



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**“ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL D.F.”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

DAVID RODOLFO SÁNCHEZ CHÁVEZ

DIRECTOR DE TESIS

LIC. JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO



CIUDAD UNIVERSITARIA

JUNIO DE 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mi Universidad, porque en sus aulas aprendí todo lo que sé, porque los lineamientos de todos mis profesores han forjado parte de quien soy, por la visión social que inevitablemente se adquiere en ella...

A mi Padre y a mi Madre, porque siempre me lo brindaron todo y porque nunca me negaron nada pero sobre todo... Porque supieron reprenderme en los momentos (y sólo en los momentos) precisos.

A mis hermanos, Carmen y Alejandro, porque siempre me han apoyado de infinitas maneras.

A Alma Liliana... Por todo, porque supiste orientarme en los momentos de duda, porque supiste darme la confianza que a veces me faltó, porque siempre has creído en mí...

A los Sánchez Torres, por todo el cariño y, en un par de casos (gracias Ángel y Gracias Jorge), por la valiosa ayuda económica en los tiempos difíciles...

A mis amigos...

Al Licenciado Roberto López Ortiz, por sus valiosas críticas al presente trabajo.

Al personal de la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, por su valiosa colaboración en la elaboración de este trabajo.

A todos los superiores que he tenido a lo largo de mi vida profesional porque de todos aprendí algo valioso... Por lo menos (en un par de casos), a no ser como ellos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO PRIMERO “LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO PENAL”	5
1. Sistema de enjuiciamiento acusatorio.....	10
1.1. Breve apunte histórico.....	11
1.2. Características.....	14
1.2.1. Necesidad de existencia de una acusación formulada por alguien distinto del Juez.....	14
1.2.2. El proceso sólo puede ser iniciado por el acusador.....	14
1.2.3. A las partes corresponde exclusivamente la aportación del material probatorio.....	15
1.2.4. Paridad absoluta de derecho y poderes entre el acusador y el acusado.....	15
1.2.5. Rigen los principios de oralidad, publicidad y concentración.....	16
1.2.5.1. Oralidad.....	16
1.2.5.2. Publicidad.....	16
1.2.5.3. Concentración.....	17
1.2.6. Se opta por la libertad procesal del inculpado.....	17
1.2.7. Consideración del imputado como sujeto del proceso.....	18
1.2.8. Libertad de prueba.....	18
1.2.9. Libertad de defensa.....	19
1.3. Concluyendo... ..	19
2. Sistema de enjuiciamiento inquisitivo.....	19
2.1. Breve apunte histórico.....	20

2.1.1. Procedimiento inquisitorial laico.....	21
2.1.2. Procedimiento canónico de tipo inquisitivo.....	24
2.2. Características.....	25
2.2.1. El juez puede iniciar el proceso de oficio.....	25
2.2.2. Se juntan en la figura del juez las funciones de acusación y decisión..	25
2.2.3. El juez puede participar activamente en la búsqueda del material probatorio.....	26
2.2.4. La defensa se encuentra restringida.....	26
2.2.5. El uso de la escritura y del secreto.....	26
2.2.6. Se opta por la prisión preventiva del inculpado.....	27
2.2.7. La proposición de pruebas por las partes está restringida y su valoración por el Juez está tasada.....	27
2.2.8. Consideración del imputado como objeto del proceso.....	28
3. Sistema de enjuiciamiento mixto.....	28
3.1. Breve apunte histórico.....	29
3.2. Características.....	34
3.2.1. El Proceso no puede nacer sin una acusación; pero ésta sólo puede provenir de un órgano estatal.....	34
3.2.2. El proceso de despliega a través de dos fases.....	34
3.2.3. Separación de las funciones de acusación y decisión.....	35
3.2.4. Prisión preventiva sólo en algunos casos.....	35
3.2.5. Libertad de defensa.....	35
3.2.6. Libertad de prueba.....	36
3.2.7. Tratamiento del imputado como sujeto del proceso.....	36

3.3. Concluyendo...	36
CAPÍTULO SEGUNDO	
“TENDENCIAS QUE SIGUE EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO”	39
1. Consideraciones previas.....	39
1.1. Características que presenta.....	40
1.1.1. Necesidad de existencia de una acusación formulada por alguien distinto del Juez.....	40
1.1.2. El proceso sólo puede ser iniciado por el acusador.....	41
1.1.3. A las partes corresponde exclusivamente la aportación del material probatorio.....	45
1.1.4. Paridad absoluta de derecho y poderes entre el acusador y el acusado.....	46
1.1.4.1. Momento del delito.....	47
1.1.4.2. Momento del proceso.....	48
1.1.4.3. Momento de la ejecución.....	49
1.1.5. Rigen los principios de oralidad, publicidad y concentración.....	51
1.1.5.1. Oralidad.....	51
1.1.5.2. Publicidad.....	53
1.1.5.3. Concentración.....	54
1.1.6. Se opta por la libertad procesal del inculpado.....	57
1.1.7. Consideración del imputado como sujeto del proceso.....	59
1.1.8. Libertad de prueba.....	59
1.1.9. Libertad de defensa.....	63
2. Definición del sistema.....	64

CAPÍTULO TERCERO	
“LA FACULTAD PROBATORIA EN EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO”	67
1. La regla general.....	68
1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	68
1.1.1. Ministerio Público.....	68
1.1.2. Inculpado.....	69
1.1.3. Víctimas u Ofendidos.....	69
1.1.4. Juzgador.....	69
1.2. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	70
1.2.1. Ministerio Público.....	70
1.2.2. Inculpado.....	72
1.2.3. Víctimas u Ofendidos.....	73
2. Las excepciones.....	73
2.1. Pruebas para mejor proveer.....	74
2.1.1. Postura en contra.....	76
2.1.2. Postura a favor.....	77
2.2. El supuesto de las pruebas ordenadas con fundamento en el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	86
CAPÍTULO CUARTO	
“EL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL”	87
1. Redacción actual y motivo de la reforma.....	87
2. ¿conveniencia o inconveniencia del artículo?.....	89
2.1. El cuerpo del delito y la probable responsabilidad como requisitos que	89

deben colmarse previamente al ejercicio de la acción penal.....	
2.2. Análisis del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal a la luz de los artículos 17 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	92
2.2.1. La investigación de los delitos incumbe al Ministerio Público.....	96
2.2.1.1. La investigación del delito.....	97
2.2.1.2. El ejercicio de la acción penal.....	100
2.2.1.2.1. Promoción del inicio del proceso penal.....	101
2.2.1.2.2. Solicitud de órdenes de aprehensión o comparecencia.....	101
2.2.1.2.3. Solicitud del aseguramiento precautorio de bienes para efectos de la reparación del daño.....	102
2.2.1.2.4. Rendición de pruebas.....	102
2.2.1.2.5. Solicitud de aplicación de sanciones.....	103
2.2.1.2.6. Hacer las promociones conducentes a la tramitación de los procesos.....	104
2.2.2. La imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.....	104
2.2.3. Haciendo una breve crítica... ..	106
2.2.3.1. Consideraciones previas.....	106
2.2.3.2. Violación al derecho a la presunción de inocencia de los inculpados como consecuencia de la observancia del artículo 36.....	111
2.2.3.2.1. Presunción de inocencia como garantía básica del proceso penal.....	111
2.2.3.2.2. Presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.....	112
2.2.3.2.3. Presunción de inocencia como regla de juicio del proceso.....	113
2.2.3.2.4. Presunción de inocencia como presunción iuris tantum.....	115

2.2.4. Concluyendo.....	116
CONCLUSIONES.....	125
PROPUESTA.....	131
BIBLIOGRAFÍA.....	135

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia del Derecho Penal se han presentado tres sistemas de enjuiciamiento, estos son: Los sistemas acusatorio, inquisitivo y mixto; la doctrina en México, discrepa sobre el sistema de enjuiciamiento penal imperante en nuestro país, las posturas son dos, o nuestro sistema es acusatorio o es mixto.

En una primera etapa del presente trabajo, entraremos al estudio de esos clásicos sistemas de procesamiento penal y definiremos las características propias de cada uno para posteriormente, encontrarnos en aptitud de definir a cuál de los sistemas de enjuiciamiento pertenece el proceso penal mexicano.

Definido el sistema de procesamiento penal mexicano, entraremos al estudio en particular de la facultad probatoria en el mismo; en otras palabras, definiremos quienes pueden y quienes no pueden aportar pruebas al proceso penal seguido en México.

En una siguiente etapa del trabajo será nuestro objetivo explicar una peculiaridad que (en cuanto a la facultad probatoria) se presenta en el mismo, a saber, el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; numeral cuya redacción otorga facultades al Juzgador para señalar diligencias que posteriormente deberá desahogar el agente del Ministerio Público investigador y cuya finalidad será la debida integración de la averiguación previa.

El artículo 21 constitucional establece la delimitación de las funciones judiciales, restringiendo las mismas a “la imposición de penas”; el citado artículo 36 permite al Juzgador, para el caso en que niegue el libramiento de una de orden de aprehensión o para el caso del libramiento de un auto de libertad por falta de elementos para procesar, “señalar aquellos requisitos que a su juicio no se encuentren satisfechos” y cuya insatisfacción lo lleva a determinar cualquiera de las resoluciones mencionadas.

De los artículos invocados, observamos que tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal otorgan facultades al Juez, la una para imponer penas y el otro para señalar las diligencias que hagan falta para acreditar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad de un inculpado en términos del artículo 16 de la misma Constitución; y si tomamos en cuenta que la Corte ha establecido a través de su jurisprudencia, que los preceptos deben interpretarse en su conjunto y no aisladamente, parece no haber nada anómalo con tales disposiciones.

Ahora bien; no obstante lo anterior debemos tomar en cuenta lo establecido por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en cuanto a la investigación de los delitos, actividad que se encarga de forma exclusiva al Ministerio Público; resultando ahora, que el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal pudiera ser contrario al texto constitucional, toda vez que otorga al Juzgador facultades que pudieran ser de investigación.

Ahondando en lo anterior, a primera vista pensamos que al señalar un Juez diligencias tendentes a acreditar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad de un inculpado para posteriormente obsequiar una orden de aprehensión en contra de ese mismo inculpado, está tal Juez en realidad señalando diligencias de investigación, mismas que constitucionalmente están reservadas para el Ministerio Público y que debió el último acreditar antes de la consignación del expediente, yendo así el Juez, más allá de sus funciones.

Cierto es que el artículo 36 citado no establece expresamente que sea el Juez quien deba diligenciar las probanzas señaladas al amparo de dicho artículo; no obstante, consideramos que va más allá de sus facultades por la sola razón de señalarlas, pues el hecho de que textualmente verse el artículo "...y el Ministerio

Público practicará las diligencias...”, nos hace pensar que es obligación del Ministerio Público practicarlas aunque textualmente no sea una orden del Juez.

Cierto es también que el artículo 36 a la letra dice que “... el Ministerio Público practicará las diligencias necesarias...” y no “practicará las diligencias señaladas por el Juez”; sin embargo, pensamos que el Ministerio Público debe practicar las diligencias que el Juez le señale porque si no fuera así, que caso tendría que el artículo 36 ordene al Juez el señalamiento de diligencias que no van a ser practicadas.

En este orden de ideas, para el caso en que del desarrollo del presente trabajo lleguemos a la conclusión de que las diligencias señaladas por un Juez en observancia del artículo 36 son en realidad diligencias de investigación, se pudiera presentar la conjunción en una misma persona u órgano (en el Juzgador), de las funciones de acusación y de decisión; lo que a su vez traería consigo el surgimiento de algunas interrogantes con las que damos inicio al desarrollo del presente trabajo.

¿Si el Ministerio Público puede ordenar la práctica de diligencias a la policía judicial por ser los miembros de ésta los auxiliares de aquel, sucede entonces que el Ministerio Público se convierte en auxiliar del Juzgador porque realiza las pruebas que el Juzgador le ordena con fundamento en el artículo 36 del Código Procesal Penal del Distrito Federal? y siendo el caso, ¿entonces el Juzgador toma el verdadero rol de acusador dentro del proceso?, o peor aún, ¿funge el Juzgador como un auxiliar del Ministerio Público al terminar de integrar aquel la averiguación previa?

CAPÍTULO PRIMERO

“LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO PENAL”

“Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del Derecho Penal no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución.”

GOLDSCHMIDT

“Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal”

Nos dice Guillermo Borja Osorno que en lo referente a la función del Estado para reprimir y prevenir la criminalidad, podemos distinguir tres momentos:

“En el primero el legislador describe los delitos y fija las penas y las instituciones afines; en el segundo la función penal se desenvuelve en el sentido de determinar la existencia de un delito, la participación de una persona en el delito, la declaración de la aplicación de la ley penal al caso concreto y el grado de peligrosidad del delincuente para fijar la cantidad de la pena; en el tercer momento se provee a la ejecución de la pena.”¹

De lo dicho en el párrafo anterior, deducimos que el segundo momento se refiere a lo que la doctrina denomina como procedimiento penal, es decir (siguiendo a Juan José González Bustamante y Guillermo Colín Sánchez)², a la serie de actos ordenados y regulados por el Derecho Procesal Penal que comienza cuando llega al Ministerio Público una “*notitia criminis*” e inicia la averiguación previa correspondiente y que culmina con la sentencia emitida por el Juez en la primera instancia.

Compaginando el párrafo pasado con lo dicho por Borja Osorno, en la averiguación previa (o etapa preparatoria del ejercicio de la acción penal), se

¹ BORJA OSORNO, Guillermo, *Derecho Procesal Penal*, Puebla, México, Edit. Cajica, p. 18 y 19.

² GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, 6ª ed., México, Porrúa, 1975, p.122 y COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 19ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 71.

determina la existencia de un delito y la probable responsabilidad de una persona; requisitos que una vez agotados permiten al Ministerio Público (quien es la autoridad encargada de llevar a cabo tal averiguación), ejercitar la acción penal correspondiente y con esto dar conocimiento del asunto e intervención en el mismo al Juzgador.

Dada la intervención al Juzgador, el Ministerio Público se convierte en parte procesal y aquel pasa a ser la autoridad encargada de dirigir las siguientes etapas del procedimiento penal; a saber: preinstrucción, instrucción y primera instancia.

En la preinstrucción, que comienza con el auto de radicación y que culmina con el auto de término constitucional (ya sea de formal prisión o de formal procesamiento), se realizan las actuaciones que permitirán determinar los hechos materia del proceso (es decir, fijar la litis) y clasificarlos conforme al tipo penal aplicable, asimismo, permitirán determinar la probable responsabilidad del inculcado.

En la instrucción, que comienza con el auto de término constitucional y que culmina con el auto de cierre de la misma, se practican las diligencias tendentes a probar la existencia del delito y sus circunstancias, las circunstancias peculiares del inculcado; así como la responsabilidad o irresponsabilidad del mismo.

Por último, en la primera instancia, etapa que comienza con el auto de cierre de la instrucción y que culmina con la sentencia, el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el Tribunal, y éste, valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva; correspondiendo tal sentencia definitiva con esa “declaración de la aplicación de la ley al caso concreto” a que nos hace referencia Guillermo Borja Osorno.

En las líneas subsecuentes entraremos al estudio del segundo momento, específicamente en la parte en que interviene el Juzgador, en otras palabras, nos

interesa lo que la doctrina ha denominado como proceso penal; entendiendo por tal al “conjunto de actos conforme a los cuales el juez, aplicando la ley, resuelve el conflicto de intereses sometido su conocimiento por el Ministerio Público.”³

Cabe aclarar en este punto, que el Código Federal de Procedimientos Penales establece en su artículo cuarto, que el proceso penal federal se integra por la conjunción de los procedimientos de preinstrucción, de instrucción, de primera instancia y de segunda instancia; es decir, en discrepancia con lo dicho por la doctrina, la ley procesal penal federal considera como parte del proceso penal al procedimiento de segunda instancia, que es en el que se efectúan las diligencias y los actos tendentes a resolver los recursos.

Respecto de lo anterior, diremos que para los efectos del presente trabajo resulta indistinto el inclinarnos por una o por otra postura, pues nuestra finalidad no es establecer los límites exactos del proceso penal mexicano; sin embargo exponemos la discrepancia con un doble objetivo; primeramente para presentar ambas caras de la moneda; y en segundo y más importante lugar, para tratar de proporcionar un preámbulo más completo al tema que nos interesa desarrollar.

Ahora bien, en todo proceso penal surge un conflicto de intereses que debe ser resuelto, “de un lado, el interés de los inculcados, que debe ser tutelado mediante el establecimiento de las garantías que eviten condenas injustas; de otro, el interés social de obtener una represión segura y rápida, como medio de evitar la inseguridad ciudadana. La prevalencia de un interés sobre otro, es lo que ha originado la aparición de dos sistemas procesales distintos: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo.”⁴

Dicho lo anterior, delimitemos ahora nuestro campo de estudio, al respecto conviene precisar que para los efectos del presente trabajo, estudiaremos del proceso penal, sólo lo referente a tales sistemas procesales.

³ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., México, Porrúa, 2001, p. 8.

⁴ LAMO RUBIO, Jaime de y otros, *El Proceso Penal, Aspectos prácticos*, España, Bosch, 2000, p. 22.

Los sistemas de enjuiciamiento penal son “un conjunto de normas que regulan de manera ordenada la forma en que se lleva a cabo el procesamiento de quien ha sido inculcado de la comisión de un hecho delictivo... (es decir), la normatividad que es común a todos los justiciables”⁵, misma que debe ser anterior al hecho y que por lo tanto, debe emanar directamente de los códigos procesales penales.

A manera de apunte histórico, queremos indicar que la doctrina coincide en que el primer sistema que adoptó la administración de justicia penal fue el acusatorio y posteriormente el inquisitivo, no obstante, “la historia del Derecho Penal ha sido un continuo alternarse de tales sistemas”⁶, y “de hecho, la aparición... del sistema mixto no hace sino corroborar esta afirmación.”⁷

“En el campo del conocimiento de la naturaleza... se abandonan definitivamente muchas teorías y se sustituyen por otras nuevas... En el conocimiento jurídico, por el contrario, al tratarse de una ciencia que procede... por acumulación, nada desaparece del todo sino que lo anterior, aunque sea aletargado, se conserva y puede reaparecer en cualquier momento...”⁸; afirmación esta última que nos brinda una explicación del por qué de ese “continuo alternarse” de los distintos sistemas de procesamiento penal.

Recapitulando lo señalado en los párrafos anteriores y a manera de síntesis, podemos indicar que la historia del Derecho Penal, siempre como reflejo de la aspiración humana y de la ideología política imperante, ha arrojado tres sistemas de procesamiento diversos entre sí: el acusatorio, el inquisitivo y el mixto.

Mencionados los tres sistemas de procesamiento conviene precisar que posteriormente, durante el desarrollo del presente capítulo, entraremos más a

⁵ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 18.

⁶ ARMENTA DEU, Teresa, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, Barcelona, España, José María Bosch Editor, 1995 p. 11.

⁷ GÓMEZ ORBAJENA, *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed.; citado por ARMENTA DEU.

⁸ NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, Barcelona, España, Edit. Ariel, 2000, p. 29.

detalle a su estudio; no obstante, a manera de apunte general y con la finalidad de cerrar las ideas por lo que hace a estas breves líneas preliminares, baste por ahora establecer de manera concisa, la concepción y las necesidades que animaron el surgimiento de cada uno de los citados sistemas.

El sistema acusatorio se caracterizaba desde sus comienzos porque estaban plenamente resguardados los derechos de los inculpados, pues se tomaba en cuenta que el delito ofendía al particular que directamente había recibido el daño, por lo que dependía de éste accionar o no el aparato de represión penal.

Situación contraria a lo ocurrido en el sistema inquisitivo, donde se estimaba que por encima de las partes existía un bien jurídico al que ambas quedaban subordinadas y se pensaba que el delito ofendía a la sociedad, por lo que se buscaba su castigo aún cuando esto implicaba pasar por encima de los derechos de los inculpados.

Por último y por lo que hace al sistema de procesamiento de tipo mixto, surgió como una alternativa a los dos sistemas que le precedieron y buscaba sumar las ventajas de ambos, pretendiendo lograr el beneficio tanto del inculpado como de la sociedad.

A este respecto, el maestro Julio Hernández Pliego nos dice que ninguno de estos tres sistemas “se muestra totalmente puro, pues siempre se permea en uno alguna o algunas de las características que normalmente se atribuyen al otro sistema.”⁹

Continuando con la idea anterior, Zaffaroni llega al extremo de sostener que los regímenes inquisitivo y acusatorio no existen en la realidad, sino que son

⁹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, op. cit. p. 18.

abstracciones y que aún históricamente es dudosa su existencia; “han sido mixtos, y no formas puras, todos los sistemas que han existido”¹⁰, remata.

Dicho lo anterior, podemos concluir que resulta difícil obtener un modelo puro de enjuiciamiento penal, ya sea inquisitivo o acusatorio; además, a propósito del modelo mixto, “la infinita variedad de gamas que pueda ofrecer esa mixtura, da origen a un muy variado número de formas procesales intermedias.”¹¹

En los renglones siguientes sin embargo, explicaremos las características que tradicionalmente la doctrina ha atribuido a cada uno de los sistemas de enjuiciamiento, ya que dependiendo de la mayor cantidad de afinidades que un sistema procesal determinado tenga para con alguno de esos clásicos sistemas reconocidos por los estudiosos del Derecho, podemos determinar a cuál de estos puede equipararse.

1. Sistema de enjuiciamiento acusatorio.

“Conocidas las pruebas y averiguada la certeza del delito es necesario conceder al reo el tiempo y los medios oportunos para justificarse...”

CÉSAR BECCARIA

“De los delitos y de las penas”

“—Don Aprile —preguntó Bianco—, ¿a quién de esta escoria desea usted juzgar primero?

—A Fissolini... Es el jefe...

—Bien —le dijo el Don a Fissolini—, explíqueme esta falta de respeto...”

MARIO PUZO

“Omertà”

1.1. Breve apunte histórico.

¹⁰ Zaffaroni, citado por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, 5ª ed., México, Porrúa, 1989, p. 95.

¹¹ ALDANA ROZO, Luis Enrique, “Proceso acusatorio, inquisitivo y mixto”, *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Colombia, Vol. VIII, Nos. 27-28, Septiembre-Diciembre 1985 y Enero-Abril 1986.

“En los albores de la civilización... el acusatorio, aún en su formulación más simple de acusador, acusado y juez imparcial, era el único juicio concebible...”¹²; ya en el antiguo Egipto (año 2450 a. C.), contaban con un procedimiento de tipo acusatorio, afirmación que deduce de las máximas de Ptahhotep¹³ cuando establecen que “sólo aquel que es capaz de escuchar es también capaz de juzgar”; exhortación que invita al Juez para que “al pronunciar la sentencia, no se incline más hacia un lado que a otro, sino que atienda sólo a la Justicia”.

En Grecia, “los negocios judiciales se veían en público y ante los ojos del pueblo. ...El acusador era el mismo ofendido y tenía que exponer verbalmente su caso ante los jueces griegos, alegando de viva voz, en tanto que el acusado tenía que defenderse por sí mismo... La función de declarar el Derecho correspondía al Arcontado y al Tribunal de los Heliastas, que tomaban sus decisiones después de haber escuchado el alegato de las partes y de haber recibido las pruebas que éstas ofrecían...”¹⁴

En Roma al igual que en Grecia, “los actos procesales se desarrollaban públicamente en la Plaza del Ágora o en el Foro Romano, de manera oral... Existía una absoluta independencia entre las funciones exclusivamente reservadas al acusador, que lo era el ofendido y las que correspondían al acusado y al Juez. Cada una de las funciones... se encomendaba a personas distintas e independientes entre sí... existía una completa separación y no era posible que hubiese proceso sin la concurrencia de las tres funciones...”¹⁵

Concerniente a la negativa de la posibilidad de que se iniciara un proceso sin la concurrencia de las tres funciones, Sergio García Ramírez nos comenta que

¹² VERGER GRAU, Joan, *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, Barcelona, España, José María Bosch Editor, 1994, p. 15.

¹³ POLACEK, V, “Les magistratures dans le monde antique”, *Revue Internationale des Droits de l'antiquité*, Bruxelles, 1968, T. XV, p. 29; citado por VERGER GRAU, Joan.

¹⁴ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, op. cit., p. 9 y 10.

¹⁵ *Ibidem*, p. 10 y 11.

en “el proceso penal acusatorio de la Roma... (se) determinaba que no hubiese proceso sin acusador, por lo que si faltaba éste, el delito permanecía impune.”¹⁶

Por lo que hace al proceso germano de la antigüedad, “el procedimiento acusatorio se vincula a la venganza privada y es formalista, público y oral. La sentencia... casi siempre consistía en el pago de una indemnización... para evitar la venganza del ofendido o de sus parientes, es decir, se admitía la compensación.”¹⁷

Se considera que el modelo acusatorio fue la primera forma de enjuiciamiento penal atendiendo a que “históricamente, mientras prevaleció el interés privado, sólo se iniciaba el juicio previa acusación del ofendido o de sus familiares...”¹⁸; en otras palabras, surge como primer sistema de procesamiento como consecuencia directa de la concepción privada que del Derecho Penal se tenía.

Ya en líneas atrás hemos visto que Joan Verger Grau califica al sistema acusatorio de la antigüedad como “el único juicio concebible”, aunque no nos dice el por qué de su afirmación; al respecto y a propósito de la mencionada concepción privada del Derecho Penal, Francesco Carrara nos comenta que “el método acusatorio fue la forma primitiva de los juicios criminales, o más bien, (que) mientras prevaleció en el delito y en la pena el concepto del interés *privado*, fue la única forma posible.”¹⁹

Tal concepción privada del Derecho Penal dio como consecuencia un sistema de enjuiciamiento cuya esencia respondía “a la índole de todos los juicios,

¹⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derecho Mixto y Derecho Procesal*, México, Escuela Nacional de Artes Gráficas, 1975, p. 126.

¹⁷ LEVENE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Buenos Aires, Argentina, 1975, p. 34.

¹⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, op. cit., p. 88.

¹⁹ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, trad. de José Ortega y otro, 4ª ed. revisada, Bogotá, Colombia, Edit. Temis, 1985, p. 297.

esto es, a la de ser una discusión entre dos partes opuestas, resuelta por el Juez.”²⁰

Posteriormente se prohíbe la venganza privada, en un primer momento “no por entender la exigencia punitiva como pública sino por rechazar la autorrealización coactiva de cualquier derecho”²¹, dando paso así a la etapa de la venganza pública y surgiendo también los delitos públicos, cuya característica, era que se reconocía (junto a la acción privada de la víctima), “a todo miembro del grupo el poder de ejercitar la acción a nombre de la colectividad”²² (acción popular); resultando preciso señalar que siempre, hasta este momento, subsiste la característica de que la acusación debía ser formulada por una persona distinta a la que habría de decidir sobre el fondo del asunto.

