



**Universidad
Latina**

UNIVERSIDAD LATINA S.C.

INCORPORADA A UNAM.

**“ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS PROCESALES E
IMPLICACIONES DEL AUTO DE VINCULACIÓN A
PROCESO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO
MEXICANO”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

NOMBRE DE LA ALUMNA: HAIDEÉ LOTH JANETT SILVA

NOMBRE DE LA ASESORA: LIC. MIRIAM MUÑOZ MORALES

MÉXICO, D.F. a 17 de febrero de 2010.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

México, D.F. a 19 de octubre de 2010.

LIC. Y ESP. ENRIQUE SANDOVAL NARES
DIRETOR TÉCNICO DE LA LICENCIATURA
EN DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD LATINA
P R E S E N T E

La que suscribe **LIC. MIRIAM MUÑOZ MORALES**, Catedrática de este plantel, me permito informarle, la que la **C. HAIDEÉ LOTH JANETT SILVA**, con número de cuenta **94860063-0**, ha concluido satisfactoriamente el trabajo de investigación para obtener el título de Licenciada en Derecho, titulado **“ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS PROCESALES E IMPLICACIONES DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO MEXICANO”**.

No omito manifestarle que el tema de tesis es de actualidad y trascendencia, dado que versa respecto a la profunda transformación del Sistema Penal Mexicano, de acuerdo a la Reforma Constitucional del 18 de junio de 2008, relativa a la implementación del Sistema Acusatorio, y en concreto respecto al Auto de Vinculación a Proceso, por tal motivo le otorgó mi **VOTO APROBATORIO**, toda vez que el trabajo que presenta la sustentante reúne los requisitos de fondo y forma establecidos por la Legislación Universitaria. Por ende, no tengo objeción alguna en aprobar éste trabajo, ya que cubre las expectativas de una obra digna de una tesis profesional.

A T E N T A M E N T E



LIC. MIRIAM MUÑOZ MORALES
CATEDRÁTICA DE LA LICENCIATURA EN DERECHO

México, D.F. a 18 de noviembre de 2010.

**LIC. Y ESP. ENRIQUE SANDOVAL NARES
DIRETOR TÉCNICO DE LA LICENCIATURA
EN DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD LATINA
P R E S E N T E**

El que suscribe **LIC. JORGE ARMANDO PACHECO GARCÍA**, Catedrático de este plantel, me permito informarle, la que la **C. HAIDEÉ LOTH JANETT SILVA**, con número de cuenta **94860063-0**, ha concluido satisfactoriamente el trabajo de investigación para obtener el título de Licenciada en Derecho, titulado **"ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS PROCESALES E IMPLICACIONES DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO MEXICANO"**.

No omito manifestarle que el tema de tesis es de actualidad y trascendencia, dado que versa respecto a una de las Reformas Constitucionales más importantes de los últimos años, la cual conlleva a una total transformación del Sistema Penal Mexicano, relativa a la implementación de un Sistema Acusatorio Garantista, y en concreto respecto al Auto de Vinculación a Proceso, por tal motivo le otorgó mi **VOTO APROBATORIO**, toda vez que el trabajo que presenta la sustentante reúne los requisitos de fondo y forma establecidos por la Legislación Universitaria. Por ende, no tengo objeción alguna en aprobar éste trabajo, ya que cubre las expectativas de una obra digna de una tesis profesional.

A T E N T A M E N T E



**LIC. JORGE ARMANDO PACHECO GARCÍA
CATEDRÁTICO DE LA LICENCIATURA EN DERECHO**

AGRADECIMIENTO

Mi **PAPÁ**, me enseñó que la puerta para abrir el mundo sería la palabra GRACIAS, y me distinguiría de los demás, que gran razón tenías papi, y aunque no estás presente en este momento, yo sé que me acompañas cuando más te necesito, y hoy celebras este triunfo conmigo; no quiero ser ingrata, al no recordar a todas las personas –presentes y ahora cerca de **DIOS**-, que con sus palabras y ejemplo, contribuyeron a mi crecimiento no solo como profesionista, sino como persona, ayudándome a madurar y amar esta noble profesión, que mi **Tía Bertha, Nora y mi Abuelo**, oportunamente siempre me dijeron cambiaré para bien y el de mi familia, mi vida de manera total; **SEÑOR**, me siento muy afortunada por todo el amor que fui bendecida en recibir, no permitas que pierda en mis pensamientos y siempre ilumina el camino que debo seguir y el que es mejor para mí y los míos; al ser este momento tan especial, te quiero compartir:

A TI MAMI:

Gracias por no dejarme claudicar, por no dejarme conformar, y por creer que puedo lograr grandes proyectos con mi vida, eres mi ideal de mujer por todo lo que eres, sabes y haces, tu invaluable fe me ha demostrado como mover montañas, he sido ingrata contigo al olvidar mi titulación, porque deje de valorar tu gran esfuerzo para que tuviera una visión distinta del mundo y una mejor oportunidad de vida; lo logré, mejor dicho lo logramos, porque te aseguré que en cada una de las páginas de este trabajo siempre estuviste presente, como en los momentos más importantes de mi vida, y eso solo te puedo pagar, desempeñando con mi mejor esfuerzo esta hermosa profesión que con todo tu amor no solo me encaminaste, sino también me la regalaste.

A MI JENY Y RODO:

Gracias pequeños angelitos por llegar a mi vida e iluminarla por completo, les dedico con todo mi amor este trabajo, a ustedes mi inspiración y fortaleza; quiero que se sientan orgullosos de su mamá, por que al brindarme su tiempo, logre esta meta en mi profesión, pido a Dios vida para que me permita un día compartir este mismo triunfo en la vida de cada uno de ustedes, sólo le quiero decir que desde que llegaron a mi vida y me levantó todas las mañanas, al verlos reír se que Dios me ama.

A MI RODO:

Amor, gracias por apoyarme en este logro y en todo lo demás, caminar contigo me da no sólo la confianza, sino la seguridad de que no estaré sola en los momentos más oscuros, y que siempre estarás ahí para cuidarme y apoyarme, por muy loco o incongruente que sean mis planes, y darme la palabra exacta para encontrarme de nuevo, llegaste a mi vida en el momento preciso y cuando estaba preparada para conocerte y valorarte, ahora es un placer compartir contigo esta felicidad que me invade, espero que esto, conteste la pregunta que siempre me haces, TE AMO.

A MIS HERMANOS:

Flaca, Gordo y Moreno, mis grandes compañeros, sus palabras de aliento durante toda mi carrera, siempre me hicieron sentir una gran persona, pero saben por que lo era más, por los hermanos que gracias a Dios me permitió tener, nuestro lazo de amor es muy grande e indestructible, por que siempre hemos estado unidos, con diferencias y tropiezos, pero unidos, eso nos hace, más que hermanos, amigos incondicionales. Sus consejos y llamadas de atención si me sirvieron y logre mi tesis, todo el apoyo que me han brindado, solo se puede pagar tendiéndoles mi mano cuando lo necesiten. Moreno ya llegó el momento de pagar tu promesa, ya cumplí.

A USTED MAGISTRADA SARA PATRICIA OREA OCHOA:

Gracias, porque en aquella ocasión que llegue a su privado, me tendió su mano de manera desinteresada y confió en mí, mostrándome la visión humana del Derecho, que es más allá que un código rígido e inflexible, sino que constituye una nueva oportunidad de cambio, además de que se interesó siempre en mi crecimiento no solo profesional, sino también personal, por que sus valiosos consejos siempre me han ayudado a tener una visión distinta de los problemas y su solución, siempre me ha dicho que dejemos a Dios todas nuestras aflicciones, y él las remediará en el momento preciso, hoy llegó ese momento en mi vida –y espero que pronto llegue también a usted-, me siento agradecida de formar parte de su equipo, gente verdaderamente valiosa no sólo por su conocimiento, sino por la calidad humana con la que nos ha enseñado a todos a trabajar; no me resta más que decirle que me siento afortunada haberla conocido, porque el hecho de saber que existe alguien distinto en muchos sentidos, en medio de un sistema de caos, la cual le apuesta a una verdadera justicia, la hace una jurista difícil de igual pero muy digna de imitar.

A LA LICENCIADA CONCEPCIÓN CRUZ GÓMEZ:

Gracias, por todos sus consejos invaluable, los cuales siempre me han ayudado a crecer y a encontrar una luz en un cambio que sentí interminable y agobiante, nunca olvidare cuando con mucho temor a ser rechazada, le pedí me permitiera conocer al Derecho Penal, nunca imagine que además de que me regalo la hermosa oportunidad de conocer a la Magistrada Orea, pilar importante en mi vida, también Usted me brindó su valiosa amistad; esos regalos no se pagan con nada, sólo demostrando, como me lo ha expresado e innumerables ocasiones, desempeñando mi carrera con todo el amor y la pasión, ya que ésta me brinda la oportunidad de ayudar o incluso cambiar la vida de alguien más.

A MI AMIGA ANA LILIA VALLE COLÓN:

Gracias por tu cariño constante en todo momento, siempre tienes las palabras que necesito escuchar, a veces de regaño, cuando ya perdí el piso, y otras de aliento, cuando siento que no puedo más, me has brindado tu tiempo y paciencia para acompañarme a terminar lo que sentí interminable, tienes una enorme calidad humana, y me siento afortunada de ser tu amiga, porque nunca me has dejado sola y en ocasiones, dejas todo por solidarizarte conmigo; Lily, tenemos un pacto y vamos a cumplirlo, por que este triunfo que me ayudaste a tener, espero en reciprocidad devolverlo algún día, cuando tú decidas que ha llegado el momento; cuentas conmigo y estoy en eterna deuda contigo.

A MI ASESORA MIRIAM:

Gracias, por brindarme de manera cálida su paciencia y apoyo, durante este tiempo, ayudándome a llegar a la meta anhelada, y siempre aconsejándome la prudencia y paciencia que creí perdidos, mostrándome total interés en mi dudas y temores, encontré en Usted, puedo decirlo así, más que una guía profesional, sino una amiga que Dios puso en mi camino para lograr uno de los triunfos más importantes en vida, su amor a la docencia se ve reflejado en cada uno de sus actos, gracias por no claudicar en esta noble tarea y acompañarme a triunfar.

“ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS PROCESALES E IMPLICACIONES DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO MEXICANO”

CAPÍTULO I “LA FUNCIÓN JUDICIAL EN UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO: IMPORTANCIA Y LÍMITES”

1.1	El concepto de Estado	01
1.2	Los elementos del Estado	09
1.3	Las funciones del Estado	23
1.3.1	La función Legislativa	30
1.3.1.1	La función Constituyente Originaria o Revolucionaria	31
1.3.1.2	La función Constituyente Permanente	31
1.3.2	La función Administrativa	32
1.3.3	La función Judicial	34
1.4	Naturaleza de la actividad represiva del Estado	42
1.4.1	El principio de Intervención Mínima	46
1.4.1.1	La subsidiariedad del Derecho Penal	46
1.4.2	El principio de Intervención Legalizada	48
1.4.2.1	Características de un Estado de Derecho	52
1.4.2.2	Principios Rectores del Estado de Derecho	52
1.5	El Sistema de Justicia Penal de un Estado de Derecho Social y Democrático	54
1.5.1	Características del Sistema de Justicia Penal de un Estado de Derecho	55
1.6	El Sistema de Justicia Penal del Estado Mexicano	56

CAPÍTULO II “EL PROCESO PENAL: SU COMPRENSIÓN ACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA”

2.1	Formación del Proceso Penal	59
2.1.1	Evolución del Proceso Penal en Grecia	60
2.1.2	Evolución del Proceso Penal en Roma	62
2.1.2.1	Las acciones de la Ley	62
2.1.2.2	Decadencia de las <i>legis acciones</i>	67
2.1.2.3	El Procedimiento Formulario	68
2.1.2.4	El Procedimiento Extraordinario	69
2.2	El Proceso Penal en la Edad Media	72
2.2.1	El Proceso Penal en el Derecho Germánico	78
2.2.2	El Proceso Penal en el Derecho Canónico	80
2.3	La Baja Edad Media y los Inicios de la Edad Moderna: Estabilización de la Justicia Penal y Verdad Material	90
2.4	La Revolución Francesa: la transformación del siglo XIX	100
2.5	Derecho Procesal Indiano	101
2.6	Derecho Moderno: Formación del Proceso Contemporáneo	106
2.7	Evolución del Proceso Penal Mexicano desde la Independencia	109

CAPITULO III “NATURALEZA Y PRINCIPIOS DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES”

3.1	Derecho Sustantivo y Derecho Instrumental	116
3.2	Noción y Naturaleza del Derecho Procesal	118
3.2.1	Características del Derecho Procesal	122
3.2.2	Objeto del Derecho Procesal	124
3.2.3	Fuentes del Derecho Procesal	124
3.2.4	Principios del Derecho Procesal	127
3.2.5	Principios Fundamentales del Procedimiento	130
3.3	El Proceso Penal como actuación del Derecho Penal	142
3.3.1	Principios Garantistas del Derecho Procesal Penal	146
3.4	La Historia de la Teoría General de Sistemas	149
3.4.1	La Teoría de los Sistemas en las Ciencias Sociales	151
3.4.2	Proceso Evolutivo de la Teoría General de Sistemas	153
3.4.3	Características Básicas de los Sistemas	157
3.5	Los Sistemas de Aplicación del Derecho Penal	163
3.5.1	Fundamentos del Sistema Jurídico Penal	165
3.5.1.1	El Sistema Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho como Sistema de Garantías	171
3.6	Los Sistemas Penales	173
3.6.1	El Sistema Clásico y el Neoclásico (CAUSALISMO)	174
3.6.2	El Sistema Final de la Acción	175
3.6.3	El Sistema Funcionalista	179
3.6.3.1	El Pensamiento Sistemática de N. Luhman	179
3.7	Los Sistemas Procesales Penales	186
3.7.1	El Sistema Inquisitivo	187
3.7.1.1	Rasgos Fundamentales del Proceso Inquisitivo	191
3.7.2	La Figura del Juez de Instrucción	199

CAPITULO IV “RASGOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA ACUSATORIO”

4.1	El Sistema Acusatorio debate por su implementación	202
4.1.1	Iniciativa de Reforma Constitucional	202
4.1.1.1	Iniciativa del Presidente de la República Vicente Fox Quezada	203
4.1.1.2	Iniciativa del Diputado César Camacho Quíroz	208
4.1.1.3	Iniciativa de los Diputados Javier González Garza, Alejandro Chanona Hurguete, Ricardo Cantú Garza y otros	210
4.1.1.4	Comentarios de las Iniciativas	211
4.1.2	Objetivos de la Reforma Constitucional	212
4.2	La Presencia de Elementos Inquisitivos en todo Proceso denominado Acusatorio	216
4.3	Diferencias entre el Sistema Inquisitivo y Acusatorio	218
4.4	Elementos de comparación entre el Sistema Inquisitivo y el Acusatorio	220
4.5	Elementos esenciales del Sistema Acusatorio	222
4.6	La Adversalidad en el Sistema Acusatorio Garantista	224
4.7	Principios del Sistema Acusatorio	227

4.7.1	Principio de Oralidad	231
4.7.2	Principio de Inmediación	233
4.7.3	Principio de Igualdad entre las Partes	235
4.7.4	Principio de Concentración	236
4.7.5	Principio de Continuidad	237
4.7.6	Principio de Imparcialidad	238
4.7.7	Principio de Publicidad	238
4.7.8	Principio de Contradicción	240
4.8	Elementos Secundarios del Sistema Acusatorio	242
4.9	Instituciones Procesales en el Nuevo Sistema de Justicia Penal	244
4.10	Necesidad de que alguien sostenga la acción (El Fiscal como Garante)	245
4.11	El Juez de Control de Garantías como Juez Constitucional	251
4.11.1	Principios Generales que deben acompañar el Juicio del Juez de Control de Garantías	253
4.11.2	Principio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	254
4.11.3	Principio de Celeridad	255
4.11.4	Principio de Proporcionalidad	256
4.11.4.1	Subprincipios que conforman el Principio de Proporcionalidad	257
4.12	Los Derechos Fundamentales del Gobernado que deben ser garantizados por las Instituciones Procesales	261

CAPÍTULO V “CONCEPTOS PROCESALES DEL AUTO DE VINCULACIÓN AL PROCESO Y SUS IMPLICACIONES EN EL SISTEMA ACUSATORIO”

5.1	Integración del Proceso Penal Acusatorio	263
5.1.1	Mapeo del Proceso Penal Acusatorio	266
5.1.2	La Etapa Preliminar del Proceso Acusatorio	267
5.1.2.1	Investigación	272
5.1.2.1.1	La Carpeta de Investigación	274
5.1.2.1.2	El Acuerdo de Inicio	276
5.1.3	Control de Garantías	276
5.1.3.1	La Fase Preliminar de Control de Garantías (sin detenido)	277
5.1.3.2	La Fase Preliminar de Control de Garantías (con detenido)	278
5.1.4	La Formulación de la Imputación	279
5.2	Auto de Vinculación a Proceso	284
5.2.1	Citación de las Partes a la Vinculación a Proceso	288
5.2.2	Argumentación de las Partes respecto a la Vinculación a Proceso	288
5.2.3	Los Elementos para el Pronunciamiento de un Auto de Vinculación a Proceso	289
5.3	Dato de Prueba	289
5.4	Finalidad de una Teoría del Delito y del Sujeto Responsable	290
5.4.1	Evolución de la Teoría del Delito	292
5.4.1.1	El Causalismo Naturalista	294
5.4.1.2	El Causalismo Valorativo	295
5.4.1.3	La Teoría Finalista de la Acción	297
5.4.1.4	Tipo y Tipicidad	298
5.4.1.5	La Antijuridicidad	312

5.4.2	La Teoría del Sujeto Responsable (Culpabilidad)	314
5.5	El concepto del Hecho que la ley señale como Delito de acuerdo a la Reforma del artículo 19 Constitucional	315
5.5.1	El Hecho como Objeto del Proceso Penal	319
5.5.2	La indivisibilidad del Objeto del Proceso	321
5.5.3	Relevancia del Objeto del Proceso	321
5.5.4	Valoración probatoria de los Datos de Prueba	323
5.6	Medida Cautelar como implicación del Auto de Vinculación a Proceso	323
5.6.1	Las Características de las Medidas Cautelares	326
5.6.2	Las Medidas Cautelares y La Presunción de Inocencia	327
5.6.3	Principios Inspiradores de las Medidas Cautelares	328
	5.6.3.1 Principio de Legalidad	329
	5.6.3.2 Principio de Jurisdiccionalidad	329
	5.6.3.3 Principio de Excepcionalidad e Instrumentalidad	330
	5.6.3.4 Principio de Provisionalidad	330
	5.6.3.5 Principio de Proporcionalidad	331
5.6.4	Presupuestos de las Medidas Cautelares	332
5.6.5	Clasificación de las Medidas Cautelares	333
	5.6.5.1 Medidas Cautelares Reales	334
	5.6.5.2 Medidas Cautelares Personales	335
	5.6.5.2.1 Tipos de Medidas Cautelares Personales	336
	5.6.5.2.1.1 Detención	340
	5.6.5.2.1.2 Prisión Preventiva (concepto)	344
	5.6.5.2.1.2.1 Fundamentos de la Prisión Preventiva	345
5.6.6	Presupuestos para Acordar la Medida Cautelar	346
	5.6.6.1 Duración de la Prisión Provisional Preventiva	348
5.7	Distinción entre el Auto de Vinculación a Proceso y el Auto de Formal Prisión	349

CAPITULO VI “ALCANCES DE LA REFORMA DEL SISTEMA JUDICIAL PENAL EN CUANTO AL INICIO DE LA SECUELA PROCESAL”

6.1	La Transición del Sistema de Justicia Penal	350
6.2	Razones para la Transformación Integral del Sistema de Justicia Penal	353
6.3	La Poca Efectividad de las Transformaciones del Sistema de Justicia Penal	357
6.4	Necesidad de una Transformación a Fondo e Integral del Sistema Penal	362
6.5	Necesidad de Transformar el Sistema Procesal Penal	367
6.6	Fortalecimiento del Sistema Procesal Penal Acusatorio	369
6.7	Los Juicios Orales en México, ¿condición o alternativa del Sistema Penal Acusatorio	372

CONCLUSIONES
BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

La Reforma Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, constituye una de las reformas más importantes de los últimos años, ante la serie de expectativas y retos, que ofrece una absoluta transformación de nuestro Sistema de Justicia Penal en total bancarrota, cuyas prácticas procedimentales, como la secrecía en la investigación y desigualdad procesal, ya no satisfacen a ninguno de sus protagonistas, al no garantizarse los derechos de la víctimas, los procesados y agentes de la autoridad que intervienen en su desarrollo; factores que sin duda alguna propician que la sociedad sienta defraudado su sentimiento de justicia y nos proyecta a nivel internacional, como un país que deja de reconocer un debido proceso para cualquiera de sus gobernados, como incluso se aprecia del “Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México”, emitido por la Organización de las Naciones Unidas en 2003, y la cual sugiere una profunda transformación en el Sistema de Justicia, tendiente a abandonar de manera total el enjuiciamiento penal inquisitorio, ante la implementación de un Sistema Acusatorio, donde se busque no sólo garantizar un debido proceso a los gobernados, sino de igual forma que satisfaga a la víctima.

Los objetivos de la Reforma, parten de ajustar el Sistema Penal, a los principios de un Estado de Derecho Social y Democrático, el cual tiene su fundamento en los postulados jurídicos de un modelo garantista -la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia-, ante ello, nuestro estudio parte de este contexto, no sólo establecer los conceptos generales del Estado, en cuando a sus elementos y funciones, entre las que destacamos, la judicial, pues es esta enmienda, la que consideramos la más importante, al tener por objeto garantizar el control de la vida de los individuos, y la cual debe ser sin duda alguna especializada, y encomendada a juzgadores con altos estándares no sólo de conocimientos, si no de ética judicial; dado que el poder punitivo representa la máxima maquinaria estatal para lograr la adecuada convivencia social.

La creciente desconfianza de la sociedad de Nuestro Sistema de Justicia Penal, constituye uno de las problemáticas que debe ser analizada con el mayor cuidado, toda vez que el sentimiento de inseguridad que se ha incrementado de manera significativa en los últimos años, no sólo obedece a un incremento desmesurado del fenómeno de la delincuencia, creando incluso nuevas figuras como la denominada “organizada”; sino también a la falta de credibilidad en las instituciones de Procuración e Impartición de Justicia, por ello consideramos indispensable, retrotraer nuestro análisis a la historia procesal penal, dado que si no la conocemos y aprendemos de ella, tanto en sus logros como en su hierros, estaremos condenados a repetir el colapso de esos diferentes sistemas en los que se sustentaron, por ello, partimos de los fundamentos de la jurisdicción y como ésta dio inicialmente respuesta al modo de tutelar la sociedad, emergiendo de ella la soberanía como facultad permanente de administrar justicia y principio de legitimidad del ejercicio del poder, es así que mediante este examen nos cuestionamos era necesario transformar la totalidad del sistema o sus operadores, para garantizar el éxito de la Reforma, y recuperar la confianza de la sociedad en su Sistema de Justicia, o actuaciones como “*la policía no previene los delitos, los Ministerios Públicos no saben investigar, integran muy malas averiguaciones previas, los Jueces son indolentes y casi nunca asisten a las Audiencias, en ocasiones ni conocen a los justiciables, y en los reclusorios lo menos que se hace es atender el mandato constitucional que ordena que se logre la “readaptación social” de los sentenciados*”, sólo son el resultado de malas prácticas generadas por la ignorancia, que genera arbitrariedad e impunidad y a la larga si no se realiza su instauración de forma seria, es el preámbulo del reflejo que veremos en algunas décadas.

Por ello, es necesario conocer los conceptos y naturaleza no sólo los principios de los Sistemas Procesales Penales, tanto Inquisitivo como Acusatorio, si no en cuanto a su esencia y formación con la Teoría de los Sistemas, pues a través de este contexto afirmamos que el orden jurídico, garantiza un sistema de límites frente a los diversos intereses y voluntades particulares, otorgando para ello la intervención de la jurisdicción en caso de generarse conflicto, así como los particulares que rigen o subordinaran el mismo a fin de descubrir la verdad legal en el caso del Sistema Inquisitivo o solucionar el conflicto en el Sistema Acusatorio.

Situación que notoriamente, revela el sentido y naturaleza de cada uno de los sistemas por ello, centro mi estudio en las resoluciones judiciales que emanan del segundo, en especial de la Vinculación a Proceso, que al establecerse en la reforma al artículo 19 Constitucional se le quiso equiparar a la Formal Prisión, sin embargo como se analizara parte de supuestos distintos, que si bien centran el sentido dialéctico del proceso e incluso exigen conceptos procesales iguales; sin embargo sus implicaciones, sin duda alguna vislumbran un panorama totalmente distinto al acostumbrado en el actual proceso penal, por eso planteó que la conceptualización de los requisitos procesales de la anterior determinación, si bien garantizan mayor seguridad jurídica a los gobernados que ingresan al sistema, de igual forma ante la naturaleza de esta institución únicamente formaliza y judicializa la investigación, sin cerrarla o concluirla.

Por ello, fue necesario establecer no solo los principios, sino además los fundamentos de la primera etapa inicial o de investigación del sistema acusatorio, a fin de concretizar los conceptos procesales (hecho delictivo y probable responsabilidad) de la vinculación a proceso, en cuanto a su estructura y acreditación, siendo este último aspecto el que a nuestro juicio es donde se ha generado la controversia, pues con independencia de sus requisitos probatorios, no es esto lo que genera impunidad, sino el desconocimiento de tales estructuras, lo que ocasiona incluso determinaciones judiciales incomprensibles.

En este contexto, este trabajo presenta a la Reforma Penal no como una necesidad urgente, sino indispensable e improrrogable, ante el examen de la agonía del actual sistema, previo a que nuestras futuras generaciones retrocedan a la barbarie, pues ya no es extraño escuchar el linchamiento de los delincuentes por un pueblo enardecido, la fuga de más de 10, 15 y por qué no de hasta 20 sentenciados de los Centros de Reclusión, o el hallazgo no de uno o dos, sino de un sin número de cadáveres con letreros o firmas de los distintas organizaciones criminales; situación que planteamos es imposible e inadmisibles acostumbrarse, pues si bien es cierto el Derecho Penal no es la cura de todo, ni tampoco su exacerbación lograra restaurar la paz social anhelada, sin embargo sí es posible comunicarnos en menos de un minuto con alguien del otro extremo del planeta, o diseñar

ciudades enteras en un solo inmueble (Torre Burj Dubai), nos cuestionamos a lo largo del presente trabajo ¿por qué nos resulta imposible e incluso irreal, modernizar nuestro Sistema Penal y hacerlo incluso compatible con las mejores prácticas internacionales?.

CAPITULO I “LA FUNCION JUDICIAL EN UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO: IMPORTANCIA Y LÍMITES”

1.1 El concepto de Estado

“El Incremento de la Delincuencia se debe fundamentalmente a la corrupción en los Órganos de Administración y Procuración de Justicia”, eslogan que comúnmente escuchamos de los medios masivos de comunicación, cada vez que se comete un delito relevante, en contra de grandes personalidades o en los llamados “*asuntos relevantes*” para los medios de comunicación; sistemática que conlleva afirmar que el problema de inseguridad pública que vive actualmente nuestro país, acontece esencialmente ante la falta de funcionalidad de los mecanismos de control estatales, sobre todo los que tienen que ver con el *Sistema de Justicia Penal*; postura que no es del todo exacta, ya que influyen otros factores primarios que se dejan de lado (como falta de educación, oportunidad laborales, etc.) pues sin desconocer que indudablemente los problemas de la impunidad y el de la corrupción cada vez más evidente, son causa directa e inmediata de la decadencia del actual sistema de procuración y administración de justicia, incluso podrían denominarse un cáncer, sin embargo, desde mi particular punto de vista y como lo expondré a lo largo del presente trabajo, magnificar tal problemática como lo hacen los medios masivos de comunicación, solamente conlleva a impedir tener una visión real de las soluciones para mejorar la eficacia del Sistema de Justicia, pues la mediación ocasionada, sólo conlleva a incrementar desmesuradamente el actual sentimiento de inseguridad pública, así como la pérdida de la credibilidad ciudadana hacia las instituciones del Sistema, surgiendo así reacciones –negativas y positivas, destructivas - tanto en la ciudadanía como en las instancias estatales de control.

La primera de acuerdo al Doctor Moisés Moreno Hernández, “*...se manifiesta por una mayor represión de las medidas frente al fenómeno delictivo, dentro de las cuales pueden encontrarse posturas reflexivas y racionales, así como puramente emotivas, viscerales o irracionales de los diferentes sectores sociales, sin descartar las tendencias desesperadas de hacerse justicia por sí mismo –ante la inercia del aparato estatal- que se manifiestan en actos*

violentos...”¹; como acontecía en el primer período de evolución de las ideas penales, donde el impulso de la defensa o la venganza era la *ratio essendi* de todas las actividades provocadas por un ataque injusto, apareciendo la fórmula “ojo por ojo y diente por diente”², provocando, el aumento desmesurado de la pasión de los gobernados por satisfacer de muto propio, lo que cada uno de ellos entiende por “justicia”; situación, que evidentemente genera no solo descontento, sino de forma alarmante “mayor violencia”, pues evidentemente tal fenómeno social, lleva aparejada ésta. Otro de los aspectos de la reacción de la ciudadanía, ante el fenómeno delictivo, lo constituye la necesidad de reflexionar sobre la conveniencia de endurecer cada vez más las penas, e incluso la posibilidad de establecer en la legislación penal, particularmente para hechos de importante gravedad “la pena de muerte”³.

La segunda reacción denominada “estatal”, explica el Doctor Moreno, es de igual forma abundante y con diversa intensidad, no siempre seguida de criterios uniformes, toda vez que en el ámbito mexicano se observa claramente que la forma de reacción institucional en la mayoría de las veces carece de coherencia y de consistencia, en especial por la visión de sus protagonistas⁴, pues el trabajo de nuestros legisladores, tanto federales como locales, ha revelado una total falta de estudio serio de todas circunstancias que rodean el fenómeno de la delincuencia, a través de una efectiva política criminal⁵ encaminada a adecuarse a las exigencias de un Estado de Social y Democrático de Derecho⁶, que se caracterice fundamentalmente por garantizar los derechos del hombre frente a los Órganos del Estado; situación que, no acontece, por el contrario, la Autoridad Legislativa se enfoca, en la creación desmedida de reformas “*express*”⁷, que demuestran, inclusive a corto plazo, su

¹ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés., “*POLÍTICA CRIMINAL Y REFORMA PENAL, ALGUNAS BASES PARA SU DEMOCRATIZACIÓN EN MÉXICO*”, Editorial CEPOLCRIM, México, 1999, pp. 11 y ss.

² CASTELLANOS TENA, Fernando., “*LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL*”, 45ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2004, pp.31 y ss.

³ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Ob. Cit.* p.12.

⁴ *Ob. Cit.* pp. 13-14. .

⁵ Disciplina conforme a la cual el Estado realiza la prevención y represión del delito, su propósito es el aprovechamiento práctico, por el legislador, de los conocimientos adquiridos por las ciencias penales (estudios sociológicos del delito y antropológicos del delincuente), para satisfacer los fines propios del ordenamiento jurídico. Pavón Vasconcelos, Francisco. “*Diccionario de Derecho Penal (Analítico-Sistemático)*”, 3ª ed., Editorial Porrúa. México, 2003, p.790.

⁶ Las exigencias de un Estado de Derecho se traducen en crear y asegurar las condiciones de existencia que satisfagan las necesidades del grupo de individuos que le dieron origen y posibilitar la vida en comunidad.

⁷ SOSA ORTIZ, Alejandro. “*EL CUERPO DEL DELITO, LA PROBLEMÁTICA PARA SU ACREDITACIÓN*”, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005, p. 2

infuncionalidad, pues tales medidas precipitadas se sustentan en una falta de seriedad al momento de tratar los programas tendientes a la prevención y represión del delito, tal es el ejemplo de los conceptos procesales que formaron parte de la medida cautelar a estudio, entre los años de 1999 y 2005 -Cuerpo del Delito y Responsabilidad Penal-, donde el Legislativo sustentó la necesidad de la Reforma que conllevaría a un efectivo combate a la creciente delincuencia al dejar de exigir mayores requisitos a la Autoridad (Ministerial y Judicial) para el libramiento de Órdenes de Aprehensión o el inicio de la secuela procesal mediante el dictado de una Formal Prisión, lo anterior como se observa en los argumentos presentados en la Iniciativa de Reforma al Artículo 19 Constitucional, presentada por el Doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, al Congreso de la Unión en marzo de 1999, donde textualmente destacó la frase: “*grado excesivo de exigencia probatoria*” como impedimento para el debido funcionamiento del Sistema Justicia, pues establecía que tal situación evitaba el enjuiciamiento de presuntos delincuentes, con el consecuente aumento de la impunidad, además, como dato relevante, precisó que en el año de 1997, ende todas las averiguaciones previas, consignadas ante la autoridad judicial, no se “*obsequiaron órdenes de aprehensión en más del 20 por ciento*”⁸.

Otro aspecto de infuncionalidad de medidas para el combate de la delincuencia, lo constituye el incrementar las penas de forma injustificada a los ilícitos que tutelan bienes tales como “el patrimonio”, dejando en desproporción al máximo bien axiológico –vida-, como en el caso de HOMICIDIO CULPOSO o HOMICIDIO EN RIÑA⁹; o en materia procesal, como

⁸ SOSA ORTIZ, Alejandro. Op, cit. p. 3.

⁹ Verbigracia de lo anterior, Si A comete el delito de ROBO CALIFICADO en contra de B, por un monto indeterminado, siendo la víctima una persona de más de sesenta años de edad, cuando transitaba en la vía pública, y ello fue mediante violencia moral, implica que atendiendo a tales circunstancias se debe atender a las sanciones previstas en los numerales 220 fracción II, 223 fracción IX, 224 fracción IX y 225 párrafo inicial, de la Ley Sustantiva Penal vigente para esta Capital, por un grado de culpabilidad mínimo, le corresponderían 4 AÑOS 9 NUEVE MESES DE PRISION.- Y en cambio si A al conducir su vehículo a una velocidad mayor a la permitida en una vía primaria, y al no llevar la debida atención al frente atropella a B, y lo priva de la vida al ocasionarle lesiones, que por su naturaleza fueron clasificadas de mortales, al encontrarnos en presencia de un HOMICIDIO CULPOSO con fundamento en las sanciones previstas en el artículo 123 en relación al numeral 76 del Código Penal vigente para esta entidad, le corresponderían 2 AÑOS DE PRISION; o si en su caso existió una contienda de obra y no de palabra entre A (en calidad de provocado) y B (en calidad de provocador) y a consecuencia de la misma A privó de la vida a B; la pena que le correspondería estimándole un grado de culpabilidad mínimo, sería, de acuerdo al numeral 129 del Ordenamiento en comentario, de 3 TRES AÑOS DE PRISION.- Panorama que evidentemente, nos permite advertir la desproporcionalidad que existe actualmente en nuestra Legislación Sustantiva Penal, en cuanto a la afectación del bien de mayor jerarquía axiológica y el patrimonio, pues si bien, no desconocemos el incremento respecto a la comisión de dicho delito en los últimos años; empero, el maximizar

la publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, donde, se habla del “*hecho que la ley señale como delito*”, y la cual de acuerdo a Rubén Quintito Zepeda, el sentido de tal reforma pertenece a un sistema retrasado y empobrecido que se revela como ventajoso y que va mano a mano con el despotismo y con la arbitrariedad de un Estado autoritario¹⁰, para comprender tal afirmación basta recordar que la razón del legislador para rechazar la figura jurídica de “elementos del tipo penal”, fue que se renunció a la misma dado que ésta incrementó el nivel probatorio, lo cual generó que la mayoría de las averiguaciones previas no llegaban al conocimiento judicial, al no reunirse los elementos requeridos. Ahora recordemos el argumento del legislador para rechazar la figura procesal “cuerpo del delito y probable responsabilidad”, de acuerdo a la Exposición de Motivos fue que si bien con éstas se buscaba “reducir la exigencia probatoria”, también es cierto que en algunos casos las legislaciones de las Entidades Federativas, al interpretar el concepto “cuerpo del delito”, **elevaron la exigencia probatoria, no lográndose entonces el objetivo perseguido, es decir “reducir la exigencia probatoria”**; por lo que en la actual reforma se sustenta que el nuevo proceso no sostenga un nivel probatorio tal alto y en consecuencia, el Ministerio Público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal, buscándose así reducir la **formalidad** de la averiguación previa; postura con la cual nuestro legislador de nueva cuenta se equivoca, no solo al considerar que el problema del grado de prueba durante el procedimiento penal corresponde a la dogmática penal, ya que éste deriva de una decisión político criminal que adopta el legislador en los códigos procesales, sino que además con la Reforma Judicial del año pasado, se propone que un problema del Sistema de Seguridad Pública se pretenda arreglar mediante el Sistema de Justicia, el cual tal y como lo propone el Maestro Bernardo Bátiz Vázquez, previo a reformar: “*hay que probarse si funciona limpiándolo de corruptelas y malas prácticas y no tratar de cambiarlas sólo por innovar o, lo que sería peor, para acrecentar el poder de un órgano de gobierno por encima de los otros y con atropello de los ciudadanos*”¹¹.

las consecuencias jurídicas del mismo, sin una debida reflexión por parte del Legislador, desde luego, torna no solo ineficaz el fin de las penas, sino además revela de forma evidente una infuncionalidad de la norma.

¹⁰ QUINTINO ZAPEDA, Rubén., “*LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO*”, Editorial UBIJUS, México, 2008, Comentario Inicial.

¹¹ Extracto de la Conferencia del Maestro Bátiz Vázquez Bernardo, en el Foro “La Reforma Penal en México, Análisis, críticas y perspectivas” publicada en la Revista Sistema Penal, Editada por el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Agosto, 2007.

En este contexto, si con las diversas reformas realizadas al artículo 19 Constitucional en los años de 1999, 2005 y 2008, se quiso reducir la carga probatoria al Ministerio Público en caso de medidas cautelares, a fin de satisfacer de forma emergente la necesidad de fomentar la confianza en el poder punitivo del Estado; el sector legislativo dejó de lado que tal “confianza” se debe sustentar en un sistema político criminal capaz no solo de garantizar una efectiva aplicación de la norma penal a cada caso en concreto, sino que además debe buscar la eficaz prevención del delito mediante lineamientos sociales, económicos o culturales, que motiven a los gobernados a no transgredir la norma; adicionalmente debe buscarse la profesionalización de todos y cada uno de los operadores del Sistema tanto de Seguridad Pública como de Justicia; todo ello, bajo el reconocimiento y garantía del respeto a los derechos humanos por parte del Estado a través de causas formales, lo anterior a fin de lograr la vigencia del Estado de Derecho al que aspiramos como Nación, el cual debe manifestarse constantemente en todo proceder estatal, es decir, en todo acto de gobierno que implica el ejercicio del poder del Estado a través de sus órganos, a fin de lograr la realización de sus fines consistentes en crear y asegurar las mejores condiciones de existencia que satisfagan las necesidades del grupo de individuos que le dieron origen, para posibilitar su vida ordenada en comunidad; consideraciones por las cuales, iniciamos nuestro estudio, estableciendo lo que debemos entender por la potestad punitiva que tiene el Estado para someter a sus gobernados, a fin de conocer no sólo los fundamentos, sino también los alcances de la misma.

En efecto, comprendemos por Estado comúnmente como una comunidad política desarrollada, consecuencia natural de la evolución humana; otros, como la estructura del poder político de una comunidad, o como el cuadro geográfico donde se escenifican las aspiraciones nacionales; asimismo, suele equipararsele con la nación, o con el poder; caracteres que si bien se derivan del concepto a estudio, dejan de lado sus requisitos esenciales, como son: el grupo social, el orden jurídico, la soberanía y la coercitividad; los cuales enlazados -como se expondrá más adelante-, nos revelan la esencia de este concepto.

El Estado no es una mera realidad natural, constituye un conjunto de funciones jurídicas cuya comprensión es necesaria para entender el comportamiento de la comunidad política. El Estado crea Derecho, aplica una Constitución; el Estado contrata; representa a sus nacionales,

tiene jurisdicción, ejecuta sanciones; el Estado celebra tratados, es sujeto del derecho internacional; el Estado, en suma, es titular de derechos y obligaciones. Las teorías que ven en el Estado sólo los aspectos naturales, no pueden explicar la unidad, la jurisdicción, la personalidad ni la representación del Estado; es decir, no explican cómo funciona el Estado. Aún más, conceptos como poder, legitimación, soberanía y otros que se refieren al Estado deben mucho de su significado a las normas jurídicas que presuponen.

En Grecia existió la *polis*¹², que significaba CIUDAD, sin duda los griegos concibieron el concepto de Estado, como un complejo de problemas jurídicos. En Roma, en los inicios históricos de su pensamiento político, fue utilizado el CIVITAS, sin embargo fue mérito de dicha cultura concebir al Estado (*res publica*) en términos jurídicos, como un conjunto de competencias y facultades¹³. La *civitas* constituía ciertamente una agrupación de personas; y esta agrupación no era un mero agregado de individuos. La *civita*, para los romanos, constituía una *universitas*. La *universitas* era una unión de personas o un complejo de cosas, la cual era considerada que formaba una unidad, un todo. La *universitas* era, para el Derecho, un ente, un *corpus*, el cual se distinguía de sus miembros (*cíngulo*). La *Civitas (o el Imperio)* era como la *sosiegas* una institución jurídica (*del jure gentío*) establecidas por aquellos que persiguen un propósito común (*afectas societatis*).

Son a los juristas medievales quienes forjan el concepto de Estado y la doctrina aplicable a éste, alrededor de dos nociones jurídicas fundamentales la de *sosiegas* (corporación) y la de soberanía.

Cicerón y Kant ofrecen una definición del Estado como base jurídica. Cicerón, define al Estado como aquella “muchedumbre humana unida por el derecho y por la utilidad”¹⁴; Cicerón fue algo más que introductor en Roma de los postulados políticos de Platón. Kant,

¹² GALINDO CAMACHO, Miguel., “*TEORÍA DEL ESTADO*”, Editorial Mexicanos Unidos S.A., 7ª ed., México, 2008, p. 275.

¹³ NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo III, Editorial Porrúa, México 2005

¹⁴ ARNAIZ AMIGO, Aurora., “*ESTRUCTURA DEL ESTADO*”, 4ª ed., Editorial Mc Graw Hill de México, México, 2004, p. 13.

define al Estado, como “la muchedumbre unida por las leyes jurídicas”¹⁵. San Agustín define al Estado, como la “muchedumbre humana dotada de razón y unida por lo común de la cosas que aman”¹⁶.

Andrés Serra Rojas, en su obra “CIENCIA POLITICA”, cita a Hans Kelsen, quien en la Teoría Pura del Derecho, página 195, textualmente define: “*El Estado es un orden jurídico parcial inmediato al derecho de gentes, relativamente centralizado, con ámbito territorial y temporal de validez jurídica, internacionalmente delimitado, y con una pretensión de totalidad, respecto del ámbito material de validez, sólo restringida por la reserva del derecho internacional*”; definición de la que se desprende que dicho autor viánes identifica al Estado con el Derecho, pues sustenta que el ordenamiento jurídico total, es el que da una imagen cabal del Estado, es decir, éste es un orden jurídico que tiene que tener el carácter de una organización en sentido estricto y específico, pues tiene que instaurar órganos que funcionen con división de trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; teniendo que exhibir cierto grado de centralización.

Se advierte que con tal postura, Kelsen se refiere exclusivamente al derecho positivo; la validez del ordenamiento jurídico lo hace depender de la norma primaria, que resulta ser un producto del pensamiento jurídico, funcionando en el vacío, sin traba alguna y atendida así misma para su validez; postura que Ignacio González Rubio en la obra “La revolución como fuente del derecho”, pues establece que ésta invierte la perspectiva natural del hombre, pues en lugar de que el derecho sea una consecuencia de la naturaleza humana, el hombre tendría que adaptar sus necesidades a las exigencias de la norma fundamental y de todo el orden jurídico que de ella se desprende.

Por su parte, George Jellinek, con quien arranca la sistematización de la Teoría del Estado, dicho ente es: “la agrupación política sedentaria con un poder de mando originario”¹⁷, para este autor, el Derecho no es sino el mínimo ético que la sociedad precisa en cada momento de su vida para continuar viviendo. este Derecho conviene que sea elaborado de un modo

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Ibídem, p. 14.

sistemático por una voluntad siempre misma, de suerte que favorezca los intereses que está llamado a amparar y auxiliar. Este es el fin del Estado y su justificación, el de favorecer los intereses solidarios, individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresista y común. Asimismo sostiene que el Estado tiene dos aspectos bajo los cuales puede ser conocido y considerado: uno es el social, y el otro el jurídico. La doctrina social o sociológica del Estado, considera que éste en la unidad de su naturaleza como construcción social, con este criterio define al Estado “como la unidad de asociación dotada originalmente del poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio”; la doctrina jurídica lo considera como sujeto de Derecho y en este sentido, es subsumible dentro del concepto de corporación, siendo dado formular que: “El Estado es una corporación formada por un pueblo dotado de poder de mando originario y asentada en determinado territorio”¹⁸.

Para poder determinar el verdadero sentido del Estado, debemos de distinguir tres órdenes estrechamente vinculados: a) el orden o sistema normativo o mundo del deber ser, que contiene en una norma la aspiración social; b) el orden de la realidad existencial, es decir, las conductas, actos o hechos humanos que son los actos que realizan los seres humanos dentro de la ley o al margen de la ley; y c) el orden axiológico de la justicia o métrica para juzgar a través de los juicios de valor.

Lineamientos que nos llevan a establecer como Estado, a la organización jurídica de convivencia social que “**contiene el monopolio y exclusividad del poder coactivo**”¹⁹, donde los individuos han decidido asociarse con el fin de alcanzar su propio desarrollo tanto social, como económico; ente, que se encuentra integrado por elementos esenciales (territorio, población, poder y orden jurídico) y determinados (la soberanía), y de acuerdo a lo sostenido por ANDRES SERRA ROJAS en su obra intitulada CIENCIA POLITICA también se encuentran contemplados en este rubro, sus fines.

¹⁸ SERRA ROJAS, Andrés “*CIENCIA POLITICA, LA PROYECCIÓN ACTUAL DE LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO*”, 20ª ed., Ed. Porrúa, México, 2005, p.183.

¹⁹ SERRA ROJAS, Andrés, Op, cit. p.285.

1.2 Los elementos del Estado

Con lo descrito determinamos que el Estado es la unión de varios individuos (población) en un espacio (territorio), quienes deciden instituir órganos supremos e independientes (soberanía), a los cuales les otorga fuerza coactiva para hacer cumplir sus mandatos (orden jurídico), y con ello, lograr una estabilidad permanente que asegure la coexistencia pacífica y favorable para todos aquellos que integran esa sociedad (fines).

