados sólo para otras cuestiones —de forma o de fondo— que no tuviesen que ver con inobservancias o violaciones a principios, garantías o derechos humanos.

Pero, es claro que una cosa es la sola existencia de la ley, es decir, el plano meramente “formal”, y otra su aplicación concreta, esto es, el plano “material”, el de la realidad. Y si bien, lo primero es fundamental, porque establece el marco normativo dentro del cual y conforme al cual debe desarrollarse la actuación de sus aplicadores, no debe pasarse por alto que éstos con frecuencia se apartan de dicho marco, y de ahí que, también con cierta frecuencia, se afirme la distancia que existe entre ambos planos. En otras palabras, las exigencias de la norma o de la ley no se traducen en una automática respuesta positiva o adecuada de sus destinatarios; y muestra de ello lo da la realidad. Por lo que, siendo “realistas”, ciertamente el cambio de la ley posibilita un cambio de actuación de los operadores del sistema penal, pero ello no garanti-

za que habrá un respeto absoluto de los derechos humanos dentro del procedimiento penal; y esto es así, al punto que la propia ley reconoce la necesidad de los mecanismos que tratan de garantizarla y de los medios para impugnar inadecuadas formas de actuación o decisiones que resultan contrarias a la Constitución y a los derechos humanos.

b) En efecto, por lo que se refiere al *juicio de amparo*, éste no queda excluido del nuevo sistema procesal penal en tanto que en el nuevo sistema, si bien con algunos nombres distintos, se reconocen los mismos actores o sujetos que intervienen en las diferentes etapas del procedimiento y los mismos actos procedimentales que corresponden ser realizados por el Ministerio Público y la Policía de Investigación, así como las mismas resoluciones (autos y sentencias) que pueden dictar los jueces. Por lo que, en el nuevo sistema procesal igualmente existirá la posibilidad de que se afecten la libertad o algún otro derecho de las personas involucradas en hechos penalmente relevantes o en procesos penales, quienes también tendrán la necesidad de contar con mecanismos de protección.

c) En el nuevo procedimiento penal las audiencias, sobre todo, las del juicio, serán *orales, contradictorias y públicas*, donde se formulará la acusación, la defensa presentará sus pruebas y existirá un contacto presencial y directo con el Juez de Juicio, quien se supone no ha tenido alguna aproximación previa con los antecedentes del proceso, garantizándose así su imparcialidad.⁴¹ De esta manera, cada operador del sistema tiene asignado un rol concreto,⁴² con lo que se busca garantizar la organización y funcionamiento del sistema de justicia penal. Como puede apreciarse, las audiencias orales se apoyarán con la nueva tecnología a través de las videgrabaciones, sin que exista la necesidad de

⁴¹ Al establecer la competencia jurisdiccional en el Capítulo VII, Jueces y Magistrados, en el artículo 133 a cada juzgador se le asigna atribuciones para ejercerlas en cada etapa del procedimiento, de tal manera, que ante incumplimientos e incluso parcialidad que pudiera acreditarse, se encuentran a favor de las partes o algún otro afectado, los recursos y medios de impugnación correspondientes.

⁴² Véase el Título V, Sujetos del Procedimiento y sus Auxiliares, a partir del artículo 105 del CNPP precisa que los sujetos del procedimiento penal son: la víctima u ofendido, el asesor jurídico, y el imputado, el defensor, el Ministerio Público, la policía, el órgano jurisdiccional y la autoridad de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso. Pero que tienen calidad de parte en los procedimientos previstos en ese Código, el imputado y su defensor, el Ministerio Público, la víctima u ofendido y su asesor jurídico, pero además se señalan los roles de cada uno.

que estén apoyadas en transcripciones escritas para su estudio, cambiando de esta manera la forma de tramitación de los procedimientos penales y su forma de resolución.

En cuanto al juicio de amparo, y de acuerdo con la legislación actual, se prevé que los amparos presentados y tramitados sean en línea, es decir, por vía electrónica⁴³ y la celebración de las sesiones públicas sean videograbadas cuando los Tribunales Colegiados de Circuito resuelvan y aprueban los expedientes en amparo directo, así como los recursos que se encuentran a su disposición; de esta manera, los juicios penales y los de amparo se adecuan a la nueva tecnología.

c) En el procedimiento penal, las etapas de la investigación inicial y la complementaria están confiadas al Ministerio Público y a la Policía, y tienen como finalidad garantizar la existencia de la acusación para incoar el proceso penal; también se cuenta ahora con la presencia del Juez de Control,⁴⁴ que a su vez es diferente del Juez de Juicio (quien emite la sentencia) y del Juez de Ejecución Penal,⁴⁵ que tiene la función de autorizar las medidas cautelares y todo lo relativo a la producción anticipada de eventuales pruebas urgentes y técnicas de investigación

⁴³ En el periódico *Reforma*, p. 2, Víctor Fuentes señala que ... "por lo menos 80 millones de pesos invertirá el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) en un nuevo sistema de firma electrónica. El sistema permitirá que todas las demandas de amparo y promociones ante los juzgados federales sean presentadas por internet [...] Para su operación será necesario instalar 62 estaciones en palacios de justicia de todo el país, con cámaras digitales y un sistema biométrico de reconocimiento decadactilar capaz de almacenar hasta 2 millones de registros, similar al que utiliza el Servicio de Administración Tributaria (SAT) para registrar a los contribuyentes. El proyecto técnico y financiero fue presentado por la Dirección General de Tecnologías de la Información del CJF en junio de 2013, con un costo estimado de 79.4 millones de pesos...", "Apuestan a firma electrónica en litigios", 23 de febrero de 2014.

⁴⁴ El artículo 16 de la Constitución Federal establece: ... "Los poderes judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos..." El 5 de enero de 2009 instauró el Poder Judicial Federal, seis juzgados de Distrito especializados para el dictado de las medidas cautelares, como parte de la implementación de la reforma penal constitucional, y en el CNPP establece en el artículo 133, fracción I, que el Juez de Control conocerá y resolverá sobre las actuaciones del inicio de la etapa de investigación hasta el dictado del auto de apertura a juicio.

⁴⁵ El CNPP no contempla la etapa de ejecución penal, no obstante ser la última etapa del procedimiento penal, según la opinión dominante en la doctrina procesal penal.

que requieran autorización judicial. Lo anterior permite la existencia del *juicio de amparo indirecto*, para aquellos casos en que el ejercicio del poder penal desde la etapa de investigación hasta el dictado del auto de apertura a juicio se extralimite en perjuicio de los derechos humanos de los individuos involucrados en problemas penales.

d) Por su parte, los jueces de enjuiciamiento –como hasta ahora así ha sido en el sistema penal mexicano– deben concretarse a decidir las cuestiones planteadas por la acusación y la defensa, sin que puedan ya convertirse en acusadores.⁴⁶ Su *imparcialidad* debe estar orientada a la *igualdad procesal* de las partes; pero, por supuesto, sus resoluciones también pueden ser objeto de impugnaciones y, por tanto, del *juicio de amparo directo*, en tanto que con ellas también se pueden conculcar derechos humanos.

Y en cuanto al imputado, éste gozará del amplio *principio de inocencia*, cuya presunción sólo se podrá destruir con la culpabilidad demostrada en el proceso; consecuentemente, las partes inician y delimitan el objeto del proceso y a ellas les compete introducir los hechos y la carga de probarlos así como la de solicitar la práctica de los medios probatorios. Frente a violaciones procesales que se cometieran durante el desarrollo del juicio penal y que trasciendan en la sentencia que se emita, una vez agotado el principio de definitividad, las partes afectadas también podrán recurrir al juicio de amparo directo para solicitar la reparación de los derechos que se le hubieren violado.

e) A diferencia de lo que hasta ahora ha sucedido, de que el Ministerio Público desahoga medios probatorios y los valora en la averiguación previa y, además, esas pruebas constituyen la parte fundamental del proceso, la nueva legislación establece en el artículo 358 (*Oportunidad para la recepción de la prueba*), lo siguiente: “La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá desahogarse durante la audiencia de debate de juicio, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código”.

Luego, sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio; sin embargo, se precisa que se trata de la prueba que “hubiere de servir de base a la sentencia”.⁴⁷ De

⁴⁶ Como sucede en sistemas inquisitivos que cuentan con el Juez de Instrucción, tal como era en México hasta 1917.

⁴⁷ Véase también el artículo 20, inciso A), fracción III, de la Constitución, y el artículo 402 del CNPP.

acuerdo con lo anterior, entonces, no se excluye que el Ministerio Público en el desarrollo de su actividad investigatoria recabe, desahogue y valore también medios probatorios; pero es evidente que ello lo hará necesariamente para los efectos del ejercicio de su propia potestad, que es determinar si se reúnen los requisitos para ejercer o no la acción penal⁴⁸ y, en su caso, para acusar o no. Dicha determinación no puede sino sustentarse en medios de prueba, si bien con un estándar menor que el exigido para otras resoluciones como es la sentencia; medios de prueba que servirán para acreditar sobre todo, requisitos materiales para la orden de aprehensión o el auto de vinculación a proceso. Pero, además, lo dicho se corrobora cuando la propia reforma constitucional prevé que podrán admitirse en juicio, aunque sea de manera excepcional, “*pruebas anticipadas*” que, por su naturaleza, requieran “*desahogo previo*” y bajo el control judicial, cuestión que fue retomada por el CNPP en sus artículos 304 a 306.

f) Ahora bien, para lograr la implementación del sistema de justicia penal, en los términos de la reforma constitucional de 2008, como ya se afirmó, habrá que *capacitar* a los operadores que intervienen, ya sea como acusadores, juzgadores o defensores, exigiendo en todos ellos, además de amplios y adecuados conocimientos, honorabilidad en sus actuaciones y, en general, un cambio de actitudes de acuerdo con los nuevos roles que cada uno habrá de jugar. Habrá que operar, también, un profundo proceso de *desburocratización* de la procuración y administración de la justicia, sobre todo, por lo que hace a la gestión administrativa,⁴⁹ para el cambio integral del sistema de justicia penal en todos sus ámbitos, incluyendo tanto los legales como los culturales y operativos.⁵⁰

⁴⁸ Cfr. Moreno Hernández, Moisés. “Retos del sistema procesal penal en México. Algunas propuestas para la transformación del sistema de justicia penal”, en *Conferencias Magistrales 8*, INACIPE, México, 2004, pp. 546 y ss.

⁴⁹ En donde actualmente es incuestionable la existencia de un mayor número de personal administrativo que de personal judicial.

⁵⁰ El especialista Vargas Vianco, Juan Enrique, en su obra “La nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica”, en *Panorama Internacional sobre justicia penal internacional. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal. (coords.) García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, IJ-UNAM, México, 2007, precisa cómo se han ido receptando las reformas procesales en diversos países de Latinoamérica y las experiencias que México puede retomar de esas nuevas prácticas en las transformaciones a sus sistemas judiciales.

Por su parte, el *juicio de amparo* como instrumento garantizador de derechos humanos estará presente como medio de impugnación para el imputado, para la víctima o cualquier otro interviniente del proceso penal que se vea afectado en su esfera jurídica, desde la propia investigación inicial hasta concluido el procedimiento penal, y no obstante la regulación de los actos ministeriales ante el Juez de Control, ello no delimita que algunas resoluciones importantes, como serían la orden de aprehensión, diversas medidas cautelares, el auto de vinculación a proceso, la sentencia definitiva, entre otros, puedan ser además reclamadas a través del juicio de amparo, con el fin de dar mayor seguridad jurídica a quien lo interpone.

LAS REFORMAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y AMPARO Y SU VINCULACIÓN CON LA REFORMA PENAL

a) En la reciente Ley de Amparo⁵¹ ya se encuentran regulados gran parte de los criterios expuestos por los tribunales federales a través de las tesis de jurisprudencia que no se contenían en la ley anterior, y que ahora permite dar mayor seguridad jurídica a los gobernados, como son los que tienen que ver con la ampliación de la demanda de amparo, la precisión de la competencia de los Tribunales de la Federación, la apariencia del buen derecho y del interés social en la materia de la suspensión del acto reclamado, el nuevo procedimiento de ejecución de sentencias de amparo, el concepto ampliado de autoridad, entre otros. Pero, además, surgieron nuevos temas como el amparo adhesivo, el interés legítimo y el interés colectivo, los plenos de circuito, la declaratoria de inconstitucionalidad, las formas de integración de la jurisprudencia, y otros. Todo ello aunado a la reforma constitucional de los derechos humanos de 2011, donde se amplía el ámbito protector del juicio de amparo, pues conforme al artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se amplía la competencia de los Tribunales de la Federación para que conozcan de controversias que se susciten, por normas generales, actos u omisiones de la autoridad, que violen “*derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución*”, así como por los “*tratados internacionales de los que el*

⁵¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013 y entró en vigor al día siguiente.

Estado mexicano sea parte", conservando la competencia prevista en las fracciones I y II del citado precepto constitucional.

b) Sobre este tenor, la SCJ ha venido emitiendo resoluciones en donde analiza la importancia del derecho humano que se ha vulnerado y sus repercusiones en las soluciones del juicio de amparo en materia penal.

Así, en el Informe Anual de Labores 2013 del ministro Juan N. Silva Meza, Presidente de la SCJ, se señala en el Capítulo 2 "Actividad Jurisdiccional", que en relación con el *derecho del respeto de la dignidad humana*, el pleno declaró la invalidez de una norma que establecía el cobro a los reos para su manutención en los reclusorios, en razón de que se violó el derecho al respeto de la dignidad humana,⁵² porque se afectaba el patrimonio de los internos, la efectiva reinserción social, el mínimo vital que requieren, su igualdad y dignidad humana.

En otros asuntos,⁵³ la SCJ resolvió sobre el tema de *libertad de expresión frente a los derechos al honor y a la intimidad* y estableció que cuando se divulgan aspectos de la vida privada de una persona, sólo podría justificarse si existiera interés público para hacerlo. En un caso particular, estimó que la publicación era de máximo interés público, ya que se denunciaba la pederastia y la prostitución infantil, y que era necesario publicarlo para que las víctimas identificaran al acusado, a pesar de la reserva de datos personales. También la Primera Sala publicó la tesis "**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU RELACIÓN CON LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN**",⁵⁴ donde precisamente define el criterio de sigilo o reserva de la identificación de los detenidos presentados en los medios de comunicación para evitar violación de sus derechos fundamentales referentes a la presunción de inocencia.

En cuanto al *derecho a las garantías judiciales y protección judicial*, el Pleno de la Corte en diversos amparos directos en revisión,⁵⁵ reguló el criterio de que la defensa efectiva debía de ser técnica y proveída por

⁵² Véase la acción de inconstitucionalidad 24/2012. *Informe Anual 2013*, p. 18.

⁵³ Amparo directo 3/2011. Mismo *Informe*, p. 19.

⁵⁴ Publicada en la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro XX, Mayo 2013, Tomo I, Materia Constitucional, Tesis 1a. CLXXVIII/2013 (10a.), p. 565.

⁵⁵ *Op. cit.* p. 20. Amparos directos en revisión 207/2012, 2885/2012, 2990/2011.

un profesional del derecho, es decir, en la declaración rendida ante el Ministerio Público es indispensable la presencia del defensor particular o de oficio, según elija el acusado, porque de no hacerlo así implica de suyo una violación al debido proceso legal. Asimismo, la Primera Sala en la tesis con el rubro **“DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. ALCANCES Y MOMENTO A PARTIR DEL CUAL SE ACTUALIZA ESTE DERECHO FUNDAMENTAL”**,⁵⁶ interpreta la necesidad de contar con un profesional del derecho como defensor en el procedimiento penal.

De igual manera, debe existir para los extranjeros procesados en México, la asistencia consular, para asegurar los derechos de defensa y debido proceso legal.⁵⁷ En ese tenor, la Primera Sala igualmente se pronunció, entre otras tesis, sobre el tema, en **“DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. FUNCIONES BÁSICAS QUE ESTE DERECHO IMPLICA”**.⁵⁸

Finalmente, respecto del *derecho a la presunción de inocencia*, la Segunda Sala de la SCJ, a principios de 2013, sostuvo el siguiente criterio en la tesis **“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. CONSTITUYE UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL APLICABLE EXCLUSIVAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL”**;⁵⁹ sin embargo, un año después, el pleno de este alto Tribunal fijó como criterio que el principio de presunción de inocencia también es aplicable al procedimiento administrativo sancionador.⁶⁰ Es decir, ahora este principio es aplicable tanto para la materia penal como para la materia administrativa por

⁵⁶ Localizable en la publicación oficial, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, Materia Constitucional, Tesis 1a. CCXXVI/2013 (10a.), p. 554.

⁵⁷ *Loc. Cit.* Amparo directo 72/2012 y amparos directos en revisión 517/2011 y 886/2013.

⁵⁸ La que aparece en la misma publicación, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo I, Materia Constitucional, Tesis 1ª. CLXX/2013 (10ª.), p. 529.

⁵⁹ Publicada en la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, Libro XVI, Enero 2013, Tomo 2, p. 1687.

⁶⁰ Por mayoría de nueve votos contra dos, los ministros resolvieron que este se realice en forma de juicio, con el fin de aplicar una sanción a un particular o servidor público que incurre en una violación. *El Sol de México en línea*, Hugo Hernández, 06:59 hrs.; *La Prensa en línea*, Hugo Hernández, 08:39 hrs.; *El Heraldo de Puebla, Redacción*, 07:32 hrs.; *El Sol de Torreón en línea, Notimex*, 07:06 hrs., todos del 30 de enero de 2014.

lo que hace a las infracciones; lo que, sin duda, provocará alguna discusión en la doctrina, dada la diversa naturaleza que tiene cada una de estas materias, sobre todo, por lo que hace a los presupuestos de sus consecuencias jurídicas. En materia penal se ha precisado que la *presunción de inocencia* no se destruye mientras no se compruebe de manera plena e indudable los elementos constitutivos del delito que se imputan al acusado,⁶¹ es decir, mientras no se acrediten todos y cada uno de los presupuestos de la pena, entre los que se encuentra la culpabilidad del procesado; porque, mientras no haya prueba en contrario, se goza de la presunción de inocencia.

El nuevo paradigma que enfrentan los juzgadores en la aplicación de estas reformas constitucionales y legales sobre el tema, ha dado como resultado que la scj realice nuevas interpretaciones constitucionales sobre derechos humanos, seguidas por los Tribunales Colegiados de Circuito que revisan aspectos de legalidad, y fundamentalmente aquellos que revisan el sistema acusatorio de entidades federativas que ya lo implementaron parcial o totalmente.

c) Bajo este panorama aparece ahora el CNPP, que tiene como finalidad desarrollar las bases que sobre el nuevo sistema procesal acusatorio y oral establece la Constitución, así como unificar los criterios aplicables en los procesos penales realizados en toda la República, tanto del orden federal como del fuero común, facilitando con ello la tarea tanto de los juzgadores como de los defensores y del órgano acusador, al poder interactuar con una sola legislación en cualquier entidad federativa, es decir, con la nueva legislación procesal penal no habrá necesidad de que aparezcan diversos criterios de cómo valorar las actuaciones, de cómo aplicar los plazos y los recursos y, en general, se propiciará que haya seguridad jurídica para los acusados y víctimas en el proceso. Sin embargo, como la unificación de criterios no es sinónimo de la aplicación de los mejores criterios o de que todos se ajusten a las exigencias del debido proceso penal en un Estado de Derecho, con el nuevo CNPP es patente la presencia del *juicio de amparo*, como

⁶¹ Véase la causa penal 48/2011 resuelta por el Juez Décimo Octavo de Distrito de Procesos Penales Federales del Distrito Federal, publicado en el *Informe Anual 2013*, p. 21; así como la tesis de la Primera Sala de la scj denominada "**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA**", que se localiza en el Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, Materia Constitucional, Penal, Tesis: 1a. XCVI/2013 (10a.), p. 966, de la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*.

mecanismo de protección y reparador cuando se vulneren derechos humanos durante el procedimiento penal.

Lo anterior quiere decir que, no obstante los cambios en el sistema procesal penal y los cambios en materia de derechos humanos, así como contar con una nueva Ley de Amparo, no se excluye que en el nuevo sistema de justicia penal se sigan dando violaciones a los derechos humanos durante las distintas etapas del procedimiento penal, a pesar de que se trate de un sistema eminentemente “garantista”; por lo que, aun cuando sea en menor medida, que sería lo deseable, siempre existirá la necesidad de protegerlos y reponerlos y, para ello, uno de los más adecuados mecanismos lo seguirá siendo el amparo.