Surge aquí una distorsión, pues por un lado se da un cambio de concepción del Derecho Penal de privado a público y por el otro la persecución penal continuó en manos privadas surgiendo diferentes desajustes, siendo el principal “la dificultad de los ciudadanos para acometer las labores investigadoras que decidirían eventualmente a ejercitar con éxito la acción penal y la consiguiente desidia que se produjo...”²³; situación que provocó a manera de corrección de esta inconsistencia, la evolución hacia la oficialidad de la acción.

Tal oficialidad de la acción trajo como resultado que “en un primer momento, la garantía de perseguir los hechos delictivos y de la búsqueda de la verdad material (se llevara a cabo) a través del sistema inquisitivo, donde el órgano judicial asumía funciones investigadoras, acusadoras y juzgadoras...”²⁴

²⁰ PESSINA, *Manuale di diritto penale*, citado por LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, Vol. I, p. 21.

²¹ ARMENTA DEU, Teresa, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, op. cit., p. 21.

²² Idem.

²³ Ibidem, p. 22.

²⁴ Idem.

1.2. Características.

Nos atrevemos a decir que la totalidad de la doctrina coincide en que el sistema de procesamiento acusatorio cuenta, independientemente de que algunos las clasifiquen de cualquier manera, con las siguientes peculiaridades:

1.2.1. Necesidad de existencia de una acusación formulada por alguien distinto del Juez.

Lo que quiere decir que las funciones de acusación y de decisión se encuentran nítidamente separadas una de la otra, y por lo tanto, que se encuentran encomendadas a órganos diversos, de tal manera que cada órgano cumple únicamente con su función sin entrometerse en las funciones del otro.

La importancia de la característica que nos encontramos comentando, radica en que se asegura la imparcialidad del Juzgador al momento de emitir su fallo, pues no se le crea un ánimo por haber llevado a cabo previamente la investigación del delito que provocó su intervención en el asunto, pasando a segundo término el hecho de que tal investigación previa sea realizada por un Juez de Instrucción o por el Ministerio Público; pues lo verdaderamente substancial es que se garantice la separación de las funciones acusadora y de enjuiciamiento.

1.2.2. El proceso sólo puede ser iniciado por el acusador.

Esta particularidad, no es otra cosa que una garantía de seguridad jurídica para el inculpado de la comisión de un hecho delictivo, pues el Juzgador, “no debe ocuparse de un asunto que no haya sido objeto de una acusación, (pues dejando de lado su) parcialidad... en caso de que falte la división de roles, (lo que su busca es) la protección del imputado contra “agresiones”²⁵.

²⁵ BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1989, p. 57.

De lo transcrito en el párrafo pasado podemos afirmar que la jerarquía de la singularidad en comento radica en que las personas puedan tener la certeza de que bajo ninguna circunstancia serán víctimas de persecuciones o de pesquisas que con cualquier propósito sean emprendidas, y de que sólo se verán enfrentados a una persecución penal en el caso en que exista una acusación cierta y directa hacia su persona; además, de que esa acusación nunca podrá surgir del mismo órgano jurisdiccional.

1.2.3. A las partes corresponde exclusivamente la aportación del material probatorio.

La separación de las funciones de persecución y de decisión “es un presupuesto necesario aunque no suficiente para configurar el carácter acusatorio del proceso. Es preciso, además, que el juicio se desarrolle sin que el juez tome parte, junto al acusador, en una supuesta búsqueda de la «verdad material», comprometiendo así su imparcialidad...”²⁶

La trascendencia de la característica en desarrollo reside en que el sistema acusatorio es hermético en cuanto a que no permite, bajo ninguna circunstancia, que se vulnere de manera alguna la imparcialidad del Juzgador, pues es él, el que decidirá sobre la situación jurídica del imputado por la comisión de un hecho delictivo, quien a su vez, debe poder contar con esa garantía.

1.2.4. Paridad absoluta de derecho y poderes entre el acusador y el acusado.

Dijimos anteriormente que el sistema que nos encontramos estudiando se diferencia de los otros, entre otras cosas porque responde a la generalidad de todos los juicios, es decir, el ser un litigio entre dos partes iguales resuelta por un tercero imparcial (Juez), que se sitúa por encima de las pretensiones de aquellas.

²⁶ VERGER GRAU, Joan, *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, op. cit., p. 23.

Cabe aclarar aquí, que cuando decimos partes iguales, si bien no pueden serlo por el sólo hecho de que persiguen intereses diferentes dentro del proceso, nos referimos a que cuenten con los mismos derechos, con los mismos términos, con los mismos recursos y en general, con las mismas oportunidades; situación que no se presentaría en el caso en el que el Juzgador fuese a la vez o tomara parte junto al acusador, pues por ese sólo hecho, se le crearía un ánimo que inmediatamente lo haría rivalizar con el inculpado.

1.2.5. Rigen los principios de oralidad, publicidad y concentración.

1.2.5.1. Oralidad.

Por este principio debemos entender que son las partes quienes de manera directa exponen, mediante la palabra su posición al Juzgador.

La importancia de este rasgo estriba en que no se constriñe al inculpado a firmar una declaración hecha previamente por escrito (misma que pudiera no contener lo que realmente quiso decir o peor aún, que como en los modelos inquisitorios, le pudo haber sido arrancada mediante la tortura), sino que se le permite acceder al Juzgador y directamente explicarle su situación.

1.2.5.2. Publicidad.

Esta característica consiste en que todo el proceso queda abierto no sólo a las partes, sino al público en general, a todo aquel que quiera presenciarlo tenga o no tanga interés en el mismo.

Peculiaridad importantísima porque garantiza que el procesado no será víctima de ningún tipo de atropello cometido al amparo del secreto en las actuaciones.

1.2.5.3. Concentración.

Este elemento de los modelos acusatorios consiste en que todo el proceso se agrupa en una sola audiencia o en varias audiencias sucesivas siempre y cuando cumplan con la condición de ser próximas.

Este rasgo es relevante porque garantiza la seguridad jurídica que debe tener toda persona, aún los responsables de un hecho delictivo, quienes deben ser juzgados y sentenciados en el menor tiempo posible a fin de que no se encuentren en una situación de incertidumbre respecto de su futuro.

1.2.6. Se opta por la libertad procesal del inculpado.

Característica de los sistemas de procesamiento acusatorio que tiene una sencilla razón de ser, ya que, “cuanto más pronta y más cercana al delito cometido sea la pena, será más justa...; más justa porque siendo una pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia, salvo cuando la necesida (sic.) lo exija. La cárcel es, pues, la simple custodia de un ciudadano hasta que sea juzgado culpable; y siendo esta custodia esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible y ser lo menos dura posible.”²⁷

Idea la anterior expuesta por César Beccaria; misma que retoma y explica, para nuestro gusto de manera más clara Héctor Fix Zamudio al sostener que: “si entendemos que la prisión preventiva es una privación de derechos sin previo juicio, debemos concluir que, en buena lógica, constituye una violación a la presunción de inocencia. En aras de la defensa de la sociedad contra el delito, la prisión preventiva debería, pues, aplicarse únicamente en casos excepcionales y, en esos casos, durante el menor tiempo posible.”²⁸

²⁷ BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991, p. 75.

²⁸ Citado por HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, op. cit. p. 20.

1.2.7. Consideración del imputado como sujeto del proceso.

Esta característica, como lo expondremos a continuación, se encuentra muy relacionada con la paridad de derechos entre el acusador y el acusado que ya abordamos antes.

Si se tiene en cuenta que el modelo acusatorio de procesamiento garantiza los derechos de los inculcados, y que por lo tanto el acusado es tratado como inocente hasta en tanto no se demuestre su culpabilidad, resulta entonces necesario, que reciba un tratamiento de parte procesal, de actor del “drama penal” (como lo llamó el maestro Raúl Carrancá y Rivas) con todos los derechos inherentes a tal posición y en las mismas condiciones que su contraparte el acusador, para que se encuentre en todo momento en la posibilidad de sostener su defensa.

1.2.8. Libertad de prueba.

Respecto de esta peculiaridad, encontramos dos vertientes igualmente importantes:

Primeramente que las partes presenten al Juzgador el material probatorio que deseen sea utilizado para que éste forme su convicción, resaltando que es sólo el que deseen, es decir, que cuentan con la potestad absoluta de presentar únicamente las probanzas que estimen necesarias y que a su vez el Juez no podrá ordenar la práctica de otras en aras de la búsqueda de la verdad histórica.

La segunda vertiente la encontramos en el momento en que el Juez cuenta con la potestad de valorar libremente tales pruebas y decidir de acuerdo a su conciencia, es decir, que el valor de las pruebas no se encuentra previamente designado por la ley.

1.2.9. Libertad de defensa.

Al abordar esta particularidad del sistema acusatorio encontramos nuevamente una garantía de seguridad jurídica para los inculpados. La razón es muy sencilla, por lo general la persona a quien se imputa la comisión de un hecho delictivo carece de conocimientos sobre leyes e incluso desconoce sus derechos, es por ello que se les reconoce la potestad de nombrar a una persona que sea perito en la materia jurídica para que se encargue de defender sus intereses.

1.3. Concluyendo...

De lo hasta aquí señalado, podemos deducir que si tuviéramos que describir al sistema de enjuiciamiento acusatorio expresando un solo argumento que incluya todas las características mencionadas, afirmaríamos que es un sistema de enjuiciamiento cuya principal particularidad es que garantiza plenamente los derechos de los inculpados.

Ahora bien, una vez precisados las características y el desarrollo histórico del sistema de procesamiento acusatorio, así como la manera en que derivó al sistema inquisitivo, pasemos a continuación a describir este último.

2. Sistema de enjuiciamiento inquisitivo.

“Esto no era ilícito (en realidad, nada era ilegal, ya que no se contaba con leyes), pero si lo arrestaban podía tener la certeza de que lo sentenciarían a muerte...”

GEORGE ORWELL

“1984”

“Me indigna imaginar que esto pueda continuar así, y entretanto yo permanezco encerrado aquí, como un verdadero prisionero, pero sin esa protección de la ley que es incluso el derecho y alivio de los criminales.”

BRAM STOCKER

“Drácula”

“Poco era lo que podía hacerse cuando lo normal era que encerraran republicanos y sin juicio que mediara los dejaran ahí durante años, o los fusilaran...”

JORDI SOLER

“Los Rojos de Ultramar”

2.1. Breve apunte histórico.

La mayoría de los autores coincide en que el modelo de procesamiento de tipo inquisitivo abarca un periodo comprendido entre los siglos XIII y XIX; pues es un modelo que “surgió con los regímenes monárquicos y se perfeccionó en el derecho canónico..., y finalmente pasó a casi todas las legislaciones europeas de los siglos XVI, XVII y XVIII.”²⁹

Como ya mencionamos en el apartado anterior, los antiguos procesos acusatorios en un esfuerzo por subsanar errores que se venían presentando evolucionan hacia la oficialidad de la acción, no obstante y sin proponérselo, terminaron transformándose en modelos de carácter inquisitivo; este cambio, “es debido, más que a una modificación formal de las fuentes, a una evolución de las prácticas judiciales, tolerada y hasta impulsada por el creciente poder político de los estados en formación.”³⁰

Respecto de la oficialidad de la acción, diremos que en los modelos de procesamiento de tipo inquisitivo “se ha llegado ya claramente... a considerar que la persecución del delito es ante todo un interés público. Por consiguiente no se necesita ni se aguarda el requerimiento de las partes; sino que se inaugura y establece esencialmente el “*Procedimiento de oficio*”³¹; en el que la sociedad ofendida a través del Estado como su representante, “no ahorró esfuerzos en la búsqueda de la verdad, interviniendo de oficio en la averiguación de los delitos y

²⁹ LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 23.

³⁰ VERGER GRAU, Joan, *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, op. cit., p. 26.

³¹ ACERO, Julio, *Nuestro Procedimiento Penal. Ensayo doctrinal y comentarista sobre las últimas leyes del ramo, del Distrito Federal y del Estado de Jalisco*, 3ª ed. revisada y adicionada, Jalisco, Guadalajara, México, Edit. Imprenta Font, 1939, p. 48.

ampliando la órbita de la acción del juez, al permitirle invadir los terrenos de las “partes.””³²

“El método *inquisitorio* saca su nombre de los *quaesitores* romanos, que en su origen fueron ciudadanos encargados excepcionalmente por el senado para investigar *ciertos* delitos especiales.”³³

Las características principales (o los excesos) que distinguen a este nuevo modelo de procesamiento penal fueron que se eliminó la figura del acusador como condición necesaria para iniciar un proceso, el empleo del secreto, de la tortura para arrancar confesiones, de la escritura y de un sistema de pruebas tasadas.

Juan José González Bustamante en su obra citada, nos hace la aclaración de que existieron dos tipos de procedimientos inquisitorios; el empleado por el Tribunal del Santo Oficio y el que propiamente constituye el sistema laico de enjuiciamiento inquisitorio.

2.1.1. Procedimiento inquisitorial laico.

Comenzando con Roma, diremos que este procedimiento estuvo reservado en un principio para delitos muy graves, pero fue extendiéndose hacia el resto de los ciudadanos, los medios empleados para su iniciación consistían en acusación, delación y pesquisa; siendo este último el medio más utilizado.

Encontramos dos manifestaciones del proceso inquisitivo: la *cognitio extra oridem* (que podía “desarrollarse sin acusación previa y ante un solo magistrado que... indagaba y juzgaba”³⁴); y el *aprisio* o proceso por delito flagrante (“que se empezó a utilizar para delitos no flagrantes en el siglo XIII.”³⁵)

³² RIVERA SILVA, Manuel, *El Procedimiento Penal*, 20ª ed. corregida y aumentada, México, Porrúa, 1991, p. 186.

³³ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, op. cit., p. 301.

³⁴ VERGER GRAU, Joan, *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, op. cit., p. 27.

³⁵ ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours*, citado por Verger Grau, Ob. Cit. p. 29.

La figura del acusador fue “«desincentivada»”, debido a que “se obligaba al delator a probar lo que afirmaba, quedando sujeto a la pena del Tali3n en caso de no aportar pruebas...”³⁶; otra raz3n por la que la pesquisa fue el medio m3s frecuente para dar inicio a los procedimientos.

En general, el procedimiento era escrito e iniciado en secreto por delatores; cabe decir que el Juez tomaba parte activa desarrollando un papel de acusador y 3l mismo dictaba sentencia; raz3n por la cual nos dice Joan Verger Grau que “dej3 de ser Juez para convertirse en un pesquisidor, (en un) perseguidor de delincuentes... que pasaba por encima de los todav3a no formulados «derechos del hombre»...”³⁷

“A partir del siglo XIV aparece en Francia el Ministerio P3blico, Procurador del Rey, encargado de perseguir los delitos y de requerir penas de multa para su hacienda. Procesalmente, el Procurador del Rey requer3a al juez para que procediera de oficio.”³⁸

Siguiendo con Francia, el proceso penal com3n pod3a ser «ordinario» o «extraordinario»; el primero seguido s3lo para los delitos castigados con multa y el segundo para todos los dem3s delitos, este 3ltimo, con tortura y con mayor indefensi3n para el reo.

Sin embargo, “el sistema utilizado para las 3rdenes de aprehensi3n ha sido el m3s severamente censurado, ya que cualquiera persona pod3a ser reducida a prisi3n con una simple “lettre de cachet” o sea, mediante una orden administrativa, expedida bajo el sello privado del rey y que frecuentemente era conseguida mediante algunas monedas y por la cual cualquiera pod3a ser privado de la libertad y permanecer en la c3rcel por tiempo ilimitado.”³⁹

³⁶ GONZ3LEZ BUSTAMANTE, Juan Jos3, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, op. cit., p. 13.

³⁷ VERGER GRAU, Joan, *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, op. cit., p. 27.

³⁸ *Ibidem*, p. 29.

³⁹ P3REZ PALMA, Rafael, *Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal*, M3xico, C3rdenas Editor y Distribuidor, 1980, p. 23 y 24.

“Las grandes ordenanzas francesas dividen el proceso en dos partes: la instrucción, desmesuradamente amplia y a cargo de un juez «criminal»... y luego, el «auténtico» juicio, ante un tribunal o a menudo ante el propio juez. Si no se había conseguido la prueba plena antes del juicio, el Ministerio Público podía solicitar que el reo fuese sometido a tortura. Concluida esta «instrucción complementaria», el reo volvía a comparecer ante el tribunal, era interrogado de nuevo y, previo debate, con posible intervención de abogado, dictaba la sentencia el propio juez, a veces con el parecer, no vinculante, de los «asesores». En algunos casos, se procedía a una votación, en la que participaba el juez de instrucción el cual, además, facilitaba a los otros miembros del tribunal un «resumen» o «apuntamiento» de lo practicado en la instrucción, y ello constituía la única fuente de información del tribunal.”⁴⁰

Resulta necesario manifestar que el procedimiento inquisitivo seguido en Francia, mismo que acabamos de describir, es el proceso que predominará después en toda Europa.

“En Alemania, la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, promulgada por Carlos V... recoge también el modelo procesal inquisitivo y regula minuciosamente tanto la prueba legal como la tortura.”⁴¹

Por lo que hace al proceso inquisitivo seguido en Italia hasta el siglo XIX, se admitía la denuncia anónima y el juez podía emplear la tortura en su interrogatorio no sólo al reo; sino también a los testigos; en resumen, difiere muy poco del procedimiento inquisitorial francés.

⁴⁰ ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de le procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours*, citado por Verger Grau, op. cit., p. 29.

⁴¹ DEZZA, E., *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, citado por Verger Grau, op. cit. p. 30.

2.1.2. Procedimiento canónico de tipo inquisitivo.

Este procedimiento cuenta con dos fuentes históricas, por un lado la *cognitio extra oridem* del bajo imperio romano y por otro el proceso por delito flagrante; en él, Santo Tomás de Aquino fue una “inmensa autoridad (pues) en el capítulo de la Suma Teológica relativo a la herejía, sostiene la siguiente tesis: “La herejía es un pecado por el cual se merece no solamente ser separado de la iglesia por la excomunión, sino también ser excluido del mundo por la muerte...”⁴²

El principal medio empleado para su iniciación era la pesquisa, que podía ser general o particular. En la primera se realizaba una búsqueda de “herejes” para posteriormente ser sometidos a proceso, mientras que en la pesquisa especial, el inquisidor buscaba a una determinada persona que era “sospechosa” de herejía.

“La pesquisa general era empleada para el descubrimiento de herejes en acatamiento a los acuerdos tomados en el concilio de Tolosa: “En todas las parroquias, se nombrarán dos sacerdotes..., (que) harán continuas y rigurosas pesquisas en todas las casas, aposentos... y sótanos para cerciorarse que no hay en ellos herejes escondidos.”⁴³

“La pesquisa especial se hacía, si por fama pública llegaba al conocimiento del inquisidor que determinada persona ejecutaba actos o tenía expresiones contrarias a la fe. Acreditada la mala fama del acusado por medio de declaración de testigos, se procedía en su contra... En seguida, el fiscal formulaba su acusación... y el acusado debía responder, verbalmente,... después de haberse enterado de los cargos existentes...; se recibían las pruebas sin que el acusado supiese los nombres de las personas que habían declarado en su contra...”⁴⁴

⁴² PALLARES, Eduardo, *El Procedimiento Inquisitorial*, México, Imprenta Universitaria, 1951, p. 7.

⁴³ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, op. cit., p. 13.

⁴⁴ Idem.

2.2. Características.

La generalidad de la doctrina coincide en señalar las siguientes particularidades del sistema de procesamiento en estudio:

2.2.1. El juez puede iniciar el proceso de oficio.

Julio Acero lo describe elocuentemente de la siguiente manera: “Por razón de su oficio, por el natural desempeño de su cargo, el Juez tiene que iniciar, continuar y terminar el proceso aunque nadie se lo pida, desde el instante en que por cualquier motivo tenga conocimiento de un delito. ...Aquí el Juez es el que por denuncia, por quejas secretas, por rumores y hasta por sospechas, toma la iniciativa, y se dedica a buscar pruebas, examina testigos, practica reconocimiento de lugares e investigaciones de todas clases...”⁴⁵

2.2.2. Se juntan en la figura del juez las funciones de acusación y decisión.

Hemos manifestado ya en renglones atrás, que para el sistema de procesamiento que nos encontramos estudiando, resulta de mayor relevancia encontrar un culpable al cual imponer la penalidad consecuencia del delito que llevar a cabo un proceso donde se respeten los derechos de los inculcados; por ello, el Juzgador se encontraba en la tesitura de realizar las investigaciones que considerara necesarias para obtener ese fin; lo que provocaba que se reunieran en una sola persona las funciones acusatoria y decisoria.

Concerniente a lo anterior, conviene dejar en claro que tal confusión de funciones es una situación “justificable desde la perspectiva de tutelar un interés en la persecución de índole pública y acorde con la progresiva transición de la concepción del derecho de penar de privado a público... (sin embargo), dos facetas sólo conjugables al precio de la pérdida absoluta de una de las características esenciales de la función jurisdiccional: la imparcialidad.”⁴⁶

⁴⁵ ACERO, Julio, *Nuestro Procedimiento Penal. Ensayo doctrinal y comentarista sobre las últimas leyes del ramo, del Distrito Federal y del Estado de Jalisco*, op. cit., p. 48 y 49.

⁴⁶ ARMENTA DEU, Teresa, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, op. cit., p. 44.

2.2.3. El juez puede participar activamente en la búsqueda del material probatorio.

Por lo que hace a esta característica, diremos que es consecuencia directa de las anteriores; es decir, si por una parte la autoridad judicial absorbe la función acusatoria, por la otra debe reconocérsele también la facultad de practicar las investigaciones tendentes a lograr el esclarecimiento de los hechos y sobre todo, a poder fijar su posición dentro del proceso; ya que de nada le serviría el poder de acusar si se le amarra de manos para buscar el material probatorio que daría sustento a sus intereses como parte procesal.

2.2.4. La defensa se encuentra restringida.

“El inquisidor o inquisidores le nombraban un defensor al reo, y en presencia de ellos se comunicaban el defendido y el defensor... (a éste), se le permitía ver las declaraciones del reo, pero no podía estar presente cuando... confesaba. ...Si el reo pedía papel para escribir algo concerniente a su defensa, se le daban pliegos contados y rubricados por el notario. ...A los abogados no se les permitía conservar ningún (documento), debían devolver todo... a los inquisidores.”⁴⁷

2.2.5. El uso de la escritura y del secreto.

“El Juez lo hace todo conforme a reglas rigurosas y para conservar y justificar sus actuaciones, lo hace por escrito, y lo escrito, muchas veces a espaldas y sin conocimiento de las partes...”⁴⁸; pero sobretodo, sin conocimiento del inculpado, quien además es el principal interesado en el proceso penal por la sencilla y única razón de que está en juego su libertad, el segundo derecho más

⁴⁷ PALLARES, Eduardo, *El Procedimiento Inquisitorial*, op. cit., p. 19 y 20.

⁴⁸ ACERO, Julio, *Nuestro Procedimiento Penal. Ensayo doctrinal y comentarista sobre las últimas leyes del ramo, del Distrito Federal y del Estado de Jalisco*, op. cit., p. 49.

importante sólo después del derecho a la vida, pudiendo estar incluso en juego este último si es que se le pudiera imponer la pena de muerte.

2.2.6. Se opta por la prisión preventiva del inculpado.

“No habiendo término para la consignación, ni para el proceso legal, tampoco había la posibilidad de que la detención (o mejor dicho, la prisión preventiva), tuviera un fin”⁴⁹; por lo que el encarcelamiento del inculpado podía prolongarse por periodos indefinidos y se imponía aún para “delitos que no merecían pena corporal, de tal manera que el reo podía permanecer en las cárceles... durante mucho tiempo para después ser sentenciado a penas leves.”⁵⁰

De lo dicho en el párrafo anterior, podemos concluir que si por un lado no existía un término para el cese de la prisión preventiva, pasa a segundo plano el hecho de que se prefiera ésta por encima de la libertad del inculpado durante el proceso penal, pues si por las mismas características del sistema, no se tenía el reparo de que el encarcelamiento preventivo fuese breve, mucho menos se pensaba en proscribirlo.

2.2.7. La proposición de pruebas por las partes está restringida y su valoración por el Juez está tasada.

El acusado “tenía derecho a rendir pruebas para demostrar su inocencia, pero no se le recibían toda clase de testigos. De los testigos ofrecidos por (él), el Tribunal hacía una selección, pero no admitía a los deudos ni a los criados del acusado;”⁵¹ por si esto fuera poco, el valor de las probanzas se encontraba previamente señalado en la ley y el Juez debía acatarlo y emitir su fallo de acuerdo a tales directrices.

⁴⁹ PÉREZ PALMA, Rafael, *Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal*, op. cit., p. 24.

⁵⁰ PALLARES, Eduardo, *El Procedimiento Inquisitorial*, op. cit., p. 16.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 16 y siguientes.

2.2.8. Consideración del imputado como objeto del proceso.

Quedó establecido que la reunión en el Juzgador de las funciones de acusación y de decisión provocan la pérdida de su imparcialidad; situación que a su vez trae como consecuencia que aquel se convierta “en enemigo del reo... (pues) no busca la verdad del hecho, sino que busca en el prisionero el delito, y lo asedia, y cree perder si no tiene éxito...”⁵²

Contundente frase con la que César Beccaria resume que lo verdaderamente importante en este sistema era lograr que se castigara el delito sin dar importancia a los medios utilizados para tal fin, pasando a segundo término que el inculpado fuera o no el responsable, había que encontrar un “culpable” al cual punir, lo que provocaba que el imputado se encontrara en un nivel de absoluta subordinación en el proceso, que fuera un mero objeto de la persecución penal.

3. Sistema de enjuiciamiento mixto.

“Todo el Derecho Penal, que está cubierto de sangre y que amadriga en su recóndito seno tanto sadismo, es un espejo donde se reflejan los esfuerzos liberales de la humanidad.”

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

“Tratado de Derecho Penal”

“Por regla general, las sociedades humanas no son innovadoras, sino más bien jerárquicas y ritualistas. Cualquier sugerencia de cambio se acoge con recelo, ya que implica la incomoda transformación futura del ritual y la jerarquía imperantes. ...Sin embargo, llega un momento en que es preciso que las sociedades cambien. ...Buena parte de las dificultades que surgen al intentar reestructurar las sociedades... arrancan de la resistencia que oponen los grupos que tienen intereses creados en el *statu quo*...”

CARL SAGAN

“Los Dragones del Edén”

⁵² BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*, op. cit., p. 105.

3.1. Breve apunte histórico.

Si por un lado tomamos en cuenta que el sistema de enjuiciamiento acusatorio en determinado momento dejó de funcionar porque los particulares dejaron de interesarse o simplemente abandonaron la investigación de los delitos (lo que trajo como consecuencia que éstos quedaran impunes); y por otro que el sistema inquisitivo resarcía tal defecto mediante el establecimiento de la oficialidad de la acción pero en cambio incurrió en muchos otros errores más graves (pues lo importante era que el delito fuera castigado y por consiguiente encontrar un culpable), encontramos que la historia del Derecho Penal nos lleva al surgimiento del tercer sistema de enjuiciamiento.