Así que podemos desprender de la definición los siguientes elementos:

a) **Población** es el grupo de hombres que pertenecen a un Estado, desempeñando desde el punto de vista jurídico dos papeles: “el primero que se compone por los súbditos donde se comprende a todos los hombres que integran la población, sometidos a una autoridad política y por tanto, forma parte del objeto del ejercicio del poder; en otro rol, se encuentran los ciudadanos, quienes participan en la formación de la voluntad general, son por ende, sujetos de la actividad del Estado²⁰”.

Este último grupo social, que pertenece a una comunidad jurídicamente organizada, supone necesariamente una esfera de derechos subjetivos públicos, tales como derechos a la libertad, a pedir la intervención del Estado a favor de sus intereses particulares y políticos. Los derechos a la libertad se encuentran subordinados a un poder limitado, pues la actuación del individuo se limita por el conjunto de deberes que el orden jurídico le impone. El derecho a exigir la intervención Estatal comprende, la facultad de acción y petición que tienen los miembros de un grupo social determinado de que se ejerza la actividad administrativa en servicio de los intereses particulares.

Finalmente, los derechos políticos, permiten a los gobernados el desempeño de las funciones orgánicas (votar, ser votado, tomar las armas en defensa de la patria, etc.). Cabe destacar en este rubro, que la pertenencia al Estado se haya condicionada por un vínculo jurídico específico “la nacionalidad”, la cual debe entenderse como el lazo jurídico, calidad,

²⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, “INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO”, 59ª reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 100-101.

pertenencia o vínculo que une a los seres humanos en un Estado determinado por haber nacido en el territorio nacional, o los que adquieren ese Status por naturalización, es decir, la atribución de la nacionalidad de un Estado a un individuo por causas distintas a las de su nacimiento; en el sistema mexicano se encuentra regulada por el Artículo 30 Constitucional, el cual establece la categoría de mexicanos por naturalización, a aquellos individuos a quienes se haya otorgado carta de naturalización y el de los extranjeros que hayan contraído matrimonio con mexicanos y hayan establecido su domicilio en territorio mexicano. La Ley de Nacionalidad y Naturalización amplía este supuesto, cuando se trata del cónyuge de un extranjero naturalizado y el de los menores sujetos a la patria potestad de personas que se naturalicen como mexicanos; en ambos casos, se emite una declaratoria de naturalización por la autoridad competente; concepto que se distingue de la ciudadanía, que implica la facultad de intervenir con el carácter de órgano, en la vida pública.

b) **Territorio:** se entiende como la porción del espacio en que el Estado ejercita su poder, por lo tanto, éste solo puede regularse de acuerdo con las normas, creadas o reconocidas por el propio Estado; en tanto, significación negativa, representa que ningún poder extraño puede ejercitar su autoridad en este ámbito sin el consentimiento del Estado, y la positiva, implica que todas las personas que viven en el mismo ámbito se encuentran sujetas al poder estatal.

c) **Poder:** el concepto de dominio, presupone fundadamente aspectos normativos. Las relaciones de dominio o de poder no son sino la posibilidad de imponer la voluntad de uno sobre el comportamiento de otros. Un individuo probablemente dará su voluntad a esta forma cuando se encuentre o piense que se encuentra, en posición de reclamar obediencia. Sin embargo no todo dominio, es un dominio estatal, un dominio en virtud de autoridad en el que se den “la facultad de mandar y el deber de obedecer”; es así, que el Orden Jurídico del Estado, nos permite diferencias sobre quién manda en nombre del Estado y quién no. Un individuo está capacitado para emitir mandatos de naturaleza obligatoria sólo si el conjunto de normas que se tienen por obligatorias le confieren tal facultad; esto es, si él es la autoridad legítima de la comunidad estatal.

De esta manera, advertimos que el dominio guarda una relación esencial con el sistema normativo. En cierto sentido, el dominio del Estado, como señala Kelsen, depende del hecho de que el orden jurídico estatal sea eficaz y que las normas que lo constituyen efectivamente regulen el comportamiento de los individuos. El poder estatal no es sino la eficacia del orden jurídico del Estado, pues para llegar a ser un Estado *“el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esta palabra, es decir: tiene que instaurar órganos que funcionen con división de trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización, el Estado es un orden jurídico relativamente centralizado”*²¹.

Normalmente se argumenta que el poder del Estado es un “poder legítimo”, ya que debe reposar en principios, reglas y tradiciones válidos, éste cambia si el sistema normativo por el cual este poder ha sido establecido es reemplazado por otro. La Autoridad Legítima es siempre aquélla que manda de conformidad con un sistema normativo vigente en una comunidad determinada (*de jure*).

El dominio es legítimo sí y sólo si, se produce de conformidad con el sistema normativo, esto es, de conformidad con las normas jurídicas válidas.

El poder siendo que el dominante o político es el que corresponde al Estado en general; es un poder total, que dispone el monopolio de la coacción (sanción) y se impone a todos; éste es tolerado para su autodefensa, es un poder irresistible, ya que dominar significa mandar de modo incondicionado y poder ejercitar la coacción para que se cumplan sus mandatos. Y el poder no dominante o social, se manifiesta en las diversas entidades sociales del Estado, en la familia, el sindicato, la comunidad agraria, la agrupación patronal, etc., ya que este poder social es limitado, temporal y de naturaleza diferente al poder dominante político.

d) Soberanía: Dicho concepto se remota a la época del Renacimiento, cuando estaban consolidándose los Estados nacionales, originariamente se empleó para defender la capacidad suprema de los reyes como rituales del ejercicio del poder, por encima de cualquier otro dentro

²¹ KELSEN, Hans., *“TEORÍA PURA DEL DERECHO”*, 14ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005, p. 291.

del marco del Estado nacional. Tal concepto es el resultado de las luchas que se dieron entre el rey francés y el imperio, el papado y los señores feudales. De esas luchas nació un poder que no reconocía a otro superior o por encima de él.

Para establecer dicho elemento es necesario precisar que una comunidad política es independiente si la instancia creadora del derecho es habitualmente obedecida por el grueso de la población, y no se encuentra en hábito de obediencia a ninguna instancia superior.

Siendo la soberanía una característica distintiva de una comunidad política independiente del Estado, ésta se presenta cuando la instancia creadora del derecho no recibe su autoridad de nadie más, cuando es la instancia suprema y fuente última del derecho de la comunidad. Cuando este “superior común” es la instancia suprema, dicha comunidad es un Estado, una comunidad jurídica independiente.

Por tanto, **soberanía** es el poder ilimitado de mantener la propia existencia independiente de una voluntad extraña, es decir un poder que no está sujeto a otro poder, ante ello, se reconoce que la soberanía de un Estado representa, el derecho de determinar su forma de gobierno y de regular todos los negocios interiores sin intervención del exterior.

Este poder de mando soberano aparece como un poder político independiente, superior de monopolio y de coacción, unitario, indivisible, inalienable e imprescriptible.

El Doctor Andrés Serra Rojas, en su obra “La Proyección Actual de la Teoría General del Estado”²², en su página 400, cita a Hermann Heller, quien en *su Teoría del Estado, F.C.E. México*, señaló que **“la soberanía consiste en la capacidad tanto jurídica como real, de decir de manera definitiva y eficaz, todo conflicto que altere la unidad de cooperación social territorial, en caso necesario, incluso, contra el derecho positivo, además de imponer la decisión a todos, no sólo a los miembros del Estado, sino en principio, a todo los habitantes del territorio”²³.**”

²² SERRA ROJAS, Andrés; Op, cit. p. 400.

²³ *Ibíd.* p. 401.

Este concepto se caracteriza principalmente, por la negación de cualquier poder superior al del Estado, es decir, la ausencia de limitaciones impuestas al mismo poder extraño; asimismo, porque es independiente, es decir, con los vínculos internos del poder con los individuos y colectividades que forman parte de éste; finalmente, la soberanía tiene un tercer atributo, si bien inicialmente se consideraba que era *ilimitable*, empero, encuentra una limitación que es la necesidad de ser poder jurídico, es decir, su ejercicio se haya limitado en la necesidad de ser poder jurídico, es decir, en la normatividad que el mismo Estado impone.

La soberanía nacional en el Estado democrático, corresponde originalmente al pueblo que debe ser la única fuente de la cual emanan todos los poderes del Estado, ya sean en las democracias directas, por medio de la representación política manifestada en el cuerpo electoral o apoyado en la acción gubernamental por medio del referéndum o del plebiscito.

El artículo 39 de Nuestro Pacto Federal establece: **“La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”**.

En los Sentimientos de la Nación, expuesto por Don José María Morelos y Pavón, en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813, indicaba: **“La Soberanía dimana, inmediatamente del Pueblo”**, su la fórmula es llana en cuanto a soberanía *popular*, respondía a la aplicación de las ideas de Rousseau, para quien todos los individuos disponen de una fracción de soberanía. Una consecuencia práctica de esta forma de entender a la soberanía, es la aplicación del sufragio universal que otorga a cada hombre un voto independientemente de su condición social, económica o cultural.

Desde la Constitución de 1857 se adoptó el texto que ahora nos ocupa, el cual parece contener una fórmula ecléctica, pero a mi juicio, resulta muy ilustrativa del doble aspecto de la soberanía: es *popular* en cuanto a su origen, y su titular indiscutible es el pueblo; por otro lado, es *nacional* en cuanto aparece como atributo jurídico de la unidad de organización colectiva constituida por el Estado.

La expresión “*poder público*” que contiene el artículo en comento, se refiere a las autoridades, es decir a los órganos estatales capaces de dictar normas de observancia general y de hacerlas cumplir tanto desde el punto de vista administrativo, como en cuanto a la resolución de conflictos. Por ello decimos que este precepto es piedra angular de toda la Constitución, dado que la parte orgánica de la misma tiene por objeto garantizar el *poder público*, determinar cuáles son los órganos instaurados para ejercer este poder y las facultades y funciones que corresponden a cada uno de ellos, siempre en el entendido de que su origen es la voluntad popular y su propósito el beneficio de la sociedad civil.

Por otra parte, la expresión *forma de gobierno* quiere decir *forma de Estado*. No solamente se refiere a un cambio de la estructura gubernamental, sino a posibles modificaciones o alteraciones de la manera de ser del Estado. Esto quiere decir que el pueblo puede cambiar, si lo desea, su organización económica, su estructura social, sus conceptos ideológicos orientadores y la configuración política de sus autoridades.

Ahora bien, el artículo 40 de Nuestra Constitución, establece: **“es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental”**.

Tal precepto, establece que el pueblo en ejercicio de su soberanía construye la organización política que desea darse. Su voluntad decide la Constitución política y en la propia ley fundamental precisa qué características tendrá la República, el sistema representativo, democrática y el régimen federal que está creando.

Las características del régimen político mexicano, son:

a) **República:** proviene del de los términos latinos *res*, cosa y *publica*, perteneciente a la comunidad. República significa “lo que a todos concierne”, “lo que a todos atañe”, “lo que es de todos”; el gobierno de la comunidad como algo en lo que tienen que ver todos aquellos que

pertenecen a esa comunidad. Se opone a la idea de república a la de monarquía, en la cual un solo hombre pretende representar, por la voluntad de Dios o por cualquier otro título, la capacidad de decisión suprema: en la república se entiende que todos sus miembros participan en la configuración de las decisiones colectivas. Otro aspecto importante es que mientras el régimen de la monarquía se caracteriza por ser vitalicia, en la república existe la renovación periódica del Ejecutivo. Nuestro Pacto Federal plantea cuál es la manera en que habrá de representarse la voluntad del pueblo mexicano al decir que la República será democrática, pues tiene su origen en la voluntad popular, es decir que el representante no lo sea por designación de una voluntad superior o por el solo hecho de pertenecer a la comunidad de la que forma parte.

b) Democrática: La palabra *democrática* implica, por su origen etimológico, el poder del pueblo, quien debe manifestar su voluntad mediante el voto para que sus representantes obtengan legitimidad y tengan la capacidad para resolver por todos como una voluntad conjunta de la república.

c) Federal: La Federación fue un invento de los norteamericanos cuando tenían que conciliar los distintos intereses de los territorios de las trece colonias originales. Si tales colonias tenían que conformar un poder común sobre ellas, también debían resolver el problema del poder local. Para ello crearon una fórmula según la cual cada circunscripción territorial concreta transmitía originalmente a una confederación, la capacidad de decidir respecto de cuestiones que tuvieran que ver con la entidad política superior, pero no con las decisiones locales de cada comunidad menor. En su concepto original correspondía a una traslación de poder a distintos niveles. Las cuestiones relacionadas con los problemas localizados en una comunidad reducida debían ser resueltos por ella, y al mismo tiempo tenía que transmitir poderes a una entidad superior para resolver otras que tuvieran que ver con el conjunto de mayor extensión. De esa manera se distribuían competencias entre las resoluciones concretas del poder local y las del ámbito nacional en formación.

d) La Soberanía de los Estados: La capacidad decisoria de cada uno de los estados de la República constituye una forma limitada de soberanía, ya que cada uno de ellos es soberano en las decisiones que le competen a su interior

Así las cosas el Estado federal *es la unión político-jurídica de Estados, en la cual la asociación organizada de dichos estados (la federación) tiene también el carácter de un Estado*²⁴. En el Estado Federal la Constitución general distribuye la totalidad de funciones y atribuciones estatales entre los órganos centrales de la federación (órganos federales) y las entidades federativas, de manera que ninguno de estos poderes reciba una soberanía de competencias completa, es decir, un poder de regulación ilimitado. Los órganos federales comparten con los locales todas aquellas competencias que corresponden a una organización estatal unitaria en el Estado unitario. El rasgo esencial del Estado federal es, por tanto, que la soberanía orgánica es decir, la supremacía de competencias constitucional no reside en los órganos centrales ni en las entidades federativas. Ambos ejercen un poder estatal directamente sobre el ciudadano, a saber, en las esferas competenciales que se les atribuye respectivamente en la constitución general.

e) Orden Jurídico : Al establecer que el Estado es una forma de organización jurídica, debemos partir que por organización se entiende “la regla de la asociación que asigna a cada miembro de ésta, su posición dentro de la misma (ya sea de denominación, o de sujeción), así como las funciones que a cada uno le corresponden; por ello, el Estado es considerado una organización, pues se trata de un orden que regula la conducta humana, donde el derecho juega un papel extraordinario, dado que motivar el comportamiento humano es un fenómeno que resulta de motivos tan persistentes (bioquímicos, ecológicos, etc.) que es muy difícil ya no suprimir, sino, simplemente atenuar su función motivadora. Para hacer que ciertos individuos se comporten de conformidad con el deseo o voluntad de otro, es necesario que éste disponga de elementos enormemente persuasivos que permitan alterar el cuadro habitual de sus motivaciones. El problema de motivación del comportamiento se acentúa cuando se trata de provocar no un comportamiento de un individuo en particular, sino el comportamiento de un sin número de individuos, de ahí, se sigue que el elemento persuasivo, el motivo, tiene que ser

²⁴ ZIPPELIUS, Reinhold; “TEORÍA GENERAL DE ESTADO, CIENCIA POLÍTICA”, Editorial Harla Oxford, México, 1998, p 62.

un elemento estándar cuya representación motive por igual, o al menos, de manera similar a los miembros de una comunidad más o menos grande.

*“Un Orden es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es, una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden”*²⁵; definición con la cual Kelsen, explica que la sistemática del orden jurídico, es que éste sustenta su validez en la norma fundante, así como que éste solo regula la conducta humana, pues si bien explica que inicialmente en las sociedades primitivas también el comportamiento de los animales, las plantas, e inclusive las cosas inanimadas era regulado por el orden jurídico de los hombres, e incluso explica el pasaje del Libro del Éxodo capítulo XXI, respecto a la sanción de lapidación que se ordenaba en contra del buey por atropellar a un hombre o mujer; sin embargo califica de “absurdos jurídicos” tales supuestos, pues explica que el orden jurídico solo debe regular la conducta de los hombres, pues en contra de éstos contra los cuales debe dirigirse la amenaza del castigo contenida en dicho orden.

Sólo, señala Kelsen, podrá ser una acción positiva, o una omisión negativa, pero en la medida en que el orden jurídico provenga de un sistema social –cuya validez recuérdese, se sustenta en la norma fundante- éste regulara positivamente, la conducta de un hombre en tanto y en cuanto se refiere, inmediata o mediatamente²⁶. De igual forma Kelsen explica, que dicho sistema social designado como “derecho”, son ordenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo, verbigracia privación de la libertad, ante ciertas circunstancias consideradas indeseables, toda vez que son socialmente perjudiciales, pues quien lo recibe normalmente lo entiende como un mal, esto es, faculta a determinado individuo para dirigir contra otro individuo un acto coactivo como sanción, estas son socialmente inmanentes y organizadas²⁷. El derecho tiene como función ser guía del comportamiento humano, esta consiste en provocar un cierto comportamiento de los

²⁵ KELSEN, Hans. Op Cit. pp. 44-45.

²⁶ Ibídem, p.46.

²⁷ Idem.

individuos, haciendo que hagan o dejen de hacer algo, que por alguna razón, es considerado valioso o perjudicial para la comunidad, respectivamente.

El Estado, como organización, hace que los individuos hagan o se abstengan de hacer ciertas cosas y lo logra a través del único método que posee: “**el derecho**”, al establecer normas jurídicas, en este sentido, es un sistema de motivación de conducta humana; la función de motivación del derecho resulta, primordialmente, de la manera en el derecho ordena o prohíbe comportamiento a través de sanciones. La coacción es así, ese elemento enormemente persuasivo que anula, o mejor, altera el cuadro de las motivaciones del comportamiento social de los individuos. La coacción ha jugado un papel extremadamente importante en la organización social, esto se observa particularmente en las comunidades primitivas que conservan carácter religioso, si los individuos respetan el orden social, en especial sus numerosas prohibiciones, es porque temen los tremendos males con lo que los dioses castigan las violaciones del orden social; ciertamente, la sanción prescrita es siempre el comportamiento de un individuo; sin embargo, interpretada como una acción del derecho de la comunidad, esto significa, que las sanciones son atribuidas o impuestas al Estado, este hecho es particularmente importante, y ciertas características relevantes de la sociedad difícilmente serían explicadas sin referencia a esta ficción normativa. Al establecer sanciones (tales como la privación de la libertad), el orden jurídico que constituye el Estado induce a los individuos a actuar de conformidad al deseo o deseos de aquéllos que establecen las normas, es decir al deseo de los gobernadores. En esta implementación de fuerza radica el poder del Estado, poder que no es sino el orden jurídico en función. El poder “motivador” de las acciones y omisiones que organizan la sociedad reside, en larga medida, en el poder coactivo del derecho.

Que el Derecho sea un orden coactivo no significa, explica Kelsen²⁸, que pertenezcan a la esencia del derecho “constreñir” a la conducta obligatoria, a la conducta exigida por el orden jurídico. Ese comportamiento no es forzado implantando el acto coactivo, puesto que justamente corresponde llevar a cabo el acto coactivo cuando se produce la conducta prohibida, la conducta contraria a derecho, pero no la obligatoria. Justo para ese caso se ha establecido el acto coactivo que funciona como sanción. Si con esa discutible afirmación se

²⁸ *Ibíd.*, p. 48.

pretendiera decir que el derecho, estatuyendo sanciones, motiva a los hombres en el sentido de la conducta requerida, en cuanto el deseo de evitar la sanción, con motivo, produce esa conducta, habría de responder, que esa motivación es sólo una función posible del derecho, pero no una función necesaria, dado que la conducta conforme a derecho, la obligatoria, puede ser producida por otros motivos, y muy frecuentemente, es producida por otros motivos, como representaciones religiosas o morales.

Ahora bien, es el orden jurídico el que define y asigna las funciones (estatales) a los individuos, y por este hecho organiza la comunidad. Al determinar las funciones del cuerpo de individuos, el orden jurídico deviene el esquema del Estado, su plan, de acuerdo con el cual la comunidad está arreglada en términos de papeles sociales, verbigracia: jueces, árbitros, sacerdotes, etc.; estos papeles y funciones serán interpretados como actos del Estado, esto es, por lo que el Estado es considerado una entidad jurídica: la unidad de diferentes actos jurídicos.

Esa unidad adquiere validez si todas las normas jurídicas que conforman el orden del Estado se encuentran referidas a una norma específica; si existe una norma de la cual depende la validez de todas las demás normas. Esta norma única, de la que depende la validez de todas las demás normas, recibe el nombre de “norma fundamental”. Debe destacarse en estos conceptos el carácter abstracto de los mismos, pues ellos sólo determinan un tipo específico de relación entre las normas. Puede afirmarse que entre las normas de un orden también se dan muchos otros tipos de relaciones; pero la relación de fundamentación, como podemos denominar a la tipificada, es la que determina el concepto de “orden”. Entonces, puede afirmarse que existe un orden normativo si en un conjunto de normas valen múltiples relaciones de fundamentación hasta desembocar en una última relación de fundamentación, uno de cuyos términos es la norma fundamental.

Si una norma está en calidad de norma dependiente con otra norma, dentro de una relación de fundamentación, está claro que dicha norma dependiente formará parte integrante del orden constituido por la norma de la cual depende su validez.

Dependiendo de la naturaleza de la norma fundamental, pueden distinguirse dos tipos de órdenes normativos: los estáticos: las normas valen, o sea la conducta humana indicada por ellas ha de considerarse como debida, en virtud de su sustancia; porque su contenido tiene una cualidad inmediatamente evidente, que le confiere validez. Y las normas reciben esta calificación por el contenido, debido al hecho de ser referibles a una norma fundamental bajo cuyo contenido puede subsumirse el de las normas que integran el orden, como lo particular bajo lo general. Las normas morales forman este tipo de órdenes.

Los órdenes dinámicos tienen otras características. La norma fundamental de un orden dinámico no vale por su contenido, porque se considere que éste es evidentemente bueno o justo o conveniente, etc., sino porque establece un procedimiento fundamental de creación de las normas que integrarán en el orden en cuestión. Las normas que integran un orden dinámico valen sólo porque y en tanto han sido creadas, puestas de conformidad con el procedimiento establecido en la norma fundamental del orden respectivo. Una norma vale como norma jurídica, sólo porque fue dictada en una forma bien determinada, porque fue producida de acuerdo con una regla bien determinada, porque fue establecida según el método específico. El derecho vale solamente como derecho positivo, es decir, como derecho instituido.

Existen dos clases de normas en el orden dinámico:

a) Normas Superiores (las cuales como establecen Kelsen constituyen la validez del orden jurídico de un Estado), son aquéllas que determinan el proceso de creación de otras normas y determinan su contenido.

b) Normas Inferiores. son aquéllas que han sido creadas siguiendo el procedimiento establecido en la norma superior y teniendo el contenido determinado por esta norma.

La consideración de una pluralidad de normas que guardan entre sí relaciones de superioridad e inferioridad de carácter dinámico, produce el concepto de un orden jerárquico de normas. Una determinada norma jurídica puede tener el carácter de norma inferior respecto de otra que es su fundamento de validez, y porque, conforme a ella, fue producida la primera,

y ser a su vez norma superior respecto a otras normas que serán creadas siguiendo el procedimiento establecido en ella y con el contenido que determine.

Las normas relativas a la organización fundamental del Estado reciben el nombre de **Constitución**, entendiéndose por ésta al documento que contiene las reglas relativas a dicha organización (constitución en sentido formal). La idea de Constitución emana de un contrato celebrado por los particulares para instituir el poder político.

Según Aristóteles, la Constitución es el ser del Estado, es la organización, el orden establecido entre los habitantes de la ciudad, *“Es la organización regular de todas las magistraturas, principalmente de la magistratura que es dueña y soberana de todo”*²⁹.

La Constitución establece los procesos de creación fundamentales de las normas inferiores, ya sean generales o individuales, según la importancia política de cada una de ellas. Asimismo como ley fundamental y suprema del Estado, comprende tanto las atribuciones y límites de la autoridad como a los derechos del hombre y pueblo de un Estado. Además, la Constitución estipula los derechos y deberes tanto de los gobernantes como de los gobernados en orden a la solidaridad social.

A las dos partes principales de las constituciones modernas se les denominan:

- a) **La Parte Dogmática** (enumeración de los derechos subjetivos públicos) y;
- b) **La Parte Orgánica** (determina la estructura fundamental del Estado)³⁰.

La idea de que la Constitución es la norma fundamental, deriva de dos consideraciones principales; primero, las normas constitucionales –en los países que tienen una constitución escrita-, se hallan por encima de la legislación ordinaria y sólo pueden ser modificadas de acuerdo con un procedimiento mucho más complicado y largo que el que debe seguirse para la

²⁹ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo I, Op, cit., pp. 790-791.

³⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op, cit. p.110.

elaboración de las demás leyes; en segundo lugar, tales normas representan el fundamento formal de validez de los preceptos jurídicos de inferior rango.

Las Constituciones modernas suelen ser divididas en dos grupos:

a) **Rígidas:** son aquellas que no pueden ser modificadas en la forma establecida para la elaboración o modificación de las leyes ordinarias

b) **Flexibles:**, son aquellas que no señalan ninguna diferencia de orden formal entre Leyes Ordinarias y Constitución y, por ende, la reforma de estas últimas puede hacerse del mismo modo que la de las primeras. La Constitución Federal Americana y la Constitución Inglesa, son los dos ejemplos típicos de constitución flexible.

..... La de nuestro país pertenece a la primera categoría, ya que su reforma está sujeta a mayores requisitos que los que se exigen para la modificación de las leyes ordinarias, basta observar el numeral 135 de Nuestra Carta Magna, el cual textualmente señala: *“La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o Comisión Permanente, en su caso harán el cómputo de los votos de las legislaturas y de la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.”*

Una de las características propias de una Constitución es su **“Supremacía”**, lo cual implica que desde un punto de vista jerárquico se encuentra en la cúspide del ordenamiento y que no existe una norma superior a ella. Desde el punto de vista material, la supremacía tiene matices adicionales pues implica la necesaria conformidad de cualquier otra norma del ordenamiento y de la actuación de los servidores públicos a las disposiciones de la Ley Fundamental, sin la cual dichas normas no tienen la posibilidad de existir en el ordenamiento y tales actos de surtir efectos jurídicos, amén de otras consecuencia y responsabilidades que esto pueda traer consigo según el ordenamiento de que se trate.

“La supremacía constitucional debe considerarse el principio básico de todo sistema jurídico, mismo que descansa en la idea de que por representar la Constitución la unidad del sistema normativo y estar situada en el punto más elevado de éste, contiene las normas primarias que deben regir para todos dentro de un país sean gobernantes o gobernados”³¹.

De la noción de Supremacía Constitucional se desprenden tres principios:

- a) La Constitución es superior a cualquier ley ordinaria y prevalece por sobre cualquier ley que la contradiga;
- b) Los Jueces tienen el poder y el deber de no aplicar las leyes que sean contrarias a la Constitución; y
- c) La única garantía de los derechos humanos lo constituyen el control judicial de los actos del Poder Legislativo y de la Administración.³²

Fernaninand Lassalle, en su obra “¿Qué es una Constitución?” en las conclusiones de la primera parte explica, “*La verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social*”.

1.3 Las funciones del Estado

Una vez que hemos analizado cada uno de los componentes del Estado, es menester establecer cuáles son los medios o formas que adopta el derecho para realizar los fines del Estado es decir sus funciones, concepto que proviene de ‘*fungere*’, que significa hacer cumplir, ejercitar, que a su vez deriva en ‘*finire*’, por lo que dentro del campo de las relaciones jurídicas, la función significa toda actuación por razón del fin jurídico en su doble esfera de privada a pública.

³¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, “*DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y COMPARADO*”, 4ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2005 p 68.

³² TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “*INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN*”, Editorial Fontamara, México, 2006, pp. 237 y ss.

Los fines del Estado son sin duda alguna, los de la sociedad (seguridad, justicia, bienestar en el orden económico y cultural); y éstos, se ven garantizados con sus funciones. En consecuencia, el Estado no tiene funciones distintas de aquellas que interesan a la sociedad, sino que son las de la sociedad misma; los fines del Estado, son los fines de la sociedad y los de ésta, son los fines comunes de las personas que la forman. Los intereses individuales y colectivos, pueden existir claro está, y son definidos espontáneamente, pero su existencia y efectividad sólo están garantizados por la norma jurídica obligatoria, y por tanto coactiva, en el caso necesario. Es la misma misión del Estado, la de garantizar, mediante normas (órdenes o mandatos, que la ley en sentido material), la actuación de los fines generales en concepto lato (fines jurídicos).

La doctrina clásica y la legislación positiva han reconocido tres actividades esenciales del Estado para realizar los fines, resultando del principio lógico-jurídico de la división del trabajo aplicado a la teoría constitucional: la función administrativa, la legislativa y la judicial.

La división de poderes y de funciones constituye uno de los rasgos centrales del moderno Estado de derecho; así, el poder contiene o modera al poder y se instituye a favor del individuo un equilibrio a través de frenos y contrapesos. Se trata, en suma, de proteger al hombre en su compleja relación con el Estado, dicho principio forma uno de los escudos más eficaces para la tutela de los derechos humanos.

La actividad del Estado se expresa en nuestra Constitución en el artículo 49, el cual consagra el principio de división de poderes, en las tres funciones clásicas cuyos respectivos órganos ejercitan el poder estatal, que es único, aunque las funciones son múltiples y constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones. Establecida la unidad del poder del Estado, éste se actualiza en la función de sus órganos esenciales: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, que aparte de sus propias funciones específicas, realizan otras que se caracterizan a los demás órganos. Así pues, el conjunto de competencias asignadas a los órganos federales mencionados constituye el llamado “Supremo Poder de la Federación”. El Estado lleva a cabo la realización de sus fines (económicos y culturales) por medio de las funciones, a fin de

alcanzar el bien común, el cual tiene como propósito la superación y felicidad colectiva. La idea de bien común implica dos elementos generales: a) La idea de bien, es decir, todos los medios materiales e inmateriales susceptibles de satisfacer necesidades; y b) Común, es decir, que la finalidad perseguida se extiende a toda la comunidad, sin que ninguna persona deba ser excluida de ella. Por tanto, las funciones del Estado, se encomiendan a los poderes públicos, a través del principio de división de poderes el cual en su Título Tercero, Capítulo I De la División de Poderes, artículo 49 el cual textualmente señala: ***“Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.”***

El ilustre Carlos de Secondat, Barón de Montesquieu formuló la doctrina de la *“División de Poderes”*, la cual establecía *“En cada Estado hay tres clases de poderes: el Legislativo, el Ejecutivo para las cosas relativas al derecho de gentes y el Ejecutivo para las materias que dependen del Derecho Civil al último lo llamaremos el Poder Judicial y al otro, simplemente, el Poder Ejecutivo del Estado”*³³.

La ideología que sustentaba tal postulado puntualizaba: *“La libertad política sólo reside en los gobiernos moderados, y aún en ellos no siempre se encuentra. La libertad política sólo existe cuando no se abusa del poder, pero la experiencia nos muestra constantemente que todo hombre investido de autoridad abusa de ella... Para impedir este abuso, es necesario que, por la naturaleza misma de las cosas, el poder limite el poder... Cuando los poderes Legislativo y Ejecutivo... Todo se habría perdido si el mismo hombre o el mismo organismo, ya sea de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el dictas leyes”*³⁴.

³³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo II, 19ª ed., Editorial Porrúa, México, 2006, p 296.

³⁴ Idem.

Los postulados de Montesquieu sobre la división tripartita del poder transformaron el ideal dogmático del constitucionalismo clásico. Fue así como el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estableció: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”³⁵.

Fundamento, que incluso ya se contemplaba en la Constitución Política de la monarquía española, llamada también Constitución de Cádiz, por haberse promulgado en esa ciudad el 19 de marzo de 1812, y la cual fue promulgada y publicada en Nueva España, pero al encontrar una tenaz resistencia de las autoridades del virreinato, no se aplicó. El artículo 15 de esta Constitución disponía: “*La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey*”. Artículo 16: “*La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey*”. Artículo 17: “*La potestad de aplicar leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley*”. La Constitución de Apatzingán de 22 de octubre de 1814, que no llegó a estar vigente estableció el principio de división de poderes en el artículo 11: “*Tres son las atribuciones de la soberanía, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares.*” Artículo 12: “*Estos tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, no deben de ejercerse ni por una sola persona, ni por una sola corporación*”.

El principio de la “*División de Poderes*” penetró en el derecho público mexicano a través de su consagración dogmática en la Constitución de Apatzingán de 1814, en la cual si bien predominó la idea roussoniana sobre la preeminencia del Legislativo, se advierte en general la influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, de las Constituciones francesas particularmente de 1793 y 1795, así como de la Constitución de Cádiz de 1812. Entre los antecedentes mexicanos de esta ley fundamental a la que se llamó Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana se mencionan a los Elementos Constitucionales de Don Ignacio López Rayón, los Sentimientos de la Nación de Don José María Morelos y Pavón, así como al Reglamento para la Reunión del Congreso, expedido por

³⁵ Idem.

el propio Morelos el 11 de septiembre de 1813. A partir de allí, aparece insistentemente el principio de la “división de poderes” en todos los documentos constitucionales surgidos con posterioridad a la independencia de México, claro que con cambios en la estructura y funciones de los diversos órganos, según predominaran las ideas de Montesquieu o de Rousseau.

En la Constitución de Apatzingán, que sólo llegó a tener una vigencia limitada en el territorio nacional por no existir todavía un Estado mexicano independiente en 1814, se incorporaron los principios revolucionarios de la soberanía popular y la “división de poderes”. En este sentido, el artículo 11 estableció: “Tres son las atribuciones de la soberanía; la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares”. Por su parte, el artículo 12, señala: “Estos tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, no deben ejercerse ni por una sola persona, ni por una sola corporación”.

Las tres potestades se depositaron en tres corporaciones: el Supremo Congreso Mexicano, cuerpo representativo de la soberanía, compuesto de diputados elegidos uno por cada provincia e iguales en autoridad; el supremo Gobierno, corporación colegiada, integrada por tres individuos designados por el Congreso, iguales entre sí en autoridad, alternos en la presidencia cada cuatro meses y por sorteo efectuado por el Congreso, y el Supremo Tribunal de Justicia, compuesto por lo pronto de cinco individuos, también designados por el Congreso e iguales en autoridad, y alternos en la presidencia trimestralmente, por sorteo efectuado por el Congreso. En principio, pues, la técnica de la “división de poderes”, se adoptó formalmente al distribuir en tres corporaciones las funciones típicas del Estado, si bien bajo la supremacía casi absoluta del Legislativo y presentándose en la práctica diversos casos de colaboración.

Asimismo, se puede señalar que la “división de poderes” se estableció de manera expresa en los artículos 23 del reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, de enero de 1823, y 9º del Acta Constitutiva de la Federación de 31 de enero de 1824, éste último en los siguientes términos: “El Poder supremo de la federación se divide, para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial; y jamás podrán reunirse dos o más de éstos en una corporación o persona, ni depositarse el legislativo en un individuo”.

Es conveniente destacar que, en términos similares a lo dispuesto por el referido artículo 9º del Acta Constitutiva de la Federación, salvo la modalidad del Supremo Poder Conservador establecido en la segunda ley constitucional de 1836, se adoptó el principio de la “división de poderes”, en todos nuestros posteriores documentos constitucionales: en la Constitución Federal de 1824 (artículo 6º), en las Bases Constitucionales de 1835 (artículo 4º); en los Proyectos de Reformas Constitucionales de 1840 (artículo 6º) y de 1842 (artículos 5º del proyecto de la mayoría, 27 de la minoría y 33 del tercer proyecto) y las Bases de Organización Política de 1843 (artículo 5º), con excepción del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 15 de mayo de 1856, que no lo consagró expresamente: hasta que se promulgó la Constitución definitiva del 5 de febrero de 1857, que sí lo consagró (artículo 59), al igual que en la Constitución de 1917 (artículo 49).

El artículo 4º de las Bases Constitucionales de 15 de diciembre de 1835 estableció: “El ejercicio del supremo poder nacional continuará dividido en legislativo, ejecutivo y judicial, los cuales no podrán reunirse en ningún caso ni por ningún pretexto. Se establecerá además un arbitrio suficiente para que ninguno de los tres pueda traspasar los límites de sus atribuciones”. Precisamente, de aquí se derivó la idea que se detalló en la segunda ley constitucional de 1836. La creación del “Supremo Poder Conservador”, compuesto por cinco individuos y al que trató de hacer todopoderoso.

La Constitución Federal de 1857, el régimen presidencial adoptado contempló ciertos matices parlamentarios, pudiéndose considerar como un sistema intermedio entre el de la Constitución de los Estados Unidos y el parlamentario de tipo europeo.

A partir de las reformas constitucionales de 1874, se consolida definitivamente el sistema presidencial al reforzarse la posición del Ejecutivo Federal, a través del restablecimiento del Senado de la República y el veto suspensivo en beneficio del propio Ejecutivo (si bien se conservaron algunos matices contradictorios de carácter parlamentario), precisándose las facultades exclusivas de cada una de las Cámaras.

Bajo la dictadura de Díaz se reforzó la posición del Ejecutivo, la última amplió de cuatro a seis años el período presidencial. En realidad, sólo conservaron un resto de autonomía los tribunales federales, en particular la Suprema Corte de Justicia, a través de juicio de amparo, que entonces adquirió el prestigio de máxima institución procesal, ya que tuteló en numerosas ocasiones con éxito los derechos fundamentales de los particulares, contra el creciente despotismo político y administrativo de la dictadura.

La división de poderes en la Constitución de 1917. El artículo 49 del texto constitucional de 1917, como se apuntó, consagró la “división de poderes”, entre el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, conforme a la tradición de 1824, y siguiendo textualmente el artículo 59 de la Constitución de 1857, prohibió la reunión de dos o más de ellos en una sola persona o corporación y que se depositara el Legislativo en un solo individuo, con la salvedad de que se concedieran facultades extraordinarias al Ejecutivo en los términos del artículo 29.

Con lo expuesto, se desprende que son tres las funciones en las que se divide el poder del Estado para poder cumplir con sus fines. El mérito de haber proporcionado una base científica de valor jurídico a la teoría de la división de poderes, conforme la separación de las diversas funciones de acuerdo a su contenido, corresponde a Montesquieu tomó en consideración la preponderancia que tuvo en Francia el monarca en los siglos XVII y XVIII sobre los Estados Generales, que constituían entonces el órgano y que no funcionaron de 1614 a 1789 por no ser convocados por los Reyes, y en consecuencia, la preponderancia de éstos era absoluta. Por el contrario, como contraste a esa situación que existía en Francia, Montesquieu se dio cuenta de la situación política inglesa en que el poder de los Reyes se mermaba constantemente, a medida que paralelamente crecía el poder del Parlamento.

Tal teoría se expone en su célebre libro: *“L’Esprit des Lois”*³⁶, donde el autor deduce conclusiones más generales y precisas del Estado que observa y elabora una doctrina orientada a la libertad política más amplia que tiene por finalidad mantener la seguridad de los ciudadanos, bajo el reconocimiento de este principio: *“Todo gobierno puede ser libre si observa la división de poderes, de modo que ninguno de ellos pueda predominar sobre los*

³⁶ MONTESQUIEU, L’ Espiritu de las leyes, capítulo VI, Libro XI, p.103.

demás”. “En cada Estado, hay tres clases de poderes: la potestad legislativa, la potestad ejecutiva de las cosas relativas al derecho de gentes y la potestad ejecutiva de las cosas que dependen del derecho civil. Mediante la primera, el príncipe o el magistrado hacen leyes temporales o definitivas y modifican o derogan las que ya existen. Mediante el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Mediante el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares”.

La idea básica de Montesquieu al exponer su doctrina fue la de asegurar la libertad del hombre, por la diversificación de poderes y por la necesidad de evitar la concentración de esos poderes en uno solo: ***“Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene el poder se ve inducido a abusar de él y llega hasta donde encuentra límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder detenga el poder”***.

La teoría de Montesquieu fue recogida en primer término, por las Declaraciones de Derechos, es decir, por las Constituciones de los Estados Unidos y de Francia, en la que se afirmó que no existe constitución política si ésta no se apoya en la separación de poderes.

1.3.1 La Función Legislativa

Es una actividad creadora del derecho objetivo del Estado, subordinada al orden jurídico y consiste en expedir las normas que regulan la conducta de los individuos y la organización social y política, se encomienda formalmente al poder legislativo federal, sólo por excepción y con expresa indicación constitucional, pueden los otros poderes realizar actos legislativos o situaciones cuasi-legislativas. El acto típico de la función legislativa es la ley, que puede definirse *“como una manifestación de voluntad que tiene por finalidad producir una situación jurídica general”*; esta función tiene dos importantes ramas:

1.3.1.1 La función constituyente originaria o revolucionaria

Es la facultad que tiene un pueblo para dictar las normas constitucionales cuando el orden social se ha trastornado. Toda revolución presupone una alteración del orden jurídico vigente. La vuelta a la normalidad se basa en el restablecimiento del nuevo orden constitucional.

1.3.1.2 La función constituyente permanente

Es la que realiza el órgano formado por el poder legislativo federal y las legislaturas de los Estados, tiene la facultad de adicionar o reformar las normas constitucionales. Artículo 135 Constitucional: *“La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, hará el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.”*

El acto legislativo materialmente considera que la ley, tiene estos caracteres:

- a) Es una norma abstracta e impersonal.
- b) Es una norma general y permanente. Es un acto regla, creador de situaciones jurídicas generales. La función legislativa no realiza actos materiales, ni alude a situaciones jurídicas particulares.
- c) Es una norma obligatoria. El acto legislativo es obligatorio para todos lo que se encuentren en la situación fijada por la ley, y no se refiere a un caso concreto o particular o privilegiado por que sería una ley privativa violatoria del artículo 13 Constitucional. Debe interpretarse por un acto de la misma naturaleza al que lo creó. “En la interpretación, reforma o derogación de la leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”.

- d) El acto legislativo es imperativo, ya que el Estado impone la obligación de someterse a la ley y está provisto de una sanción que es el medio adecuado para su debido cumplimiento. El carácter imperativo de una norma deriva de los términos de la ley o de sus propósitos o fundamentos, como en el caso de las garantías individuales o de las leyes de organización. Por lo que se refiere a las leyes supletorias están sujetas a una condición para su aplicación.
- e) La sanción es de naturaleza diversa porque en unos casos es una coacción material y en otros una sanción jurídica o una garantía de la vida social.

El Poder Legislativo, de acuerdo a Nuestro Pacto Federal, se contempla en el Título Tercero Capítulo II, artículos del 50 al 79, donde no solo se regula su estructura, sino además sus respectivas funciones y facultades.

La Ley Suprema de toda la unión se forma con los siguientes y principales actos legislativos:

- 1.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Las Leyes Ordinarias. En Nuestro orden jurídico las leyes tienen diferentes denominaciones: leyes federales, leyes comunes, leyes reglamentarias, leyes orgánicas, como en los casos de los artículos de la Constitución, siguientes: 7, 31 fracción IV, 73 fracción VI y XXIV.
- 3.- Todos los tratados que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado. Artículo 133 Constitucional.
- 4.- Los decretos. Artículo 70 de la Constitución: *“Toda resolución del Congreso tendrá carácter de ley o decreto”*. La ley es de carácter general y el decreto comprende un objeto particular.

1.3.2 La Función Administrativa

Se realiza bajo el orden jurídico, cuando el Estado actúa es sujeto de la relación sobre la que se incide. Es parte interesada. El artículo 89 de la Constitución en sus XX fracciones, determina la competencia del poder ejecutivo federal, destacándose que de acuerdo a la

reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de julio de 1999, a las fracciones I y II, se determinó como facultades y obligaciones, promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia y el Nombrar y remover libremente a los secretarios de despacho, remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de Hacienda, y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes.

Los caracteres de la función administrativa son:

- a) Es una función del Estado subordinada a la ley, por la cual se crea una situación de derecho subjetivo, que fija sus condiciones, límites y puede incluso revocarse.
- b) La finalidad de la función se cumple con la actuación de la autoridad, que actúa de oficio y con iniciativa para actuar; la función administrativa no supone un conflicto preexistente, ni resuelve controversias.
- c) Los límites de los efectos concretos –individuales y particulares de la función administrativa-, pone en relación la ley y la voluntad del funcionario.
- d) La función administrativa implica, además, la realización de todos los actos materiales como antecedentes del acto jurídico o como medios necesarios que hacen posible el cumplimiento de la ejecución de la ley.

Al afirmarse que el Estado tiene dos tareas: hacer la ley y ejecutarla, en este sentido el concepto de ejecución comprende las dos funciones esenciales: la administrativa y la jurisdiccional.

La función gubernativa se aplica para calificar aquella actividad que proponiéndose aplicar las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos, no entra en los dominios de la función jurisdiccional.

El acto político tiene sus elementos propios de caracterización y comprende varios aspectos:

- a) Procede de un poder que actúa como órgano político en sus relaciones con los otros entes políticos o;
- b) Afecta un derecho político de los ciudadanos.

1.3.3 La Función Judicial

La Función Judicial del Estado, que a decir de muchos especialistas debería ser la más trascendental e importante, pues un tercero imparcial, o sea el Juzgador, aplica el orden jurídico que prevalece en un grupo social determinado, a fin de garantizar el control de la vida de los individuos de los que se compone, y salvaguardar una armónica convivencia social, entre sus miembros, lo anterior, respetando las garantías constitucionales de los ciudadanos reconocidas como los instrumentos procesales establecidos por la norma fundamental, con el objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea transgredido por un Órgano de Autoridad política, asegurando así las esferas de libertad de los gobernados. Por ello, tal función se encomienda a un poder especializado, que en nuestra opinión, debe encontrarse alejado de cualquier interés económico o político³⁷, además tal Órgano debe ser firme y uniforme en sus criterios, pues no es posible concebir que aún cuando se reconoce el libre “*arbitrio judicial*”³⁸ no solo al ponderar el acervo probatorio –principio probatorio de libre

³⁷ En una monarquía absoluta, en la que todo el poder estaba concentrado en las manos del monarca y en la que todas las demás personas con funciones públicas actuaban por delegación del rey, no tenía sentido establecer diferencias de estatuto entre las personas en que aquél delegaba y, por tanto, no cabía hablar de independencia respecto de los jueces. Esta aparece como condición necesaria para el ejercicio de la función jurisdiccional cuando el Poder Judicial se entiende separado de los otros poderes y cuando la función ha de confiarse a personas cuyas decisiones no pueden verse ni determinadas, ni influidas por los Titulares de esos otros poderes. Si la función jurisdiccional se resuelve en la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto, ello sólo puede hacerse si al titular de la potestad jurisdiccional se le declara independiente y se le garantiza la independencia por medio de la atribución de un estatuto personal específico y adecuado. El primer paso para garantizar la independencia es el de la inmovilidad, pero el apoderamiento del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo frustró de entrada la misma posibilidad de que los jueces fueran primero inamovibles y luego independientes. La lucha por la independencia tuvo una primera batalla en la inamovilidad, y a ésta se llegó por la creación de la carrera judicial en la que se ingresaba por oposición- Este primer paso se dio en los países europeos a finales del siglo XIX. En España en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 pero más claramente en el Real Decreto del 24 de septiembre de 1889, en Italia en la Ley de 8 de junio de 1890 y sobre todo en las Leyes Orlando de 14 de julio de 1907 y de 24 de julio de 1908. Después de ellas pudo decirse que el siglo XX se inicia con una magistratura inamovible y dispuesta a dar la siguiente batalla, la de la independencia. MONTERO AROCA, Juan., “*El Derecho Procesal en el Siglo XX*”. Editorial Tirant lo Billanch, Valencia, 2000 pp.47-49.