RELACIÓN ENTRE EL SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO Y EL JUICIO DE AMPARO: ¿TIENE ALGÚN IMPACTO EL JUICIO DE AMPARO EN LA FUNCIONALIDAD DE LOS PROCESOS ACUSATORIOS?

a) En razón de que la reforma constitucional de 2008 ha sido caracterizada como una reforma “*garantista*” del sistema de justicia penal, precisamente por reconocer un amplio catálogo de derechos y de garantías tanto a favor del inculpado como de la víctima, puede decirse en principio, que a nadie – pero sobre todo, de entre quienes pugnaron fuertemente por dicha reforma – podría ocurrírsele la idea de prescindir del *juicio de amparo* dentro de este nuevo sistema, cuando es claro que él tiene la función de reparar derechos humanos vulnerados por actos de autoridades, en su sentido estricto y ampliado, máxime que la última reforma constitucional de 2011 viene a reforzar la idea de que entre los instrumentos garantizadores de los derechos humanos (entre ellos los derechos fundamentales)⁶² del gobernado está el juicio de amparo.

⁶² Sobre el tema de “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, la Primera Sala de la SCJ no ha hecho una distinción precisa de lo que debe entenderse por unos y por otros, o si se trata de la misma cosa. En el criterio jurisprudencial 107/2012 que sustenta la tesis “**PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE**”, al interpretar el contenido del artículo 1 de la Constitución Federal expresa que los derechos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son *derechos fundamentales*, en tanto los establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, son *derechos humanos*. Pero sigue señalando

Si tomamos en cuenta la experiencia que en materia de impugnaciones han tenido los países latinoamericanos que han reformado sus sistemas de justicia penal en los últimos tiempos, podemos observar que, con excepción de Guatemala, la mayoría de ellos no cuenta con un juicio de amparo como lo tenemos legislado en México. Por ello, la tendencia seguida por ellos al modificar sus legislaciones procesales penales ha sido en el sentido de limitar la doble instancia, es decir, de limitar el uso de los recursos o medios de impugnación. Incluso, en el caso de Chile se ha dicho que la supresión del juicio de amparo es lo que ha permitido el desarrollo de un “eficiente sistema acusatorio y oral”. En Guatemala, en cambio, que tienen un juicio de amparo parecido al nuestro, el sistema procesal penal que se creó hace alrededor de 20 años con una dosis cargada de “garantismo”, para no decir de “hipergarantismo”, hasta ahora no ha podido funcionar⁶³ como se espera de todo nuevo sistema. Se trata, entonces, de dos experiencias (Chile y Guatemala) que tienen un denominador común, el sistema procesal acusatorio y oral, pero con resultados diferentes; y, al parecer, los resultados del sistema procesal se quieren hacer depender del uso o no del juicio de amparo.

que cuando existan interpretaciones diversas entre la Ley Fundamental y los tratados, prevalecerá la que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. Luego, *el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano*. Jurisprudencia publicada en la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro XIII, Octubre de 2012 Tomo 2, Materia Constitucional. Desde otra perspectiva, la SCJ también ha señalado que las garantías individuales se conciben como elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público, en tanto que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se precisa que los derechos humanos son atributos de la persona humana, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición y, en ese sentido, el Estado no puede concederlos, sino reconocerlos y velar por su efectivo ejercicio. De cualquier manera que se vean a los derechos humanos, serán los criterios de interpretación de los Tribunales Colegiados de Circuito quienes determinarán con precisión estos conceptos. *Boletín Electrónico de las reformas penal, del juicio de amparo y derechos humanos*. Número 15, agosto 2013. Consejo de la Judicatura Federal.

⁶³ Véase Barrientos Pellicer, César. “Evaluación de la reforma procesal penal en Guatemala”, en *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 15, núm. 21, Octubre 2003, pp. 45 y ss.

Es clara, entonces, la necesidad de un análisis más detenido de este punto, para determinar cuál es la relación que existe o puede existir entre la funcionalidad o infuncionalidad del sistema procesal penal y el uso del amparo.⁶⁴ Pero, aun cuando se cuenta con estas dos experiencias latinoamericanas, y aun cuando se afirme que en el sistema de justicia penal mexicano no se podría prescindir del amparo, no por ello habría necesariamente que concluir que la suerte del sistema penal mexicano sería como la de Guatemala. Considero que tal vez lo más recomendable para México sería que nuestro sistema tenga su propia experiencia y que muestre sus propias capacidades, haciendo uso de las instituciones sólidas y consolidadas con que cuenta; lo que, por supuesto, no quiere decir que tenga que hacer a un lado la consideración de las experiencias externas y del derecho comparado.

b) Por lo pronto, habrá que partir de la premisa de que aun con todas las virtudes que se atribuyen al sistema procesal penal acusatorio, de que será más transparente y más respetuoso de los derechos humanos, no existe garantía alguna de que con el nuevo sistema se excluirán los actos de autoridad que vulneren la integridad física de los gobernados, que lo priven ilegalmente de su libertad, o que afecten sus bienes o derechos con motivo de la investigación de los delitos. Por ello, no hay duda que el juicio de *amparo indirecto* en materia penal seguirá funcionando de la misma manera que hasta ahora, aun cuando su uso pueda verse reducido por los demás mecanismos de control que existen en esta etapa del procedimiento, como por ejemplo, el control judicial de ciertos actos del Ministerio Público y de la Policía de Investigación a cargo del *juez de control*; así, cuando se interpone un recurso en el procedimiento penal no se suspenderá la ejecución de la decisión, salvo en las excepciones previstas en el propio CNPP (art. 463), pues en estos casos sólo se llegaría al juicio de amparo si la violación trascendiera a la esfera jurídica del gobernado.

Lo propio puede decirse en relación con aquellos actos de las autoridades que intervienen en la ejecución de las sanciones penales, incluyendo a los *jueces de ejecución de sanciones penales*; y lo mismo puede seguir sucediendo por lo que hace a las detenciones, las órde-

⁶⁴ Pero ello por ahora rebasa los alcances y objetivos de este trabajo.

nes de aprehensión y las medidas cautelares, entre otros, incluyendo los autos de vinculación a proceso, en que los actos de autoridad recurribles serían ahora los del *juez de control*. Asimismo, podrá también seguirse admitiendo la recursividad en el propio juicio de amparo indirecto, en el sentido de impugnar en revisión o en queja la resolución del Juez de Distrito en materia de amparo; y, de acuerdo con la nueva legislación de amparo, se han establecido plazos para interponerlo contra todo este tipo de actos dentro del procedimiento penal, precisamente obedeciendo a la idea de mayor celeridad en la justicia.⁶⁵

c) Por otra parte, durante 2013, la scj y los Tribunales Colegiados de Circuito, TCC, generaron diversos *criterios sobre violaciones a derechos humanos en el procedimiento penal*; criterios que ahora deben ser objeto de reflexión para determinar su compatibilidad con los contenidos de la nueva ley procesal penal.

- Así, en relación con el tema de la *cadena de custodia*, en octubre de 2013, la Primera Sala de la scj, sostuvo que el conjunto de medidas que deben tomarse para preservar íntegramente las evidencias encontradas en una escena del crimen se le denomina “cadena de custodia”, y que su finalidad es garantizar que todos los indicios recabados sean efectivamente los que se reciban posteriormente en los laboratorios para su análisis debiendo conocer para tal efecto el itinerario de cómo llegaron hasta el juzgador junto con el nombre de las personas que se encargaron de su manejo.⁶⁶

Ciertamente, el éxito o fracaso de una investigación penal suele estar determinado por la protección y análisis de la escena del crimen y sus escenas relacionadas; por ello, en la investigación inicial, los operadores que la manejan deben ser escrupulosos en los indicios encontrados y protegerlos por las vías conducentes. Así, la Primera Sala sustentó el siguiente criterio “**CADENA DE CUSTODIA. DIRECTRICES PARA QUE LOS INDICIOS RECABADOS EN LA ES-**

⁶⁵ Véase el Capítulo III, Plazos, artículos 17 y siguientes de la LA.

⁶⁶ Cfr. Tesis aislada publicada en la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, Tesis 1a. CCXCV/2013 (10a.), p. 1043, con el rubro “**CADENA DE CUSTODIA. DEBE RESPETARSE PARA QUE LOS INDICIOS RECABADOS EN LA ESCENA DEL CRIMEN GENEREN CONVICCIÓN EN EL JUZGADOR**”.

CENA DEL CRIMEN PUE DAN GENERAR CONVICCIÓN EN EL JUZGADOR”.⁶⁷

El CNPP, dentro del Capítulo III, “Técnicas de Investigación”, además de definir la cadena de custodia (art. 227), establece de manera concreta la responsabilidad de quienes tengan contactos con los indicios (art. 228) y, para atender el contenido del citado criterio de la SCJ, se tendrán que identificar plenamente los servidores públicos que la manejen con sus firmas respectivas. Sobre este tema, en un juicio de amparo resuelto en el Estado de Sonora,⁶⁸ el Juez de Distrito concedió la protección federal al quejoso que impugnó la cadena de custodia, en donde se determinó un aseguramiento del objeto del delito, en razón de que el Ministerio Público no se cercioró si los agentes policiacos que participaron en la detención del quejoso y el aseguramiento del objeto material del delito, realizaron el procedimiento correspondiente a la cadena de custodia, así como la motivación y fundamentación exigida; por tales razones, se concedió el amparo para que la autoridad se ajustara al principio de legalidad y dicho medio de impugnación fue confirmado por el Tribunal revisor.

• Referente a la *inviolabilidad de las comunicaciones privadas*, la Primera Sala de la SCJ se pronunció en 2012, al resolver una contradicción de tesis entre los Tribunales Colegiados de Chihuahua y Morelos, en el sentido de que los datos almacenados en un teléfono, ya sea en forma de texto, audio, imagen o video, no pueden ser utilizados por el Ministerio Público sin la autorización de una autoridad judicial, porque se violaría el derecho humano de las comunicaciones privadas que gozan todos los gobernados.⁶⁹ Paralelamente a esta decisión, a mediados de enero de 2014, el pleno de la SCJ analizó una acción de inconstitucionalidad planteada por el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en la que solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 133 Quáter, del Código Federal

⁶⁷ Localizado en la misma publicación y bajo la tesis 1a. CCXCVII/2013 (10a.), p. 1044.

⁶⁸ Véase el Amparo en revisión 67/2013, del índice del Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito.

⁶⁹ Véase la tesis con el rubro “DERECHO A LA INVIO LABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN SE EXTIENDE A LOS DATOS ALMACENADOS EN EL TELÉFONO MÓVIL ASEGURADO A UNA PERSONA DETENIDA Y SUJETA A INVESTIGACIÓN POR LA POSIBLE COMISIÓN DE UN DELITO”, publicación oficial, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1, Materia Constitucional, Tesis 1a./J. 115/2012 (10a.), p. 431.

de Procedimientos Penales,⁷⁰ 16, fracción I, Apartado A⁷¹ y 40 bis,⁷² de la Ley Federal de Telecomunicaciones, en razón de que se autoriza al Ministerio Público rastrear teléfonos celulares en tiempo real para investigar posibles conductas delictivas de secuestro, amenazas, extorsión, contra la salud y delincuencia organizada, sin autorización judicial. Al respecto, se determinó que la geolocalización es un acto de molestia, pero que existe interés público en salvaguardar a la víctima aunque pudiese violar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.⁷³ De esta manera, con la declaratoria favorable de la SCJ, se faculta al Ministerio Público que intervenga comunicaciones

⁷⁰ **Artículo 133 Quáter.** *Tratándose de investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas, el Procurador General de la República o los servidores públicos en quienes delegue la facultad, solicitarán por simple oficio o medios electrónicos a los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea, que se encuentren relacionados.--- De todas las solicitudes, la autoridad dejará constancia en autos y las mantendrá en sigilo.--- En ningún caso podrá desatenderse la solicitud y toda omisión imputable al concesionario o permisionarios, será sancionada en términos de lo previsto por el artículo 178 Bis del Código Penal Federal.--- Se castigará a la autoridad investigadora que utilice los datos e información obtenidos como resultado de localización geográfica de equipos de comunicación móvil para fines distintos a los señalados en este artículo, en términos de lo establecido en la fracción IV del artículo 214 del Código Penal Federal.*

⁷¹ **Artículo 16.** *Para llevar a cabo el procedimiento de licitación pública a que se refiere el artículo 14 de esta Ley, la Secretaría publicará en el Diario Oficial de la Federación y en un periódico de la entidad o entidades federativas cuya zona geográfica sea cubierta por las bandas de frecuencia objeto de concesión, convocatoria para que cualquier interesado obtenga las bases correspondientes. --- Las bases de licitación pública incluirán como mínimo: --- I. Los requisitos que deberán cumplir los interesados para participar en la licitación, entre los que se incluirán: --- A. Los programas y compromisos de inversión, de cobertura y calidad de los servicios que se pretenden prestar; ...*

⁷² **Artículo 40 Bis.** *Los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones, están obligados a colaborar con las autoridades en la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas a solicitud del Procurador General de la República, de los procuradores de las entidades federativas o de los servidores públicos en quienes deleguen esta facultad, de conformidad con las leyes correspondientes. --- Cualquier omisión o desacato a estas disposiciones será sancionada por la autoridad, en los términos de lo previsto por el artículo 178 Bis del Código Penal Federal.*

⁷³ Véanse, las publicaciones en *Excelsior*, Yuriria Sierra, p. 17; *Reforma*, Víctor Fuentes, p. 11, ambas del 15 de enero de 2014; *La Jornada*, Jesús Aranda, p. 10; *El Financiero*, Fernando Ramírez de Aguilar, p. 24, todos del 17 de enero de 2014.

privadas cuando lo estime pertinente en investigaciones sobre tales conductas ilícitas.

En cuanto al CNPP, en el capítulo correspondiente a los *actos de investigación*, entre otros, los particulares podrán aportar voluntariamente a la investigación o al proceso penal las comunicaciones entre particulares, las que deberán estar vinculadas con el delito que se investiga (art. 276); pero, cuando el Ministerio Público considere necesaria la intervención de comunicaciones privadas, se requerirá la autorización judicial para practicarla (art. 291). Y respecto de la geolocalización de equipos de comunicación, también el artículo 303 se ajusta a los lineamientos de la solicitud que tiene que hacer el Ministerio Público a los concesionarios o permisionarios o comercializadoras del servicio de telecomunicaciones o comunicación vía satélite, para la localización geográfica en tiempo real de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con los hechos que se investigan, bajo su más estricta responsabilidad, sin requerir autorización judicial. Pero, además, conservará la información hasta por un tiempo máximo de 90 días. De esta forma, se trata de evitar alguna violación de derechos humanos que pudiere trascender en la esfera jurídica del investigado y que, en su caso, se repararía a través del juicio de amparo.

- El *ejercicio de la acción penal*, de conformidad con el nuevo CNPP, se inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, con la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia; pero, no obstante que se haya ejercido acción penal, el Ministerio Público continuará con la dirección de la investigación, como lo precisa el artículo 211 de la nueva legislación procesal. En efecto, a pesar de las adiciones que sufrió el artículo 21 de la Constitución Federal en 2008, donde se adicionó el supuesto de ejercicio de la acción penal por parte de los particulares, ahora recogido en el artículo 426 del CNPP, el Ministerio Público sigue conservando la competencia para investigar los delitos, verificar la probable responsabilidad de los involucrados e instar la actuación jurisdiccional mediante la materialización de la acción penal y la remisión de la llamada “carpetas de investigación” a la autoridad competente (véase art. 127 del CNPP).

Igualmente encontramos otro caso de excepción del ejercicio de la acción penal, que no es realizado por parte de la autoridad ministerial, que es el previsto en el artículo 107, fracción XVI de la propia Consti-

tución, que establece la *facultad de la scj para consignar* a las autoridades omisas en el cumplimiento de una ejecutoria de amparo; pero dicha excepción tampoco trastoca la función esencial encomendada al Ministerio Público.⁷⁴

Ahora bien, contra la abstención u omisión del Ministerio Público de seguir investigando, la reserva o el archivo temporal y el no ejercicio de la acción penal, entre otros actos ministeriales, actualmente procede el *amparo indirecto* para que el Juez de Distrito estudie la constitucionalidad o legalidad del acto impugnado, bajo los plazos establecidos en la Ley de Amparo y la legitimación que tienen las partes para hacerlo valer. Con el CNPP también se prevé otra forma de terminación anticipada de la investigación, que se da con la aplicación de algún *criterio de oportunidad*, artículos 256 y 257, *idem*. Luego, si en este caso alguna de las partes se ve afectada en un derecho humano que trascienda a su esfera jurídica el *juicio de amparo indirecto* también será procedente para el estudio correspondiente de dicha violación.

En tratándose del *particular que ejerce la acción penal* y que dentro de sus atribuciones llegara a afectar la esfera jurídica del imputado, también podría plantearse la posibilidad de que el afectado pudiera impugnarlo a través del amparo; pero, en este caso el Tribunal Federal del conocimiento tendría que analizar previamente su legitimación para determinar su procedencia, pues la Ley de Amparo prevé la posibilidad de reclamar no sólo actos de los poderes públicos sino también de particulares (art. 1); y entiende por particulares aquellos que tengan la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad que afecten derechos humanos (art. 5). De esta manera, es factible que contra actos de particulares que se encuentren integrando datos de prueba que sustenten su acción (art. 428 del CNPP) y de ello derive algún acto u omisión que conculque derechos fundamentales del gobernado, el amparo sea la vía procedente para repararlos, independientemente de que la acción penal la ejerza ante el juez de control, quien determinará sobre su admisión o tenerla por no interpuesta (art. 431, *idem*).

⁷⁴ Sobre el tema véase la tesis de la Primera Sala de la scj publicada en Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, p. 1049, con la voz: "EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS".

- En *actos que afectan la libertad del imputado*, indiscutiblemente que procede el *amparo indirecto* previo agotamiento del recurso o medio de defensa y dentro de los plazos establecidos en la Ley de Amparo. El CNPP establece dos recursos: *a)* el de *revocación*, que procede contra resoluciones de mero trámite que se resuelvan sin sustanciación (art. 465), y *b)* el de *apelación* que, entre otras resoluciones, es procedente contra la negativa o cancelación de la orden de aprehensión; contra las que se pronuncien sobre medidas cautelares y providencias precautorias; y respecto del auto de vinculación a proceso (art. 467 CNPP).

Es importante puntualizar que el amparo en materia penal, como instrumento de garantía constitucional y protección de derechos de los gobernados, sigue procediendo contra actos privativos de la libertad personal y aquellos que atenten contra la integridad física de los gobernados; pero, cuando los ataques a la libertad son fuera de procedimiento, o haya incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, desaparición forzada de personas, incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, o cualesquiera de los actos previstos en el artículo 22 de la Constitución Federal, así como los actos que impliquen peligro de privación de la vida, no hay término para la interposición de la demanda de amparo, por estimarse actos urgentes (art. 17 IV). En cambio, cuando los actos privativos de la libertad sean dentro del procedimiento, como en este caso lo es el proceso penal acusatorio, tratándose de la orden de aprehensión, comparecencia, cualquier medida cautelar restrictiva de la libertad, entre otros, el agraviado tendrá que ajustarse al término de 15 días para la interposición del juicio constitucional; lo que implica se eviten mayores dilaciones procesales.

- En relación con el *auto de vinculación a proceso*, si bien el CNPP regula el recurso de apelación contra esta determinación (art. 467 fracción II, CNPP), la Primera Sala de la SCJ, al resolver criterios contradictorios entre las legislaciones procesales del Estado de México y del Estado de Oaxaca, en las que ya tienen implementado el nuevo sistema procesal penal, acerca de la procedencia del juicio de amparo indirecto en cuanto al principio de definitividad, determinó que por afectar temporalmente la libertad del inculcado se actualiza una excepción a este principio.⁷⁵ Como este criterio fue pronunciado antes

⁷⁵ Criterio publicado en la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, Materia Común, Tesis 1a./J. 101/2012

de la aprobación del Código Nacional procesal, seguramente que el máximo tribunal constitucional de México hará nuevos pronunciamientos al respecto, atendiendo a la interpretación del artículo 1º de la Constitución Federal ante planteamientos de criterios divergentes en los circuitos.

- Sobre el tema de la *suplencia de la queja en materia penal*, se ha cuestionado si ello haría nugatorio algunas reglas del nuevo sistema procesal penal, como la forma en que se analizaría el auto de vinculación a proceso, por ejemplo. Sobre este aspecto, la Primera Sala de la scj, al resolver la contradicción de criterios entre los sistemas procesales acusatorios de Oaxaca y Chihuahua, determinó que, siendo la suplencia de la queja deficiente un instrumento jurídico del juicio de amparo en beneficio del reo, aun ante ausencia de conceptos de violación o de agravios, esta figura obliga al Tribunal de Amparo a estudiar de oficio las posibles violaciones de derechos fundamentales; y para ello tendría que analizar integralmente la demanda de amparo, es decir, los argumentos que se hayan insertos, las razones que expuso la responsable para el dictado del acto reclamado, el valor convictivo de los datos de investigación y lo que haya expresado la defensa en el escrito inicial o haya dejado de precisar en la audiencia en que se emitió el acto reclamado.⁷⁶ En este caso, la suplencia es absoluta.