“Los dos sistemas que históricamente se consideran en contraposición — acusatorio e inquisitorio—, se vieron en el tiempo sometidos, como era natural, a un proceso de erosión o de adaptación, al punto de moldearse⁵³ para dar paso al sistema mixto, modelo que armonizaba dos exigencias “aparentemente opuestas: que ningún culpable escape del castigo... (y) que a nadie se lo someta a pena, si no se demuestra su responsabilidad, y solamente en los límites de ella.”⁵⁴

Hemos dicho antes que la secuencia del Derecho Penal es un constante sucederse de los sistemas procesales de tipo acusatorio e inquisitivo; cabe indicar en este punto, que este alternarse se da paulatinamente y no en un instante determinado; por lo que es difícil decir con precisión cuándo declina uno para ceder su lugar al otro y por lo mismo, es difícil decir con exactitud en qué momento surgió el modelo de procesamiento mixto.

Mientras la generalidad de los estudiosos del Derecho más o menos coinciden por un lado, en que el modelo acusatorio data de los procesos penales de la antigüedad (principalmente de los seguidos en Grecia y en Roma); y también

⁵³ LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 20.

⁵⁴ PESSINA, *Manuale di diritto penale*, citado por LEONE, op. cit., p. 26.

más o menos coinciden en que el modelo inquisitivo surge aproximadamente a partir del siglo XIII; son muy variados los momentos históricos en que se señala que tuvo lugar el nacimiento del modelo de procesamiento de tipo mixto.

A mayor abundamiento diremos que, mientras algunos autores como Francesco Carrara o Guillermo Colín Sánchez manifiestan que surge en Roma en la etapa de transición de la República al Imperio; algunos otros como Juan José González Bustamante exponen que surge en Alemania en 1532 con la Constitución Criminalis Carolina.

Continuando con lo anterior, algunos otros autores como Julio Hernández Pliego sostienen que surge en la etapa previa a la Revolución Francesa con las ideas de los pensadores del siglo XVIII; por último, algunos otros como Miguel Fenech⁵⁵ señalan que surge con la promulgación por Napoleón del *Code d'instruction criminelle* en 1808.

Nosotros consideramos sin embargo, que el sistema de enjuiciamiento penal mixto es el resultado de un proceso que comenzó precisamente con las ideas liberales de los pensadores del llamado siglo de las luces y que culminó con el Código de Napoleón, ordenamiento donde tuvo cabida esta nueva forma de juzgamiento, misma que “se extendió a los Códigos de los otros países, como... el Reglamento procesal penal austriaco de 1873 y la Ley de enjuiciamiento criminal española de 1882.”⁵⁶

Sirva para corroborar la afirmación pasada lo expuesto por Verger Grau⁵⁷ en el sentido de que fue a comienzos del siglo XVIII, cuando con los escritos de Montesquieu, Beccaria y Voltaire, se comenzó a incubar lo que posteriormente sería un giro radical en las concepciones filosóficas, políticas y jurídicas; éstas últimas, como ya hemos dicho, siempre como reflejo de las anteriores.

⁵⁵ ALDANA ROZO, Luis Enrique, “Proceso acusatorio, inquisitivo y mixto”, *Derecho Penal y Criminología*, op. cit.

⁵⁶ LEVENE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 74.

⁵⁷ VERGER GRAU, Joan, *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, op. cit., p. 37.

Montesquieu se pronuncia por “la exigencia de un procedimiento regulado,... (por) la necesidad de garantizar en él la libre defensa del imputado; (por) el repudio a la tortura; (manifiesta) su simpatía abierta por los tribunales populares... es decir, por el jurado inglés...; (por) la afirmación de la necesidad de la certeza para condenar. ...Además, se pronunció... en contra de la delación.”⁵⁸

A decir de Beccaria, “sus ideas respecto del enjuiciamiento penal pueden ser resumidas así: aceptó el encarcelamiento preventivo —aunque lo concibió— como una pena anticipada, pero requirió una neta separación entre acusados y convictos por “el derecho que cada hombre tiene a ser creído inocente” y la necesidad de la certeza sobre su culpabilidad para condenar...; favoreció el juicio por jueces accidentales (no profesionales)... elegidos por sorteo y pasibles... de ser excluidos por el acusado cuando le resultan sospechosos de parcialidad..., reclamó la publicidad..., atacó el sistema de prueba legal; atacó las acusaciones secretas...; atacó el juramento de los imputados y afirmó su derecho a declarar libremente, mientras abominaba la tortura como medio de coacción de quien aún no ha sido declarado culpable.”⁵⁹

Por lo que respecta a Voltaire, “sus postulados procesales penales pueden ser resumidos así: criticó los procedimientos secretos y, en su lugar, defendió el juzgamiento por jurados en juicio oral y público; criticó la privación de la defensa técnica y, en su lugar, defendió la asistencia del imputado por un abogado; criticó el sistema de prueba legal, defendió el sistema de íntima convicción en la valoración de la prueba,... criticó como irracional la tortura... y abogó por la libertad de defensa.”⁶⁰

Cabe preguntarnos en este punto por qué hacemos citas de pensadores o intelectuales que son más conocidos por sus ideas filosóficas y políticas que por

⁵⁸ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., 3ª reimpresión, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2004, Tomo I, p. 336 y 337.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 337 y 338.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 338 y 339.

sus ideas jurídicas y que sin embargo, consideramos los responsables del inicio de la evolución de los procesos penales inquisitivos hacia los procesos mixtos; como veremos a continuación, la razón es sencilla.

“El siglo XVIII fue uno de aquellos en los cuales la renovación intelectual y cultural alcanza su cenit. La crítica al sistema de ideas que fundaba la organización social, la respuesta de quienes persistían en defenderlo... en titánica lucha intelectual. ...Es claro que el Derecho Penal... como factor superior de control social, no pudo quedar al margen de la polémica. ...Fueron así los filósofos, los ideólogos, los que pusieron en tela de juicio todas las instituciones del Derecho Penal. ...Al contrario, los juristas, apegados a la ley, representaron el espíritu conservador que defendió las instituciones jurídicas existentes.”⁶¹

“Se llegó a postular un nuevo sistema de enjuiciamiento penal, bajo la influencia de dos fuentes principales: el Derecho romano republicano y el Derecho practicado en Inglaterra. ...El nuevo modelo proponía... la publicidad y la oralidad en los debates, la libertad de la defensa y el juzgamiento por jurados. (Además,) se erigió el gran debate contra la tortura, como método para averiguar la verdad. ...Todo alcanza su fundamento en la razón humana, fuente de todo Derecho...”⁶²

Con la influencia de los librepensadores mencionados, fue a partir de la Revolución Francesa que se consigue ir, poco a poco, cambiando el sistema inquisitivo imperante; así, a través de distintos decretos se van reconociendo derechos a los inculcados; a saber: el “8-9 de octubre de 1789 se insistió en la abolición de la tortura, se dio publicidad al procedimiento, y se permitió un defensor al acusado; otro decreto del 16-29 de septiembre de 1791... estableció el jurado de acusación y el de juicio;... el sistema de pruebas legales fue definitivamente eliminado por el decreto del 29 de septiembre – 21 de octubre de 1791.”⁶³

⁶¹ Ibidem, p. 334.

⁶² Ibidem, p. 336.

⁶³ LEVENE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 20.

La ley del 16-29 de septiembre de 1791 fue la primera ley procesal penal de la Revolución y se caracteriza por la influencia del Derecho inglés que en ella encontramos; dividió el procedimiento en tres fases; una preparatoria que desempeñaba un Juez de paz (quien recogía los elementos probatorios inmediatos); una intermedia ante un jurado de acusación para decidir la apertura o no del juicio; por último, una definitiva ante un jurado de juicio (que decidía sobre la culpabilidad del imputado) para que después fuera impuesta la pena por un Juez profesional. En la práctica, resultó muy complicada la aplicación de esta ley, por lo que su duración fue efímera.

Se reemplazó esta ley con el *Code des délits et des peines* “del 3 de brumario del año IV... (25 de octubre de 1795, ordenamiento que) no significó una innovación importante a la ley de 1791 y (que) conservó todo su sistema, aunque introduciendo modificaciones sólo de detalle.”⁶⁴

“Las críticas continuaron contra el Código de brumario, en especial porque las reformas que siguieron a la Revolución Francesa habían logrado una gran seguridad para los ciudadanos, a cambio de descuidar la eficacia de la persecución penal pública. ...A ello proveyó la ley de pluvioso del año IX (26 de enero de 1801), cuyas modificaciones esenciales se referían a la organización de un verdadero ministerio público.”⁶⁵

El mérito del Código de Instrucción Criminal francés (promulgado el 16 de Octubre de 1808), consiste en que hace suyos todos los elementos positivos de los antecedentes planteados en los renglones que preceden; lo que trae como consecuencia que, con este ordenamiento, “el sistema mixto (alcance) su más elevada expresión.”⁶⁶

⁶⁴ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 347.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 348.

⁶⁶ LEVENE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 20.

3.2. Características.

Ya en líneas anteriores hemos dicho que propiamente no podemos hablar de un sistema de enjuiciamiento mixto atendiendo a que se pueden presentar una pluralidad de sistemas «mixtos» dependiendo de la variabilidad de esa “mixtura” en cuanto a los elementos que tome de un sistema y de otro (acusatorio e inquisitivo).

En otras palabras, el sistema mixto de enjuiciamiento penal se puede presentar en tantas variedades de forma como códigos procesales que lo adopten; no obstante, podemos atribuirle, al igual que la generalidad de la doctrina lo hace, de manera general las siguientes particularidades.

3.2.1. El Proceso no puede nacer sin una acusación; pero ésta sólo puede provenir de un órgano estatal.

Quedó establecido que el sistema de enjuiciamiento mixto es una mezcla de los dos procesos que le precedieron; pues bien, del procedimiento de tipo acusatorio se retoma la necesidad de que las funciones de acusación y de decisión se encuentren nítidamente separadas y recaigan en órganos diversos; mientras que del procedimiento de tipo inquisitivo se mantiene el dar la atribución de la acusación a un órgano estatal para no dejarla al arbitrio de los particulares con la finalidad de garantizar la represión penal de los delitos.

3.2.2. El proceso de despliega a través de dos fases.

El nuevo modelo de procesamiento se dividió en dos fases correspondientes a los dos sistemas procesales históricamente contrapuestos: la primera sumarial o de instrucción, concebida para la investigación de los delitos y que conservó los rasgos inquisitivos (principalmente el secreto y la escritura); y la segunda plenaria correspondiente al juicio y que retomó los elementos que caracterizan al sistema acusatorio (principalmente la oralidad y la publicidad).

3.2.3. Separación de las funciones de acusación y decisión.

Característica tomada del modelo de enjuiciamiento acusatorio que obedece a la necesidad de imparcialidad del Juzgador; mientras que la etapa sumarial se encarga al ministerio público o a los jueces de instrucción, la plenaria se encarga a un juez o tribunal que debe emitir el fallo que resuelva el asunto puesto a su conocimiento.

3.2.4. Prisión preventiva sólo en algunos casos.

“La encarcelación preventiva... del imputado constituye la regla, por lo menos para los delitos de mayor gravedad; (mientras que) para los de menor significación o no procede la detención preventiva o se establecen causales de libertad provisional.”⁶⁷

3.2.5. Libertad de defensa.

Ya desde el decreto del 8-9 de octubre de 1789, no obstante que hasta ese momento se conservó en Francia el proceso escrito de la Ordenanza de 1670, se establecieron como derechos del imputado la posibilidad de realizar una “lectura de la denuncia y de todas las piezas de la información tramitada en secreto, se le debía preguntar si nombraría un consejero (defensor) y, en su caso, nombrárselo de oficio...; la declaración del imputado... (debía realizarse) sin juramento ni tormento...; ausente el imputado, el defensor lo representaba para todos los efectos...”⁶⁸

Es necesario manifestar aquí que existen divergencias; pues no obstante lo manifestado en el párrafo anterior, Guillermo Colín Sánchez nos dice que “la defensa es relativa porque aunque tiene a su cargo la asistencia del procesado, no disfruta de la amplitud necesaria para cumplir con su cometido”⁶⁹; aunque no abunda ni nos dice por qué sostiene que es relativa.

⁶⁷ ALDANA ROZO, Luis Enrique, “Proceso acusatorio, inquisitivo y mixto”, *Derecho Penal y Criminología*, op. cit.

⁶⁸ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 341.

⁶⁹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, op. cit., p. 89.

3.2.6. Libertad de prueba.

A partir de la primera ley procesal penal de la Revolución (que data del 16-29 de septiembre de 1791), se dio un cambio en el método de valoración de la prueba; pues “sólo los doce jurados... (que integraban el jurado de juicio ya descrito), decidían conforme a su *íntima convicción*;... sistema de prueba completamente opuesto al de prueba legal que regía la Ordenanza de 1670.”⁷⁰

3.2.7. Tratamiento del imputado como sujeto del proceso.

“El imputado volvía a adquirir el carácter de sujeto del procedimiento; se modificó su situación anterior, en la cual era, tan sólo, un mero objeto de la persecución penal. Tenía amplia posibilidad de contradecir la imputación desde el comienzo del procedimiento, pero, sobre todo, en el debate ante el tribunal de jurados. Ya esos mismos tribunales eran... suficiente garantía para evitar la condena de un inocente, a la par que la supresión (de la tortura), la amplia libertad de defensa y la actuación a su lado de un defensor completaron un resguardo total de su persona y dignidad.”⁷¹

3.3. Concluyendo...

A manera de conclusión por lo que hace al sistema de procesamiento mixto, diremos su principal virtud radica en que toma los dos modelos que le precedieron, tratando de conciliarlos en cuanto a sus aciertos y tratando también de eliminar los defectos en que incurrió cada uno con la única finalidad de concertar y en consecuencia de garantizar dos intereses contrapuestos; por una parte el derecho de defensa de los inculcados y por otra los valores e intereses sociales de ver reprimidos los hechos que le son lesivos.

⁷⁰ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 345.

⁷¹ *Ibidem*, p. 344.

CAPÍTULO SEGUNDO

“TENDENCIAS QUE SIGUE EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO”

“Los jueces mexicanos han sido,... hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos...

La... organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces de toda la dignidad y toda la repetibilidad de la Magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados...”

VENUSTIANO CARRANZA

“Exposición de motivos al artículo 21 constitucional”

1. Consideraciones previas.

Desarrollados los tres sistemas de enjuiciamiento que la historia del Derecho Penal ha producido, sino es que por el contrario, “la historia del Derecho Penal es... la historia de los sistemas de enjuiciamiento”¹; es imprescindible, para los efectos del trabajo que nos encontramos desarrollando, definir a cuál de esos tres sistemas pertenece nuestro proceso penal.

Al respecto, la literatura procesal penal mexicana divide sus opiniones; la polémica se centra en si nuestro modelo de procesamiento penal se orienta hacia el modelo de tipo acusatorio o hacia el modelo de tipo mixto; no obstante, para poder llegar a una conclusión propia, primeramente debemos desarrollar las características inherentes a tal sistema.

¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 63.

1.1. Características que presenta.

1.1.1. Necesidad de existencia de una acusación formulada por alguien distinto del Juez.

Garantía que se desprende de dos artículos constitucionales; primeramente del numeral 17 que establece que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales expeditos para impartirla, y cuyas resoluciones deberán ser dictadas de manera imparcial (entre otros requisitos); ahora bien, ¿cuál es la mejor manera de alcanzar esa imparcialidad?, muy sencillo, separando estrictamente las funciones de acusación y de decisión.

En segundo lugar, tenemos que el artículo 21 establece que la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial y que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público; quedando delimitadas así, las funciones que son propias y excluyentes de cada órgano.

En este orden de ideas, si la acusación compete al Ministerio Público y la decisión de la controversia le corresponde al Juzgador; encontramos que dos funciones distintas están asignadas también a dos órganos distintos e independientes uno del otro, por lo que la acusación formulada por el Ministerio Público no es vinculante con la decisión que tomará la autoridad judicial, asegurando con esto la imparcialidad del Juzgador y consecuentemente de su decisión, lo que se traduce en un proceso penal más garante de los derechos del inculgado.

La ley procesal penal del Distrito Federal recoge la característica en comento al disponer en su artículo 1° que corresponde exclusivamente a los tribunales penales del Distrito Federal declarar cuándo un hecho es o no delito y cuándo una persona es o no responsable para proceder en el caso determinado a aplicar las sanciones correspondientes; además, en su numeral 122 atribuye al Ministerio Público la función de acreditar el cuerpo del delito y la probable

responsabilidad del indiciado como base del ejercicio de la acción penal; en otras palabras, separa la función de investigación de la función de decidir.

De la lectura de los preceptos citados, podemos advertir que la ley adjetiva penal del Distrito Federal al reproducir el mandato constitucional establecido en el artículo 21 y separar fehacientemente las funciones de acusación y de decisión, apunta, hacia la plena garantía que deben tener los inculpados, de que su situación jurídica sea resuelta por un Juzgador imparcial; dando así de paso cumplimiento a lo establecido por el artículo 17 constitucional ya citado.

De lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que nuestro proceso penal, tanto a nivel federal como en el Distrito Federal, contiene la característica de los modelos de tipo acusatorio de separar las funciones de acusación y decisión.

1.1.2. El proceso sólo puede ser iniciado por el acusador.

“La acción es el elemento fundamental e indispensable de todo procedimiento judicial. ...Sin el previo ejercicio de la acción, ningún juez, nunca y en ninguna circunstancia podrá actuar, pues carecerá de facultad... para intervenir. ...desde luego, no pudiendo los miembros del poder judicial intervenir en ningún negocio sin el previo ejercicio de la acción correspondiente, los procedimientos inquisitoriales... quedan definitivamente abolidos.”²

Dicho ya que en el procedimiento penal mexicano el Ministerio Público tiene a su cargo la acusación con exclusión de cualquier otra autoridad o persona por así encomendárselo el artículo 21 constitucional, y siguiendo con lo señalado en el párrafo anterior en cuanto a la acción; debemos concluir que precisamente el Ministerio Público, como atribución de esa acusación es el encargado de provocar el inicio del proceso penal mediante el ejercicio de la acción penal correspondiente.

² PÉREZ PALMA, Rafael, *Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal*, op. cit., p. 198 y 199.

“La consagración del principio de la oficialidad de la acción penal, exige la creación de un órgano estatal que sea el encargado de promoverla. Tal órgano es, en México, el Ministerio Público”³; por lo tanto, “si esta autoridad no ejercita el derecho de acción no hay base constitucional que dé validez al proceso y los actos de autoridad dictados en él son inconstitucionales por emanar de autoridad sin competencia para iniciar el juicio penal, agotar sus etapas procesales y dictar sentencia con efectos jurídicos lícitos.”⁴

En el apartado anterior se dijo que al Ministerio Público le está encomendado acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado como base del ejercicio de la acción penal; lo que corrobora la afirmación inmediata; igualmente, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal recoge la particularidad que nos encontramos analizando y nos confirma en su numeral 2º, que al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal.

Siguiendo en la misma tesitura, tenemos que “la acción penal puede definirse como el poder o la potestad otorgada por el Estado al Ministerio Público para que, respecto a un asunto específico, incite al órgano judicial competente a aplicar y hacer respetar el marco legal, resolviendo la controversia o conflicto suscitado”⁵; definición que, al igual que la legislación señalada, nos confirma lo que hemos venido argumentando en los renglones anteriores.

La importancia de la particularidad que nos encontramos comentando radica, como ya se dijo en el apartado correspondiente del sistema acusatorio, en que nunca un proceso penal podrá ser iniciado de oficio por el Juzgador, situación que se encuentra prevista tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal;

³ ARILLA BAS Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, 19ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 34.

⁴ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *La Investigación Ministerial Previa. Un Nuevo Concepto de Procuración de Justicia*, 7ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 250.

⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Derecho Procesal Penal*, México, Iure Editores, 2003, p. 93.

por lo que podemos afirmar que nuestro enjuiciamiento penal cumple cabalmente con ella.

Ahora bien, cuando abordamos el sistema acusatorio dijimos que la acción penal podía ser ejercitada directamente por el ofendido de un hecho delictivo con el riesgo de que el delito quedase impune si éste decidía no ejercitarla; a su vez, en el correspondiente apartado del sistema inquisitivo vimos que se optó por la oficialidad de la acción, es decir, a que ésta fuera ejercitada por un órgano del propio Estado con la finalidad de garantizar que el delito no quedara impune.

A primera vista podríamos llegar a la idea de que el hecho de que el monopolio de la acción penal pertenezca en nuestro país al Ministerio Público, implicaría un rasgo inquisitivo de nuestro proceso penal, lo cual podría ser un argumento para establecer que nuestro sistema de enjuiciamiento es mixto.

En este mismo sentido, encontramos opiniones que sustentan la idea al afirmar que “el sistema acusatorio formal o mixto recibe su nombre de la característica según la cual, como en el sistema inquisitivo, la investigación y persecución de los delitos representa una función pública no abandonada a la iniciativa de los particulares, pero, al mismo tiempo, como en el sistema acusatorio, no es función atribuida al juzgador.”⁶

Consideramos a este respecto que en el sistema de enjuiciamiento mexicano, con la oficialidad de la acción no se hace más que otorgar al inculpado una garantía más de seguridad jurídica, pues como lo que está en juego es precisamente su libertad, sería riesgoso que los ciudadanos pudiesen acudir directamente ante el Juez penal en solicitud de justicia, pues se podría prestar para revanchismos o venganzas; es por esto, que “la jurisdicción (penal) tiene carácter rogado, pues la actividad del juez debe ser provocada por el ejercicio de

⁶ ARMENTA DEU, Teresa, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, Barcelona, op. cit., p. 22.

la acción penal⁷; y ésta, sólo puede ser promovida por el Ministerio Público, órgano investigador y no consigandor.

Si se otorga en México al Ministerio Público el monopolio de la acción penal, es precisamente porque en el procedimiento que ante él se lleva (que es previo al proceso), es donde se establece si efectivamente hay un delito que perseguir y si determinada persona es probablemente la responsable de su comisión, con la finalidad de que se analice si es o no razonable entablar un proceso penal en contra de esa persona, no por el proceso penal en sí, sino por las molestias que éste pueda ocasionar al inculpado, como el ser privado de su libertad de manera preventiva por ejemplo.

De lo señalado con respecto a la oficialidad de la acción en nuestro país, podemos arribar a la conclusión de que ésta, con su derivada mayor seguridad jurídica para los inculpados por la comisión de un hecho delictivo y no obstante no ser reconocida tradicionalmente por los estudiosos del Derecho como un elemento distintivo del sistema acusatorio, no vino sino a convertirse en un componente más de tal sistema, y que por lo tanto, de ninguna manera se contrapone con sus demás rasgos.

A mayor abundamiento, podemos incluso señalar, que la oficialidad de la acción, lejos de confrontarse con el sistema acusatorio, no vino sino a corroborarlo como el modelo de enjuiciamiento que anima nuestra legislación procesal penal.

Para cerrar el inciso que nos encontramos desarrollando, diremos que de una parte la actuación del Juzgador está condicionada a la excitativa previa del Ministerio Público; quien a su vez, encuentra constreñida su actuación, a que tenga el conocimiento de hechos delictivos ciertos y determinados, allegándose de tal conocimiento mediante las denuncias o las querellas que le son presentadas; lo

⁷ ARILLA BAS Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, op. cit., p. 35.

que excluye la eventualidad de que investigue una generalidad de conductas pretendiendo así dar con las constitutivas de delitos.

Por lo anterior, podemos afirmar que “el periodo de averiguación previa solamente puede iniciarse previa presentación ante el Ministerio Público de denuncia, acusación o querrela..., por lo tanto, dicho precepto (el autor citado se refiere al artículo 16 constitucional), prohíbe implícitamente la realización de pesquisas.”⁸

De lo manifestado, podemos llegar a la afirmación, misma que diremos a manera de conclusión por lo que hace a la última parte del presente inciso, de que si por una parte tenemos que al acusador le está prohibida la iniciación de pesquisas no obstante que su actividad consista en investigar las conductas delictivas, con mayor razón esta prohibición se extiende al Juzgador, quien además, constitucionalmente tiene encomendada otra atribución.

1.1.3. A las partes corresponde exclusivamente la aportación del material probatorio.

A manera de síntesis, diremos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos únicamente prevé la posibilidad de que sean las partes las que puedan aportar al proceso penal el material fáctico; sin embargo, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal prevé dos excepciones.

Continuando con lo anterior, baste por ahora decir que la regla general es que sí, sí son las partes las únicas facultadas para la aportación del material probatorio, mas este punto será abordado con mayor profundidad en el capítulo tercero del presente trabajo; sin embargo y adelantando un poco nuestra posición, consideramos que nuestro proceso penal, no obstante las dos excepciones a que se hizo referencia, da cabida a esta particularidad de los sistemas acusatorios.

⁸ Ibidem, p. 65.

1.1.4. Paridad absoluta de derecho y poderes entre el acusador y el acusado.

“Garantismo” y “derecho penal mínimo” son... términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial– sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona...

Así pues, mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, o sea a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, o sea a reducir al máximo sus márgenes de arbitrio.”⁹

Siguiendo a Luigi Ferrajoli, tenemos que el garantismo penal o Derecho Penal Mínimo, surge como alternativa a la venganza privada y a las arbitrariedades de los aparatos públicos, y su objetivo no es otro que minimizar “la cantidad y la calidad” de la violencia, mas no sólo la de los delitos, sino también la de la reacción frente a éstos.

“El derecho penal se justifica si y sólo si, además de prevenir los delitos... logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos. Si y sólo si,... es capaz de realizar, como *derecho penal mínimo*, un doble objetivo: no sólo la prevención y la minimización de los delitos, si (sic.) también la prevención de las reacciones informales frente a los delitos y a la minimización de las penas...

El derecho penal mínimo cifra la justificación... en su papel de *ley del más débil* como alternativa a la *ley del más fuerte* que regiría en su ausencia: no, por tanto, en la defensa social, genéricamente, sino en la *defensa del más débil*, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en la ejecución penal es el reo.”¹⁰

⁹ FERRAJOLI, Luigi, “Garantías y Derecho Penal”, trad. de Marina Gascón, *Iter Criminis*, México, Inacipe, N° 1, Segunda ép., diciembre 2001, p. 70.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Garantías y Derecho Penal”, op. cit., p. 71 y 72.

Expuesto lo anterior, no nos parece exagerado decir que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de una parte y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de otra, sin decirlo expresamente, apuntan hacia esa “defensa del más débil” a que nos hace referencia Ferrajoli, pues ambos establecen una serie de garantías para las víctimas o los ofendidos por el delito, así como para los procesados y aún para los reos.

1.1.4.1. Momento del delito.

En este momento, tanto las víctimas como los ofendidos cuentan con una protección plasmada en el apartado B del artículo 20 constitucional, mismo que desarrolla una serie de derechos, como recibir asesoría jurídica, atención médica y psicológica, a que se les reciban todas la pruebas que ofrezcan y se desahoguen las diligencias correspondientes, a que se les repare el daño e incluso a no carearse con el inculpado en determinados casos.