³⁸ Jurídicamente se comprende al arbitrio *lato sensu* como la facultad de elegir entre dos o más opciones otorgadas por el ordenamiento jurídico, *stricto sensu* es la facultad concedida al Juez por la norma jurídica para valorar discrecionalmente, las diferentes circunstancias que se presentan en el desarrollo de los procesos y decidir la sanción aplicable. Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo I, Op, it., p. 245.

apreciación-, sino además al imponer las sanciones correspondientes a cada ilícito, empero ello no implica que cada Órgano del que se compone el Poder en comento, imponga a capricho criterios que además de que revelan desconocimiento de la dogmática penal³⁹; situación que desde luego, rompe con el principio de Seguridad Jurídica que garantiza el numeral 14 de Nuestra Carta Magna⁴⁰, por lo que previo a establecer lo que debemos entender por la función en comento, es menester que nuestro estudio inicie con el origen de tal función, al centrarse el presente trabajo en un concepto procesal.

Inicialmente el individuo defendía él solo su propio derecho, y para asegurar el respeto de éste, fue necesario conferir al jefe, primero de la familia y después del grupo, la facultad de administrar justicia, pues fue natural que para mantener la tranquilidad en ellos, se atribuyese también la facultad de administrar justicia a quien en calidad de jefe, se había conferido la dirección militar y política, de dicho grupo social.- Cuando la familia comenzó a consolidarse, la intervención de familiares facilitó más tarde la solución de las querellas mediante la conciliación, y probablemente cuando esto no era posible se sometía a la decisión de tercero (*ex aequo et bono*), naciendo así el arbitraje. A veces el vencido no se avenía a cumplir la sentencia, lo que obligaba nuevamente al empleo de la fuerza y por eso fue cuando aparecieron los primeros núcleos sociales, por la agrupación de familiar, fue natural que para mantener la tranquilidad en ellos, se atribuyese también la facultad de administrar justicia a quien ostentaba la calidad de jefe, atribución que posteriormente pasó al príncipe, como un atributo personal, esto explica como los reyes de la primitiva Roma eran, además de jefes, grandes Sacerdotes y Magistrados; finalmente tal potestad se confirió al Estado Moderno⁴¹, siendo una de las principales directrices la atribución de dicha facultad a un tercero imparcial, por lo que fue creado el Poder Judicial, dada las consecuencias desastrosas que implicaría el

³⁹ Concepto que comprende el estudio sistemático de las normas que contienen una sanción retributiva, o sea el estudio mismo del derecho, de lo que constituye su objeto, sobre la base del análisis de un derecho positivo determinado, vigente o histórico. Tiene como tarea el conocer las leyes penales, en su expresión objetiva, su alcance y sistematización, como una expresión del principio de legalidad. Tiene también una función creadora o crítica, que se cuestionan y de postulados que son reelaborados. Moreno Rodríguez, Rogelio. "Diccionario de Ciencias Penales, Intervinculado", Editorial Ad Hoc, Villegla Editor, Buenos Aires, 2006. pp 184-185.

⁴⁰ El cual constituye la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente. Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo IV Op, Cit. p. 3429. .

⁴¹ Misión que era cumplida por un tercero imparcial, para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad de litigio entre las partes. Ideología que fue influenciada por las ideas igualitarias de la Revolución Francesa de 1789-1799.

que dicho poder fuera conferido al Legislativo o al Ejecutivo, como incluso lo explico Montesquieu⁴², Es así que, tal función comprende la intervención del Estado, cuando se suscitan conflictos de intereses, entre particulares (derecho privado), o si es grande la perturbación causada a la colectividad (derecho público), dado que es imposible la existencia social si los integrantes de esa comunidad no viven en paz, pues la lucha los disgrega y aísla, por eso hay que evitar o resolver sus conflictos, por lo cual da gran importancia a la organización y funcionamiento de la justicia.

En efecto, las normas jurídicas no son suficientes para obtener una vida social pacífica; se requieren también órganos o instituciones que faciliten su vigencia, “el derecho”, como se ha dicho, cumple una función de garantía y por eso es preciso que la norma jurídica sea obligatoria. Muchas veces aquélla es espontáneamente acatada por el individuo, pero cuando éste la quebranta, entra en funciones la actividad del Estado.

La actividad jurisdiccional se distingue de la legislativa en que por medio de ésta el Estado determina los límites de la tutela que concede, mientras que con aquélla procura mantenerla o restablecerla, o sea, dar eficacia a las normas generales. Se distingue también de la actividad administrativa en que con ésta el Estado busca satisfacer directamente sus intereses, que son los de la colectividad.

La Función Jurisdiccional del Estado, sustituye a la actividad particular, mediante dos formas, que corresponden a dos etapas del proceso: la del conocimiento y la de ejecución; en la primera el Juez sustituye a las partes y declara existente o inexistente una voluntad concreta de la ley, concerniente a ellas. En la segunda, la actividad de los órganos del Estado se sustituye a la de las partes, obligando al vencido a cumplir la sentencia. En ambos casos la actividad pública sustituye a la de los gobernados.

⁴² “Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podrá disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el Juez sería legislador . Si no está separado el poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”. (El Espíritu de las Leyes, Libro XI, cap. VI, 17ª ed., Editorial Porrúa, México, 2007, p.104).

Las consideraciones anteriores nos llevan a entender por función jurisdiccional **“a la actividad del Estado subordinada al orden jurídico y atributiva, constitutiva o productora de derechos, en los conflictos concretos o particulares que se le someten para comprobar la violación de una regla de derecho o de una situación de hecho y adoptar la solución adecuada”**⁴³.

Esa actividad jurisdiccional requiere la creación de los órganos correspondientes, la delimitación de sus facultades y competencia, y la reglamentación de su actividad, es decir, del procedimiento, obligatorio para el Juez y las partes.

En Nuestro Pacto Federal, tal función se contempla en su Título Tercero Capítulo IV denominado “Poder Judicial”, debiendo resaltarse en especial el artículo 94, el cual establece que el Poder de la Federación se deposita para su ejercicio en la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, y en Juzgados de Distrito. Asimismo de acuerdo a la reforma publicada en la Gaceta Oficial de esta entidad, el 8 de diciembre de 2008, el numeral 2º de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de esta entidad, textualmente prevé:

“El ejercicio jurisdiccional en todo tipo de asuntos civiles, mercantiles, penales, familiares y los del orden federal en los casos que expresamente las leyes les confieran jurisdicción, corresponde a los servidores públicos y órganos judiciales que se señalan a continuación:

- I. Magistrados del Tribunal Superior de Justicia;**
- II. Jueces de lo Civil;**
- III. Jueces de lo Penal;**
- IV. Jueces de lo Familiar;**
- V. Jueces de Arrendamiento Inmobiliario;**
- VI. Jueces de Justicia para Adolescentes**
- VII. Jueces de Extinción de Dominio;**
- VIII. Jueces de Paz...”**

⁴³ Op, cit., p. 570

Ahora bien, delimitados los Órganos que tanto a nivel Constitucional como por la Ley Reglamentaria le esta conferida la actividad judicial cabe señalar que aún cuando de acuerdo a la Reforma de 1999 se creó el Consejo de la Judicatura Federal a fin de administrar, vigilar y disciplinar al Poder Judicial de la Federación, en tanto en el año 2003, se creó el Consejo de la Judicatura Local, a fin de manejar, administrar y ejercer de manera autónoma el presupuesto del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, constituyéndose como un Órgano de vigilancia, toda vez que de acuerdo al artículo 195 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de esta entidad, se encarga de administrar, vigilar y disciplinar al Tribunal Superior de Justicia, funciones que eminentemente le otorgan a dicho órgano “poder”, sobre el resto de los integrantes del Poder Judicial, lo cual desde luego atenta no solo en contra de la eficacia de la función judicial, dado que al considerar como integrantes a miembros ajenos incluso al Tribunal Superior de Justicia, como lo son dos designados por la Asamblea Legislativa de esta entidad y uno por el Jefe de Gobierno, evidentemente lejos de pluralidad en las decisiones –lo cual desde luego no ayuda al Tribunal-, de igual forma impide que al desconocer éstos la problemática real “del trabajo judicial”, en consecuencia resulta imposible lograr la eficacia del mismo.

Por lo anterior, el Consejo de la Judicatura en nuestra opinión lejos de ser considerado como un apoyo del poder judicial se ha constituido sólo en una instancia en la se eroga una parte importante del presupuesto, planteando estrategias infructuosas que además impiden la agilidad de los distintos procedimientos judiciales; basta observar que ante la tendencia actual de una creciente población en cualquiera de los Reclusorios de esta entidad, es más que evidente lo necesario de reforzar no solo con capacitación, sino además con un mejor ingreso al personal de los Juzgados, pues consideramos que esto constituye además un pilar importante para el éxito de la reforma judicial en comento.

En consecuencia la importancia de la actividad jurisdiccional consiste en asegurar la tranquilidad social manteniendo la excelencia en el restablecimiento del orden jurídico; ya sea en el Sistema Inquisitivo mediante el dictado de una sentencia por el Juez y en la actualidad, a través de actualmente en el Sistema Acusatorio, con distintas formas de solución de los conflictos, en la actualidad, a través de la conciliación entre las partes.

De acuerdo a Ricardo Leverne, en su Manual de Derecho Procesal Penal, los caracteres de la función jurisdiccional se basaron en⁴⁴: la autonomía, que no se encuentra en todos los países, sino en aquellos en los cuales el Poder Judicial tiene tanta jerarquía como el Legislativo y Ejecutivo (lo cual no sucede en México), la práctica común revela que el poder judicial carece de autonomía real, lo que repercute en desmedro de una auténtica administración de la justicia, ya que con ello la imparcialidad se desvanece y entra en juego el principio de oportunidad⁴⁵. A ello hay que agregar que no todos los encargados de administrar justicia poseen la adecuada conciencia de su misión y la sensibilidad para juzgar a los hombres, que en definitiva son iguales a él,⁴⁶ consideraciones por las cuales, la independencia de los órganos de poder del Estado, asegura la inamovilidad de los jueces mientras dura su buena conducta y su retribución inalterable, y la jurisdicción derivada de la soberanía, ya que corresponde al Estado administrar la justicia.

Como complemento de lo anterior Devis Echandía⁴⁷, establece que la administración de justicia debe ser permanente, general, exclusiva y definitiva.

⁴⁴ LEVERNE Ricardo, “MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL”, Ediciones *De palma*, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 4.

⁴⁵ En el ámbito de la política de persecución penal, es el llamado principio de *oportunidad procesal* que constituye un presupuesto básico de toda la aplicación mínimamente racional de la ley penal, frente a la imposibilidad fáctica y a la inconveniencia de perseguir todos los delitos que pueden cometerse. La forma de gobierno republicana (como nuestro sistema de gobierno) exige racionalidad de los actos de gobierno. Una política de aplicación de la ley penal mínimamente racional debe responder el enunciado principio de oportunidad (pues, como es conocido, ningún Estado cuenta con medios suficientes para afrontar el enjuiciamiento penal de todos los delitos que puedan ejecutarse, resultando todo intento en contrario una manifestación de *irracionalidad* manifiesta.) Este principio aparece violentado cotidianamente por todos aquellos sistemas penales que, como los latinoamericanos, criminalizan un elevado número de personas (generalmente de un modo inmerecido) y llevan adelante una persecución penal caracterizada en general por la falta de programación racional, o por la existencia de programaciones irracionales, como consecuencia se mal invierten los escasos recursos estatales, operando el Derecho Penal como una forma de control social discriminatorio de los sectores socialmente más desprotegidos, o denominados actualmente de alto riesgo. Ouviña Guillermo., “Estado Constitucional de Derecho Penal”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 77 y ss.

⁴⁶ Las virtudes del Juez además de la capacidad argumentativa y –obviamente– el conocimiento del derecho vigente, que debería poseer un juez son el buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de justicia, humanidad, compasión y valentía. Atieza, Manuel., “Virtudes Judiciales, sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho, trabajo presentado en la III Conferencia de presidentes de Tribunales y Cortes Supremas de Justicia de Iberoamérica, Portugal y España, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrada en Madrid en octubre de 1997, y publicada en la obra *Jueces y Derecho, Problemas Contemporáneos*”, Editorial Porrúa, México, 2006, p 21.

⁴⁷ HERNANDO ECHANDÍA, Devis; “TEORÍA GENERAL DEL PROCESO”; Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2007, pp.89-90.

- a) **Permanente.-** Dado que los conflictos entre los particulares, y éstos con el estado no dejarán de presentarse.
- b) **General.-** Tomando en cuenta que toda persona natural o jurídica, está en posibilidad permanente de necesitar la tutela del Estado, teniendo esta la obligación de someterse a sus decisiones.
- c) **Definitiva.-** Porque las decisiones pronunciadas por los funcionarios competentes deben quedar libres de toda revisión o discusión
- d) **Exclusiva.-** Dado que los particulares no tienen la investidura de autoridad, únicamente en su carácter de árbitros o jurados,

El Estado crea la Organización Judicial como una necesidad ineludible de orden y armonía y estabilización del orden jurídico, de lo contrario la organización social sería caótica. El artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en su párrafo tercero establece como principios que regulan la función judicial: *la expedites, el impulso procesal oficioso, la imparcialidad, la legalidad, la honradez, la independencia, la caducidad, la sanción administrativa, la oralidad, la formalidad la calidad total en sus procesos operativos, administrativos y contables, la excelencia en recursos humanos, la vanguardia en sistemas tecnológicos, la carrera judicial, la eficacia y la eficiencia*”; postulados que incluso se regulan en el Código de Ética expedido por el Pleno del Consejo en fecha 10 de noviembre de 2004, de conformidad con los artículos 200, 201 fracción I y 202 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de las cuales nos gustaría destacar la contemplada en el precepto 13 que textualmente señala: *“excelencia: Todo servidor público deberá esforzarse en el ejercicio de su función y perfeccionarse cada día, mostrando en todo momento la calidad en el trabajo desempeñado, resaltando la eficacia y la eficiencia en la función desempeñada por el ejercicio de su cargo*”, principio que como se expondrá a lo largo de este trabajo, exige a todos los operadores de dicho Poder, que con independencia del Sistema de Justicia, si existe integridad en sus miembros, cualquier política o sistema resulta efectivo.

Por tanto, las normas establecidas en las leyes de fondo carecerían de eficacia si el Estado, al sancionarlas, no creará los mecanismos apropiados y necesarios para hacerlas efectivas

cuando en los casos concretos se requiriese su intervención, ya que por su propia naturaleza (ente), no puede actuar por sí mismo y necesita delegar esas funciones en persona físicas. Este primer aspecto de la función jurisdiccional comprende la determinación y número de los jueces, condiciones exigidas para desempeñar el cargo, forma de designación, número de instancias, nombramiento de los auxiliares del tribunal, etc., todo lo cual constituye, en conjunto, lo que se designa con el nombre de administración de justicia, o sea, el poder judicial.

No basta, por lo tanto, tan solo con crear el Órgano encargado de tal función, sino además es menester fijar sus atribuciones y deberes, estableciendo los límites de su actuación, además de regular la competencia de los jueces, así será posible saber a qué tribunal corresponde el conocimiento de la litis.

El Estado organiza el procedimiento, al cual se deberán someter las partes y determina el juez para la tramitación del proceso, a fin de que la sentencia que se vaya a dictar sea válida y produzca los efectos normales de la cosa juzgada.

En resumen, el Estado cumple su función jurisdiccional de tres maneras:

- 1.- Organizando la administración de justicia;
- 2.- Determinando la competencia de los tribunales que la integran;
- 3.- Estableciendo las reglas de procedimiento a que deben sujetarse los jueces y litigantes en la sustanciación de los procesos.

Consecuentemente, la importancia de la función jurisdiccional es definir el carácter jurídico del Estado, quien en tal actividad obra con personalidad propia, porque la actividad que en ella desarrolla es una emanación directa de su soberanía. La aplicación de la norma abstracta al caso concreto, supone un juicio lógico mediante un silogismo; la premisa mayor está dada por la norma, y la menor es la relación de hecho de que se trata. La conclusión es la aplicación de la norma al caso concreto, es decir, que constituye una actividad pura. La función jurisdiccional se ejerce mediante los órganos creados para ese efecto, o sea, los jueces,

quienes, por medio de la sentencia, previo el conocimiento de los hechos, aplican el derecho al caso concreto que se les somete. La sentencia es así, como concepto primario, el acto por el cual el Estado resuelve con carácter definitivo una controversia entre partes, y para ello está investida, entre otros caracteres, de la autoridad de la cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria. En virtud de la primera, las decisiones de los jueces no pueden ser nuevamente discutidas por las mismas partes, porque interesa a la tranquilidad social que los litigios no sean sucesivamente renovados. En virtud de la segunda, el Estado pone el auxilio de la fuerza pública a disposición del vencedor para obligar al vencido al cumplimiento de la sentencia, sustituyéndose a su actividad si no lo hiciera voluntariamente.

1.4 Naturaleza de la Actividad Represiva del Estado

El establecimiento de delitos y penas constituye un *ius del Estado*, que data del antiguo, la historia jurídica enseña que en Roma, el Medievo y la Edad Moderna, sobre todo en las dos últimas épocas citadas, el ejercicio del poder penal se concibió como consustancial a los derechos del Príncipe, lo mismo aconteció durante la monarquía absoluta, cuando los poderes se concentran en el monarca *justo y benéfico* que ejerce por sí mismo toda potestad terrena, justificada en la misma voluntad divina; como ejemplo de lo anterior encontramos las pragmáticas reglas recogidas en la Nueva y Novísima Recopilación, la *Constitutio Criminales Carolina alemán*, la *Constitutio Criminalis Josefina* austriaca, todos estos textos eran ejercicio de potestad mayestática, en la monarquía absoluta, era auténtico e indiscutible derecho cuyo titular natural era el Príncipe⁴⁸.

Tras la Revolución Francesa de 1789, la potestad de legislar, como la soberanía misma, no reside en el Príncipe, sino en la sociedad, a través de la Teoría de la división de poderes –tal y como ha quedado expuesto a lo largo del presente trabajo–y, de otra parte, de las tesis contractualistas, las cuales imponen la idea de que el derecho represivo, como la misma soberanía, pertenece a todos los ciudadanos, los cuales por su conveniencia renuncian a su ejercicio personal a favor del Estado. El poder legislativo, que junto al ejecutivo y al judicial, forman el triple polar del organismo estatal, no hace sino uso de un derecho que es expresión

⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*MANUAL DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL*”, 2ª ed., Aranzadi Editorial, España, 2005, p. 45.

del derecho de cada ciudadano cedido en virtud del contrato social; con lo expuesto afirmamos que el establecimiento de penas y delitos no era ciertamente ejercicio de un derecho natural que correspondiera al Príncipe, pues se trata de un derecho, cuyo origen y fundamento está en derecho de todos los coasociados.

Por tanto, el poder punitivo, es en una consideración ontológica, un derecho que detenta el Estado, mediante la cesión que de éste hacen sus gobernados. Gonzalo Quintero Olivares, en su Manual de Derecho Penal, Parte General, cita a Karl Binding quien señala: *“la misión de las normas penales consiste en establecer deberes de hacer o de omitir, produciendo también un derecho a la obediencia, a favor del Estado, lógico correlato del derecho de éste a exigirlos incluso con amenazas de castigo”*⁴⁹.

La reacción penal se aplica cuando se impone una pena privativa de libertad determinada a cualquier gobernado, como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, es obvio que el poder judicial o la sociedad representada en éste, han reaccionado ante un sujeto que se entiende ha perturbado o dañado la convivencia, lesionando o poniendo en peligro un interés especialmente apreciado por ésta.

Para poder esperar fundadamente un comportamiento determinado en un individuo hay que partir de la convicción de que las normas penales están de tal modo introyectadas en su subconsciente, por vía educativa, social, cultural, etc., que operan como motivaciones eficaces en su conciencia, ordenando adecuadamente su comportamiento. Mas si por el contrario, el individuo no participa de las valoraciones recogidas en la ley penal, no las comparte y, por eso mismo, ellas no pueden ser factores *contramotivadores* de sus actos, más que en la medida en que sea eficaz la amenaza, no será posible afirmar que el trasgresor de la ley penal ha defraudado el derecho que la sociedad tenía a esperar de él un determinado comportamiento, derecho que se fundaba en que todos compartían la necesidad de respetar ciertos valores, y que, en su virtud, ha dado lugar al nacimiento de un derecho del grupo, a la reacción penal.

⁴⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Op, it. p. 42.

Las convicciones sociales expresadas en la ley penal pueden no ser compartidas por el que las infringe, de tal modo que resulta absurdo plantear la existencia lógica de una expectativa de conducta que se frustrará por el delito. Si el autor de un delito no puede ordenar su comportamiento con arreglo a las previsiones legales, o dicho de otra manera, si éstas no son capaces de operar en su conciencia como contramotivos de su obrar, lo cierto es que con independencia de que comparta o no dichas precisiones, el grupo social tendrá la necesidad de reprimirle en la medida necesaria para su conservación a fin de que prevalezca el bien común⁵⁰.

El poder punitivo del Estado en la sociedad moderna no es más que el ejercicio de una potestad, frente a la cual el ciudadano no se encuentra en una relación jurídica de *igualdad*, sino meramente subordinado a ella, podemos propiamente examinar esa potestad y sus condicionamientos adecuados en un Estado de Derecho social y democrático.

Ciertamente el Estado de Derecho es el Estado gobernado por el derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional, este modelo de Estado, exige que el ejercicio de los poderes públicos respete determinadas garantías formales, ciertos límites que aseguren la salvaguardia de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos. El Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad.

El Estado social y democrático de Derecho supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social a la que no se quiere renunciar, a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. En cuanto social y democrático, sostiene Santiago Mir Puig que tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además un Estado democrático de Derecho,

⁵⁰ Es lo que resulta útil a los seres humanos pertenecientes a una colectividad y en la cual el Estado, encuentra una de las fuentes principales de legitimidad y consenso.

oponiéndose a que el Estado social dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos, como formal, cerrando el paso a la posibilidad de un Estado de Derecho no controlado por todo el pueblo para los ciudadanos⁵¹.

El poder punitivo se justifica por su propia existencia, a fin de mantener una convivencia mínimamente pacífica y organizada, es así que un Estado democrático debe dar lugar, a un Derecho penal respetuoso con los derechos y libertades fundamentales de los individuos; así como con la dignidad y la igualdad, que son los valores que sustentan la democracia. La legitimidad del Derecho Penal o del poder punitivo del Estado proviene, pues, del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas en 1948.

Por otra parte, la excesiva intromisión del poder estatal en la esfera privada, tampoco garantiza un desarrollo social adecuado, en Derecho penal constituye en hecho un círculo vicioso, pues como paradoja el aumento de la criminalidad corre al parejo con un aumento de la dureza en la represión punitiva, que parece volver a los tiempos de una política penal autoritaria de donde parecía se había salido ya definitivamente.

Es así, que la excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, da lugar a establecerle límites, los cuales deben sustentarse en la dignidad humana⁵² y en la idea de la Justicia misma; estos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material, de dos principios fundamentales: *el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado*.

⁵¹ MIR PUIG, Santiago., “*EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO*”, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 2006, pp. 34 y ss.

⁵² Significa la excelencia que ésta posee en razón de su propia naturaleza. En la Declaración del Hombre votada por la Asamblea de la ONU el 10 de diciembre de 1948 y ratificado en 1981 por el Senado, se establece en su preámbulo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Asimismo el artículo 1º de la Declaración comprende “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad”. El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 5-2 establece que las personas deben ser tratadas “con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

1.4.1 Principio de Intervención Mínima

Tal postura afirma que el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes, pues las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho, de ahí que se diga también que el Derecho penal tiene carácter subsidiario frente a las demás ramas del Ordenamiento Jurídico.

En efecto, el Derecho Penal, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; pero en esta función de protección, le corresponde tan sólo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho. El Derecho Penal sería así, simplemente el instrumento sancionatorio de supuestos de hecho, cuya regulación correspondería a las demás ramas del Derecho –civil, mercantil, administrativo, etc.- a las que la norma penal expresamente remite; supuestos a los cuales se les denomina *normas penales en blanco*.

Por ello, el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, se aplica cuando el ataque no sea muy grave, el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas.

1.4.1.1 La Subsidiariedad del Derecho Penal

La afirmación del carácter subsidiario del Derecho Penal tiene su origen en la teoría de las normas de Binding. El punto de partida de este autor es su distinción entre norma y ley penal; el delincuente infringe con su conducta la norma, pero cumple la ley penal que no tiene más que una función sancionadora de las acciones prohibidas por las normas⁵³.

En el mismo sentido que Binding opinaba también Beling: Para regular la conducta humana, no está solo el Derecho penal; más bien son las restantes ramas del Derecho las que llevan a cabo la regulación. Ciertamente la ley penal vincula la penalidad a la conducta en ella descrita, siempre y en tanto que sea antijurídica, pero la constatación de hasta qué punto la

⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco., “INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL”, Bosh Casa Editorial, Barcelona, 2005.

conducta humana en general, o esta conducta en especial, es antijurídica, no es asunto del Derecho Penal mismo y no es relevante desde el punto de vista de la ley penal como tal. El Derecho Penal es, por tanto, una rama del Derecho que se construye sobre las demás, que se refiere a éstas y que sólo en relación con éstas puede funcionar⁵⁴.

Para Jiménez de Asúa la índole “secundaria, complementaria y sancionadora del Derecho Penal” se deriva de su finalidad protectora: *“El Derecho punitivo protege, con la redoblada sanción que es la pena, los bienes jurídicos. Esa enérgica defensa de los intereses protegidos por el derecho, interviene en todos los dominios jurídicos y precisamente, que una de las características específicas del delito –la última diferencia- sea estar sancionado con una pena constituye el corolario de la naturaleza complementaria del Derecho Penal”*⁵⁵.

El principio de intervención mínima se convierte así en el principio político criminal limitador del poder punitivo del Estado derivado de la propia naturaleza del Derecho penal. Sus consecuencias son tanto de orden cuantitativo como cualitativo.

En cuanto a sus consecuencias cuantitativas se refiere al número de tipos de conductas punibles que debe crear el legislador. La protección de bienes jurídicos que lleva a cabo el Derecho penal se establece con la incriminación de las conductas que los atacan. Este proceso de incriminación se realiza con la descripción de esas conductas en los llamados tipos penales que cumplen así la misión de indicar la materia de prohibición, lo que el legislados considera que debe ser prohibido.

Pero no todas las acciones que atacan los bienes jurídicos que lleva a cabo el Derecho Penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él. El Derecho Penal solo se limita a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter fragmentario”, pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el Derecho Penal solo se ocupa de una parte, fragmentos, si bien la de mayor importancia. Las consecuencias de este principio son, a su vez dos: “el principio de humanidad y el principio de proporción de las penas”.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op, cit. pp. 60-61.

⁵⁵ *Ibíd*em, p. 62.

a) Dentro de los muchos significados que la palabra “humanidad” admite, el empleo de ésta en nuestra materia de acuerdo Jeschek⁵⁶ es que “todas las relaciones humanas, que el Derecho penal en su más amplio sentido hace surgir, deben regularse con base en la mutua ayuda, en la responsabilidad social por los delincuentes, en el estar prestos al auxilio y al cuidado sociales y en la decidida voluntad de rehabilitar a los delincuentes ya condenados”.

Las consecuencias de este principio deben reflejarse en el proceso penal, en la abolición de determinados tipos de pena y en la ejecución de las penas privativas de libertad.

En el proceso penal el principio de humanidad, que surge con la Ilustración, ha llevado a la abolición de la tortura como medio de averiguación de la verdad y a la de cualquier otro medio que prive al acusado de la libre determinación de su voluntad, como el detector de mentiras, el suero de la verdad, etc.

b) El principio de proporcionalidad es una idea de Justicia inmanente a todo Derecho. Con él se quiere decir, ni más ni menos, que a cada uno debe darse según sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente.

Trasladado al campo del Derecho Penal, este principio quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido, o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito.

1.4.2 Principio de Intervención Legalizada

Este principio establece que el poder punitivo estatal se debe aplicar dentro los límites que excluyan toda arbitrariedad de parte de los que ostentan o ejercen dicho poder, al momento de configurar el delito, como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, por tanto, tal aplicación debe estar regida por el imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad general.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 77.

Principio que ha supuesto un largo proceso, en el que se observa, el deseo de los ciudadanos por conseguir un mínimo de garantías frente al poder punitivo estatal, suponiendo así un freno para una política penal demasiado pragmática que, decidida a acabar a toda costa y costo con la criminalidad movida por razones defensistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifica las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna.

En consecuencia, las características citadas implican que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el “imperio de la ley”, lo cual implica la “voluntad general”, la cual sirve, para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal y supone, al mismo tiempo, un freno para una política penal demasiado pragmática que, decidida a acabar a toda costa con la criminalidad y movida por razones defensistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna.

El principio de intervención legalizada nace con el Estado de Derecho, su origen más reciente se encuentra en aquel momento histórico en el que el pueblo pasa de ser instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del Monarca que lo encarna, a controlar y participar en ese poder, exigiendo unas garantías en su ejercicio. Los precedentes más claros suelen verse en el artículo 39 de la Magna Carta dada por el Rey Juan II de Inglaterra en el año de 1215 y en España con el Decreto de Alfonso IX en las cortes de León de 1188⁵⁷.

A esta situación se llega precisamente con la Revolución Francesa, que no fue más que la coronación del pensamiento político y filosófico del siglo XVIII, en la denominada época del Iluminismo.

Durante esta época se suceden las declaraciones de derechos fundamentales de las personas y las del principio de legalidad de delitos y las penas, como por ejemplo, la famosa

⁵⁷ *Ibídem*, p. 82.

Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano del 25 de agosto de 1789, en la que se establecía que “nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada⁵⁸”.

Como se puede observar, el principio de intervención legalizada, éste se presenta como una conquista de la ideología liberal de los siglos XVIII y XIX y como el resultado del paso de una concepción absolutista del Estado a una liberal: el Estado liberal del Derecho. Este constituye el único medio racional de control del poder punitivo estatal. Sus insuficiencias se deben más a su realidad efectiva que al principio como tal.

El Estado liberal de Derecho se distingue, por cuatro características: a) Imperio de la Ley, b) División de poderes, c) Legalidad en la actuación administrativa y d) Garantía de derechos y libertades fundamentales.

El objetivo fundamental del principio de intervención legalizada es garantizar los derechos y libertades fundamentales de las personas, que se encuentran sujetas a un proceso judicial.

El principio de intervención legalizada no sólo tiene un fundamento político, sino también jurídico. La base jurídica se la dio el penalista alemán P.A. Feuerbach (1775-1833). También fue Feuerbach quien le dio su formulación latina: *nulla crimen, nulla poena sine lege*.

En un Estado en el que no rige el “imperio de la ley” o el principio de la “división de poderes”, resulta obvio que no tienen ningún efecto el principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal.

El principio de legalidad sirve para determinar la culpabilidad del delincuente. Pues sólo quien conoce la prohibición contenida en la ley penal o, por lo menos, ha podido conocerla, puede motivarse por ella y puede ser castigado, como culpable de un hecho punible.

⁵⁸ Artículo 8º Declaración Francesa de los Derechos Humanos.

El principio de legalidad es, por otra parte, la garantía jurídica de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal. A través de esta función de garantía se controla el poder punitivo estatal en todos los estadios en que éste se ejerce, del siguiente modo:

Como garantía criminal, calificando como delito sólo lo que la ley considere como tal.

Como garantía penal, imponiendo solamente la pena fijada en la ley para el delito cometido.

Como garantía jurisdiccional, es decir no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme.

Después de un largo desarrollo, que ha importado siglos, en que se han hecho valer diversidad de criterios, entre los que se destaca la explicación del origen divino, se fue imponiendo la idea de que la voluntad popular constituye el *principal factor de la legitimación del poder estatal*; es donde se plantea la concepción de un Estado Democrático de Derecho o la del Estado Social y Democrático de Derecho.

En un Estado de Derecho, se deben respetar los derechos humanos, que le reconocen su dignidad humana⁵⁹: como son, no ser objeto de arbitrariedades por parte de la Autoridad, vivir en paz y tranquilidad, poder desenvolverse con libertad y con seguridad para su persona y su familia, hacerle justicia en los casos conflictivos, en fin, atenderlo adecuada y oportunamente, sin despotismo, sin prepotencia, sin discriminación por razón de raza, religión, sexo, preferencia política o condición social, etc.

⁵⁹ La dignidad humana es la premisa antropológica-cultural, de una sociedad plenamente desarrollada, el conjunto de derechos y deberes que permiten al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo. <http://www.letrasjurídicas.com.mx>. noviembre de 2005.

1.4.2.1 Características de un Estado de Derecho

El Estado de Derecho es un Estado de leyes, es decir, un Estado de legalidad que se distingue por las siguientes características:

1. El Estado de Derecho es donde la población vive bajo normas previamente establecidas.
2. El Estado de Derecho es respecto a las garantías individuales el dar cumplimiento a la ley.
3. Es igualdad ante la Ley.
4. Que “nadie está por encima de la Ley”, ni la autoridad ni los particulares.
5. Que no haya impunidad.
6. Que se respete la división de poderes.
7. Que el poder judicial sea autónomo.
8. Que haya más justicia.

1.4.2.2 Principios Rectores del Estado de Derecho

Entre los principios que establecen límites a la potestad que tiene el Estado de Derecho, se destacan:

- El principio de división de poderes, conforme al cual, para el ejercicio de la soberanía, que esencialmente reside en el pueblo (soberanía popular), el Estado se estructura de diversos órganos, cada uno de los cuales tiene delimitada su función por la propia ley para proteger a los hombres frente al despotismo, derivándose de ello otros principios, como son el de reserva y el de legalidad.
- El principio de reserva que establece que a cada órgano del Estado le está reservada una determinada facultad, que no debe ser ejercida por otro órgano.
- El principio de legalidad, conforme al cual cada órgano del Estado en el ejercicio de su poder debe moverse dentro del marco de legalidad, que le fijan tanto la Constitución como las leyes secundarias, esto es, los actos provenientes del Estado –de cada uno de

sus órganos- deben ser actos fundados en el derecho, no deben ser actos arbitrarios o caprichosos.

- El principio de legitimidad, que señala el Estado, como expresión de la voluntad popular, está legitimado para el ejercicio del poder pero para ello debe conducirse por los cauces de legalidad. Legitimidad y legalidad, por ello, se entrecruzan y complementan, y se orientan a su vez, por los principios de justicia.
- El principio de igualdad ante la ley, según el cual el derecho es igual para todos; es decir, el derecho debe aplicarse a todos sin discriminación por razón de raza, religión, sexo, preferencia política o condición social. En virtud de este principio, todos deben tener acceso a la justicia, entre otros principios.

Ante tales supuestos, la función del Estado de derecho consiste en crear y asegurar las condiciones de existencia que satisfagan las necesidades del grupo de individuos que le dieron origen y posibilitar la vida ordenada en comunidad.

El Estado Mexicano, de acuerdo los artículos 39 y 40 de la Constitución, es un Estado “democrático”, porque en él “*todo el poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste*”, ejercitándose a través de los distintos órganos que estructuran al Estado, en base al principio fundamental de la División de Poderes⁶⁰. El Estado viene a ser, por tanto, una entidad, una estructura, creada por el mismo pueblo, el que le ha asignado una serie diversa de funciones, las que se deben realizar, naturalmente, para su beneficio; no puede entenderse de otra manera. Entra esas funciones fundamentales se encuentran: la seguridad social, la seguridad jurídica, la justicia, la educación, la salud, el respeto a la dignidad humana, y las libertades individuales, etc. La Constitución prevé todo esto, señalando para ello las bases del sistema político, económico, cultural, de salud, laboral, de justicia y seguridad pública, entre otros, y considerando la igualdad como principio de convivencia, la seguridad social como garantía de realización humana, la educación y la salud como derecho de todos, el acceso al trabajo como oportunidad de todos, **la justicia como fin primordial**, etc. Para el logro de las funciones anteriormente señaladas, el Estado cuenta con el derecho como su principal instrumento.

⁶⁰ Artículo 49 Constitucional.

El Estado Mexicano, es por ello, también un Estado de “**Derecho**”, y lo es en virtud de regirse por un orden jurídico y, sobre todo, por reconocer y respetar los derechos del hombre. El derecho, como regulador de la estructura orgánica y funcional del Estado, es asimismo un instrumento al servicio del hombre, por lo que sus fines no deben traducirse en perjuicio de éste.

Los ideales plasmados en la Constitución siguen siendo aspiraciones de las generaciones de ahora, pues en la actualidad se sigue pugnando válidamente por libertad, justicia, igualdad, seguridad, etc. Y porque se respeten los derechos humanos. En fin, el pueblo sigue luchando por los ideales de ayer, por la vigencia plena del Estado democrático de derecho. Y seguramente, el pueblo del mañana luchará también por los ideales de ahora, mientras no renuncie a sus valores o esto no cambie radicalmente, que en todo caso sería renuncia de aquellos.

1.5 El Sistema de Justicia Penal de un Estado de Derecho Social y Democrático

El Sistema Penal **comprende el conjunto de medidas de control social de carácter penal, que son parte de un conjunto de medidas de carácter político-criminal que el Estado adopta para el logro de sus objetivos en materia criminal.**

El sistema de justicia penal comprende los siguientes subsistemas:

- a) El subsistema legislativo que, a su vez, abarca: la legislación penal sustantiva (códigos penales y leyes penales especiales), la legislación procesal (códigos de procedimientos penales) y la legislación ejecutiva (leyes de ejecución de sanciones).
- b) El subsistema de procuración de justicia, en el que habrá que considerar la estructura orgánica y funcional del Ministerio Público y de sus auxiliares (policía judicial y servicios periciales).
- c) El subsistema de administración de justicia, que comprende todo lo relativo a la estructura orgánica y funcional del poder judicial.

- d) El subsistema de ejecución de sanciones, en el que destaca sobre todo el sistema penitenciario.

1.5.1 Características del Sistema de Justicia Penal de un Estado de Derecho

La ideología que debe animar al sistema de justicia penal de un Estado de derecho debe ser una ideología que esté en concordancia con la que caracteriza el Estado de derecho de acuerdo a su Pacto Federal; en términos general puede decirse que el sistema de justicia penal de un Estado de Derecho debe respetar, por una parte, la concepción que la propia Constitución encierra en torno al hombre, al hombre como “persona”, como “fin en sí mismo”, como un ser “racional, libre y capaz”, respecto de quien habría que reconocer una serie de características inherentes a su naturaleza humana, características que, a su vez, determinarán los contenidos conceptuales y sentido de diversas categoría que se manejan en todo sistema penal.

En el Sistema de Justicia Penal de un Estado de Derecho el *ius punendi* es limitado, y esa limitación obedece fundamentalmente al reconocimiento y respeto de los derechos humanos que ha de prevalecer. En virtud de que el *ius punendi*, o sea la potestad o el poder penal, o el “derecho a castigar”, es ejercido por cada uno de los órganos que estructuran el Estado, en su respectivas intervenciones, en atención al principio de división de poderes, al de reserva y al de legalidad, la limitación rige para todos los órganos del Estado.

Entre los principios que informan el Sistema de Justicia de un Estado de derecho, son:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD

PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA O DE ULTIMA RATIO

PRINCIPIO DEL BIEN JURÍDICO

PRINCIPIO DE ACTO O DE CONDUCTA

PRINCIPIO DE TIPICIDAD

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

PRINCIPIO DE PRESUCIÓN DE INOCENCIA

PRINCIPIO DE RACIONALIDAD DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD
PRINCIPIO DE JURISDICCIONALIDAD
PRINCIPIO DE PREVIO Y DEBIDO PROCESO
PRINCIPIO DE DEFENSA

Un sistema que contenga y prevea la regulación de los principios citados es ampliamente respetuoso de los derechos del hombre, dado que establece límites precisos al ejercicio del *ius punendi*, pues se considera que será el sistema penal que no instrumentalice o mediantice al hombre, sino el que lo considere como persona, como “fin en sí mismo” y en torno al cual se siga optando. Conforme a esa concepción tanto el Estado como el derecho y el propio sistema de justicia penal, deben estar al servicio del hombre y no para servirse del hombre.

1.6 El Sistema de Justicia Penal del Estado Mexicano

El Estado Mexicano, es un Estado democrático de Derecho de acuerdo al artículo 39 de nuestro pacto federal, en el que la soberanía popular aparece como un principio de legitimidad del ejercicio del poder, y así, al tratarse de un Estado de Derecho, su poder punitivo así como cualquier otro poder que conforma su soberanía, no es absoluto, sino que se encuentra limitado por el reconocimiento y respeto a los Derechos Humanos consagrados en la Carta Magna y manifestados en una serie de principios establecidos en la misma.

Al provenir nuestro Sistema de Justicia Penal de un Estado democrático de derecho, se reconoce que éste funciona a través de causas jurídicas, requisito indispensable y obvio de cualquier estado moderno, que se caracteriza por el seguimiento de una serie de principios que aparte de constituir autolimitantes al poder del propio Estado, -en virtud del reconocimiento y respeto de los derechos del hombre-, se traduce en garantías para los individuos. Tales principios son entre otros:

- a) PRINCIPIO DE DIVISION DE PODERES, éste contempla que para el ejercicio de la soberanía que reside en el pueblo (soberanía popular), el Estado debe

estructurarse en diversos órganos, cada uno de los cuales, tiene delimitada su función por la propia ley para proteger a los hombres frente al despotismo.

b) PRINCIPIOS DE LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD, éstos establecen que el Estado como expresión de la voluntad popular, está legitimado para el ejercicio de su poder, pero para ello debe moverse dentro del marco de la legalidad que le fijan la Constitución y las Leyes secundarias. De esta manera, también está legitimado para el ejercicio del Ius Puniendi y para hacer uso de determinados medios de control Social, que para estar acordes con la esencia del Estado de Derecho, también deben revestir ciertas características.

c) PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY, éste reconoce que el Derecho es igual para todos.

Postulados que desde luego implican que para establecer que un Estado es de "Derecho", no sólo debe contener un orden jurídico, y ceñirse a él, sino además debe reconocer y respetar los Derechos Humanos y autolimitarse ante ellos.

Por tanto, al ser un Estado de Derecho producto de la voluntad general, dicha concepción encierra "EL PRINCIPIO DEMOCRATICO", expresado en la idea de la soberanía popular, que lejos de ser una categoría abstracta o puramente retórica, constituye una condición que tiene la función de garantizar que cualquier ejercicio del poder por parte de los Órganos del Estado, se haga en virtud de su previa legitimación popular y en interés del Pueblo, es así que la función de un Estado de Derecho, lo constituyen la realización de fines consistentes en crear y asegurar las condiciones de existencia que satisfagan las necesidades del grupo de individuos que le dieron origen y posibilitar la vida en común; para ello el Estado cuenta con el derecho como uno de los medios más adecuado para lograr tales fines, en especial el Derecho Penal y sus métodos.

Ciertamente, nuestro sistema penal comprende el conjunto de medidas de control social de carácter penal, que deben aplicarse a fin de proteger bienes jurídicos, tanto individuales como

colectivos, más fundamentales para la vida en comunidad, para lo cual se cuenta con los mecanismos de control como la sanción penal; es así, que el ejercicio del Ius Puniendi que corresponde a los Órganos del Estado, debe estar limitado, y esa limitación se insiste, se debe precisamente al reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos que han de prevalecer y estos se garantizan a través de los principios arriba anotados.

Además otro de los principios que significa limitar al poder punitivo, y en relación al aspecto que se analiza, lo constituye el principio de legitimidad, conforme el cual el Estado, que es expresión de la voluntad general, está legitimado para adoptar las medidas necesarias para prevenir y reprimir la criminalidad, en el ejercicio concreto del Ius Puniendi, el Órgano del Estado deberá observar esta exigencia.

Con base a lo anterior, el Derecho Penal debe ser un instrumento al servicio del hombre para proteger sus intereses y no servirse de él, por tanto no debe de ser utilizado en contra de los individuos o de la Sociedad, sino debe ser empleado como un instrumento eficaz para protegerlos; en consecuencia el Juzgador Penal solo podrá intervenir cuando se trata de hechos que previamente han sido descritos por la ley como delito, es decir, de hechos relevantes para el Derecho Penal, que por ello, han lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos que el legislador ha querido proteger a través de las normas penales, es al Juzgador a quien, conforme al principio de la división de poderes, está reservada la facultad punitiva de conocer estos hechos y determinar si es o no aplicable la ley penal al caso en concreto.

En este interés del procedimiento penal, el Juzgador tendrá que determinar si efectivamente se dan o no los presupuestos mínimos de la pena o de la medida de seguridad: Injusto y Culpabilidad para que, si se dan, pueda aplicar racionalmente la consecuencia jurídica. El límite racional de la consecuencia jurídica, estará primordialmente determinado por la gravedad o cuantía del injusto y por el grado de culpabilidad.

CAPITULO II “EL PROCESO PENAL: SU COMPRENSIÓN ACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA”

2.1 Formación del Derecho Procesal Penal

*“Los hombres se reunieron en sociedad para libertarse de los peligros de que a cada instante se veían amagados, y que sufrían (estando separados) por la mayor fuerza de alguno ó algunos otros, que les privaban de la vida y de sus bienes, quitándoles toda seguridad personal y el libre uso de su propiedad, haciéndolos vivir en un continuo estado de violencia y en el que no se reconocía otro derecho que el de la fuerza”*⁶¹, aparece así el concepto de jurisdicción para dar respuesta a la cuestión sobre el modo de tutelar a la sociedad, mediante un ordenamiento jurídico la JURISDICCIÓN⁶² emerge de la soberanía como facultad permanente de administrar justicia, siendo su fin principal satisfacer el interés público del Estado en la realización del derecho y la garantía del orden jurídico, la vida, la dignidad y la libertad individual, en los casos concretos y mediante decisiones que obliguen a las partes del respectivo proceso; en tanto, su fin secundario es satisfacer el interés privado, en la composición de los litigios y en el juzgamiento de quienes resulten imputados de ilícitos penales, mediante el proceso, o en su caso, obtener el fin concreto especial que los interesados persigan con éste⁶³.

En los pueblos primitivos la administración de justicia, se confería a un jefe, un consejo de ancianos, o un brujo, teniendo esa solución de conflictos características místicas o mágico-religiosas. Al ir evolucionando las comunidades, éstas fueron tolerando y reglamentando ciertas formas autocompositivas, inclusive en delitos graves, como el HOMICIDIO, donde se otorgaba un amplio margen de negociación entre las partes afectadas, así, si un miembro de

⁶¹ DE HEVIA BOLAÑOS, Juan., “*CURIA FILÍPICA MEXICANA OBRA COMPLETA DE PRÁCTICA FORENSE*”, editada por Mariano Galván Rivera, México, 1858, p. 257.