- Otro aspecto es el referente a las *constancias* en vía de *informe justificado o previo* que tendrá que hacer llegar la autoridad ministerial o el Juez de Control cuando se impugnan sus actos en el juicio de amparo, ya que ellos tienen que aportar los datos de prueba o de investiga-

(10a.), p. 534, con el rubro "AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. AL AFECTAR TEMPORALMENTE LA LIBERTAD DEL INculpADO SE ACTUALIZA UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO".

⁷⁶ Localizada en la publicación oficial, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 2, Tesis 1ª 94/2011, p. 689, con el rubro: "AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL, EN SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE, DEBE CONSIDERAR TODOS LOS ARGUMENTOS FORMULADOS POR EL IMPUTADO O SU DEFENSOR EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS O EN EL ESCRITO DE EXPRESIÓN DE AGRAVIOS TENDENTES A DESVIRTUAR LAS RAZONES QUE MOTIVARON SU DICTADO, AUN CUANDO NO SE HAYAN PLANTEADO EN LA AUDIENCIA CORRESPONDIENTE".

ción para analizar de manera integral el acto que se les atribuye y, en muchas ocasiones, podrían interferir con las etapas del procedimiento, sobre todo, en contra de la sentencia definitiva que es procedente el amparo directo, pues actualmente los Tribunales Colegiados para hacer su estudio requieren de todas las constancias desde la fase de investigación hasta la emisión de la sentencia de apelación. Pero, se entiende que con el nuevo sistema procesal, la sentencia pronunciada en la audiencia de juicio y que es apelable, se fundamenta con las pruebas aportadas en la propia audiencia; luego, al ser reclamada en amparo directo, el Tribunal Federal deberá adecuarse únicamente a las constancias que corresponden a dicha audiencia y las subsecuentes de la apelación para analizar la sentencia reclamada. No obstante lo expuesto, existe un criterio jurisprudencial sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, con la voz **“CASACIÓN. EL RESPETO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES OBLIGA A QUE EL TRIBUNAL ANALICE DE OFICIO TANTO EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO AL INculpADO COMO LA SENTENCIA IMPUGNADA PARA CONSTATAR SI EXISTE VIOLACIÓN O NO DE AQUELLOS QUE TUVIERA QUE REPARAR (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA)”**,⁷⁷ donde establece la necesidad de analizar de oficio tanto el procedimiento seguido al imputado como la sentencia impugnada, incluyendo los aspectos relativos al delito, responsabilidad penal e individualización de la pena, con la finalidad de constatar si existe violación o no a sus derechos humanos que tuviera que repararse.

En cuanto al CNPP, en el capítulo correspondiente al material probatorio se precisa que los antecedentes de la investigación recabados con anterioridad al juicio carecen de valor probatorio para fundar la sentencia definitiva, salvo las excepciones previstas en la propia ley; lo que significa que los juzgadores federales en la revisión de las sentencias definitivas, a través del juicio de amparo, tendrán que ajustar su actuación a las reglas procesales señaladas.

Ahora, respecto de los anexos a los informes justificados, un Tribunal Colegiado en el Estado de México ha reiterado que no es necesario transcribir en la sentencia de amparo el contenido del auto de vinculación a proceso, ni cuestiones *de facto* que nada tienen que ver con su

⁷⁷ Localizable en el Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 2, p. 878, de la publicación oficial.

sentido, como lo son la participación de los auxiliares, los diálogos de los participantes y la adopción de medidas cautelares, entre otros⁷⁸. Luego, se trata de delimitar la materia procesal a estudio.

• En cuanto al *debido proceso*, que debe observarse tanto en el aún vigente sistema procesal penal como en el que actualmente se implementa y que deberá estar plenamente funcionando a más tardar en 2016 en toda la República Mexicana, y su vinculación con el juicio de amparo, los juzgadores federales de amparo están obligados a analizar cualquier violación al *debido proceso* durante la tramitación del procedimiento penal, precisamente por tratarse también de un *derecho humano*. En este sentido, la Corte ha generado una serie de criterios orientadores para determinar si hubo o no violación a ese derecho humano. Así ha precisado que los bienes que protege el artículo 14 de la Constitución Federal, como la libertad, las propiedades y las posesiones o los derechos, a través de las formalidades del procedimiento, dependen del sujeto activo o pasivo que sea afectado; pues, si la violación procesal incide en el *sujeto pasivo*, requiere que le sea notificado el inicio del procedimiento y de sus consecuencias, que tenga el derecho de alegar y ofrecer pruebas, así como de conocer la resolución que haya dirimido las cuestiones debatidas; en tanto que, si se trata del *sujeto activo*, debe contar con el derecho de acceso a la justicia, de tal manera que tenga la posibilidad efectiva de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones.⁷⁹ Pero no toda violación al debido proceso, señala la Primera Sala, implica que en la sentencia de amparo se decrete una nulidad lisa y llana del acto reclamado, en razón de que se deberá evaluar cada caso en concreto, identificando el derecho fundamental que fue conculcado⁸⁰ y, de esta

⁷⁸ “AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO. LOS JUECES DE DISTRITO NO ESTÁN OBLIGADOS A TRANSCRIBIR SU CONTENIDO EN LA SENTENCIA DE AMPARO NI LAS CUESTIONES DE FACTO QUE NADA TIENEN QUE VER CON SU SENTIDO”, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, publicada en el Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2, Materia Común, Tesis: II.2º.P.8 P (10ª.), p. 1783, en la publicación oficial.

⁷⁹ Véase la tesis pronunciada por la Primera Sala de la scj, con el rubro “DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO. ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN”, publicada el 31 de enero de 2014 en la publicación oficial semanal.

⁸⁰ “SENTENCIAS DE AMPARO. LOS EFECTOS ESTÁN DETERMINADOS POR LA VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE CADA CASO EN CONCRETO”, publicada el 7 de febrero de 2014 en la publicación oficial semanal.

manera, determinar el sentido de la sentencia de amparo, precisamente para evitar impunidad.

Ahora bien, ¿qué sucede si la sentencia dictada en el juicio oral no coincide con la sentencia escrita?, es decir, cuando existe una falta de correspondencia entre lo resuelto en dicha audiencia y la sentencia impresa; es evidente que en este supuesto también se trata de una violación al debido proceso,⁸¹ porque para que una persona pueda ser privada de su libertad de manera definitiva deben seguirse las formalidades del procedimiento y, en este caso, la sentencia emitida en el juicio oral que también constará por escrito (art. 67) no deberá exceder el alcance de la emitida oralmente. Y aunque en la resolución oral no se invoquen los preceptos que la fundamentan, en la escrita sí es necesario hacerlo (art. 397); y, finalmente, la sentencia producirá sus efectos a partir de que es formulada oralmente y no apenas cuando se presenta por escrito (art. 404). Luego, la defensa tendrá que hacer valer los recursos o medios de defensa en el momento que se explica la sentencia y es contraria a los intereses del imputado.

- Aunado a lo anterior, también está el tema de la *prueba ilícita*, que trasciende al debido proceso, en tanto que comprende el derecho a no ser juzgado por este tipo de medios probatorios, y ha sido un tema recurrente en cualquier sistema procesal penal. Sin entrar a mayores consideraciones acerca de cómo se valoran y cuáles se actualizan en dicha hipótesis, lo cierto es que una prueba que ha sido obtenida de manera irregular, ya sea por contravenir el orden constitucional, lo establecido en los instrumentos internacionales o el orden legal, no puede ser considerada válida; por tanto, carece de valor probatorio, y el Tribunal revisor tendrá además que determinar si dicha prueba vicia a las subsecuentes o sólo a la que se define como ilícita, para determinar el tipo de concesión del amparo. En el CNPP la prueba ilícita está regulada en el artículo 264 y expresamente señala que cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, será motivo de exclusión o nulidad. En esas condiciones, habrá que realizar una ponderación sobre la forma en que se obtiene dicho medio de convicción y sus consecuencias respectivas para así establecer la forma en que el juicio de amparo maneja la concesión.

⁸¹ Un criterio similar fue sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, en el amparo directo 43/2013.

A MANERA DE CONCLUSIONES

- Las estrategias que comprenden la implementación del sistema de justicia penal no sólo consisten en desarrollar la infraestructura necesaria por parte de las autoridades judiciales y administrativas, para realizar los juicios orales (parte estructural), sino implica además todo un programa sistemático y ordenado en donde las actuaciones de las autoridades y de los operadores de justicia estén apoyadas en la normatividad existente, que los criterios derivados del conocimiento de estos juicios sean uniformes y confiables, para que la población esté en condiciones de respetar y confiar en las instituciones encargadas de la administración y procuración de justicia; ello, sin dejar de reconocer que el juicio de amparo es un instrumento garantizador, por excelencia, para reparar los excesos o defectos producidos por las actuaciones de las autoridades cuando vulneran derechos humanos del gobernado.
- El nuevo sistema de justicia penal unificado permitirá la elaboración de criterios con mayor certeza jurídica, así como también habrá una justicia accesible y expedita al haber incluido los procedimientos abreviados y las formas de terminación de los juicios penales; pero, ello dependerá, por una parte, que en la aplicación irrestricta que se hagan del CNPP por parte de los operadores del sistema, se adopten los mejores criterios que permitan una aplicación racional y coherente de los distintos mecanismos introducidos, para mantenerse dentro de las exigencias del Estado democrático de Derecho.
- Por su parte, la Ley de Amparo vigente a partir del 3 de abril de 2013 prevé una nueva técnica para la tramitación de los juicios de amparo, pues ya se están implementando juicios virtuales en línea a través de la internet, de tal manera, que los abogados podrán acceder desde una computadora y participar con su firma electrónica sin necesidad de estar presente en el local del juicio, salvo las audiencias que se lleguen a realizar y requieran la presencia del interesado. De esta manera, la LA establece avances tecnológicos importantes que permiten agilizar la tramitación y resolución de los juicios de amparo, al igual que en el procedimiento penal acusatorio se han introducido mecanismos cuya finalidad es lograr una justicia pronta y expedita de las causas penales. No obstante, habrá que ser muy cautos

para evitar que la celeridad no se privilegie en perjuicio de la justicia material.

- La vinculación que desde ahora existe entre el nuevo CNPP y la nueva LA se observa con mayor precisión por lo que hace a los temas relativos al auto de vinculación a proceso y a la suspensión de los actos reclamados que regula el juicio de amparo, en lo previsto en el transitorio décimo⁸² de la LA que sobre el particular establece que, una vez que entre en vigor el sistema penal acusatorio y oral, tendrán lugar la aplicación de las reglas previstas en esta legislación.
- La LA ha recogido innumerables criterios jurisprudenciales nuevos dictados por la SCJ, pues ellos obedecen a la idea de mejorar la impartición de justicia, e incluso ha ampliado el campo de acción y de tutela de los derechos del gobernado para hacerlos valer a través de este juicio; por lo que, al ser más protector y tutelador, beneficiará a los gobernados que se encuentren involucrados dentro del procedimiento penal y sean afectados por actos de autoridad violatorios de sus derechos fundamentales y humanos.
- Por lo que hace a los medios de impugnación previstos en el CNPP, ellos se deben hacer valer antes de acudir al juicio de amparo, lo que permitirá que el amparo sea considerado como la *ultima ratio legis* para impugnar actos dentro del procedimiento judicial penal. En tanto que en relación con los actos fuera de procedimiento penal que afecten derechos y libertades, la tramitación del amparo es más expedita y directa ante los tribunales federales.
- El juicio de amparo y el procedimiento penal acusatorio-oral van de la mano para proteger a las partes que sufran actos de

⁸² **DÉCIMO.** “Las referencias que la presente Ley realice al concepto de “auto de vinculación a proceso” le serán aplicables a los autos de formal prisión emitidos en aquellos órdenes normativos en que aún no hayan entrado en vigor en cumplimiento de los artículos transitorios del Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del Apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008. En los casos donde no haya entrado en vigor el nuevo sistema de justicia penal a que se refiere la reforma constitucional referida en el párrafo anterior, la suspensión en materia penal seguirá rigiéndose conforme a la Ley de Amparo a que se refiere el artículo segundo transitorio de este Decreto”.

autoridades violatorias de sus derechos humanos, en razón de que la privación o afectación de los bienes, derechos y libertades, que ejercen las autoridades judiciales y administrativas (de naturaleza penal) en contra del imputado y de la víctima, deben ser reparados como lo señala la Constitución Federal y los tratados internacionales que protegen derechos humanos para lograr un Estado de Derecho.

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Código Nacional de Procedimientos Penales

*Miguel Ontiveros Alonso**

APUNTE PRELIMINAR

Entre otros factores plausibles, el Código Nacional de Procedimientos Penales ha tenido el acierto de incluir el procedimiento para llevar a juicio a las personas jurídicas. Este solo hecho es merecedor de aplauso, pues el legislador ha sido sensible a las tendencias político-criminales más vanguardistas que reconocen la necesidad de imputar penalmente a los entes colectivos. De esta forma, se sientan las bases para una reforma sustantiva a nuestro sistema penal, pues desde la entrada en vigor de este nuevo ordenamiento, se ha hecho necesario que la doctrina mexicana aborde este eje temático y oriente las decisiones de los operadores del sistema penal.¹

* Doctor en Derecho Penal y Derechos Humanos por la Universidad de Salamanca. Investigador Nacional I (SNI) en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas. Socio fundador de Miguel Ontiveros y Asociados; S.C. www.miguelontiveros.com Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ Habría que esperar, desde ahora, una amplia difusión de esta temática y un interés especial por parte de las fiscalías y procuradurías del país. No es lo mismo imputar — como se hace tradicionalmente — a una persona física que a una persona jurídica.

Es cierto, como ya se ha advertido en diversos foros,² que la entrada en vigor del Nuevo Código Nacional no resulta suficiente para llevar a las personas jurídicas a juicio. Para tales efectos, resulta necesario aun reformar los códigos penales, pues no se reconoce a los entes colectivos en calidad de autores del delito. Sin embargo, ya se pueden delinear algunos ajustes que será necesario realizar de cara a que veamos a las grandes empresas y corporaciones rindiendo cuentas en los tribunales penales.

Sin embargo, es necesario advertir que en este rubro no puede haber marcha atrás. Diversos instrumentos internacionales recomiendan a los Estados Parte asumir un esquema sólido de responsabilidad empresarial, de tal forma, que los sistemas de justicia de cada país tengan las herramientas suficientes para evitar, básicamente, la delincuencia económica, así como fenómenos delictivos ligados a la corrupción pública y privada.

Si bien es cierto las recomendaciones a las que hago referencia no exigen expresamente elevar al ámbito penal la responsabilidad de las personas jurídicas, no menos cierto es que las reformas más recientes, como las verificadas en España o Chile, han sido claramente generadas con esta perspectiva.

Por lo pronto, México vive un fenómeno similar — aunque en sentido contrario — al que sufrió la legislación española por lo que a este rubro se refiere. Así, en la Navidad de 2010 fue reformado el Código Penal español para incorporar, en su parte general, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero sin prever una sola disposición de corte procesal. Fue entonces que el legislador español llamó a una reforma urgente, incorporándose así diversas medidas procedimentales para llevar a juicio a los entes colectivos. En el caso mexicano, esto ha sucedido exactamente al revés, de tal forma que tenemos las herramientas procesales — pendientes de ser reformadas —, pero falta aún la dimensión más importante, es decir, la sustantiva.

Tal ha sido el impacto de esta reforma, que una de las guías que ha generado mayor discusión en la doctrina y prácticas españolas, es la circular

² Tal y como se desprende de los estupendos foros organizados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).

emitida por la Fiscalía, de cara a orientar a sus operadores acerca de las vías para implementar la persecución y procesamiento de los entes colectivos.³ Algo similar se esperarí de las Procuradurías de nuestro país.

Por ahora, habrá que fijar nuestra atención en el nuevo ordenamiento procesal y aportar algunas líneas directrices que puedan ser de utilidad para la reforma que necesariamente deberá realizarse al Código Nacional.⁴ Lo expreso así, claramente, pues son diversas las opiniones que desde el ámbito académico se han levantado para proponer algunas reformas —que sí me parecen indispensables— al nuevo ordenamiento. Conforme a lo anterior, me ocuparé a continuación de señalar cuáles son los tres principales problemas que contiene el Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales en relación con la dimensión procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y qué medidas pudieran tomarse para solventarlos.

Los problemas del Código Nacional de Procedimientos Penales en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas

a) ¿Procedimiento especial para las personas jurídicas?

El primer problema que advierto del nuevo ordenamiento procesal, es el de haber insertado las medidas procedimentales para llevar a juicio a las personas jurídicas en el Título X, denominado “Procedimientos Especiales”. Así, en este apartado del Código Nacional se establecen las normas para los “pueblos y comunidades indígenas”, las “personas jurídicas” y la “acción penal por particulares”. El primer interrogante que salta a la vista es qué tiene en común esta trilogía. La respuesta es casi evidente, pues no veo alguna razón técnica que les

³ Se trata de la Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

⁴ Que una reforma —sólida— al Código Nacional de Procedimientos Penales está por venir, lo muestra claramente el contenido de esta obra en su conjunto, con especial referencia a aquellos rubros que resultan inconstitucionales. Entre éstos habría que destacar las múltiples disposiciones de corte sustantivo —que no procesal— insertadas en el nuevo ordenamiento, así como lo relativo al arraigo *ad infinitum* acertadamente criticado por Luis de la Barreda, consultable en: [www.miguelontiveros.com/expertos].

vincule y justifique su incorporación en el apartado de referencia. La realidad es que el legislador ve “algo raro o extraño” en estas figuras y por ello decidió, quizás sin mucha técnica, dejarles al final del código y considerarles especiales.⁵

Pero esta clasificación no es gratuita, pues si fijamos nuestra atención en los artículos 421 a 424 en relación con el artículo 410, que contiene los criterios para la individualización de la sanción o medida de seguridad, claramente se desprende lo que puede ser el fondo del asunto:

Artículo 410. Criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad.

El Tribunal de enjuiciamiento al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables deberá tomar en consideración lo siguiente:

Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, el Tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción tomando como referencia la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado. Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica.

No puede entenderse la razón por la cual el legislador ha decidido que las personas jurídicas sean imputadas penalmente, mientras que al mismo tiempo no las considera capaces de actuar culpablemente. ¿Se trata entonces de un delito sin culpabilidad? En realidad se trata de un error que muestra un escaso conocimiento dogmático del asunto y que ha orillado al legislativo a contemplar a las personas jurídicas en el rubro de procedimientos especiales. No puede entenderse de otra forma, pues si en verdad se comprendiera la distinción técnica, entonces no tendría caso establecer este procedimiento en un código de corte penal — como lo es el Nacional de Procedimientos Penales — y se hubiese dejado todo tal y como estaba hasta antes de su entrada en vigor, es decir, a escala del procedimiento administrativo.⁶

⁵ Además de muy cuestionable, resulta francamente incorrecto colocar en un mismo apartado a los pueblos y comunidades indígenas, compuestos por personas humanas, junto a las personas jurídicas, con todas las limitantes que éstas tienen.

⁶ Dicho de forma más clara: si el legislador ha incluido el procedimiento para llevar a las personas jurídicas a juicio en el marco del Código Nacional de Procedimien-

Sin embargo, se decidió que los entes colectivos sean llevados a un proceso penal con consecuencias que deben ser evidentemente penales, pero sin el sustento dogmático para hacerlo. Lo dicho hasta ahora resulta evidente, pues conforme al estado actual del Código Nacional de Procedimientos Penales — desafortunadamente —, las personas jurídicas no cometen delitos, sino injustos, y es con base en dicho injusto que se les deberá individualizar la consecuencia jurídica (cualquiera que ésta sea).

De no corregirse este error, la única posibilidad de atenuar o excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas que cuenten con un programa efectivo de *compliance*, sería aplicando la teoría de la imputación objetiva, con especial referencia al riesgo permitido.⁷ Esto excluiría, sin razón, la aplicación de todo el bagaje teórico que, acerca de los entes colectivos, se ha desarrollado en sede de culpabilidad.