Cabe hacer notar, que los derechos de las víctimas u ofendidos mencionados en el párrafo anterior son complementados con lo establecido por el párrafo cuarto del artículo 21 del mismo ordenamiento, el cuál les otorga la posibilidad de impugnar por la vía jurisdiccional las determinaciones del no ejercicio de la acción penal.

Asimismo, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal recoge el mandamiento constitucional y lo desarrolla más ampliamente en su artículo 9°, numeral que detalla, a lo largo de XX fracciones los derechos de los denunciantes, los querellantes y las víctimas o los ofendidos por la comisión de un delito.

1.1.4.2. Momento del proceso.

Por lo que hace al momento del proceso, los imputados por la comisión de un hecho delictivo cuentan con una serie de derechos que son desarrollados principalmente en el apartado A del mencionado artículo 20 constitucional; obtener la libertad provisional bajo caución, no poder ser obligado a declarar, hacerse sabedor de la imputación, ser careado con quien depone en su contra, contar con un defensor que deberá estar presente en todos los actos del proceso o que se le reciban todas las pruebas que ofrezca entre otros.

De la misma manera que en el caso de las víctimas, los derechos consignados por la Constitución son recogidos y para nuestro gusto, mejor esquematizados por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 269.

Cabe hacer notar, que los inculcados cuentan con otros derechos recogidos en diversos numerales de la Constitución, a saber: el artículo 13 prohíbe ser juzgado por leyes privativas o por tribunales especiales; el artículo 14 prevé entre otros derechos, la prohibición de retroactividad de las leyes en perjuicio de cualquier persona, así como que sean privadas de sus derechos sin previo juicio, también prohíbe la imposición de penas si no están previamente establecidas en la ley; de la misma manera, el artículo 16 dispone entre otros derechos que sólo la autoridad judicial pueda expedir ordenes de aprehensión o de cateo.

Continuando, el artículo 18 dispone que sólo habrá prisión preventiva para los delitos castigados con prisión; el artículo 19 ordena entre otros derechos que ninguna detención ante autoridad judicial exceda de 72 horas sin que se justifique con un auto de formal prisión; el artículo 21 manda que las funciones acusatoria y decisoria se encuentren separadas; y por último, el artículo 23 establece la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo delito o a ser absuelto de la instancia.

Independientemente de los derechos mencionados tanto para víctimas u ofendidos como para los inculcados de la comisión de un hecho delictivo, consideramos que ambos, personajes antagónicos, cuentan con una garantía más dentro del proceso penal, la garantía del Juez imparcial, misma que ya expusimos en renglones anteriores y cuya explicación no reproduciremos aquí, lo único que repetiremos es que deriva del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1.1.4.3. Momento de la ejecución.

Por lo que hace a este momento, el reo cuenta con una serie de derechos desarrollados en los artículos 15, 18 y 22, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; respectivamente, la prohibición para celebrar tratados para la extradición de reos políticos o del orden común que hubieren sido esclavos en su país de origen, etc.; la separación de los lugares donde compurgan las penas los hombres y las mujeres, así como los menores, etc.; y por último, la prohibición de la imposición de penas de mutilación, infamantes, de marca, el tormento de cualquier especie, trascendentales, etc.

Además de los derechos mencionados, los reos cuentan con otros recogidos en la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, ordenamiento que reproduce algunos de los mandatos constitucionales y que además aumenta el catálogo al disponer por ejemplo su derecho de audiencia con los funcionarios del reclusorio; cabe señalar que la mencionada ley encuentra aplicación en el Distrito Federal porque así lo manda su artículo tercero.

La llamada Ley de Normas Mínimas recoge también, al igual que el Código Penal para el Distrito Federal, los denominados “beneficios de ley”, que consisten en tratamiento preliberacional y remisión de penas, previstos en el primero de los ordenamientos citados; y en sustitución de penas y suspensión condicional de la ejecución de la pena, previstos en el segundo ordenamiento aludido.

El tratamiento preliberacional (que sigue a uno de clasificación, que a su vez sigue a un periodo de estudio y diagnóstico), de acuerdo a los numerales 7° y 8° de la Ley de Normas Mínimas, podrá comprender desde pláticas de orientación al interno y sus familiares sobre aspectos de su vida en libertad, hasta permisos de salida en días hábiles con reclusión el fin de semana.

La remisión de penas, de acuerdo a lo que dispone el artículo 16 de la Ley de Normas Mínimas, consiste en que por cada dos días de trabajo se condonará uno más de prisión, siempre que el recluso cumpla con algunos requisitos como son: observar buena conducta, participar regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y “revelar por otros datos efectiva readaptación social.”

Siguiendo lo determinado por el Código Penal para el Distrito Federal, la sustitución de penas consiste en suplir la pena de prisión por multa, por trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad e incluso por tratamiento en libertad o semilibertad (artículo 84), a su vez la multa podrá ser suplida por trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad (artículo 85). Por otra parte la suspensión condicional de la ejecución de la pena permitirá que el reo no purgue ésta siempre que no haya necesidad de sustituirla en atención a sus condiciones personales (artículo 89).

Tanto en el caso de sustitución como en la suspensión de penas, se deben cumplir con determinados requisitos y ambas figuras pueden ser solicitadas al Juzgador por vía incidental de acuerdo a lo establecido por el artículo 92 del Código Penal para el Distrito Federal.

A manera de cierre del inciso que nos encontramos desarrollando y de todo lo mencionado en los tres apartados en que se divide, podemos concluir que en nuestro sistema de procesamiento penal, se encuentra recogido el elemento de

los sistemas acusatorios consistente en la paridad de derechos entre acusador y acusado.

1.1.5. Rigen los principios de oralidad, publicidad y concentración.

1.1.5.1. Oralidad.

Siguiendo a Guillermo Borja Osorno, “la oralidad y la escritura significan simplemente que la palabra, en el primer caso, y la letra, en el segundo, constituyen el medio de comunicación entre las partes y el tribunal. Por otro lado, cuando existe el requisito de que las alegaciones o pruebas orales se establezcan por escrito, con el fin de conservar un memorial del procedimiento, corresponde hablar del principio de protocolización para valorar correctamente la prueba.”¹¹

En el proceso penal mexicano, la comunicación entre las partes y el Juzgador se presenta de una manera predominantemente oral, no obstante, y siguiendo al Maestro Guillermo Colín Sánchez¹², también se presenta, aunque en menor medida la escritura, dejando en claro que ésta, únicamente complementa a aquella “debido a que la ley así lo ordena”; por lo que nuestro sistema de enjuiciamiento correspondería con el citado principio de protocolización.

Al respecto, nosotros consideramos que en nuestro proceso penal sí rige la oralidad, pues efectivamente son las partes las que de manera directa y utilizando la palabra, exponen su posición al Juzgador, pasando a segundo término el hecho de que esas alegaciones deban de hacerse constar también por escrito “para conservar un memorial del procedimiento”; pues tal situación únicamente persigue la finalidad práctica de que tanto las partes como el Juzgador puedan, llegado el momento, valorar todo el expediente en su conjunto a fin de precisar sus intereses los primeros y de emitir su resolución el último, y no con el objeto de que se realice un procedimiento escrito.

¹¹ BORJA OSORNO, Guillermo, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 29.

¹² COLÍN SÁNCHEZ, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, op. cit., p. 91.

Sirva para demostrar la afirmación anterior, el hecho de que el tercer párrafo del artículo 69 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone que en todas las audiencias, sin importar el estado del procedimiento ni la finalidad con la que se celebren, el Juez tiene la obligación de preguntar al inculcado antes de cerrarlas si desea hacer uso de la palabra y deberá además concedérsela en caso afirmativo.

Al mismo tiempo, el primer párrafo del artículo aducido (reproduciendo el mandato constitucional emanado de la fracción IX del apartado A del artículo 20), dispone que en todas las audiencias, el procesado podrá defenderse por sí mismo o a través de su defensor; de donde podemos desprender, que el defensor puede hacer uso de la palabra en todas las audiencias y sin perjuicio de la defensa que el inculcado haga por sí.

Continuando con el defensor, el cuarto párrafo del numeral 59 del ordenamiento en cita, establece que en la audiencia final del juicio (en la que será obligatoria su presencia), aquel podrá hacer (sin perjuicio de los alegatos escritos que posteriormente quiera presentar) la defensa oral del acusado.

A propósito de esa audiencia final del juicio o audiencia de vista, el artículo 328 del comentado Código Procesal Penal, establece que las partes, es decir, no solo el inculcado o su defensor, sino también el Ministerio Público podrán realizar alegatos ante el Juzgador.

En este orden de ideas y por lo que hace a la víctima del delito, al ofendido o a su representante, con arreglo a lo señalado por el artículo 70 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, éstos podrán comparecer a las audiencias y alegar lo que a su derecho convenga en las mismas condiciones que los defensores, es decir, que podrán hacer uso la palabra si así lo estiman beneficioso a sus intereses.

En lo concerniente a la declaración preparatoria, que es la primera diligencia en la que el inculpado tiene participación dentro del proceso penal, la ley reconoce como su derecho la posibilidad de emitir su declaración de forma oral o por escrito; asimismo, la ley contempla la posibilidad de que el Juzgador, la defensa y el Ministerio Público puedan interrogar al imputado, haciendo las preguntas que estimen necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Tomando en cuenta lo señalado, podemos afirmar que aún en el caso en que el inculpado emita su declaración por escrito o se reserve su derecho a declarar y no conteste las preguntas que le sean formuladas o sólo conteste las de su defensor, no está más que ejerciendo un derecho, por lo que no podría vulnerarse tal derecho en aras de lograr una supuesta “plena oralidad” en el proceso penal, razón por la que sostenemos que aún en esta coyuntura nuestro sistema penal se distingue por la oralidad y por lo tanto acumula esta particularidad de los sistemas acusatorios.

1.1.5.2. Publicidad.

Garantía que se contrapone al secreto en los procedimientos penales y cuya finalidad es evitarlo, diremos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone en la fracción VI del apartado A de su artículo 20 que el inculpado será juzgado en audiencia pública.

Por lo que hace al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, su artículo 59 dispone que todas las audiencias, sin importar el motivo con el que se celebren, serán públicas, restringiendo la entrada únicamente a los menores de catorce años.

Asimismo, el mencionado numeral prevé únicamente una posibilidad de audiencia a puerta cerrada, correspondiendo a la de desahogo de pruebas y sólo para el caso de delitos que atenten contra el normal desarrollo psicosexual o delitos graves en los que haya concurrido violencia física; en ambos casos, se

debe acreditar la necesidad de la medida y se debe tener por objeto salvaguardar la seguridad de las víctimas o de los testigos del delito; esta providencia podrá ser decretada de oficio por el Juzgador o solicitada a petición de parte.

No obstante el mandato del numeral 59 del Código Procesal Penal del Distrito Federal, el artículo 288 por si quedara duda al respecto, ordena que la audiencia en que se practique la declaración preparatoria del inculpado sea en un local al que tenga libre acceso el público.

Por lo expuesto en las líneas precedentes, podemos aseverar que nuestro sistema de procesamiento penal, al prever y más aún, al ordenar tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal la publicidad privativa de los modelos acusatorios, recoge una más de las características de tal sistema.

1.1.5.3. Concentración.

Quedó establecido anteriormente que ésta consiste en que todo el proceso se congregue o se junte en una sola audiencia o en varias audiencias sucesivas siempre y cuando cumplan con la condición de ser cercanas entre sí; a este respecto y como demostraremos a continuación, una vez más nos encontramos con que nuestro sistema de procesamiento penal recoge un rasgo más de los sistemas acusatorios.

Primeramente abordaremos el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ordenamiento que cumple cabalmente con la característica mencionada, cuando dispone en su artículo 311 que la audiencia (principal o de desahogo de pruebas como lo indica el numeral 307), se desarrollará en un solo día ininterrumpidamente, salvo que sea necesario suspenderla, y en tal caso, se citará para continuarla a más tardar dentro de los cinco días siguientes.

Ahora bien, no obstante lo señalado en el párrafo anterior, los plazos señalados podrán de acuerdo al segundo párrafo del numeral 306 ser renunciados por el inculpado o por su defensor con la ratificación de aquel; mas como lo veremos más abajo, esta situación no pugna con la concentración que priva en los procesos acusatorios.

En lo respectivo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, su artículo 20, apartado A, fracción VIII dispone que el inculpado será juzgado antes de cuatro meses o antes de un año, según corresponda que el delito que se le impute tenga una pena privativa de libertad de hasta dos años o sea mayor a este tiempo; no obstante, el mismo artículo prevé la posibilidad de que estos plazos puedan ampliarse en caso de requerirlo así el inculpado para llevar a cabo una mejor defensa.

Nuevamente nos podríamos encontrar ante un argumento que pretenda que por el hecho de que el plazo para que un inculpado sea juzgado no sea fatal y pueda ampliarse (o si tomamos en cuenta lo dispuesto por el Código Procesal vigente en el Distrito Federal, pueda “renunciarse”), se provocare que nuestro sistema penal fuese mixto y no acusatorio, por permanecer en él un vestigio inquisitivo.

Al respecto diremos que lo que se presenta aquí es un conflicto entre dos garantías para el inculpado, de una parte la garantía de defensa y de otra la garantía de brevedad del proceso; el imputado de un hecho criminoso puede ampliar el plazo establecido para que sea juzgado con brevedad si estima que esto es conveniente para lograr una más adecuada defensa de sus intereses, pero, ¿es esto válido, ambas garantías tienen el mismo valor o una es más importante que otra?, a continuación responderemos a éstas interrogantes.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que un inculpado debe ser juzgado con brevedad pero también dispone que tiene derecho

a una defensa adecuada y a que se le reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca; al respecto, nosotros consideramos que se debe tomar como prerrogativa a la defensa sobre la brevedad; pues “si consideramos la garantía de brevedad en forma aislada, fácilmente podemos llegar al absurdo de equiparar justicia con rapidez. El proceso más justo sería el más breve. ... El contrapeso de la garantía de brevedad es la garantía de defensa.”¹³

A mayor abundamiento, diremos que el término de enjuiciamiento es fijado en beneficio del procesado, sin embargo, si éste considera que para garantizar el éxito de su defensa necesita de un mayor lapso de tiempo, puede renunciar a los plazos señalados, pues lo que busca es lograr una sentencia absolutoria, la cual no se obtendría si le hiciera falta tiempo para aportar material probatorio que sustente su postura dentro del proceso.

Expuesto lo anterior, podemos concluir que el hecho de que el plazo para que un inculpado sea juzgado pueda ampliarse a petición de éste por así requerirlo para buscar tener una defensa exitosa y no sea fatal, no hace sino corroborar que el sistema de enjuiciamiento penal que priva en México es de tipo acusatorio, pues busca sí, punir el delito, mas no a costa de condenar a un procesado inocente por el hecho de que le haga falta tiempo para desarrollar una defensa adecuada.

A manera de conclusión por lo que hace a este inciso, podemos aseverar que el término de enjuiciamiento que establece la Constitución, es una limitante del poder público en beneficio del particular, es decir, que a los Jueces queda prohibido prolongar un proceso penal indefinidamente sin importar qué argumento tengan para justificarlo; mas pese a lo señalado, el procesado sí puede renunciar voluntariamente al término breve de un proceso penal si con ello busca contar con una mejor salvaguardia de sus derechos.

¹³ ZAMORA-PIERCE, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, 11ª ed., México, Porrúa, 2001, p. 327.

1.1.6. Se opta por la libertad procesal del inculpado.

Al tocar éste tema en lo que respecta al sistema de enjuiciamiento acusatorio, dijimos que la prisión preventiva es una violación a la presunción de inocencia por ser una privación de derechos sin previa declaración de culpabilidad; por lo que debería aplicarse solamente en casos excepcionales y durante el menor tiempo posible.

Igualmente, al tocar el correspondiente punto cuando vimos las características del sistema de procesamiento mixto, se expuso que la prisión preventiva se instituye como regla para los delitos de mayor gravedad, quedando proscrita o siendo establecidas causales de libertad provisional para los delitos no graves.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone en la fracción I del apartado A del artículo 20 que todo inculpado tiene derecho a que le sea otorgada la libertad provisional bajo caución durante la duración del proceso penal (y desde la averiguación previa), siempre que se trate de un delito no calificado como grave por la ley.

En este orden de ideas, tenemos que la regla general es que los inculpados gocen de su libertad de manera provisional hasta en tanto no sea declarada su culpabilidad por una sentencia condenatoria; como excepción a la regla tenemos el caso de los delitos señalados como graves por la ley, hipótesis en que el inculpado es privado de su libertad de manera preventiva desde que le es dictado el auto de formal prisión, esto con la finalidad de evitar que se sustraiga de la acción de la justicia.

De lo señalado anteriormente, podemos desprender que nuestra legislación parece en este punto coincidir exactamente con lo que caracteriza al modelo mixto de enjuiciamiento penal, es decir, que de una parte se otorga libertad provisional a

los inculpados por delitos no graves y por el otro se somete a ésta a los inculpados por delitos graves.

Hemos ya dicho que la libertad es tal vez el mayor bien jurídico que puede tener una persona sólo después de la vida, pero como en México no se tiene contemplada en el catálogo de penas a la pena de muerte, la libertad se vuelve el bien más valioso de cuantos se arriesgan en los tribunales.

Sobreviene ahora la inevitable pregunta ¿es un signo inquisitorial el hecho de que nuestra legislación penal prevea que en algunos casos se establezca la prisión preventiva para los inculpados? y siendo el caso ¿es por lo tanto nuestro proceso penal mixto y no acusatorio?, o simplemente ¿es nuestro proceso penal mixto por coincidir una de sus características con una tradicionalmente recocida a los sistemas mixtos?; diremos lo siguiente a manera de respuesta.

Ya se dijo que como regla general y acorde al texto de la fracción I, apartado A del artículo 20 constitucional, nuestro sistema procesal penal sí opta por la libertad del inculpado durante el proceso; mas en los delitos considerados graves (que son la excepción que confirma la regla), entra en juego la defensa de los intereses de la sociedad, por lo que únicamente se trata de salvaguardar tales intereses al provocarle una molestia al procesado; situación que no acontece en el sistema mixto de enjuiciamiento, donde por el contrario, la regla general es la prisión preventiva y la excepción a la regla es la libertad provisional bajo caución.

Por otra parte, tenemos que la prisión preventiva encuentra su fundamento en otro artículo constitucional, el 18, y por tratarse de normas con la misma jerarquía, lo cual nos confirma que los casos de prisión preventiva son la excepción que confirman la regla general de libertad del inculpado, consideramos que nuestro sistema penal sí opta por esta última y por lo tanto sí concuerda con esta peculiaridad de los modelos de enjuiciamiento acusatorio.

1.1.7. Consideración del imputado como sujeto del proceso.

Hemos comentado ya en líneas anteriores que el imputado por la comisión de un delito cuenta con una serie de garantías plasmadas en su favor por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y recuperadas y muchas veces ampliadas por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Pues bien, tales garantías se le reconocen por el hecho de que precisamente se le da un tratamiento de sujeto dentro del proceso, de parte procesal en igualdad de circunstancias que su contraparte el Ministerio Público, de tal forma que el proceso penal se presenta como una controversia entre dos partes que en igual situación defienden sus intereses ante el Juez penal, tercero imparcial que se sitúa por encima de aquellas y resuelve el conflicto; por lo que nuevamente llegamos a la conclusión de que el proceso penal mexicano incluye este rasgo de los sistemas procesales de tipo acusatorio.

1.1.8. Libertad de prueba.

Cuando abordamos en el capítulo pasado el tema del sistema de enjuiciamiento acusatorio, en lo concerniente al mismo apartado que nos encontramos desarrollando, dijimos que podemos subdividirlo en dos vertientes; primeramente la posibilidad de que el ofrecimiento de pruebas que realizan las partes sea libre, así como la posibilidad de que el Juez pueda valorarlas también de manera libre y sin estar obligado a darles un valor previamente establecido por la ley.

Por lo que hace al ofrecimiento de las probanzas y de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cabe resaltar, que en todos los casos en los que se prevé que las partes (inculpado, Ministerio Público e incluso coadyuvantes), puedan aportar material probatorio, se menciona de manera general el término pruebas, sin delimitarlas y sin enumerarlas, por lo que consideramos que no existe restricción alguna respecto

de las probanzas que pueden aportarse por las partes para justificar sus pretensiones y para lograr crear una convicción en el Juzgador.

Asimismo, el numeral 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no obstante enumerar una serie de “medios prueba reconocidos por la ley”, establece después que será admitido como prueba todo aquello que sea ofrecido como tal, e incluso los elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

De lo dicho en los párrafos precedentes, podemos aseverar, que tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, otorgan a las partes, la posibilidad de ofrecer todas las pruebas que sustenten su posición dentro del proceso, aún cuando no correspondan con las enumeradas (o mejor dicho nombradas) por la ley, por lo que concluimos, que en nuestro sistema procesal penal, las partes sí tienen libertad para ofrecer el material probatorio que después valorará el Juez, por lo que en consecuencia, podemos sumar a nuestro sistema de procesamiento una característica más de los modelos acusatorios.

En cuanto a la valoración de las pruebas que debe hacer el Juzgador, de acuerdo con la legislación (artículos 246 a 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), tenemos que se encuentra preestablecido el valor que debe dárseles; salvo el caso de los dictámenes periciales y de las presunciones, en los que sí se da al Juzgador la total libertad de valorarlos “según las circunstancias” y “en conciencia” respectivamente; por lo que a primera vista podríamos decir que el Juzgador no cuenta con libertad plena para valorar el material probatorio, lo que desenlazaría en un vestigio inquisitorial de nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

En esta secuencia de ideas, diremos que el hecho de que la misma ley, en su numeral 261 de pauta al Juzgador para valorar “en conciencia las

presunciones” (o mejor dicho, indicios), para posteriormente considerar su conjunto como prueba plena, provoca precisamente que aquel cuente con la libertad de valorar “en conciencia” todo el material probatorio; afirmación que demostraremos a continuación.

Siguiendo a al Maestro Julio Hernández Pliego¹⁴, por indicios debemos entender todos aquellos hechos comprobados de manera indubitable; mientras que la presunción, consiste en enlazar causalmente y de manera lógica y natural los indicios existentes.

Sirva para corroborar nuestra afirmación anterior la siguiente tesis jurisprudencial:

“Pruebas, valoración de las. para llegar al conocimiento de la verdad, el mejor medio lo constituye la estimación de todas las pruebas que aparezcan en autos, no considerándolas aisladamente, sino adminiculando unas con otras, enlazando y relacionando a todas.”

En otras palabras, relacionando la dos citas anteriores, el mejor medio para llegar a la verdad consiste en vincular todos los indicios.

Ahora bien, todos los indicios en su conjunto (ya vinculados entre sí), corresponden a la verdad conocida; y la ley permite al Juzgador partir de ésta para llegar a una verdad desconocida que sin embargo se supone, y más aún, una vez que el Juez accede de manera lógica a la verdad que desconocía se crea una presunción que tendrá fuerza probatoria plena; por lo que después de todo, la libre apreciación que de las pruebas en su conjunto es realizada por el Juzgador será la que determine, más que el valor tasado que las pruebas individualmente consideradas tienen en la ley, el resultado del proceso penal.

¹⁴ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 244 y 245.

Para corroborar la importancia de la prueba de presunción, transcribiremos la siguiente jurisprudencia:

“PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, IMPORTANCIA DE LA. La moderna legislación en materia penal ha relegado a segundo término la declaración confesora del acusado, a la que concede un valor indiciario que cobra relevancia sólo cuando está corroborada con otras pruebas, y, por el contrario, se ha elevado al rango de "reina de las pruebas", (a) la circunstancial, por ser más técnica y porque ha reducido los errores judiciales. En efecto, dicha prueba está basada sobre la inferencia o el razonamiento, y tiene, como punto de partida, hechos o circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido; esto es, ya un dato por completar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado.”

Retomando lo dicho por la jurisprudencia transcrita, la importancia de la prueba presuncional radica en que reduce los errores judiciales porque precisamente está basada en el razonamiento del Juzgador, lo cual, aunado con lo dicho anteriormente, nos lleva a concluir que éste si tiene libertad para valorar el material probatorio que le es presentado y más importante aún, que se dará mayor importancia a tal razonamiento que a las directrices plasmadas en la ley; por lo tanto, una vez más se corrobora que nuestro sistema de enjuiciamiento penal recupera un rasgo más que es propio de los sistemas del tipo acusatorio.

1.1.9. Libertad de defensa.

Cuando abordamos este punto en el apartado correspondiente al sistema de enjuiciamiento acusatorio, dijimos que por lo general los inculpados de un

hecho delictivo carecen de conocimientos jurídicos y por esta razón se les reconoce el derecho de nombrar a una persona que sí tenga tales conocimientos para que se encargue de defenderlos; pues bien, en nuestro sistema penal esta garantía se encuentra prevista en la fracción IX del apartado A del artículo 20 constitucional, fracción que además dispone que el inculpado tendrá derecho a que su defensor se encuentre presente en todos los actos del proceso.

Aunado a lo anterior el mismo artículo 20 reconoce al inculpado otros derechos para garantizar el éxito de su defensa; como lo establecido por la fracción II en el sentido de abstenerse de declarar si así lo desea y en caso de que quiera hacerlo, siempre deberá estar en presencia de su defensor bajo pena de carencia de valor probatorio de la confesión para el caso contrario.

Continuando con lo anterior, las fracciones III y IV disponen respectivamente que el inculpado debe saber el nombre de las personas que lo acusan así como la naturaleza y causa de la acusación para que pueda dar contestación a la imputación o para que pueda carearse con tales personas; la fracción VI ordena que se le reciban todas las pruebas que ofrezca; y por último, la fracción VII ordena que le sean proporcionados todos los datos que requiera para su defensa y que consten en el proceso.

Por lo que hace al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, encontramos que su numeral 59 ordena en su último párrafo que ninguna persona pueda ser consignada ante el Juzgador si existe como única prueba de su culpabilidad su confesión.

2. Definición del sistema.

Una vez que hemos llegado al fin del desarrollo de las características que presenta el sistema de procesamiento penal mexicano, y sólo después de que punto por punto fuimos concluyendo en lo particular que aquellas corresponden con las peculiaridades que tradicionalmente la doctrina atribuye al modelo de

enjuiciamiento acusatorio, podemos arribar a la conclusión general, de que efectivamente el sistema penal mexicano es acusatorio.

Sirva para corroborar nuestra afirmación anterior la tesis jurisprudencial que a continuación se transcribe:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de

todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Resulta notable el hecho de que a lo largo de todo el capítulo que nos ocupa, lo mismo citamos preceptos emanados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que preceptos procedentes del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; en uno y en otro caso, con la pretensión de demostrar que tanto el proceso penal seguido a nivel federal como el seguido en el Distrito Federal, corresponden ambos al modelo de enjuiciamiento acusatorio.

Aseveración esta última que consideramos demostrada con los argumentos vertidos a lo largo del desarrollo del presente capítulo; mas si por alguna situación quedare una duda respecto al carácter acusatorio del proceso penal seguido en el Distrito Federal, procederemos a resolverla de la siguiente manera.