Idea con la cual se concibió la creación del Estado y que en la actualidad se aleja de la realidad, por las cifras de las personas ejecutadas por día –siendo tales actos cada vez más despiadados- pareciendo que lejos de que el Estado tutele el bienestar de los ciudadanos sobre de los que no respetan el orden jurídico establecido, éstos últimos han constituido nuevamente una era de barbarie.

⁶² La palabra jurisdicción proviene del latín *iurisdicatio*, que se forma de la locución *ius dicere*, la cual literalmente significa “decir o indicar el derecho”. OVALLE FAVELA, José., “*TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*”, 6ª. ed., Editorial Oxford, México, 2004, p.106.

⁶³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “*TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*”, 5ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 96.

una familia mataba un miembro de otra familia, el grupo social victimado podía arreglarse con el ofensor a través de algún tipo de compensación como podía ser la entrega de animales, bienes, o la prestación de cierto servicio; siendo las características de tales procedimientos el formalismo y teatralidad, rasgos que consistían en gestos, actuaciones, determinadas palabras sacramentales, inclinaciones, etc., sin los cuales tales actos procesales carecían de validez.

Los orígenes de la función jurisdiccional en todos los pueblos tanto de Asia, África, América o Europa, son similares en sus rasgos fundamentales, caracterizándose por ser severos, crueles, con procedimientos rápidos, ausencia de tecnicismos, limitadas posibilidades de defensa y crueldad en las penas o soluciones⁶⁴.

2.1.1 Evolución del Proceso Penal en Grecia

El proceso penal en Grecia (del siglo VI al IV A.C.), respondía a un modelo acusatorio puro, pues cualquier ciudadano ateniense (en torno al 399 A.C.) podía formular la acusación ante el oficial competente (arconte), existiendo así una verdadera acusación popular, dado que los ciudadanos tomaban parte del proceso penal.⁶⁵

El *Arconte* controlaba si concurrían los presupuestos de admisibilidad de la acusación – entre otros que no habían óbices de procedibilidad (en particular la amnistía)-, una vez admitida la querrela se fijaba fecha para el juicio, dándose publicidad a la querrela, lo cual suponía para el acusador privado, asumir unos costes nada desdeñables, por un lado debían prestar causación para responder frente a una posible indemnización por querrela falsa, y del otro lado, en caso de que el acusador no obtuviera al menos una quinta parte de votos del tribunal –el cual se podía integrar de muchos miembros- debía pagar una multa de 1,000 dracmas. El acusador garantizaba sus acusaciones con juramento o caución y tenía derecho a

⁶⁴ Basta que incluso nos remontemos a nuestra propia historia, donde las sanciones impuestas por la cultura /maya, eran rígidas y tenían un carácter de ejemplaridad, siendo su ejecución siempre pública; “*algunas sanciones tenían el carácter ritual, es decir de purificación del delincuente. La imposición de la pena capital era frecuente, y su ejecución era cruel; los modos de imponerla variaban en función de la situación social del delincuente, también se imponían sanciones como la confiscación de bienes y la esclavitud*”. González, María del Refugio., “Historia del Derecho Mexicano”, Editorial UNAM, México, 1983, p.18.

⁶⁵ LEVERNE, Ricardo., “*MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL*”, 2ª ed., Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1993, p 28.

una parte de los bienes del acusado si éste era condenado, pues de lo contrario, él era castigado con graves penas, siendo la tortura un medio ordinario de prueba.

El proceso estaba regido por el principio dispositivo, ya que los jueces estaban vinculados a las peticiones formuladas por las partes en sus respectivos escritos de acusación y defensa, hasta tal punto que ni siquiera tenían discrecionalidad para determinar el alcance de la pena. Los miembros de tribunal (*Heliástico*) eran elegidos a través de un complejo sistema de sorteo entre los ciudadanos romanos y el cual tenía jurisdicciones criminal y civil⁶⁶. El número de jueces que formaban el tribunal dependía de la gravedad del asunto, integrado por 501 jueces hasta 6,000, ciudadanos los cuales eran elegidos anualmente, por sorteo, con los que se formaban diez sesiones que actuaban separadamente, según la importancia de los asuntos a resolver⁶⁷; deliberaban de noche y tenían competencia limitada a pocos delitos sancionados con pena de muerte: homicidio premeditado, envenenamiento, incendio, etc.⁶⁸

Esta integración del tribunal político por toda la ciudadanía, respondía al principio democrático: “todos sienten por igual el impacto de los atentados contra la colectividad y tienen el derecho de juzgar”.

El proceso penal se caracterizaba por su carácter plenamente privado, en cuanto a la iniciación, el enjuiciamiento y las partes del proceso eran ajenos a la intervención pública, lo cual explica que la sentencia fuese considerada como expresión directa de la soberanía popular, y que la justicia ateniense fuese considerada como un ejemplo de absoluta democratización de la justicia.

Un limitado sentimiento de solidaridad social permitía que la comunidad sintiese la alarma general causada por el delito cuando se trataba de infracciones de carácter político o de las formas más graves de atentados personales, a los que se denominaba *delitos públicos*; pero no la conmovía con la misma intensidad frente a atentados menos graves, a los llamados *delitos*

⁶⁶ ODERIGO, Mario A., “LECCIONES DE DERECHO PROCESAL”, Ediciones *De Palma*, Buenos Aires, 1989, p. 49.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 49

⁶⁸ LEVERNE, Ricardo. Op, cit. p 28.

privados, en los que sólo percibía el perjuicio ocasionado a la víctima; y esta distinta actitud del grupo social en uno y otro caso, esta distinta reacción, se reflejaba en las formas procesales, ya que los *delitos privados*, eran tratados de la misma manera que asuntos civiles, dado que el proceso sólo se iniciaba por acción del ofendido.

2.1.2 Evolución del Proceso Penal en Roma

Al pueblo romano le tocó la suerte de llevar la evolución de su derecho desde el punto de vista técnico y sistemático, a alturas jamás alcanzadas por otros pueblos de la antigüedad, dividiéndose dicha evolución en tres etapas: LA MONARQUÍA, LA REPÚBLICA Y EL IMPERIO; respondiendo su organización de la justicia y del procedimiento, al principio de especialidad, ya que al igual que los griegos dividieron los delitos en *públicos y privados*⁶⁹,

Durante la monarquía (una etapa primitiva de desarrollo en todos los sectores culturales y sociales), tenemos la etapa llamada de *las acciones de la ley*; durante la República tenemos la etapa llamada del **proceso formulario** y finalmente en el Imperio, surge el llamado **proceso extraordinario**. En las dos primeras fases –que unimos bajo el término de *ordo iudiciorum privatorum (orden judicial privado)*-, encontramos una peculiar separación del proceso en “dos instancias”. La primera se desarrollaba ante un magistrado y se llama *in iure*; la segunda, ante un tribunal de ciudadanos seleccionados o ante un “juez privado” y se llamaba, *in iudicium*, o mejor, *apud iudicem* (delante del juez), por ello esta etapa presenta vestigios muy fuertes de autocomposición y se asemeja todavía al arbitraje.⁷⁰

2.1.2.1 Las Acciones de La Ley

Las Acciones de la Ley, eran procedimientos rigurosos enmarcados dentro de cierto ritualismo, semejante a la religiosidad, encontraban su fundamento en la Ley de las Doce Tablas, donde se establecían diversas formas autorizadas de procedimientos con características propias. En el desarrollo de estas acciones ante los Magistrados, las palabras, los gestos y las

⁶⁹ ODERIGO, Mario A., Op, cit. p. 57.

⁷⁰ GÓMEZ LARA, Cipriano., “*TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*”, Editorial UNAM, México, 1987, pp. 57 y ss.

actitudes prescritas por la ley, deberían de adoptarse por las partes, un error en la palabra, en la actitud o en el gesto, determinarían que el gesto pudiera perderse; es decir, existía un exagerado formalismo.

La elaboración de la Ley de las XII Tablas se produjo hacia mediados del siglo V a. C., a partir de la insistencia de un tribuno de la plebe llamado Terentilo Arsa en el 462 a.C. cuando el Senado republicano decidió enviar una comisión de diez magistrados a Atenas para conocer la legislación del gobernante griego Solón, inspirada por el principio de igualdad ante la ley. A la vuelta de esta comisión, el Senado decidió constituir otra comisión integrada por diez magistrados patricios (decenvirato) y presidida por un cónsul para la elaboración de la ley. La comisión trabajó durante un año para redactar las diez primeras tablas, terminadas el 451 a. C. Un año después, en el 450 a. C., se constituyó otra comisión, esta vez formada por patricios y plebeyos, que elaboró las tablas undécima y duodécima. A estas tablas se las denominó «injustas», porque mantuvieron la prohibición de contraer matrimonios mixtos entre patricios y plebeyos. Las XII Tablas fueron ratificadas por el Senado y definitivamente aprobadas por las asambleas populares en los comicios centuriados.

Las Tablas I, II, III. Contendrían derecho procesal privado.- El procedimiento que regulan es el de las acciones de la ley, acciones judiciales en que en virtud de la Ley de las XII Tablas podrían ejercer los ciudadanos romanos para la defensa de sus derechos. El proceso se caracterizaba por su excesivo formalismo, las partes debían pronunciar obligatoriamente determinadas palabras, a veces muy complicadas, o realizar ritos si querían tener posibilidades de ganar el litigio. Detrás de este formulismo estaba el sentimiento religioso.

Las acciones de la ley a saber eran cinco: tres declarativas y dos ejecutivas. Las primeras: acción por apuesta (sacramentum), acción por petición de un juez o de un árbitro (postulatio iudicis) y la acción por requerimiento (condictio). Estas se caracterizaban por contemplar el mismo proceso, iniciado antes los pontífices (quienes indicaban la fórmula solemne) más tarde ante un magistrado (quien se encargaba de mediar la contienda entre las partes ayudando a determinar un juez privado) y por último ante un juez (quien recibe la fórmula solemne y las pruebas preparadas). Las dos restantes o ejecutivas: acción por aprehensión corporal (manus iniectio) y la acción de toma de prenda o embargo (pignoris

capio). Ambas dos guardaban resagos pertenecientes a la venganza privada, ya que en ellas podía se aplicar la fuerza o violencia para recuperar lo debido. La intervención del poder público era escaso. El pretor era el magistrado que presidía el proceso, encauzándolo y fijando la controversia, pero el juez que dictaba sentencia era un ciudadano elegido de común acuerdo por las partes. La ejecución de la sentencia condenatoria de un deudor se regulaba muy detalladamente. Aunque resulta morbosa por ser personal y cruel, es fruto del consenso que tuvo la elaboración de las XII Tablas por parte de patricios y plebeyos; como los deudores solían ser los plebeyos, esta regulación constituía un principio de seguridad jurídica, el plebeyo podía saber lo que le esperaba en el caso de ser insolvente.

Las Tablas VIII, IX Contendrían el Derecho Penal de la época. **Se caracterizan porque contienen tanto normas muy arcaicas como normas modernas, lo que refleja un periodo de transición. En estas Tablas aparece implícitamente la distinción entre dos ámbitos del derecho penal: el derecho público y el derecho privado. El público se ocuparía de los crimina o ilícitos penales que eran atentados contra el pueblo romano, como el perduleio o traición al pueblo romano y de los ilícitos más graves como el parricidium. Los crimina eran perseguibles de oficio y sancionados con la pena capital o en su caso el exilio. El privado se ocuparía de los delicta, ilícitos privados, de menos gravedad y de persecución a instancia de la víctima o de sus familiares. Estos ilícitos eran castigados con pena pecuniaria a favor de la víctima, siempre dependiendo de la gravedad de mismo. Delicta serían delitos de daños a bienes de terceros, el furtum y la inuria o delito de lesiones. En la Tabla IX se establece la prohibición de concesión de privilegios por lo que todos los ciudadanos son iguales ante la ley**⁷¹

Ahora bien en cuanto a las acciones de la ley éstas eran cinco formas de actuación, tres de ellas de carácter declarativo con la determinación de derechos subjetivos, (*legis actio sacramento*, *legis actio per iudicis postulationem*, *legis actio per conditionem*) y las dos

⁷¹ <http://www.wikipedia.com>. Consultada 27 de noviembre de 2008.

últimas de carácter ejecutivo (*legis actio per manus iniectioem, per pignoris capionem*); es decir la ejecución de tales facultades. A continuación se expondrán cada una de las Acciones de la Ley:

1.- *Legis actio sacramento* (la apuesta sacramental)

Es una figura que contemplaba las Doce Tablas, y servía para reconocer derechos reales y personales; sin embargo, el procedimiento era distinto según se tratara de la defensa de la propiedad (o uno de sus desmembramientos) o de un derecho de crédito.

El procedimiento comenzaba por la notificación, la *in ius vocatio*, que era un acto privado; si el demandado se negaba a presentarse inmediatamente ante el magistrado y no ofrecía un fiador para garantizar su futura presentación, el actor podía llamar testigos y llevar, por la fuerza, al demandado ante el pretor.

Si el demandado era viejo o estaba enfermo, el actor tenía que poner a su disposición medios de transporte, dice la primera de las XII Tablas bondadosamente, y precisaba “pero no es necesario que sea un carro provisto de cojines”.

En la *actio sacramento* las partes de litigio hacían una especie de apuesta y el perdedor debía pagarla. El monto de lo perdido se destinaba a los gastos del culto. Hay en toda la teatralidad de esta acción un verdadero reto entre las partes afirmando ambas tener derecho sobre una cosa o sobre una persona.

2.- *Legis actio per iudicis postulationem*

Tenía como objeto fundamental que el pretor, previo pedimento de las partes, nombrase a un juez o a un árbitro para dirigir el litigio, sin que se celebraran apuestas procesales. Esta *legis actio se encontraba en dos casos:*

*.- Cuando no se trataba de una decisión afirmativa o negativa respecto del derecho que el actor pretendía tener, sino de la división de una copropiedad o herencia, del deslinde unos terrenos (en cuyos casos tres jueces – *o arbitri*-, fueron habitualmente designados) o de la fijación del importe de daños y perjuicios.

**.- Cuando se trataba de la determinación de derechos y obligaciones nacidos por *stipulatio*.

El primer caso es lógico, como no se trataba de saber si el actor tenía razón o no, no era justo condenar a una de las partes a perder una apuesta, el segundo caso era sorprendente, pues consistía en una fuente de derechos personales, toda vez que en la práctica, la *legis actio sacramento* subsistía para acciones reales que no fueran divisorias y personales basadas en delitos.

3.- *Legis actio per conditionem* (el emplazamiento)

Esta *legis actio* era mucho más reciente que las dos anteriores y procedía cuando el actor reclamaba un bien determinado (de acuerdo con la *Lex Calpurnia*) o una determinada cantidad de dinero, (de acuerdo con la *Lex Silia*). La ventaja práctica de esta *legis actio* consistió en un lazo extraordinario, de treinta días, que fue insertado en el procedimiento entre la primera audiencia ante el pretor y la segunda, en la cual debía ser nombrado el *iudex*. Este plazo contribuía, en gran parte, a un arreglo extraoficial entre las partes.

4.- *Legis actio per manus iniectioem* (aprehensión corporal)

En el caso de que un deudor no pudiera, o no quisiera, cumplir una condena judicial o un deber reconocido ante una autoridad, o en otros casos diversos en los que era evidente que alguien debía algo a otro (como resulta del *furtum manifestum*, o sea el robo flagrante, y en algunos casos más), el acreedor podía llevar al deudor ante el pretor y recitar ahí una fórmula determinada cambiándola con gestos determinados (sujetando por ejemplo al deudor por el cuello; de ahí el término *manus iniectio*). Si el actor cumplía correctamente con las formalidades inherentes a su papel el pretor pronunciaba la palabra *addico* (*te lo atribuyó*),

después de lo cual el acreedor podía llevar al deudor a su cárcel privada. Durante sesenta días el acreedor exhibía al deudor en el mercado, una vez cada veinte días, y si nadie se presentaba a liquidar la deuda, el acreedor podía vender al deudor, *trans tiberim*, en el país de los etruscos o matarlo. En caso de haber varios acreedores, cada uno tenía derecho a una parte proporcional del cadáver y si alguno tomaba un poco más de lo que le correspondía estrictamente, éste no se consideraba como un fraude, según disposición de las Doce Tablas con benevolencia.⁷²

5.- Per pignoris capionem (la toma de la prenda).

Por ciertas deudas de carácter militar, fiscal o sagrado, en la que el acreedor podía penetrar en la casa del deudor, pronunciando fórmulas sacramentales, y sacar de ella algún bien, el *picnus bis* o sea la prenda. Esta *legis actio* se parece a un embargo, hecha de propia mano sin la intervención de persona alguna, esta circunstancia hacía indispensable un procedimiento para sancionar el uso injustificado de esta *pignoris capio*.

2.1.2.2 Decadencia de Las Legis Acciones

Desde el momento en que en que la *Lex Aebutia K* (de 150-130 a. de J.C.) permitió a los romanos optar entre las *legis actiones* y el sistema formulario, más elástico y equitativo, aquéllas se utilizaron menos. A finales de la época republicana, los romanos, generalmente tan aficionados a la tradición, se atrevían a confesar públicamente que encontraban el formalismo de las *legis actiones* “un poco ridículo”.

El Doctor Guillermo Floris Margadant, cita en su obra el Derecho Privado Romano, a Cicerón, quien respecto a la *legis actiones* destacó: “*mientras se trató de una ciencia esotérica, era necesario tener confianza en los iniciados, pero desde el momento en que la publicación de fórmulas y la costumbre de utilizarlas nos permitieron mirarlas más de cerca, nos hemos dado cuenta de que están tan vacías de sentido como llenas de estupidez y de mala fe*”⁷³.

⁷² GÓMEZ LARA, Cipriano., Op, cit. pp. 57 y ss.

⁷³ FLORIS MARGADANT Guillermo, S., “*EL DERECHO PRIVADO ROMANO*”, Editorial Esfinge, México, 2010, 26ª, p.151.

El procedimiento de las *legis actiones*, no era rápido, pues si bien el hecho de ser orales y tener las partes contacto directo entre el juez -factores favorables para la celeridad-; a causa de los diversos plazos, sufrían retrasos, quizá con la expresa intención de que el deudor tuviera más tiempo para tratar de cumplir con sus obligaciones.

Las *Leges Iuliae*, referentes al sistema procesal de 17 a. de J.C., suprimieron las *legis actiones*, salvo en algunos casos, como en los litigios tramitados ante los *centumviri*.

2.1.2.3 El Procedimiento Formulario

En la República existió un nuevo período en el que se llamó el procedimiento formulario, al cual tenían acceso no solo los ciudadanos, sino también los plebeyos y los extranjeros, quedando suprimidas las acciones de la ley, y los gestos sacramentales de los litigantes y los testigos⁷⁴; en este procedimiento aparece la figura de un nuevo magistrado, el pretor *peregrini*, que había de ser determinante para crear el procedimiento formulario, el cual venía a permitir formas más ágiles y más rápidas de solución de los conflictos sin que dentro de este procedimiento hubiese necesidad de sujetarse al rigorismo y al enmarcamiento de las acciones de la ley. El procedimiento formulario, coincide con la época de oro del Derecho Civil Romano, cuyo fundamento procesal es precisamente **la fórmula**. Ésta consiste en una instrucción escrita con la que el magistrado nombra el juez y fija los elementos sobre los cuales éste deberá fundar su juicio, dándole a la vez el mandato, más o menos determinado, para la condenación eventual o para la absolución en la sentencia. El pretor magistrado tiene mayor posibilidad de adaptar la fórmula al caso concreto que se somete a su consideración, y es precisamente aquí, donde surge esta institución tan admirablemente manejada por los juristas romanos, que es la equidad entendida como la justicia aplicada a un caso concreto.

Las partes fundamentales de la fórmula eran:

- Intentio: es aquella parte en la que el actor concluye o expone sucintamente su demanda.

⁷⁴ Leverne, Ricardo. Op, cit. p 29.

- Demonstratio: es una enunciación del hecho, que, constituye el fundamento de la litis.
- Adiudicatio: implica la potestad por la cual, el juez debe atribuir la cosa, o parte de la cosa, o derechos sobre la cosa, a alguno de los litigantes.
- Condenatio: es la última parte de la fórmula y aquella con que se llega a un resultado ejecutivo⁷⁵.

2.1.2.4 El Procedimiento Extraordinario

Finalmente viene una tercera y nueva etapa en el Imperio, el procedimiento extraordinario, en el que desapareció la división de la instancia en “*iure*” o “*in iudicium*”, dejando de ser oral el procedimiento.

En la Roma imperial, se consideraba ofendido un directo interés del príncipe, y la parte perjudicada se identifica con el Estado, una vez venido a menos el sentimiento cívico y el hábito de libertad que en la república habían hecho posible el funcionamiento de la iniciativa acusatoria por parte de cualquier ciudadano, la acusación pública -*accusatio*- fue sustituida por la fatal denuncia y por la oculta calumnia, que se convirtieron en un instrumento de tiranía⁷⁶.

Este sistema se desarrolló por una parte dentro del sistema tradicional, en ciertos litigios, basados en instituciones de reciente creación, el pretor comenzaba a resolver la controversia en una sola instancia, *in iure*, sin mandar el asunto a algún *iudex*, así sucedía en materia de alimentos, de fideicomiso, etc. Por otra parte, este sistema se desarrolló paralelo al sistema tradicional, pues a medida que el Emperador comenzó a asumir todas las funciones del Estado, éste se convirtió en la cúspide de la jerarquía de funcionarios imperiales dedicados a la administración de justicia, esta justicia imperial se desarrolló paralelamente a la justicia administrada por el pretor, era más costosa que ésta, pero generalmente más rápida y de excelente calidad técnica y moral. Así fue tomando poco a poco el lugar de justicia tradicional, dentro de este sistema imperial, los funcionarios imperiales –senadores, gobernadores y hasta oficiales-, solían investigar y dictar sentencia sin recurrir a *iudices privati*, o delegándola a los

⁷⁵ GÓMEZ LARA, Cipriano., Op, cit. p. 61.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi., “*DERECHO Y RAZÓN*”, Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 563.

decenviros o “*quaestores*”⁷⁷; no se podía castigar sin condena previa y la pena capital sólo podía ser impuesta por el comicio máximo o centuriado⁷⁸.

Había dos clases de procedimientos: “*iuditia privata*” y “*iuditia publica*”, que tenía dos formas, la *congnitio* –de oficio, para delitos graves como incendio, robos y análogos⁷⁹- y la *accusatio* –a instancia de particular⁸⁰. El primero estaba reservado al padre “*pater familias*”, en razón del alto concepto de la “*patria potestas*”, y el segundo, en una de sus formas, la “*congnitio*”, se hacía ante un magistrado, “*quaestor*”, con un trámite previo ante él, y se iniciaba con la “*quaestio*” o la pregunta al acusado. La sentencia podía ser objeto de apelación ante los comicios centuriados, mediante la “*provocatio ad populum*”, que sólo procedía si aquél era ciudadano y varón, por delitos ordinarios.

Con la presentación de la *accusatio* el acusador asumía la obligación ética de presentar una acusación justa frente al acusado y a su vez asumía que el proceso pudiera dirigirse contra el propio acusador. Bajo el régimen de acusar –el cual era muy importante- dado que sin acusación no podía haber proceso, correspondía a cualquier ciudadano (sistema de acción popular), con las limitaciones impuestas por razones de dignidad y de sexo –no podían acusar los indignos, ni las mujeres-, y también de función, ya que los magistrados no podían ejercitarlos, salvo que se tratara de delitos muy graves, que representaran atentados contra la existencia misma de la sociedad. El peligro de las acusaciones irresponsables se conjuraba exigiendo el acusador determinadas garantías de solvencia material y moral, y responsabilizándolo con multa y como reo del delito de calumnia si no conseguía la condena del acusado⁸¹.

Para los delitos de alta traición en los que existía interés público en que fueran perseguidos, existía un proceso de instrucción oficial (la denominada *inquisitio*), llevada a

⁷⁷ VIZCARRA DAVÁLOS, José., “*TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*”, 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004, p. 17.

⁷⁸ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., “*DERECHO PROCESAL PENAL*”, Tomo I, Rubinzal Cuizoni Editores, Argentina, 2002, p 119.

⁷⁹ Para los casos de delitos graves existía un proceso regido por el principio de oficialidad, el cual, sin embargo, no podemos calificar como proceso inquisitivo *stricto sensu*, por no estar encaminado a la búsqueda de la *veritas delicti*. Oderigo, Mario A., Op, cit. p. 59.

⁸⁰ LEVERNE, Ricardo. Op, cit. p 29.

⁸¹ ODERIGO, Mario A., Op, cit. p. 62.

cabo por un funcionario nombrado por el cónsul para el caso concreto, denominado *questor*. Este proceso estaba regido por el principio de oficialidad, sin que su objetivo fuera la averiguación de la verdad material, sino únicamente en la determinación de la culpabilidad o no del imputado por el hecho delictivo utilizado, para ello se presentaban medios de prueba de carácter irracional como el juramento purgador, los jurados de apoyo y ordías o juicios de Dios.

En este tipo de proceso *-cognitio-*, el más antiguo, el magistrado actuaba de oficio y con amplios poderes, representando a la comunidad, sin que estuviese reglamentado el procedimiento. La otra forma de *iuditia pública*, la *accusatio*, surgió en el último siglo de la República, por no ofrecer la *cognitio* suficientes garantías, especialmente para las mujeres y los no ciudadanos. En ella el juicio era presidido por el pretor, e intervienen jurados, cuyo número iba de los 32 a los 75 y se sorteaban de unas listas, pudiendo ser recusados por el acusado. El procedimiento era acusatorio, y cualquier ciudadano romano, sin ser magistrado, podía ejercer el derecho de acusación *-accusator-*, en el acto público y oral, iniciándose aquella por la “*nomis delatio*”, luego de la acusación y de la defensa venía la prueba, que no tenía límites, pudiendo defenderse las partes personalmente o por medio de los *advocatus*, después de lo cual los jurados votaban por *absolvo*, *condemno* y *non liquet* (*voto en blanco*), necesitándose mayoría de votos para la condena, e igualdad de ellos para la absolución. En el primer caso el magistrado ponía la pena.

El acusado tenía como garantías el derecho de ser oído, la publicidad y la posibilidad de ser defendido por terceras personas.

El procedimiento pasa a ser inquisitivo y secreto y la investigación queda a cargo de los *curiosi*, *stationari*. En los *delicta privata*, sólo puede ejercer la acusación del ofendido, y en los demás hechos el denunciante debe asumir la función de acusador, responsabilizándose así de su imputación. Además, se podía aplicar el tormento al acusado y aún a los testigos. Los

poderes del Juez fueron cada vez mayores e invadieron los del acusador privado, pudiendo proceder de oficio⁸².

La publicidad predominó en los primeros tiempos en el proceso penal. Las sentencias durante la República era orales, bajo el imperio eran escritas en latín, hasta que en la última época también podían redactarse en griego.

En cuanto al proceso penal, se distinguía entre los delitos capitales, el denominado *percidiumm* y el *perduellio* (alta traición).

2.2 El Proceso Penal en la Edad Media

Dentro de la evolución histórica europea, se denomina Alta Edad Media a partir de la caída del Imperio Romano de Occidente en el siglo V. Roma, que durante siglos había establecido una dominación global y vencido a todas las potencias competidores, vivió un lento proceso de descomposición aproximadamente desde el siglo IV, en el que tanto problemas internos como ataques de los pueblos “bárbaros” (alanos, vándalos, germanos, etc.), conducen a la desaparición del poder central y a una compleja evolución que modificó todo el ordenamiento del mundo antiguo. Esta época se caracterizó por un repliegue sobre comunidades locales y por el establecimiento del feudalismo, que se consolidó hacia el año 800.

El conocimiento del Ministerio Público en la edad media, lo encontramos más arraigado en Italia donde existieron unos denunciadores oficiales llamados *Sindici o ministrales*⁸³, que propiamente no son el origen del Ministerio Público, sino auxiliares que presentaban las denuncia de los delitos, se hallaban a las órdenes de los jueces y que podían actuar sin la intervención de éstos. En las postrimerías de la edad media estos órganos se revistieron de caracteres que se acercan a la institución del Ministerio Público, pues “en

⁸² VÉSCOVI, Enrique., “*TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*”, 2ª ed., Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2001, p. 25.

⁸³ GINER, Salvador. “*HISTORIA DEL PENSAMIENTO SOCIAL*”, Barcelona, España. Editorial Ariel 1975.p. 129.

Venecia, existieron los *Procuradores de la Comuna* que ventilaban la causa en la *Quirintia Criminales* y los *Conservatori Di Legg*, en la república de Florencia”⁸⁴. El feudalismo es considerado como un fenómeno característico de la Edad media, que determina una justicia impartida del señor feudal al siervo, sin embargo las propias necesidades al igual que hoy han obligado al Estado a buscar mejores condiciones para sus gobernados, en donde Juan sin Tierra firmará la carta magna en el año de 1215, que en su artículo 3º. Prescribía: “*Ningún hombre libre será prendido o hecho prisionero, desposeído o proscrito, o de cualquier modo destruido ni se llevará a prisión, excepto tras un juicio legal de sus iguales y de acuerdo con las leyes del país*”⁸⁵, respecto a la Edad Media dice, entre otras cosas, que “*la promotoría fiscal no existió como institución autónoma, en el sistema de enjuiciamiento inquisitorio creado por el derecho canónico y mandado observar por el Papa Inocencio III, en el año de 1481 y a las américas en los siglos XVI y XVII. Bajo este sistema el juez era árbitro en el destino del inculpado y tenía amplia libertad para buscar pruebas y para utilizar cuantos medios tuviese a su alcance para formar convicción. Los funcionarios que formaban parte integrante de las jurisdicciones*”⁸⁶. Señala que los sindeci o minístrales, actuaban según las órdenes de los jueces y posteriormente recibieron el nombre de Procuradores de la Corona, quienes denunciaban los delitos, por lo que podemos afirmar que tienen mucha semejanza al Ministerio Público Francés, de donde México adquiere influencia.

No debemos olvidar que el señor feudal, era dueño y señor de vidas y tierras de sus siervos, pudiendo ordenar y mandar todo lo que estuviera a su alcance para protegerse, incluyendo a los funcionarios que se encargaban de investigar los delitos; podríamos afirmar que es una situación similar a la que se vive actualmente respecto de la función que desarrolla el Ministerio Público ya que al depender del poder ejecutivo, se encuentra supeditado a sus ordenes exclusivamente y no como aparentemente lo pretende hacer comprender el artículo 21 Constitucional, según lo analizaremos con posterioridad.

⁸⁴ FUENTES Díaz, Fernando. “*MODELOS Y EL PROCEDIMIENTO PENAL*”. 5ª. Edición Editorial Sista, México, 2000.

⁸⁵ *Ibidem*. P. 9.

⁸⁶ *Ibidem*. P. 10.

a) El Procedimiento y El Proceso Penal en España

En este país una ley del fuero juzgo marca el origen del Ministerio Público, al señalar: “...que no traten ellos (el rey y los obispos) el pleito por sí, más por sus mandaderos...” . Pasado un tiempo encontramos a los llamados *Patronus fisci*, los cuales era hombres designados para defender los derechos de la cámara del rey. Más tarde estos funcionarios son llamados *procuradores fiscales*, ampliándose a su vez la gama de las funciones encomendadas a ellos, así por ejemplo queda a su cargo actuar como órgano acusador de determinadas conductas delictuosas. Aquí se encuentran disposiciones que hacen referencia a los *personeros del rey*, representantes de éste y defensores de los intereses de la corona, “Las *Leyes de Partidas* se referían a los *Personeros* y a los *Patrones del Fisco*” hablan de un funcionario público encargado de negocios judiciales, persona encargada de defender en juicio todas las cosas y los derechos que pertenecen a la cámara del rey; tales funcionarios no intervenían en las causas criminales.

En Castilla, los fueros municipales autorizaban a los pueblos a nombrar funcionarios encargados de vigilar la administración de la justicia e intervenir en las investigación de los delitos. Sin embargo, en Navarra se crearon las figuras del *abogado fiscal* con funciones de acusar delitos y al *abogado patrimonial*, que intervenía en los asuntos del erario y del patrimonio del soberano. Fue hasta 1527, cuando el rey Felipe II, ordenó que en las audiencias hubiese dos fiscales, uno para las causas civiles y otro para las criminales. Así mismo, disponía que el más antiguo de los residentes en dichas audiencias pudiese elegir entre uno y otro cargo. Sin embargo el fiscal de nuevo ingreso ocupaba habitualmente el lugar del fiscal saliente, ya fuera en el ejercicio de las causas civiles o en las criminales. Después en 1578, por cédula real expedida en Madrid, se les concede a dichos fiscales el poder de juzgar en todos los negocios que presenten discordia de votos. Así como en aquellos en los cuales el número de oidores no es el requerido.

Las funciones de los *Promotores fiscales* consistían en vigilar lo que ocurría ante los tribunales del crimen y en obrar de oficio, a nombre del pueblo cuyo representante era el

soberano. Alfonso Noriega, señala al respecto: “En las leyes recopiladas se le denomina procurador Fiscal, había uno para lo civil y otro para lo criminal, en el primero se entendía en lo relativo a los intereses y derechos del fisco y en el segundo, en lo relativo a la observancia de las leyes que tratan de los delitos y de las penas.”

La característica hispánica de esta institución radica fundamentalmente en integrar a los fiscales (Ministerio Público) a los organismos judiciales, toda vez que no pueden depender del poder ejecutivo o en este caso del soberano. Cabe señalar que la palabra “fiscal”, la adquiere España del latín *fiscus*, que significa cesta o mimbre en virtud de que los romanos guardaban el dinero precisamente en cestos de mimbre. Posteriormente se les llamo “Procuradores Fiscales”, dadas las facultades para recabar los impuestos y para proceder en contra de quienes no cumplieran con ello.

b) El Procedimiento Penal en Francia

Este país es un ejemplo claro de lo afirmado por España, toda vez que tomó los lineamientos propios de la institución, en virtud de que un mandatario particular del rey acusaba al delincuente cuando no había interesado; podríamos decir que es la base de la acusación estatal, motivando con ello las transformaciones del orden político y social introducidos en Francia al triunfo de la revolución de 1793, fundándose con ello una nueva concepción jurídico-filosófica. A este país se le debe haber puesto en manos del Estado la función persecutora, y como el monarca era el encargado del Estado, este tenía a su disposición un procurador y un abogado, encargados de atender los asuntos personales de la corona; el primero atendía los actos del procedimiento y el segundo el sostenimiento de los derechos del rey sobre las personas que le interesaban y que estaban bajo su protección (*Gente Nostrae*). Estos dos funcionarios podían ocuparse de otros negocios. Lo que demuestra la ausencia de representación social. Los funcionarios aludidos intervenían en los asuntos penales por multas y confiscaciones que de estos pudieran emanar y que enriquecían el tesoro de la corona, atentos a los derechos que vigilaban, se preocupaban por la persecución de los delitos, por lo cual, a pesar de que no podían presentarse como acusadores estaban facultados para solicitar el procedimiento de oficio. Podemos afirmar que los procuradores del rey tienen

su origen en la monarquía francesa, precisamente con el absolutismo de Luis XIV, mediante la ordenanza de 1670, precisamente porque en su persona se resumían todas las funciones del Estado, puesto que éste llegó a afirmar “...el estado soy yo...”, lo cual nos demuestra que efectivamente es cierto porque todavía no se elaboraba la teoría de la división de poderes.

Continúa diciendo Alfonso Noriega que la figura del Fiscal fue llevada con facultades a la organización política de las colonias Españolas en América, creada para que los vasallos tuvieran quien los rigiera y gobernara en paz y justicia. Y fueron sin duda tribunales de prestigio superior a la audiencia española, no solo por el esplendor desplegado, sino principalmente por su influjo decisivo por la prosperidad y administración de los territorios.

Poco a poco, los procuradores del rey fueron interviniendo en todos los asuntos penales, encargándose de promover la acción penal y de ejecutar las penas, acabando por convertirse en representantes del Estado, los cuales tenían la misión de asegurar el castigo de todos los actos delictivos. En el imperio de Napoleón, y con las leyes de 1808 y 1819; por la ley del 20 de abril de 1810, el Ministerio Público se encontraba formado de manera plena, tal y como actualmente se le conoce, surgiendo así el “Ministère Public”, quedando organizado como institución jerárquica, dependiente del poder ejecutivo, y que ha servido de referencia para la mayoría de los países.

Sin embargo las funciones que se le asignan al Ministerio Público francés son de requerimiento y de acción; carece de funciones instructoras, éstas son reservadas a la jurisdicción, al igual que en la mayoría de los países se divide en dos secciones, una para la materia civil y otra para la penal; el nuevo sistema establece que ninguna jurisdicción (negocio jurídico) se encontraría completo si no se encontraba la presencia del Ministerio Público, como representante del pueblo, y aunque como quedó afirmado en un inicio con la ordenanza de Luis XIV, tiene sus orígenes hasta dos siglos después en el imperio de Napoleón, cuando se logra su consolidación, y aunque otras instituciones cambiaron, esta se mantuvo inamovible, y es precisamente en la segunda monarquía, cuando se logra la independencia total del poder ejecutivo, en donde ya para entonces tiene funciones de ejercitar la acción penal a los responsables de un delito, de intervenir en el período de ejecución de sentencias y representar

a los incapacitados, a los hijos naturales y a los ausentes; en los crímenes interviene sobre todo cuando estima que se afectan los intereses públicos, ya que la mayoría de los crímenes se encomiendan a la policía judicial, según el Código de Institución Criminal, en su artículo 8º, la policía judicial investiga los crímenes, los delitos y las contravenciones, reúne las pruebas y las entrega a los tribunales encargados de castigar. Por su parte en íntima relación, el artículo 16 del Código Brumario, expresa que la policía judicial se ha instituido para mantener el orden público, la libertad, la propiedad, y la seguridad; podemos apreciar que estas garantías individuales las encontramos contempladas en nuestra constitución, como base fundamental del juicio de amparo. Cientos de años pasaron y el hombre ha ido logrando poco a poco cambios y progresos, observando a la justicia como algo difícil de lograr, muchos más han pasado en donde hemos podido apreciar que mediante la aplicación de las leyes se puede castigar o sancionar a una persona que realiza una conducta tipificada por la ley como delito, sin embargo estas circunstancias no han mejorado en mucho desde los tiempos más remotos hasta nuestros días, porque la impartición, procuración, administración y aplicación de la ley se han tenido que dejar en manos de simples seres humanos, los cuales son necesariamente propensos al error y con ello a las violaciones a los derechos más elementales del hombre.

Profunda huella dejó en la historia el crimen cometido contra Sócrates, a quien se le condenó a muerte con cicuta, siendo inocente de los cargos hechos en su contra, sólo por consignas políticas de sus tiempos; múltiples que se han dado a través de los tiempos, dejan en duda la buena aplicación, impartición y administración de la justicia, en donde el Ministerio Público ha tenido una importante labor por ser quien ejerce el monopolio de la acción penal, encontrándonos con áreas profundamente corruptas promotoras de arbitrariedades y de injusticias.

2.2.1 El Proceso Penal en el Derecho Germánico

En el Derecho Germánico (siglos del V al IX) regía el principio clásico del modelo acusatorio *nemo iudex sine actore*⁸⁷, La persecución penal estaba supeditada a la formulación de una acusación particular o popular. El particular agraviado o sus parientes perseguían la reparación del daño bien a través de un contrato de vindicación o reparación. En ordenamiento jurídico de las estirpes de la *época de los francos*, en la denominadas *leges barbarorum*, el cual se desarrollaba para convertirse en un sistema de resolución de conflictos, pues podía servir tanto para la compra del derecho de venganza como para la reparación del daño causado.

Al igual que no se distinguía entre la reparación del daño y la pena, tampoco se diferenciaba entre la demanda civil y la acusación penal; la reparación del daño se producía dentro del proceso penal. De igual forma que en el proceso penal romano, en el Derecho de los francos el proceso penal no se centró en la búsqueda de la verdad material, sino en la determinación de la culpabilidad o inocencia del sospechoso dentro de un proceso estrictamente formal.

El proceso germánico era un proceso acusatorio, en la medida en que se iniciaba mediante una querrela particular denominada *Klage* –a instancia del ofendido o de sus parientes- y el concepto de acusación se utiliza referido únicamente el modo de iniciarse el proceso; en el que no se busca la verdad material ni se investigan todos los hechos para extraer de los mismos un juicio fáctico definitivo. El objeto de la prueba en este proceso se centra fundamentalmente en la cuestión jurídica relativa a la culpabilidad o inocencia y la prueba se presenta unilateralmente por una de las partes, aquella que se encuentre más próxima al elemento de prueba.

⁸⁷ “*No hay juez sin haber actor*”; significa que debe haber un justiciable para que exista la justicia: *stricto sensu* se halla referido a la ausencia de acusación que trae como consecuencia la inadmisibilidad del proceso decisorio. Gernaert Willmar, Lucio R. R., “DICCIONARIO DE AFORISMOS Y LOCUCIONES LATINAS DE USO FORENSE”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 89.

Lo característico de este proceso (siempre y cuando el acusado no hubiera sido aprehendido o *in fraganti*) radica en que se lleva a cabo un proceso probatorio formal, cuyo resultado determinaba de manera definitiva y sin necesidad de practicar ulterior prueba, la culpa o la inocencia del acusado. Pero al igual que sucedió en el proceso penal romano, también en el germánico fue adquiriendo un mayor significado la persecución de oficio, con una creciente influencia del poder del Rey, ya que en los llamados Juicios de Dios⁸⁸ se suplía a la prueba; la Divinidad designaba a quien se debía considerar culpable, y el juicio se denominaba “orden”.

El procedimiento acusatorio se vincula a la venganza privada, es formalista, público y oral. La sentencia era dada por la asamblea de la comunidad “*Ding*” y casi siempre consistía en el pago de una indemnización para evitar la venganza del ofendido o sus parientes, es decir, que se admitía la compensación⁸⁹.

La sentencia se dictaba contando únicamente con la acusación y la defensa, porque se partía de la base de quien afirmaba algo bajo juramento –con lo cual comprometía su vida futura, más estimable que la presente-, siempre decía la verdad. Pero tal sentencia no era obligatoria sino cuando el condenado se conformaba con ella o cuando no conseguía probar al demandado que no tenía razón, a cuyo efecto la misma sentencia señalaba las pruebas de que debía valerse. Estas pruebas no se usaban para demostrar la realidad de los hechos, sino el grado de credibilidad merecido por quien las rendía y consistían en testimonios personales sobre la calidad de los sujetos, o en testimonios divinos, para cuya adquisición se recurría al duelo judicial, y las ordalías –JUICIOS DE DIOS- (pruebas de agua fría, del agua hirviendo y del hierro al rojo), entendiéndose que Dios daría fuerzas para salir airoso a quien tuviese la razón de su parte (*principio de verdad revelada*). La confesión presentada bajo juramento era

⁸⁸ Estos juicios se llevaban a cabo casi siempre por el duelo judicial, o si no mediante el agua hirviendo, el hierro, el fuego etc., y persistió en Italia hasta el siglo XVI, poco a poco se precedió de oficio, aun con aquellos delitos que afectaban únicamente a algunos particulares y que en un principio sólo podían ser perseguidos por instancia privada. Levene, Ricardo. Op, cit. p 31.

⁸⁹ La compensación o composición consistía en la posibilidad de que los infractores –aún los que hubiesen cometido los atentados más graves- se sustrajeran del proceso o le pusieran término o se liberaran de la pena, si llegaban a un arreglo de dinero con la familia de la víctima (*principio de disponibilidad del objeto procesal*). Y, dado que era el interés familiar el que estaba en juego –interés en cierto modo privado frente al de la colectividad-, no es de extrañar que los juzgadores fuesen meros árbitros quedando el ataque y la defensa reservados a las partes (*principio acusatorio*). ODERIGO, Mario A., Op, cit. p. 64.

decisiva, aunque no estuviese corroborada por ningún otro elemento (*principio de la verdad formal*)⁹⁰.

En los casos de flagrancia –cuando el acusado había sido sorprendido en la comisión del hecho–, se lo sometía a un procedimiento sumarisimo, prácticamente reducido a las formas ejecutivas.

2.2.2 El Proceso Penal en el Derecho Canónico

El antiguo Procedimiento Inquisitorial Canónico Italiano del siglo XII, en el sur de Francia y la Italia del norte, se originó toda vez que el comportamiento de sacerdotes y obispos se había degenerado al grado de consentir que muchos de éstos vivieran en concubinato y desenfrenada lujuria, lo que aunado a la opulencia papal, provocaría el rechazo de un importante sector de la sociedad europea y el surgimiento de los albigenses y de numerosas herejías que amenazaban con extenderse hacia grandes dimensiones.

En contra de esta creciente atmósfera de adversidad hacia el clero y la cristiandad, el Papa Inocencio III (1161-1216), se ocupó del proceso inquisitivo en la Decretales denominadas *Licet Heli* (1199) *Supor his* (1203), *Pur tuas* (1204), *Cualester y cuando* (1206) *e Inquisitionis* (1212).⁹¹, se vio obligado a predicar una cruzada, la de los barones del norte, apoyada por los reyes franceses que vieron grandes ventajas en ésta y así frenar la desbandada⁹².

⁹⁰ *Ibidem*, p. 65.

⁹¹ Dicha labor influyó en el Concilio de Letrán (1215). La finalidad del proceso inquisitorial canónico fue el intento de control social del Papa sobre su grey. Al Papa correspondía: “*La función de asegurar la paz, protección y disciplina, y el mantenimiento de los principios básicos sobre los que se asentaba la Iglesia*”. Hernández Martínez, Roberto., “La teoría de la *constare de delicto* en el proceso inquisitorial italiano”, Revista Académica, Facultad de Derecho de la Universidad la Salle, año IV, número 8, enero 2007, p 4.

⁹² UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando., “*EL CUERPO DEL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL*”, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004, p.1.

Las Decretales se regularon en diferentes tipos de proceso:

a) El proceso acusatorio el cual giraba en torno al principio de *nemo iudex sin actore* (no hay Juez sin haber actor). Iniciando con la presentación de la acusación que debía contener la *incriptio* (la obligación del acusador de sufrir la pena solicitada para el acusado, en caso de que no la probara). El Juez verificaba la legitimidad del acusador y el cumplimiento de la *incriptio*, en el caso de que procedía la misma⁹³.

Posteriormente el Juez fijaba un plazo para que el acusado respondiera. Antes del cumplimiento del plazo el acusado podía interponer excepciones, reconociéndose de dos tipotas dilatorias (incompetencia o recusación del Juez) y las perentorias (falsedad de pruebas, excomunión del acusador, etc.).