Para concluir con este primer problema, podríamos afirmar que la nueva legislación procesal penal se ha quedado corta, pues no genera las condiciones para un proceso penal adecuado frente a las personas jurídicas, mientras que al mismo tiempo se ha extralimitado al formular consideraciones que no le corresponden. Éste es el caso de los criterios para la individualización judicial de la pena y la afirmación de que las personas jurídicas no cometen delitos, sino injustos. Ambas hipótesis constituyen errores graves que deben ser corregidos.

Contemplar, como lo hace el nuevo ordenamiento, una responsabilidad penal ajena al principio de culpabilidad tiene fuertes consecuencias. Por un lado, excluye la posibilidad de afirmar que las personas jurídicas cometen delitos, mientras que por el otro obliga a un ejercicio dogmático que deberá ubicarse en sede de injusto. Si se mira esto con atención, las teorías más sólidas en la materia que nos ocupa, se han desarrollado precisamente en sede de culpabilidad, de tal forma que afirman — por poner sólo un ejemplo — que el ente colectivo puede o no ser culpable dependiendo de que se verifique o no un defecto de organización en el seno del

tos Penales, es porque considera que cometen delitos y no sólo ilícitos civiles o administrativos.

⁷ Acerca de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, especialmente del criterio de riesgo permitido para excluir de responsabilidad penal a la empresa, puede verse; Ontiveros Alonso, Miguel; La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México (Algunos desafíos de cara a su implementación); en *La responsabilidad penal...*; *ob. cit.*, pp. 356 y ss.

ente colectivo.⁸ Si el código se mantiene como está, no habrá otra opción más que estudiar su “responsabilidad” o exclusión de la misma, en sedes de tipicidad o antijuridicidad.

¿Y cómo podría enfrentarse este problema? Mi parecer es que debería reconocerse que el legislador se ha extralimitado en sus facultades, pues si la reforma constitucional que justifica la legislación única no hace mención alguna a la materia sustantiva, sino a la procesal, entonces se comprenderá el fundamento que daría origen la reforma. En el mejor de los casos, la reforma debería derogar del Código Nacional de Procedimientos Penales cualquier disposición relativa a los criterios de individualización judicial de la pena, pues dichos criterios pertenecen a la dimensión sustantiva y ya se encuentran contemplados en los códigos penales de nuestro país. Sin embargo, y en el caso de que se decida mantener dichos principios en un ordenamiento en el que no deben estar como lo es el procesal, entonces habría que eliminar la última parte del párrafo segundo del artículo 410, en lo referente a las personas jurídicas.

El problema del código nacional de procedimientos penales no se encuentra solamente a escala de los criterios de individualización judicial de la pena para las personas jurídicas, sino para todos los delitos y para cualquier modalidad de sujeto activo. Así, no se comprenden las razones por las cuales se pretenden unificar los principios rectores dirigidos al juzgador para individualizar la consecuencia jurídica a imponer, si dichos criterios ni son procesales ni son los mismos que ya se contemplan en las partes generales de los códigos penales de nuestro país.

*b) ¿Ejercicio accesorio de la acción penal
entre personas físicas y personas jurídicas?*

El segundo problema que observo respecto a la temática que nos ocupa, es el relativo a que el ejercicio de la acción penal en contra de personas jurídicas, resulta accesorio de las personas físicas:

⁸ Al respecto, véanse las acertadas contribuciones de Carlos Gómez-Jara Díez; ¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial; en *La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro)*; Miguel Ontiveros Alonso (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 177 y ss.

Artículo 421. Ejercicio de la acción penal.

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Ministerio Público ejercerá acción penal en contra de ésta sólo si también ha ejercido acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido.

La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no responde, solamente, a factores penales, sino también a líneas maestras de corte político-criminal. Esto significa que sentar las bases para este nuevo modelo de persecución debiera traducirse en fortalecer los esquemas para procurar e impartir justicia. Esto debiera reflejarse en que la norma procesal facultara a la autoridad investigadora a ejercer acción penal en contra de los entes colectivos aun y cuando no se hubiere siquiera identificado a una persona física en particular.

Lo antes señalado cobra especial relevancia a nivel del crimen organizado, donde los operadores —incluidos los líderes de las organizaciones delictivas— son fungibles, de tal forma que su identificación, captura y procesamiento resulta en ocasiones verdaderamente complejo. Sin embargo, al instaurar el esquema de imputación penal en contra de las personas jurídicas, la autoridad tendría la facultad de ejercer la acción penal con independencia de que posteriormente —o quizás nunca— se procesara a una u otra persona física que hubiese participado en el hecho delictivo.

Así, por ejemplo, en el caso de que una empresa de supermercados de corte transnacional corrompiera a servidores públicos para instalar sucursales en áreas protegidas de México, la fiscalía podría investigar y ejercer acción penal en contra del ente colectivo, con independencia de que la persona física que entregó el dinero fuese o no identificada o procesada.⁹

⁹ La normativa de los Estados Unidos de América es un buen ejemplo a seguir en esta materia. Así, cuando una empresa constituida en territorio americano realiza actos delictivos más allá de sus fronteras, la fiscalía americana inicia las investigaciones y ejerce acción penal en contra del ente colectivo para sancionar, por ejemplo, hechos vinculados al fenómeno de la corrupción.

Infelizmente, esto no es posible en México, pues el código aquí comentado exige haber ejercido acción penal previamente en contra de la persona física, por lo que el margen de operación ministerial en contra de las personas jurídicas se limita considerablemente. Éste es, según mi parecer, un segundo error que debiera ser corregido dentro de la temática que nos ocupa.

¿Y cómo se podría solventar este desafío? La vía más adecuada es comprender aquello que impulsa la implementación de este nuevo esquema de imputación. La responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene, como una de sus finalidades, llevar a juicio a quienes lesionan gravemente bienes jurídicos fundamentales, con independencia de la calidad del sujeto. Es decir, que el criterio rector para su aplicación se deriva de los principios de fragmentariedad y antijuridicidad, no de un baremo tan limitado como la calidad del sujeto activo.

Conforme a lo anterior, debiera eliminarse cualquier disposición similar a la contemplada en la última parte del párrafo primero del artículo 421, facultando así a la Fiscalía para investigar, ejercer acción penal —y también a los jueces para condenar— a cualquier persona jurídica con independencia de que algo similar suceda —o nunca suceda— con una o más personas físicas que pudiesen estar vinculadas con el hecho objeto de investigación.

c) La ausencia de una perspectiva humanista vinculada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Tradicionalmente se ha distinguido a las personas físicas de las jurídicas, señalando que éstas son una ficción del derecho, mientras que, por el contrario, aquellas tienen vida plena. A esta perspectiva —ya superada— le ha seguido la afirmación en el sentido de que la verdadera distinción entre ambas se fundamenta en la dignidad de la persona humana. Éste sería el pilar básico que impediría imponer la pena de muerte a una persona física, a diferencia de los entes colectivos, a los que sí se les impone dicha consecuencia jurídica plasmada fielmente en la disolución del ente colectivo.¹⁰

¹⁰ Acerca de las distintas modalidades de sanciones que se pueden imponer a las personas jurídicas —incluida la “pena de muerte”—; Agapito, Luis Roca; Sanciones aplicables a las personas jurídicas; en, *La responsabilidad... op. cit.*, Ontiveros Alonso, Miguel (dir.), p. 381; “Sin embargo, la clasificación de las penas más im-

Sin pretender abordar un debate que parece zanjado respecto de la primera distinción anotada, habría que aceptar las afirmaciones vinculadas a la dignidad de la persona humana como eje rector — garante — no sólo de la distinción aquí abordada, sino también en relación con sus consecuencias. Con esto me refiero a que, si bien es cierto sólo las personas físicas poseen el valor máximo conocido como dignidad, no menos cierto es que también conlleva una fuerte carga de consecuencias para el universo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es por ello que considero que aquí se ubica uno de los problemas — y desafíos — más importantes en la materia que nos ocupa. El legislador ha dejado de lado la dimensión humanista, aunque parezca contradictorio, de las personas jurídicas. Efectivamente, no puede olvidarse que cualquier decisión que se tome por el sistema de justicia penal respecto de las personas jurídicas, tendrá un efecto en una o más personas físicas. Y esto no debió pasar desapercibido para quienes diseñaron el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Lo anterior no debe causar confusión alguna, pues como ya se aclaró desde un principio, nada debiera impedir que la autoridad pudiera ejercer acción penal en contra de una persona jurídica, procesarla y sentenciarla sin requerir para ello el procesamiento previo de una persona jurídica. Me refiero, por el contrario, a que si bien existe la independencia anotada, debió establecerse un apartado en el que se señalara que, antes de tomar cualquier determinación en contra del ente colectivo, se valoraran las implicaciones que la referida determinación tendría, por ejemplo, con el personal de la empresa, sus familias y la niñez vinculada a ésta:

En un sistema procesal democrático y humanista, el juzgador debe estar obligado a valorar las consecuencias que su resolución — recaída sobre el ente colectivo — tendría sobre el personal de la persona jurídica. Así, aplicar la pena de disolución de una empresa generaría de inmediato consecuencias graves sobre la economía de las familias que viven de los frutos del ente colectivo.

Es por casos como el antes descrito que el legislador debió establecer reglas específicas que obligaran a los operadores del sistema de

portante es la que atiende a su *contenido*, esto es, al bien jurídico del que privan o restringen, y así cabe hablar de una pena capital de la persona jurídica (la disolución), que supone la extinción de la personalidad o su muerte civil”.

justicia penal a considerar las consecuencias accesorias que su determinación podría tener sobre las personas humanas vinculadas al ente colectivo. Y esto no se ve por ningún lado del Código Nacional de Procedimientos Penales.

La solución a este problema es un poco más compleja que las anteriores. El asunto no se resuelve con reformar un artículo o eliminar párrafos. Por el contrario, se requeriría realizar un recorrido muy preciso por todas y cada una de las disposiciones del nuevo ordenamiento e imaginar hasta dónde esas disposiciones pueden afectar a personas ajenas al hecho (madres, hijas, hermanas) y delinear sus contornos con una perspectiva de derechos.

Así, por ejemplo, establecer criterios para aplicar la pena mínima – además de la menos gravosa – puede ser una opción. Abrir la puerta a atenuantes de responsabilidad para beneficiar a la persona jurídica puede ser una vía exitosa para motivar a las empresas a cumplir con el ordenamiento jurídico, colocando así a la disolución de la persona jurídica como la última opción, aplicable sólo para casos extremos. Finalmente, premiar a la persona jurídica con una reducción de la pena – o exclusión de la misma – cuando acredite tener un *compliance program*¹¹ efectivo, resultaría mucho más benéfico que multarla de forma excesiva.

Efectivamente, en las legislaciones española o chilena, por ejemplo, se abre la puerta expresamente a la probable aplicación de circunstancias como las que he señalado con anterioridad. Así, cuando la empresa acredite que cuenta con un programa de cumplimiento efectivo – vigente y aplicable antes del inicio de la investigación penal –,¹² en-

¹¹ Al respecto, como sostiene Bock; “en el contexto jurídico puede entenderse por *compliance*, conducirse acorde al derecho vigente”; Bock, Dennis, *Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion - § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance*; ZIS/2009; p. 68.

¹² Respecto a la importancia que los programas de *compliance* tienen en el ámbito de la atenuación o exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase la obra coordinada por Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, México, 2013. Especialmente la aportación de Marta Muñoz de Morales Romero; *Programas de cumplimiento efectivos en la experiencia comparada*, pp. 211 y ss., “En países como el Reino Unido, Italia, Japón, Austria o Australia, la existencia de un buen (efectivo) *compliance program* puede llevar directamente a la elusión de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica. En otros ordenamientos jurídicos (EE.UU; por ejemplo), y esto es lo más normal, un programa de cumplimiento normativo

tonces dicha circunstancia podría atenuar o excluir su responsabilidad penal. Sin duda, ésta debería ser una aportación específica de cara a la reforma del Código Nacional de Procedimientos Penales, pues su contemplación abonaría a fortalecer la cultura de la legalidad en el ámbito empresarial.

PERSPECTIVAS

Lo que he señalado en esta breve aportación no puede echar abajo los aciertos que se advierten de este nuevo ordenamiento. La unificación procesal penal en México es una realidad y un verdadero alivio que habrá de generar consecuencias muy positivas con el paso del tiempo. Por otro lado, hay que reconocer que, a pesar de algunas inconsistencias como las que aquí se han anotado, ya están vigentes disposiciones plausibles en el propio código que hablan bien de este instrumento jurídico de cara a su aplicación. Éste es el caso, por ejemplo, de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales que se reconocen a las propias personas jurídicas,¹³ como la presunción de inocencia y el debido proceso. A esto se suman las disposiciones que permiten aplicar las formas anticipadas de terminación del proceso, tal y como se advierte del artículo 424:

Artículo 424. Formas de terminación anticipada

Durante el proceso para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, se podrán aplicar las formas anticipadas de terminación del proceso y en lo conducente, los procedimientos especiales previstos en este Código.

Así, parece que los basamentos están ya bien anclados para una buena reforma del Código Nacional, que reajuste lo necesario y encamine la futura unificación penal a escala sustantiva. Y es aquí donde

implica una disminución de la pena o, en fase preliminar, su existencia determina la no adopción de una medida cautelar (por ejemplo, de la prohibición de contratar con el sector público durante un tiempo determinado); pp. 211 y 212.

¹³ Acerca de este rubro, véase la estupenda argumentación de Odone Sanguiné, "Derechos fundamentales de las personas jurídicas en el proceso penal", en Ontiveros Alonso, Miguel (dir.), *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 415; "El sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos protege no solamente determinados derechos de individuos considerados como miembros de un grupo social determinado, sino igualmente ciertos derechos de una organización o de un grupo".

quiero advertir el pilar de lo que pueda venir. Las reformas que vengan deberán partir no sólo de una concepción humanista, sino que deberán poner como centro de sus determinaciones a la infancia y sus derechos. Así, por ejemplo, cualquier incorporación de corte penal o procesal, debiera considerar cómo es que impacta dicha disposición a los derechos de niñas y niños, con especial referencia a la primera infancia:

Los casos de la guardería ABC y el de “casitas del sur”, ponen de relieve lo que aquí podría considerarse –sin una reflexión previa– como una afirmación “fuera de tono”: Que las personas jurídicas no sólo defraudan o evaden impuestos, sino que también explotan sexualmente a niñas y niños o les privan de la vida.¹⁴

¹⁴ La falta de una regulación estricta y de su debido cumplimiento, que bien pudo verificarse a través de un programa efectivo de *compliance*, llevó, en el primer de los casos, a que la instalación de una guardería se ubicara sin mayor problema junto a instalaciones altamente inflamables. Esto produjo la muerte y graves lesiones a decenas de niñas y niños. En el segundo de los casos, la ausencia de una regulación clara para las guarderías en nuestro país, facilitó que varias niñas y niños –muchos de ellos aún desaparecidos– fueran víctimas de trata de personas. Como es evidente, estamos ante dos casos –muy graves– de delitos cometidos por personas jurídicas e impunes en México.

Los Procedimientos Especiales del Código Nacional de Procedimientos Penales

*Jesús Corrales Hernández**

CONSIDERACIÓN GENERAL

Con mesurada emoción se saluda la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales —en adelante CNPP—, normativa que trae consigo importantes cambios de forma y fondo para el proceso penal mexicano. Por mencionar sólo uno —muy destacable por cierto—, que es nacional y sin excepción abroga todos los códigos procesales penales existentes en el país a partir del diecinueve de junio de dos mil dieciséis.

Es deseable que esta aparición normativa nacional anuncie la clarificación sustancial y sistemática del proceso penal acusatorio en nuestro país, hasta ahora por cierto muy deslucido y con poca credibilidad tanto en la práctica como en la academia. También es deseable que este acontecimiento histórico genere la misión irrenunciable de dar vida a los principios político criminales que alimentan y dan vida a su creación.

El nacimiento del CNPP llama entonces a abandonar las explicaciones superfluas y ocuparse del fondo de las ideas procesales; es decir, de lo sustancial y formal del proceso penal mexicano, a partir precisa-

* Profesor del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) y colaborador en el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM).

mente de los contenidos del propio CNPP; a comprender sus principios, estructura y dinámica, pero también a entender su vinculación con el Derecho penal sustantivo, el probatorio y con el resto de las disciplinas en que se apoya. Lo anterior porque en estos tiempos no es raro ver afirmar con tanta soltura y sin rubor de lo “nuevo” del proceso penal, de sus conceptos que aparentemente enarbolan una nueva jerga jurídica aún sin tener certeza de ellos y sin haber sido sometidos al aparato científico del proceso penal y poder afirmar que son jurídicamente aceptables, como el caso del vocablo “teoría del caso”¹ y otros más.

¹ Este concepto, a pesar de no contar con base jurídica, ha sido admitido sin cuestionamientos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siguiente criterio de interpretación: Décima Época, Registro: 2006728, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 13 de junio de 2014 09:37 horas, Materia(s): (Penal), Tesis: XVIII.4o.9 P (10a.) “TEORÍA DEL CASO EN LOS JUICIOS ORALES DE CORTE ACUSATORIO. LA OMISIÓN DE LA DEFENSA DEL INculpADO DE FORMULARLA PREVIAMENTE AL INICIO DE ÉSTOS, OBLIGA AL JUEZ A SU PREVENCIÓN PARA SANEAR ESTE DEFECTO, DE LO CONTRARIO, SE INFRINGEN LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO QUE OBLIGA A REPONERLO POR TRASCENDER AL RESULTADO DEL FALLO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MORELOS). La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a. CCXLVIII/2011 (9a.) derivada de la contradicción 412/2010, de rubro: “SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. TEORÍA DEL CASO.”, destacó la trascendencia de la teoría del caso en la observación al derecho de igualdad procesal que rige en los juicios orales, previsto en el artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal, aduciendo que, mediante su formulación, las partes pueden escurrir los argumentos de su contraria para apoyarlas o debatirlas y observar desde el inicio la forma en como formularán sus planteamientos en presencia del juzgador. Asimismo, la definió como la idea central o conjunto de hechos sobre los que versará la participación de cada parte, a efecto de explicarlos y determinar su relevancia, dotándolos de consistencia argumentativa para establecer la hipótesis procesal que pretende demostrarse y que sustentará la decisión del Juez. De ahí que dicha teoría se basa en la capacidad argumentativa de las partes para sostener sus pretensiones dentro del juicio; por lo que su construcción permitirá al litigante afrontar con solvencia el debate oral. Así, una preparación adecuada coadyuvará a conocer las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas del caso y facilitará la organización de los medios de prueba para su presentación en el juicio. Por ello, debido a la trascendencia de su diseño, debe considerarse una formalidad del procedimiento, la cual, si no se advierte satisfecha previo al juicio oral, el Juez, en términos del artículo 24 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, debe llamar la atención del imputado y su defensa para que estén en aptitud de sanear esta infracción procesal. Lo anterior, porque permitir el inicio de juicios sin la teoría del caso, llevaría al absurdo de sustanciar procedimientos sin objetivos precisos, que pudieran derivar en la emisión de actos de autoridad ociosos, incongruentes o dilatorios, en tanto que no se conoce lo que se pretende probar durante el juicio, ni las pruebas que servirán de sustento para

Por otro lado, seguro que irán surgiendo los “detalles” técnico-jurídicos y con ello los administrativos que, por supuesto, hay que atender, criticar y reorientar; pero, sin duda, ésta es una gran oportunidad para que operadores y académicos, terminen de dar al ciudadano el modelo de proceso penal que respete irrestrictamente el derecho fundamental de acceso a la justicia penal material.

De esta manera, aún sin analizar por ahora el contenido y esquema del CNPP, es importante tener claro que “el legislador tiene sus propios conceptos e ideas acerca de cómo debe ser el sistema o, también, — a la inversa — que no tiene idea alguna explícita al respecto y sigue intuitivamente una cierta orientación sistemática”,² de ahí que la gran tarea pendiente consista en definir, lo más claro posible todo el contexto del “sistema procesal penal acusatorio”.