Tomando en cuenta que por una parte la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, si bien no expresamente aunque sí podemos desprenderlo (tal y como sucede en la tesis jurisprudencial arriba citada), que el sistema de procesamiento penal que rige en nuestro país es acusatorio, y

por la otra que la legislación del Distrito Federal como parte integrante de la Federación (y al igual que las legislaciones del resto de las entidades federativas), debe apegarse estrictamente a lo dispuesto por la Carta Magna; podemos concluir que el sistema de enjuiciamiento que rige en el Distrito Federal es también acusatorio, pues de lo contrario estaríamos en presencia de una legislación procesal penal inconstitucional.

Sirva para robustecer la afirmación pasada, lo dispuesto por el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal en su artículo 16, numeral que establece que “en el Distrito Federal todas las personas gozan de las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...”; incluidas naturalmente las garantías penales que ya fueron abordadas anteriormente, lo que confirma nuestra aseveración en el sentido de que el proceso penal que se sigue en el Distrito Federal es del tipo acusatorio.

Ahora bien, una vez determinado que el sistema de enjuiciamiento mexicano, tanto en el orden federal como en el Distrito Federal, corresponden al modelo de enjuiciamiento penal acusatorio, resulta alarmante, aunque necesario decir que aún, en la legislación procesal penal vigente del Distrito Federal, encontramos un vestigio inquisitorial que otorga facultades incorrectas al Juzgador en perjuicio del inculpaado de la comisión de un hecho delictivo; a saber: el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mas este tema será tratado más adelante en el desarrollo de este trabajo.

CAPÍTULO TERCERO

“LA FACULTAD PROBATORIA EN EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO”

“Casi de repente se ha desacralizado al mundo del Derecho y se ha empezado a ver las cosas como son. ...Ya no se ve al Juez como un sacerdote de la ley sino como un personaje... dotado de desmesurados poderes públicos que... hace y deshace destinos individuales. ...En consecuencia, hay que acercarse a él y estudiarlo. ...Hay que abrir mucho los ojos para verle bien, tal cual es: sin doseles, sin escudos barrocos, sin toga, sin imputarle... representaciones falsas y fabulosas. Un funcionario público... que, agobiado por el trabajo y las presiones, intenta hacer lo que puede y con frecuencia incurre en lo que no debe o, mejor todavía,... un ser humano obligado profesionalmente a tomar decisiones sobre conflictos ajenos...”

ALEJANDRO NIETO

“El Arbitrio Judicial”

Ya en el capítulo pasado hemos expuesto que el sistema de enjuiciamiento que anima al proceso penal mexicano, tanto en el orden federal como en el local, es el de tipo acusatorio porque así se desprende de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en el caso del Distrito Federal, de su Código de Procedimientos Penales.

Continuando, cuando en el capítulo primero abordamos el apartado concerniente a la facultad probatoria en el sistema de procesamiento acusatorio, señalamos que la separación de las funciones de persecución y de decisión “es un presupuesto necesario aunque no suficiente para configurar el carácter acusatorio del proceso, (sino que) es preciso, además, que el juicio se desarrolle sin que el juez tome parte, junto al acusador, en una supuesta búsqueda de la «verdad material», comprometiéndose así su imparcialidad...”¹.

¹ VERGER GRAU, Joan, *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, op. cit., p. 23.

En otras palabras y según lo visto, resulta menester que el Juzgador evite participar de cualquier modo en la búsqueda del material fáctico, cuando la finalidad de esa actividad sea la de suplir las deficiencias en que incurra el órgano de acusación; pues tal material probatorio será el que después él mismo examinará y con el cual formará su convicción. En caso contrario, se correría el peligro de que se le cree al Juez un ánimo que pudiera influenciarlo y que se verá reflejado al momento de tomar su decisión y de emitir el fallo que ponga fin al conflicto de intereses que le fue planteado.

1. La regla general.

1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De acuerdo con lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sí son las partes, Ministerio Público e inculpado, las únicas facultadas para aportar el material probatorio al proceso penal, incluso encontramos que se otorga la posibilidad para aportar pruebas a las víctimas u ofendidos por la comisión de un hecho delictivo; situación no prevista, y por lo tanto no permitida al Juzgador.

1.1.1. Ministerio Público.

Primeramente abordaremos al Ministerio Público, quien como ya quedó establecido, toma el rol de acusador dentro del proceso penal y tiene a su cargo de acuerdo al artículo 21, la investigación y la persecución de los delitos; correspondiendo a esa persecución de acuerdo al numeral 102 del ordenamiento en cita, solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculpados, así como buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos.

1.1.2. Inculpado.

Por lo que hace éste protagonista del proceso penal, su facultad para ofrecer pruebas deriva de lo establecido por la fracción V del apartado A del

artículo 20 constitucional que, interpretada a *contrario sensu*, prevé esta posibilidad no sólo para el proceso penal, sino que se extiende hasta el periodo de la averiguación previa.

1.1.3. Víctimas u Ofendidos.

Por último, y respecto de las víctimas o los ofendidos por la comisión de un hecho delictivo, la fracción II del apartado B del mencionado artículo 20 constitucional, también interpretado a contrasentido, les otorga la posibilidad, en su calidad de coadyuvantes del Ministerio Público, de aportar al proceso penal todos los datos o elementos de prueba con los que cuenten; disposición que, al igual que en el caso de los inculpados, se extiende al periodo de Averiguación previa.

1.1.4. Juzgador.

Resulta destacable en este punto, el hecho de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no otorga facultad al Juzgador para aportar ningún tipo de pruebas y bajo ninguna circunstancia al proceso penal y menos aún a la Averiguación previa; incluso no se encuentra prevista la posibilidad de que aporte tales pruebas con la finalidad de lograr el arribo a la verdad histórica, eventualidad que como veremos en renglones posteriores, sí se prevé en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

A mayor profundidad, el artículo 21 del citado ordenamiento delimita precisamente las atribuciones del Juzgador al ordenar que a la autoridad judicial le es propia y exclusiva la imposición de penas y más aún, reservando la investigación de los delitos al Ministerio Público.

Del artículo invocado en última instancia se desprende que al Juez no sólo se le encarga de manera exclusiva y excluyente la función punitiva, sino que le

queda vedada la de aportar pruebas, pues ésta es delegada con ese propósito y con el objetivo de lograr la plena imparcialidad de aquel, al Ministerio Público.

1.2. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En lo concerniente a éste ordenamiento, nos encontramos con que reproduce lo establecido por la Constitución al establecer que tanto el Ministerio Público y el inculpado, así como las víctimas u ofendidos pueden aportar material fáctico al proceso penal.

1.2.1. Ministerio Público.

Por lo que respecta a este personaje, tenemos que puede (o mejor dicho es su obligación) aportar probanzas en la Averiguación previa, pues la fracción I del artículo 3° dispone como su atribución el dirigir a la Policía Judicial en la investigación tendente a comprobar el cuerpo del delito, ordenándole la práctica de las diligencias que estime convenientes para conseguirlo o practicándolas él mismo.

Para el caso de las averiguaciones previas sin detenido, el numeral 4° del Código Procesal en comento dispone que sea precisamente él quien practique todas las diligencias que sean necesarias para dejar comprobados los datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

Por otro lado, el artículo 122 del Código Procesal Penal del Distrito Federal, dispone que el Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado como base del ejercicio de la acción penal.

Interpretando a contrasentido el numeral recién citado, el Ministerio Público no podrá ejercitar la acción penal sin antes haber agotado las averiguaciones pertinentes, de las cuales deben desprenderse los datos o mejor dicho, las

pruebas que comprueben primero, que existe un delito y segundo, que una determinada persona es la probable responsable de su comisión.

Ahora bien, ¿qué sucede una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal?, ¿tiene la facultad de poder seguir aportando material probatorio ahora al proceso o le queda vedada tal posibilidad?; interrogantes cuya respuesta encontramos en los artículos 307 y 314 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Los numerales mencionados disponen que una vez abierto el procedimiento sumario u ordinario según sea el caso, las partes, es decir Ministerio Público e inculpado, dispondrán respectivamente de tres o quince días comunes para proponer pruebas; de donde podemos desprender que el Ministerio Público sí puede seguir aportando probanzas en esta etapa del procedimiento penal, con la diferencia de que ahora las aporta en su calidad de parte procesal y no como autoridad encargada del procedimiento como lo fue en la averiguación previa.

Sirva para corroborar la afirmación pasada la jurisprudencia por contradicción de tesis cuyo rubro versa MINISTERIO PÚBLICO. DEJA DE TENER EL CARÁCTER DE AUTORIDAD UNA VEZ DICTADO EL AUTO DE RADICACIÓN DE LA CAUSA, POR LO QUE LAS PRUEBAS QUE APORTE POSTERIORMENTE SON PROVENIENTES DE PARTE Y SI SON RECIBIDAS CON CONOCIMIENTO DEL INCULPADO Y DE SU DEFENSOR, PROCEDE CONSIDERARLAS EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EN EL DE SUJECCIÓN A PROCESO.

Tesis jurisprudencial que en resumen establece que a partir de que el órgano jurisdiccional radica la causa penal, las actuaciones posteriores que llegare a realizar el Ministerio Público en ejercicio de su atribución investigadora, no podrán legalmente proponerse como pruebas de autoridad, porque se tratará de

actuaciones practicadas por quien ya no lo es. Sin embargo, ello no impide que el Ministerio Público, como parte, pueda aportar pruebas.

Dicho lo anterior, podemos arribar a la conclusión de que el hecho de que el Ministerio Público sea el órgano a quien se encomienda la acusación, y en atribución de esa acusación sea el encargado de aportar las pruebas tendentes a establecer su posición dentro del proceso, la cual es precisamente demostrar la existencia de los delitos y la responsabilidad (presunta o plena según corresponda) de sus autores, no hace falta que otro órgano lo supla en su encomienda.

A mayor abundamiento, no hace falta que el Juzgador se ponga del lado del Ministerio Público argumentando esa “supuesta búsqueda de la verdad material” a que hace referencia Joan Verger Grau; cuanto más, que el segundo tiene la atribución de aportar pruebas primero como autoridad en el periodo de averiguación previa y después como parte en el proceso penal, por lo que en ningún momento del procedimiento penal queda abandonada tal encomienda y consecuentemente, en ningún momento del procedimiento existe la necesidad de que sea suplida.

1.2.2. Inculpado.

En lo concerniente a este figurante del proceso penal, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal le concede la facultad probatoria al establecer, en el cuarto párrafo de su numeral 290, que para el caso de su declaración preparatoria le serán recibidos los testigos y demás pruebas que ofrezca; mandato que interpretado a contrasentido, brinda al inculpado la posibilidad de contribuir al proceso penal (aunque sea en esta temprana etapa), con el material probatorio que estime necesario para la defensa de sus intereses.

En este orden de ideas, una vez que es fijada su situación jurídica después de que le fue dictado un auto de formal prisión o de formal procesamiento, los

numerales 307 y 314 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal disponen que una vez abierto el procedimiento ya sea sumario u ordinario, las partes, es decir Ministerio Público e inculpado, dispondrán de tres o quince días comunes para proponer pruebas; de donde podemos desglosar que el inculpado tiene la facultad de proponer probanzas al proceso penal.

Cabe destacar en este punto, que de acuerdo al inciso f de la fracción III del artículo 269 del citado Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la garantía del inculpado de ofrecer pruebas, y esto en atención al mandato constitucional, se hace extensiva al periodo de averiguación previa.

1.2.3. Víctimas u Ofendidos.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece en su artículo 9° fracción X que estos actores tienen derecho a coadyuvar con el Ministerio Público en la integración de la averiguación previa y en el desarrollo del proceso; del mismo modo, la fracción XI del mencionado numeral les reconoce el derecho de poner a disposición del Ministerio Público todos los datos tendentes a acreditar el cuerpo del delito, la responsabilidad del indiciado e incluso el monto del daño y de su reparación.

2. Las excepciones.

Una vez que en las líneas que anteceden quedó establecido que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé únicamente la posibilidad de que sean las partes las que puedan aportar al proceso penal el material probatorio y no así el Juzgador, nos encontramos, no obstante lo anterior, con dos casos de excepción.

Las excepciones a la regla general, si bien no se plasman en el texto constitucional, sí se encuentran previstas por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ordenamiento que prevé dos situaciones en las

cuales el Juzgador sí se encuentra facultado para aportar probanzas al proceso penal; éstas situaciones son, las pruebas para mejor proveer y el supuesto del artículo 36 del segundo de los ordenamientos citados.

2.1. Pruebas para mejor proveer.

“No es posible imaginar un juez inerte, pasivo, rehén de las partes. No puede él ser visto como mero espectador de un duelo judicial de interés exclusivo de los contendientes. Si el objetivo de la actividad jurisdiccional es la manutención de la integridad del ordenamiento jurídico, para el logro de la paz social, el juez debe desenvolver todos los esfuerzos para alcanzarlo.”

ADA PELLEGRINI GRINOVER

“La Iniciativa Instructoria del Juez en el Proceso Penal Acusatorio”

Comenzaremos este apartado transcribiendo, a manera de preámbulo del mismo, los siguientes preceptos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

Artículo 37. Los Jueces, tribunales y Ministerio Público, en todo lo que la ley no prohíba o prevenga expresamente, podrán dictar en asuntos sujetos a su competencia, los trámites y providencias necesarios para la pronta y eficaz administración y procuración de justicia, según corresponda.

Artículo 124. Para la comprobación del cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del inculpado, en su caso, el Ministerio Público y el Juez gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes, para el esclarecimiento de la verdad histórica, aunque no sean de los que

define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ella.

Artículo 314. En el auto de formal prisión se ordenará poner el proceso a la vista de las partes para que propongan, dentro de quince días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto, las pruebas que estimen pertinentes, las que se desahogarán en los quince días posteriores, plazo dentro del cual se practicarán, igualmente, todas aquellas que el Juez estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y en su caso, para la imposición de la pena.

Si al desahogar las pruebas aparecen de las mismas nuevos elementos probatorios, el Juez podrá señalar otro plazo de tres días para aportar pruebas que se desahogarán dentro de los cinco días siguientes para el esclarecimiento de la verdad.

... Según las circunstancias que aprecie el Juez en la instancia podrá, de oficio, ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer...

Artículo 426. Cuando el Tribunal, después de la vista, creyere necesaria, para ilustrar su criterio, la práctica de alguna diligencia, podrá decretarla para mejor proveer y la desahogará dentro de diez días, con sujeción al Título Segundo de éste Código y al artículo 20 Constitucional.

Por lo que hace a las pruebas para mejor proveer encontramos dos posturas antagónicas; por una parte se establece que tales probanzas ponen en entredicho la imparcialidad con la que debe conducirse el Juzgador; mientras que por otro lado se sostiene precisamente lo contrario, es decir, que lejos de poner

en entredicho tal imparcialidad, son necesarias para acceder a la verdad histórica y consecuentemente, para emitir un fallo más apegado a la justicia.

2.1.1. Postura en contra.

Primeramente abordaremos la postura que establece que las pruebas para mejor proveer provocan que peligre la imparcialidad del Juzgador y que por lo tanto, convierten a nuestro sistema penal en mixto, pues nos encontramos en presencia de un vestigio inquisitivo; Manuel Rivera Silva sostiene tal postura atendiendo a que “nuestra ley permite al juez cierta inquisición en el proceso, lo cual riñe, de manera absoluta, con el simple decidir que lo caracteriza en el sistema acusatorio.”²

El autor citado expone como ejemplos de esa “cierta inquisición” los numerales 314 y 426 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal ya transcritos; preceptos que en resumen, establecen como facultad para el Juzgador o para el Tribunal de alzada en su caso, la de ordenar pruebas para mejor proveer, es decir, pruebas cuya finalidad es ponerlo en aptitud de llegar a un mejor y más completo conocimiento de la verdad y como consecuencia, de situarlo en la posibilidad de emitir un fallo más equitativo.

Guillermo Colín Sánchez por su parte considera que el sistema procesal que alienta al proceso penal mexicano es el acusatorio, y respecto a los ejemplos dados por Manuel Rivera Silva como de “cierta inquisición”, opina que “no es aceptable” tal postura, atendiendo a que “si bien es cierto que el juez ordena la práctica de diligencias, en los casos que estima pertinentes, es con el objeto de conocer la verdad en todas sus formas, puesto que él es quien en su momento, debe decidir.”³

² RIVERA SILVA, Manuel, *El Procedimiento Penal*, op. cit., p. 188.

³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, op. cit., p. 90.

No obstante lo manifestado, Manuel Rivera Silva refuerza su razonamiento y de paso da contestación a Guillermo Colín Sánchez, al decir que “en el (sistema) acusatorio, el juez exclusivamente decide y si por cualquiera razón invade otras funciones (como allegarse de medios de prueba para poder decidir), es obvio que se retira del sistema invocado, en el que sólo las partes aportan pruebas.”⁴

Y por si lo anterior resultare insuficiente para establecer de una manera clara su postura, remata diciendo que “no es la finalidad por la que se aportan las pruebas, la que distingue los sistemas de enjuiciamiento, sino la fijación de quiénes pueden aportarlas...”⁵; con lo que dejamos de lado esta exposición y comenzamos con el desarrollo de la segunda de las posturas anunciadas.

2.1.2. Postura a favor.

Hemos dicho ya en los renglones inmediatos, que las pruebas para mejor proveer las decreta el Juez para llegar a la verdad histórica, que es uno de los fines específicos⁶ del proceso penal; no obstante, las interrogantes continúan.

¿Es necesario para emitir un fallo que el Juzgador señale la práctica de determinadas diligencias que las partes no promovieron? y siendo el caso, ¿corremos el riesgo de que el Juez deje de lado la imparcialidad con la que debe conducirse y se incline más hacia alguna de aquellas?; finalmente ¿nuestro sistema procesal penal sería mixto y no acusatorio como lo hemos manifestado?

A manera de respuesta a las interrogantes plasmadas, nosotros consideramos que lo verdaderamente importante en el hecho de que al Juzgador le esté permitido acceder, por medio de pruebas que para tal efecto ordene, a la verdad histórica, no es el arribo a la verdad en sí, sino agotar o mejor dicho eliminar, la duda que siempre debe acechar a un Juez respecto de la posibilidad

⁴ RIVERA SILVA, Manuel, *El Procedimiento Penal*, op. cit., p. 188.

⁵ Idem.

⁶ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 15.

de que el inculpado sea inocente; pues en tal caso y aún en el supuesto en que su culpabilidad no logre demostrarse indubitadamente, éste debe ser absuelto.

“La meta del proceso penal es, según una opinión extendida, investigar la verdad respecto del hecho punible y castigar al autor. ...Así pues, el *hallazgo de la verdad* no constituye un fin en sí mismo, sino un mero fin intermedio, que debe esclarecer si la *sospecha del hecho* que resulta contra el inculpado está o no justificada... (Asimismo,) La meta del esclarecimiento de la sospecha... obliga a considerar permanentemente la posibilidad de que el inculpado sea realmente inocente”⁷; afirmación que corrobora lo que manifestamos en el párrafo anterior.

“En suma, la doble posibilidad de culpabilidad o inocencia del inculpado lleva a la relación especialmente tensa del Derecho Procesal Penal, que ha de considerar como consecuencia en todas sus regulaciones la posibilidad de que el inculpado sea en realidad inocente;”⁸y esa posibilidad, debe incluir a su vez la posibilidad de que al Juez le este permitido acceder a lo que la doctrina ha denominado como “la verdad histórica.”

“La verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento” nos dice Mittermaier⁹; en este sentido, “*la verdad es lo real..., y cuando existe una adecuación de la idea a esa realidad se puede establecer que se conoce la verdad.* ... (En conclusión), la verdad histórica, es la que se procura obtener siempre que se quiera asegurar de la realidad de los acontecimientos...”¹⁰

Ahora bien, de lo manifestado por Manuel Rivera Silva en el sentido de que la característica distintiva de los modelos de procesamiento acusatorio lo es la potestad de quién puede aportar el material probatorio y no así la finalidad con la

⁷ TIEDEMANN, Klaus y otros, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, trad. de Juan Luis Gómez Colomer y otro, Barcelona, España, Edit. Ariel, 1989, p. 134.

⁸ *Ibidem*, p. 135.

⁹ Citado por COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, op. cit., p. 83.

¹⁰ *Idem*.

que éste se introduzca al proceso penal, consideramos, lo que quedará sustentado en los renglones siguientes, que no es del todo acertada.

El que se encuentre regulado quien puede y quien no puede colaborar con material fáctico al proceso penal, es sin duda una característica inherente al modelo acusatorio, mas no podemos decir que sea la característica determinante del mismo; como tampoco podemos decir que lo sea la finalidad con la que se introduzca al proceso el mencionado material probatorio.

En esta secuencia, la generalidad de la doctrina coincide en que la característica determinante del sistema acusatorio y a su vez, su principal diferencia con el sistema inquisitivo, lo es la separación de las funciones de acusar, de defender y de decidir, mismas que son encomendadas precisamente con ese propósito a distintos órganos.

A mayor abundamiento, conviene repetir lo señalado en el primer capítulo de este trabajo, en el sentido de que es muy difícil (sino es que prácticamente imposible), obtener un sistema puro de enjuiciamiento; es más, parafraseando lo dicho por el maestro Julio Hernández Pliego¹¹, siempre se introducen en un sistema algunas de las características que normalmente se atribuyen a otro.

Conviene repetir también que dependiendo de la mayor cantidad de concordancias que un sistema procesal determinado tenga para con alguno de los clásicos sistemas reconocidos por la doctrina, se puede determinar a cuál de estos puede equipararse.

Dicho lo anterior, podemos corroborar nuestra postura en cuanto que nuestro sistema de procesamiento penal es de tipo acusatorio, pues esta afirmación no variaría aún en el caso (que no lo es), en que pudiera ser considerado como un “vestigio inquisitivo” el hecho de que el Juez pueda ordenar

¹¹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 18.

la práctica de ciertas pruebas cuando su finalidad sea la de mejor proveer un asunto de su competencia.

Dando seguimiento a lo anterior, consideramos que por el contrario, esa potestad dada al Juzgador por la Ley Procesal Penal, es un elemento que viene a reafirmar el sistema acusatorio seguido en México, ya que “es inaceptable que el juez aplique normas de derecho... sobre hechos no suficientemente demostrados. (Además, de que) El resultado de la prueba es... factor decisivo para la conclusión última del proceso. (Y) Por eso, debe el juez asumir parte activa en la fase instructoria, no limitándose a analizar los elementos provistos por las partes, pero determinando su producción siempre que (y solamente cuando,) sea necesario.”¹²

Joan Verger Grau establece que es imprescindible para que un sistema de procesamiento pueda llamarse acusatorio que el Juzgador no tome parte junto al acusador en lo que él llama “una supuesta búsqueda de la verdad material”; pues bien, consideramos que no es el caso en las probanzas para mejor proveer.

Sostenemos lo anterior, por la única y sencilla razón de que el resultado de tales pruebas, puede ser utilizado por el Juez para determinar tanto la inocencia como la culpabilidad del procesado, esto, “en atención a esa doble posibilidad de culpabilidad o inocencia” del mismo, lo que excluye aquella desafortunada posibilidad.

Sirva para corroborar nuestra afirmación anterior la siguiente tesis jurisprudencial:

PRUEBAS PARA ACREDITAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO

¹² PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “La Iniciativa del Juez en el Proceso Penal Acusatorio”, *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Argentina, Año XL, N° 61, Enero – Diciembre 2000, p. 269.

FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD CONSAGRADA POR EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que faculta al Juez a emplear los medios de prueba que estime convenientes para acreditar los elementos del tipo y la presunta o plena responsabilidad de una persona, no contraviene el principio de imparcialidad contenido en el artículo 17 constitucional, pues, precisamente esta posibilidad de que el juzgador emplee las pruebas que sean necesarias para esclarecer la verdad material y formal, tiene como finalidad que pueda emitir un fallo encaminado a alcanzar el ideal de equidad y justicia, sin que ello signifique que se sustituya o invada la órbita del Ministerio Público, institución a la que por mandato constitucional le corresponde la persecución de los delitos, en tanto que acorde a los principios de división de la carga procesal, la autoridad judicial se encuentra imposibilitada para mejorar en forma oficiosa la acusación, pues de lo contrario el sistema procesal pasaría de acusatorio a inquisitorio, convirtiéndose en Juez y parte al mismo tiempo. En efecto, dicho precepto no tiene como propósito que el juzgador se valga de todos los medios de prueba que tenga a su alcance para justificar el dictado de un auto de sujeción a proceso o formal prisión o bien, una sentencia de condena, sino allegarse y emplear los elementos de prueba que estime conducentes para resolver lo que en derecho proceda, lo que incluso puede repercutir en beneficio del propio acusado quien se podría ver favorecido por un auto de libertad por falta de elementos o bien por una sentencia absolutoria.

Ahora bien, siempre que estemos en presencia del ordenamiento por parte de un Juzgador de pruebas con la finalidad de mejor proveer un asunto de su

competencia, debemos ineludiblemente encontrarnos también, en la presencia de dos supuestos.

Primeramente, en que tales diligencias deben ser ordenadas dentro de la instrucción, es decir, dentro de la fase probatoria del proceso penal, (misma que comienza con el dictado del auto de formal prisión), lo que a su vez trae como consecuencia, que las mismas deban ser desahogadas por el propio Juez por ser él la autoridad encargada del procedimiento. Situación la anterior, que excluye la posibilidad de que las diligencias sean ordenadas por el Juez para posteriormente ser desahogadas por el Ministerio Público; lo que sí colocaría a aquel en una situación de acercamiento hacia la parte acusadora.

El segundo de los supuestos, consiste en que tales pruebas deriven de otras que fueron practicadas anteriormente y que produjeron la duda o la oscuridad en determinada situación, lo que automáticamente excluye la posibilidad de que el Juzgador las ordene para culminar (o más aún, para integrar en su totalidad) la averiguación previa (como sucedía en los regímenes inquisitivos), por lo que no se compromete su imparcialidad.

Ahondando en lo anterior, tenemos que “el Juez durante el desarrollo del proceso, no desempeña funciones investigatorias. (Mas) Esto no significa que carezca de iniciativa propia para decretar la práctica de diligencias que tengan por objeto el esclarecimiento de una prueba oscura o confusa”¹³; pues “nadie mejor que el juez, a quien el juzgamiento le está confiado, para decidir si las pruebas traídas por las partes son suficientes para la formación de su convencimiento.”¹⁴

De lo dicho en los párrafos inmediatos, podemos concluir que las pruebas para mejor proveer se ordenan con el propósito de llegar a la verdad, cualquiera que esta sea e independientemente de que al final sirvan para comprobar la responsabilidad o la irresponsabilidad del inculpado; por lo que consideramos

¹³ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, op. cit., p.126.

¹⁴ PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “La Iniciativa del Juez en el Proceso Penal Acusatorio”, op. cit., p. 269.

prudente que el Juzgador tenga la potestad de ordenarlas, pues “la mejor manera de preservar la imparcialidad del juez no es alejarlo de la iniciativa instructoria, pero sí someter todas las pruebas... al contradictorio”¹⁵; entendiéndose por tal, la participación tanto de las partes como del Juez en la colecta de la prueba.