El acusado podía allanarse a la acusación o negarla. En el caso de que se negara la acusación se fijaba la litis y se abría la fase probatoria, la condena se dictaba si existían pruebas suficientes y aparentemente la absolucón, sino la sabía, o el acusado hubiere podido probar su inocencia. La absolutoria daba origen a que se aplicará al acusador por él pretendida (*Inscriptio*), sin embargo, como otra categoría en el derecho canónico que originaba la aplicación de sanciones que posteriormente influiría en el proceso inquisitivo, se facultaba al inquisidor a imponer una sanción por la posibilidad de ser culpable. Esto es en el caso de que no hubiere prueba plena de culpabilidad, pero sí algunas presunciones, se podía imponer una penitencia, por lo tanto, existía una tercera categoría que era la probabilidad de culpabilidad a lo que se podía llegar por presunción, por la *difamatio*, por prueba incompleta, etc.

b) El proceso inquisitivo, éste da un giro e instaura el principio procesal *et publice interest, quod maleficia non remaneant impunita* (es de interés de público, que los maleficios no permanezcan impunes); éste podía iniciar de dos formas por una denuncia evangélica de cualquier persona o de oficio (*exemptio*). Por lo que respecta al proceso inquisitivo canónico, por denuncia evangélica, se distinguió de la acusación por el hecho de que el denunciante no

⁹³ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Roberto., "LA TEORÍA DE LA CONSTARE DE DELICTO EN EL PROCESO INQUISITORIAL ITALIANO", Revista Académica, Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, año IV, número 8, enero 2007, p. 9.

era obligado a suscribir la *inscriptio*, por lo que sólo tenía la facultad de probar los hechos acusados más no la obligación, su justificación fue la caridad fraternal de corregir al pecador. Realizada la denuncia a la autoridad eclesiástica debía de corroborar la existencia de un *delicta manifesta*, los cuales también fueron conocidos con el apelativo de “*notoria*”.

El *notorium* fue un concepto cuyo origen se debe a los canonistas, en la jurisprudencia romana fue desconocido, como se ha afirmado esta institución permitía considerar un hecho como cierto y por lo tanto eximido de prueba. En caso de que la Autoridad eclesiástica no acreditara el *delicta* manifiesta o notoria, se suspendía el proceso y para seguir la tramitación el denuncia debía suscribir la *inscriptio* y por lo tanto, se abría el proceso acusatorio. La segunda forma de iniciar el proceso inquisitivo canónico y que constituyó una innovación que tendrá trascendencia fue la *exemptio*, éste implicó una persecución de oficio realizada por las Autoridades Eclesiásticas con la finalidad de castigar la herejía⁹⁴.

La razón de éste giro radical del proceso se hizo surgir de la apreciación de una relajación de las costumbres de la sociedad medieval, por ello se procuró reafirmar el poder pontificio a través de este proceso, enfocado principalmente a la represión de los escándalos públicos del clero y terminar con los desórdenes. En un inicio las Autoridades Eclesiásticas no debían castigar aquellas faltas que no trascendieran al público, porque su represión correspondía a otros tipos de proceso. Fue la *exemptio* la que permitió proceder no sólo contra los *delicta manifesta o notoria*, sino en los casos de *infamatio* (también se conocía como mala fama, infamia, o *diffamatio*), caracterizada como “la voz general y creíble que acusaba a cualquiera de una conducta ilícita”. En el grado de la verdad la *infamatio* ocupaba un grado inferior respecto al notorio. El procedimiento de la *exemptio* era a través de las visitas anuales, concilios provinciales, que constituían indagaciones realizadas por los obispos con la finalidad de sancionar a los pecadores. Se nombraban personas idóneas, providas *videlicet et honestas*, para que proporcionaran a la Autoridad Eclesiástica, informes sobre los pecados y pecadores cometidos en la localidad, éstos testigos se transformaban en denunciantes⁹⁵.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁹⁵ *Idem*.

Logró implementarse el proceso inquisitivo *stricto sensu*, denominado “*Quater quando*”⁹⁶, este nuevo proceso se diferenciaba del proceso canónico anterior en que ya no era necesaria la querrela de un particular, sino que bastaba con la denuncia (*denunciatio*) o un rumor extendido de la mala fama para que se produjera una actuación oficial: se abría en consecuencia la *inquisitio* con el objeto de la averiguación de la verdad material (*veritas delicti*). El juramento purgador habitual en el proceso de difamación, pasó a jugar un papel secundario, pues sólo se recurría al mismo cuando la *inquisitio*, no arrojaba resultado convincente. Por otro lado, el proceso inquisitivo pasó a iniciarse como el proceso de difamación (basado en el rumor de la mala fama) de tal manera que no constituía un proceso completamente novedoso, sino una corrección del proceso anterior que se había instaurado para la averiguación de la verdad material a través de la *inquisitio*. Se impuso así la independencia del Juez y la acusación de oficio “*inquisitio ex officio*”, que se encomendó a un funcionario especial llamado promotor, sustituto del ofendido o de sus familiares, cuya actividad quedó reducida a un limitado número de delitos, el proceso perdió su carácter público, sobre todo en la etapa instructoria preliminar, se restauró el régimen de las delaciones, manteniéndose en secreto el nombre del denunciante, y el Juez asumió amplias facultades, en detrimento de las partes (concentración funcional)⁹⁷.

El Proceso Inquisitivo de la Iglesia serviría así también para introducir un mayor control disciplinario entre los clérigos infractores o corruptos, en una época en la que la Iglesia había perdido prestigio, debido en parte al problema de las simonías o compra-venta de cargos eclesiásticos (y también de beneficios, sacramentos, reliquias y otros) o la atmósfera citada al inicio y la cual se reflejaba en los cargos de más alta jerarquía, pues con la implementación de los procesos de la inquisición donde se aplicaba la violencia y tortura contra herejes, era con el objeto de reconducirlos a la -pretendida- verdadera fe. El recurso a estos métodos, en particular a la tortura, se extendería también plenamente al proceso penal.

El proceso de la Inquisición y el recurso a la tortura se hizo indispensable en los procedimientos contra la brujería que comenzaron a celebrarse a partir del siglo XV, pues sin la confesión (forzada) no podía quedar probado el ficticio *corpus delicti* de la brujería.

⁹⁶ LEVERNE, Ricardo. Op, cit. p 32.

⁹⁷ ODERIGO, Mario A., Op, cit. p. 68.

A través de la lucha política de tres poderes –real, señorial y eclesiástico-, la jurisdicción canónica fue absorbiendo materia justiciable; y lo que comenzó por ser un fuero de excepción, se convirtió en materia común, instituyéndose el Tribunal de Inquisición o Santo Oficio.

La Inquisición inició desde el siglo IV, se estableció de una manera estable en el siglo XI para contrarrestar la herejía de los Cátaros y los Albigenses y bien puede decirse que llegó a su apogeo en España a fines del siglo XV, bajo el reinado de Fernando e Isabel la Católica, y que duró hasta mediados del siglo XIX. Así puede decirse que la Inquisición duró 15 siglos, 1,500 años. Durante todo este tiempo revistió incontables modalidades en los diferentes países, épocas y circunstancias. Su época más álgida fue en España, bajo el reinado de Isabel la Católica, durante los años de 1480 a 1496, en la regencia del que fue considerado el más execrable de los inquisidores: Fray Tomás de Torquemada.

Era un tribunal cuya misión no era CASTIGAR, sino, como su nombre lo indica, simplemente inquirir, es decir, INDAGAR, a quienes eran sospechosos de herejía para aprenderlos, interrogarlos y dictaminar si eran culpables o no, y poder evitar los males que los herejes causaban a su prójimo, a la sociedad y a las naciones, y en caso de encontrarlos culpables, entregarlos después a la autoridad civil, para que ésta castigara sus crímenes de acuerdo con el Código Penal vigente en las diferentes naciones. La Inquisición a nadie quemaba, pues no tocaba a ella imponer ninguna clase de castigos, pues ésta aprehendía a los sospechosos de herejía –lo interrogaba e instruía proceso- y dictaba si era culpable o no, y nada más, pues no era ella, sino los Jueces Civiles, quienes dictaban la sentencia y eran las Autoridades Civiles “el brazo secular”, quienes se encargaban de hacerla ejecutar.

Se inculpa principalmente a la Inquisición de 7 cosas:

1. El secreto con que se conducían los procesos.
2. El uso de la tortura para lograr la confesión del acusado.
3. La muerte en la hoguera.

4. La confiscación de los bienes de los acusados.
5. El gran número de víctimas.
6. Terribles atrocidades y;
7. El atraso de España.

La primera característica citada, se refería a que el acusado no supiera quién lo había denunciado, ni quiénes declaraban en su contra, tenía como motivos o razón de ser, que el hecho que se supiera, daría lugar a venganzas personales y colectivas, personales y colectivas, a que alguno de los testigos o denunciante, hubiera perecido apuñaleado o arrojado a los despeñaderos por los parientes, amigos o correligionario de los acusados. La justificación de los procesos en secreto, era que sin éstos, nunca hubieran llegado a descubrirse los culpables, pues nadie se hubiera expuesto a perder la vida por denunciar a un culpable, ni por hacer declaraciones ante el Tribunal.⁹⁸

Poco después sería una judicatura con tribunales fijos, reglas específicas y personal adaptado a su papel, al reconocer a la iglesia de Roma como la única y verdadera, fundamentalmente a partir del mandato del papa Gregorio IX y una serie de decretos y bulas expedidas por éste para consolidar los tribunales eclesiásticos. Empero, un primer escollo habría de sortear: el descubrimiento de los herejes, cada vez más cautelosos ante la extensión del manto de terror de la Inquisición, depositando la iglesia tan delicada faena en la vieja orden de los dominicos franceses, quienes además de su labor policíaca se desempeñaron en la enseñanza de la predicación, la filosofía y teología. El inquisidor dominico era un personaje reconocido adulado y pagado por el rey, además de muy temido por todos.

Con posterioridad la labor del inquisidor sería rebasada por las delaciones anónimas, el simple rumor o indicio, llegándose al extremo de utilizar “bocas” o “buzones de la verdad” para imputar cargos de herejía, muchas de las veces injustas por encubrir ánimos de venganza en contra de determinada persona falsamente tachada de hereje, poder librarse de adeudos

⁹⁸ SEMBRADOR, Pedro., “*LA INQUISICIÓN*”, 8ª ed., Arquidiócesis Primada de México, México, 2007, pp. 3 y ss.

contraídos o para desvanecer cualquier duda sobre la fidelidad papal y creencia religiosa del soplón⁹⁹.

No obstante la facilidad para someter a la jurisdicción eclesiástica a cualquier persona ante la mínima presunción, los tribunales difícilmente condenaban al sospechoso con base en indicios, pues aprovechando la práctica común del tormento durante la inquisición especial para obtener la confesión del inculpado, se prefería apoyar la condena de tan viciada probanza.

La Inquisición no solo persiguió a los herejes, sino a todo aquél que pudiera atentar en contra de la fe cristiana, como los brujos y en menor grado a astrólogos y alquimistas, como la famosa condena en Roma decretada en contra de Galileo Galilei (1564-1642) por herético, al seguir el sistema cósmico de Copérnico que contradecía las sagradas escrituras al dejar de considerar a la tierra como el centro del universo, y que le obligó a renegar ante la Inquisición en 1633.

El proceso era tramitado ante jueces eclesiásticos por delitos de herejía, sacrilegio, bestialidad, adulterio, bigamia y los cometidos por los clérigos; predominando la presunción de culpabilidad, la imprescriptibilidad de la acción y la incomunicación del prisionero bajo un procedimiento escrito y secreto. Era común toda clase de tortura para la obtención de las confesiones, por ejemplo, las marcas de fierro candente en el rostro, el tormento del hambre y la flagelación. Por su parte los castigos al condenado podían consistir en la cadena perpetua en

⁹⁹ En el Concilio de Carbona, celebrado en 1244, se declaró que debe considerarse como una evidencia del crimen de herejía que “el acusado haya manifestado por algún *signo o palabra* que tenía confianza en los herejes o los consideraba como hombres buenos”. Por lo tanto, basta que hubiera testigos que depusieran sobre tales circunstancias para que se considerara al acusado responsable, y si no confesaba antes o después de sufrir el tormento, era tenido como impenitente y sufría el castigo de la hoguera. Ejemplo de ese estúpido rigor, demuestran hasta donde llegaba el espíritu de intolerancia: en 1254, Arnoldo Baud de Montreal fue declarado “sospechoso de herejía”, porque continuó visitando y socorriendo a su madre después de que ésta fue declarada hereje. En el concilio de Albí, celebrado en 1254, se previno que el simple hecho de que una persona entrara en casa de un hereje, constituía una presunción grave del delito de herejía, Bernardo Gui (inquisidor) critica a sus colegas que estimasen suficiente prueba para condenar a un acusado, acciones tan inocentes como visitar a los herejes, darles limosna, servirles de guía en un viaje, etc., lo que demuestra que hubo inquisidores que fundándose en tales nimiedades castigaban a personas inocentes. En 1234, un tal Accursio Aldobrando, comerciante de París, platicó con varios extranjeros y regalo una pequeña cantidad de dinero a su criado. Supo después que eran herejes, y se consideró perdido. Se apresuró a ir a Roma para obtener del Papa Gregorio IX el perdón pontificio que le fue concedido mediante penitencias leves, y después de llevar a cabo una amplia información sobre los antecedentes y conducta de tal Accursio. Pallares, Eduardo., “*El procedimiento Inquisitorial*”. Imprenta Universitaria, México, 1951. pp. 26 y 27.

condiciones inhumanas, la muerte en la hoguera y desde luego, la confiscación de bienes a favor del clero y en menor medida del gobernante; extendiéndose muchas veces la tortura a los testigos reticentes¹⁰⁰.

A finales del siglo XIV el Derecho Inquisitorial Canónico se encontraba ampliamente difundido en Italia, al extremo de abarcar causas penales reservadas para justicia secular y así evitar que éstas quedaran a merced de los particulares. En esa época el derecho canónico intentando sacudirse los excesos producto de las delaciones anónimas, declaró obligatoria la prueba de inspección judicial, adquiriendo un importante desarrollo la doctrina del *corpus delicti*, referido por Farinaccio en su tratado junto con una exposición fiel de las teorías de aquél entonces.

El documento o acta donde se hacía constar la inspección sobre el cuerpo del delito era decisivo, principalmente en casos de homicidio para acreditar la existencia del cadáver y el estado en el que se encontraba, extendiéndose dicha práctica a otros ilícitos y así demostrar la perpetración del delito.

El procedimiento inquisitorial canónico en Italia, dividida en diversos principados y repúblicas, algunas muy poderosas y celosas siempre de sus libertades, constaba de dos etapas: la inquisición general y la especial. El primer período procesal abarcaba desde la denuncia (*denuntiatio, notificatio*) al interrogatorio y el denunciante no estaba obligado a probar o insistir, pues sólo se le examinaba a título informativo, teniendo como finalidad en esta etapa determinar el hecho y la búsqueda del indiciado, pudiendo la denuncia ser de manera escrita o verbal, oficial o privada; el segundo periodo se abría como resultado de las averiguaciones o de la flagrancia del delito que servían de base para poder formular cargos en contra de determinada persona, sobre la que recaía la sospecha de haber cometido alguno de los ilícitos referidos.

¹⁰⁰ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando., “EL CUERPO DEL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL”, Op, cit. p. 4.

La primera fase procesal era completamente secreta y hasta la segunda etapa se permitía al sospechoso examinar las actuaciones y nombrar defensor, estando muy limitada su actuación. La prisión preventiva fue confiada al juez y la libertad caucional dependía de las circunstancias del reo, así como la gravedad del delito, convirtiéndose en una práctica preliminar indispensable a fin de someter a tortura al inculpado y arrancarle su confesión. La sentencia era escrita pero carente de motivación y en algunos lugares y época apelable. Este proceso permaneció según Manzini, hasta el siglo XIX.¹⁰¹

En España la Inquisición aparece a finales del siglo XIV, y una vez establecida tendría especial desenvolvimiento y arraigo durante varios siglos, en gran medida como consecuencia de las *Instrucciones* elaboradas a finales del siglo XV por el implacable inquisidor Torquemada, que sirvieron de guía y justificación para aplicar torturas, bajo endebles razonamientos seudo jurídicos y desbordado fanatismo religioso.

Algunas de las *Instrucciones* formuladas por Fray Thomás de Torquemada (1484) establecían: la prohibición de la absolución del reo en secreto, pues la inquisición no evitaba la vergüenza pública ni aún a los que absolvía. El delincuente que voluntariamente se hubiere presentado a delatarse pasando el término de gracia, no era eximido de la confiscación. Todo hereje detenido en las prisiones secretas que pidiera su absolución dando muestras de un sincero arrepentimiento, debía de conmutarse su pena en reclusión perpetua; en caso de arrepentimiento fingido sería condenado a la hoguera. Cuando existía una prueba semiplena contra un acusado que negara su crimen, era sometido al tormento. Si después de haber confesado en el martirio de la tortura, se retractaba, se le sometía por segunda vez al tormento o se le condenaba a una pena extraordinaria. No se daba a los acusados copia íntegra de las declaraciones de los testigos, ni se les hacía saber el nombre de estos. La Inquisición no perdonaba aun a los muertos y sobre ellos y sus descendientes ejercitaba su venganza.¹⁰²

¹⁰¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y Ricardo LEVENE, hijo. “*DERECHO PROCESAL PENAL*”. Tomo I. Editorial Guillermo Kraft LTDA. Segunda edición. Argentina 1945. p. 66-69.

¹⁰² PALLARES, Eduardo. Op. Cit. pp. 58, 59 y 60.

La Inquisición mantenía su voluntad firme de humillar a los reos, aun a los que se habían reconciliado con ella. Prodigaba las penas infamantes que herían no sólo al culpable, sino a sus familiares inocentes durante años y años.¹⁰³

Poco después de su aprobación papal en 1478, el papado renunció su supervisión a favor de los soberanos españoles, convirtiéndose en un instrumento de control social del Estado más que de la Iglesia.

Fácil blanco de la inquisición española fueron los falsos conversos, sobre todo quienes habían escalado política y económicamente grandes alturas y detentaban riquezas, que tras la condena eclesiástica sería botín de la monarquía.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1872 toleraba la práctica inquisitorial, admitiendo la confesión bajo tormento en caso de ser ratificada. Dicha legislación señalaba con relación al *corpus delicti*:

Artículo 238.- Cuando el delito que se persiguiera hubiese dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor los hará constar en el sumario recogiéndolos además inmediatamente, y conservándolos para el juicio oral si fuere posible.

Artículo 239.- Siendo habida la persona o cosa objeto del delito, el Juez instructor describirá detalladamente su estado y circunstancias, y especialmente todas las que tuvieren relación con el hecho punible.

Artículo 240.- Cuando las circunstancias que se observen en la persona o cosa pudieren ser mejor apreciadas por peritos, inmediatamente después de la descripción ordenada en el artículo anterior los nombrará el Juez instructor, haciéndose constar por diligencia el reconocimiento y el informe que emitieren.¹⁰⁴

¹⁰³ Ibidem. Pág. 60-61.

¹⁰⁴ Citado en la obra de Mittermaier, CJA. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Segunda impresión. Ángel Editor. México, 2001. Pág. 466.

2.3 La Baja Edad Media y Los Inicios de La Edad Moderna: Estabilización de la Justicia Penal y Verdad Material

El desarrollo de las ciudades de la Baja Edad Media, trajo consigo nuevas formas de vida, en las que la individualidad y un mayor sentido de la realidad comenzaron a tomar fuerza. Con la transformación de las realidades sociales, basadas en lazos familiares por estructuras estatales y urbanas centralistas, con núcleos de población más grandes (territorialización), se incrementó la criminalidad de masas y también comenzó la transformación del proceso penal hacia un proceso más oficial y estatal.

Las antiguas formas de persecución penal estaban concebidas para ámbitos reducidos, limitados y abarcables, quedaron obsoletos e ineficientes. A partir del siglo XII y XIV como consecuencia de las luchas por las tierras y guerras de religión se necesitó combatir de manera contundente los delitos violentos y habituales (“gente nociva del campo”), de manera más eficaz, convirtiéndose la lucha contra la delincuencia en una prioridad que ganaba protagonismo, y gracias a la sencillez y eficacia del nuevo proceso implantado en las ciudades, caracterizado por su celeridad y urgencia (tribunal *ad hoc*), comenzó a modificarse también el objetivo y finalidad del proceso penal.

El Nuevo Proceso constituía un asunto o conflicto de carácter público y como tal, dirigida a averiguar la verdad material, con la ayuda de medios de prueba racionales. Es cierto que junto a este nuevo proceso continuaba existiendo el proceso acusatorio privado, el cual iba progresivamente perdiendo relevancia debido a dos razones: en primer lugar, porque en este proceso el acusador particular tenía que llevar a cabo por sí mismo toda la instrucción previa al juicio, además de constituir la caución establecida; y en segundo lugar, este proceso no afectaba al derecho de la Inquisición, por lo que el proceso acusatorio privado fue quedando arrinconado frente al proceso inquisitivo. La querrela en numerosos derechos particulares correspondía al *Fiscalat* un funcionario especialmente sometido al señor feudal. La competencia del Tribunal se limitaba al desarrollo del interrogatorio aunque incluía la tortura. Con independencia de que fuera la voluntad o posición de la víctima en cuanto a la persecución material, este proceso representaba un intento para diferenciar entre culpables e inocentes.

Así, los jurados de apoyo y el testimonio sobre la reputación o fama son reemplazados por los testimonios de conocimientos de los hechos. En el nuevo proceso, la prueba ya no se centraba en apoyar la credibilidad de la declaración del acusador particular, sino en el interrogatorio de al menos dos testigos sobre su percepción de los hechos, lo cual implicaba una alta exigencia para la convicción, por lo que en la práctica, como regla, la prueba dependía de la confesión, la cual pasó a convertirse en el medio de prueba principal.

La obtención de la verdad, era facultad del soberano, y no un derecho del inculpado, razón por la que se otorgaba un valor predeterminado para cada prueba jerarquizando los medios probatorios, en la escala más alta se encontraba el notorio, a la que se consideraba prueba plena, posteriormente seguían otras pruebas: confesión, testimonial, documental, pericial, a las que se consideraban pruebas semiplenas, y en el grado más bajo se consideraban a los indicios y presunciones.

El valor otorgado a cada prueba obligaba al Juzgador a cumplir con una función aritmética para obtener las pruebas necesarias para obtener la cantidad requerida en el acto a realizar. La verdad que se obtenía en dicho sistema se justificaba ante quien delegaba el poder jurisdiccional. El inquisidor cumplía con su función delegada al llevar a cabo cada uno de los requisitos previamente establecidos para obtener una verdad formal. Resultando lógico dentro de este sistema que para abrir la inquisición especial fuera necesario cumplir con determinados requisitos probatorios (*constare de delicto o corpus delicti*) para la tortura prueba semiplena mayores requisitos probatorios (*constare de delicto o corpus delicti* y probable responsabilidad en términos generales), y para la sentencia prueba plena (*constare de delicto o corpus delicti* y certidumbre del autor)¹⁰⁵.

El recurso de la tortura era consecuencia de la formalización o tasación de las reglas de las pruebas y no estaba determinado por el modo en que se iniciara o desarrollara el proceso, ya fuere de forma inquisitiva o acusatoria. Al abolirse la tortura (siglo XVIII y principios del XIX), se eliminó también el formalismo de las reglas de la prueba, atendiéndose la posibilidad

¹⁰⁵ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Roberto, Op, cit. p.19.

de fundar la condena no sólo en indicios, sino principalmente en la libre valoración de la prueba.

Este proceso inquisitivo basado en el principio de oficialidad –a semejanza del presente proceso canónico- se implementó a nivel general primero en las Constituciones de Melfi, un ambicioso proceso de codificación del derecho público y del derecho Penal de Sicilia, por obra del emperador Federico II (1194-1250). Sin embargo cada vez fue utilizado de manera abusiva –precisamente en el marco de la persecución la Inquisición en contra de herejes- como persecución política contra determinadas personas.

Posteriormente se regularían con detalle en la *Constitutio Criminalis Bambergensis* de 1507, y en la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, la madre del proceso de inquisición. La *Constitutio Carolina* recogía dos tipos de procesos: el clásico proceso acusatorio privado y el proceso inquisitivo oficial. El proceso acusatorio iniciado mediante la querrela del agraviado, constituye el proceso ordinario (*processus ordinarius*), pero en la práctica predominaba el proceso inquisitivo extraordinario (*processus extraordinarius*). En suma, en la práctica podía hablarse de un proceso inquisitivo encubierto en la medida en que si el proceso acusatorio, iniciado por un particular, concluía sin condena por falta de pruebas, el acusado no era absuelto, sino que el proceso continuaba como proceso inquisitivo, contra él mismo. En cuanto a la prueba, conforme a la mencionada regla de los dos testigos, si el acusado no confesaba los hechos principales y existían indicios sobre su autoría, se le capturaba con el fin de obtener su confesión, que confirmara los indicios existentes. El tipo de tortura, su duración e intensidad se confiaba al criterio de un Juez sensato y bueno.

La confesión tenía valor preeminente respecto de la prueba de los dos testigos –*regina probationum*-, y no sólo servía como garantía de la verdad, es por ello, por lo que una vez lograda la confesión debía ser verificada por el Tribunal mediante la ratificación voluntaria del acusado, sin embargo, el no ratificar la confesión ante el Tribunal, traía como consecuencia para el acusado que se reanudase el cruel procedimiento de la tortura.

La *Constitutio Criminalis Theresiana* de 1768, constituyó una de las legislaciones penales más progresivas del siglo XVIII, como consecuencia de la Ilustración, representó un primer paso para la desaparición del proceso acusatorio. El triunfo del proceso inquisitivo *stricto sensu*, se debe a diversos factores, la disolución de una sociedad arcaica, basada en los vínculos familiares y la aparición del Estado fueron el presupuesto para establecer la centralización y la oficialización de la justicia penal. Se buscaron fortalecer tanto a la seguridad jurídica, como la eficacia de la justicia penal. Así se dio paso a una nueva concepción de la pena: esta ya no estaría al servicio de la satisfacción del deseo de venganza, de la ira o de otros intereses particulares, sino que la pena debía de servir para disuadir o en su caso, rehabilitar al delincuente. El proceso acusatorio puro, que dejaba la interposición de la querrela en manos de la decisión discrecional del ciudadano, ya no era suficiente para articular la lucha contra la criminalidad y por lo tanto, tampoco servía para dar respuesta adecuada a los intereses de los poderosos.

Como se deduce de las citadas codificaciones, los procesos inquisitivo y acusatorio, existían simultáneamente, lo cual generaba puntos de contacto e influencias recíprocas que hacían surgir formas procesales mixtas. Ello explica que la tortura no fuera aplicada exclusivamente al proceso inquisitivo, sino también fuera utilizada en el proceso acusatorio. La confusión entre el proceso acusatorio y el Inquisitivo se manifiesta finalmente también en el hecho de que un proceso, comenzase mediante una acusación particular, no excluía que su desarrollo se ajustara a la forma inquisitiva; y, a la inversa, también era posible que el acusador público iniciara un proceso con el objeto de obtener un interés privado. Pero el proceso inquisitivo tampoco se obtuvo a lo largo del proceso invariable, entre otros, desapareció la inicial diferenciación prevista en el Derecho común entre la Inquisición general para la determinación de los hechos (*copus delicti*), y la subsiguiente Inquisición especial con la imputación del hecho a un concreto autor (*auctor delicti*). Esta distinción que por influencia de la *Constitutio Criminalis Carolina* (1513)¹⁰⁶, se encontraba en los procesos penales de los

¹⁰⁶ Este régimen que seguramente se difundió, no solo por razones políticas, sino también debido a la ineficacia de los sistemas anteriores para luchar contra la delincuencia en sociedades que se encontraban en plena transformación degeneró en abuso. La política y sobre todo la religión, que opera predominantemente en el campo pasional, debe haber tenido mucha parte de culpa, porque la pasión representa siempre un elemento espúreo en el proceso; pero no hay que olvidar que cuando se instituye a alguien como *factotum* –en este caso el Juez–,

derechos particulares del siglo XVIII, confería al acusado una protección específica frente a un posible juicio sumario, pues antes de imputar el hecho a un concreto sujeto, ese hecho debía ya estar fijado. Esta distinción fue desapareciendo a lo largo del siglo XVIII y principios del XIX (el ejemplo más relevante la Legislación Penal Puriciana de 1805), dando paso a un proceso de instrucción unitario, que algunos han calificado como proceso inquisitivo general sumario.

La comprobación del cuerpo del delito, tuvo variantes en determinados lugares, destacando entre las acepciones más reconocidas el *corpus criminis*, *corpus instrumentonum* y *el corpus probationem*.

El *corpus criminis* se identificaba con la cosa o sujeto sobre la cual se ejecutaba el ilícito, o como la cosa o sujeto que fue objeto del delito, pudiendo equivaler actualmente al objeto material del delito.

El *corpus instrumentonum* hacía referencia a los instrumentos o cosas utilizados en la perpetración del crimen, los medios empleados por el delincuente.

El *corpus probationem* eran las piezas de convicción, es decir, huellas rastros, vestigios, dejados por el delincuente en la comisión del delito como son el puñal, la pistola, la cosa robada o la sangre, etcétera¹⁰⁷.

En Europa los excesos en las ordalías o juicios de Dios y la práctica común del tormento a los sospechosos para obtener confesiones, así como el deplorable sistema de justicia propagado, tuvo un dique en 1764 con la extraordinaria obra “tratado de los delitos y de las penas” a cargo del milanés César Bonesano, marqués de Beccaria, logrando que la sociedad reflexionara sobre los abusos del sistema de justicia y pugnando por el principio de

comienza actuando bien y termina de cualquier manera. La omnipotencia invita al abuso; invita al administrador a menospreciar al administrado. Oderigo, Mario A., Op, cit. p. 71.

¹⁰⁷ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando., “EL CUERPO DEL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL”, Op, cit. p. 5.

inocencia y legalidad en materia penal¹⁰⁸, llegando a influir a tal extremo, que múltiples reinos suprimieron la práctica común de la tortura. En Italia el impacto de la obra de Bonesano fue demoledor y gradualmente se humanizó la justicia, logrando su consolidación en el Código Penal Italiano de 1930 mediante la adopción definitiva del sistema mixto, correspondiendo al jurista Vincenzo Manzini la redacción del mismo.

A lo largo del siglo XX diversos autores italianos intentaron precisar el viejo concepto de *corpus delicti* establecido en la doctrina y la jurisprudencia italiana, que identificó al *cuerpo del delito* con los hechos materiales permanentes en contraposición a los transitorios, que no pertenecen al concepto porque de estos últimos no se puede tener certeza. Framarino de Malatesta en su trabajo “lógica de las pruebas en materia criminal” publicado en los inicios del siglo XX, establece que estudiar los hechos materiales y permanentes en los cuales se exterioriza el delito resulta insuficiente para determinar el cuerpo del delito, especificado:

“No todos los hechos materiales extrínsecos y permanentes que tienen relación con el delito constituyen cuerpo del delito, sino sólo aquellos hechos materiales que tienen el carácter de medios inmediatos o de efectos inmediatos de la consumación del delito. De esta suerte, para determinar clara y exactamente lo que es cuerpo del delito en sentido propio, es preciso decir que consiste en los medios materiales *inmediatos* y en los efectos materiales *inmediatos* de la consumación del delito, en cuanto son permanentes”.¹⁰⁹”

¹⁰⁸ “Otro ridículo motivo de la tortura es la purgación de la infamia. Esto es un hombre juzgado infame por las leyes debe para libertarse de esta infamia confirmar la verdad de su deposición con la dislocación de sus huesos. Este abuso no se debería tolerar en el siglo décimo octavo, Se cree que el dolor, siendo una sensación, purgue la infamia, que es una mera relación moral. Se dirá acaso el dolor es un crisol, ¿Pero la infamia es acaso un cuerpo mixto impuro? No es difícil subir al origen de esta ley ridícula, porque los mismos absurdos, adoptados por una nación entera, tienen siempre alguna relación con otras ideas comunes, y respetadas de la nación misma. Parece tienen tanta influencia sobre los pensamientos de los hombres, sobre las naciones y sobre los siglos. Un dogma infalible asegura que las manchas contraídas por la fragilidad humana, y que no han merecido la ira eterna del Supremo Ser, deben purgarse por un fuego incomprendible; pues siendo la infamia una mancha civil, así como el dolor y el fuego quitan las manchas espirituales ¿por qué los dolores del tormento no quitarán la mancha civil, que es la infamia?”; BECCARIA., “Tratado de los delitos y de las penas”, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1993, p. 89.

¹⁰⁹ FRAMARINO DEL MALATESTA, Incola. “LÓGICA DE LAS PRUEBAS EN MATERIA CRIMINAL”. Vol. II. Cuarta edición. Ed. Temis. Colombia 1988. Título de la edición original italiana “la lógics delle probe in criminale”. Torino, 1912. Versión castellana por Simón Carrejo y Jorge Guerrero. Pág. 290.

Poco después, Manzini enseñaría:

Cuerpo del delito son todas las materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también otro objeto que sea objeto inmediato de ese mismo delito o que en otra forma se refiera a él de manera que pueda ser utilizado para su prueba. A saber:

Los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito;

Las cosas sobre las que se lo cometió;

Las huellas dejadas por el delito o por el delincuente;

Las cosas cuya detención fabricación o venta, o cuya portación o uso constituye delito, las cosas que representan el precio o el provecho del delito;

Las cosas que son producto del delito, aun indirecto;

Cualquier otra cosa (no el hombre viviente) en relación a la cual se haya ejercido la actividad delictuosa o que haya sufrido las inmediatas consecuencias del delito (...).

Así, es Cuerpo del Delito, por ejemplo: el cadáver de la víctima y las partes de él; la moneda falsa; el escrito injurioso o falso; las improntas; las cosas perdidas por el delincuente; las señales del descerrajamiento; las cosas furtivas, transformadas o no después del delito; el dinero obtenido; las armas; los instrumentos, etc.¹¹⁰

La influencia de la doctrina italiana se dejó sentir en el pensamiento nacional de mediados del siglo XX según se infiere del comentario de Mariano Jiménez Huerta, quien señala que en el sistema jurídico mexicano al cuerpo del delito se le identifica “unas veces, como el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, ínsito en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción”.¹¹¹

¹¹⁰ MANZINI, Vincenzo. “*TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL*”. Tomo III. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Ediciones Jurídicas Europa.-América. Argentina, 1952. Págs. 499 y 500.

¹¹¹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. “*Corpus delicti y tipo penal*”. Criminalia, México. Año XXII. No. 5 Porrúa. Mayo de 1956. Págs. 242 y 243.

La idea del *corpus delicti* también la alcanzó el derecho anglosajón después de un largo trayecto colmado de sangrientas batallas y abusos aristocráticos, que declinó en el monarca todos los poderes, abarcando la función jurisdiccional.

John Locke y sus ideas liberales destacaron durante el siglo XVII, y junto con los enciclopedistas franceses contribuyó a que el proceso penal inglés fuera una mezcla del procedimiento inquisitivo y el acusatorio.

A finales del siglo XVIII el poder del monarca inglés fue debilitándose debido a la enorme afluencia de ideas liberales de filósofos ingleses y los enciclopedistas, lo que produjo un procedimiento que comenzaba por la solicitud del denunciante ante el *justice of peace* para detener o citar a la persona contra la cual se levantaban cargos, librando la orden respectiva al magistrado y sometiendo el asunto al gran jurado encargado de pronunciarse sobre la procedencia de la acusación; una vez concluida dicha etapa procedimental, el acusado debía comparecer ante el juez llamado a presidir la reunión del segundo jurado en donde se le cuestionaba al indiciado sobre su responsabilidad. Si se declaraba culpable se le imponía una pena sin intervención de jueces legos y en caso contrario, se constituía el pequeño jurado, o de sentencia, ante el que se desarrollaban la prueba, los debates y quienes debían deliberar sobre el veredicto, mismo que debía darse por unanimidad. Este procedimiento, base del actual régimen procesal anglo-sajón ha ampliado en gran medida las garantías conferidas a la defensa.¹¹²

El cuerpo del delito en Inglaterra fue regulado bajo premisas especialísimas, propias del derecho anglo-sajón. Para acreditar el cuerpo del delito era necesario una actuación preliminar a cargo del oficial encargado de investigar muertes sospechosas o *coroner* (*coronator*) quien tenía la tarea de descubrir junto con testigos, la existencia del cadáver y el modo en que pudo sobrevenir la muerte, con el auxilio de peritos y médicos. Estos actos preparatorios bajo la dirección del *coroner* no comprometían al jurado, al cual habría de dar cuenta para que se pronunciase sobre las pruebas presentadas en la causa penal.

¹¹² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y Ricardo LEVENE, hijo. Op, cit. Pág. 87.

Aunque el jurado no estaba sujeto a reglas probatorias y se confiaba a éstos la valoración de la prueba pericial, éste siempre actuaba con madurez para decidir acorde a los dictámenes, por lo que rara vez se rechazaban las conclusiones de los peritos.

Para el extraordinario jurista inglés Jeremías Bentham el cuerpo del delito tiene un aspecto objetivo que incluye al objeto material sobre el cual recayó la acción antijurídica, abarcando en su caso, las heridas o cicatrices dejados en el cuerpo de la víctima, según se observa en el “tratado de las pruebas judiciales” publicado a mediados del siglo XIX a cargo del citado jurista, quien señala como parte de las denominadas “pruebas reales” al cuerpo del delito. Considera Bentham que estas se deducen del estado de las cosas –la navaja encontrada junto al cadáver- y dentro de las mismas se encuentran al cuerpo del delito como el “estado de la cosa que ha sido objeto del delito. Esto comprende no solamente la cosa propiamente dicha, sino también las personas, en cuanto pertenecen a la categoría de las cosas, es decir, a su estado físico, independientemente de las facultades intelectuales, como en el caso de las marcas producidas por enfermedad o por violencia externa”.¹¹³

El proceso anglosajón fue seguido en Francia de 1789 a 1808 aproximadamente dando lugar al sistema mixto, que esencialmente se distingue por dividir el proceso en dos fases: la de instrucción de tipo inquisitivo y la de juzgamiento de índole acusatorio, así como por la intervención de un acusador oficial o Ministerio Público.

El enjuiciamiento criminal francés de la época dio muy poca importancia a la doctrina del cuerpo del delito, posiblemente por estar más preocupados en copiar y llevar el sistema jurídico inglés del jurado a su terruño.

En el pueblo germano, antes del medievo, la venganza privada era el mecanismo habitual para solucionar conflictos de naturaleza criminal, dando paso a un sistema de reparación o composiciones similar al del derecho romano para comprar el derecho de venganza. Gradualmente los poderes estatales perseguían mediante penas corporales como la

¹¹³ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, Op, cit. p. 9.

muerte o el destierro determinados ilícitos, sin embargo, el grueso de las penas lo constituyó el pago retributivo.

En los hechos delictuosos no se consideraba el aspecto volitivo, pues, “el hecho mata al hombre” salvo casos extraordinarios como lo muestran los delitos de configuración moral deshonrosa, asesinato alevoso y el hurto. Como consecuencia de las luchas entre el siglo X al XIV del imperio Alemán y el florecimiento de las ciudades, la administración de justicia penal recayó en el Estado, quien la ejerció con alarmante crueldad. El derecho escrito cayó en desuso, para renacer a través del código de Sajonia y de las ciudades libres.

“La recepción del derecho ítalo-canónico se produce en Alemania durante los siglos XIV y XV, y en parte fue facilitada, en orden al proceso, por la existencia de tribunales eclesiásticos que, como en otros países, aplicaban las reglas de aquél a las causa mixtas de que conocían”.¹¹⁴

Aunque el procedimiento cameralista se aplicaba a la mayor parte del Imperio Alemán, en la zona del derecho *sajón* regía el inquisitivo, teniendo como textos legales más significativos la Constitución de Augusto I de 1572 y la Ordenanza judicial de 1622, y como su más destacado representante el célebre Benedicto Carpov quien señala en su obra que el proceso inquisitivo se divide a la manera del italiano. Este constaba de dos periodos procesales, a saber, la inquisición general y la especial; el procedimiento difiere dependiendo de la gravedad del delito, ya que tratándose de delitos leves se prohíbe el tormento, aceptando la condena a base de indicios vehementes. En los delitos graves se admite la tortura, de concurrir indicios suficientes y en caso contrario se utiliza el juramento purgatorio, el cual de conducir a la absolución reserva el juicio a nuevos indicios que permiten reanudar la pesquisa, en cambio, si el resultado del juramento no es favorable al reo, queda expedito el empleo del tormento.¹¹⁵

Importante antecedente del derecho penal alemán es la Constitución Criminal de carolina de 1832 que reguló la práctica del tormento y mantuvo el procedimiento inquisitorial.

¹¹⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y Ricardo LEVENE, hijo. Op, cit., p. 81.

¹¹⁵ Ibidem. Pág. 83.

Solamente se sanciona el hecho doloso y la culpa se separa claramente de la causalidad. En caso de lagunas legales el juez debe acudir a la analogía con el derecho imperial.

Posteriormente se intentó eliminar la aplicación de la Carolina convirtiendo la función jurisdiccional en actos arbitrarios, si bien se logró la atenuación de penas. Poco después, a raíz de la difusión de las ideas de la ilustración se supeditó al juez a la legislación y un tratamiento racional de las penas atendiendo a la necesidad estatal, aboliendo la pena capital y la tortura.

Desde finales del siglo XVIII a la fecha, el *corpus delicti* continúa desarrollándose sobre base estrictamente científica, primeramente identificando con la voz alemana de *Tatbestand* y después con la teoría del tipo, logrando influir de manera profunda en países con tradición jurídica romano-canónica germánica, con la inclusión de la doctrina y múltiples legislaciones americanas.

2.4 La Revolución Francesa, Las Transformaciones del Siglo XIX

Las reformas de mayor significación atendieron al logro del pleno establecimiento del *principio de legalidad sustantiva*: Sólo es delito aquello que con precisión ha sido descrito por la ley que emana del Parlamento, antes de que el hecho ocurra. Los jueces se debían limitar a la aplicación de esa normatividad, no pudiendo incurrir en interpretaciones extensivas ni analógicas, lo mismo ocurría con las penas, que debían encontrarse predeterminadas por la ley y perdían su carácter atroz¹¹⁶.

La importancia dada al enjuiciamiento penal por los revolucionarios franceses se hizo evidente, en octubre de 1789, cuando la Asamblea Constituyente modificó la Ordenanza de 1670, respecto al aseguramiento de los derechos, garantías y facultades del imputado, se le aseguró información sobre la atribución delictiva y asistencia letrada, se establecieron estrictos plazos instructorios y la facultad del justiciable de introducir pruebas de descargo, además de que la sentencia debía ser motivada.

¹¹⁶ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., “DERECHO PROCESAL PENAL”, Editorial Rubinzal Cuizini, Editoriales Argentina, 2002, p. 136.

En 1791 la Revolución derogó totalmente la Ordenanza de 1670, iniciando un período de transformación, y si bien no se aceptó plenamente un sistema acusatorio (lo cual era impedido por el peso de la tradición inquisitorial), el momento fundamental del proceso estaba dado por un juicio oral y público, con intervención de jurados, para arribar a esta instancia debían transitarse un primer momento de investigación oficial y una etapa intermedia de mérito de la acusación, también ante jurados¹¹⁷.

En 1801 se organizó el Ministerio Público y se retornó a una instrucción preparatoria escrita, dándose las bases de lo que sería a partir de 1808 el *Código de Instrucción Criminal*, bajo el influjo de Napoleón, donde se dividió oportunamente el desarrollo del proceso en dos etapas sucesivas, en cada una de las cuales predominó uno de los referidos principios: la primera, de investigación a cargo de un juez de instrucción ampliamente facultado –etapa a la que no tenía acceso la defensa y que se desarrollaba en formas escrita y secreta-, tomaba del régimen inquisitivo los elementos necesarios para afrontar eficazmente la adquisición de las probanzas y el aseguramiento del sospechado; la segunda, oral y pública ante una corte de *assies* formada por jueces técnicos y jurados populares¹¹⁸, donde se celebraba un procedimiento de contradicción, en el cual la acusación –no representada ahora por el jurado de acusación de los primeros tiempos revolucionarios, sino por los funcionarios del ministerio público- y la defensa se encontraban en pie de igualdad en cuanto a posibilidades, es decir, en un procedimiento inspirado por el principio acusatorio y, por lo tanto, caracterizado por la desconcentración de las formas procesales¹¹⁹.

2.5 Derecho Procesal Indiano

En América el cuerpo de leyes que organizó los tribunales de justicia, y los procedimientos que debían regirlos, fue la Recopilación de Indias, en los libros II y V, que se ocupan respectivamente, de estos temas, promulgada por Carlos II en 1680.

¹¹⁷ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., Op, cit. p. 137.

¹¹⁸ *Ibíd*em, p. 138.

¹¹⁹ *Ibíd*em, p. 74.

Desde el punto de vista de sus ideales, es evidentemente un monumento jurídico. La nueva sociedad en formación exigía regímenes de derecho propio, en virtud de que la legislación castellana era un gran parte inaplicable. Se dictaron las leyes de Indias a este fin, según las regiones, con sus características geográficas, económicas, políticas y sociales. El espíritu teórico y la unidad de la Recopilación determinaron en parte su crisis (conocida es la frase “se obedece pero no se cumple”), adquiriendo gran importancia la jurisprudencia, que la reemplazó en parte. Agréguese el valor de la doctrina, representada por grandes juristas de Indias, como Ovando, Hevia Bolaños y Encinas en el siglo XVI, Pinelo y Solórzano Pereira en el siglo XVIII, magistrados experimentales y no puramente teóricos, de notable versación jurídica y sentimiento liberal, que propusieron reformas fundamentales a la organización indiana¹²⁰.

En España, el monarca era la fuente de todos los poderes y se resolvían en su nombre definitivamente las causas judiciales importantes, mediante los recursos de segunda suplicación y de nulidad e injusticia notoria. El creciente volumen, importancia y complejidad de los asuntos, explica la delegación de sus funciones, en diversos órganos:

- **ADELANTADOS:** Eran los primeros a quienes se confirió facultades judiciales, pero no tuvieron oportunidad de ejecutarlas, sus atribuciones, eran de jurisdicción apelada de las resoluciones de los gobernadores.
- **GOBERNADORES:** Sus atribuciones estaban reglamentadas en las leyes de la Recopilación de Indias, y aparte de sus funciones administrativas, se les confería también jurisdicción civil y criminal, pues conocían en grado de apelación de las resoluciones de los alcaldes, pudiendo administrar justicia durante sus visitas a las provincias, de donde aquéllos no existieran.
- **CABILDOS:** El primer cabildo era una junta compuesta por el alcalde, regidores y demás funcionarios encargados de la administración de la ciudad. Sus atribuciones podían clasificarse en electorales, deliberantes, administrativas y judiciales. En éste último aspecto intervenían en los asuntos de menor cuantía y era tribunal de apelación

¹²⁰ LEVERNE, Ricardo. Op, cit., p 32 y ss.

de las resoluciones de los alcaldes, siempre que se tratara de la aplicación de las ordenanzas.