Según sostuvo Wach “el proceso no es una creación estética, artística, cuya forma es esencial porque produce efectos sobre los sentidos. El proceso es una creación de la inteligencia, una maquinaria hecha con sutileza y construida según las leyes de la lógica, cuya esencia resulta

ello. En tal virtud, si el juzgador al inicio de la etapa de apertura a dicho juicio, advierte que el abogado del inculcado omite exponer los argumentos en que fincará su defensa, cuando en términos de los artículos 304, inciso A), fracción III y 309 del citado código es el momento para hacerlo, ello trasciende al fallo, por lo que debe ordenar la reposición del procedimiento para el efecto de que sea saneada dicha infracción, previniéndolos para que presenten una exposición abreviada de sus pretensiones, mediante la expresión de los argumentos que consideren necesarios, señalen los medios de prueba que producirán en juicio para demostrarlos e incluyan los relativos a la individualización de las sanciones. Lo anterior, no contraviene el principio de presunción de inocencia, si se considera que dicha máxima subyace en favor de los imputados hasta en tanto aparecen suficientes medios que los incriminen en el hecho ilícito atribuido; ante lo cual, éstos deben desvirtuar tales incriminaciones, pues no es válido en su favor el silencio o la simple negativa. Sin que se soslaye que la estrategia de la defensa sea la de no aportar pruebas, extraer elementos en su favor de los medios de convicción ofertados por el fiscal durante su desfile y esperar que éste demuestre su culpabilidad pues, en este supuesto, así debe exponerse en la formulación de su teoría del caso, dado que será el medio de defensa por el cual se pretenderá alcanzar la absolución frente a la acusación hecha al imputado. Por último, se advierte que el principio de contradicción rige para los juicios orales de corte acusatorio, el cual sólo se entiende observado cuando tanto la defensa como el fiscal fincan sus respectivas teorías del caso, las cuales, una vez conocidas por sus oponentes, podrán ser contradichas en un plano de igualdad procesal”.

² Barrios De Angelis, Dante, *Teoría general del proceso*, Editorial Bdf, Argentina, 2005, p. 23.

de la determinación de su fin material”,³ que consiste en el otorgamiento de la protección jurídica del Estado a los gobernados.

Desde esta óptica, y bajo una visión crítica y propositiva, aquí sólo se hablará brevemente de los procedimientos especiales; es decir, se trata de una intervención académica que abarca estrictamente una visión de conjunto sobre dichos procedimientos especiales, previstos en la legislación procesal nacional de nueva creación. Intentaremos por ello reducir la explicación al mínimo, destacar sus reglas, agrupar los elementos que los componen y los que les son comunes, destacar sus lagunas, complementos y contrastes con el proceso penal ordinario y, finalmente, generar algunos puntos conclusivos, sin soslayar que estamos en una época inicial de las discusiones y que se trata de por sí de un tema sumamente complicado.

ACERCAMIENTO A UNA DEFINICIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Sabida de la misión del Derecho penal en una sociedad,⁴ se destaca en este punto la importancia del Derecho procesal penal, la cual radica ahí donde da vida o hace efectivo el poder punitivo estatal mediante el establecimiento de reglas, formalidades, determinación de las garantías y derechos a los que debe alinearse el Estado previamente al aplicar las penas y medidas de seguridad y a las que los mismos actores que acuden al proceso – víctima, imputado o terceros –, deben ajustarse.

Ciertamente al generarse el CNPP no ha quedado limitado el significado diferenciador de los vocablos proceso y procedimiento; sin embargo, es necesario entenderlos para poder hablar con propiedad de “procesos especiales” o “procedimientos especiales” y, aunque aquí no

³ Wach, Adolf, *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, Editorial EJEA, Argentina, 1958, p. 2.

⁴ Proteger los bienes jurídicos más importantes de los ataques más graves (siempre como último recurso), y como consecuencia de ello la convivencia en sociedad de las personas. Jescheck afirma que “Tan pronto como el Derecho penal no pueda garantizar más la seguridad y el orden, existe peligro de que los ciudadanos se tomen la justicia por su mano de que los fuertes se impongan a los débiles sin consideración alguna”. Jescheck, Hans-Heinrich, y otro, *Tratado de derecho penal, Parte general*, 5a. ed., Editorial Comares, España, 2002, p. 3.

es el tema, hay que decir que distan uno de otro a tal nivel que impacta de forma trascendente en la comprensión y dinámica del proceso penal. Así, antes de avanzar debe quedar antepuesto entonces que el “proceso” penal es una consecución de actos jurídico-procesales y su teleología es resolver en sentencia definitiva un conflicto jurídico entre partes, mientras que el “procedimiento” no es teleológico, más bien busca trazar un método o canon al que los actores deben sujetarse en el rito — en el ámbito jurídico procesal este aspecto se concentra bajo el término de “formalidades esenciales del procedimiento” —; dicho sea de paso, y sólo para terminar de diferenciar los vocablos anteriores, cabe decir que el término “juicio” es utilizado para designar el ejercicio racional y lógico que realiza el juez previo a decir el derecho, aunque también es utilizado para designar el proceso penal en su conjunto.

Con todo, aquí se hablará — como en el CNPP —, de “procedimientos especiales”, aunque no se comparta dicha denominación, pues en realidad lo adecuado sería hablar de “procesos penales especiales” dado que cada uno de ellos tiene una teleología — la misma que el proceso penal ordinario —, resolver el conflicto (y no sólo diferenciar las formas), aunque sí con otras reglas y vías competenciales.

Ya en materia, a los procedimientos penales especiales puede definírseles como aquellos que para su sustanciación utilizan normas especiales o particulares — distintas o complementarias a las del proceso penal ordinario —, debido a sus características específicas de tramitación, su jurisdicción y hasta su competencia y, algunas veces, a las circunstancias específicas del delito.

Para Leone, sin embargo “la especialidad, tratándose de materia procesal, sólo puede inferirse de la disciplina del procedimiento: cuando un procedimiento se regula de manera diferente que el procedimiento ordinario, nos hallamos en presencia de un procedimiento especial”.⁵ En este sentido, señala el procesalista italiano, “no puede valer siquiera, para caracterizar el procedimiento especial, el objeto particular de la relación procesal contemplado en función de la naturaleza de la imputación, ya que tales aspectos afectan, no a la disciplina del procedimiento, sino a la determinación del juez y deben, por tanto, reconducirse a la competencia por razón de la materia”. Efectivamen-

⁵ Véase Leone, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, p. 437.

te, concluye, "hay que cuidarse de referir el carácter del procedimiento a la composición del juez; ya que ésta no atañe a la disciplina del proceso, sino solamente al tema de la competencia".⁶

En México ha habido quien discrepe de este punto de vista al considerar todavía más aspectos que los señalados por Leonne para distinguir a los procedimientos especiales y se agrega, por ejemplo, el bien jurídico o la naturaleza del delito para fundar un procedimiento especial.⁷

En resumen, los procedimientos especiales *in genere* pueden entenderse con dos expresiones breves: "infortunados" e "imprescindibles". "Infortunados" por que "a ellos se lleva, sin orden ni concierto, todo aquello que no se ha sabido depositar en otros lugares del texto"⁸ procesal penal e, "imprescindibles", por que en la sistemática de toda codificación sería imposible agrupar todos los procedimientos dentro del proceso penal ordinario.

Ciertamente los procedimientos especiales no pueden tener una aplicación análoga al procedimiento ordinario, aunque sí al revés; es decir, en acatamiento a los principios de unidad del ordenamiento, seguridad jurídica y *fomus boni iuris*, los procedimientos especiales pueden valerse supletoriamente de las reglas establecidas para el procedimiento ordinario. En la tramitación de los procedimientos especiales hay que tener en cuenta: a) normativa aplicable para los procedimientos especiales, previstas en el CNPP; b) normas especiales de tramitación, como las previstas en el Código Fiscal de la Federación; c) las normas establecidas para el procedimiento ordinario; d) reglamentos, acuerdos generales y particulares, y e) protocolos y manuales de actuación.

Enfáticamente, la base de todo proceso penal es y será siempre el proceso penal ordinario. De ahí que sea necesario destacar entre lí-

⁶ *Idem.*

⁷ De esta manera, Jorge Alberto Silva Silva explica que "los supuestos que dan lugar a un procedimiento especial pueden ser *meta-procesales* (el tipo de delito, o la sanción) o *procesales* (confesión). En ocasiones importa la *causa pretendi* (hechos considerados delictuosos). La *gravedad* con la que se le califica (delitos más graves), la potencial sanción por imponer (penas mínimas), el *sujeto* pasivo (anormales mentales), la *urgencia* (en ciertos delitos militares), etc.". Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho procesal penal*, Oxford University Press, 2a. ed., México, 2001, p. 383.

⁸ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Ricardo Levene, hijo, *Derecho procesal penal*, Editorial Guillermo Kraff Ltda., Argentina, p. 325.

neas, lo que es el proceso penal ordinario, para poder comprender a los “procedimientos especiales”.

La base normativa del proceso penal ordinario es el CNPP. Su esquema está constituido por una *etapa de investigación* (dividida a su vez en dos partes, inicial y complementaria); una *etapa intermedia* (con una fase escrita y otra oral) destinada a preparar la celebración del debate y, finalmente, una *etapa de juicio oral* en donde las partes debatirán sobre la información introducida y sobre la base de los medios de prueba de donde saldrá la resolución definitiva del asunto. En el procedimiento ordinario se observarán todos los derechos, principios y garantías previstos en la Constitución, los tratados internacionales y la codificación procesal penal nacional. Aunque el CNPP no lo dice claro, se infiere que este esquema del proceso penal ordinario será la base para “todos” los procedimientos especiales.⁹

LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN PARTICULAR DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Análisis de los procedimientos especiales desde la perspectiva de las iniciativas de reforma constitucional

Los procedimientos especiales han quedado incompletos, desordenados, asistémicos y sin un esquema propio. Todo se deba quizá a su proceso de creación legislativa.

En la gestación del CNPP, y después de reformado el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹⁰ se sometieron a discusión en el Senado de la República tres iniciativas provenientes de diversas bancadas políticas, pero que contenían la idea de unificación de la legislación procesal penal.

⁹ En los procedimientos especiales para “Pueblos y comunidades indígenas, no se establece este aspecto.

¹⁰ El diecisiete de julio de dos mil trece fue aprobado por el Pleno de la Cámara de Diputados el Proyecto de Decreto que reformó el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que faculta al Congreso de la Unión para expedir el Código Nacional de Procedimientos Penales y el cinco de septiembre siguiente dicha Cámara Baja, declaró la constitucionalidad de la reforma en mención, la cual abarca también la facultad para legislar en materia de ejecución de sanciones y mecanismos alternativos de solución de controversias.

Poco antes de que esto ocurriera, el siete de febrero de dos mil trece, la Comisión de Justicia del Senado de la República, celebró el “Acuerdo” por el que se aprobó la convocatoria y metodología para la celebración de cuatro audiencias públicas respecto de las iniciativas presentadas respecto a la expedición del Nuevo Código de Procedimientos Penales. Éstas tuvieron como objetivo enriquecer el trabajo legislativo con opiniones técnicas y la participación de expertos, autoridades, profesionales y representantes de la sociedad civil, abriendo el Senado, un espacio de discusión pública en el que fueron compartidas distintas perspectivas y pronunciamientos respecto de las iniciativas presentadas.

En esa misma data, del Acuerdo mencionado, se instauró la creación de un Consejo Técnico, con el propósito de proporcionar a la Comisión de Justicia la asistencia técnica necesaria durante la celebración de las audiencias públicas y durante el proceso de dictaminación de las iniciativas en la materia. Cabe destacar que el Consejo Técnico fue conformado por personas de reconocida experiencia y especialidad en la materia.

De esta manera, el diez de abril de dos mil trece, en la cuarta audiencia pública tocó la discusión de, entre otros temas, a los procedimientos especiales. En dichas propuestas fueron introducidos diversos criterios para definir y caracterizar a los procedimientos especiales. El treinta de abril siguiente se presentó un proyecto con propuesta de reforma marcada con la letra “C”, presentada por los senadores Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Manuel Camacho Solís, Pablo Escudero Morales, Angélica de la Peña Gómez, Omar Fayad Meneses, Luis Armando Melgar Bravo, Layda Sansores San Román y Dolores Padierna Luna, pertenecientes a diversos Grupos Parlamentarios, en el que se introdujo a la disertación el tema de los procedimientos especiales, en los siguientes términos:

“[...] III. Establecer las formas anticipadas de terminación del proceso, que en algunos Códigos han sido confundidas con formas de terminación de la investigación o con procedimientos especiales. Además, trata el procedimiento penal ordinario diferenciándolo de los procedimientos especiales (abreviado, personas jurídicas, acción penal por particulares, asistencia jurídica en materia internacional).”

“[...] IV. Cuando intervienen personas con discapacidades, o pertenecientes a comunidades indígenas, más que seguir procedimientos ‘especiales’

lo que de alguna manera remite a cierto grado de discriminación, lo que opera es hacer ajustes razonables al procedimiento ordinario para que cualquiera que sea la condición de las personas tengan acceso a la justicia.”

Luego, el catorce de mayo de dos mil trece el Consejo técnico convocó a la celebración de la primera reunión plenaria cuya finalidad fue discutir los temas presentados en las audiencias públicas. De esta manera, el veinticinco de junio siguiente se realizó la reunión plenaria de la mesa tres en cuyo análisis destaca la discusión de los mencionados procedimientos especiales.

En lo que siguió, durante su aprobación en la Cámara de Diputados, los artículos que prevén los procedimientos especiales quedaron intocados, pues no fueron modificados y ni siquiera entraron en la “reserva”. De esta forma, fue como nacieron en el CNPP los procedimientos especiales que ahora se comentan. Como se ve, la “discusión” fue fugaz, como si las propuestas estuvieran claras, no hubo mayor pronunciamiento. Lo cierto es que los procedimientos especiales son un tema muy complicado que requerían de mayor reflexión; a todo esto se suma la poca profundización doctrinal y la diversificación de criterios para clasificarlos y estructurarlos en las legislaciones locales e internacionales.

Los procedimientos especiales contemplados en el CNPP

Tres son los procedimientos especiales¹¹ previstos en el CNPP. Aparecen en el Libro Segundo, Título X, artículos 420 al 432 de la legislación penal adjetiva nacional.

- a) “Pueblos y comunidades indígenas” (art. 420);
- b) “Procedimiento para personas jurídicas” (arts. 421-425), y
- c) “Acción penal por particular” (arts. 426-432).

De entrada, llama la atención que el primero de los mencionados procedimientos especiales sólo abarque un artículo (420 del CNPP).

¹¹ En el anterior sistema procesal los procedimientos especiales que la doctrina reconoce son: a) sumario; b) contra inimputables; c) extradición internacional, y d) delincuencia organizada.

a) *Procedimiento especial para “pueblos y comunidades indígenas”*

La actual expansión protectora del Derecho mexicano ha generado la necesidad de cubrir, a nivel constitucional, los intereses de determinados grupos vulnerables de la sociedad. Así, las comunidades más desprotegidas del contexto social como: *mujeres, niños, comunidad gay, discapacitados* y otros, como los *indígenas*, cuentan hoy con un orden jurídico específico que busca proteger más íntegramente sus derechos fundamentales. Ésta seguramente ha sido quizá la visión del legislador al haber creado en un Libro Segundo los “Procedimientos especiales” para los “pueblos y comunidades indígenas”.

1. *Definición de “pueblo” o “comunidad” indígena*

Según la acepción del *Diccionario de la Lengua Española*, *indígena* es el “originario del país de que se trata”.¹² Más universalmente, “lo indio-indígena se ha explicado en relación a los habitantes originarios de América y sus descendientes; sin embargo, esta categoría – llamémosle descriptiva (indio)– guarda una connotación mucho más amplia, que lo propiamente americano [...]”.¹³ “La cultura de un grupo social, en este caso, un pueblo indígena, se compone de un sistema de valores y símbolos que se reproducen en el tiempo y brindan a sus miembros la orientación y significados necesarios para normar su conducta y relaciones sociales en la vida cotidiana”.¹⁴

Nuestra ley fundamental establece lo que es “pueblos indígenas”, llamados también por la doctrina “comunidades indígenas”:

Artículo 2. [...] (párrafo segundo) [...] son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Cabe destacar, sin embargo, que a nivel internacional existe distinción doctrinal y legal, entre lo que es o debe considerarse pueblo y

¹² Léase la voz “indígena” en el *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española de la Lengua.

¹³ Durán, Alcántara, Carlos Humberto, *Derecho indígena*, Porrúa, México, 2001, p. 36.

¹⁴ López, Bárcenas, Francisco, *Autonomía y Derechos indígenas en México*, Ediciones Coyoacán, 2a. ed., México, 2005, p. 53.

comunidad indígena. La Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas tribales en países independientes, ha definido en el Convenio 169 lo que debe ser comunidad indígena en los siguientes términos:

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

Como se ve, este convenio no hace distinción entre los conceptos “pueblos indígenas” o “comunidades indígenas”, sino más bien aclara que la comunidad recepta el concepto de pueblo indígena, viéndose uno como el género y el otro como la diferencia específica.

En suma, no habría ningún obstáculo para que en la práctica sean utilizados como sinónimos en el desarrollo del procedimiento especial previsto para pueblos y comunidades indígenas; sería intrascendente aplicar cualquiera de los dos conceptos, lo que sí hay que buscar es interpretar adecuadamente sus alcances.

2. Breve consideración histórica y su ámbito de protección constitucional de los pueblos y comunidades indígenas

Es sabido, porque además así lo establece el Pacto Federal, que México es una Nación que tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

En nuestro país, fue durante el Gobierno del Presidente Vicente Fox Quesada —específicamente puede verse el *Diario Oficial de la Federación* del martes catorce de agosto de dos mil uno—, cuando fueron concretados¹⁵ muchos derechos que en su momento reclamaban los pueblos indígenas y por lo que se creó la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA).¹⁶ Los reclamos más importantes de este levan-

¹⁵ Aunque de forma parcial, pues la “COCOPA”, no estuvo de acuerdo con dicha reforma constitucional.

¹⁶ Comisión legislativa bicameral conformada desde marzo de mil novecientos noventa y cinco por las Cámaras de Diputados y Senadores y sus miembros son

tamiento armado consistieron en la lucha por el reconocimiento de su derecho fundamental a la libre determinación y la autonomía de las comunidades indígenas.

En dicha reforma constitucional también fueron definidas las características que debe tener una comunidad indígena para poder reclamar sus derechos bajo ese rubro, las cuales consisten en: *unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.*

En cuanto a su ámbito protector, nuestra Constitución establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación y que el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las respectivas constituciones y leyes estatales. Es decir, le deja a las entidades federativas la tarea de reconocer cuáles son las comunidades indígenas que se encuentran asentadas en su territorio, obligándolos a respetar los derechos humanos.

A pesar del reconocimiento constitucional, la lucha por los principios y valores que dan vida a los derechos como: igualdad y libertad de las comunidades indígenas, se convierten en principios filosóficos deseados, pero que en la realidad todavía son poco tangibles. Sin embargo, algo de terreno se ha avanzado cuando un grupo de personas defiende sus intereses por encima de los cotos de poder que son quienes al final deciden los destinos de las mayorías.

Cabe destacar que a esta fecha las comunidades indígenas no cuentan con un sistema normativo propio que le sirva para solucionar sus conflictos penales, pero además abría que reflexionar si eso es realmente posible, o si sería mejor hacer ajustes al procedimiento ordinario para que recepte este procedimiento especial para pueblos o comunidades indígenas; de ahí que la redacción del CNPP se ha adelantado a la realidad, lo cual exige del legislador resuelva esta laguna legislativa o por lo menos aclare este punto, pues, por ejemplo, en estos casos genera duda quién resolverá estos conflictos: ¿será un juez letrado perteneciente a las comunidades indígenas o un juez letrado que no pertenezca a ellas?, y así con el resto de los operadores jurídicos, es decir, ¿habrá una policía y Ministerio Público especializado que investigue los delitos acaecidos en las comunidades indígenas? Esto es im-

diputados y senadores de los diferentes partidos políticos, y fue encargada de ayudar en el proceso de diálogo en el contexto del levantamiento zapatista.

portante darle respuesta, si no sería contradictorio que por un lado se cuente con un procedimiento extremadamente garantista y, por el otro, que no se tengan las condiciones mínimas que sirvan para desahogar un proceso penal de corte acusatorio para las comunidades indígenas.

3. Procedencia del procedimiento para “pueblos y comunidades indígenas”

Los requisitos de procedencia que establece el CNPP sobre los procedimientos especiales de “Pueblos y comunidades indígenas” pueden dividirse en tres rubros:

i) En relación al bien jurídico

Este procedimiento exige que se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros. Lo interesante de esto es que aparentemente divide los bienes jurídicos “especiales”; sin embargo, se considera que prácticamente cualquier tipo penal previsto en la parte especial del Código Penal puede ser ubicado en este tipo de procedimientos.