Dicho de otra manera, “la iniciativa oficial en el campo de la prueba... no oscurece la imparcialidad del juez. (Pues) Cuando éste determina que se produzca una prueba no requerida por las partes,... aún no conoce el resultado que esa prueba traerá al proceso, ni sabe cual es la parte que será favorecida con su producción. (Por lo que) Lejos de afectar su imparcialidad, la iniciativa oficial asegura el verdadero equilibrio.... Al juez no le importa que venza el autor o el demandado, sino le interesa que sea vencedor aquel que tiene la razón.”¹⁶

Aclarando algunos puntos, cuando decimos que las pruebas para mejor proveer se ordenan con el propósito de lograr el arribo a la verdad, “esto no significa que la búsqueda de la verdad sea el fin del proceso y que el juez sólo deba decidir cuando la hubiera encontrado... pero es imprescindible que... diligencie a fin de alcanzar el mayor grado de probabilidad posible.”¹⁷

“Si se recuerda que el proceso penal... preferentemente, lo que trata de determinar es la verdad histórica, se comprenderá la necesidad que existe de que el Juez disfrute de poderes para el exacto cumplimiento de la función jurisdiccional que tiene encomendada, y que no pase por la instrucción del proceso como una figura anodina, encargada solamente de recibir las pruebas que le promueven las partes.”¹⁸

Retomando, el proceso penal preferentemente trata de llegar a la verdad histórica, subrayando preferentemente, lo que implica que pudiera no conseguirse; mas “el juez penal... debe siempre investigar con la finalidad de

¹⁵ Ibidem, p. 270.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Ibidem, p. 269.

¹⁸ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, op. cit., p.126.

determinar la producción de la prueba capaz de llevarlo al conocimiento de los hechos de la manera más próxima posible a la certeza.”¹⁹

“El juez debe intentar descubrir la verdad y... la actuación de los litigantes no puede servir de obstáculo a la iniciativa instructoria oficial. Ante la omisión de la parte, el juez... se vale de los demás elementos de los autos para formar su convencimiento. Mas si los entendiera insuficientes, deberá determinar la producción de otras pruebas.”²⁰

“Los hechos y el derecho a aplicar son pues, los ingredientes objetivos esenciales con que se hace el proceso; de disgregar estos elementos... consideramos que no es el resultado del derecho lo que más debería preocupar a los abogados; dentro del proceso, para el juez, las partes, el Estado, la sociedad y la justicia, deberían interesar más los hechos y su conocimiento cierto, por ser éstos, precisamente, los antecedentes que justifican la aplicación justa del derecho.”²¹

En resumen, el Juzgador “está facultado para recibir pruebas diversas de las propuestas por las partes, para esclarecer la obscuridad de las rendidas o para aclarar algún punto que estime de importancia y decretar la práctica de diligencias que considere necesarias. Los poderes que la Ley Procesal reconoce al Juez no significan que lo conviertan, en el curso del proceso, en investigador de delitos, substituyendo al Ministerio Público en las funciones que tiene exclusivamente reservadas.”²²

A mayor precisión, el Juzgador no sustituye (en el caso de las pruebas para mejor proveer) al Ministerio Público por la única y sencilla razón de que no integra ni participa de modo alguno en la integración de la averiguación previa; por el contrario, se encuentra muy lejos de tal posibilidad y únicamente se allega,

¹⁹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “La Iniciativa del Juez en el Proceso Penal Acusatorio”, op. cit., p. 273.

²⁰ Ibidem, p. 269.

²¹ DÍAZ DE LEÓN, Marco A., *Tratado sobre las Pruebas Penales*, tomo I, México, Porrúa, 1982, p. 2.

²² GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, op. cit., p.126.

durante el transcurso del proceso, de nuevos elementos fácticos que le ayudarán a emitir un fallo más justo, pues precisamente porque la solución del conflicto es de la competencia del Juez, éste no puede ser obligado a darse por satisfecho con la actividad probatoria de las partes.

En este entendido, si consideramos a todo el procedimiento penal en su conjunto como una “averiguación total” de hechos delictivos determinados (en oposición a la “averiguación previa” que le concierne sólo al órgano de acusación), nos resulta más fácil entender “que todavía se dan actos de averiguación (o mejor dicho, de prueba) durante la instrucción... y (que) no podría ser de otra manera, pues se trata de la libertad... de un ser humano; por ello, la averiguación debe durar hasta el último momento”²³ y por ello, es correcto que el Juzgador tenga potestad probatoria cuando su finalidad sea la de averiguar la verdad y si por cualquier motivo no se arriba a ésta, el Juzgador deberá absolver al inculcado.

Por todo lo desarrollado, consideramos que por ordenar diligencias para mejor proveer, no se le crea al Juzgador un ánimo que posteriormente determinará su postura respecto de la culpabilidad del procesado y por lo tanto, no se pone en riesgo la imparcialidad de la que debe ser respetuoso y más aún, garante.

Por lo expuesto en relación a las pruebas decretadas con la finalidad de mejor proveer un asunto, consideramos que son necesarias para el esclarecimiento de la verdad y que por lo tanto, no se contraponen al modelo de enjuiciamiento acusatorio; es decir, que la separación fehaciente de las tres diversas funciones de acusar, de defender y de dirimir la controversia, no implican un Juzgador pasivo.

²³ BARRITA LÓPEZ, Fernando A., *Averiguación Previa, Enfoque interdisciplinario*, 2ª ed. actualizada, México, Porrúa, 1993, p. 19 a 21.

2.2. El supuesto de las pruebas ordenadas con fundamento en el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Ahora bien, una vez expuesto lo relacionado con las pruebas para mejor proveer y asimismo, una vez establecida nuestra postura a favor de las mismas; dejaremos el desarrollo de la segunda de las excepciones planteadas para el siguiente capítulo; no sin antes adelantar que es distinto el objetivo que se persigue en las diligencias para mejor proveer del que se busca en las probanzas que el Juzgador ordena con fundamento en el artículo 36.

CAPÍTULO CUARTO

“EL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL”

“La actuación del juez en la actividad instructoria no es ilimitada. Existen balizas intransponibles a la iniciativa oficial. (A saber)... los límites impuestos por la licitud... y legitimidad... de las pruebas.”

ADA PELLEGRINI GRINOVER

“La Iniciativa Instructoria del Juez en el Proceso Penal Acusatorio”

1. Redacción actual y motivo de la reforma.

Una vez establecido en el capítulo anterior que las pruebas para mejor proveer no riñen con el sistema de procesamiento acusatorio seguido en México, toca ahora el turno de examinar lo concerniente al artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (en adelante, artículo 36), cuyo texto transcribimos a continuación:

Artículo 36. Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, por considerar que no están reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 132 y 133 de este Código, el Juez penal deberá señalar aquellos requisitos que a su juicio no se encuentren satisfechos, fundando y motivando su resolución y el Ministerio Público, practicará las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente.

Cuando aparezca que el hecho u hechos que motivan la averiguación previa no tienen el carácter de delictuosos, el Juez motivará su resolución y devolverá los autos originales de la indagatoria al Ministerio Público, para que éste determine si prosigue

en su integración o propone el no ejercicio temporal o definitivo de la acción penal.

Del artículo transcrito, diremos que el segundo párrafo es producto de una reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal en fecha 28 de Febrero de 2005; ahora bien, para los efectos que se persiguen en el presente trabajo, reproduciremos únicamente la parte conducente de la exposición de motivos que dio vida al primer párrafo, mismo que fue producto de una reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de Septiembre de 1999:

“II. Equilibrio de los derechos de la víctima y de la sociedad frente a los derechos del inculpado.

1) Se Propone reformar el artículo 36 del ordenamiento procesal para eliminar la fuente de impunidad que se genera al imponerse una prescripción anticipada para los delitos cuya existencia no se acredite plenamente antes de iniciar el proceso. Así, con el objeto de que la representación social se encuentre en aptitud de practicar las diligencias que proveedan en la averiguación previa, se propone eliminar el arbitrario plazo de sesenta días con el que cuenta el Ministerio Público integrador a partir del siguiente en que se le haya notificado la resolución que niega la orden de aprehensión o de comparecencia o el auto que decreta la libertad por falta de elementos para procesar, pues este plazo perentorio modifica los términos de la prescripción genérica que establece el Código sustantivo al transformarse, de facto, en un plazo prescriptivo de las conductas delictivas, que orilla a la impunidad, y que equivale, en la práctica, a una sentencia absolutoria sin proceso.

A su vez, con la reforma al artículo 36 se exigirá al Juez que precise los elementos que motivan la determinación asumida, con

miras a que su resolución, fundada y motivada, de pie a la continuación de la actividad ministerial...”

2. ¿conveniencia o inconveniencia del artículo?

“Una útil injusticia no puede ser tolerada por aquel legislador que quiera cerrar todas las puertas a la vigilante tiranía...”

CÉSAR BECCARIA

“De los delitos y de las penas”

De entrada, consideramos prudente repetir la aclaración hecha en el capítulo anterior en el sentido de que es distinto el objetivo que se persigue en las diligencias para mejor proveer del que se busca en las probanzas que el Juzgador ordena con fundamento en el artículo 36.

Como ya se vio, las pruebas para mejor proveer persiguen acceder a la verdad histórica y el resultado desconocido de tales pruebas puede ser utilizado por el Juez tanto para probar la culpabilidad como la inculpabilidad del procesado; ahora bien, por lo que respecta al artículo 36 citado, resulta pertinente hacer las siguientes consideraciones.

2.1. El cuerpo del delito y la probable responsabilidad como requisitos que deben colmarse previamente al ejercicio de la acción penal.

“Artículo 16. ...

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado 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 su 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...”

De los artículos constitucionales citados se desprenden algunas consideraciones, mismas que se establecerán en los renglones subsecuentes y que resultan necesarias como antecedente de la conclusión a la que arribaremos en el presente capítulo.

Para que un Juez pueda dictar un auto de formal prisión y más aún, para que pueda obsequiar una orden de aprehensión, antes el Ministerio Público debió haber colmado la investigación y de tal investigación, se deben derivar los datos suficientes que acrediten los extremos aducidos; es decir, en primer lugar el cuerpo del delito y posteriormente la probable responsabilidad de una o de varias personas. En estricto sentido, un agente del Ministerio Público se encuentra impedido de ejercitar la acción penal, sin haber previamente colmado las exigencias constitucionales mencionadas.

Si aún cuando no estén acreditadas tales exigencias se ejercita la acción penal, por mandato del artículo 36 citado, la manera de subsanar la falta de consistencia de la acusación consistirá en que será ahora el Juez quien deberá señalar los requisitos que hagan falta para terminar de integrar los requisitos del artículo 16, es decir, cuerpo del delito y probable responsabilidad del inculgado.

Lo anterior se corrobora al acudir a la exposición de motivos que dio vida al que actualmente es el primer párrafo del artículo 36 (misma que ya fue plasmada renglones arriba del presente capítulo), exposición de motivos en la que encontramos que con tal reforma, lo que se pretende es exigir al Juzgador que precise los elementos que motivan, ya sea la negativa a la orden de aprehensión o de comparecencia o el otorgamiento del auto de libertad por falta de elementos para procesar, “con miras a que su resolución... de pie a la continuación de la actividad ministerial.”

Cierto es que el artículo 36 no establece expresamente que sea el Juez quien realice las diligencias de investigación; no obstante, consideramos que tal artículo lo lleva más allá de sus facultades con el sólo hecho de permitirle el ordenar la práctica de tales diligencias, mismas que indudablemente, como lo veremos a lo largo del desarrollo del presente capítulo, son diligencias de investigación.

Una vez que el Juez señaló los requisitos no satisfechos para la debida integración del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado, ordena el artículo 36 que el Ministerio Público practique “las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente.”

Si bien el artículo 36 establece que el Ministerio Público “practicará las diligencias necesarias” y no “las diligencias señaladas por el Juez”, consideramos que las segundas entran dentro de las primeras; es decir, que la finalidad de tal redacción es no constreñir al Ministerio Público a realizar sólo esas diligencias que el Juzgador le señale sino además, todas las que estime pertinentes y que tiendan a la debida integración de la averiguación previa.

En este mismo sentido, pensamos que el Ministerio Público debe practicar las diligencias que el Juez le señale porque si no fuera así, que caso tendría

entonces que el artículo 36 ordene al Juez que señale diligencias (o “requisitos”) que no van a ser practicadas.

Cierto es también que la redacción del primer párrafo del artículo 36 no ordena textualmente al Ministerio Público la práctica de las diligencias que le señale el Juez; sin embargo, deducimos que cuando textualmente versa el artículo “...y el Ministerio Público practicará las diligencias...”, ese “practicará” es una orden para el agente del Ministerio Público que conozca de la investigación, de llevar a cabo las diligencias ordenadas por el Juez; pues qué si no esto debemos entender cuando la exposición de motivos del primer párrafo del artículo 36 nos dice que la finalidad de tales diligencias es que “se de pie a la continuación de la actividad ministerial.”

2.2. Análisis del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal a la luz de los artículos 17 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“El artículo 17 de nuestra Constitución Política es básico para fundamentar todo nuestro sistema judicial. Contiene lo que es reconocido como el “*derecho a la jurisdicción*”¹; nos señala el artículo constitucional en comento lo siguiente:

“Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por Tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. ...

¹ CASTRO, Juventino V., *La Jurisdicción Mexicana*, México, Porrúa, 2003, p. 30.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales...”

Asimismo, nos dice la Corte² que la garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagra cuatro principios, a saber: Justicia Pronta, Justicia completa, Justicia imparcial y Justicia gratuita; nosotros, por los fines perseguidos en la elaboración de este trabajo, dejaremos de lado el resto de los principios mencionados y nos concentraremos en el principio de Justicia imparcial.

Continuando con el criterio citado, tenemos que la Justicia imparcial consiste en que “el juzgador emita una resolución, no solo apegada a derecho, sino, fundamentalmente, que no dé lugar a que pueda considerarse que existió favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido.”

Ha quedado ya establecido que una de las características, sino es que la principal y determinante, de los modelos de enjuiciamiento de tipo acusatorio, (aseveración que surge como consecuencia natural de lo hasta aquí visto), lo es la separación de las funciones de acusación y de juzgamiento, llegando algunos autores incluso al punto de incluir en esta separación, como característica determinante del modelo en cuestión, a las funciones de la defensa; situación que se consigue encomendando cada una de las mismas a órganos diversos e independientes entre sí.

“Los actos procesales de acusación, defensa y decisión, no se ejercen por una sola persona, se encomiendan a sujetos distintos: los actos de acusación, los encomienda el Estado al Ministerio Público, los actos de defensa al inculpado, ya sea por sí, o por medio de un defensor que lo representa, defensor que puede ser

² Tesis visible con el rubro *ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN AQUEL DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES*, registro 187.030, tesis aislada, materia común, novena época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, mayo de 2002, tesis 2ª, L/2002, p. 299.

un particular, o designarlo en su nombre el Estado, (que) es el llamado defensor de oficio, y los actos de decisión, a la persona física juez...”³

Cuando en el capítulo segundo del presente trabajo entramos al estudio del sistema de enjuiciamiento mexicano, dijimos que cumple cabalmente con esta particularidad, pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la recoge en su artículo 21 que a continuación pasamos a transcribir en la parte conducente:

“Artículo 21. La imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”

Del artículo invocado nos encontramos con dos premisas fundamentales; en primer término con que la acusación, con las correspondientes facultades de búsqueda del material probatorio que la sustente, compete al Ministerio Público; y en segundo lugar, que la decisión de la controversia le es encargada al Juzgador. Cabe indicar, que en renglones posteriores entraremos al estudio por separado, de cada una de tales premisas.

En este orden de ideas y repitiendo algo dicho en el capítulo segundo, tropezamos con que en el sistema de enjuiciamiento penal mexicano, por mandato del artículo 21 constitucional transcrito, las funciones distintas de acusar y de decidir, están asignadas también a dos órganos distintos e independientes uno del otro, por lo que la acusación formulada por el Ministerio Público no es vinculante con la decisión que tomará la autoridad judicial, asegurando con esto la imparcialidad del Juzgador y consecuentemente de su decisión, con lo que de paso se da cumplimiento a la imparcialidad ordenada por el artículo 17 ya también transcrito.

³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, op. cit., p. 89.

Ahora bien, tomando en cuenta lo dicho por Guillermo Colín Sánchez respecto de la separación de las funciones de la defensa, encontramos en nuestro sistema penal que tales actos, de acuerdo a lo establecido por la fracción IX del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también se encuentran encomendados a sujetos diferentes, es decir, se encomiendan en México al inculpado y a su defensor, ya sea este último particular o de oficio.

Por lo dicho, podemos válidamente aseverar que nuestro sistema procesal penal cumple estrictamente con la separación (mediante su encomienda a sujetos distintos e independientes unos de otros), de las funciones (también diferentes), de acusación, de decisión y de defensa; configurándose así el proceso como el conflicto entre dos partes iguales, Inculpado y Ministerio Público (quien toma el rol de acusador), resuelta por el tercero imparcial que es el Juzgador.

Es preciso señalar, “que esta trilogía de actos (acusación, decisión y defensa), compete estrictamente a los sujetos mencionados (respectivamente, Ministerio Público, Juzgador y Defensa,) y que ninguno de ellos, deben ser generados por quien no tenga la competencia para esos fines.”⁴

Una vez llegados a este punto, sin ser nuestro objetivo entrar en polémicas o soslayar lo referente a la importancia de la separación de las funciones de la defensa (y siendo así por los efectos que perseguimos en este trabajo), dejaremos sólo la mención hecha en renglones pasados y nos concentraremos en el estudio de la importancia de la separación de las otras dos funciones; esto, porque como ya lo hemos dicho, “la separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio.”⁵

⁴ Ibidem, p. 77.

⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, citado por Ángela Ester Ledesma, “El Ministerio Público”, en *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, Argentina, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, N° 50, Agosto, 1999, p. 21.

2.2.1. La investigación de los delitos incumbe al Ministerio Público.

¿Qué significa investigar?, ¿en qué consiste la investigación?, ¿en qué consiste la llamada función persecutoria del Ministerio Público?, ¿qué finalidad tiene la investigación realizada por el Ministerio Público?; al abordar la primera premisa de las dos derivadas del texto del artículo 21 constitucional transcrito, surgen estas interrogantes, cuestiones a las que pasaremos a dar contestación en los renglones siguientes.

Como ya quedó establecido en capítulos anteriores, “en México, el ejercicio de la acción penal se rige por el principio oficial”⁶; es decir, que su promoción únicamente compete al Ministerio Público, por ser éste el órgano estatal creado con esa finalidad.

“El Ministerio Público ejercita, con exclusión de cualquier otro órgano o particular, sea o no ofendido por el delito, la función persecutoria, que comprende dos fases: la investigación del delito y el ejercicio de la acción penal”⁷; además, tomando en cuenta esas dos fases, “podemos señalar que maneja **dos tipos de funciones: las de autoridad**, cuando investiga la infracción penal y se allega de pruebas para acreditar la existencia del delito y la supuesta responsabilidad; y la de **parte**, desde el momento en que se consigna el ejercicio de la acción penal hasta que concluye el proceso...”⁸

2.2.1.1. La investigación del delito.

El Ministerio Público es la autoridad encargada de realizar la averiguación previa, “que es la etapa del procedimiento penal en la que el Estado, por conducto... (de aquel) practica las investigaciones necesarias para obtener las pruebas que acrediten el cuerpo del delito y para reunir datos que hagan probable

⁶ ARILLA BAS Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, op. cit., p. 28.

⁷ Ibidem, p. 35.

⁸ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *La Investigación Ministerial Previa. Un Nuevo Concepto de Procuración de Justicia*, op. cit., p. 250.

la responsabilidad de la persona a quien se atribuye su comisión..., requisitos sin los cuales no puede ejercitar la acción penal en contra de dicha persona...”⁹

El Código Penal Federal dispone en su artículo 7° que un delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales; si atendemos a los elementos del mismo, lo podemos definir como toda conducta típica, antijurídica y culpable que además debe ser realizada por un imputable.

Pues bien, “el procedimiento penal se origina cuando una persona realiza una conducta considerada por la ley como delito”¹⁰; la averiguación previa “se inicia con el conocimiento que el Ministerio Público llega a adquirir de que... se ha realizado... (ese delito).”¹¹

El conocimiento del delito y consecuentemente el inicio de la averiguación previa, debe llegar al Ministerio Público a través de una denuncia o de una querrela; de donde se desprende que no es posible el inicio de pesquisas por su parte, sino que su actuar se encuentra condicionado a la previa satisfacción de cualquiera de los dos requisitos de procedibilidad mencionados.

Ahondando en lo anterior, si a la autoridad administrativa le queda vedada la práctica de pesquisas, con mayor razón le quedan vedadas esas mismas prácticas a la autoridad judicial; pues la función de esta última se constriñe a la imposición de penas, por lo tanto, si de una parte no le está permitido investigar los delitos, de otra y como consecuencia lógica, menos aún se le puede permitir la iniciación de procesos de oficio.

Siguiendo al maestro Guillermo Colín Sánchez: “*Al cometerse el ilícito penal, nace la... relación jurídica material de Derecho Penal entre el representante del Estado y una persona física* (probable autor) porque aquel está investido, de

⁹ ADATO GREEN, Victoria, *Derechos de los Detenidos y Sujetos a Proceso*, 2ª ed., México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 3 y 4.

¹⁰ *Ibidem*, p. 3.

¹¹ BARRITA LÓPEZ, Fernando A., *Averiguación Previa, Enfoque interdisciplinario*, op. cit., p. 20 y 21.

facultades legales suficientes para procurar, en su caso, el castigo del infractor...”¹²

“La denuncia, la querrela, y la excitativa en su caso, provocan la actividad del órgano persecutorio, el cual debe iniciar el periodo de preparación de la acción penal, con objeto de ejercitarla, en el supuesto (y sólo en el supuesto) de que mediante la oportuna averiguación llegue a reunir los elementos exigidos por el artículo 16 constitucional.”¹³

El artículo 16 constitucional ordena al Juzgador, previo al otorgamiento de una orden de aprehensión y entre otros requerimientos, entrar al estudio y posteriormente comprobar que existen datos suficientes que acreditan el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado; mas para que el Juez se encuentre en tal posibilidad, el Ministerio Público debió haber colmado tales exigencias primero como presupuesto para poder consignar el expediente y provocar así la actividad de la autoridad judicial.

Dicho desde la perspectiva del investigador, en la averiguación previa, el Ministerio Público en actuación de la atribución que le confiere el artículo 21 constitucional, practica las diligencias necesarias y tendentes a acreditar primero el cuerpo del delito y luego la probable responsabilidad del inculpado; elementos que una vez satisfechos, lo ponen en aptitud de solicitar la intervención del Juzgador para que sea éste quien dirima la controversia y en su caso imponga la pena correspondiente al hecho ilícito.

“Dentro del periodo de la averiguación previa se realizan (las) diligencias legalmente necesarias para que el... (Ministerio Público) pueda resolver ejercitar la acción penal o no... (Por ello se le puede nombrar) el periodo de la preparación de la acción... penal, (mismo) que abarca desde la denuncia o querrela hasta la

¹² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, op. cit., p. 76.

¹³ ARILLA BAS Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, op. cit., p. 71 y 72.

consignación”¹⁴; dejando muy en claro que no es obligación del Ministerio Público ejercitar la acción penal como sí lo es, allegarse de todos los medios de prueba pertinentes para determinar si ejercita o no tal acción.

Sirva para corroborar nuestra afirmación anterior, el hecho de que “El objeto de la Investigación Ministerial la constituye la búsqueda de los datos suficientes, los indicios, los vestigios y los medios probatorios para la acreditación de cada uno de los elementos del tipo penal (hoy cuerpo del delito) y la probable responsabilidad y la detención del sospechoso.”¹⁵

En igual sentido, nos encontramos con que “el acto investigador” “consiste en las diligencias que tienden a la preparación del ejercicio de la acción penal... Es una función... que corresponde exclusivamente a la Policía Judicial (y por lo tanto al Ministerio Público pues aquella esta bajo el mando de éste,) y que tiene por objeto investigar los delitos, reunir las pruebas y descubrir a los partícipes, así como el grado de intervención que tuvieron en el delito.”¹⁶

Resulta de vital importancia (siendo por ello que nos parece adecuado mostrar nuestra insistencia al respecto), hacer la anotación de que si de las diligencias practicadas por el Ministerio Público se desprende que o bien no existe el delito, o bien no existen elementos que hagan probable la responsabilidad de una persona determinada, entonces el Ministerio Público no queda constreñido a ejercitar la acción penal; sin embargo, desarrollaremos lo referente a tal importancia en renglones posteriores.

A manera de resumen por lo que hace al presente apartado, podemos decir que la “investigación previa antecede al ejercicio de la acción penal y su producto es el fundamento en que el Ministerio Público se apoya para solicitar la apertura

¹⁴ CHICHINO LIMA, Marco Antonio, *Las Formalidades externas en el Proceso Penal Mexicano*, México, Porrúa, 2000, p. 41.

¹⁵ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *La Investigación Ministerial Previa. Un Nuevo Concepto de Procuración de Justicia*, op. cit., p. 400.

¹⁶ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, op. cit., p. 125.

del proceso”¹⁷; es por esto que, solamente después de que nos encontramos en el supuesto en que el Ministerio Público ha reunido los requisitos establecidos por el artículo 16 constitucional, consecuentemente puede ejercitar la acción penal y provocar con esto la actividad jurisdiccional.

2.2.1.2. El ejercicio de la acción penal.

Comenzaremos este apartado con la transcripción de lo establecido por el Código Federal de Procedimientos Penales, en lo referente a las funciones inherentes al ejercicio de la acción penal.

Artículo 136. En ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público:

- I. Promover la iniciación del proceso penal;
- II. Solicitar las órdenes de comparecencia... y las de aprehensión...
- III. Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño.
- IV. Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculcados.
- V. Pedir la aplicación de las sanciones respectivas.
- VI. En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación de los procesos.

2.2.1.2.1. Promoción del inicio del proceso penal.

Ejercitada la acción penal surge la “*relación jurídico-procesal*, (en la que) *concurrirán, indispensablemente, tres sujetos, fundamentales o básicos, vinculados jurídicamente entre sí: el agente del Ministerio Público, el juez y el*

¹⁷ Idem.

*procesado*¹⁸; es hasta este momento en que tiene intervención el Juzgador, por lo tanto, es hasta este momento en que se da el inicio del proceso penal.