- **ALCALDES:** Era el único oficio que no se vendía y los había de dos clases: ordinarios y de hermandad, con jurisdicción en la ciudad y en la campaña respectivamente, siendo designados por el cabildo. Sin perjuicio de sus funciones capitulares como miembros natos del cabildo, al que presidían en ausencia del gobernador, los alcaldes ordinarios desempeñaban el cargo de jueces de primera instancia en lo civil y criminal, llegando su competencia hasta poder enjuiciar a otro alcalde de primer o segundo voto, correspondiendo a estos últimos las cuestiones referentes a los menores. Eran legos, y por ello podían asistirse de letrados, actuando como un escribano público y disponían de un alguacil que ejercía las funciones de oficial de justicia. Los alcaldes de hermandad, más tarde llamados jueces pedáneos, tenían funciones de menor importancia, pues estaban encargados de reprimir los excesos en despoblado de gentes vagabundas, etc. Los alcaldes fueron también sustituidos por jueces de primera instancia y se creó la justicia de paz para los asuntos de menor cuantía.
- **INTENDENTES:** Creados por la Ordenanza de Intendentes de 1782, dictada por el rey Carlos III, tenían las mismas atribuciones administrativas y judiciales que los gobernadores siendo suprimidos, a causa de sus conflictos con el virrey.
- **AUDIENCIA REAL:** Se componía de un regente, cuatro oidores y un fiscal, presididos por el virrey, pero éste no intervenía en la discusión de los pleitos. Integraban el tribunal dos agentes fiscales, un alguacil mayor, dos escribanos, dos relatores y otros funcionarios inferiores, siendo todos estos cargos venales, con excepción de los de Fiscal y alguacil mayor. Entendía de la apelación de las resoluciones de los gobernadores y alcaldes, siendo únicamente tribunal de segunda instancia, en materia civil y criminal. Conocía también de las causas de patronato, cuidaba de la protección de los indios y entendía las quejas por abuso de gobernador o del virrey, debiendo en los casos en que la resolución era desfavorable, denunciarlos ante el Consejo de Indias. Las leyes reglamentaban minuciosamente el procedimiento ante el tribunal, fijando la hora en que debía reunirse y disponiendo que, el que no concurriera, perdía el salario de día.

- VIRREY. Era la más alta autoridad política y administrativa, pues estaba investido de todo el poder real que no se hubiera reservado expresamente el rey. Presidía, como se ha dicho, la Audiencia Real firmaba la sentencias, excepto en lo criminal, pero no votaba.
- TRIBUNAL DEL CONSULADO: Se componía de un prior, nueve conciliarios y un síndico, con sus prespectivos suplentes. Dividida en dos secciones: el tribunal y la junta. El primera está constituido por el prior y dos cónsules, y entendía en todas las cuestiones suscitadas entre comerciantes, factores, seguros, compraventa, fletamentos, etc. Siendo inapelables sus resoluciones en asuntos menores de mil pesos; arriba de esa suma, se concedía la apelación ante un tribunal de alzada compuesto del decano y dos comerciantes elegidos entre los que proponían las partes. El tribunal fallaba sin forma de juicio, “a verdad sabida y buena fe guardada”. La junta la componían todos los miembros del consulado y se reunían dos veces por mes para dictar medidas sobre la agricultura y el comercio. Los miembros del consulado, elegidos por primera vez por el rey, lo fueron en adelante por los comerciantes¹²¹.

El Consejo de Indias fue organizado en 1524 por Carlos V. Ejercía en última instancia la jurisdicción civil y comercial incluyendo los asuntos de la Casa de Contratación y de las Audiencias americanas¹²².

Por vía de la apelación conocía en los juicios de contrabando resueltos en primera instancia por la Casa de Contratación y en los recursos interpuestos contra las sentencias de las Reales Audiencias si el asunto excedía de 6.000 pesos, intervenía en los juicios de residencia, destinados a verificar la conducta sustentada en el cargo por los funcionarios salientes, designando al efecto un juez “residenciador”, que se trasladaba al lugar donde aquéllos habían ejercido sus funciones e instruía el sumario, y finalmente, resolvía los conflictos suscitados

¹²¹ VIZCARRA DÁVALOS, José., “*TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*”, 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 2002, p. 123

¹²² El Consejo Supremo de Indias-emanación del Consejo de Castilla-, actúo como asesor del rey, hasta como tribunal de última instancia en los asuntos más importantes, tanto civiles como criminales, resueltos por las Audiencias Reales, recurso de segunda suplicación, corriendo también a su cargo los *juicios de residencia* de los gobernadores, corregidores, alcaldes y otros funcionarios, y la solución de los conflictos entre autoridades civiles y eclesiásticas. La Casa de Contratación intervenía –fuese materia civil o criminal- en todo lo concerniente al comercio y la navegación del nuevo mundo. Oderigo, Mario A., Op, cit. p. 76.

entre las jurisdicciones civiles y religiosas, incluyendo los derivados del patronato. Dedicaba los días viernes a las causas criminales y los sábados a pleitos de presos y pobres.

La Casa de Contratación de Sevilla, creada en 1503. Obtuvo en 1511 facultades jurisdiccionales, tanto en el orden civil como en el criminal, en asuntos referentes al comercio y a la navegación con el Nuevo Mundo. Comprendía una sala de justicia para los casos ordinarios y un Tribunal de Indias para los urgentes. Era el tribunal de los tratantes o mercaderes, factores, maestros, calafates, marineros, etc.

En América la primera Audiencia se instaló en Santo Domingo en 1511, restableciéndose en 1526 después de ser suprimida por sus conflictos con Diego Colón, hijo del descubridor. Esta institución alcanzó a tener más atribuciones que sus modelos de España. Al principio, la organización y poderes de las Audiencias americanas se plasmaron en las Reales Audiencias y Cancillerías de Valladolid y Granada, pero luego tomaron mayores y nuevas funciones, particularmente de sentido político¹²³.

En 1680 se aprobó la Recopilación de Indias, donde en el libro de justicia, se estableció el orden jerárquico de las normas que debían regir las tierras:

1. Diversas reglas dictadas para las “Indias”.
2. Leyes españolas, en primer lugar las de Castilla.
3. Cuestiones no previstas se resolverían acudiendo al Fuero Real, Fuero Juzgo las Leyes de Partidas, éste fue el que se aplicó en nuestro Continente¹²⁴.

Estamos ante un proceso oficial, escrito, lento y pesado, lleno de privilegios especiales (fueros eclesiásticos, militares, etc.). El régimen probatorio estaba regido por el sistema de la tarifa legal.

¹²³ LEVERNE, Ricardo. Op, cit. p 34 y ss.

¹²⁴ VÉSCOVI, Enrique., “*TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*”, 2ª ed., Editorial Temis S.A. de C.V., Colombia, 1999, p. 32.

Las Audiencias se clasificaron en virreinales, pretoriales y subordinadas, según fueron presididas por el virrey, por el capitán general o por un presidente togado, pero esta clasificación quedó sin valor en 1776, al dictarse la Instrucción de Regentes que creó el nuevo cargo de regentes de Audiencias, que las presidían. Las de Lima y México tenían Alcaldes del crimen, dependientes en cierta manera de los restantes oidores, pero que formaban sala separada y conocían exclusivamente las causas criminales. En términos generales, la Audiencia era el tribunal de apelación de todas las causas criminales y civiles falladas por los gobernadores o sus tenientes, intendentes, alcaldes mayores, etc., y a veces modificaba su propia resolución por el recurso de revista. Ante su fallo, y únicamente si el valor de la causa era muy grande, procedía el recurso de segunda suplicación o de nulidad e injusticia notoria ante el Consejo de Indias. Los pequeños pleitos no llegaban hasta la Audiencia, pues el tribunal de apelación era el gobernador o el Cabildo.

Además, se les reconoció a las Audiencias funciones: conocimiento de las causas de residencia de corregidores y otras justicias; facultad de enviar jueces pesquisadores; intervención en las causas sobre diezmo, entre las más importantes.

2.6 Derecho Moderno: Formación del Proceso Contemporáneo

A inicios comienzos del XX el positivismo criminológico¹²⁵ dio lugar a una nueva versión que llegó a barcar a toda manifestación de criminalidad como signo de inferioridad biológica o social. El mal amenazante era la degeneración o retroceso como signos negativos en medio de una civilización que evolucionaba y no podía quedar limitados por un Derecho de Defensa, pues se trataba de una mera comprobación científica. En la segunda mitad del siglo XX, renació la emergencia con las resistencias políticas armadas y nuevamente se impuso el inquisitorio en su máxima expresión. La decisión la tomaban autoridades policiales, o sea, las

¹²⁵ Doctrina originada en las tendencias propuestas por la Escuela Positiva, donde se expresaba que en el estudio de las causas del delito no podía olvidarse el examen de la personalidad del delincuente como del ambiente en que éste se desenvuelve, pues el delito no es sino la suma de sus factores, sus representantes son Lombroso, Garófalo, Ferri, entre otros. El primero sostenía que para determinar el perfil del delincuente se debía apoyar en un criterio eminentemente biológico, considerando por ello, como causas del delito ciertas anomalías de tal orden; por su parte Ferri estimaba como causas del delito diversos factores de índole sociológico, de manera que su origen se debía a las anomalías del ambiente en que el sujeto se desenvuelve y delinque. Nuevo Diccionario de Derecho Penal, 2ª ed., Editorial Malec, México, 2004, p. 792.

fuerzas armadas en función policial. Las ejecuciones sin proceso y las desapariciones fueron ejercidos bajo un poder inquisitivo inquisitorial, sin defensa y acusación. Esta ideología de las emergencias es parte de una concepción policial de la historia y de las ciencias sociales, en la que se reiteran visiones conspirativas. En este momento, las instituciones inquisitoriales enfocadas a la materia de tóxicos prohibidos, donde se limita la defensa, se prohíben excarcelaciones, se decide por Tribunales especiales o de excepción, se autorizan los Jueces anónimos, los testigos anónimos, los funcionarios autorizados por el Tribunal para cometer delitos, se subordinan los derechos de todos los habitantes al éxito de las investigaciones de esa naturaleza, se fomenta y premia la delación.

Esta tendencia que corresponde a la emergencia del Derecho Penal actual, y que no se distingue estructuralmente de todas las anteriores, no debe subestimarse como propia y exclusiva de un área del poder represivo: la historia de los derechos penales de emergencia es casi la historia del Derecho Penal mismo, pues una emergencia sucede a otra. Las instituciones inquisitoriales actúan bajo la emergencia de turno, pero inmediatamente se extienden al resto del ejercicio del poder punitivo.

En un Derecho Penal más republicano, las infracciones no son signos sino lesiones a derechos o bienes jurídicos. Por ello, es necesario saber qué es lo que se imputa al sujeto (fijarlo en una acusación) y debatir entre las partes la prueba al respecto. Esto requiere que las funciones procesales se separen nítidamente y que la materia de acusación quede bien determinada antes del debate o juicio. De allí las bases del sistema acusatorio, que es la manifestación procesal del derecho penal liberal o de garantías¹²⁶.

Con la formación de los Estados, el proceso moderno va modelándose con características propias en cada país, pero en general, el proceso común, esto es, el proceso oficial, escrito, lento y complejo. En materia probatoria se mantiene el régimen de valoración legal (tarifa legal), pero, bajo el influjo de las modernas tendencias doctrinarias, se acaba con el absurdo criterio de que el demandado (acusado) debe probar su inocencia y se retorna al

¹²⁶ ZAFFARONI, E.R., “*EL PROCESO PENAL SISTEMA PENAL Y DERECHOS HUMANOS*”, Editorial Porrúa, México, 2004, pp. 5 y ss.

sistema romano que impone al actor la carga de probar sus afirmaciones, y al reo, las efectuadas al oponer sus excepciones.

En materia penal, entonces por influencia de ideas humanitarias (Beccaria, Carrara, etc.) se llega a proclamar el principio de la *presunción de inocencia*. Posteriormente se continúa la evaluación, rechazándose la costumbre de las torturas y toda clase de tormentos. Las nuevas tendencias filosóficas y políticas impulsan hacia un proceso más humano, fundado en la razón y en la confianza ilimitada en el juez y el jurado y el respeto de sus facultades naturales. La Revolución Francesa trajo cambios trascendentes, sobre todo en la materia penal, reclamando la oralidad, la publicidad, el sistema de libre convicción para apreciar la prueba y la contradicción, estableciendo la igualdad del acusador y el acusado¹²⁷. En el proceso civil, los cambios no son tan profundos, pero son igualmente significativos. También se proclama la oralidad, con todas sus consecuencias como se introdujo en el proceso francés, por influjo del sistema germano, en la Ordenanza de Luis XIV.

Montesquieu, proclamó que “*de la bondad de las leyes criminales depende, principalmente, la libertad del ciudadano*”. El procedimiento penal no atañe solamente a los malhechores: es la garantía de todas las libertades. La influencia de Beccaria, atacando la atrocidad de las penas y de la tortura como contrarias a la justicia y a la naturaleza, es indiscutible, ya que se reclama la publicidad del procedimiento, la libertad de la defensa, la abolición del juramento de los acusados, la necesidad de poner en pie de igualdad a este con el acusador, la abolición de la tortura, la libertad bajo caución como regla general.

En el procedimiento penal, el Código francés, que luego servirá de modelo –como el civil- a los de la mayoría del mundo, es el producto de una transacción entre el sistema acusatorio de Grecia y Roma y el sistema inquisitivo de la Edad Media y del régimen del proceso canónico, implantándose el sistema mixto, que es el que ha perdurado en la época moderna. Con una primera fase de instrucción previa, escrita, secreta y sin contradicción, con caracteres inquisitivos y un procedimiento de plenario público, oral y contradictorio, con facultades amplias del Juez y del Jurado, que se considera institución fundamental para

¹²⁷ VÉSCOVI, Enrique., “*TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*”, Op, cit. pp. 30 y ss.

apreciar la prueba (régimen de libre convicción). En esta etapa del plenario, el verdadero proceso, se acentúan las tendencias liberales de la Revolución.

Se reconoce una acción pública perseguible de oficio y cuya defensa se encomienda al Ministerio Público (*parquet*), y una privada, cuya defensa corresponde al particular ofendido. De los delitos nacen ambas acciones, y es la pública a la que se le da preferencia.

2.7 Evolución del Proceso Penal Mexicano desde La Independencia a nuestras fechas

En el siglo XVIII, al reflejarse en el derecho público los pensamientos imperantes de la razón, la tolerancia y el humanitarismo, en los albores del México Independiente, el procedimiento seguía siendo lento escrito y secreto, reunía en la persona del Juez las funciones de investigar y juzgar, a la vez que fundamentaba sus resoluciones en las Leyes de Indias y en la Novísima Recopilación, pero con ideas más humanistas. Ya existían leyes como la del 4 de septiembre de 1824, la de 16 de mayo de 1831, la del 23 de mayo de 1837 y la del 18 de marzo de 1840, en las que se establecían los recursos de denegada apelación, suplicación y nulidad. Estas leyes fueron derogadas por la del 23 de noviembre de 1855 aunque se dejaba vigente la del 31 de diciembre de 1852, que no era procesal sino orgánica¹²⁸.

El 5 de enero de 1857 se expidió la Ley Penal y de Procedimientos para seguirles juicio a los participantes en los delitos de homicidio, lesiones y vagancia. Dicha ley no modificó el procedimiento sólo lo adoptó para esos casos, tomando en cuenta la situación de inseguridad que envolvía el país a causa de la guerra.

Meses después, el 4 de mayo de 1857, la ley que regulaba el procedimiento civil para el Distrito Federal previó, en el artículo 179, las visitas a las cárceles. Así desde el inicio de la independencia hasta 1880 prevaleció la legislación española, configurada por leyes para casos especiales, como los ya citados, y las que se ocupaban de los salteadores de caminos, entre otros.

¹²⁸ ZAFFARONI, E.R., Op, cit. p. 414 y ss.

Se consagraron en las constituciones los derechos del gobernado, además se desarrollaron estudios psicológicos, biológicos y antropológicos a la par con el Derecho Penal. Esto influyó en gran medida en la desaparición del procedimiento netamente inquisitivo, para asegurar la tendencia a establecer un procedimiento que se inicia con la acusación de parte, con lo cual se sustituye la declaración por la denuncia. Tal desarrollo desembocó en el establecimiento, (1869) del juicio por jurados, con tendencia a excluir en definitiva la investigación secreta; ello significó un notable avance respecto de las desventajas del procedimiento inquisitivo y sus nefastos efectos en los derechos humanos, aun cuando en la práctica no tuvo gran difusión ni la aceptación debida.

El 15 de septiembre de 1880 se expidió el primer Código de Instrucción Criminal, que implantó en los medios de confirmación tres requisitos: oralidad, publicidad y debates. Esta innovación la adoptó el Código de Procedimientos Penales de 1894, vigente del 6 de junio de ese año hasta el 4 de octubre de 1929, fecha en que fue derogado por el Código de Organización, Competencia y Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal; esta última legislación fue, a su vez abrogada por el vigente Código de Procedimientos para el Distrito Federal del 26 de agosto de 1931.

En materia federal, el Código del 16 de diciembre de 1908, fue derogado por el vigente Código Federal de Procedimientos Penales de fecha 26 de agosto de 1934. Ambos ordenamientos son paralelos en cuanto a mixtura de los sistemas inquisitivo y acusatorio que los orientan.

Una de las figuras especiales del proceso penal es, indudablemente, el Ministerio Público. De ahí la importancia de detenernos en su particular evolución. Durante la época colonial, la figura del fiscal se concebía como promotor de justicia, por lo que actuaba en nombre de la sociedad, sin que se ostentara caracteres precisos como institución, por falta de unidad e inspección, además de que existían lagunas en relación con la función de los agentes.

En las Constituciones de Apatzingán de 1814, 1824 y 1836, se estableció la figura del fiscal como integrante de la Suprema Corte, este fue fortalecido por las siete Leyes Constitucionales de 1839, que le otorgaron inamovilidad, a excepción que fuera enjuiciado ante el Congreso Federal.

Todavía la Constitución de 1857 contemplaba el fiscal con la misma categoría de ministro de la Suprema Corte; además se implementó por vez primera en el derecho mexicano el nombramiento de un Procurador General, cuyas funciones al igual que las del fiscal, se establecieron en el Reglamento de la Suprema Corte de 29 de julio de 1862, conforme al cual el fiscal, entre otras facultades, debía ser oído en las causas criminales. El procurador General era oído en la Corte, en los casos que interesaren a la Hacienda Pública. En 1900, por disposición constitucional, el Procurador y el Fiscal dejan de ser integrantes de la Corte, y la organización de la cual forman parte queda a cargo de una ley especial, la primera Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, promulgada el 16 de diciembre de 1908.

No obstante que en el Código de Instrucción de 1880, se dio un gran paso al implantarse los principios procesales de oralidad y publicidad del debate, del propio sistema acusatorio, todavía en 1910 en México no se concebía la institución del Ministerio Público como órgano encargado de promover la acción penal; los jueces eran los encargados de llevar a cabo la averiguación previa, es decir, tenían bajo su mando la función persecutoria, de ahí su nombre de jueces instructores o pesquisidores.

El Congreso Constituyente reunido en Querétaro en 1917, después de plantear la necesidad de restituir a los Jueces la dignidad y respetabilidad propias de la magistratura y terminar con los procedimientos atentatorios de los derechos de los imputados, propuso otorgar al Ministerio Público, que entonces era un simple auxiliar de la judicatura, el ejercicio de la acción penal, la función de investigar los delitos y perseguir a los delincuentes, a través de los procedimientos no atentatorios ni reprobables en contra de los imputados, así como la

dirección o mando sobre la policía judicial quitándole a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad de aprehender a las personas por simples sospechas. De ahí que, en México el origen del Ministerio Público se encuentre en la Constitución de 1917, en la que este se establece con caracteres peculiares que lo distinguen con la autoridad que tiene a su cargo la función persecutoria.

El artículo 21 Constitucional, es una de las normas básicas del sistema penal mexicano. En efecto, alude al principio de legalidad judicial; *nulla poena sine iudicio* (no hay pena sin juicio) y por lo mismo, *nulla poena sine iudex* (no hay pena sin Juez). Se refiere en seguida a dos instituciones centrales del régimen penal: Ministerio Público y Policía Judicial. La división de poderes y de funciones constituye uno de los rasgos centrales del moderno Estado de derecho; así el poder contiene o modera al poder y se instituye a favor del individuo un equilibrio a través de frenos y contrapesos. Se trata, en suma, de proteger al hombre en su compleja relación con el Estado. La hora estelar del Ministerio Público mexicano, institución constitucional, se vivió en los años 1916-1917, en aquel viernes 5 de enero de 1917, el constituyente José Natividad Macías en el Teatro Iturbide de Querétaro, ilustró a la asamblea refiriendo: *“El poder Público de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de manera que no existen más que tres poderes: el Legislativo que es el que da la ley; el Ejecutivo que hace que se cumpla, y el Judicial que es el que va a resolver los casos concretos en que haya contienda y que sea precisa su intervención para aplicar la ley al caso de que se trate. Ahora bien, como hay que deslindar, porque se trata de hacer una implantación definitiva de las instituciones libres, viene este problema: el poder va a perseguir a los delincuentes ¿a qué ramo pertenece? Desde luego no puede pertenecer al legislativo, porque indudablemente no va a dar la ley; tampoco puede pertenecer al judicial, porque él va aplicarla. Entonces, lo lógico, lo jurídico, es lo que acaba de decir el señor Machorro Narvaéz, viene la institución del Ministerio Público y el Ministerio Público no es más que un órgano del poder administrativo, es decir, del Ejecutivo Por eso tienen ustedes que en todos los países en que existen las instituciones libres, es decir, en donde está dividido el poder en tres ramas, el ejecutivo acusa en nombre de la Nación de que se trate”*.

Es importante destacar que la Constitución habla de persecución y no de investigación, que es un término equívoco. Investigación, en un sentido, la búsqueda de cierta información y también su procedimiento y valorización por el propio sujeto investigador. En cambio, el término persecución, como fue concebido por el Constituyente, quiere decir buscar información y datos sobre los delitos para probar la existencia de éstos ante el órgano jurisdiccional. La atribución de la función persecutoria al Ministerio Público tuvo como objetivo acabar con el sistema procesal tan vicioso existente hasta ese momento y que se sustentaba en un juez inquisidor, que lo mismo tenía facultades para decidir que para allegarse pruebas, obtenidas a veces con los máximos atropellos. Esta situación era tan grave que el Primer Jefe, en el Mensaje que a manera de Exposición de motivos envió al Congreso Constituyente, la describe en forma elocuente y explícita y de la cual transcribimos, por su relevancia al tema, lo siguiente: *“La Reforma que sobre este particular se propone a la vez que confirma a los jueces la facultad exclusiva de imponer penas, sólo concede a la autoridad administrativa castigar la infracción de los reglamentos de policía, que por regla general sólo da lugar a penas pecuniarias y no a reclusión, la que únicamente se impone cuando el infractor no puede pagar la multa. Pero la reforma no se detiene allí, sino que propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias. Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos han sido durante el período corrido desde la consumación de la Independencia 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, para obligarlos a confesar, lo que, sin duda alguna, desnaturaliza las funciones de la judicatura. La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que ansiosos de renombre veían con positiva la función que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus inquisiciones ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. La misma organización del Ministerio*

Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad 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, y la aprehensión de los delincuentes . Por otra parte, el Ministerio Público, con la policía judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad que hasta hoy han tenido, de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más meritos que su criterio particular. Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige”¹²⁹.

Finalmente, debemos apuntar que son notables los adelantos que denota nuestra legislación procesal en las últimas dos décadas: unos tienden a garantizar la protección de los derechos humanos del inculpado; otros se orientan a fortalecer la acción del Ministerio Público en cumplimiento de su función persecutoria y a afirmar, de ese modo, la defensa de la sociedad en general y de la víctima y ofendido en lo particular.

Ahora bien, en cuanto a la Reforma Procesal Penal de 2008, resulta preciso destacar, que en la actualidad, se pretende bajo una doctrina sistémica, integrar a todos y cada uno de los factores que se encuentran inmersos en el sistema penal: la prevención, procuración, administración y a ejecución, pues se busca que ante el idóneo funcionamiento a través de políticas en conjunto, se logre la instauración de un sistema que deje de lado la actividad del

¹²⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 19ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006. pp. 409 y ss. Islas Olga y Ramírez Elpidio., “El Sistema Procesal Penal en la Constitución”, Editorial Porrúa, México, 1979, pp. 40 y ss

Juez respecto a la revisión de fojas y legajos; y que su juicio sea emanado de un análisis de actitudes y reacciones, lo cual se lograra al ubicar en igualdad procesal tanto al Fiscal como a la Defensa; ello es necesario ante la falta de crédito de la sociedad a todas las instituciones involucradas, pues se pretende lograr con la instauración del nuevo **SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL GARANTISTA**, que la gente que ingrese al mismo, se reinserte a la sociedad de la que nunca dejó de forma parte, con todo y la transitoria o eventual separación que conlleve.

CAPÍTULO III “NATURALEZA Y PRINCIPIOS DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES”

3.1 Derecho Sustantivo y Derecho Instrumental

El ordenamiento jurídico contiene, por un lado normas que establecen derechos y obligaciones, facultades y deberes para las personas, y que prevén, normalmente las sanciones que debe aplicarse a aquéllas cuando incurran en incumplimiento. Al conjunto de estas normas jurídicas se le suele denominar *derecho sustantivo o material*¹³⁰, estas normas determinan cuáles son los derechos y obligaciones de las partes en un contrato de compra-venta, en un contrato de arrendamiento o en otros contratos o actos jurídicos; además señalan qué personas tienen derecho a heredar en caso de que el autor de la sucesión fallezca sin dejar testamento válido; por otra parte, definen que actos u omisiones tienen carácter de delito y especifican la clase y los límites de las penas que se deben imponer a quienes incurren en tales actos u omisiones¹³¹.

Pero el ordenamiento jurídico sería insuficiente e ineficaz si se limitara a establecer normas de derecho sustantivo o material, dejando sujeto su aplicación exclusivamente a la espontánea voluntad de sus destinatarios. Si bien, la mayor parte de las veces éstos últimos suelen acatar las normas de derecho sustantivo, existen casos en que no se da ese acatamiento, y surge conflicto acerca de la interpretación y el cumplimiento de dichas normas o en los procedimientos necesarios para cumplir una de esas mismas.

Por esta razón, al lado de las normas de derecho sustantivo o material, el ordenamiento jurídico también contiene normas de *derecho instrumental, formal o adjetivo*, que son aquellas que prescriben las condiciones y los procedimientos para la creación y aplicación de las

¹³⁰ OVALLE FAVELA, José., “TEORÍA GENERAL DEL PROCESO”, 5ª ed., Editorial OXFORD, University Press, México, 2005, pp. 36.

¹³¹ Principio de Tipicidad previsto en el artículo 2º del Código Penal para el Distrito Federal, donde se establece, en lo que nos interesa: “No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate”.

primeras, así como la integración y competencia de los órganos del Estado que deben intervenir en esos procedimientos.

Dentro de esta distinción entre normas formales y materiales, Kelsen incluye, en las primeras, tanto a las normas que regulan al proceso y al Órgano Jurisdiccional (derecho procesal), como las que disciplinan los procedimientos que se siguen ante la administración pública (derecho procedimental administrativo). Un concepto más amplio y completo del derecho instrumental no debe circunscribirse a los procedimientos de “aplicación”, de las normas generales que regulan el procedimiento de creación de leyes, a la integración y competencia de los órganos de estado que intervienen en los mismos. Dentro de este concepto de derecho instrumental quedan incluidas tanto las normas que regulan al proceso jurisdiccional como a las que disciplinan los procedimientos administrativo y legislativo.

Cabe señalar, que el concepto de procedimiento es en cierto sentido más amplio que el de proceso. El proceso es un concepto propio de la función judicial, pero se puede hablar de procedimiento también para las funciones legislativa y ejecutiva. Todas las veces que para llegar a un acto de declaración de voluntad del Estado (ya sea una ley, un decreto o una sentencia) se haya preestablecido por *disposiciones expresas de carácter instrumental* la forma y el orden cronológico de las diversas actividades que deben ser realizadas por las personas que cooperan en la creación del acto final, la sucesión dialéctica de estas operaciones jurídicamente reguladas en vista de ese fin, constituye un procedimiento¹³²; comúnmente se habla de procedimiento administrativo para indicar la serie de actividades que conducen a la resolución concreta de la administración pública; y de procedimiento legislativo para señalar la serie de las discusiones y de las deliberaciones de las cuales surge finalmente la ley¹³³.

¹³² OVALLE FAVELA, José, Op, cit. 37

¹³³ *Ibíd*em, p. 38.

Las normas de derecho instrumental o formal podrían quedar clasificadas en estos dos sectores: a) el derecho procesal y b) el derecho procedimental que incluye las normas que regulan los procedimientos legislativos y administrativos y los órganos que intervienen en los mismos.

3.2 Noción y Naturaleza del Derecho Procesal

Hasta este momento, hemos sustentado que los individuos buscaron organizarse en un ente denominado Estado, con la finalidad de facilitar la defensa de sus propios intereses de grupo, y al paso del tiempo establecieron órganos especializados para cumplir de forma adecuada con los propios fines de la sociedad (económicos, culturales, etc.); siendo uno de los intereses más importantes tutelar dentro de un marco de legalidad, las relaciones no solo sociales, sino también jurídicas, que nacieron entre los propios particulares y de éstos con el Estado; por ello, se instituyó el Órgano Judicial, no sólo como encargado de vigilar que la autoridad respete las garantías formales de los ciudadanos consagradas en Nuestro Pacto Federal, al momento de ejercer el poder del Estado que les ha sido cedido por el propio pueblo, para legislar y administrar sino además, que tal aplicación, obedezca a una correcta y sana administración de justicia, y que en el caso de México textualmente se establece en el artículo 17 Constitucional que será imparcial, pronta, expedita y gratuita¹³⁴.

Precisamente, una de las características esenciales de toda sociedad organizada es la reglamentación de la facultad de resolver los conflictos entre las personas o de reparar lesiones y sancionar los ilícitos, con base en dos principios: la restricción de tal facultad al Estado y la determinación de normas para su ejercicio.

¹³⁴ Situación que de igual forma busca la Reforma Procesal, donde a través de la instauración del sistema acusatorio, se pretende que se abarque tanto el respeto a las reglas que el garantismo sugiere, las reglas jurídicas con las que nos encontramos comprometidos todos y que se ha justicia. Extracto del Mensaje pronunciado por el Diputado César Camacho Quiroz, en el Foro “La Reforma Penal en México: Análisis, Críticas y Perspectivas”, publicado por el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México, 2007. p. 113.

Esa facultad es, por parte del Estado, una emanación de su soberanía para la tutela del orden jurídico, trae dos consecuencias: la de rechazar su uso por los particulares, y la de que cada Estado oponga a los otros su ejercicio en forma exclusiva respecto de sus asociados y dentro de su territorio.

Por ello, si bien los pueblos en un principio se interesaban más por las normas que definen sus derechos, que de las encargadas de regular la manera de hacerlos efectivos, es en este momento que nace el Derecho Procesal, ciencia jurídica considerada por algunos como secundaria y que constituye el pilar de la maquinaria estatal.

Podemos afirmar que el orden jurídico debe garantizar un sistema de límites frente a los diversos intereses y voluntades particulares, debiendo ser puesto en acto, sin considerar la opinión de los destinatarios de las normas que lo integran. Por tanto, los individuos deben actuar conforme al derecho establecido, con sometimiento a las exigencias de la responsabilidad (licitud, cumplimiento), el orden se realiza espontánea y normalmente. Cuando ello no ocurre (ilicitud, incumplimiento), puede o debe obtenerse su realización por medios coactivos. Esto implica la idea de acatamiento a las normas jurídicas, para cuya efectividad el propio orden se integra con normas sancionatorias.

Es así que al prohibir el Estado a sus súbditos hacerse justicia por propia mano, asume la tutela de sus derechos arrogándose la *jurisdicción* (*iurisdictio*, declarar el derecho)¹³⁵ y, consecuentemente, reconoce en aquéllos la facultad de requerir su intervención en los casos en que sus derechos sean lesionados, lo cual constituye la acción. La acción persigue, pues un acto de jurisdicción por parte del Estado, al exigir el cumplimiento de una obligación, se aspira a que el obligado entregue algo de su patrimonio, ejecute un acto o se aclare una

¹³⁵ Principio que de acuerdo a Ferrajoli, constituye la principal garantía procesal, y que constituye el presupuesto de todas las demás. También esta garantía, como su correlativa de legalidad, puede ser entendida en dos sentidos, estricto y lato. En sentido lato puede extraerse de la tesis *nulla poena nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, sine indicio*. En sentido estricto con la tesis con la tesis *nulla iudicium sine accusarione, sine probatione el sine defensione*. Según el primer principio el juicio viene simplemente requerido por el conjunto de las garantías penales o sustanciales, conforme al segundo, es el juicio por su parte el que reclama todo el conjunto de las otras garantías procesales e instrumentales. Ferrajoli, Luigi., Op, cit. p. 538.

situación incierta; pero, procesalmente, lo que se pretende es el restablecimiento del orden jurídico, circunstancia que caracteriza a esta actividad como una función de derecho público.

Conforme a lo anterior, solamente se advierten dos soluciones: o permitir que cada uno persiga su defensa y aplique lo que entienda ser su justicia, personal y directamente o atribuir al Estado la facultad de dirimir tales controversias.

El contenido de la actividad jurisdiccional se constituye cuando existe en conflicto jurídico alguien afirma que se ha producido –o se está produciendo- una discordancia entre el orden y la solución al conflicto, atraviesan una primera fase de determinación de lo que realmente “debe ser” y dado el caso, una segunda fase de adaptación de ser o ese debe ser declarado el primero (*el ius dicere*), y lo segundo (la realización de lo jurídico).

El Derecho Procesal aplica la facultad de dirimir controversias, al desarrollar los principios de origen constitucional que regulan la administración de justicia, la tutela del orden jurídico y la tutela de la libertad y la dignidad del hombre y de sus derechos fundamentales; es así, que las normas procesales son normas medios, porque sirven para la aplicación o realización de las normas objetivas materiales; y son normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho objetivo en los casos concretos.

El Derecho Procesal, por el hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un derecho Público interno; en principio Público, porque reglamenta la actividad del Estado, en relación con otros Estados y con los particulares; e interno porque reglamenta la actividad del Estado y su relación para con los habitantes del propio Estado.

La existencia del Derecho Procesal, en cuanto a su origen o causa primaria, responde a una necesidad que es la de encauzar la acción de los asociados en el deseo de proteger sus intereses

contra terceros y contra el mismo grupo, bien sea en presencia de una amenaza o de un hecho perturbatorio consumado.

La acción importa la afirmación de una pretensión jurídica, y ello supone la alegación y prueba de los hechos. Al juez corresponde la recepción de pruebas, la determinación de la norma que regula la relación de derecho invocada y su aplicación al caso concreto. Es decir, una serie de actos ejecutados por las partes y el juez, que, en conjunto, constituyen el proceso.

Esta orientación oficial en que se resuelve la realización del orden jurídico se conoce por administración de justicia, y se manifiesta como una función del Estado cumplida mediante la actividad jurisdiccional a cargo de órganos predispuestos.

El orden jurídico se realiza indirectamente por medio de los jueces y en virtud del proceso. Las normas enderezadas a la actuación de los jueces y demás intervinientes necesarios o eventuales, y a la regulación del proceso, integran el campo del derecho que se le denomina DERECHO PROCESAL.

Materia, que Clariá Olmedo define como *“la ciencia jurídica que en forma sistemática estudia los principios y normas referidos a la actividad judicial cumplida mediante el proceso por los órganos del Estado y demás intervinientes, para la efectiva realización del derecho sustantivo, organizando la magistratura con determinación de sus funciones para cada una de las categorías de sus integrantes, y especificando los presupuestos, modos y formas a observar en el trámite procesal”*¹³⁶.

Por su parte, Hugo Alsina, lo define como: *“el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del poder judicial, la determinación de la competencia de los*

¹³⁶ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “DERECHO PROCESAL”, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, p.11.

funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la substanciación del proceso”¹³⁷.

El procesalista mexicano José Ovalle Favela, establece que como Derecho Procesal debemos comprender “*al conjunto de normas y principios jurídicos que regulan tanto al proceso jurisdiccional como a la integración y competencia de los órganos del Estado que intervienen en el mismo*”¹³⁸, siguiendo con la definición anterior, el autor afirma que tales normas se pueden clasificar en dos especies: a) normas procesales en sentido estricto, que son aquellas que determinan las condiciones para la constitución, el desarrollo y la terminación del proceso; y b) normas orgánicas, que son las que establecen la integración y competencia de los órganos de Estado que intervinieron en el proceso jurisdiccional.

3.2.1 Características del Derecho Procesal

a) Su pertenencia al Derecho Público, en cuanto regula el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, a través del proceso. El Juzgador, como titular de la función jurisdiccional del Estado, conduce y resuelve el proceso, en cualquier campo del derecho, por medio de actos que tienen todas las características propias de los actos de autoridad: unilateralidad, imperatividad y coercibilidad. Los actos del Juzgador, y más ampliamente, los actos del Tribunal, son actos de autoridad normalmente susceptibles de impugnación por las partes; y una vez concluidas las impugnaciones, tales actos podrán ser ejecutados coactivamente. Por ello, es evidente el carácter público del derecho procesal.

b) Tiene carácter instrumental respecto del derecho sustantivo, ya que no hace sino regular un medio, un instrumento, como es el proceso jurisdiccional, a través del cual se va a resolver un conflicto de trascendencia jurídica, normalmente mediante la aplicación de una o varias

¹³⁷ ALSINA, Hugo, “*FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL*”, Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso, vol. 4, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2003.

¹³⁸ OVALLE FAVELA, José, Op, cit., p. 39-40.

normas de derecho sustantivo, en caso de que el juzgador emita una sentencia sobre la controversia de fondo.

El carácter instrumental del Derecho Procesal ha sido reconocido por diversos ordenamientos, por lo que si bien, el derecho procesal señala las condiciones para la constitución, el desarrollo y la terminación del proceso, es decir, del medio de aplicación, el derecho sustantivo es el que proporciona la norma o el criterio para que el juzgador decida sobre el litigio.

Si el derecho procesal regula la forma y el orden exterior de las actividades que deben cumplirse para poner al órgano judicial en grado de proveer sobre el mérito, el contenido de la providencia de mérito, la sentencia de fondo, debe ajustarse al derecho sustancial (o sustantivo); lo que significa que el derecho sustancial, si en un primer momento se dirige a los individuos que antes y fuera del proceso debería observarlo, en un segundo momento se dirige al juez que debe aplicarlo.

La sentencia es el acto procesal por medio del cual el juzgador resuelve la controversia planteada y por término normalmente al proceso. Como acto procesal, la sentencia se encuentra sujeta a normas de derecho procesal, como requisitos a satisfacer; pero los fundamentos jurídicos de la sentencia, cuando ésta decide sobre el litigio, van a ser, precisamente, normas o criterios de derecho sustantivo.

Recordemos que la averiguación previa, el proceso y la sentencia misma deberán llevarse a cabo con sujeción a las normas procesales penales; pero los fundamentos de la sentencia deberán ser las normas sustantivas que tipifiquen el delito de que se trate, establezcan las formas de participación, señalen las sanciones penales aplicables y las bases para su individualización.

c) La autonomía que la ciencia del derecho procesal posee respecto de las disciplinas que estudian las diversas ramas del derecho sustantivo. La ciencia que estudia las normas procesales tiene sus propios conceptos, teorías, principios e instituciones, **distintos y autónomos** de los que corresponden a las disciplinas que estudian las normas sustantivas. Tal cualidad afirma la especificidad propia de los métodos, objetos de conocimiento, conceptos, teorías e instituciones de la ciencia del derecho procesal.

3.2.2 El Objeto del Derecho Procesal

El objeto es regular la función jurisdiccional del Estado: a) en la solución de conflictos entre particulares y de éstos con el Estado y sus entidades y funcionarios; b) en la declaración de certeza de ciertos derechos subjetivos o de situaciones jurídicas concretas cuando la ley lo exige como formalidad para su ejercicio o su reconocimiento; c) en la investigación y sanción de hechos ilícitos de naturaleza penal; d) en la prevención de esos hechos ilícitos; e) en la tutela del orden jurídico constitucional frente a las leyes comunes y del orden legal frente a los actos de la administración y f) en la tutela de la libertad individual de la dignidad de las personas y de sus derechos que la constitución y las leyes les otorgan.

El fin del Derecho Procesal es garantizar la tutela del orden jurídico y por tanto la armonía y la paz sociales, mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho objetivo abstracto en los casos concretos, gracias al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado a través de funcionarios públicos especializados.

3.2.3 Fuentes del Derecho Procesal

Con la expresión “fuente del derecho”, se alude al origen de las normas jurídicas y a su fundamento de validez, en sentido lato, se aplica a los hechos, doctrina, ideologías que en modalidades diversas influyen sobre las instancias creadoras del derecho; en sentido más

técnico, la expresión designa a los eventos (hechos o actos) cuya realización es condición para que surja una norma en un determinado orden jurídico.

Desde el momento que se reconoce que existen ciertos hechos o actos de los que depende la creación (modificación, sustitución) de normas jurídicas, se reconoce también que el derecho es un sistema normativo que regula su propia creación. Esto es, además de normas de obligación, en un orden jurídico existen normas de competencia, normas que confieren facultades para cambiar la situación jurídica existente.

De acuerdo a Cipriano Gómez Lara¹³⁹, la Teoría General del Derecho sustenta que existen dos tipos de fuentes: **“formales y materiales o históricas”**.

Las fuentes materiales o históricas, se refieren a la evidencia histórica (historiográfica, tradición oral), que permite el conocimiento del derecho, o bien se aplica a los actos o eventos pasados que dieron origen a las normas y principios jurídicos existentes; también se refieren a los fenómenos sociológicos, políticos y económicos que motivan el surgimiento de normas e instituciones jurídicas.

Las fuentes formales, se refieren a los actos que, en razón de su reconocida autoridad, confieren fuerza y validez jurídica a las normas por ellos establecidos, como son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia, las resoluciones judiciales, y la doctrina.

- a) La legislación. Las etapas para la creación de normas jurídicas, de acuerdo a los numerales 71, 72 y 89 fracción I de Nuestro Pacto Federal son: la iniciativa, la discusión, la apropiación, la sanción, la promulgación y la publicación; una vez cumplido éste, la norma es formalmente válida.
- b) La costumbre. Se trata de la observancia espontánea por un grupo social, de determinado tipo de conductas, porque el propio grupo social las considera obligatorias; requiere la

¹³⁹ GÓMEZ LARA, Cipriano, *“TEORÍA GENERAL DEL PROCESO”*, Editorial UNAM, México, 1987, p. 94-99.

repetición constante de dichas conductas y la convicción por la misma colectividad, de su obligatoriedad.

- c) La jurisprudencia. Constituye la reiteración de criterios judiciales, siempre y cuando se reiterare éste en cinco resoluciones, no interrumpidas por otra en contrario, y que además hayan sido aprobadas por ciertos márgenes de mayoría en los tribunales de composición colegiada que crean la jurisprudencia¹⁴⁰.
- d) La doctrina. Puntos de vista de autores de reconocida autoridad, la cual incluye nociones de la tradición jurídica a la que el sistema jurídico en cuestión pertenece.

Cipriano Gómez Lara, sustenta que la única fuente formal de las normas procesales es la ley¹⁴¹; en virtud de que se tratan de normas de derecho público, que se refieren a la actuación de órganos de autoridad y la actuación de los tribunales o sea al desenvolvimiento de la acción, de la defensa o reacción de la función jurisdiccional misma y de las conductas de los terceros ajenos a la relación sustancial; éstos proyectados o destinados a la solución de un litigio mediante la aplicación de una ley general a un caso concreto precisamente controvertido.

No constituye, para el autor en cita, una fuente formal de las normas procesales la jurisprudencia, en virtud de que serían los propios órganos judiciales los que crearían las normas de su propia actuación, lo cual le restaría la imparcialidad que ordena el numeral 17 Constitucional; por tanto, no es que se niegue que la jurisprudencia pueda dar origen a una norma procesal, pues tal caso se daría en normas complementarias de interpretación o adecuación de aquellas otras de carácter legislativo y que deban ser las que dan la estructura fundamental al proceso.

¹⁴⁰ Artículos 192 al 197 de la Ley de Amparo.

¹⁴¹ GÓMEZ LARA, Cipriano; Op, cit., p.100

En cambio, para Hernando Devis Echandía¹⁴², la jurisprudencia sí constituye una fuente formal para las normas procesales, al ser los criterios judiciales los encargados de resolver la incoherencia y la oscuridad de los textos legales, de armonizarlos, de llenar vacíos y lo más importante de desarrollar la doctrina imperante.

Obviamente, las fuentes reales del derecho procesal no difieren, de las del derecho en general, y su evolución es debida a factores de orden político, económico y social, pero las fuerzas que modelan con mayor rigor sus orientaciones son las económicas y dentro de éstas las relaciones de clase principalmente, por eso, cuando una nueva clase llega al poder cambia las instituciones jurídicas.

3.2.4 Principios del Derecho Procesal

Los principios procesales son aquellos criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal y sus diversos sectores, y que orientan el desarrollo de la actividad procesal.

Tienen una doble función: por un lado, permiten determinar cuáles son las características, más importantes de los sectores del derecho procesal, así como las de sus diferentes ramas; y por el otro, contribuyen a dirigir la actividad procesal, ya sea proporcionando criterios para la interpretación de la ley procesal o ya sea auxiliando en la integración de la misma.

Estos principios se pueden clasificar en básicos, particulares, y alternativos, los primeros son aquellos que son comunes a todos los sectores y las ramas del derecho procesal dentro de un ordenamiento jurídico determinado, verbigracia: el principio de contradicción. Los principios procesales particulares, son aquellos que orientan predominantemente un sector del derecho procesal, como es el caso del principio dispositivo, del principio de justicia social y del principio publístico (en materia penal). Por último, los principios procesales alternativos

¹⁴² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “*TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*”, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1997, p.47.

son aquellos que rigen en lugar de otros que representan normalmente la opción contraria (oralidad o escritura, intermediación o mediación, etc.).

Algunos de los Principios Básicos o Comunes, son:

a) PRINCIPIO DE INTERÉS PÚBLICO O GENERAL EN EL PROCESO

Los que persiguen y garantizan la armonía, la paz y la justicia sociales.

b) PRINCIPIO DE CARÁCTER EXCLUSIVO Y OBLIGATORIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL ESTADO

Es el fundamento de la existencia misma del Estado, como organización jurídica, sus consecuencias son la prohibición de la justicia privada y la obligatoriedad de las decisiones judiciales. Hay dos excepciones a este principio: los casos de los árbitros y de los jurados de conciencia, los primeros son particulares designados por las partes, a los que se les somete un litigio o por el juez subsidiariamente, y los segundos, también particulares, que son llamados a dictaminar en conciencia acerca de la responsabilidad de los procesados penalmente. En realidad no son verdaderas excepciones, porque esos particulares actúan por mandato de la ley; en consecuencia, por voluntad del propio Estado, y ejercen jurisdicción sólo transitoriamente, sin adquirir el carácter de funcionarios públicos.

c) INDEPENDENCIA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL

Para que se pueda obtener el fin de una recta aplicación de la justicia, es indispensable que los funcionarios encargados de tan delicada y alta misión puedan obrar libremente en cuanto a la apreciación del derecho y la equidad, sin más obstáculos que las reglas que la ley les fije en cuanto a la forma de adelantar el proceso y de proferir su decisión.