En esta parte, cabe destacar que por disposición del “ARTÍCULO OCTAVO” transitorio del CNPP, la Federación y las entidades federativas, deberán publicar —en un plazo que no exceda de doscientos setenta días naturales—, las reformas a sus leyes y demás normativa complementaria, con lo cual se espera que exista más precisión sobre cuáles serán los bienes jurídicos objeto de estos procedimientos, pero también para definir sus alcances.

ii) Con relación a los sujetos que intervienen en el conflicto

Tanto el imputado como la víctima, o en su caso sus familiares pertenecientes a la comunidad indígena, deben aceptar el modo en el que la comunidad debe solucionar el conflicto penal. Esto, puede traer confusión y podría considerarse que la justicia penal está a “voluntad” de la víctima. Sin embargo, debe establecerse que el único facultado para imponer penas y medidas de seguridad es el Estado, previo el procedimiento penal agotado. Lo anterior implica comprender los alcances de los principios dispositivo y el de oficialidad.

Quizá valga decir que la investigación inicial sí puede quedar a voluntad de la víctima que pertenezca al pueblo o comunidad indí-

gena de que se trate, no así lo que suceda a partir de que el asunto se encuentre en conocimiento del juez y hasta el juicio oral. Ello significa que el único facultado para “decir el Derecho” en la sentencia es un juez constitucionalmente establecido. Por lo anterior, debe aclararse, una vez más, lo que significan estas expresiones que utiliza el CNPP y sus alcances.

iii) Con relación a la normatividad aplicable

El CNPP dispone que los conflictos penales derivados de un pueblo o comunidad indígena deben resolverse conforme a sus “propios sistemas normativos”, sin embargo, a pesar de que la propia Constitución les reconoce este derecho actualmente, se insiste, no hay un sistema normativo ajustado al modelo acusatorio que sirva para este objeto, es decir, para que puedan resolverse sus conflictos penales. De ahí que una vez más, el CNPP se adelante y sólo trace las líneas de un procedimiento que debe complementarse.

iv) Extinción de la acción penal

Para que la acción penal quede extinguida es necesario que la solución no considere la perspectiva de género, afecte la dignidad de las personas, el interés superior de los niños y las niñas o del derecho a una vida libre de violencia hacia la mujer. En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el juez competente.

v) Improcedencia de la extinción de la acción penal

El CNPP establece que “se excluyen de lo anterior (de la extinción penal), los delitos previstos para prisión preventiva oficiosa en este Código y en la legislación aplicable”. Habrá de establecerse entonces en los códigos penales del país, primero, cuáles delitos serán juzgados a través de estos procedimientos especiales y, seguido, determinar los casos de extinción.

b) “Procedimiento para personas jurídicas”

En 1949, en un proyecto de reformas al Código Penal de 1931, una comisión conformada por Luis Garrido, Celestino Porte Petit, Raúl Carrancá y Trujillo, Francisco Argüelles y Gilberto Suárez Arvizu, en lo tocante a la responsabilidad penal “corporativa” redactó el siguiente texto, a lo que sería el artículo 11:

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente señalados en la ley, decretar en la sentencia, cuando lo estime necesario para la seguridad pública **las medidas** correspondientes que la misma ley autorice, sin perjuicio de la responsabilidad de los que hubieren incurrido en ella.¹⁷

Actualmente el referido numeral 11 del Código Penal Federal está redactado (casi en forma idéntica) de la siguiente manera:

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, **cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen**, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, **el juez podrá**, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia **la suspensión de la agrupación o su disolución**, cuando lo estime necesario para la seguridad pública. (Énfasis propio)

Ahora bien, el CNPP, en su artículo 421, cuyo rubro se denomina "Ejercicio de la acción penal", contiene la siguiente redacción:

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, **cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica**, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquella, **el Ministerio Público** ejercerá acción penal en contra de ésta sólo si también ha ejercido acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido. (Énfasis propio)

Estas citas legales destacan varios aspectos importantes que deben mencionarse:

1. Que los esfuerzos por intentar responsabilizar a las personas jurídicas, no surgen a partir de la publicación del CNPP;
2. Que el CNPP, no es el lugar para tipificar esa responsabilidad si no el Código Penal, y

¹⁷ Matos Escobedo, Rafael, *Responsabilidad penal de las personas morales (legislación mexicana y doctrina)*, Editorial Botas, México 1956.

3. Que los momentos procesales para determinar la responsabilidad son diversos.¹⁸

Así pues, mucho se ha discutido desde antaño de si sólo la persona física puede ser sujeto activo del delito o, de alguna manera, esa responsabilidad también puede extenderse a las personas jurídicas o morales. Cuando parece que todo estaba dicho, en la discusión contemporánea ha surgido de nueva cuenta la polémica anquilosada —sobre todo, en la doctrina penal alemana y española—, que sustenta, por un lado, o niega, por el otro, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Respecto de la postura que ha sustentado la negativa de una responsabilidad penal de dichos entes, había sido dominante la idea de que sólo las personas físicas pueden cometer delitos, ello bajo un principio romanista denominado *societas delinquere non potest*,¹⁹ el cual está basado en otros principios dogmáticos del Derecho penal como son la capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de pena. Con este principio, además, en el ámbito civil, se sostuvo que las personas colectivas (jurídicas) tienen una existencia ficticia (Savigny), cuestión que desde luego no comparten otros autores de ese ámbito del conocimiento científico (Gierke), pues contrario a ello se sostuvo que éstos entes cuentan con una voluntad propia y distinta, es decir, que tienen una existencia real y no ficticia.

En relación con esta última postura, resulta significativo resaltar que, dado las nuevas aportaciones de la dogmática penal y la teoría de los sistemas, hoy día se sostiene el argumento de que la persona jurídica sí puede responder penalmente, y ello precisamente por tratarse de una persona, aunque ahora no por lesionar bienes jurídicos sino por infringir la norma penal (Jakobs), que desde luego protege al bien jurídico. Tal aserto de la responsabilidad penal surge bajo un concepto de culpabilidad constructivista.²⁰

¹⁸ No obstante, del artículo 422 y siguientes se desprende que los procesos penales seguidos contra la persona física y contra la persona moral se pueden desahogar simultáneamente.

¹⁹ Los fundamentos de esta máxima dogmática tiene sus orígenes en las concepciones jurídicas de la Edad Media. Para conocer mejor su desarrollo véase ente otros, Bacigalupo, Silvina, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial Hammurabi, Argentina, 2001, pp. 37-99.

²⁰ Esta postura fundamenta, a partir de la teoría de los sistemas sociales, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sobre la base de la descripción autoorgani-

Este aspecto de la discusión pertenece al campo de la dogmática penal, y toma como base alguna categoría del delito, como la conducta, los criterios normativos de imputación, como en el último caso a la culpabilidad. Un esbozo de esta postura cabría explicarse brevemente de la siguiente manera.

Dentro de la teoría de los sistemas autopoiéticos, a la persona jurídica, específicamente la empresa, se le ha concebido de una forma muy concreta: como un sistema autónomo que se autoconduce, autoorganiza y autodetermina, elementos que sirven a su vez de fundamento para afirmar su responsabilidad penal. Dicha concepción basada en el concepto constructivista de culpabilidad viene a cambiar la idea de que la persona jurídica está compuesta de entes físicos o naturales, mismos que fungen, según esta postura, como unidades básicas del sistema organizativo.

Actualmente, en términos generales, la persona jurídica se concibe como un sistema organizativo que se reproduce mediante decisiones que sirven de conexión a decisiones posteriores y que se orientan con base en decisiones anteriores (autoconducción); cada decisión sienta un final que debe poder interpretarse como un comienzo. La decisión se configura, en definitiva, como el modo de operación específico de las organizaciones y posibilita la autopoiesis organizativa, para ello es importante la comunicación, la cual sirve como transporte de competencias, esto es, con la comunicación se determinan las operaciones propias de los sistemas operativos. De esta manera, la capacidad de conocimiento, dice el sociólogo Niklas Luhmann, en los sistemas vivos, psíquicos y sociales surge a partir de cogniciones propias y con la ayuda de cogniciones propias, las cuales desarrollan posteriores cogniciones. Por esa razón, y dado que la norma penal únicamente puede ser infringida por "personas", luego entonces, la persona jurídica sí puede infringir las expectativas normativas incluidas en dicha norma, pues es, éste, un ente motivable.

En conclusión, los sistemas son independientes de sus miembros, es decir, que un miembro ya no se constituye en relación con individuos concretos o características abstractas que éstos deben poseer, sino

zativa de la empresa. Véase Gómez-Jara Díez, Carlos, "Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Consultable en: [<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>].

que dicha condición se remite a las estructuras internas del sistema, por lo que se entiende que la organización dispone de un criterio interno controlable con el cual ella misma, y no su entorno, controla la condición del miembro, surgiendo con esto la responsabilidad penal de la persona jurídica como producto de su libertad de autoconducción.

Sólo resta concluir en este apartado que los tres fundamentos sobre los cuales se construye el nuevo concepto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas están contenidos en el pensamiento jurídico filosófico de Günther Jakobs, quien establece que vivimos en una sociedad pluralista de riesgo, los alcances de la criminalidad son impensables; por ello, resulta necesario y adecuado imponer a todas las organizaciones empresariales (personas jurídicas) la obligación de fidelidad al derecho, lo cual se concreta en la institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al derecho. El reconocimiento de una esfera de autonomía a la empresa con la consiguiente obligación de fidelidad al derecho provoca, al igual que lo hizo en el individuo, el nacimiento del ciudadano fiel al derecho. De esta manera, el rol que garantiza el Derecho penal es el del rol del ciudadano (corporativo) fiel al derecho y, en consecuencia, la no institucionalización de esa cultura empresarial de fidelidad al derecho constituye el quebrantamiento del rol del ciudadano (corporativo) fiel al derecho; es decir, la manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial.

1. Procedencia para la investigación de una persona jurídica

Si se toma en consideración la distinción arriba realizada entre los conceptos "proceso" y "procedimiento", puede comprenderse a qué se refiere el artículo 421 del CNPP cuando habla de que el Ministerio Público "ejercerá acción penal" contra las personas jurídicas.

Efectivamente se trata de un "procedimiento" (de investigación) seguido contra las personas jurídicas que exige el previo juzgamiento y responsabilidad de una persona física. No de la responsabilidad penal en sí, pues ello, como ya quedó expuesto corresponderá hacerlo en los códigos penales. Esto es, para que proceda el inicio de una investigación contra una persona jurídica es necesario que "alguien" (persona física) cometa un hecho delictivo, con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, pero además el delito debe resultar cometido a nombre o bajo el amparo o en beneficio de aquélla.

De la interpretación del artículo 421 hace pensar que no puede iniciarse una investigación contra una persona moral, sin que exista declaratoria de delito y responsabilidad de una persona física, pero que además se trate de una que no pertenezca al Estado. A pesar de ello, se reitera, de la lectura de los subsecuentes artículos pareciera que los procedimientos pueden sustanciarse de manera simultánea, lo cual exige ser aclarado por el legislador en las leyes secundarias o complementarias.

2. La investigación

Según la redacción del artículo 422 del CNPP, la investigación contra una persona jurídica sólo tendrá lugar cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la posible comisión de un “delito” en los que se encuentre involucrada alguna persona jurídica; aparentemente esto ocurrirá sólo cuando exista sentencia definitiva que declare la existencia del delito y la responsabilidad y no antes.

3. El aseguramiento de bienes

No queda claro el momento y las circunstancias en que debe dictarse la media cautelar de aseguramiento de bienes de la persona jurídica, por lo que debe destacarse que debe cumplir con todos los extremos de éstas, cuando durante la investigación se ejecute el aseguramiento de bienes. Quizá lo más trascendente que puede comentarse sobre la redacción de este procedimiento especial seguido contra personas jurídicas, es que los yerros o lagunas se pueden salvar aplicando las reglas, principios, derechos y garantías establecidos para el procedimiento penal ordinario. El último párrafo del artículo 425 del CNPP así lo dispone: “En lo no previsto por este Capítulo, se aplicarán en lo que sea compatible, las reglas del procedimiento ordinario previstas en este Código”.

c) “Acción penal por particular”

Influenciado por la época de la Ilustración, el legislador mexicano ha concebido al Estado como una República representativa, democrática y federal, compuesta de Estados libres y soberanos. Dicha soberanía

radica esencialmente en el pueblo y se hace valer por medio de los Poderes de la Unión: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, cuyas funciones son, respectivamente, entre otras, redactar el orden normativo, guardar que se ejecute y administrar justicia.

Así pues, México, en su organización política y social guarda el equilibrio de poderes a efectos de que prevalezca el Estado constitucional de Derecho, cuyo objetivo primordial será siempre la dignidad de la persona humana y el interés de la sociedad mandante.

Desde 1917 y hasta antes de la reforma constitucional, publicada el 18 de junio de 2008 — con vigor al día siguiente —, al órgano del Estado conocido como Ministerio Público (representante de la sociedad y parte del Poder Ejecutivo), se le había reservado exclusivamente la facultad del ejercicio de la acción penal en los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En dichos numerales, además, se establecen las bases de organización y funcionamiento de la referida institución del Ministerio Público, así como la vigilancia y control de las funciones de investigación. Mediante la figura del Ministerio Público, el Estado manifiesta su derecho público subjetivo de persecución del delito y la imposición de las penas.

La acción penal, es pues un derecho público subjetivo y potestativo ejercido por su titular (el Estado); como derecho subjetivo, la acción estaría encaminada a hacer funcionar la maquinaria del Estado en búsqueda de tutela jurisdiccional, y como derecho potestativo, la acción estaría dirigida a someter al imputado a los fines del proceso y de la pena.

Actualmente, bajo la perspectiva del Derecho procesal penal, se advierten dos dimensiones de la acción penal:

1. La acción penal como la única vía para que las pretensiones de justicia en el ámbito penal puedan materializarse, y
2. La acción penal como la manifestación clara del poder estatal expresado en el mandato constitucional que establece la exclusiva potestad del Estado para administrar justicia. Como poder, entonces, la acción penal es, básicamente, coerción estatal, porque sin ella el proceso no tendría la autoridad de la que goza.

La acción penal es pública, por cuanto el Estado es quien administra justicia mediante el proceso penal, lo que implica desde la potestad de perseguir el delito hasta el hecho de ejecutar la sanción penal mate-

realizada en la pena, y la ejerce a través de sus órganos. Por ello, cuando se hace la distinción entre acción penal pública y privada, sólo se hace referencia a la facultad de ir tras el delito hasta lograr una sanción, actuando con titularidad en su ejercicio un ente público o un particular. Tal facultad, por regla general radica en el Ministerio Público, sin embargo, los delitos de acción privada constituyen la gran excepción al dominio del Estado sobre el procedimiento penal, pues el interés de la víctima o su sustituto prevalece sobre el interés estatal y lo excluye casi totalmente.

Con la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, se genera una modificación sustancial, la cual radica en que ya no será exclusivamente el Ministerio Público quien ejercite la acción penal frente al Juez de Control, si no que, se faculta ahora al ciudadano para que, en determinados casos, ejercite la acción penal privada (art. 21, párrafo segundo, de la CPEUM).

1. Acercamiento a un concepto de la acción penal por particular

El ejercicio de la acción penal por particular, desde su denominación, puede llevarnos a un confuso importante, por ello es necesario destacar los alcances de esta figura. Con todo, cabe decir que: *a)* una visión amplia la concibe esta acción penal como una institución procesal puesta en manos de los particulares para que, cuando no exista respuesta estatal, él acuda directamente al juez a generar su pretensión punitiva en cualquier tipo de delito; *b)* una visión más estricta la aprecia como sinónimo de querrela ante el Ministerio Público — así lo recoge el CNPP —, es decir, donde víctima y autoridad caminan juntos durante el proceso penal, pero además depende de un sistema *numerus clausus*, esto es, de un sistema que sirve exclusivamente para determinados delitos y sólo para la investigación de los mismos. Ciertamente, la figura ha quedado muy limitada en el CNPP.

Desde sus orígenes, al crear la figura de la acción penal privada, un grupo de legisladores, a cargo del diputado César Camacho Quiroz, dijeron que:

Un protagonista importante del proceso penal mexicano es el Ministerio Público. Su papel al investigar la posible comisión de un delito, al ejercer la acción penal y al velar por el interés de la legalidad dentro del proceso,

lo convierten en una pieza clave de cualquier diseño institucional. Así ha sido en el pasado y así debe seguir siendo en el futuro. El Ministerio Público se ha tenido que enfrentar como institución a retos de complejidad creciente, que han ido minando su actuación. Es momento de revalorar su papel como titular único de la acción penal y como órgano acusador dentro del correspondiente proceso. - - - Se puede convenir en que es al Ministerio Público a quien le debe seguir correspondiendo desarrollar la investigación de los delitos y ejercer la acción penal. Ahora bien, estas tareas ministeriales no suponen necesariamente un impedimento para que los particulares sean copartícipes, cumpliendo con los requisitos que establezca la ley, en el buen desarrollo de la justicia penal. Los particulares deben tener el derecho para ejercer directamente la acción penal.

Por su lado, en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, se estableció que:

El ejercicio de la acción penal (privada) en estos supuestos será evidentemente excepcional, sólo en aquellos casos en los que el interés afectado no sea general. Al igual que en el caso de la coadyuvancia, esta posibilidad no debe traducirse en que el Ministerio Público desatienda los casos, deberá tener la intervención que ya de por sí le confiere el artículo 21. Tales posibilidades permitirán hacer más transparente la procuración y la administración de justicia, toda vez que se da pauta para la existencia de un control ciudadano sobre las funciones de procuración de justicia.

La redacción al artículo 21 de la CPEUM, a partir de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, quedó en los siguientes términos:

Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. - - - **El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.** (Énfasis propio)

De todo lo anterior, se colige que la acción penal privada es un medio excepcional de control ciudadano que evita acudir al Ministerio Público para ejercer directamente la acción penal ante el Juez de Control, siempre que se trate de un interés particular, evitando con ello dilaciones en la investigación, proponiendo por sí sus pruebas, además de tener contacto directo con la autoridad judicial, sin que se suprima de manera definitiva la participación del Ministerio Público.

De esta manera, las características de la acción penal privada son las siguientes:

1. Voluntaria y personal. En el acto de promover la acción penal por particular, prima la voluntad del titular del bien jurídico o del ofendido, cuando éste sea disponible y únicamente en los delitos perseguibles por querrela cuya penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de la libertad, o cuya punibilidad no exceda de tres años de prisión (art. 428 del CNPP).
2. Renunciable. La acción penal privada es renunciable, es decir, puede o no hacer valer ese derecho o una vez iniciada la acción puede desistirse de ella. Esto deriva de la gravedad del hecho de la punibilidad antepuesta para las conductas previstas para la acción penal privada.
3. Relativa. La acción penal privada es relativa por cuanto la administración de todo el proceso penal y sobre todo, la capacidad de ejercitar el *ius puniendi* está en manos del Estado.
4. Datos de prueba. El actor particular deberá contar y recabar con evidencia suficiente para poder acudir al Juez de Control a ejercitar acción penal.

En estas condiciones sólo resta establecer que debido a no contar con una estructura bien definida, la acción penal por particulares puede ser tramitada con las reglas de los procedimientos especiales cumpliendo siempre con los requisitos formales y materiales establecidos en el artículo 429 del CNPP.

Se prospecta poca utilidad de la figura de la acción penal por particular debido a la punibilidad que exige para su procedencia. Habría que esperar las reformas a los códigos penales para establecer en definitiva cuáles serán los delitos que puedan ser procesados mediante esta institución procesal.

EL PAPEL DEL JUEZ ANTE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES CONTEMPLADOS EN EL CNPP

La norma legal, como instrumento de paz social y afianzamiento de los valores sociales, no siempre es clara y completa. De ahí que para poder pronunciar la palabra de la ley y crear el “derecho justo”, el juez tiene la función de adecuar el ordenamiento jurídico a las realidades, mediante el conocimiento de sus antecedentes históricos

y de las máximas de la experiencia, con el fin de generar decisiones razonables.

El Derecho positivo que deriva de las normas jurídicas está dado por el legislador. Sin embargo, la posibilidad de dar un derecho “renovado” todos los días, está en la práctica judicial, ello dentro del marco del ordenamiento jurídico. En un Estado democrático, el juez es el órgano del Poder Judicial que declara en definitiva la voluntad de la ley en el caso concreto sometido a su conocimiento. De su lado está el abogado postulante, quien con su labor impulsa las actuaciones para que el juez desempeñe acuciosamente su labor jurisdiccional. Así, la función del juez consiste en colmar la laguna jurídica a través de la compaginación de los principios que fundan la existencia del mismo Estado democrático. La certeza jurídica, es y será siempre la misión que propende de la figura del juez y la misión del abogado consistirá en apoyar a esta visión, dando luz a aquél para que conciba lo justo de sus peticiones y para defender lo establecido por la ley. El interés de la sociedad en el juez consiste en confiar a él la seguridad jurídica de las decisiones que se toman en los juzgados. En México, la crisis de la ley y sus procedimientos ha traído consigo una inflación legislativa, multiplicando la cantidad de disposiciones normativas, afectando y poniendo en riesgo la seguridad jurídica.