Se dice que “la jurisdicción (penal mexicana) tiene carácter rogado, pues la actividad del juez debe ser provocada por el ejercicio de la acción penal... (Cierto es que) Los actos de iniciativa (como la presentación de la denuncia o la querrela), deben ser realizados por los particulares,... (Pero siempre) ante el Ministerio Público,... (Nunca) ante el órgano jurisdiccional.”¹⁹

“La acción penal tiene su principio (precisamente) mediante el acto de consignación, este acto es el de arranque, el punto en el que el Ministerio Público ocurre ante el órgano jurisdiccional y provoca la función correspondiente; la consignación es el primer acto de ejercicio de la acción penal, para poder llevar a cabo este ejercicio es menester cumplir (como lo vimos en el apartado pasado,) determinados requisitos constitucionales contemplados en el artículo 16...”²⁰

2.2.1.2.2. Solicitud de órdenes de aprehensión o comparecencia.

El hecho de que el Ministerio Público ejercite la acción penal, implica que previamente haya dejado satisfechos la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad de determinada o de determinadas personas, por lo que deberá solicitar al Juzgador, en el caso de las consignaciones sin detenido, las órdenes de aprehensión o de comparecencia de aquellas personas, pues las pruebas recolectadas por el órgano investigador, indican su probable responsabilidad.

Confirma nuestra afirmación anterior, la fracción I del artículo 4° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, misma que establece como atribución del Ministerio Público el ejercitar la acción penal cuando

¹⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, op. cit., p. 77.

¹⁹ ARILLA BAS Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, op. cit., p. 35.

²⁰ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *La Investigación Ministerial Previa. Un Nuevo Concepto de Procuración de Justicia*, op. cit., p. 250.

exista denuncia o querrela y esté acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de quienes hubieren intervenido; solicitando en su caso, (es decir, en las consignaciones sin detenido), las órdenes de aprehensión o de comparecencia.

2.2.1.2.3. Solicitud del aseguramiento precautorio de bienes para efectos de la reparación del daño.

El artículo 35 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone que cuando exista el temor fundado de que el obligado a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva dicha reparación, el Ministerio Público y aún los ofendidos o las víctimas, podrán pedir al Juez el embargo precautorio de dichos bienes.

Ahora bien, la fracción IV del artículo 4° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, establece como atribución del Ministerio Público (en ejercicio de la promoción de la pronta, completa y debida impartición de justicia), el solicitar el aseguramiento de los bienes o la constitución de garantías para los efectos de la reparación del daño; tal atribución, establece también el artículo en comento, puede ser ejercitada desde la consignación y aún durante el desarrollo del proceso penal.

2.2.1.2.4. Rendición de pruebas.

¿A cuál de los tres sujetos (de los llamados indispensables) del proceso penal corresponde demostrar la culpabilidad del acusado en un modelo de enjuiciamiento acusatorio?, interrogante que nos planteamos y cuya respuesta, de acuerdo con lo expuesto a lo largo del presente trabajo, no puede ser otra que precisamente al acusador.

En el sistema de enjuiciamiento penal mexicano que como ya vimos, es acusatorio, corresponde tomar el rol de acusador y por lo tanto de demostrar la

culpabilidad del acusado al Ministerio Público con exclusión de cualquiera otro órgano del Estado o particular; pues aun a las víctimas o los ofendidos por el delito les queda vedada tal posición dentro del proceso, viéndose investidos del carácter de coadyuvantes del Ministerio Público.

Al consignar un expediente, el Ministerio Público “lo hace fundado en meras probabilidades que surgen de los primeros elementos de prueba... luego entonces en la instrucción, la parte acusadora tratará de fortalecer las probabilidades iniciales, para convertirlas en convicción plena... (Por lo tanto,) a quien corresponde demostrar la culpabilidad es precisamente al Ministerio Público, puesto que él es quien acusa y por obviedad a él corresponde la obligación de probar la acusación...”²¹

“El Ministerio Público – que ya al consignar ha comprobado los extremos que exige el artículo 16 constitucional –, va ahora a aportar las pruebas necesarias al Juez, para que la responsabilidad presunta se convierta en responsabilidad plena que permita al Juez aplicar la pena correspondiente...”²²

2.2.1.2.5. Solicitud de aplicación de sanciones.

La fracción VI del artículo 4° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, establece como atribución del Ministerio Público, al momento de formular sus conclusiones, el solicitar la imposición de penas y medidas de seguridad y el pago de la reparación de los daños.

2.2.1.2.6. Hacer las promociones conducentes a la tramitación de los procesos.

²¹ Ibidem, p. 541.

²² CASTRO, Juventino V., *El Ministerio Público en México, Funciones y Disfunciones*, 11ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 85.

La consignación “es el acto procedimental, a través del cual el Ministerio Público ejercita (la) acción penal...”²³; es una actividad propia del Ministerio Público que se encuentra encaminada a cumplir su función y a poner en aptitud a la autoridad judicial para que a su vez realice la suya.

En el momento preciso de la consignación se pone fin a la actividad investigadora del Ministerio Público y por lo tanto, a la fase en que es la autoridad encargada del procedimiento; a partir de este momento, se da la intervención al Juzgador, quien en adelante, fungirá como nueva autoridad y aquel pasa a ser una parte procesal en las mismas condiciones que el inculpado.

En este orden de ideas, si atendemos al significado gramatical de la palabra promover, encontramos que significa “iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro”; así las cosas, el Ministerio Público, ahora como parte y en ejercicio de su facultad acusadora, debe efectuar todas las actividades conducentes a lograr el castigo del infractor y para ello, debe precisamente realizar las gestiones necesarias y tendentes para lograr ese cometido.

2.2.2. La imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

Antes de pasar al desarrollo del presente apartado, resulta necesario entender que la Jurisdicción, “es un atributo de la soberanía... que se realiza a través de subórganos, específicamente determinados para declarar *por conducto de un funcionario a su servicio* el derecho a un caso concreto...”²⁴

“El ejercicio de la acción penal, es un acto de acusación que genera un acto de defensa y éste constituye el antecedente de un consecuente acto de decisión”²⁵; acto de decisión que precisamente constituye la función propia del

²³ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *La Investigación Ministerial Previa. Un Nuevo Concepto de Procuración de Justicia*, op. cit., p. 443.

²⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, op. cit., p. 183.

²⁵ *Ibidem*, p. 77.

poder judicial, misma que es exclusiva del Juzgador, por lo que podemos ahora entrar al estudio de las facultades de este último.

El juez “es el sujeto indispensable de la relación procesal penal,... (Es) un órgano del Estado al que se encarga la función de hacer justicia, la función jurisdicente, (del latín *juris dicere*, decir el derecho) ello por expreso mandato del artículo 21 constitucional... (Es) el órgano del estado encargado de resolver, mediante la aplicación de la ley, los conflictos de intereses (controversias) que el Ministerio Público somete a su conocimiento, con el propósito de preservar el orden social... (Conflicto de intereses que) habrá de resolverse estableciendo si hay delito y, en caso afirmativo, si el inculpado es culpable de su comisión... En este supuesto, el juez empleando las facultades que le confiere el citado artículo 21 de la Constitución, impondrá las penas y medidas de seguridad a que se haya hecho acreedor el reo.”²⁶

La doctrina es unánime al señalar que la capacidad del juzgador se divide en capacidad subjetiva (que a su vez se divide en capacidad subjetiva en abstracto y capacidad subjetiva en concreto) y en capacidad objetiva.

La capacidad subjetiva en abstracto consiste en las condiciones exigidas por la ley como requisitos previos para poder ser Juzgador; la capacidad subjetiva en concreto consiste en la exigencia a cada Juez para dejar de conocer un asunto sometido a su conocimiento por la existencia de alguna causa que afecte o pueda afectar su imparcialidad; por último, la capacidad objetiva “se identifica con la competencia,... definida como la aptitud del órgano del estado, constitucionalmente facultado para ello, para ejercer la jurisdicción en un caso concreto.”²⁷

A mayor abundamiento por lo que hace a la capacidad subjetiva en concreto, diremos que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito

²⁶ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *El Proceso Penal Mexicano*, México, Porrúa, 2002, p. 57.

²⁷ *Ibidem*, p. 59.

Federal dispone en la fracción VIII del artículo 522 como causal de recusación para los Jueces y Magistrados, el tener interés directo en el negocio.

Para concluir este apartado, podemos decir que si la actividad judicial en general “es el puente de paso de lo abstracto a lo concreto”²⁸; la actividad judicial penal por lo tanto, consiste en la aplicación de la ley penal (que debe ser general y anterior al hecho delictivo) al caso en específico, y como lo vimos anteriormente, compete con exclusión de cualquier otro órgano y como actividad única, precisamente al Juzgador penal.

2.2.3. Haciendo una breve crítica...

“En la ciencia hay modas y algunos científicos se suben al carro triunfal con la misma celeridad que algunos pintores o músicos. Mas, aunque las modas y los carros triunfales atraigan a los débiles, no hay que fomentarlos, sino que es preciso resistirse. Por esta razón es siempre valiosa una crítica... siempre se puede aprender algo de ella.”

KARL R. POPPER

“Sobre nubes y Relojes”

2.2.3.1. Consideraciones previas.

Como ya lo vimos anteriormente, la previa existencia de una acusación como requisito para poder iniciar un procedimiento penal y sobre todo, la separación de las funciones de acusación y defensa son los elementos determinantes del sistema acusatorio; elementos que garantizan plenamente la imparcialidad del enjuiciador.

Pues bien, resulta que el primer párrafo del artículo 36 otorga facultades probatorias al Juez en perjuicio del inculpado en una franca violación al artículo 21 constitucional y de paso, en franca violación del artículo 17 del citado

²⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, op. cit., p. 179.

ordenamiento; pues por la redacción del citado primer párrafo, consideramos y no nos parece exagerado decir, que el legislador da a través del mismo la consigna al Juzgador, de terminar de integrar, mediante las pruebas que para tal efecto ordene, la averiguación previa; esto, en obvia suplencia de las funciones conferidas constitucionalmente al Ministerio Público.

Si como se ha insistido, la principal característica del sistema acusatorio consiste en que el acusador ha de ser necesariamente una persona distinta del juez, lógicamente se deduce que éste no puede proceder de oficio; es decir, que no puede iniciar y más aún, que no puede participar de manera alguna en el trámite de una averiguación de hechos posiblemente delictuosos.

La razón de la prohibición mencionada es sencilla, y es que posteriormente él mismo resolverá si efectivamente o no son delictuosos tales hechos y en caso afirmativo, él será quien imponga la pena a la persona señalada como responsable de los mismos; de ser posible que el Juzgador pudiera proceder de oficio, implicaría que éste dejara de lado la imparcialidad que debe caracterizarlo y se convirtiera en parte dentro del proceso, y como parte, evidentemente tendría un interés en el mismo; en este caso, su interés concordaría con el interés del acusador, es decir, su interés lo sería el castigo del infractor.

Abundando en lo anterior, si al juzgador no le está permitido el inicio oficioso de investigaciones respecto de cualquier delito, menos aún se le puede permitir que intervenga de ninguna manera en la investigación de los mismos (salvo en el señalamiento de pruebas para mejor proveer por las razones aducidas en el capítulo tercero del presente trabajo); prohibición que debe ser especialmente enfática cuando se trata de evitar que sea él quien termine de integrar la averiguación previa mediante la ordenanza de diligencias en ese sentido.

Precisamente el artículo 36 lo que ordena al Juez es que señale las diligencias que estime pertinentes para reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional y el Ministerio Público se encuentre así en aptitud de terminar de integrar la averiguación previa. Hecho esto, el Ministerio Público determinará nuevamente el sentido de la averiguación previa optando entre tres posibilidades, a saber: ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal o incompetencia.

Debemos indicar aquí, que el artículo 36 no ordena al Ministerio Público volver a ejercitar la acción penal; no obstante, siendo ese el caso, una posterior consignación ahora con la observancia de las diligencias señaladas por el Juez, será conocida por él mismo, con la diferencia de que en esta ocasión tendrá el ánimo creado respecto de la efectiva y plena configuración del cuerpo del delito y/o de la probable responsabilidad del inculpado, lo que a su vez, vendrá aparejado con el otorgamiento de una orden de aprehensión o del dictado de un auto de formal prisión; lo que equivale sin más, a una culminación de la investigación en la que interviene el Juzgador.

A mayor abundamiento, si bien es cierto que el artículo 36 no transforma de manera instantánea al Juzgador en un Juzgador que acusa, sí lo es que le otorga facultades de investigación con la finalidad de terminar de integrar la averiguación previa. Ahora bien, resulta que las facultades de investigación van de la mano con las facultades de acusación; es decir, de que le serviría al Ministerio Público el poder de acusar si al prohibirle el poder de investigar se le ata de manos para la acusación.

En este sentido, al Juzgador que investiga con la finalidad de integrar la averiguación previa, inevitablemente se le crea un ánimo respecto de la culpabilidad del inculpado; ánimo que podemos interpretar como un interés que ahora se le ha creado; y como lo vimos anteriormente, el hecho de que un Juez

tenga intereses creados en los procesos en que interviene, es una causa de recusación y por lo tanto debería dejar de conocer el asunto.

En un modelo de enjuiciamiento acusatorio el que investiga no debe juzgar pues permitirlo iría contra el criterio de justicia que debe propiciar todo Estado; al respecto, la historia del Derecho Penal nos demuestra que uno de los principales defectos en que incurrió el sistema inquisitivo fue precisamente la confusión en un mismo órgano, específicamente en el judicial, de las funciones investigadoras y acusadoras de una parte y de enjuiciamiento de otra.

Dicho lo anterior en contrasentido, el que juzga debe evitar participar en la colecta del material fáctico (salvo la excepción hecha de las pruebas para mejor proveer por supuesto); y debe sobre todo, evitar participar en dicha colecta cuando el objetivo de esa participación sea satisfacer los requisitos constitucionales previos al ejercicio de la acción penal consistentes en el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado; pues esa satisfacción, precisamente con la finalidad de vedar la investigación al Juzgador, es encargada al Ministerio Público en ejercicio de su atribución acusadora.

Cierto es que en una resolución emitida con fundamento en el artículo 36, el Juzgador no es directamente quien lleva a cabo las diligencias de investigación, sino que esta es encargada por el mismo artículo 36 al Ministerio Público; no obstante, consideramos que esta es razón suficiente para aseverar que el Juez esta realizando diligencias de investigación e incluso, que sustituye al Ministerio Público en su función. En éste mismo sentido, el agente del Ministerio Público no pierde su carácter de investigador y de acusador por el hecho de no practicar él personalmente las diligencias y tan sólo ordenar su práctica a la policía judicial.

En apartados anteriores, fuimos muy insistentes y muy enfáticos en que la obligación del Ministerio Público es la búsqueda de los elementos de prueba y no así, ejercitar la acción penal; pues bien, si no es obligación del agente del

Ministerio Público ejercitar la acción penal, tampoco debería ser obligación del Juez (como se lo ordena el artículo 36) terminar de integrar la averiguación previa; al respecto, queremos hacer notar que “no son pruebas las recogidas infringiendo las normas o valores constitucionales, ni puede el juez determinar la producción de pruebas que vulneren reglas procesales. ... La certeza buscada en el juicio debe ser ética, constitucional y procesalmente válida.”²⁹

Ahora bien, dicho lo anterior surgen las siguientes interrogativas: ¿qué sucede con la redacción actual del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal?, ¿el hecho de que un Juez emita una resolución con fundamento en el primer párrafo del mismo provoca en él un ánimo respecto a la culpabilidad del inculpado?, ¿tal ánimo se ve reflejado al momento de dictar la sentencia definitiva? Y tal vez el cuestionamiento más importante ¿con esta situación se provoca perjuicio al inculpado?

De lo hasta aquí expuesto se desprende nuestra postura en cuanto a que la redacción actual del primer párrafo del artículo 36 provoca precisamente un ánimo en el Juez respecto de la culpabilidad del inculpado y que esto, necesariamente se verá reflejado en una sentencia que seguramente será condenatoria; dando con esto, respuesta a las tres primeras interrogantes planteadas.

Por lo que respecta a la última pregunta, consideramos que el principal perjuicio que causa el primer párrafo del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal a los indiciados por la comisión de un hecho delictivo es la violación de su derecho a la presunción de inocencia, “concepto fundamental en torno al cual se constituye el modelo de proceso penal... de corte liberal (acusatorio), en el que se establecen garantías para el imputado.”³⁰

²⁹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “La Iniciativa del Juez en el Proceso Penal Acusatorio”, op. cit., p. 271.

³⁰ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La Presunción de Inocencia*, Navarra, España, edit. Aranzadi, 1999, p. 38.

2.2.3.2. Violación al derecho a la presunción de inocencia de los inculpados como consecuencia de la observancia del artículo 36.

La presunción de inocencia, siguiendo a Montañés Pardo, puede entenderse como una garantía básica del proceso penal, como una regla de tratamiento del imputado, como una regla de juicio del proceso y como una presunción *iuris tantum*.

2.2.3.2.1. Presunción de inocencia como garantía básica del proceso penal.

“Desde esta perspectiva, el derecho a la presunción de inocencia constituye en el ámbito legislativo un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de su culpabilidad y conlleven para el acusado la carga de probar su inocencia.”³¹

¿Qué objetivo tiene que el artículo 36 otorgue facultades de investigación al Juez?, fácil, como ya lo dijimos, asegurar que posteriormente, mediante la realización de las pruebas señaladas por éste al Ministerio Público, se compruebe el cuerpo del delito y/o la probable responsabilidad del inculpadado y en consecuencia, pueda ese mismo Juzgador, o bien obsequiar una orden de aprehensión en contra del inculpadado, o bien dictarle un auto de formal prisión o de formal procesamiento.

En atención a esta variante del derecho a la presunción de inocencia tenemos que, si de una parte el artículo 17 constitucional garantiza la imparcialidad de los Jueces; de otra parte el artículo 21 constitucional ordena la separación fehaciente de las funciones de acusación y de desición; y si por último tenemos que el primer párrafo del artículo 36 en obvia contradicción a los artículos constitucionales citados otorga indebidamente facultades de investigación al Juez penal, podemos concluir que el legislador encargado de la redacción del mencionado artículo 36 fue más allá de sus funciones y de paso contravino el derecho de todo inculpadado a la presunción de inocencia.

³¹ Ibid.

A mayor abundamiento, no nos parece exagerado decir que por el contrario, producto de la redacción actual del primer párrafo del artículo 36, existe una presunción de culpabilidad del imputado; y tan es así, que el Juzgador (que por la propia investidura de su cargo y también por el modelo de enjuiciamiento acusatorio seguido en nuestro país debería ser imparcial), termina de integrar la averiguación previa, lo que conlleva la fatal consecuencia de que se le cree un ánimo respecto de la culpabilidad del imputado.

2.2.3.2.2. Presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.

Desde este punto vista, “habría de partirse de la idea de que el imputado es inocente y, en consecuencia, reducir al mínimo la medidas restrictivas de derechos del imputado durante el proceso.”³²

Ahora bien, nosotros no consideramos que se trate al imputado con esta regla cuando el Juzgador (que debería ser imparcial) señala, en observancia del artículo 36, la práctica de pruebas cuyo desahogo será a la postre la culminación de la investigación; pues en una subsiguiente consignación que haga el Ministerio Público a ese mismo Juez (que ahora ya intervino en la comprobación de los extremos del artículo 16 constitucional), éste otorgará ahora sí la orden de aprehensión solicitada; lo cual, dadas las circunstancias, es de esperarse como consecuencia del ánimo creado.

2.2.3.2.3. Presunción de inocencia como regla de juicio del proceso.

“La principal vertiente del derecho a la presunción de inocencia... en este sentido, puede considerarse como una regla directamente referida al juicio... con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la

³² Ibidem, p. 39 y 40.

absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.”³³

La presunción de inocencia en este sentido “significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria (mínima). Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia... En consecuencia, la presunción de inocencia... opera, en el ámbito de la jurisdicción..., como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías.”³⁴

Como ya lo vimos, el artículo 36 encarga la culminación de la investigación (con la finalidad de lograr la acreditación del cuerpo del delito y/o de la probable responsabilidad) al Juez, lo que va en obvia contradicción a la vertiente de la presunción de inocencia que nos encontramos comentando, la cual establece que “la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación.”

Por el contrario, en los supuestos del artículo 36 no encontramos la posibilidad (que sí se presenta en el caso de las pruebas para mejor proveer), de que el Juzgador pueda señalar diligencias para demostrar que no se configura la responsabilidad o (mejor dicho por la etapa del procedimiento penal en que nos encontramos), la probable responsabilidad del inculpado o más aún, que no se configura el cuerpo del delito.

³³ Ibidem, p. 340.

³⁴ Ibidem, p. 42.

A este respecto, el párrafo segundo del citado 36 prevé que para el caso de que los hechos motivo de la averiguación previa no sean delictuosos el Juez, motivando su resolución, devuelva la indagatoria al Ministerio Público para que sea este último quien determine si prosigue en su integración o si propone el no ejercicio de la acción penal, mas reiteramos, no se otorga la posibilidad al Juzgador de señalar la práctica de diligencias con las cuales quede demostrado aún en esta temprana etapa, que el probable responsable no tuvo participación en los hechos que se le imputan.

En resumen, tenemos de un lado que el artículo 36 posibilita que el Juzgador ordene la práctica de determinadas diligencias tendentes a dejar comprobados el cuerpo del delito y/o la probable responsabilidad del inculpado; mientras que de otro lado, al Juez le queda vedado hacer lo contrario, es decir, señalar la práctica de probanzas que excluyan la responsabilidad de aquel o que vengan a demostrar que no se configura el cuerpo del delito.

En el primero de los casos, es evidente que se otorgan al Juzgador facultades para subsanar las deficiencias de la acusación hecha por el Ministerio Público, lo cual evidentemente inclina al primero hacia una de las partes, en este caso, hacia el acusador, propiciando que se cree un ánimo en aquel respecto de la culpabilidad del acusado en una franca violación a su derecho de presunción de inocencia.

Ahondando en lo anterior, si bien es cierto que el Ministerio Público deja de ser autoridad en el momento en que consigna la averiguación previa, y tomando en cuenta lo que establece la mayoría de la doctrina en el sentido de que el proceso penal comienza en este mismo instante; también lo es que al devolver el Juzgador el expediente al Ministerio Público con el señalamiento de las diligencias faltantes, este último vuelve a desempeñar funciones de autoridad en una suerte de averiguación previa suplementaria en la que sí tiene participación el Juez por el sólo hecho de que fue él quien ordenó la práctica de esas diligencias.

En el segundo de los casos planteados, no se posibilita al Juzgador el ordenar la práctica de diligencias tendentes a demostrar la inocencia del inculpado, y aún en el caso de que esta sea patente, debe aquel devolver la indagatoria para que sea el Ministerio Público quien determine lo conducente, mas si precisamente el Ministerio Público fue quien ejercitó la acción penal, aún a sabiendas de que no se agotaron los requisitos establecidos por el artículo 16 constitucional, lo más seguro es que vuelva a ejercitarla después de realizar algunas diligencias a manera de subsanar la averiguación previa.

Por lo expuesto en las líneas anteriores podemos concluir que en el supuesto del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sí nos encontramos en el extremo expuesto por Joan Verger Grau en el sentido de que el Juzgador toma parte junto al acusador en una “supuesta búsqueda de la verdad material”, lo cual evidentemente riñe con el sistema de enjuiciamiento acusatorio seguido en México.

2.2.3.2.4. Presunción de inocencia como presunción *iuris tantum*.

Este principio “despliega su eficacia “*iuris tantum*” en el campo probatorio a favor del titular de tal derecho... (Por lo tanto,) sólo será constitucionalmente legítima la condena del acusado si se basa en la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo... (La presunción de inocencia) exige para ser desvirtuada la existencia de un mínimo de actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales y que pueda estimarse de cargo, de forma que apreciando en conciencia esa actividad probatoria unida a otros elementos de juicio el Juez pueda dictar sentencia.”³⁵

Ahora bien, parafraseando la cita anterior, si la presunción de inocencia “exige para ser desvirtuada la existencia de una mínima actividad probatoria”; tenemos que esa mínima actividad probatoria corresponde en la sentencia, con el

³⁵ Idem.

cuerpo del delito y la plena responsabilidad penal; y por lo tanto, corresponde en la orden de aprehensión y en el auto de formal prisión, precisamente con los requisitos constitucionales de acreditación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad.

Por lo anterior podemos concluir que si el agente del Ministerio Público no acreditó la mínima actividad probatoria consistente en la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad como presupuestos del ejercicio de la acción penal, que por mandato constitucional es inherente a su actividad, se viola la presunción de inocencia del imputado por el hecho de que sea el Juez quien culmine la investigación con la finalidad de dejar satisfecha esa mínima actividad probatoria exigida.

2.2.4. Concluyendo...

“No hay que esperar ningún beneficio duradero de la política... si esta no está fundada sobre los sentimientos indelebles del hombre. Cualquier ley que se desvíe de éstos encontrará siempre una resistencia contraria, que vencerá al fin...”

CÉSAR BECCARIA

“De los delitos y de las penas”

De acuerdo con lo expuesto en los incisos anteriores, “mientras al acusado no se le demuestre que es culpable, su inculpabilidad debe ser presumida y tenerle por inocente, ya que el principio (de presunción) de inocencia opera (o debe operar,) hasta antes de que se dicte sentencia”³⁶; por lo tanto, si posterior a una resolución emitida al amparo del artículo 36 al Juez se le crea un ánimo respecto de la culpabilidad del inculpaado, se está vulnerando su derecho a la presunción de inocencia.

³⁶ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *La Investigación Ministerial Previa. Un Nuevo Concepto de Procuración de Justicia*, op. cit., p. 541.

La presunción de inocencia “«determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria...»”³⁷; por lo tanto, insistimos en que el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal vulnera la presunción de inocencia de los inculpados.

Sirva de apoyo a lo señalado en los párrafos anteriores la siguiente tesis jurisprudencial:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpadado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa,

³⁷ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La Presunción de Inocencia*, op. cit., p. 43.

los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Asimismo, tenemos que "... la represión del delito es tarea de naturaleza judicial, que se ejercita mediante la imposición, si procede (y sólo si procede), de la pena... (Tenemos que) el proceso penal, se atiene a una serie de principios en todo país democrático a fin de asegurar la seguridad jurídica individual... Por ello, todo ciudadano tiene el derecho a la presunción de inocencia... que permite confiar en la imparcialidad de la decisión judicial."³⁸

A mayor precisión por lo que hace a la imparcialidad del Juzgador, la doctrina es unánime al señalar que "el Juez no es parte en el proceso, sino que permanece (o debe permanecer) alejado de los intereses que se debaten... (que) propiamente tiene (o debe tener) el carácter de árbitro."³⁹

³⁸ LAMO RUBIO, Jaime de y otros, *El Proceso Penal. Aspectos prácticos*, op. cit., p.12.

³⁹ BORJA OSORNO, Guillermo, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 32.

Dicho de otro modo, “no se puede ser juez y parte. (Pues) Lo que delimita el concepto de juez... es (precisamente) esa nota negativa de no ser parte”⁴⁰; de donde se desprende que la función del Juez consiste únicamente en decir el derecho, en resolver el conflicto de intereses sometido a su conocimiento. De igual forma, para que esa resolución sea lo más imparcial posible, debe el Juez mantenerse alejado de esos intereses de las partes.