Este principio rechaza toda coacción ajena al desempeño de sus funciones. El juez debe sentirse soberano en la recta aplicación de la justicia, conforme a la ley. Por eso, no hay nada

más despreciable que la existencia de jueces políticos, de funcionarios al servicio de los gobernantes o de los partidos.

Un Estado en donde los Jueces sufran la coacción de gobernantes o legisladores, deja de ser un Estado de Derecho. También requiere este principio que las personas encargadas de administración de justicia sea funcionarios oficiales con sueldos pagados por el Estado.

d) IMPARCILIDAD RIGUROSA DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES

Este principio es una de las razones que exigen la independencia del Órgano Judicial en el sentido expuesto, pero con ella se contempla, además la ausencia de todo interés en su decisión, distinto del de la recta aplicación de la justicia.

Al Juez le está vedado conocer y resolver asuntos en los que sus intereses personales se hallen en conflicto con su obligación de aplicar rigurosamente el derecho. No se puede ser Juez y parte a un mismo tiempo. De ahí las causas de impedimento y la recusación que en todos los códigos de procedimientos se establecen¹⁴³,

e) IGUALDAD DE LAS PARTES ANTE LA LEY PROCESAL Y EN EL PROCESO

Dos consecuencias se deducen de este principio la primera que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo cual tiene su fundamento en la máxima *audiatur es altera pars*¹⁴⁴ y la segunda que no son aceptables los procedimientos privilegiados, al menos en relación con raza, fortuna o nacimiento de las partes. Únicamente se admite para juzgar a determinados funcionarios del Estado y en consideración no a la persona en sí, sino a la investidura del cargo, conozcan otros jueces, lo que acontece principalmente en materia penal¹⁴⁵.

¹⁴³ En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se encuentran en el numeral 522.

¹⁴⁴ *Óigase a la otra parte*; el principio de igualdad domina el proceso, porque oír a la otra parte es la expresión de la denominada bilateralidad de la audiencia. <http://www.drleyes.com> 17 de mayo de 2010.

¹⁴⁵ Procedimiento en el Juicio Político previsto en los numerales 9, 25 y 28 de la Ley Federal de Responsabilidades de Servidores Públicos que a la letra dicen:
“ARTÍCULO 9o.- *Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad podrá formular por escrito, denuncia contra un servidor público ante la Cámara de Diputados por las conductas a las que se refiere el*

3.2.5 Principios Fundamentales del Procedimiento

a) PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Tal postulado se expresa en la fórmula *audiatur et altera pars* (óigase a la otra parte), impone al Órgano Judicial el deber de resolver sobre las promociones que le formule cualquiera de las partes, oyendo previamente las razones de la contraparte o al menos dándole la oportunidad para que las exprese. Como se trata de un principio general, el mismo admite algunas salvedades previstas en las leyes, referentes a actos de mero trámite o a medidas cautelares. El principio de contradicción se encuentra reconocido, por lo que concierne al

artículo 7 de esta propia Ley y por las conductas que determina el párrafo segundo del artículo 5 de esta misma Ley, por lo que toca a los Gobernadores de los Estados, Diputados a las Legislaturas Locales y Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales. En el caso de ciudadanos, pueblos y comunidades indígenas del país, serán asistidos por traductores para elaborar la denuncia, si así lo solicitan. Dicha denuncia podrá presentarse por escrito en la lengua indígena. La denuncia deberá estar apoyada en pruebas documentales o elementos probatorios suficientes para establecerla existencia de la infracción y estar en condiciones de presumir la responsabilidad del denunciado. En caso de que el denunciante no pudiera aportar dichas pruebas por encontrarse éstas en posesión de una autoridad, la Subcomisión de Examen Previo, ante el señalamiento del denunciante, podrá solicitarlas para los efectos conducentes. Las denuncias anónimas no producirán ningún efecto. El juicio político sólo podrá iniciarse durante el tiempo en que el servidor público desempeñe su empleo, cargo o comisión, y dentro de un año después de la conclusión de sus funciones.

ARTÍCULO 25.- *Cuando se presente denuncia o querrela por particulares o requerimiento del Ministerio Público cumplidos los requisitos procedimentales respectivos para el ejercicio de la acción penal, a fin de que pueda procederse penalmente en contra de algunos de los servidores públicos a que se refiere el primer párrafo del artículo 111 de la Constitución General de la República, se actuará, en lo pertinente, de acuerdo con el procedimiento previsto en el capítulo anterior en materia de juicio político ante la Cámara de Diputados. En este caso, la Sección Instructora practicará todas las diligencias conducentes a establecer la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado, así como la subsistencia del fuero constitucional cuya remoción se solicita. Concluida esta averiguación, la Sección dictaminará si ha lugar a proceder penalmente en contra del inculpado. Si a juicio de la Sección, la imputación fuese notoriamente improcedente, lo hará saber de inmediato a la Cámara, para que ésta resuelva si se continúa o desecha, sin perjuicio de reanudar el procedimiento si posteriormente aparecen motivos que lo justifiquen. Para los efectos del primer párrafo de este artículo, la Sección deberá rendir su dictamen en un plazo de sesenta días hábiles, salvo que fuese necesario disponer de más tiempo, a criterio de la Sección. En este caso se observarán las normas acerca de ampliación de plazos para la recepción de pruebas en el procedimiento referente al juicio político.*

ARTÍCULO 28.- *Si la Cámara de Diputados declara que ha lugar a proceder contra el inculpado, éste quedará inmediatamente separado de su empleo, cargo o comisión y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes. En caso negativo, no habrá lugar a procedimiento ulterior mientras subsista el fuero, pero tal declaración no será obstáculo para que el procedimiento continúe su curso cuando el servidor público haya concluido el desempeño de su empleo, cargo o comisión. Por lo que toca a gobernadores, Diputados a las Legislaturas Locales y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados a quienes se les hubiere atribuido la comisión de delitos federales, la declaración de procedencia que al efecto dicte la Cámara de Diputados, se remitirá a la Legislatura Local respectiva, para que en ejercicio de sus atribuciones proceda como corresponda y, en su caso, ponga al inculpado a disposición del Ministerio Público Federal o del Órgano Jurisdiccional respectivo.”*

demandado, en el derecho de defensa o garantía de audiencia párrafo segundo artículo 14 Constitucional; por lo que se refiere a ambas partes, el principio de contradicción es una de las “formalidades esenciales del procedimiento” según el precepto constitucional, confirmada de acuerdo a las hipótesis en las que la Ley de Amparo considera “violadas las leyes del procedimiento”¹⁴⁶, por lo tanto del postulado en cita, emana una consecuencia: “la sentencia proferida en un proceso sólo afecta a las personas que fueron parte en el mismo.

b) PRINCIPIO DE IGUALDAD

Este deriva del numeral 13 del Pacto Federal e impone al legislador y al Juzgador el deber de conferir a las partes las mismas oportunidades procesales para exponer sus pretensiones y excepciones, para probar los hechos en que basen aquellas y para expresar sus propios alegatos o conclusiones.

El principio de la igualdad de las partes en proceso ha sido criticado porque, al limitarse a proclamar una igualdad meramente formal de las partes dentro de sociedades caracterizadas por graves desigualdades materiales, no garantiza la justicia de la solución, sino que constituye una ratificación jurídica de privilegios sociales. Quizá el medio más adecuado para evitar o, al menos atenuar las desigualdades procesales, consista en el establecimiento de sistemas eficientes de asistencia jurídica gratuita o de bajo costo para las personas de ingresos menores.

c) PRINCIPIO DE PRECLUSION

La preclusión se define, como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal; ésta puede resultar de tres situaciones diferentes:

- 1.- Por no haber observado el orden u oportunidad dado por la ley para la realización de un acto.
- 2.- Por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra.

¹⁴⁶ Artículo 159 (juicios civiles, administrativos o del trabajo) y 160 (juicios penales) de la Ley de Amparo.

3.- Por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha).

d) PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD

Tiende a buscar orden, claridad y rapidez en la marcha del proceso, es muy riguroso en los procedimientos escritos, y sólo muy parcialmente en los orales. Se entiende por tal división del proceso en una serie de momentos o períodos fundamentales, que algunos han calificado de compartimientos estancos, en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes y del Juez de manera que determinados actos deben corresponder a determinado período, fuera del cual no pueden ser ejercitados y si se ejecutan no tienen valor. Es una limitación que puede ser perjudicial para la parte que por cualquier motivo deja de ejercitar oportunamente un acto de importancia para la suerte del litigio, pero como se ha observado, es precio que el proceso escrito paga por una relativa rapidez en su tramitación. De ahí la noción de las cargas procesales.

El proceso escrito contiene los siguientes períodos fundamentales: 1) El de presentación y contestación de la demanda o de la *litiscontestatio*, dentro del cual es posible reformarla o adicionarla, y que vence en el momento de la apertura a prueba; 2) el de las pruebas, de manera que las que no fueron pedidas o practicadas oportunamente, no pueden llevarse a los autos (pero más amplia); 3) el de alegaciones, que empieza una vez vencido el anterior y concluye cuando se cita para sentencia en los procesos donde la lugar o cuando concluye el término otorgado para ello; y 4) el de la sentencia. Esto en la primera instancia. En la segunda instancia puede haber período de pruebas, de alegaciones y sentencia; o sólo en los dos últimos.

Se distribuyen, como se ve, las oportunidades de ejercitar los medios de defensa y de ataque, que únicamente pueden ser puntualizados en un solo momento aún cuando sus efectos vayan a surtir en período futuro.

Impone a las partes el deber de presentar en forma simultánea y no sucesiva, todas las acciones y excepciones, las alegaciones y pruebas que correspondan a un acto o una etapa procesal, independientemente de que sea o no compatibles y aún cuando si se estima fundado alguno de los puntos se haga innecesario el estudio de las demás.

e) **PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL** (menor trabajo y justicia más barata y rápida).

Establece que se debe tratar de lograr en el proceso los mayores resultados posibles, con el menor empleo de actividades, recursos y tiempos procesales, dicho principio exige, entre otras cosas, simplificar los procedimientos y delimitar con precisión el litigio; que sólo se admitan y practiquen pruebas que sean pertinentes y relevantes para la decisión de la causa; que se desechen aquellos recursos e incidentes que sean notoriamente improcedentes, etc.

f) **PRINCIPIO DE LEALTAD Y PROBIDAD**

El proceso debe ser considerado por las partes y su abogado como un instrumento del Estado para solucionar conflictos con arreglo a derecho, y no como una hábil maquinación para hacer valer pretensiones ilegales, injustas o peor aún, fraudulentas. Por ello los ordenamientos procesales más modernos imponen a las partes el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad; situación que como en el caso de México, se prevé en el como artículo 163 del Código Adjetivo Penal de Durango¹⁴⁷.

Las partes deben conducirse con apego a la verdad en los actos procesales en que intervengan y aportar todos los medios de prueba que puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. Deben utilizar los medios de impugnación sólo en aquellos casos en que efectivamente estimen que los actos del tribunal son contrarios al derecho. El incumplimiento de estos deberes debe tener como consecuencia la imposición de correcciones

¹⁴⁷ Artículo 163.- Deber de Lealtad y buena fe.- Las partes deberán litigar con lealtad, y buena evitando los planteamientos dilatorios meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código concede. Los jueces y tribunales velarán por la regularidad del proceso, el ejercicio correcto de las facultades procesales y buena fe.

disciplinarias, de condenas al pago de gastos y aún de sanciones penales, cuando la conducta de las partes llegue a constituir algún delito.

g) PRINCIPIO DE ORALIDAD Y DE ESCRITURA

Estos principios suelen ser referidos a la forma ya sea hablada o escrita que predomine en el proceso. En ambos casos se trata de predominio en el uso y no de uso exclusivo.

El procedimiento escrito fue el que predominó en el proceso común europeo, del siglo XII al XVIII. Se caracterizó por la falta de relación inmediata entre el juzgador y las partes, la falta de publicidad, la secuencia muy prolongada de plazos y la separación preclusiva de las etapas procesales, así como por la valoración de las pruebas de acuerdo con criterios predeterminados. En otros términos, el procedimiento escrito tuvo como características la falta de intermediación, el secreto, la dispersión de los actos procesales y el sistema de la prueba legal.

A fines del siglo XVIII, la legislación procesal penal surgida de la Revolución Francesa buscó la superación del procedimiento inquisitivo, escrito y secreto, por medio de un proceso acusatorio, predominantemente oral, público, con intermediación entre los sujetos procesales, concentración de los actos del proceso y valoración de la prueba conforme a la íntima convicción.

El principio en cita, implica no sólo el predominio del elemento verbal, sino también el prevalecimiento de los siguientes principios:

- 1.- La intermediación, o relación directa entre el juzgador, las partes y los sujetos de la prueba.
- 2.- La concentración del debate procesal en una o dos audiencias.
- 3.- La publicidad de las actuaciones judiciales, particularmente de las audiencias, a las cuales debe tener acceso cualquier persona, con las salvedades previstas en la ley, y

4.- La libre valoración de la prueba

h) PRINCIPIO DE INTERES PÚBLICO O GENERAL EN EL PROCESO

Porque el proceso persigue y garantiza la armonía, la paz y la justicia social.

i) PRINCIPIO DE CARÁCTER EXCLUSIVO Y OBLIGATORIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL ESTADO

Su fundamento es la existencia misma del Estado como organización jurídica, sus consecuencias son prohibición de la justicia privada y la obligatoriedad de las decisiones judiciales.

Hay dos aparentes excepciones a este principio: los casos de los árbitros y de los jurados de conciencia; los primeros son particulares designados por las partes, que voluntariamente someten a ellos un litigio o por el juez subsidiariamente, y los segundos, también particulares que son llamados a dictaminar en conciencia acerca de la responsabilidad de los procesados penalmente, pero en realidad no se trata de verdaderas excepciones, porque esos particulares actúan por mandato de la ley; en consecuencia, por voluntad del propio Estado, y ejercen jurisdicción sólo transitoriamente, sin adquirir el carácter de funcionarios públicos.

j) PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL

Tal principio sostiene que a fin de obtener una recta aplicación de la justicia, es indispensable que los funcionarios encargados, puedan obrar libremente en cuanto a la aplicación del derecho y de la equidad, sin más obstáculo que las reglas que el propio derecho del fije; este principio rechaza toda coacción ajena en el desempeño de sus funciones; finalmente este postulado también establece, que las personas encargadas de administrar justicia sean funcionarios oficiales con sueldos pagados por el Estado.

k) PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD RIGUROSA DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES

Contempla la ausencia de todo interés en las decisiones judiciales, distinto de la recta aplicación de la justicia; por tanto el Juzgador está vedado de conocer y resolver asuntos en los que ventilen sus propios intereses; al no poder ser Juez y parte al mismo tiempo (numeral 522 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal relativo a las causas de recusación).

l) PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO

Postula que no debe haber justicia secreta, ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motivaciones; pero no implica que todo proceso debe ser necesariamente público y que toda persona pueda conocer en cualquier momento los expedientes, esto perjudicaría gravemente la buena marcha de los procesos, especialmente en materia penal. La publicidad se reduce a la discusión de las pruebas a la motivación del fallo y a su publicación, a la intervención de las partes y sus apoderados y a la notificación de las providencias.

m) PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS EN LA LEY

La ley señala cuáles son los procedimientos que se han de seguir para cada clase de proceso o para obtener determinadas declaraciones judiciales, sin que les sea permitido a los particulares, aun existiendo acuerdo entre todos los interesados en el caso, ni a las autoridades o a los jueces modificarlos o permitir sus trámites, salvo cuando expresamente la misma ley autoriza hacerlo.

o) EL PRINCIPIO DE QUE LAS SENTENCIAS NO CREAN, SINO DECLARAN DERECHOS

Los derechos subjetivos se originan en el derecho positivo y principalmente en la ley, su fuente formal más común en el mundo moderno, los procedimientos sirven para obtener su tutela, su ejecución, su garantía, para permitir, en ocasiones, su ejercicio pero no para crearlos. El Juez al decidir, se limita a declarar los derechos que conforme a las normas positivas tiene la parte, y no le otorga ninguno que ellas no consagren, puede ser objeto de duda el caso de la sentencia que resuelve un proceso de declaración constitutiva. En materia penal, puede enunciarse este principio diciendo que la sentencia no crea la responsabilidad del procesado, sino que declara la establecida por la ley de acuerdo con los hechos probados que constituyen el presupuesto de dicha responsabilidad.

p) EL PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL

La verdad procesal es la que surge del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos, ésta puede ser diferente a la verdad real, significa este principio que para el Juez lo importante y único es la verdad procesal, que su decisión tendrá que ceñirse a ella y que entonces será recta y legal, aunque en ocasiones la realidad sea diferente. Nos lleva lo anterior a concluir que no siempre la justicia procesal está acorde con la realidad de los hechos y con los derechos y responsabilidades penales o de otra clase que realmente la ley consagra; de ahí que pueda afirmarse que en el proceso lo que importa es la prueba del derecho que se tiene, y que tanto vale no tener un derecho como no poder demostrarlos, pues el juez tiene que fallar conforme a lo probado en el proceso, y por eso la trascendencia de darle facultades para decretar oficiosamente pruebas y tomar la iniciativa que estime necesaria, a fin de poder pronunciarse con absoluto conocimiento de causa y convencimiento pleno de estar obrando conforme a la realidad de los hechos y a la justicia; en materia penal significa que tanto es no ser responsable del ilícito que se imputa, como no haberse probado plenamente esa responsabilidad (in dubio pro reo).

q) EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA

Este se deduce del carácter absoluto de la administración de justicia, significa que una vez decidido, con las formalidades legales, un litigio o un asunto penal entre determinadas partes, éstas deben acatar la resolución que le pone término, sin que les sea permitido plantearlo de nuevo, y los jueces deben respetarla; de lo contrario, la incertidumbre reinaría en la vida jurídica y la función del juez se limitaría a la de buen componer con la consecuencia de que el proceso estaría siempre sujeto a revisión o modificación, lo que haría imposible la certeza jurídica, verbigracia el numeral 23 Constitucional que, textualmente señala: “...*Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene...*”.

La existencia de la cosa juzgada exige como factores que la determinan y que, por consiguiente, funcionan como requisitos de la misma, que haya una sentencia; que se pronuncie en procesos cuyas sentencias no estén excluidas expresamente de esta clase de efectos, y que esa decisión no sea susceptible de impugnación por vía de recurso, sino que esté cerrada a este tipo de discusiones en razón de su firmeza, es decir que no sea recurrible por disposición legal o que los recursos posibles en principio no hayan sido interpuestos o hayan quedado a su vez resueltos. La sentencia sólo obliga como cosa juzgada a las partes respecto de las cuales se dictó, con excepciones en algunos casos de efectos *erga omnes*, expresamente consagrados en la ley; únicamente se aplica para el mismo objeto o relación jurídico-sustancial que fue controvertida y respecto a la cual se surtió el proceso y no impide que se debata sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, pero con base en una causa distinta, (un título o motivo jurídico diferente o por un nuevo ilícito), también se deduce de este principio que las resoluciones judiciales sólo pueden impugnarse por los medios que la ley consagra para el efecto de la cosa juzgada.

r) PRINCIPIO DE CONCENTRACION O DISPERSION DEL PROCESO

Tiende a que el proceso se realice en el menor tiempo posible¹⁴⁸ y con la mejor unidad, para ello se debe procurar que el proceso se desenvuelva sin solución de continuidad y evitando que las cuestiones accidentales o incidentales entorpezcan el estudio de lo fundamental; lo cual sólo se obtiene restringiendo el derecho de interponer recursos e incidentes de previa definición. Igualmente, este principio tiende a dejar todas las cuestiones planteadas, los incidentes, excepciones y peticiones, para ser resueltas simultáneamente en la sentencia, concentrando así el debate judicial; por ello, se concluye que sólo en los procedimientos orales tiene aplicación adecuada este principio, ya que en las audiencias se presentan todas las excepciones y se plantean todos los incidentes, además de allegarse las pruebas y formularse los alegatos, y por regla general en la sentencia se resuelven todos estos problemas, sin que pueda suspenderse el curso del proceso para darle previa solución a uno de ellos. El proceso escrito es necesariamente desconcentrado, pero puede disminuirse este defecto con buenas medidas y en pro de una justicia más expedita.

s) PRINCIPIO DE LA INMEDIACIÓN

Como el significado literal se infiere, significa que debe haber una inmediata comunicación entre el Juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen. De ahí que la intermediación puede ser subjetiva, objetiva y de actividad.

Se entiende por intermediación subjetiva la proximidad o contacto entre el juez y determinados elementos personales o subjetivos, sean los sujetos mismos del proceso, o personas distintas de tales sujetos, es decir, un tercero. La manifestación principal del requisito de intermediación subjetiva es la que impone que el acto de prueba se practique en presencia de su destinatario, es decir que la prueba se practique ante el juez que debe apreciar su mérito. La intermediación objetiva se refiere a la comunicación del juez con las cosas y los hechos que interesan al proceso.

¹⁴⁸ Debate procesal en una o dos instancias.

En ocasiones se establece igualmente un necesario contacto proximidad entre el acto de la prueba y una determinada circunstancia objetiva, como cuando se permite un orden a la inmediación física del autor del hecho con determinada cosa mueble o inmueble; así ocurre cuando se autoriza que la parte o el testigo consulten notas, apuntes, cuentas, libros o papeles o se les oye en el lugar de los hechos, Y también puede considerarse como requisito de inmediación objetiva, en su manifestación negativa, la prohibición para estos mismos sujetos de valerse de cualquier borrador de respuesta en sus declaraciones.

t) PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Es el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido por el juez en la sentencia, y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes y entre la sentencia y las imputaciones formuladas al procesado y las defensas formuladas por éste contra tales imputaciones, en todos los procesos, también entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelto por oficio por el juzgador.

Tiene extraordinaria importancia este principio, pues se liga íntimamente con el derecho Constitucional de defensa, ya que éste exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o las imputaciones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquél derecho¹⁴⁹; la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y alegaciones, se orientan lógicamente por las pretensiones, imputaciones, excepciones y defensas formuladas en el proceso.

También se relaciona con la cosa juzgada, para determinar el verdadero contenido de ésta.

¹⁴⁹ En materia penal, tal postulado se consagra en la fracción III del artículo 20 Constitucional, el cual textualmente señala: “Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: ...

III Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria; ...”.

u) PRINCIPIO DE HUMANIZACIÓN DE LA JUSTICIA JUDICIAL.

El proceso judicial de cualquier clase exige formas y ritualidades que lejos de ser inconvenientes representan una garantía importante para el debido ejercicio del derecho constitucional de defensa. Pero es indispensable humanizar al máximo sus procedimientos y sus trámites, puesto que se trata de actuaciones de personas para juzgar a otras personas cuyos problemas son, por consiguiente, profundamente humanos. De ahí que deshumanizar el proceso es desnaturalizarlo y restarle eficacia para cumplir la función social de interés público, de contener y tutelar la paz y la armonía sociales y los derechos fundamentales del ser humano. Se debe procurar más inmediación del juez con los gobernados en todo proceso, para que aquél pueda conocerlos y apreciar mejor su problema; debe haber un trato sencillo y no **arrogante** de los juzgadores con las partes –como sucede actualmente con gran parte de los funcionarios del Poder Judicial tanto Federal como Local-¹⁵⁰; ya que el Juez debe tratar de compensar la ignorancia y pobreza de las partes; que obstaculizan el ejercicio de su derecho de defensa, tutelándolos en cuanto sea posible mediante el uso real y efectivo de las facultades inquisitivas probatorias, de dirección del proceso, de control al fraude procesal y las colusiones y demás actos ilícitos o desleales de los abogados; debe también el Juez tratar de acelerar al máximo los procedimientos e impedir que se dilaten con actuaciones desleales o incorrectas de las partes y sancionarlas cuando incurran en tal conducta; debe procurar infundir a las personas que necesitan ventilar cualquier asunto judicialmente, confianza en una buena justicia y eliminar el temor que ordinariamente les produce; por último, es indispensable que en los procesos e investigaciones judiciales no se violen, sino que se tutelen, los esenciales derechos de toda persona su vida, su honor, su libertad, lo cual la monstruosidad de los funcionarios de investigación, sean o no parte del órgano judicial, al aplicar torturas o simple violencia de cualquier clase, que constituyen la violación de este principio y de muchos más y la deformación total de lo que debe ser la justicia judicial.

¹⁵⁰ Bondades que se buscan en la reforma como lo expondremos más adelante.

3.3 El Proceso Penal como actuación del Derecho Penal

El Derecho Penal nace con el Estado moderno, es decir, su función es dar una fundamentación político-criminal a la intervención punitiva del Estado, ajena por tanto a cuestiones morales o teológicas, propias del antiguo régimen. Ahora bien, por su propia naturaleza la fundamentación político-criminal implicaba relativizar la facultad de castigar del Estado, pues ella quedaba supeditada a las propias funciones y características del Estado moderno, cuya naturaleza describió brillantemente Beccaria al señalar que estaba para la felicidad de los hombres y no para su infelicidad.

De ahí entonces, que de por sí la propia fundamentación político-criminal de la pena, esto es, el Derecho Penal, surgía como una garantía al ciudadano y una limitación respecto a la intervención punitiva del Estado. El autor que mejor plasmó esta concepción y por eso con razón ha sido llamado el padre del Derecho Penal fue Anselm Von Feuerbach que a partir de su posición preventiva configura el Derecho Penal sobre la base del principio garantista del legalidad de los delitos y las penas.

El Derecho Penal en cuanto fundamento político-criminal de la intervención punitiva del Estado, (prevención general de delitos) es al mismo tiempo un principio garantista del ciudadano, y una limitación al poder del Estado.

De ello se derivara también, al igual que en Beccaria, que la pena es solo una necesidad y por tanto, hay lugar a ella en la medida que se da una fundamentación garantizada. El desarrollo posterior de Derecho Penal estará presidido por esta concepción y la tendencia a otra premoderna, en que la pena es preexistente al Estado y, por tanto, es ajena a una fundamentación político-criminal.

La evolución del Derecho Penal así concebido es, en primer lugar, la profundización de los principios garantistas, y sin ellos no es concebible el Derecho Penal, que sería solo una farsa o un mal remedo de él, por eso ya señalaba Beccaria: *“todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico”*.

Precisamente los acontecimientos que originaron la segunda guerra mundial y la instauración de la doctrina de la seguridad nacional en Latinoamérica, que implicó la propagación de regímenes dictatoriales, convirtieron al Derecho Penal en una frase, pues se retornó al antiguo régimen, donde la pena es un derecho a castigar preexistente al Estado que le corresponde a quien ostenta el poder como oráculo de ese derecho, y por lo tanto, es ejercido por el dictador de turno.

Esta situación da origen, como reacción, (al igual que en la época de Feuerbach), a una intensa profundización de los planteamientos político-criminales y consecuentemente de los principios garantistas. Entre ellos es preciso distinguir unos de carácter formal y otros de carácter material. Los primeros relacionan dicen relación con el principio de legalidad de los delitos y las penas, los segundos con la necesidad de la pena.

Ahora bien, estos principios garantistas propios del Derecho Penal se extienden a todo el Sistema Penal, en la medida que la intervención punitiva del Estado va mas allá del contenido del Derecho Penal y de ahí que necesariamente hoy debamos entenderla como un sistema de intervención que comprende al Derecho Penal, y va desde la acción de la policía, pasando por la administración de justicia y termina en la aplicación de las penas, en especial en el régimen penitenciario alcanzando los servicios de asistencia, tratamiento y controles informales, como los medios de comunicación de masas. Un entendimiento diverso puede convertir al Derecho Penal en una simple metáfora o más bien en un encubrimiento de formas premodernas de intervención punitiva del Estado.

Dentro del sistema penal el proceso penal resulta ciertamente esencial, pues pone en acción todo el sistema y, por tanto, al Derecho Penal. Luego, pone en acción la fundamentación político-criminal, los principios garantizadores, traspasando la función judicial, más allá de su aplicación en el proceso penal.

La característica más acentuada de este ordenamiento refiere a su *función realizativa*, es decir, a la organización de medios institucionales y procedimentales destinados a determinar, en situaciones concretas, las disposiciones generales de las leyes sustantivas. En el caso de la

materia que consideramos, caben dos perspectivas de análisis; una, que atiende a los procedimientos en sí mismos y de la explicación de las disposiciones vigentes se remonta a la elaboración de conceptos lógicos y comprensivos de diferentes supuestos, con prescindencia de los mecanismos aplicativos.

En torno a esto, se ha hablado de una "teoría del proceso" o de "Derecho judicial", abarcativa del estudio de los órganos predisuestos por el Estado para ejercer el poder y función jurisdiccional y del método -proceso- mediante el cual se actúa en procura de la resolución. Y la otra se dirige preponderantemente a considerar al Derecho Procesal Penal como parte integrativa del Derecho Penal *lato sensu* o en sentido amplio, atendiendo a que, en la realidad social y en el ordenamiento normativo, la sistemática punitiva se materializa a través de los organismos y procedimientos de aplicación.

La relación entre el Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal es compleja, pero de una manera esquemática es posible caracterizarla como la de una doble regulación: la de los individuos, para que ajusten sus comportamientos a determinadas pautas de no hacerlo reciban el castigo correspondiente; que aseguren el mantenimiento de que determinadas relaciones de convivencia, y la del poder penal estatal -el que ejecuta ese control-, que debe constreñirse a condiciones de actuación previamente establecidas.

El Estado de Derecho ha optado por un sistema de *reacción mediata*, disciplinando procedimientos investigativos y de discusión para determinar si se está verdaderamente ante un hecho delictivo y ante sujetos penalmente responsables. De acuerdo con expresas disposiciones constitucionales nadie puede ser condenado sin "juicio previo".

De tal manera, la sanción punitiva válida sólo puede ser impuesta por el órgano jurisdiccional competente como resolución conclusiva de un proceso regularmente tramitado. La doctrina coincide en denominar a esta cuestión procesal como "realizativa", toda vez que a través de ella se concreta la aplicación de la ley sustantiva. Así, el proceso penal es el camino de necesario e imprescindible tránsito para actuar las disposiciones de fondo.

El Sistema Penal opera con un *principio no formalizado de oportunidad*, correspondiendo por lo general la selección de su clientela a los organismos policiales. De tal manera, se ha señalado que se da una elección de hechos y autores, lo que tiene que ver directamente con el proceso real de criminalización que, cuantitativamente, opera sobre ciertos sectores (estratos sociales marginales) y de acuerdo con estereotipos (criminalización secundaria).

Ciñéndonos al presente punto de la criminalización abstracta y general decidida por el poder político en la norma legal, se pasa a la etapa de realidad; en ella, mediante procedimientos predeterminados, se arribará a una decisión final -por lo común, bastante distante en el tiempo del hecho que motivó la causa- que resolverá sobre si el imputado es penalmente responsable de la acción delictiva atribuida; en caso negativo, el individuo se verá libre de persecución penal, y en el supuesto afirmativo, se le impondrá una sanción.

Ahora bien: puede suceder que en esta última alternativa se declare que la pena está ya cumplida, lo que resulta bastante habitual por la circunstancia de las medidas de privación cautelar de libertad que implican que el justiciable espere la decisión final en prisión a través de verdaderos anticipos de pena que convierten al proceso en un medio de castigo. Podemos concluir, que para que a un individuo se lo tenga por penalmente responsable deben ocurrir una compleja serie de requisitos y condiciones que podemos resumir de la siguiente manera:

- a) Que exista una decisión política formalizada de incriminar abstractamente ciertos comportamientos;
- b) que en la realidad de los hechos se dé una situación en la cual una persona ejecute aquellos actos previstos en el precepto sustantivo pertinente;
- c) que tal situación llegue a conocimiento de los órganos y operadores facultados para desarrollar la persecución penal y que los mismos decidan instar los procedimientos adecuados;

d) que a través de tales procedimientos se acredite la existencia del hecho delictivo y la intervención del justiciable, sin que medien circunstancias impeditivas de la persecución penal, o justificantes o exculpantes, y

e) que el órgano jurisdiccional correspondiente declare la responsabilidad penal del inculgado.

En cada uno de estos pasos influyen, además, factores diferentes. Hay todo un entramado de estructuras normativas preexistentes, maneras y hábitos de actuación de los operadores de las mismas, valoraciones y opiniones, condicionamientos socioeconómicos, relaciones de poder e intereses circunstanciales.

3.3.1 Principios Garantistas del Derecho Procesal

Los principios garantistas de carácter formal derivan de la legalidad de los delitos y las penas, dentro de ellos aquél que tiene especial relevancia es el llamado de ley estricta o de taxatividad, y que tiene como corolario el de tipicidad. Esto quiere decir que el Juez se ha de mover solo en el ámbito de los derechos establecidos legalmente y, por tanto, sus decisiones han de estar fundadas en relación con los elementos que surgen de los tipos legales y no en juicios valorativos propios, de ahí la prohibición de la analogía, que justamente implica ir más allá de la valoración que contiene el tipo legal, sobre la base de una valoración ajena a la norma.

Por eso, la interpretación judicial ha de ser siempre una interpretación estricta en el sentido de que no puede ir más allá de la valoración recogida en el tipo legal. El juez, por tanto, no puede utilizar la analogía como fuente de injustos, ni tampoco aplicar una interpretación extensiva o restringida, sino solo estricta. Es decir, por una parte no se puede restringir su labor en el proceso solo a una aplicación del tenor literal de la ley, sino que siempre tiene que considerar al mismo tiempo la valoración implicada en ese tenor literal y que es la que le da sentido y significación; pero, por otra parte, no puede apartarse de esa valoración que le da valor al tenor literal e incorporar arbitrariamente sus propias valoraciones o prejuicios; ello no contradice los principios garantistas materiales del Derecho Penal, que dan una nueva

perspectiva a los principios garantistas formales, sino que, la complementan recíprocamente lo es que resulta esencial para la labor del Juez en el proceso.

La prohibición de la analogía derivada del principio de determinación de las disposiciones punitivas o principio de taxatividad o tipicidad, viene a señalar que el Juez no es un creador del Derecho, el único creador del derecho, y de las normas sancionadoras, es el pueblo por medio de sus representantes. Ni el derecho, ni las penas son producto ni de los juristas, ni de los jueces, ni de ningún otro iniciado o iluminado, sino solo de un proceso estrictamente democrático.

Se ha de rechazar la práctica de iniciar querellas que se refieren a hechos que no tiene una consecuencia penal, sino únicamente civil, mercantil, etc., pues ello pone en marcha innecesariamente al Derecho Penal y no hay duda de que el Proceso Penal es ya una fuente de violencia y restricción de derechos y libertades para una persona. Por eso, también si ha resultado necesaria una investigación para determinar la procedencia o no de la querella, sin que se llegue a una determinación de las características del hecho punible, ha de abandonarse la práctica de simplemente sobreseer temporalmente, pues ello sigue dejando la sospecha sobre un ciudadano, a pesar de que no se da la tipicidad, y de ahí que ha de dictarse un sobreseimiento definitivo.

También es un principio de carácter formal la irretroactividad de la ley penal, que consagra tanto la Constitución Política como el Código Penal.

El principio de autonomía ética deriva de la dignidad de la persona, base de la responsabilidad y consiguientemente de la exigibilidad. La persona no es un ente dependiente del Estado ni sometido a su tutelaje, sino que tiene autonomía ética, esto es, tiene capacidad de respuesta propia, toda persona por ser tal tiene el reconocimiento de su capacidad de respuesta, su quehacer se basa en sus respuestas frente a sus necesidades. Ahora bien, la posibilidad de exigir una respuesta determinada por el Estado implica que este le ofrezca y desarrolle las condiciones necesarias de respuesta. Por eso responsabilidad es siempre exigibilidad, esto es,

la cuestión es saber que puede exigir el Estado como respuesta específica de una persona determinada.

El principio de la autonomía ética de la persona, por una parte, ésta en relación con la presunción de inocencia, y, por otra, con el principio *in dubio pro reo*. El primero relaciona la posición de la persona durante todo el proceso y, por tanto, con la actitud que han de tener todos los operadores del proceso con el presunto culpable. El segundo con la actitud que ha de tener el juez al momento de resolver conforme a los medios probatorios a su disposición.

La autonomía ética de la persona obliga al juez y a los demás operadores del proceso a excluir toda suerte de estigmatización del presunto culpable, pues ello afectaría su autonomía ética e implicaría por anticipado la exigencia de una determinada respuesta, lo cual solo puede darse al momento de la sentencia. Por otra parte, el hecho de que la responsabilidad es exigibilidad, esto es, que es lo que puede exigir el sistema de la persona, implica analizar y tener en cuenta qué condiciones ha desarrollado el sistema para posibilitar tal respuesta, obliga a que el juez examine en profundidad todas las circunstancias personales y sociales en que ha actuado la persona, y en ese sentido, ese es el fundamento del principio *in dubio pro reo*.

Esto significa además, que el Juez nunca ha de aplicar la prisión preventiva como una pena anticipada y que debe estar en función estricta del aseguramiento del curso del proceso y tener por tanto un plazo corto prudencial. Ahora bien, todos estos principios garantistas solo se pueden plasmar en un proceso garantista y **en este sentido sólo un proceso que sea la plasmación de los principios garantías procesales de oralidad, inmediatez y publicidad, podrá dar realidad a los principios garantistas de todo el sistema penal**¹⁵¹.

¹⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan., “*OBRAS COMPLETAS*”, Tomo II, ARA Editores, Perú 2005, pp. 762

3.4 La Historia de la Teoría General de Sistemas

Los diferentes actores que confluyen e interactúan en la procuración e impartición de justicia penal, así como en la seguridad pública en general, muestran diversas características que los hacen aportar efectividad o ineffectividad al proceso completo, entregando así su participación para la construcción de la calidad del producto final esperado. Estos componentes de un todo interactúan constantemente entre sí y, sin duda, influyen en los otros, así como estos últimos influyen en los primeros, modificando los productos parciales y, en consecuencia, el producto final de todo el proceso. Esto puede suceder con pleno conocimiento de los interactuantes, pero en muchos casos no deseados se llega a desconocer tal influencia y las modificaciones que ésta produce, perdiéndose así el control de la calidad del producto consecuente, y padeciéndose sus consecuencias, sea esto parcial o total.

Esto también se hace presente en tratándose de las calidades y cantidades de diferentes elementos que conforman el interior de los actores mencionados (policía, ministerio público, jueces, instituciones de readaptación social, otras áreas institucionales relacionadas con éstos, e inclusive la sociedad), cuyas eficiencias o ineficiencias resultan en la calidad del producto que aportan al proceso.

Prácticamente encontramos, por ejemplo, que la calidad del trabajo de investigación que puede llevar a cabo la policía judicial o la policía investigadora, como auxiliar del Ministerio Público, tiene mucho que ver en la calidad parcial y final de la integración y conclusión de la Averiguación Previa que integra este último. Ambos casos determinan, en gran medida, la calidad de la actuación del Juez que tome conocimiento del caso a partir de la consignación de la investigación ministerial. En lo particular (hacia el interior de cada uno de los actores), por ejemplo, en el caso del Poder Judicial la capacidad de su personal, la suficiencia y calidad de los recursos de instalaciones y materiales, la normatividad legal y administrativa, etc. Si alguno o algunos de estos elementos no funcionan adecuadamente, no se logra integrar la consecución de los resultados parciales del proceso o a la sentencia misma y el resultado final de la intervención no será el esperado o, inclusive, será francamente contrario a lo esperado.

Sin duda, resulta necesario que cada uno de los elementos de efectividad para la consecución del objetivo de la seguridad pública en general y de la procuración e impartición de justicia penal en particular, funcione eficientemente, pero más aún, que su funcionamiento reconozca las interrelaciones e influencia recíproca con los demás elementos, así como fortalezca estas interrelaciones para lograr la actividad total e integrada, como la única forma de cumplir la meta planteada.

La *Teoría General de Sistemas* puede ser la base del desarrollo moderno de análisis sobre los elementos que componen los sistemas jurídicos y judiciales y particularmente los sistemas penales.

En su obra *Teoría General de Sistemas*, editada por primera vez en 1968, Ludwig Von Bertalanffy¹⁵², introduce este nuevo concepto como un nuevo paradigma en el pensamiento científico de la época, que había penetrado en muy diversos campos científicos y tecnológicos en los que incluso se tornó indispensable. Partiendo del análisis de sistemas, analiza el panorama inmenso y la perspectiva de unidad de visión del mundo.

Reconociendo los complejos agregados en tecnología, urbanización, trabajo social, biología, matemáticas, geografía, ecología, y en tantos otros campos de la vida, que reclamaban y aún reclaman, un acercamiento sintético e integral, en términos de sistemas, para su análisis, comprensión y propuestas de solución a los problemas relacionados.

Posicionado ante un cambio en las categorías básicas del pensamiento, se enfrentaba la necesidad de manejar complejidades, totalidades o sistemas, en todos los campos del conocimiento. Esto implicó una reorientación fundamental del pensamiento científico. Así, se nos presenta un enfoque de análisis que:

- a) Identifica elementos de un todo llamado sistema.

- b) Reconoce interacciones entre ellos.

¹⁵² GONZÁLEZ, Samuel., “*EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y SU REFORMA*”, 2da. edición. Fontamara, México, 2006, p. 39.

- c) Reconoce influencia entre sí y sus consecuentes modificaciones.
- d) Establece que el producto del sistema implica efectividad de cada uno de los elementos, pero también de sus interacciones¹⁵³.

De lo anterior resulta que el sistema es el todo que se ha considerado someter a estudio (para su análisis, comprensión y toma de decisiones), como bien pudiera serlo el sistema de justicia penal. Los subsistemas son una parte del sistema, tal como pudieran ser el Ministerio Público, el Juez o la Policía. Los sistemas colaterales son los que actúan alrededor del sistema, como lo pudieran ser la propia sociedad, el procesado, su defensa, la legislación y el Ministerio Público en sus actividades procesales. Suprasistema es lo que se encuentra como un elemento más amplio que el sistema y al que éste pertenece, como bien lo pudiera ser el Sistema Nacional de Seguridad Pública o el Sistema Nacional de Justicia en lo general¹⁵⁴.

Con esta consideración, si se tratara de estudiar al Ministerio Público, pudiera considerarse a éste como sistema y determinar a sus subsistemas, supersistema y sistemas colaterales. Se trata de un enfoque para analizar y resolver sobre el objeto de estudio, reconociendo las interrelaciones de factores o variables de efectividad hacia su interior y hacia el exterior con el que se relaciona o interactúa, reconociendo tales relaciones y las influencias que éstas producen.

3.4.1 La Teoría de los Sistemas en las Ciencias Sociales

Se consideró que la investigación de los sistemas podía servir de base a un marco más adecuado para hacer justicia a las complejidades y propiedades dinámicas del sistema socio-cultural. Los investigadores señalaban que estaban asistiendo al concepto de sistema como concepto clave en la investigación científica. La elaboración de métodos específicos para la investigación de sistemas era una tendencia general del conocimiento científico.

¹⁵³ González, Samuel., Op cit., p. 40.

¹⁵⁴ Ibídem, p. 42.

Se estaban presentando nuevas y fecundas concepciones y metodologías para estudiar los procesos de autorregulación, los sistemas y organismos con auto-orientación y las personalidades que se auto-dirigen. Todo ello como producto de una búsqueda de nuevos enfoques, de conceptos nuevos y más amplios y de métodos capaces de vérselas con grandes conjuntos de organismos y personalidades.

La aplicación del proceso analítico depende de dos condiciones; la primera es que no existan interacciones entre partes o que éstas sean tan débiles que puedan dejarse a un lado en ciertas investigaciones. Sólo en esta condición es posible deslindar las partes (real, lógica y matemáticamente) y luego volverlas a juntar. La segunda condición es que las relaciones que describan el comportamiento de partes sean lineales; sólo entonces queda satisfecha la condición de actividad, o sea que una ecuación que describa la conducta del total tiene la misma forma que las ecuaciones que describen la conducta de las partes; los procesos parciales pueden ser superpuestos para obtener el proceso total, etc.

Semejantes condiciones no las cumplen las entidades llamadas sistemas, o sea, consistentes en partes en interacción. El prototipo de su descripción es un conjunto de ecuaciones diferenciales simultáneas que son no lineales en el caso general.

Puede ser circunscrito un sistema o complejidad organizada merced a la existencia de interacciones fuertes o interacciones no triviales, es decir, no lineales. El problema metodológico de la teoría de los sistemas es vérselas con cuestiones que comparadas con las analítico-aditivas de la ciencia clásica, son de naturaleza más general.

El enfoque de sistemas ve a un concepto o complejo de conceptos como una entidad compuesta de partículas elementales de los núcleos atómicos, átomos, moléculas, compuestos de molécula compuesta, hasta la pléyade de estructuras que caen entre las moléculas y células, luego células organismos y, más allá organizaciones supraindividuales, todos ellos en interacciones significativas. Existen en ellos estructuras y funciones, orden de partes y orden de procesos.

En las ciencias sociales el concepto de sociedad como suma de individuos a modo de átomos sociales fue sustituido por la inclinación a considerar la sociedad, la economía, la nación, como un todo superordinado de sus partes. Esto trae consigo los grandes problemas de la economía planeada o la deificación de la nación y el Estado, pero también refleja nuevos modos de pensar.

En otras palabras, se estaba frente a sistemas generalizados, con modelos, principios y leyes aplicables a los mismos o a sus subclases, sin importar su género particular, la naturaleza de sus elementos componentes y las relaciones o fuerzas que imperen entre ellos. Pareció, así legítimo exteriorizar una teoría no ya de sistemas de clase más o menos especial, sino de principios universales aplicables a los sistemas en general. Así se presentó la "teoría general de los sistemas", teniendo como tema la formulación y derivación de aquellos principios que son válidos para los sistemas en general.

Lo anterior mostró un escenario en que la modernidad de entonces presentó actitudes científicas de lo que un tanto vagamente se llamó totalidad, es decir, problemas de organización, fenómenos no descomponibles en acontecimientos locales, interacciones dinámicas manifiestas en la diferencia de conducta de partes aisladas o en una configuración superior, etc.; en una palabra, sistemas de varios órdenes no comprensibles por investigación de sus respectivas partes aisladas.

3.4.2 Proceso Evolutivo de La Teoría General de Sistemas

Así, se ponen de manifiesto las metas principales de la teoría general de los sistemas (como lo escribió Bertalanffy):

- ◆ Hay una tendencia general hacia la integración en las varias ciencias naturales o sociales.
- ◆ Tal integración parece girar en torno a una teoría general de los sistemas.
- ◆ Tal teoría pudiera ser un recurso importante para buscar una teoría exacta en los campos no físicos de la ciencia.

- ◆ Al elaborar principios unificadores verticalmente por el universo de las ciencias, esta teoría nos acerca a la meta de la unidad de la ciencia.
- ◆ Esto puede conducir a una integración, que hace mucha falta en la instrucción científica¹⁵⁵.