Si a esto se suma que la aplicación de las normas penden de la taxatividad, el riesgo se incrementa. El derecho de subsunción originado por la visión de un principio de legalidad ortodoxo, donde “si la ley lo dice eso es, y si no lo dice no existe”, debe flexibilizarse; esto es, que debe encontrarse el punto medio en donde no se debe creer que todo está concebido en la ley, ni dejar, por otro lado, amplio margen al juez para concederle la posibilidad de que dicte resoluciones arbitrarias.

En este punto, la racionalidad de las normas y la flexibilidad del principio de legalidad, ayudarían a que el derecho fuera más justo y también a cerrar la puerta a la incerteza jurídica. El propósito del jurista en estas observaciones consistirá en buscar equilibrio y comprensiones mutuas, es decir, el juez al individualizar el derecho en sus resoluciones debe pugnar por la certeza jurídica de sus resoluciones. A la vez, el abogado debe pronunciarse en sus defensas, sin pasión desmedida y con ética forense, buscando dar vida al derecho justo y razonable.

De la sana comprensión de la actividad del juez y el postulante, surgirán las decisiones más benignas para la sociedad, quien ante la

aspiración de un mundo mejor tendrá otro punto de vista de la labor de la abogacía. Debemos aspirar todos a esos horizontes, este es el momento oportuno.

No basta con la observancia de la técnica del proceso judicial, es necesario que los protagonistas del proceso detecten los errores de la ley y se corrijan, ya sea en la jurisprudencia o con propuestas de reforma al legislador. El derecho de hoy tiene la esperanza de ser mejor que el de antes, más funcional y eficaz, de ahí que hay que aportarle todos los elementos que requiera para lograr ese fin. Los intereses humanos al amparo de la modernidad de nuestra legislación mexicana, así lo exigen. Todos debemos contribuir a que las decisiones jurídicas se ajusten a la visión democrática de Estado, es decir, donde los derechos fundamentales que reconoce la Constitución sean realmente respetados.

CONCLUSIONES

Sin duda, la expedición del CNPP refleja el estado de la cuestión y las exigencias de la ciencia procesal penal en México. Aquella crisis que dio origen a la reforma constitucional de 2008, quiere tenerse en la mente sólo para evitar nuevos yerros. Con todo, los esfuerzos han quedado incompletos. De ahí que haya que generar la crítica de cara a enderezar y llenar las lagunas de la ley.

A pesar de los yerros del CNPP en lo relativo a los procedimientos especiales, no existe obstáculo para desahogarlos respetando los derechos fundamentales de los que intervienen; pues, por disposición del artículo 1 constitucional "todas las personas gozarán de los derechos humanos" reconocidos en la ley fundamental; además de que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El artículo 1 transitorio del CNPP dispone que este instrumento normativo "recoge el sistema procesal penal acusatorio", lo cual implica que los procedimientos especiales, a pesar de su imperfección y sus lagunas, deben desahogarse con todo el esquema que traza la legislación procesal nacional de reciente creación, es decir, que en todo lo no previsto para los procedimientos especiales, habrán de aplicarse supletoriamente las reglas del procedimiento ordinario.

En suma:

- Los procedimientos especiales han quedado deficientemente redactados, y sólo fijados en forma enunciativa.
- Como consecuencia de lo anterior, habrá que complementarlos o reformarlos para no generar inseguridad jurídica y costos sociales.
- Ciertamente su definición se fija bajo la definición del proceso penal ordinario.
- El proceso especial niega la existencia de un proceso ordinario.
- Tanto el proceso ordinario como el proceso especial buscan resolver, con su propio contexto normativo y apoyados supletoriamente en el CNPP, el conflicto penal.
- El proceso especial no puede aplicarse analógicamente al proceso ordinario, pero las normas del proceso ordinario sí pueden aplicarse supletoriamente al proceso especial.
- Los procedimientos especiales no son únicamente los que están previstos en el CNPP, habrá tantos procedimientos especiales como normas especiales que sirvan para resolver un conflicto penal y circunstancias específicas que concurren (calidad en sujetos, bienes jurídicos y circunstancias).
- Será el CNPP, la normativa complementaria, la doctrina y la jurisprudencia la que defina en qué casos habrá lugar a un proceso penal especial.

Las neurociencias y el Procedimiento Penal

Augusto Sánchez Sandoval*
y Alicia González Vidaurri**

INTRODUCCIÓN

Las neurociencias estudian los procesos epistemológicos a través de los cuales los seres vivos perciben, conocen, piensan, deciden y actúan.

Por ello, nuestro *objetivo general* consiste en “analizar algunos nuevos paradigmas de las neurociencias y mostrar la manera cómo ellos influyen, distorsionando la llamada *verdad jurídica en el derecho penal*”.

Las neurociencias han logrado avances muy significativos para la comprensión de la conducta humana, tales como: saber que la realidad que conocemos es diferente a la que existe. Que las decisiones y ac-

* Augusto Sánchez Sandoval es profesor titular “C” de tiempo completo definitivo en el área de Política Criminal en el Posgrado en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, en la Universidad Nacional Autónoma de México. Este artículo es una síntesis mínima del libro *Epistemologías y Sociología Jurídica del Poder* del mismo autor y fue publicado en la FES Acatlán, en 2012. augustosanchezs@yahoo.com.mx

** Alicia González Vidaurri es doctora en Derecho Penal y Criminología por la Universidad de Roma, Italia. Fue Directora de Investigación en el Instituto Nacional de Ciencias Penales y profesora en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México.

ciones que creemos conscientes, se deciden en el inconsciente. Que lo emocional precede a lo racional.¹

LAS NEUROCIENCIAS:
DIEZ MANDAMIENTOS QUE DEBEMOS APRENDER
LOS ESTUDIOSOS Y LOS OPERADORES
DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

Primer mandamiento:

- Los estímulos que recibimos de los universos, nos dan información a partir de pautas conscientes o inconscientes, que sirven para hacer diferencias; y de su contraste, podemos percibir, captar, conocer y decidir.
- a) En los *sistemas biológicos*, el punto de partida de cualquier proceso epistemológico, esto es, la manera como creemos que conocemos, consiste en hacer consciente o inconscientemente: *distinciones y diferenciaciones*, a partir de pautas predeterminadas, que sirven para crear moldes o patrones, que se aplican respecto del universo con el que interactuamos y que nos sirven para conocer y decidir.²

A partir de este “acto primordial” de establecer distinciones pueden engendrarse infinitos universos posibles,³ porque el ser vivo sí es consciente como persona, ubica la “pauta” en cualquier parte que quiera, pero si ésta es inconsciente, no puede controlarla y sin embargo, ella actúa sin darnos cuenta, en la discriminación del proceso de percibir y conocer, en la relación energética recursiva, que se da entre sujeto-objeto observador que a su vez es también objeto-sujeto observado.

¹ Véanse los autores Peter Berger y Thomas Luckmann; Gregory Bateson; Francisco Valera y Humberto Maturana; Gerald M. Edelman o Daniel Goleman, entre otros.

² Sánchez Sandoval, Augusto, *Epistemologías y Sociología Jurídica del Poder*, Ediciones Acatlán, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, 2012, p. 29.

³ Cfr. Spencer-Brown, G., *Laws or Form*, New York. Bentan, 1979, p. V, citado por Keeney, Bradford en *Estética del Cambio*, Editorial Aguilar, España 1974, p. 134, y en Espinosa y Gómez, Magdalena, *Conciencia, Lenguaje y Derecho*, tesis de grado de Doctora, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, Diciembre de 2006, p 126, paráfrasis. Actualmente su tesis está publicada como *Neurofenomenología: Cuerpo-Cerebro, Mente-conciencia*, Ediciones Acatlán, FES Acatlán, UNAM.

Las partes, los testigos, los policías, los peritos, los ministerios públicos, los criminólogos, los miembros de los consejos de observación en las cárceles, y los jueces operan igual, con las variantes biológicas distorsionantes de la información recibida, que se produzcan en sus propios *mundos biológicos individuales*.

- b) Todas las distorsiones de percepción del mundo antes vistas, se aumentan si consideramos ahora, qué ocurre en *los sistemas ideológico-sociales*, cuyas pautas derivan del poder humano que las establece, y que no sirven para conocer — como ocurre en los sistemas biológicos —, sino para diferenciar, etiquetar, excluir y castigar, como ocurre con todos los llamados *valores culturales*, que para *ser*, requieren generar el *no ser*.

En la filosofía y la teología, se inventa la polaridad verdadero-falso. En la moral: se construye la bondad y la maldad. En el derecho: lo lícito y lo ilícito. En la criminología y la psicología clínicas: lo normal y lo anormal peligroso. Así, en las ciencias sociales o del lenguaje, la especulación argumentativa permite hacer todas las distinciones que se requieran para justificar todos los sujetos y objetos de conocimiento que se quiera incluir o excluir. Por ello, los *valores* culturales son el medio para marginar y condenar a quienes no quepan en sus parámetros de valor.

La libertad o rigidez con la que se asimilen y pongan en práctica esos valores, por parte de los operadores del derecho, son otros factores más de distorsión en la percepción, captación o decisiones que se tomen respecto de los hechos o sujetos que intervengan en los procedimientos judiciales.

Sin embargo, los operadores-aplicadores del derecho, no se dan cuenta de eso y por tanto, de acuerdo con las pautas de inclusión o exclusión que tengan o tomen en relación con las partes o a los hechos jurídicos, las historias jurídicas que quedan en el expediente pueden ser diametralmente diferentes. De ahí entonces, nacen las opiniones contradictorias, que se dan sobre los mismos hechos y sujetos, en los diversos momentos e instancias del procedimiento penal.

Segundo mandamiento:

- La percepción la obtenemos por los cinco sentidos y por la energía colateral de nuestro cuerpo, en un proceso recursivo con el mundo que aparentemente conocemos.

La secuencia bio-fisiológica y fenomenológica de la percepción, sería la siguiente:

- a) *El cerebro descodifica la información* en forma, movimiento, profundidad, color, olor, sonido y otros múltiples elementos, sin ningún orden.
- b) *La mente-cerebro-cuerpo, entendida como un todo unificado*, reconstruye esa información que el cerebro decodificó, para darnos como resultado un *capto o captado*, que es diferente a la información-dato, inicial, porque la mente contiene la memoria-patrón de experiencias pasadas, por tanto, al recodificar la información, llena los *puntos ciegos de la observación* y nos la presenta como una unidad coherente.
- c) *El proceso de la recursividad, consiste en que estamos en el mundo, tanto como el mundo está en nosotros*. Somos observadores que estamos dentro de lo observado. La concepción tradicional de un sujeto independiente del objeto que conoce, ya está superada. El nuevo paradigma consiste en que todos estamos condicionados por el mundo y el mundo está condicionado por nosotros. Hoy no hay diferencia entre el investigador y lo investigado, porque son lo mismo.

Por esa *relación energético-recursiva* no podemos permanecer puros ni objetivos, en relación con los hechos jurídicos o los participantes en un expediente judicial, por lo que en el procedimiento penal, ninguno de los participantes puede ser imparcial.

Tercer mandamiento:

- El todo percibido y narrado es una suma mayor, a la de sus partes.⁴

No tenemos conciencia de los procesos de construcción de las imágenes que conscientemente vemos; y en éstas, aplicamos toda una cantidad de presupuestos que se incorporan a ellas, aunque no les pertenezcan.

Las imágenes en nuestra *mente*, se construyen debido a todas nuestras experiencias conocidas y vividas, como un agregado de partes y componentes interactuantes. Por tanto, llevan integradas segmentos que preexisten en la memoria, ajenas a la nueva experiencia.

⁴ Bateson, Gregory, *Espíritu y Naturaleza*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 100. Paráfrasis.

Nuestra memoria es la construcción de lo que recordamos con una secuencia lineal y no como una sobre-posición *cuántica* de posibilidades paradójicas y contradictorias.⁵

De todo ello, se deriva que las personas que intervienen en el procedimiento penal, observan los hechos a partir de múltiples experiencias anteriores, generando una suma, que será mayor a la de sus partes.

Cuarto mandamiento:

- La conciencia que tenemos de la realidad es un conocimiento superficial, aparente y subjetivo, que nace en la inmediatez de la interacción recursiva, entre un sujeto-objeto, que a la vez se convierte en objeto-sujeto de la observación, pero que nos da certeza de verdad, aunque sea una artificialidad.

El resultado de esa incertidumbre es lo que creemos como nuestra realidad-verdad. Cuando la narramos estamos convencidos de su veracidad, sin darnos cuenta que es una apariencia, construida por nuestra mente-cerebro-cuerpo, con todas las distorsiones que en ese proceso se producen.

Quinto mandamiento:

- Las palabras con las que explicamos nuestra conciencia de la realidad están comprometidas con las ideologías, con la cultura y con la mimética, que cada quien reciba.

Sin lenguaje, no podríamos sustantivar la conciencia de la “realidad” que creemos conocer. Sin embargo, es el lenguaje que utilizamos el que determina la *realidad* de aquello que expresamos como captado por la conciencia.

La *mimética*⁶ en cambio, se refiere a la copia o imitación que hacemos en forma inconsciente de conductas, comportamientos o ideas de otros. Un *mime* es una carga energética con información del exterior, que llega en forma inconsciente a nuestro cerebro, y si encuentra un caldo de cultivo en nuestra ideología, se desarrolla y nos convertimos en sus promotores y esparcidos.

⁵ Wolf, Fred Alan, *¿Y tu qué #*’& sabes de la conciencia cuántica?*, Editorial Panorama, México, 2008, p. 28.

⁶ Véase Blackmore, Susan, *La Máquina de los Memes*, Paidós, Barcelona, España, 2000.

Mime es un sustantivo que permite nombrar e identificar a toda esa invasión comunicativa y cultural, que llega a organizarse en conjuntos llamados *mimeplexes*, que penetran nuestra conciencia y nuestro *Yo consciente*. Este *Yo genético* al ser invadido por los cúmulos de información *mimepléxica*, recibe el nombre de *yo-plex*. En consecuencia, en nuestros mundos biológico-individuales y sociales, interactúan continuamente, el *Yo genético* y el *yo-plex* en forma recursiva constituyendo el *Yo que creemos ser*.

Por ese motivo, el *Yo consciente-genético* que inicialmente tenemos, deja de ser el aparente protagonista de todas las funciones de control y conducción de nuestra conducta, pues la vida cotidiana de las personas está integrada por la complejidad y la contingencia de la *selección genética* y de la *carga social mimética*. Entonces, ¿Quién decide respecto de nuestra conducta?

[...] La respuesta reside en tener fe en el punto de vista *memético* y aceptar que la selección de genes y memes es la que decidirá la acción, con lo cual no hace falta la presencia de un yo adicional. Para vivir honestamente se debe apartar el yo del camino y permitir que las decisiones se tomen ellas mismas.⁷

Esto deberá ser tomado en cuenta por los operadores del derecho para comprender, cómo se decidió la acción u omisión, en los hechos jurídicos que se imputan a una persona, como delitos.

En consecuencia, los participantes en un “hecho jurídico” y los servidores públicos que operan el procedimiento judicial, deben comprender que la *realidad* es inalcanzable, que el conocimiento es sólo una aproximación y que las llamadas *verdad* y la *verdad jurídica* son construcciones humanas y culturales.

Sexto mandamiento:

- No podemos reconstruir el pasado, pero con palabras podemos re-crearlo o inventarlo.

Los datos jurídicos son hechos que ocurrieron en el pasado y no hay posibilidad de rehacerlos aunque el derecho diga que se reconstruyen.

⁷ *Ibidem*, p. 328. El término inglés es *meme*, pero en español debe ser “mime”, que se deriva de mimética o mimesis, que indica la acción de copiar o replicar algo. Así lo usamos en este texto.

Cuando tratamos de establecer la secuencia de lo que esos sucesos fueron, los re-creamos como recuerdos, pero con palabras que vienen del futuro. La información que nos llega es aquella, de *lo que ha de ser*.⁸ Por tanto, lo captado es lo que *pudo ser posible, que fue*.

Séptimo mandamiento:

- Lo narrado como hecho jurídico, nunca será lo ocurrido.

Con amplio o con reducido léxico, lo que se explica respecto a nuestra conciencia de la realidad, nunca será la información original de lo ocurrido como *hecho jurídico*, en el *mundo de lo concreto* ni en el *mundo de lo biológico individual*. Todo lo que se diga de los hechos, de las personas o de sus actos, serán subjetividades y especulaciones, que pueden adquirir sustantividad en un expediente judicial.

Octavo mandamiento:

- Los participantes del procedimiento penal distorsionan los hechos jurídicos ocurridos y del mundo biológico individual del indiciado.

El acusado, los abogados, los policías, los testigos, los peritos, los ministerios públicos, los jueces, los magistrados, los ministros y los criminólogos, son factores de distorsión del "hecho jurídico", y de la "personalidad del indiciado". Sus palabras e interpretaciones crean y re-crean su propio captado de lo percibido cuando lo narran, inventando un *hecho jurídico distinto al ocurrido* y construyendo a un presunto delincuente.

Nadie puede conocerse a sí mismo, debido a la *relación de recursividad* y porque mucho de nosotros es inconsciente e inalcanzable para el conocimiento. Por tanto, menos podremos decir que conocemos a otro. Entonces no tenemos bases científicas serias, para afirmar que alguien fue peligroso, o que lo es, en diversos grados en el presente y pro-futuro.

Noveno mandamiento:

- Los intérpretes del derecho son distorsionadores de las normas jurídicas.

⁸ Wolf, Fred Alan. *¿Y tu qué #**& sabes de la conciencia cuántica?* op. cit., p. 58, paráfrasis.

Las normas contenidas en las legislaciones son lenguaje, que al ser leídas generan distintos sentidos metalingüísticos. Cada juzgador comprende diferente y hasta en forma contraria a otro. De ahí entonces, nacen las diversas sentencias respecto de un mismo caso y las jurisprudencias contradictorias.

La *jurisprudencia* genera mayor incertidumbre, pues ya no se trata de una regla, sino de muchas otras, que se vuelven obligatorias para los jueces, a partir de una misma norma jurídica base.

Las *reglamentaciones* que hace el Poder Ejecutivo son también motivo de distorsión normativa, porque los reglamentos superan o quedan cortos, respecto de la ley que reglamentan.

Además, existen las *circulares* que se envían a los ministerios públicos y a los jueces, para que determinadas normas sean interpretadas con sentidos particulares, sin tener en cuenta los contextos normativos globales.

Décimo mandamiento:

- Sin emociones, las personas y los autores de delitos, los operadores del derecho y los jueces no pueden decidir. La mente-cerebro-cuerpo primero siente, luego se defiende y después somos conscientes de lo ocurrido.

Todos los participantes en un hecho jurídico, inicialmente se involucran en las actuaciones y con los personajes del procedimiento penal y luego declaran o dan sus peritajes. De la misma manera lo hacen los ministerios públicos para dar sus conclusiones, e igualmente proceden los jueces en las diversas instancias para sentenciar.

Toda decisión, acción o comportamiento que creemos consciente, se decide primero en el inconsciente: en las neuronas. La conciencia es el resultado de la decisión de estas últimas.

Las *emociones*⁹ son las que nos permiten decidir, y después se tiene conciencia de los resultados de las acciones o comportamientos humanos. La secuencia cognitiva es esa y no al revés, como tradicionalmente se nos ha enseñado.

⁹ Goleman, Daniel, *El Cerebro y la Inteligencia Emocional: Nuevos descubrimientos*, traducción de Carlos Mayor, Ediciones B, S. A., Barcelona, España, 2012, p. 40.

En consecuencia, es necesario que nos replanteemos los conceptos jurídicos sobre la *capacidad de entender y de querer* el acto antijurídico, así como la *libertad en las decisiones-acciones* que realizamos.

¿Qué tan responsables somos, si primero se dan las decisiones neuronales y medio segundo después, las acciones humanas? ¿Se podría probar que la acción pudo haber sido detenida? ¿Que se pudo actuar de otra manera? ¿Que no hubo intervención del azar? ¿Que no hubo secuestro amigdalal?; porque en este último caso, de la decisión a la acción puede pasar un tiempo indeterminado.

Entonces, existen otras ocasiones vitales en que la *incomprensión de la antijuridicidad* y la *nulificación del libre albedrío*, quedan claros, veamos:

› *El secuestro amigdalal.*

Daniel Goleman manifiesta que los nuevos descubrimientos, parecen indicar el modo en que las regiones cerebrales relacionadas con la autoconciencia nos ayudan a *tomar decisiones* en general y a *aplicar la ética*. La clave para comprender esa dinámica es distinguir entre:

- a) El neocórtex que constituye el cerebro pensante, y contiene centros dedicados a los procesos del conocer y a otras operaciones mentales complejas, y
- b) Las zonas subcorticales, que están debajo del córtex y que albergan los centros y los *circuitos de las emociones*, de donde se desencadenan *las decisiones* para la realización de las conductas humanas.