En este orden de ideas, la Constitución española “al definir las condiciones que han de reunir los jueces... ni siquiera habla de imparcialidad: la da por supuesta... cuando se alude a la imparcialidad del juez: se refiere a la ausencia de interés personal y, en consecuencia, a un requerimiento de actuar conforme a la función. ...su función consiste, exclusivamente, en decir el Derecho (*iuris dicere*). ... no puede tener ninguna otra. Asignarle cualquier otra tarea (v.g., la de descubrir el delito...) sería atribuirle un interés objetivo... que le colocaría o podría colocarle, a la hora de enjuiciar los casos en posición de parte. Y se está en posición de parte cuando, anímicamente, se toma o se ha tomado partido de modo visible (exteriorizado) a favor o en contra de alguno de los litigantes o cuando... se desarrolla o se ha desarrollado una actividad... estructuralmente alineada a uno u otro lado de la contienda...”⁴¹

De lo dicho en los dos párrafos precedentes se desprende que al señalar un Juzgador diligencias con amparo en el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (mismas que como se ha visto, son tendentes a subsanar la investigación), está aquel desarrollando una actividad “alineada” con el y con las actividades inherentes del órgano de acusación. Ahora bien, al realizar el Juzgador tales actividades “alineadas”, indiscutiblemente se aleja de la imparcialidad que debe caracterizarlo para inclinarse precisamente a los intereses del órgano de la acusación. Esto por supuesto, en perjuicio de la garantía de presunción de inocencia a que tiene derecho el indiciado.

⁴⁰ LAMO RUBIO, Jaime de y otros, *El Proceso Penal, Aspectos prácticos*, España, op. cit., p. 20.

⁴¹ Idem.

Cierto es que al Juez debe permitírsele el ordenamiento de pruebas cuando el objetivo de ello sea el mejor proveer en un asunto determinado; sin embargo, tal situación “se circunscribe al proceso, el cual es instaurado después de la acusación formal del Ministerio Público... (y no se extiende a) la fase de la investigación previa. ... (Misma que) no puede ser confiada al juez, so pena de retornarse al juez-inquisidor del modelo antiguo. Durante la investigación, el juez del proceso acusatorio tiene apenas la función de determinar providencias cautelares. Por eso, es oportuno que el... (Encargado de la averiguación previa) sea diverso del juez del proceso.”⁴²

Abundando en lo anterior, conviene precisar que un legajo de actuaciones a nivel de investigación es una averiguación previa. Ese mismo legajo se convierte en el juzgado en una causa penal. En este orden de ideas ¿qué es el legajo que el Juez devuelve al Ministerio Público? ¿Es una causa penal o es una averiguación previa? ¿O es una causa penal que deja de serlo para convertirse nuevamente en una averiguación previa en la que el Ministerio Público recuperará de nueva cuenta su carácter de autoridad?

Si nos atenemos a la letra del propio artículo 36, cuando versa que “el Ministerio Público practicará las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa”, tenemos que un legajo de un “artículo 36” es precisamente una averiguación previa.

Ahora bien, aquí radica la diferencia entre las pruebas para mejor proveer que se realizan ya en la causa penal y ante el Juzgador y la pruebas señaladas con fundamento en el primer párrafo del artículo 36 que es una averiguación previa en la que tiene intervención el Juzgador y por esta razón, se quebranta la separación de las funciones de acusación y de juzgamiento en detrimento de la presunción de inocencia del inculgado.

⁴² PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “La Iniciativa del Juez en el Proceso Penal Acusatorio”, op. cit., p. 271 y 272.

Si bien es cierto que "... la separación de poderes, según lo marca la historia, surge precisamente para evitar la concentración del poder;... a fin de lograr el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos... (También lo es que aquella) no debe entenderse en forma rígida, sino como una distribución de funciones necesitada de una serie de relaciones, controles e intervenciones mutuas y recíprocas; sin embargo, esa interrelación no debe ir más allá de lo que la propia Constitución le permite a cada uno de los poderes..."⁴³

Siguiendo con lo anterior, las pruebas para mejor proveer según lo vimos en el capítulo tercero del presente trabajo, son totalmente compatibles con el sistema acusatorio y con nuestra Constitución; no siendo así el caso del artículo 36, pues tal numeral provoca que las funciones del poder judicial vayan mucho más allá de lo que le permite la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos inclinándolo al Juez hacia la figura del acusador en obvio perjuicio para el inculpado.

Nosotros sostenemos que en una resolución emitida al amparo del artículo 36, por el hecho de que se devuelvan las constancias al Ministerio Público, se esta (valga la expresión) "reactivando" la actividad investigadora de este último, y tan es así, que la finalidad las diligencias "señaladas" por el juez lo es la debida acreditación de los extremos constitucionales previos al ejercicio de la acción penal, mismos que deben ser producto invariablemente de la investigación previa al ejercicio de la acción penal; por lo tanto, las diligencias que señala el juzgador en el supuesto del primer párrafo del artículo 36 son diligencias de investigación.

"La implantación del principio acusatorio en la fase preparatoria exige conferir... (al Ministerio Público) todas las actividades instructoras, reservando al juez aquellas cuya práctica afecte los derechos fundamentales de la persona; quedando, por tanto reducida la intervención del juez en esta parte... al

⁴³ HERNÁNDEZ ARIAS, Lorena, "La función del Juez en un Estado democrático y constitucional de Derecho", *Locus Regit Actum Revista Jurídica*, Tabasco, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, Año V, Núm. 38, Abril-Marzo 2003.

desempeño de funciones de *Juez de Garantías*, que no instruye, sino que decide, a petición de parte, sobre la adopción de medidas que implican restricción de derechos fundamentales. Solo asumiendo... (el Ministerio Público) las funciones instructoras aludidas se podrá lograr que el Juez que dirija la instrucción no sea inquisitivo, esto es, que se convierta en parte acusadora a la vez, en detrimento de la necesaria imparcialidad..."⁴⁴

Por último en lo referente al presente apartado, si por un lado tenemos que el sistema de enjuiciamiento penal que se sigue en México es acusatorio y por otro tenemos que el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal es un vestigio inquisitivo, podemos determinar, de acuerdo con las circunstancias anómalas desarrolladas, que éstas, traen aparejada consigo la inconstitucionalidad del citado artículo 36.

Ahondando en lo anterior, ¿qué mayor rasgo de inquisición en el proceso, que el que un Juzgador tenga facultades de ordenar la práctica de determinadas pruebas que posteriormente servirán para hacer palpable la probable responsabilidad del indiciado o el cuerpo del delito que se le imputa?, indiciado al que posteriormente el mismo Juez dictará sentencia en donde se verá reflejado el ánimo creado respecto de la culpabilidad de aquel, situación esta última altamente probable debido a que ese Juzgador terminó de integrar la averiguación previa.

A mayor abundamiento, de lo visto en el apartado que nos encontramos desarrollando podemos decir que el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, con la consecuente pérdida de la imparcialidad que implica para los Jueces su observancia, resulta contrario y por lo tanto inconstitucional a la luz del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁴ LAMO RUBIO, Jaime de y otros, *El Proceso Penal, Aspectos prácticos*, op. cit., p. 21.

En esta secuencia de ideas, el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal resulta contrario y atentatorio, y por lo tanto inconstitucional a la luz del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por cuanto conduce a la confusión de las funciones de acusación y de juzgamiento, que a su vez conduce a la pérdida de la imparcialidad del Juzgador en perjuicio del derecho a la presunción de inocencia a que tiene derecho todo inculpado.

Aunado a lo anterior e independientemente del perjuicio que el citado artículo 36 provoca a los indiciados, cabe hacer notar lo siguiente. Si el Ministerio Público puede ordenar la práctica de diligencias a la policía judicial por ser los miembros de ésta los auxiliares de aquel, ¿resulta entonces que el Ministerio Público se convierte en auxiliar del Juzgador porque lleva a cabo la búsqueda de las pruebas que este le ordena con fundamento en el artículo 36? y siendo el caso, ¿entonces el Juzgador toma el verdadero rol de acusador dentro del proceso penal mexicano?, o peor aún, ¿funge el Juzgador como un auxiliar del Ministerio Público al terminar de integrar aquel la averiguación previa?

Aceptar como viable cualquiera de los supuestos mencionados en el párrafo anterior implicaría una alteración de la naturaleza y de las funciones esenciales a los órganos de acusación y/o de juzgamiento; por lo tanto, consideramos esta como otra razón para concluir que el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal resulta contrario y por lo tanto inconstitucional a la Luz de los artículos 17 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CONCLUSIONES

1.El sistema de enjuiciamiento acusatorio cuenta con las siguientes características:

- a. Necesidad de existencia de una acusación formulada por alguien distinto del Juez.
- b. El proceso sólo puede ser iniciado por el acusador.
- c. A las partes corresponde exclusivamente la aportación del material probatorio.
- d. Paridad absoluta de derecho y poderes entre el acusador y el acusado.
- e. Rigen los principios de oralidad, publicidad y concentración.
- f. Se opta por la libertad procesal del inculpado.
- g. Consideración del imputado como sujeto del proceso.
- h. Libertad de prueba.
- i. Libertad de defensa.

2.El sistema de enjuiciamiento inquisitivo cuenta con las siguientes características:

- a. El juez puede iniciar el proceso de oficio.
- b. Se juntan en la figura del juez las funciones de acusación y decisión.
- c. El juez puede participar activamente en la búsqueda del material probatorio.
- d. La defensa se encuentra restringida.
- e. El uso de la escritura y del secreto.
- f. Se opta por la prisión preventiva del inculpado.
- g. La proposición de pruebas por las partes está restringida y su valoración por el Juez está tasada.
- h. Consideración del imputado como objeto del proceso.

3.El sistema de enjuiciamiento mixto cuenta con las siguientes características:

- a. El Proceso no puede nacer sin una acusación; pero ésta sólo puede provenir de un órgano estatal.
- b. El proceso de despliega a través de dos fases.
- c. Separación de las funciones de acusación y decisión.
- d. Prisión preventiva sólo en algunos casos.
- e. Libertad de defensa.
- f. Libertad de prueba.
- g. Tratamiento del imputado como sujeto del proceso.

4.El sistema de enjuiciamiento penal mexicano, que corresponde al modelo acusatorio, cuenta con las siguientes características:

- a. Necesidad de existencia de una acusación formulada por alguien distinto del Juez.
- b. El proceso sólo puede ser iniciado por el acusador.
- c. A las partes corresponde exclusivamente la aportación del material probatorio.
- d. Paridad absoluta de derecho y poderes entre el acusador y el acusado.
- e. Rigen los principios de oralidad, publicidad y concentración.
- f. Se opta por la libertad procesal del inculpado.
- g. Consideración del imputado como sujeto del proceso.
- h. Libertad de prueba.
- i. Libertad de defensa.

5.La separación de las funciones de persecución y decisión “es un presupuesto necesario aunque no suficiente para configurar el carácter acusatorio del proceso, (sino que) es preciso, además, que el juicio se desarrolle sin que el juez tome parte, junto al acusador, en una supuesta búsqueda de la «verdad material», comprometiendo así su imparcialidad...”¹; en otras palabras, resulta menester que el Juzgador evite participar de cualquier modo en la búsqueda del material fáctico,

¹ VERGER GRAU, Joan, *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, op. cit., p. 23.

cuando la finalidad de esa actividad sea la de suplir las deficiencias en que incurra el órgano de acusación.

6. De acuerdo con lo establecido por la Constitución, son el Ministerio Público y el inculpado los únicos facultados para aportar el material probatorio al proceso, incluso se otorga la posibilidad de aportar pruebas a las víctimas u ofendidos; situación no prevista, y por lo tanto no permitida al Juzgador. En este sentido, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal reproduce al mandato constitucional en sus términos y faculta sólo a las partes para la aportación de las pruebas al proceso penal; no obstante, señala dos casos de excepción en las que el Juzgador sí está facultado para la ordenanza de diligencias de prueba; a saber, las pruebas para mejor proveer y el supuesto del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

7. Las pruebas para mejor proveer tienen las siguientes características:

- a. Su finalidad es poner al Juez en aptitud de llegar a un mejor y más completo conocimiento de la verdad y como consecuencia, de situarlo en la posibilidad de emitir un fallo más equitativo.
- b. Su resultado puede ser utilizado por el Juez para determinar tanto la inocencia como la culpabilidad del procesado, lo que excluye la desafortunada posibilidad de que el Juzgador tome parte junto al acusador en “una supuesta búsqueda de la verdad material”.
- c. Deben ser ordenadas dentro de la instrucción, es decir, dentro de la fase probatoria del proceso penal, (misma que comienza con el dictado del auto de formal prisión), lo que a su vez trae como consecuencia, que deban ser desahogadas por el propio Juez por ser él la autoridad encargada del procedimiento.
- d. Deben derivar de otras que fueron practicadas anteriormente y que produjeron la duda o la oscuridad en determinada situación.
- e. Estas características excluyen la posibilidad de que el Juzgador ordene las pruebas para culminar (o más aún, para integrar en su

totalidad) la averiguación previa, por lo que no se compromete su imparcialidad.

8. Para que un Juez pueda dictar un auto de formal prisión y más aún, para que pueda obsequiar una orden de aprehensión, antes el Ministerio Público debió haber colmado la investigación y de ésta se deben derivar los datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado; si aún cuando no estén acreditadas tales exigencias se ejercita la acción penal, por mandato del artículo 36, la manera de subsanar la falta de consistencia de la acusación consistirá en que será ahora el Juez quien deberá señalar los requisitos que hagan falta para terminar de integrar la averiguación previa, comprometiendo con esto su imparcialidad.

9. La separación de las funciones de acusación y de juzgamiento es la característica principal y determinante de los modelos de enjuiciamiento de tipo acusatorio; misma que recoge nuestra Constitución en su artículo 21 en dos premisas fundamentales; en primer término que la acusación, con las correspondientes facultades de búsqueda del material probatorio que la sustente, compete al Ministerio Público; y en segundo lugar, que la decisión de la controversia le es encargada al Juzgador.

10. Si de las diligencias practicadas por el Ministerio Público se desprende que o bien no existe el delito, o bien no existen elementos que hagan probable la responsabilidad de una persona determinada, entonces este no queda constreñido a ejercitar la acción penal. En otras palabras, la obligación del Ministerio Público consiste en la búsqueda del material fáctico y no en ejercitar la acción penal.

11. El primer párrafo del artículo 36 otorga facultades probatorias al Juez en perjuicio del inculpado en una franca violación a los artículos 17 y 21 constitucionales, pues por la redacción del citado primer párrafo, consideramos y no nos parece exagerado decir, que el legislador da a través del mismo la

consigna al Juzgador, de terminar de integrar, mediante las pruebas que para tal efecto ordene, la averiguación previa; esto, en obvia suplencia de las funciones conferidas constitucionalmente al Ministerio Público; en otras palabras, en observancia del artículo 36, el Juzgador (que debería ser imparcial) señala la práctica de pruebas cuyo desahogo será a la postre la culminación de la investigación.

12. Si al juzgador no le está permitido el inicio oficioso de averiguaciones previas, menos aún se le puede permitir que intervenga de ninguna manera en la investigación de los delitos; prohibición que debe ser especialmente enfática cuando se trata de evitar que sea él quien termine de integrar la averiguación previa mediante la ordenanza de diligencias en ese sentido; pues la integración de la averiguación previa, precisamente con la finalidad de vedar la investigación al Juzgador, es encargada al Ministerio Público en ejercicio de su atribución acusadora. En este sentido, si no es obligación del Ministerio Público ejercitar acción penal, tampoco debería ser obligación del Juez (como se lo ordena el artículo 36) terminar de integrar la averiguación previa; pues esto le provoca un ánimo respecto de la culpabilidad del inculcado, lo que necesariamente se verá reflejado en una sentencia condenatoria.

13. De acuerdo a la presunción de inocencia, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, debiéndose resolver su absolución si su culpabilidad no queda suficientemente demostrada; por lo tanto, es violatorio de su presunción de inocencia el encargar la culminación de la investigación precisamente a la persona que decidirá sobre su situación.

14. En una resolución emitida al amparo del artículo 36, por el hecho de que se devuelvan las constancias al Ministerio Público, se esta (valga la expresión) “reactivando” la actividad investigadora de este último, y tan es así, que la finalidad las diligencias “señaladas” por el juez lo es la debida acreditación de los extremos constitucionales previos al ejercicio de la acción penal, mismos que deben ser

producto invariable de la investigación; por lo tanto, las diligencias que señala el juzgador en el supuesto del primer párrafo del artículo 36 son diligencias de investigación.

15. Si por un lado tenemos que el sistema de enjuiciamiento penal que se sigue en México es acusatorio y por otro tenemos que el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal es un vestigio inquisitivo, podemos determinar lo siguiente:

- a. El artículo 17 constitucional garantiza la imparcialidad de los Jueces y el artículo 21 constitucional ordena la separación fehaciente de las funciones de acusación y de decisión.
- b. El artículo 36 en obvia contradicción a los artículos constitucionales citados otorga indebidamente facultades de investigación al Juez penal; por lo tanto, podemos concluir que el legislador encargado de la redacción del primer párrafo del artículo 36 fue más allá de sus funciones y de paso contravino el derecho de todo inculpado a la presunción de inocencia, creando por el contrario, una presunción de culpabilidad.
- c. El artículo 36, con la consecuente pérdida de la imparcialidad que implica para los Jueces su observancia, resulta contrario y por lo tanto inconstitucional a la luz del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- d. El artículo 36 resulta contrario y atentatorio, y por lo tanto inconstitucional a la luz del artículo 21 de la Constitución por cuanto conduce a la confusión de las funciones de acusación y de juzgamiento, que a su vez conduce a la pérdida de la imparcialidad del Juzgador en perjuicio del derecho a la presunción de inocencia a que tiene derecho todo inculpado.

PROPUESTA

“Si bien el método de la ciencia del Derecho, en su calidad de ciencia del espíritu, no puede ser otro... sino el método crítico, también es cierto que la crítica sin propuestas es inútil.”

MERCEDES PELÁEZ

“¿Qué debemos entender por procurar Justicia?”

“La seguridad de que existe una solución ayuda en gran manera a encontrarla.”

CARL SAGAN

“Los Dragones del Edén”

De todo lo expuesto a lo largo del desarrollo del presente trabajo y una vez que arribamos a la conclusión de que el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal es inconstitucional por ser contrario a lo establecido por los artículos 17 y 21 de nuestra Carta Magna, debemos ahora hacer la propuesta pertinente y tendente a solucionar el problema planteado; al respecto, comenzaremos este apartado con la transcripción siguiente:

Si tomamos en cuenta que una garantía es “... toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo,... entendiendo por (éste) toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)... (Entonces) Las garantías positivas consistirán en la obligación de la comisión (y) las garantías negativas en la obligación de la omisión...

(En este sentido), también son garantías las obligaciones correspondientes a las... expectativas de reparación... que se generan con la violación de derechos subjetivos. (De donde surge una segunda distinción)... garantías primarias o sustanciales... consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados. (Y)...

garantías secundarias o jurisdiccionales (**que corresponden**) **a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten**, en el primer caso, actos ilícitos y, **en el segundo, actos no válidos que violen derechos subjetivos...**

Correlativamente, se puede llamar *normas primarias* a las que disponen obligaciones y prohibiciones, incluidas por tanto a las garantías primarias, y *normas secundarias* a las que predisponen las garantías secundarias de la anulación o de la sanción...

Por ejemplo,... La garantía primaria de los derechos de libertad es la prohibición de las leyes o medidas restrictivas de tales derechos implicada por la norma primaria en la que se establecen; **su garantía secundaria es la obligación de anular tales leyes**, prevista en las normas secundarias que establecen el control de constitucionalidad.”¹

De acuerdo con lo reproducido en los párrafos precedentes, debemos señalar que para que pueda darse una solución a las irregularidades (o mejor dicho, a las violaciones de las garantías de los imputados) que se presentan con la actual redacción del artículo 36 citado, lo conducente es reformar tal artículo.

En esta tesitura, nosotros consideramos que la mejor manera de solucionar el problema planteado es con la siguiente redacción:

Artículo 36. Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, por considerar que no están

¹ FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías*, trad. de Miguel Carbonell y otros, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006, p. 34.

reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; o bien, por considerar que el hecho u hechos que motivan la averiguación previa no tienen el carácter de delictuosos, se actuará de la siguiente manera:

- A.** En el primero de los casos el Juez penal deberá señalar aquellos requisitos que a su juicio no se encuentren satisfechos, fundando y motivando su resolución y el Ministerio Público, practicará las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente.

- B.** En el segundo de los casos, el Juez penal, de oficio, fundará y motivará su resolución exponiendo los razonamientos que lo llevan a tal consideración, señalará las diligencias pertinentes a acreditar la incomprobación del cuerpo del delito y devolverá la averiguación previa al Ministerio Público para que este la integre debidamente.

En ambos casos, el Juzgador devolverá los autos originales al Ministerio Público y una vez que este integre de nueva cuenta la averiguación previa, podrá optar, de acuerdo a los datos recabados, fundando y motivando su resolución, por volver a ejercitar la acción penal o por no ejercitarla y ordenar el archivo de la averiguación previa.

El Juez penal que emitió la resolución con fundamento en cualquiera de las dos hipótesis descritas en este artículo, quedará impedido de volver a conocer el asunto.

En caso de un nuevo ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, el nuevo Juzgador que conozca del asunto, en el caso de una negativa de orden de aprehensión o del dictado de un auto de libertad por falta de elementos para procesar, devolverá la averiguación previa correspondiente al Ministerio Público para que esta se archive de manera definitiva.

Es de hacer notar, que con la redacción propuesta se solucionarían los siguientes problemas:

- A.** Con la prohibición de que el mismo Juzgador que emitió la resolución con fundamento en el artículo 36 conozca, siendo el caso de un subsecuente ejercicio de la acción penal, se garantiza la imparcialidad del nuevo Juez que conozca del asunto y la falta de un ánimo creado respecto de la culpabilidad o inculpabilidad del imputado.
- B.** Se dejaría de vulnerar el derecho a la presunción de inocencia que debe tener todo inculpaado y el proceso por lo tanto, se volvería más garante de los derechos de aquel.
- C.** La redacción, al prever que el Juzgador tenga la posibilidad de señalar diligencias de pruebas, tanto de cargo como de descargo, provocaría una situación en la que el artículo automáticamente dejara de ser inquisitorio para armonizarse con el resto de nuestra legislación procesal penal.

“Lo que somos ahora sería imposible sin la intervención de aquellos que nos precedieron.”

JULIO MARTÍNEZ RÍOS

De un promocional de radio

“El conocimiento no parte nunca de cero, sino que siempre presupone un conocimiento básico... junto con algunas dificultades, algunos problemas...”

KARL R. POPPER

“Las dos caras del sentido común”

BIBLIOGRAFÍA

1. ACERO, Julio, *Nuestro Procedimiento Penal. Ensayo doctrinal y comentarista sobre las últimas leyes del ramo, del Distrito Federal y del Estado de Jalisco*, 3ª ed. revisada y adicionada, Jalisco, Guadalajara, México, Edit. Imprenta Font, 1939.
2. ADATO GREEN, Victoria, *Derechos de los Detenidos y Sujetos a Proceso*, 2ª ed., México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
3. ARILLA BAS Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, 19ª ed., México, Porrúa, 1999.
4. ARMENTA DEU, Teresa, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, Barcelona, España, José María Bosch Editor, 1995 124 pp.
5. BARRITA LÓPEZ, Fernando A., *Averiguación Previa. Enfoque interdisciplinario*, 2ª ed. actualizada, México, Porrúa, 1993.
6. BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1989.
7. BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991.
8. BORJA OSORNO, Guillermo, *Derecho Procesal Penal*, México, Puebla, Edit. José M. Cajica, 1969.
9. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, trad. de José Ortega y otro, 4ª ed. revisada, Bogotá, Colombia, Edit. Temis, 1985.

10. CASTRO, Juventino V., *El Ministerio Público en México, Funciones y Disfunciones*, 11ª ed., México, Porrúa, 1999.
11. CASTRO, Juventino V., *La Jurisdicción Mexicana*, México, Porrúa, 2003.
12. CHICHINO LIMA, Marco Antonio, *Las Formalidades externas en el Proceso Penal Mexicano*, México, Porrúa, 2000.
13. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 19ª ed., México, Porrúa, 2004.
14. DÍAZ DE LEÓN Marco A., *Tratado sobre las Pruebas Penales*, Tomo I, México, Porrúa, 1982.
15. FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías*, trad. de Miguel Carbonell y otros, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006.
16. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, 5ª ed., México, Porrúa, 1989.
17. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derecho Mixto y Derecho Procesal*, México, Escuela Nacional de Artes Gráficas, 1975.
18. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, 6ª ed., México, Porrúa, 1975.
19. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *El Proceso Penal Mexicano*, México, Porrúa, 2002.
20. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., México, Porrúa, 2001.
21. LAMO RUBIO, Jaime de y otros, *El Proceso Penal, Aspectos prácticos*, España, Bosch, 2000.
22. LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, Vol. I.
23. LEVENE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Buenos Aires, Argentina, 1975.
24. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Derecho Procesal Penal*, México, Iure Editores, 2003.

25. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., 3ª reimpresión, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2004, Tomo I.
26. MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *La Investigación Ministerial Previa. Un Nuevo Concepto de Procuración de Justicia*, 7ª ed., México, Porrúa, 1998.
27. MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La Presunción de Inocencia*, Navarra, España, edit. Aranzadi, 1999.
28. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, Barcelona, España, Edit. Ariel, 2000.
29. PALLARES, Eduardo, *El Procedimiento Inquisitorial*, México, Imprenta Universitaria, 1951.
30. PÉREZ PALMA, Rafael, *Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1980.
31. RIVERA SILVA, Manuel, *El Procedimiento Penal*, 20ª ed. corregida y aumentada, México, Porrúa, 1991.
32. TIEDEMANN, Klaus y otros, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, trad. de Juan Luis Gómez Colomer y otro, Barcelona, España, Edit. Ariel, 1989.
33. VERGER GRAU, Joan, *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, Barcelona, España, José María Bosch Editor, 1994.
34. ZAMORA-PIERCE, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, 11ª ed., México, Porrúa, 2001.

REVISTAS

1. ALDANA ROZO, Luis Enrique, "Proceso acusatorio, inquisitivo y mixto", *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Colombia, Vol. VIII, Nos. 27-28, Septiembre-Diciembre 1985 y Enero-Abril 1986.
2. ESTER LEDESMA, Ángela, "El Ministerio Público", en *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, Argentina, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, N° 50, Agosto, 1999.

3. FERRAJOLI, Luigi, “Garantías y Derecho Penal”, *Iter Criminis*, México, Inacipe, N° 1, Segunda ép., diciembre 2001.
4. HERNÁNDEZ ARIAS, Lorena, “La función del Juez en un Estado democrático y constitucional de Derecho”, *Locus Regit Actum Revista Jurídica*, Tabasco, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, Año V, Núm. 38, Abril-Marzo 2003.
5. PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “La Iniciativa del Juez en el Proceso Penal Acusatorio”, *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Argentina, Año XL, N° 61, Enero – Diciembre 2000.

LEGISLACIÓN

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 19ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2007.
2. CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, 19ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2007.
3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, 19ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2007.
4. LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, 19ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2007.