El neocórtex contiene centros dedicados a la cognición y a otras operaciones mentales complejas. Por el contrario en las zonas subcorticales, es donde se producen los procesos mentales más básicos.

Justo debajo del cerebro pensante y adentrándose en el córtex, se encuentran los centros límbicos, las principales zonas del cerebro dedicadas a las emociones. Las hallamos también en el cerebro de otros mamíferos. Las partes más antiguas del sub-córtex se prolongan hasta el tronco del encéfalo conocido como *cerebro reptiliano*, por tratarse de una suerte de arquitectura básica que tenemos en común con los reptiles.¹⁰

La zona más importante para la auto-regulación es el córtex frontal, que equivale al 'jefe bueno' del cerebro y nos guía en nuestros mejores mo-

¹⁰ *Ibidem*, p. 22.

mentos. En la región dorso-lateral de la zona pre-frontal se localiza el control cognitivo, que regula la atención, la toma de decisiones, la acción voluntaria, el razonamiento y la flexibilidad de respuesta.¹¹

Sin embargo, la autorregulación de las emociones y de los impulsos, depende de los circuitos que convergen en la amígdala, que en casos de pánico toma el control de las funciones cerebrales.

La *amígdala* ante una amenaza que nos ponga en peligro, puede decidir tomar el mando del resto del cerebro, que es el instrumento de nuestra supervivencia, en especial del córtex pre-frontal y entonces sufrimos lo que se conoce como un *secuestro amigdalal*.

La amígdala ha apresado la zona pre-frontal y la gobierna para afrontar el peligro que se ha percibido [...] Sufrimos la clásica respuesta de lucha, huida o paralización [...] La amígdala ha puesto en funcionamiento el eje hipotalámico-hipofisiario-suprarrenal y el cuerpo sufre una descarga de hormonas del estrés: cortisol y adrenalina.¹²

Pero hay un problema, la amígdala se estimula por una neurona del ojo o del oído y le llega una fracción de las señales que recogen esos órganos, a gran velocidad en términos cerebrales. Las otras señales se van a otros centros neuronales que tardan en analizarlos y hacer una lectura más precisa. Entonces la amígdala se puede equivocar y nos puede hacer cometer errores, que después lamentaremos.¹³

Los secuestros pueden durar segundos, minutos, horas, días o semanas [...] Algunos se han acostumbrado a vivir de mal humor o con miedo [...] De ahí surgen problemas clínicos como trastornos de ansiedad o depresión; o el trastorno de estrés postraumático, una penosa enfermedad de la amígdala, provocada por una experiencia traumática hace que ese centro nervioso entre en un estado explosivo de secuestro instantáneo y profundo.¹⁴

En esas situaciones, la atención se dirige al estímulo negativo, perdemos cualquier otra concentración y no podemos tener voluntad ni

¹¹ *Ibidem*, p. 38.

¹² *Ibidem*, p. 40.

¹³ *Idem*, paráfrasis.

¹⁴ *Ibidem*, p. 42.

decidir nada sobre nuestros actos. Los comportamientos resultantes no obedecerán al *libre albedrío*, a la *razón* o a la *ética*, que son conceptos de otro tiempo del conocimiento, con sentidos semánticos que hoy parecen no desempeñar el papel de controlar la conducta humana. Ante las neurociencias esos conceptos dejan de tener los significados que tuvieron en el pasado y se muestran como especulaciones del lenguaje, que sirven para atribuir responsabilidad a las personas y sancionarlas, por comportamientos que pudieron ser totalmente inconscientes.

Las nuevas políticas criminales y el nuevo Derecho penal deberán comenzar a tener en cuenta los conocimientos científicos avanzados, para no caer en arbitrariedad y en abusos de poder.

DE LAS EMOCIONES TAMBIÉN NACEN LAS DECISIONES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

**Las decisiones humanas, ministeriales y judiciales
son expresiones de poder, que nacen a partir
de sus emociones y que se conectan
por medio de tautologías y alegorías**

Las decisiones en el procedimiento penal tienen las siguientes características:

- a) Las decisiones humanas, ministeriales y judiciales parten de las emociones, que despiertan en ellos los hechos jurídicos que conocen y las personas que participan en un determinado procedimiento penal.
- b) El proceso de decisión que toma el juzgador consiste en obtener conclusiones, a partir de proposiciones seleccionadas por él mismo y que están vinculadas por tautologías. Se trata de *pautas emocionales* que él mismo escoge y a las cuales les da el valor de aceptadas, para construir sobre ellas la argumentación final.

Aquí se incluyen todos los prejuicios, las predisposiciones propias y las imposiciones de quien domine al intérprete-argumentador de la norma; *los instintos axiológicos, el olfato jurídico y una serie de otras supuestas capacidades que escapan al control racional.*¹⁵

¹⁵ Vernengo, R. J., *Interpretación Jurídica*, UNAM, 1977.

Vistas esas características queda clara la subjetividad, de cómo todos los días los juzgadores emiten sentencias múltiples, interpretando hechos pasados y normas claras u oscuras.

Además, los juzgadores no tienen que “demostrar” la validez de las proposiciones dadas, para justificar ante las partes o las instancias superiores su interpretación-argumentación. Ellos sólo *presentan el planteamiento de una razón instrumental y utilitaria ausente de toda consideración moral*.¹⁶

Para hacer eso, no importa el problema filosófico de que la *realidad* o la *verdad jurídica* sean hipotéticas e inalcanzables, sólo basta con adquirir un cierto grado subjetivo de convencimiento o interés, sobre lo *captado* de los hechos del mundo concreto y del mundo subjetivo individual del procesado, para proceder a quitarle el patrimonio, la libertad y en algunos casos, hasta la vida.

Y lo mismo ocurre respecto de las normas jurídicas, que son lenguaje, pero que al interpretarse por el Ministerio Público se convierte en *metalenguaje*, al explicarse por el Juez de Primera Instancia será *meta-metalenguaje*; a su vez, también se vuelven “captados” del mundo del lenguaje, para declararlos reales y verdaderos, mediante *argumentos tautológicos* que sean *creíbles*.

En la ‘argumentación’ no se trata de probar la verdad de una conclusión a partir de la verdad de las premisas, sino de transmitir a la conclusión, la adhesión acordada a las premisas.¹⁷

De igual manera procede un Ministerio Público o un juzgador que se ve impelido por su interés o por un mandato de poder superior, a decidir según una cierta línea, pues la argumentación-explicación le sirve de tal manera, que encontrará adeptos a cualquier decisión que tome.

Hay que recordar aquí, la *alegoría* de Bollack entendida como:

El arte de pensar otra cosa bajo las mismas palabras, de decir otras cosas con las mismas palabras o de expresar de otra manera, las mismas cosas.¹⁸

¹⁶ Horkheimer, M., *Crítica de la Razón Instrumental*, Editorial Sur, Buenos Aires, Argentina, 1969, pp. 15 y ss.

¹⁷ Giménez, G., *Discusión actual sobre la Argumentación*, UNAM, 1989, p. 2 y Vernengo, R. J., *Interpretación jurídica*, op. cit.

¹⁸ Bollack citado por Bourdieu, P., en “Génesis y Estructura del Campo Religioso”. *Revue Francaise de Sociologie*, núm. 12, 1971, p. 304.

Las proposiciones tautológicas pueden ser innumerables y es por ello que el trabajo del juzgador se resuelve en una serie fatigante de repeticiones.

La imposibilidad de que exista correspondencia entre el mundo concreto de los “hechos” y el mundo del “lenguaje” de la interpretación-argumentación, en el Derecho penal mexicano

Los temas anteriores nos llevan a develar las tautologías, las contradicciones y las paradojas que los operadores del derecho construyen, con la interpretación-argumentación tanto de los hechos, como de las normas jurídicas.

¿Qué hacer entonces, si ese *sin-sentido* continuará mientras haya ideología-derecho y operadores de la misma? La respuesta está en desvelar el proceso penal como aquí lo hacemos y dejar claro, que los aplicadores del derecho lo seguirán haciendo, pero ya no en medio de la ingenuidad y de la ignorancia. Sabrán que la verdad jurídica no es verdad y que sus decisiones son el ejercicio de su poder, en cada uno de los momentos del procedimiento.

Si se quisieran cambiar las cosas, el nuevo aplicador del derecho podría encarar su trabajo desde la perspectiva, que el Estado de poder de estructura vertical *es la razón única* que se encuentra en la esfera de lo arbitrario y por tanto su derecho y sus acciones obedecen a esa *racionalidad*.

En consecuencia, la creación de las normas jurídicas, su explicación, interpretación y su aplicación obedecen a la voluntad e interés de ese poder, de conformidad con el sistema de organización y de subordinación de los órganos del Estado y de la administración pública.

Debemos ser conscientes entonces, que desde la Constitución Política ha existido un rompimiento de la estructura judicial en México con la interferencia de otros poderes o servidores públicos en la función judicial, como la del *Poder Ejecutivo* que a través de los fiscales y ministerios públicos administra derecho, desahoga pruebas y decide antes que el juez, qué delitos, qué personas y con qué derecho serán juzgadas, y tiene la facultad de liberar bajo ‘caución administrativa’ a presuntos responsables, antes de cualquier conocimiento judicial.

La falta de conocimiento de los *peritos* y el mercadeo de los *peritajes aparentemente científicos*, hechos al gusto del cliente que paga, provocan un peritaje oficial 'tercero en discordia', que fuerza la decisión y que por lo general coincide con el de la procuraduría.

No obstante, el juzgador no está obligado a tener en cuenta el dicho de los *peritos*, pues son parte en la *litis* y no auxiliares del juez. Si se previera un cuarto peritaje, quizás equilibraría las fuerzas y quedaría claro que ninguno es científico, porque en lugar de converger hacia un dato hipotético de certeza, se polarizan en el interés de la total negación del otro.

Por lo anterior, los factores convergentes y distorsionantes de la aplicación de la ideología-derecho constituyen una suma de informaciones caóticas que pronto adquieren el patrón o modelo mecánico del expediente judicial.

a) *El desenmascaramiento del "deber ser", a partir del "ser"*

Seguir realizando el procedimiento judicial, como se ha hecho hasta ahora, no tiene sentido; por tanto, para superarlo se requiere desmenuarlo como sistema ideológico, desde las ciencias básicas y para ello es preciso obtener una serie de variables:

- Construir una nueva propuesta de interpretación-argumentación del derecho que debería obedecer a un proceso deductivo, dirigido a descubrir las *intenciones reales* que busca el sistema de poder con la norma y que no están declaradas en la misma, pero que están latentes.
- Intuir los intereses particulares que busca el dictador de la norma y proteger a los chivos expiatorios que desea castigar.
- Ser conscientes que el sistema de poder no puede sancionar a todos los trasgresores, y por ello escoge a una mínima parte de personas para aplicarle las penas; no para evitar que los delitos se sigan cometiendo, sino para demostrar su autoridad y su monopolio del *derecho a castigar*.
- Analizar los hechos y las normas, a partir de su epistemología y dentro de su contexto en que ocurren, sabiendo que sólo es posible tener conciencia aparente de la *realidad*.
- Ser conscientes de la *recursividad*, es decir, que no hay un observador independiente del mundo que conoce, sino que el obser-

vador es parte de lo observado y lo observado es parte del observador, por ello, todos los que participen en el procedimiento judicial no pueden ser imparciales.

Ese cúmulo de condicionantes no puede ser abarcado y todo lo que se diga al respecto será una simple especulación. Entonces, si con los avances científicos, se puede hoy incursionar con un cierto éxito, en el comprender el mundo concreto y biológico individual, las respuestas serían aún más inescrutables, porque habría que:

- Tener presente la *predisposición biológica* de todos los participantes en el juicio, para obtener capacidad de recibir o no información.
- Saber que la información se distingue y selecciona biológicamente y que no es posible determinar las pautas individuales que las motivaron.
- Saber que toda decisión o acción, que creemos consciente, se decide con base en emociones, primero en el inconsciente, por lo cual no somos responsables de ellas, salvo que se pruebe que se podía haber parado el comportamiento y que no hubo intervención del azar.
- Conocer que el cerebro de cada uno, *decodifica* la información recibida, sin vinculación entre sus partes. La energía de la mente reintegra esa información, la *recodifica* para que tomemos conciencia de un *captado*. Pero no es un captado consciente aislado, sino recursivo, de manera que cada observador está en el objeto observado, a la vez que éste, está en cada observador individualmente considerado, pues ambos componen una unidad.
- Dudar de la *narración* que alguien da, sobre un captado de una persona o de un hecho ocurrido en el pasado, porque aunque de buena fe, será una creación nueva y todas las interpretaciones o argumentaciones al respecto serán subjetivas.
- Tomar en cuenta el contexto del comportamiento humano y no sólo el texto de la ley, pues el contexto puede dejar sin sentido a la norma.
- Ser conscientes que tomar una decisión sobre hechos jurídicos respecto a los captados de las partes, de los re-captados de los ministerios públicos al hacer sus conclusiones, y de los re-re-captados de los jueces al hacer su definición del caso judicial en las distintas instancias, no lleva a conocer al *hecho-dato inicial*,

sino a una multitud de nuevos presuntos *hechos-datos construidos a posteriori*. Por ello se dan las incertidumbres jurídicas que producen las tres instancias judiciales.

- Estar convencidos que las normas jurídicas en sí, contienen antinomias, paradojas y contradicciones que dicen referirse a un mundo concreto que le es inalcanzable. Así entonces, tomar decisiones o argumentar respecto de ellas, genera nuevos sofismas porque sus premisas son inciertas y sus paradojas generan otras paradojas.
- No olvidar que generalmente la norma no permanece en los términos legales, sino que sufre varias distorsiones subsecuentes: por la reglamentación que hace el ejecutivo; por la interpretación que de ella hace la jurisprudencia; o por las circulares que reciben las autoridades, para tratar de una determinada manera la norma y los hechos. Esos factores extralimitan o reducen los alcances de las normas originales y condicionan su explicación, pues aquí operan también los lenguajes, los meta-lenguajes, los meta-meta-lenguajes respecto de esas mismas normas, generándose una gran inseguridad jurídica, pues ya no hay sólo una norma, sino la multiplicación de la misma, por obra del Poder Judicial y del ejecutivo-administrativo.

*b) El desenmascaramiento de la "decisión" sobre el "ser",
a partir del sofisma del "deber ser"*

Estamos habituados a creer que las normas (deber-ser) son *la realidad*, porque son obligatorias para todos; pero no es así, sólo constituyen ideologías que se refieren a todo lo que quieran, pero no pueden abarcar siquiera el mundo del lenguaje al que pertenecen y mucho menos, el mundo de lo concreto (ser) que le es ajeno.

Los operadores de *las normas (mundo del lenguaje)*, esperan que el *mundo de lo concreto* o el *mundo biológico individual* se adapten a ellas; lo cual es imposible, porque pertenecen a epistemologías distintas. En consecuencia, esos mundos van por sendas separadas que no se juntan, aunque las ideologías, las paradojas y los sofismas, quisieran hacerlas congruentes entre sí.

Por tanto, llegar a *decisiones* sobre el mundo concreto (*hecho ocurrido*) o sobre el mundo biológico individual (*la culpabilidad*), a partir

del mundo del lenguaje (*las normas*), sin tener en cuenta los avances científicos de hoy, es un sinsentido que produce consecuencias graves para muchas personas y debería entrañar responsabilidad penal para sus actores.

- En la argumentación-decisión de los juzgadores, el *futuro decide el presente* como un instante que pasa; y como el *pasado no existe* sino como una re-creación de lo que denominamos *realidad pasada*, se encuentra bajo el control del presente.
- Por tanto, el futuro es el que decide el presente y el pasado. El pasado que tiene más permanencia, ocurrió como ocurrió y no regresa; no puede rehacerse sino crearse y re-crearse, aunque el derecho diga que hay *reconstrucción de los hechos ocurridos*. Aquí nace el primer sinsentido y la contradicción del derecho, que consiste en dar vida y valor a un hecho pasado, pero re-inventado en el presente-futuro. En consecuencia el expediente judicial es un pasado que se inventa en el futuro y que permanece vivo.
- Respecto de las partes y de las autoridades que intervienen en los juicios, todos, aunque digan *su verdad*, no será otra que la subjetividad de su percepción y la expresión amplia o limitada de su lenguaje. Todo lo que digan para referirse al mundo concreto o al mundo biológico individual de un procesado, sólo serán las *explicaciones* que ellos hagan de esos mundos. Esto implica en definitiva que los hechos narrados, no serán nunca, los hechos ocurridos.
- Otro punto importante consiste en que los jueces cuando *definen y deciden* un caso, no prueban las proposiciones que aceptan, ni contra-prueban las proposiciones que rechazan, ya que en la argumentación, pueden decir o dejar de decir todo lo que quieran, pues en el expediente tienen tantos elementos para condenar, como para absolver. En consecuencia, los juzgadores toman del expediente aquellas proposiciones que justifican sus posturas y dejan afuera todas las que los contradigan.
- Ello implica, que si queremos mirar hacia un punto, es porque dejamos de mirar a otros puntos. Para ver algo en el expediente judicial hay que dejar de ver otras cosas contenidas en el mismo.
- La argumentación puede ser totalmente irracional, basta con que se exprese justificándose en una norma pura o espuria, inclusive ocultando las emociones que determinan la decisión o

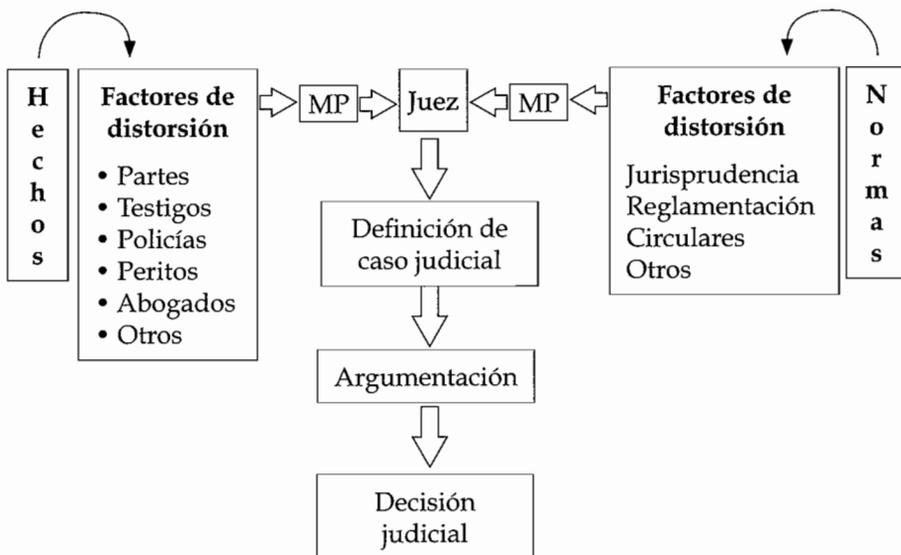
que pueda estar prejuiciada por los procesos de *transferencia*, de acuerdo con la propia historia de quien decide.

- Ante la oposición que nazca ante la decisión del juzgador, éste dirá: *Apele o ampárese*. Y en efecto, la irracionalidad o la ilegalidad de la argumentación jurídica, no tiene ninguna consecuencia de responsabilidad para el explicador-intérprete *a quo*, ni para el explicador-intérprete *ad quem*, porque aunque el juez en la segunda instancia contradiga al de primera, y el tercero, al de segunda, no pasa nada. Al final, la decisión que vale y que dota de sentido a toda esa *realidad construida*, es la que emita el de tercera instancia, que es el que tiene mayor poder en la escala judicial.

En definitiva, todo depende del poder que tenga el intérprete-argumentador que emite la última decisión en la escala jerárquica, con razón o sin razón, con derecho o sin derecho.

Cuadro de síntesis

Las distorsiones en la construcción de la verdad jurídica



CONCLUSIONES

Primera.

- Existe confusión entre el lenguaje del “deber ser” del derecho, con el “ser” de los hechos y de las personas.

Segunda.

- En el proceso penal se construye una verdad jurídica en el presente, que tiene efectos para el futuro, con base en hechos que ya fenecieron.

Tercera.

- Hay imposibilidad de que exista imparcialidad en las personas y en las actuaciones que se realizan en el procedimiento penal.

Cuarta.

- Los operadores del sistema penal al juzgar, no administran justicia sino poder, en todas las instancias.