Existen sistemas cerrados y sistemas abiertos. Los primeros son los que se encuentran aislados del medio circundante, objeto de estudio tradicional de la física ordinaria, en los que se presentan generalmente equilibrios. Ejemplos de sistemas abiertos es todo organismo viviente que se mantiene en continua incorporación y eliminación de materia, constituyendo y demoliendo componentes, sin alcanzar, mientras la vida dure, un estado de equilibrio químico y termodinámico. Tal es la esencia misma del metabolismo. Los sistemas abiertos tienden a ser aplicados a niveles no físicos, como en Ecología, Psicología, Filosofía, etc. Son características de los sistemas abiertos:

- ◆ Constante interacción dual con el ambiente, influencia y es influenciado por él; actúa al mismo tiempo como variable independiente y como variable dependiente del medio ambiente.
- ◆ Capacidad de crecimiento, cambio, adaptación al ambiente y hasta auto-reproducción. El estado actual y final o futuro del sistema abierto no está necesaria ni rígidamente condicionado por su estado original o inicial. Está dotado de reversibilidad.
- ◆ Competencia con otros sistemas.

La comunicación o retroalimentación es otro concepto que también se presenta en los sistemas, tratándose de la regulación de acciones. Si queremos alcanzar un lápiz, se envía al sistema nervioso central un informe acerca de la distancia que nos impidió llegar al lápiz en el primer intento; esta información es retroalimentada al sistema nervioso central para que el movimiento sea controlado hasta que se logre la meta.

La entropía, es el concepto que se pretende indicar que los subconjuntos o subsistemas del sistema en estudio, al no estar naturalmente unidos tienden a separarse, entendiendo a la

¹⁵⁵ *Ibíd*em, p. 45.

entropía como una "medida del desorden". Así también se refiere a la homeostasia o mantenimiento del equilibrio en el organismo vivo, cuyo prototipo es la termorregulación en los animales de sangre caliente.

Llegamos con ello a una concepción que, en contraste con el reduccionismo, podemos denominar perspectivismo. No podemos reducir los niveles biológicos, del comportamiento y social al nivel más bajo, el de las conducciones y leyes de la física.

Ashby, por 1958 esbozó dos caminos o métodos generales posibles en el estudio de los sistemas. Una, ya bien desarrollada en manos de Von Bertalanffy y sus colaboradores, toma el mundo tal como lo hayamos, examina los varios sistemas que en él se dan y ofrece entonces enunciados acerca de las regularidades de los mismos.

Este método es esencialmente empírico. El segundo método consiste en empezar por la otra punta. En lugar de estudiar primero un sistema, luego otro, después otro más, hay que cambiar de extremo, considerar el conjunto de todos los sistemas concebibles y entonces reducir el conjunto a dimensiones más razonables, tal es el método que he seguido recientemente. Se generan por ello conceptos básicos de los sistemas, como sigue:

a) Globalismo: un elemento modifica al otro y por lo tanto se debe reconocer la integralidad.

Verbigracia, las interacciones e influencias entre sí que se presentan en la práctica entre el Ministerio Público y el Juez de conocimiento o, por otro lado, entre las de algunos elementos internos de la policía tales como la selección y formación de su personal con las exigencias para su aplicación a algún operativo en lo particular.

b) Entropía y negentropía:

Se trata de un proceso analítico y no sustancial. Los elementos del sistema tienden a separarse (no interactuar) por lo que resulta necesario esforzarse para mantener interrelación con los elementos: coordinación, complementariedad e integralidad.

Por ejemplo, la necesidad de coordinación entre áreas o instituciones para cumplir algún mandamiento judicial específico: emitido por el juzgador, recibido en áreas administrativas de procuraduría y turnado para su operación a la policía judicial, la que incluso puede requerir información que aparezca en registros de instituciones de Gobierno u organizaciones particulares con la finalidad de localización de alguna persona.

c) Homeostasia: equilibrio entre los subsistemas para la estabilidad y el control.

Por ejemplo, las capacidades instaladas, en sus diferentes rubros de la impartición de justicia penal deben mantener una relación con la cantidad de requerimiento de intervención judicial que presente el Ministerio Público.

d) "Input" o insumo: lo que se introduce al sistema intentando cumplir un objetivo.

Es ejemplo de esto la modificación a las leyes penales y la consecuente necesidad de capacitación en los juzgadores y su personal de apoyo, así como en beneficios para los procesados.

e) "Output" o producto: lo que produce el sistema.

Aprovechando el mismo ejemplo algunas reformas legales producen la liberación de reos o facilidades para la defensa de procesados.

f) Procesamiento o transformación: introducción al sistema de elementos para que produzcan sus efectos modificadores dentro del mismo y hacia el exterior, si esto último fuera el caso, como comúnmente lo es.

Al integrar insumos, como pudiera ser el establecimiento del servicio civil de carrera del Poder Judicial, esto produce efectos en requerimiento de calidad en los jueces que al cumplirse modifican las posibilidades de su aportación profesional al proceso completo.

g) "Feedback" o retroalimentación: reintegración al sistema de las consecuencias de los productos que arrojó al exterior a partir de la función de procesamiento o transformación.

Sentencias condenatorias constantes y justificadas en determinado género de delitos podrían influir en la expectativa de los secuestradores de ser sentenciados, lo que, a su vez, al efectuar prevención, disminuiría las cargas de trabajo judiciales en el procesamiento de esta calidad de delincuentes.

3.4.3 Características Básicas de los Sistemas

Son características básicas en los sistemas:

- ◆ Propósito u objetivo: todo sistema tiene uno o algunos propósitos u objetivos. Las unidades o elementos, así como sus relaciones, definen un arreglo con miras a un objetivo que debe ser logrado.
- ◆ Globalismo o totalidad: todo sistema tiene una naturaleza orgánica, por la cual una acción que produzca cambio en una de las unidades del sistema, con mucha probabilidad deberá producir cambios en todas las otras unidades del mismo. En otros términos, cualquier estimulación en cualquier unidad del sistema afectará a todas las demás unidades, debido a la relación existente entre ellas. El efecto total de esos cambios o alteraciones se presentará como un ajuste de todo el sistema. El sistema siempre reaccionará globalmente a cualquier estímulo producido en cualquier parte o unidad. Hay una relación de causa a efecto entre las diferentes partes del sistema. Así, el sistema sufre cambios y el ajuste sistemático es continuo. De los cambios y de los ajustes continuos del sistema, suelen resultar dos fenómenos: el de entropía y el de homeostasia.
- ◆ Entropía es la tendencia que tienen los sistemas al desgaste, a la desintegración, al relajamiento de los patrones y a un aumento de la aleatoriedad. A medida que la entropía aumenta, los sistemas se descomponen en sistemas más simples. Para Miller, a medida que aumenta la información, disminuye la entropía, pues aquella es la base de la configuración

y del orden. De ahí surge el concepto de negentropía, con la información como medio o instrumento de ordenación del sistema.

- ◆ Homeostasia es el equilibrio dinámico entre las partes del sistema. Los sistemas tienen una tendencia a adaptarse con el fin de alcanzar un equilibrio interno frente a los cambios externos del medio ambiente.

El sistema es un proceso en marcha o un conjunto de objetos que posee una serie de relaciones con sus atributos, estas relaciones pueden darse entre todos los elementos de un sistema, entre sistemas y subsistemas o entre dos o más sistemas. Las relaciones pueden ser:

- ◆ De primer orden: cuando son funcionalmente necesarias unas a las otras.
- ◆ De segundo orden: cuando son complementarias, aumentando sustancialmente el desempeño del sistema.
- ◆ De tercer orden: cuando proceden de redundancia o de contradicción.

Así, podríamos estar frente a relaciones sistémicas de primer orden en el caso de una orden de aprehensión que no puede existir sin el requerimiento al juzgador por parte del Ministerio Público; de segundo orden en el caso del servicio civil de carrera para los jueces en relación a su desempeño y, de tercer orden como pudiera ser el caso de la actividad, sea esta, lícita o no, ética o no, de los defensores en el proceso.

El sistema se caracteriza por determinados parámetros:

- ◆ Entrada o insumo ("Input").
- ◆ Proceso o procesador o transformador ("throughput").
- ◆ Salida o resultado o producto ("output").
- ◆ Retroacción o retroalimentación ("feedback").

En el reconocimiento de un sistema son necesarios cinco pasos (podría considerarse como sistema la procuración impartición de justicia, dado que se requiere modificar para lograr efectividad):

- ◆ Localización de las partes componentes (elementos) que están relacionadas entre sí (entre otros y sólo a manera de ejemplo: Poder Judicial, Poder Legislativo. Ministerio Público, Policía, Instituciones Penitenciarias, todos ellos en el fuero federal, pero también en el fuero común).
- ◆ Identificación del patrón que rige las relaciones encontradas como una red de comunicaciones (entre las partes componentes priva más bien una relación de coordinación que una de obediencia jerárquica).
- ◆ Percepción de una finalidad (objetivo) en el arreglo visto como un todo (adaptación de las normas legales y procedimientos para una mejora en la administración de justicia penal y en la seguridad pública en general).
- ◆ Definición del medio ambiente donde actúan las partes componentes (el País en general reconociendo las diferentes competencias y las condiciones actuales, políticas, sociales y económicas).
- ◆ Establecimiento del ciclo de eventos que identifica el proceso del sistema o ciclo de procesamiento (planeación integral de efectos en los diferentes componentes tanto de la propuesta de reformas como de sus efectos hacia el interior del sistema y en el ambiente en que actúa, incluyendo los medios de control especiales).

El análisis de sistemas parte de la base de analizar el proceso o procesamiento y el análisis del resultado final, para lo que se construye un modelo capaz de explicarlo adecuadamente. Posteriormente, para ser en verdad efectivo, el analista debe seguir los siguientes procedimientos:

- ◆ Definir la necesidad real que debe ser satisfecha.
- ◆ Determinar los objetivos que contribuirán a satisfacer la necesidad real.
- ◆ Verificar las condiciones de restricciones dentro de las cuales el sistema deberá limitarse.

- ◆ Generar sistemas alternativos que pueden satisfacer la necesidad real.
- ◆ Seleccionar las mejores alternativas por medio de un análisis cuidadoso.
- ◆ Implantar las alternativas seleccionadas para ser debidamente experimentadas.
- ◆ Efectuar una evaluación completa del sistema experimentado.
- ◆ Con base en los resultados de las experiencias y del comportamiento, desarrollar las modificaciones necesarias y continuar en ese ciclo hasta que los objetivos hayan sido alcanzados.

Debe ser visto como un conjunto completo y abierto, es decir compuesto de una gran variedad de elementos diversos (subsistemas) que pueden ser organizados en diversos niveles jerárquicos y con interacciones aunque no lineales, entre ellos y con el ambiente mismo... Todo sistema, considerado en el ambiente, debe ser dividido en tres componentes: *input*, proceso de transformación y *output*.

Los sistemas están todos integrados y sus propiedades no pueden reducirse a las de unidades más pequeñas. Así se hace hincapié en los principios básicos de la organización. La actividad de los sistemas supone un proceso llamado transacción, que es la interacción simultánea y recíprocamente dependiente entre componentes múltiples. Las propiedades integrales son destruidas cuando un sistema se descompone, física o teóricamente en elementos aislados. Si bien somos capaces de discernir las partes individuales de un sistema, la naturaleza de un todo siempre es otra cosa que la mera suma de sus partes.

Otro aspecto importante de los sistemas es su naturaleza intrínsecamente dinámica. Sus formas son manifestaciones flexibles y sin embargo estables de los procesos subyacentes. Se hace hincapié, como se observa, en las relaciones en lugar de en las entidades aisladas y, como la visión integral, percibe el dinamismo intrínseco de estas relaciones.

Se resalta que el pensamiento integral debe ser un pensamiento de procesos; la forma se asocia con el proceso, la interrelación recíproca con la interacción y los opuestos se unifican a través de la oscilación. No deja de señalar que una descripción reduccionista de los

organismos tiene validez y puede ser útil, pero resulta peligrosa cuando se le toma por una explicación completa. El reduccionismo y el holismo, el análisis y la síntesis, son enfoques complementarios que, usados con el equilibrio justo, ayudan a obtener un conocimiento más profundo de la vida.

Es relevante lo anterior porque las máquinas funcionan según cadenas lineales de causa y efecto, y cuando se estropean suele ser posible identificar una única causa de la avería. Por el contrario, el funcionamiento de los organismos sigue los modelos cíclicos de flujo de información conocidos por el nombre de circuitos de retracción (por ejemplo, el componente A puede afectar al componente B; el componente B puede influir en el C; y el C, a su vez, puede afectar retroactivamente al A, de suerte que el círculo se cierra). Cuando este sistema deja de funcionar, la interrupción puede estar causada por múltiples factores que pueden amplificarse recíprocamente por medio de unos circuitos de retroacción que son interdependientes.

Muchas veces carece de importancia determinar cuál de estos factores ha sido la causa inicial de la avería. Lo anterior lleva a considerar, por ejemplo, que el intentar identificar una causa única en cada enfermedad es altamente problemático.

La plasticidad y flexibilidad de los sistemas vivientes, mencionadas, dan origen a ciertas propiedades características, tales como el principio de auto-organización, lo que significa que el orden de la estructura del organismo y de sus funciones no le es impuesto por el ambiente sino que viene determinado por el mismo sistema. Los sistemas se organizan a sí mismos, teniendo un cierto grado de autonomía. Se aíslan de su entorno, aunque establecen interacciones con él. Los dos principales fenómenos dinámicos de la auto-organización son la autorrenovación, que consiste en la capacidad de los sistemas vivientes de renovar y recuperar continuamente sus componentes conservando la integridad de su estructura general, y la autotranscendencia, que es la capacidad de superar de manera creativa los límites físicos y mentales en los procesos de aprendizaje, desarrollo y evolución.

Caso extremo de la auto-organización es la reproducción: los organismos llegan, incluso, en vez de sustituir partes dañadas o consumidas, a sustituir todo el organismo, siendo éste el fenómeno de la reproducción, típico de todos los organismos vivientes.

Cada subsistema es un organismo relativamente autónomo, esto se presenta pese a ser simultáneamente un componente de un organismo más grande; se manifiestan en él propiedades autónomas de un todo y también propiedades dependientes de una parte. De este modo la predominancia del orden en el universo adquiere un nuevo significado; el orden en los sistemas es consecuencia de la auto-organización a un nivel superior. Algunos llaman a esto un orden jerárquico.

El nuevo paradigma es una visión holística del mundo, ya que lo ve como un todo integrado más que como una discontinua colección de partes. Existen diferentes niveles de complejidad con diferentes leyes operando en cada nivel. A cada nivel de complejidad los fenómenos observados evidencian propiedades que no se dan en el nivel inferior. Cada nivel superior va presentando las llamadas propiedades emergentes.

El pensamiento sistémico respecto de una reforma a la impartición de justicia penal debiera entonces:

- a) Definir la necesidad que debe ser satisfecha, como lo es la disminución de la incidencia delictiva, con respeto a los derechos de las personas.
- b) Determinar los objetivos, como pudiera ser cuánto es posible disminuir tal incidencia.
- c) Verificar las condiciones de restricciones, como efectivamente lo pudieran ser las capacidades técnicas, los recursos, las condiciones para lograr acuerdos políticos necesarios, la capacidad del personal, etc.
- d) Generar sistemas alternativos que pueden satisfacerla, como pudieran ser esquemas de eficiencia de procesos de policía, Ministerio Público y judiciales.
- e) Seleccionar las mejores alternativas cuidadosamente, poniendo en la mesa de discusión todas las alternativas y no sólo algunas de ellas y reconociendo cuáles de éstas son viables

y cuáles no, así como estudiando y reconociendo sus efectos a partir de los que han producido ejercicios similares llevados a cabo en otros ambientes, como pudiera ser el impacto de una reforma a nivel federal (aproximadamente en el 15% de los delitos que se cometen en el país), o el impacto en una reforma a nivel local (con aproximadamente el 85%) o, en el caso de efectos, los que han producido reformas similares en otros países.

- f) Implantar la o las alternativas, como pudiera ser, de manera escalonada o paulatina, el servicio civil de carrera o mecanismos de control o de formación y evaluación, etc.
- g) Evaluación completa del sistema experimentado, con la previa y necesaria definición y diseño técnico de indicadores e instrumentos de medición, como pudieran ser los de calidad y cantidad de productos de los elementos que conforman el sistema.
- h) Desarrollar las modificaciones necesarias, como pudiera ser en el caso de la capacitación o de la forma de evaluación cualitativa de los juzgadores.
- i) Continuar con este ciclo hasta que los objetivos hayan sido alcanzados, tomando nuevas decisiones en contra de las desviaciones que se identifiquen, por ejemplo en la relación entre los objetivos de la policía y Ministerio Público frente al general de disminución de la incidencia delictiva¹⁵⁶.

3.5 Los Sistemas de Aplicación del Derecho Penal

Al igual que en las últimas décadas del último siglo, también en la primera de este hablamos nuevamente acerca de la *crisis del Derecho Penal* o del *sistema penal*. No se trata sólo de una crisis o -quizás mejor dicho- de una simple crisis, sino antes bien de distintos quebrantamientos e intromisiones, la mayoría de las veces contradictorios en el sistema del Derecho Penal (Derecho Penal adecuado al Estado de derecho), que han modificado profundamente su imagen y frente a los cuales el sistema del Derecho Penal apenas se puede defender coherentemente.

Sólo por mencionar algunos ejemplos: el derecho penal originario partía de la *noción de subsidiariedad* —Derecho Penal como *ultima ratio* de la política social-, aun cuando sin desarrollar claramente o hasta sus últimas consecuencias ese principio, el legislador mismo ya

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 54.

ha condenado a muerte la idea de subsidiariedad. Hoy experimentamos una verdadera inflación de las prohibiciones y mandatos amenazados con pena que parece no tener fin: todas las relaciones posibles entre las personas o entre el Estado y las personas son penalizadas.

En el ámbito del Derecho procesal penal esta imagen se ve de otro modo. Los órganos penales del Estado encargados de realizar el Derecho Penal están colapsados. Soluciones: *principio de oportunidad*, prescindencia del juicio oral y público, ampliación de la admisibilidad del procedimiento directo o por "mandato penal". En parte, la *reparación*, como tercera vía del Derecho Penal, brinda una ayuda, cuando es permitida, para prescindir de la pena o del sistema penal.

También la moda de las dos últimas décadas, de otorgar mayor poder a la víctima de un hecho punible, tanto en el Derecho penal (reparación) como en el proceso penal (participación en el procedimiento, compensación autor-víctima), ha fundado orientaciones político-criminales opuestas en el Derecho penal y en el procesal penal. Los esfuerzos por ayudar a la víctima han conducido, por una parte, a una reducción de la aplicación de la pena y, por la otra, a reclamar la expansión de la pena como solución de los conflictos sociales.

Por último, la aparición de nuevas formas de manifestación criminal (criminalidad organizada, terrorismo, delitos de estupefacientes, Derecho Penal Económico económico, corrupción de funcionarios, Derecho Penal Fiscal o de los tributos, entre otros) han conducido a regulaciones excepcionales en el campo del Derecho Procesal Penal (agente encubierto, personas de confianza, agente provocador a jueces, fiscales y testigos "sin rostro", y a la admisión de medios de prueba, formas de conocimiento de la realidad, otrora prohibidos), situadas, como mínimo, en los límites de un Derecho Penal adecuado al Estado de derecho.

Esto ha sucedido con la sola fundamentación de que un procedimiento penal respetuoso del Estado de derecho sería inapropiado para esclarecer estos hechos punibles o que las investigaciones serían difíciles si tuvieran que llevarse a cabo con los viejos métodos del Estado de derecho. Si pensamos que hemos vivido en la segunda mitad del siglo XX, en la que los derechos humanos fueron desarrollados como fundamento internacional positivo para todas las personas de este mundo (convenciones internacionales, universal o regionales, sobre

la materia), entonces ese panorama se vuelve más incomprensible todavía. Con ese fundamento se pretende ahora estructurar un Derecho Penal Internacional y una jurisdicción penal internacional (esto es, también una política penal internacional y, además, organizar una policía, fiscales y jueces profesionales, representantes del *poder penal* internacional).

3.5.1 Fundamentos del Sistema Jurídico-Penal

Pena estatal significa a la vez *persecución penal pública* (esto es, reacción de oficio frente a la sospecha de que se ha cometido un hecho punible), como regla general con escasas excepciones, y *búsqueda de la verdad* como fin del procedimiento penal y fundamento de la aplicación o de la falta de aplicación de la ley penal. Si no se quiere reconocer directamente un valor idéntico a estos conceptos, no obstante se debe, por lo menos, afirmar que tanto históricamente, como también conceptualmente, existe una implicación entre ellos.

Negativamente, también se podría decir que estos conceptos rectores llevan a la expropiación parcial del poder de la víctima sobre el conflicto social o directamente a la expropiación del derecho del individuo, y a su libre decisión acerca de ese conflicto; el Estado sustituye a las protagonistas principales, que participan en el conflicto real, por medio de su intervención en la solución del mismo, para lo cual intenta alcanzar, por un lado, la confirmación y el cumplimiento de sus normas y, por el otro, la paz social por medio del monopolio de las acciones violentas. Históricamente, ello fue el resultado de una de las modificaciones políticas más grandes de la organización social.

La concentración de todo el poder político en el Estado-Nación (al principio en una sola mano) tuvo como consecuencia la introducción masiva de la pena estatal, tanto como representación de ese poder (concentración de la violencia permitida) como también, por una parte, en cuanto medio para la conservación de ese mismo poder y de la nueva organización social y, por la otra, en cuanto medio para la preservación de la paz entre los súbditos.

Los sujetos de derecho de la anterior organización social perdieron sus derechos políticos esto es, la capacidad y competencia, ejercidas cotidianamente, para decidir los problemas y conflictos sociales de la comunidad- y fueron convertidos en súbditos del portador del poder.

La búsqueda de la verdad, como encarnación y fundamento de la justicia, desplazó al tratamiento público de la causa por parte de los intereses afectados como solución al conflicto social.

Hasta el mismo concepto de "ley" cambió de significado: anteriormente había sido resultado de la vida social —a saber: la costumbre de los socios de la sociedad anterior— y se convirtió en un regla heterónoma de deber para los súbditos, determinada por quien detentaba el poder.

Estas ideas conductoras, que aún hoy dominan en gran medida el sistema del Derecho penal, son resumidas bajo una designación reconocible: *inquisición*. Se trata, cuando menos, de una apropiación parcial de algunos conflictos sociales por parte del Estado, que amenaza al autor culpable con la aplicación de la violencia pública (la pena estatal), como respuesta a su obligación de garantizar la seguridad general de los bienes jurídicos. Esta solución del conflicto social (aplicación de la pena al culpable) es perseguida por el Estado de oficio, por medio de sus funcionarios (policía, fiscalía, incluso los jueces), sin tomar en consideración en primera línea los verdaderos intereses de aquellos que representan el papel principal en el conflicto social.

Esto significa, en el ámbito de la actividad estatal (procedimiento penal), la creación de una justicia jerárquica y burocrática (justicia de gabinete), que en parte existe hoy todavía como uno de los lineamientos del Derecho de la organización judicial (p. ej., las instancias recursivas o la vinculación a la jurisprudencia de los tribunales superiores). Consecuentemente, esa organización trabaja por medio del *derecho de delegación* y del *derecho de devolución*, esto es, el poder penal es transmitido primero hacia abajo, a funcionarios menores y después devuelto, hacia arriba, a los portadores del poder.

Con ello resultaba también consecuente el sistema operativo de los órganos penales, esto es, el procedimiento penal. En lugar de un juicio oral y público, en el cual los afectados luchan

por sus intereses contrapuestos, en caso de que no hubieran hallado una solución consensuada, apareció en escena un procedimiento de investigación pura, a cargo de un funcionario supuestamente objetivo (*el inquisidor*), que buscaba la "verdad", sin influencia de los distintos intereses subjetivos involucrados en el caso -esto es, sin participación del acusado y del ofendido.

Por supuesto, el investigador debía levantar un protocolo de cada acto para que los pasos y las conclusiones de su investigación pudieran ser controlados por sus superiores, por medio de las instancias recursivas (en ocasiones, también de oficio). Naturalmente la Ilustración y después la creación del estado de derecho trajeron una modificación relativamente esencial de este cuadro. Se podría decir que el Derecho penal y el procesal penal actuales tuvieron su origen, en el sentido moderno, en esa época, pues el ejercicio del poder del Estado de penar fue rectificado y reglamentado en ese momento; al igual que todos los poderes del Estado, la pena fue estrictamente limitada por normas jurídicas.

Prohibiciones y mandatos fueron, p. ej., descritos con precisión, como también la reacción del Estado frente a acciones u omisiones contrarias al Derecho; fue nuevamente introducido el juicio oral y público como base del enjuiciamiento penal -con lo cual se pudo restablecer el derecho de defensa— y los legos regresaron a los tribunales penales. Pero más allá de ello, el sistema del derecho penal del nuevo Estado de derecho conservó, en el Derecho continental, los elementos esenciales de la *inquisición*, así como también la nueva organización social mantuvo los elementos capitales de la concentración del poder político en el Estado-Nación.

La dogmática jurídico-penal nos ha ayudado en parte a entender que no todo comportamiento que aparece en el mundo como punible debe ser castigado (merecer pena). Hoy es indiscutible que la autonomía de la voluntad del portador del bien jurídico está íntimamente vinculada con la caracterización del ilícito. El reconocimiento de derechos subjetivos, esto es, la facultad de decidir del individuo (principio dispositivo) ha triunfado en gran medida frente a una exagerada objetivización del bien jurídico como voluntad general o voluntad del Estado, de modo que la mayoría de los bienes jurídicos son actualmente, con escasas excepciones, disponibles para su titular (*nulla injuria est, quae in volentem fiat*).

Así pues, se puede decir que el Derecho penal, como representante del orden estatal, debe ceder en muchos casos ante la disposición del individuo. Naturalmente que el Estado no puede reconocer y tolerar por completo las facultades dispositivas del individuo ("privatizarse" por decirlo así). Prescindiendo de otras condiciones existe para esa disposición, cuando menos, límites temporales. Por ello los penalistas distinguen entre consentimiento del ofendido —en el sentido más amplio— y el perdonar la pena por su parte: el consentimiento sólo surte efectos si él existe ya antes del comienzo de ejecución de la acción.

Además, la imputación del tipo objetivo, como teoría de la adecuación típica del comportamiento, ha traído con ella algunos casos en los cuales no solamente la voluntad, sino también el comportamiento del portador del bien jurídico, representa el papel de excluir la tipicidad.

La estructuración de la pena, acerca lo cual se ha discutido vivamente en los últimos años, es el punto principal de la tensión y, a través de ella, de la política-criminal. Aquí se entrecruzan diferentes movimientos: por una parte, el activismo en favor de las víctimas ha exigido un renacimiento de la función del ofendido para el derecho penal. Aunque muchos de los participantes populares en ese activismo confunden ese movimiento como refuerzo de la pena privativa de libertad o, directamente, de todo el Sistema del Derecho penal, la discusión en la ciencia ha revelado otra imagen.

Inserta en medio de una política-criminal dirigida al autor, que rigió por largo tiempo después de la Segunda Guerra Mundial y que se orientó primero a la prevención especial («socialización») y hoy más a la prevención general, aparece la reparación por el autor, en la forma de composición autor-víctima, como la mejor solución para el hecho punible, por lo menos en algunos ámbitos del Derecho penal (criminalidad menor y media, ¿delitos contra el patrimonio?). Se habla hoy de la reparación como tercera vía del sistema de sanciones del Derecho Penal y se intenta desarrollar a la reparación, una añeja institución del derecho privado todavía vigente, como nuevo instrumentó del derecho penal que por lo menos nos ayude a alcanzar los fines de la pena, en tanto aquella pueda reemplazarla o atenuarla.

En vista de la humanización de la sanción penal se debe decir, con Binding, que la reparación -también en la forma de composición autor-víctima-, como contraefecto frente a una forma de comportamiento antijurídico, es, en ese sentido, completamente preferible a la pena -especialmente a la pena privativa de libertad-: la reparación pretende que el autor se esfuerce por restablecer de la mejor manera posible el mundo tal cual estaba antes de la acción antijurídica (*status quo ante*) -o, en otros casos, tal como él era deseado por el derecho sin el quebrantamiento de sus normas.

Por lo demás, el derecho procesal penal conlleva en sí mismo problemas -número y duración de los procesos penales- que también conducen a la reforma del sistema. Los principios de oficialidad y de legalidad, como ya fue dicho, fueron suplantados en la práctica, al menos en parte, por los principios opuestos. Especialmente el principio de legalidad ha sido considerado jurídicamente superado también en el plano internacional. Incluso en los países en los cuales ese principio rige como basamento de la persecución penal, se le ha concedido al principio de oportunidad, opuesto a él, un ámbito de juego más o menos amplio a través de preceptos jurídicos de disposición, en parte abiertos (máximas dispositivas).

Prescindiendo de ello, el juicio oral y público se ha vuelto cada vez más excepcional no sólo por la aplicación del principio de oportunidad, que por lo menos no conduce a la imposición de una pena o de consecuencias jurídicas similares, sino, ante todo, por las diferentes formas de procedimiento que permiten dejar de lado total o parcialmente al procedimiento principal, tanto por parte de los órganos de la persecución penal -con o sin aprobación del imputado como por parte del acusado. Así, el juicio oral y público está expuesto al riesgo de permanecer sólo como un *símbolo del debido proceso*.

La reintroducción de la autonomía de la voluntad —del afectado, de los órganos de la persecución penal y, por cierto, también de los jueces (homologación)— en el Derecho penal, especialmente relevante en la reparación o en la composición autor-víctima, sobre todo si no sólo la pena, sino también el sistema penal mismo, puede ser sustituido por el sobreseimiento provisional del procedimiento (entre nosotros: clausura del procedimiento principal, *diversión*), no es, sin embargo, una intervención menor en los fines propios de la persecución

penal y del proceso penal, sino, antes bien, todo lo contrario, representa una operación cruenta para ellos.

Por su intermedio resulta completamente reformado uno de los fines más importantes del proceso penal, en tanto él tiene como meta la averiguación y la construcción de la verdad *material*, verdad que resulta reemplazada en muchos casos por una verdad *consensual* (por así llamarla). El valor más elevado que el descubrimiento de la verdad tiene en nuestro sistema penal originario consiste en que ella rige como fundamento del enjuiciamiento justo del caso concreto, por lo menos en el supuesto de imposición de una pena. Las nuevas propuestas político-criminales y las reformas legales se refieren -aunque parcialmente- a los fundamentos del sistema del Derecho Penal, porque ellas, al contrario de propuestas anteriores, prefieren la solución del conflicto de intereses o del conflicto individual por encima del control social directo por parte del Estado o de la pena.

En ello se puede reconocer que las relaciones internas entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, y también entre sistema del Derecho Penal y otros ámbitos del orden jurídico (p. ej., el derecho privado) han cambiado: ahora son vistos de manera diferente los problemas del sentido de la pena y las tareas del Derecho penal, la relación y límites entre pena estatal e intereses individuales concretos, el fin y la tarea del proceso penal, las relaciones entre los sujetos procesales, especialmente entre los órganos estatales y los sujetos procesales privados, y la posición del imputado en el proceso. De allí provienen las dificultades para tomar decisiones que nos muestren un camino seguro y firme, principalmente porque las soluciones no han brindado hasta hoy, en la práctica, grandes resultados.

La meta del descubrimiento de la verdad, como síntesis del enjuiciamiento justo del caso, no es sólo la base de la terrible crueldad y de la horrorosa inhumanidad de la *inquisición*, sino también el fundamento de una limitación real al poder de punir del Estado que nos coloca a todos, frente a ese poder, en una posición que, al menos, es teóricamente igualitaria. Hoy en día experimentamos un embate vigoroso de la *composición* contra la *inquisición* que ha creado una nueva tensión en el sistema penal. Cualquiera que sea la relación de fuerzas entre ambas en los derechos positivos de cada país para la solución de los conflictos sociales subyacentes,

ello no impide ver de qué modo la tendencia hacia la *composición* cuestiona los fundamentos del sistema de Derecho penal.

Esta comprobación nada dice acerca de su bondad, ni nos indica el valor de las propuestas actuales del Derecho Penal que pretenden reemplazar, atenuar o incluso reforzar la pena o la persecución penal. Quizás sea nuestra tarea conformar un verdadero Derecho Penal de varias vías en el cual podamos elaborar distintas reacciones penales y procesales para diferentes casos de criminalidad y renunciar a la fascinación de un sistema de Derecho penal de vigencia general uniforme, con excepciones. De todas maneras los jueces siguen dando misa de espaldas a la sociedad. En latín y de espaldas a la sociedad.

3.5.1.1 El Sistema Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho como Sistema de Garantías

Un sistema penal como sistema de garantías es consecuencia de una política criminal en un Estado Social y Democrático de Derecho. La reacción penal garantiza que otro tipo de reacciones sociales informales, espontáneas, incontroladas de otras fuerzas sociales queden neutralizadas, impidiendo la venganza¹⁵⁷.

Pero sin perjuicio de lo anterior, su formalización garantiza que el tratamiento del conflicto se va a realizar en condiciones de **previsibilidad y seguridad**. Cada uno de los pasos en la dinámica penal esta previsto en la Ley, lo que excluye la arbitrariedad. La persona puede conocer con antelación los movimientos de los mecanismos del Sistema Penal, desde la creación de la norma, hasta el de su aplicación. En el proceso de creación de la norma esta la definición previa de la desviación como delito y la predeterminación de la pena, tanto en su calidad como en su cantidad.

A través de los tipos penales el Estado informa a la persona con precisión sobre las conductas que no está dispuesto a tolerar en la solución de sus conflictos. La aplicación de la norma debe realizarse conforme a un procedimiento preestablecido que ha de concretar los

¹⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan., Op, cit., p. 509

derechos y libertades fundamentales que el ordenamiento constitucional reconocer a la persona.

El Sistema Penal en un orden democrático ha de partir de un presupuesto básico: la dicotomía entre la libertad y el poder. Desde esta perspectiva el Sistema Penal surge como un sistema de trincheras garantistas cuyo objetivo es la exclusión de la arbitrariedad. Se constituye, de esta forma, como la Carta Magna de la persona, y no del delincuente. El castigo penal solo puede surgir de la aplicación de un modelo que excluya la arbitrariedad tanto del legislador en el proceso de creación de la norma, como la del juez en el de su aplicación¹⁵⁸.

Por eso los procesos de criminalización, esto es, lo de creación y de aplicación de la norma penal, debe cumplir condiciones de **validez democrática**. No basta con la promulgación de norma formalmente válidas. Es necesario que en las leyes que formalizan los procesos de criminalización se precipiten principios materiales con sustanciales, al Estado Social y Democrático de Derecho, para que sean también materialmente válidas.

En el procedimiento penal también es constatable una tendencia que bajo el amparo de la búsqueda de la eficacia y el exceso de carga de los tribunales, en último término ha venido a significar una pérdida de garantías para el inculpado. En esta línea cabe inscribir las últimas reformas procedimentales introduciendo procedimientos llamados abreviados y dentro de ellos, la posibilidad en la práctica de llegar a acuerdos. Estos procedimientos chocan frontalmente con principios garantistas básicos, como la oralidad, y publicidad del proceso en tanto que se realizan con prudencia y discreción y también con el principio de legalidad, en tanto que la decisión no está decidida conforme al Derecho Penal material, sino por la valoración oportunista del estado del procedimiento, sin perjuicio de que el que se niegue a cooperar se puede ver expuesto a un tratamiento más duro, con lo que se vería lesionado el principio de igualdad.

¹⁵⁸ *Ibíd*em, p. 510

3.6 Los Sistemas Penales

Los Sistemas Penales son estructuras lógicas sustentadas en presupuestos filosófico-dogmáticos que sirven para analizar conductas que lesionan bienes jurídicos fundamentales con el fin de determinar si son o no constitutivas de delito¹⁵⁹. Se distinguen dos aspectos fundamentales de los sistemas: el sistema como estructura de análisis y el sustento filosófico-teórico en el que sustenta su desarrollo.

Como estructura de análisis, desde finales del siglo XIX se convino en una estructura de tres categorías o escalones: conducta típica, antijurídica y culpable. Dicha estructura tripartita ha permanecido hasta nuestros días y la evolución de los sistemas (clásico, neoclásico, final de acción y funcional) se ha reflejado en la modificación del contenido de cada categoría. Por ejemplo, el tipo del sistema clásico se conformaba exclusivamente con el tipo objetivo, mientras que en el sistema final de acción el tipo requiere del tipo objetivo y del tipo subjetivo (dolo o culpa) y en el sistema funcional el tipo requiere del tipo objetivo delimitado con los criterios de imputación al tipo subjetivo¹⁶⁰.

De mayor importancia es el cambio de los fundamentos político criminales, filosóficos y dogmáticos en cada sistema. Así, por ejemplo, para los sistemas clásico y neoclásico un resultado solo era atribuible a una conducta cuando se podía demostrar científicamente el nexo causal; empero, con la nueva teoría de la imputación al tipo objetivo del sistema funcionalista se puede atribuir un resultado a una conducta sin demostrar plenamente la causalidad o por el contrario, se puede excluir la imputación de un resultado causado por una conducta cuando la acción se ha realizado conforme a lo preceptuado por la norma y entra dentro del riesgo permitido.

La trascendencia práctica del sistema aplicado para el análisis del hecho se puede observar como verbigracia en el proceso “contergan” en Alemania y el caso del “aceite de colza” en España. El proceso contergan se sustentó en la acusación contra los responsables de la producción de un medicamento que al ser ingerido por mujeres embarazadas produjo, presumiblemente, lesiones al feto, que se manifestaron después del nacimiento como

¹⁵⁹ DÍAZ ARANDA, Enrique., *“PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL”*, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005. p. 13.

¹⁶⁰ DÍAZ ARANDA, Enrique. Op. cit. p. 21.

malformaciones permanentes y en muchos casos habían culminado con la muerte del niño. En el llamado caso del aceite de colza, tras el uso domestico de una determinada modalidad de aceite, se observa repetidamente la presencia de una enfermedad desconocida en los consumidores de aquella.

Este aceite había sido sometido a diversas manipulaciones contrarias (varias de ellas) a las normas vigentes en materia de alimentación. Sin embargo, tras reiterados análisis, sigue desconociéndose la virtualidad real de cada uno de tales procesos, en relación con las muertes y lesiones producidas al consumir el aceite tóxico. En ambos casos las pruebas científicas (periciales) no demostraron plenamente la relación causal entre la conducta (omisión de los empresarios) y los resultados (en el proceso contengan las malformaciones de los recién nacidos o sus posteriores muertes en el caso del aceite de colza las lesiones y las muertes de los consumidores).

Si el Tribunal Supremo Alemán o el Tribunal Supremo español hubieran aplicado las teorías causales del sistema clásico o el neoclásico, no se habrían podido fundamentar la responsabilidad de los procesados y habrían sido absueltos; sin embargo, aplicando la teoría de la imputación objetiva del resultado del sistema funcionalista, sostuvieron que se podía atribuir los resultados a la omisión de los empresarios y, conforme a ello, los condenaron.¹⁶¹

3.6.1 El Sistema Clásico y El Neoclásico (Causalismo)

El Sistema Clásico (Franz Von Liszt y Ernest Beling) se sustentó en el naturalismo positivista predominante en el siglo XIX, el cual quería someter a las ciencias del espíritu al ideal de exactitud de las ciencias naturales reduciendo consiguientemente el Sistema del Derecho Penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables¹⁶². Dichos criterios solo pueden ser, o bien factores objetivos del mundo externo o procesos subjetivos psíquicos-internos, por lo que desde ese punto de partida lo que se ofrecía era precisamente una división del sistema del derecho penal entre elementos objetivos y subjetivos.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 35

¹⁶² *Idem*.

A partir de lo anterior, Von Liszt analizó de manera sistemática al delito tomando como base a la distinción entre hecho injusto y culpabilidad. El injusto se conformaba exclusivamente de caracteres externos objetivos de acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la culpabilidad.

Tanto el sistema clásico como el neoclásico (Edmund Mezger) sustentaron el análisis de la conducta en las teorías causales (teoría de la equivalencia de las condiciones y teoría de la causalidad adecuada, respectivamente) y por esta razón se les ha denominado en México como Causalismo. Empero, en estricto sentido, el Causalismo solo es una teoría para el análisis de la conducta dentro de todo el sistema de análisis del delito. En otras palabras, las teorías causales solo se utilizan en el análisis de la primera categoría o nivel (conducta típica) dentro del sistema clásico o neoclásico, cuya estructura consta de tres categorías (conducta típica, antijurídica y culpable)¹⁶³.

Por cuanto al análisis subjetivo del delito, tanto en el sistema clásico como en el neoclásico, el dolo se trato en la culpabilidad. En el sistema clásico el dolo se consideró como la culpabilidad misma (fundamento puramente psicológico), mientras que en el sistema neoclásico solo era un elemento de la culpabilidad (fundamento psicológico-normativo).

3.6.2 El Sistema Final de Acción

Aproximadamente en 1940 Hanz Welzel expuso en toda su extensión el llamado Sistema Final de Acción, el cual tiene un fundamento lógico-objetivo o lógico-material, cuya característica principal es la atención en la finalidad que ha guiado la conducta del sujeto para la lesión del bien jurídico tutelado.

Así mientras que en el sistema clásico y neoclásico el análisis de la conducta consistía fundamentalmente en establecer la relación causal entre la conducta y el resultado, en el sistema final de acción era necesario, además, atender al fin que había perseguido el autor al

¹⁶³ Idem.

realizar su conducta. De ahí que en el sistema final de acción el análisis del tipo no solo consistía en el examen del tipo objetivo (empleando las teorías causales) sino también el tipo subjetivo (dolo o culpa).

Con la inclusión del dolo en el tipo penal, el sistema final de acción permitió un mejor análisis para los supuestos de tentativa, pues desde el examen de la conducta que no había producido la lesión del bien jurídico tutelado, pero si lo había puesto en peligro con la intención del autor de lesionarlo, se podía sustentar el delito doloso de acción en grado de tentativa.

En cambio, con la estructura de análisis del sistema clásico y neoclásico, el estudio de los supuestos de tentativa era incongruente, pues la conducta tentada no causa ningún resultado y por ello no se puede imputar a ningún tipo en particular (piénsese, por ejemplo, en la conducta de tocar el hombre de una mujer ¿es típica?); sin embargo, pese a que no estaba fundamentada la conducta típica, se proseguía con el análisis de la culpabilidad para determinar el dolo que había guiado a la conducta del autor siguiendo con el ejemplo, si el tocamiento era el primer acto de ejecución para someter a la mujer con el fin de violarla).

Realizar un análisis como el anterior significaba atender primero a la conducta típica y, sin haber fundamentado su tipicidad ni analizar su antijuridicidad, pasar de inmediato a la culpabilidad para analizar el dolo, cuya constatación conllevaría a regresar al análisis del tipo y volver a la secuencia tipo-antijuridicidad-culpabilidad.

Baste lo anterior para mostrar el problema lógico-sistemático del análisis de la tentativa en los sistemas clásico y neoclásico y la mejor solución sistemática ofrecida por el finalismo, con el cual se permitía el análisis conjunto de los elementos objetivos del tipo y atender al tipo subjetivo para sustentar el dolo del sujeto activo y, una vez sustentada la tipicidad de la conducta dolosa en grado de tentativa, proseguir con el análisis de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Con lo desarrollado hasta ahora podemos sostener que en el sistema clásico se analizaba el tipo objetivo (conformado por todos los elementos perceptibles a través de los sentidos) al cual se adicionaron los elementos normativos en el sistema neoclásico (aquellos que requieren de una valoración normativa), enseguida se proseguía al análisis de la antijuridicidad y, una vez constatada la ausencia de causas de justificación, se proseguía con el examen de la culpabilidad, en particular del dolo. En suma, en los sistemas clásico y neoclásico el dolo era objeto de estudio en la última categoría de la teoría del delito: en la culpabilidad.

En cambio, en el sistema final de acción, el análisis del delito se inicia con el tipo objetivo (elementos objetivos y normativos) y el tipo subjetivo (dolo o culpa) seguido de la antijuridicidad y, por último, la culpabilidad; en otras palabras, el examen del dolo se realizaba en la primera categoría o escalón: el tipo, y después se pasaba al análisis de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Los Sistemas Penales indican el orden sistemático en los que se debe analizar un supuesto de hecho, en otras palabras, con los sistemas se sabe que analizar primero y que después. Desde la perspectiva anterior, la reincorporación del cuerpo del delito en la legislación mexicana con la reforma de 1999 solo significa que todos los elementos objetivos del tipo penal (tipo objetivo y subjetivo, dispuestos con la reforma de 1994) se restringen a los elementos objetivos del tipo (tipo objetivo).

Sin embargo, aun con dicha restricción sigue vigente la sistemática del finalismo, porque después del cuerpo del delito (tipo objetivo) se coloca al dolo y la culpa (tipo subjetivo) antes de la antijuridicidad (ausencia de causas de licitud o propiamente de justificación) y de la culpabilidad. De otro modo, si por causalismo se entiende sistema clásico y neoclásico, entonces la reforma de 1999 solo habría significado volver al causalismo si después del cuerpo del delito (tipo objetivo) se hubiera ordenado la constatación de la antijuridicidad (ausencia de causas de justificación) y se ordenara dentro de la culpabilidad la comprobación del dolo y la culpa.

Por ende, desde la reforma de 1994 y pese a la reforma de 1999, sigue vigente la sistemática finalista. Como la estructura de análisis del sistema final de acción ha sido adoptada también por el funcionalismo, entonces el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales puede considerarse como un precepto procesal de tendencia finalista o funcionalista. Sin embargo, la adopción de uno u otro sistema dependerá de cada intérprete o dogmático, lo cual puede implicar llegar a diferentes conclusiones dadas las diferentes bases filosóficas y dogmáticas de cada sistema.

Lo anterior indica que el legislador penal de 1999 pretendió erradicar posturas doctrinales de la ley: empero, después de la reforma volvió a adoptar la estructura de la doctrina que tanto repudio: el finalismo. El fondo de la reforma se sustenta en disminuir la carga probatoria del Ministerio Público para obtener una orden de aprehensión y para que el juez pueda dictar un auto de formal prisión con pruebas mínimas.

El grado probatorio (indicios o prueba plena) de los elementos del delito no es una cuestión que determinen los sistemas penales (clásico, neoclásico, final o funcional) sino es una decisión político-criminal que adopta el legislador en los códigos procesales de cada país. En consecuencia, si con la reforma de 1999 se quiso reducir la carga probatoria del Ministerio Público para obtener con facilidad una orden de aprehensión o para dictar un auto de formal prisión por el juez, entonces nuestro legislador se equivocó al considerar que el problema del grado de prueba durante el procedimiento penal corresponde a la dogmática penal.

3.6.3 El Sistema Funcionalista

El funcionalismo es una corriente metodológica que se desarrolla básicamente en la segunda mitad del siglo XX (R. K. Merton, T. Parsons) y que se extiende por los ámbitos de la antropología, la sociología, la psicología, la política, alcanzando incluso al Derecho¹⁶⁴.

El funcionalismo encuentra un precedente remoto en el organicismo del siglo XIX y su raíz, más próxima e inmediata, en el pensamiento sociológico de E. Durkheim. El método funcionalista se propone como objetivo la comprensión y explicación de las estructuras sociales, no a partir de su origen histórico y de sus peculiaridades espaciales (geografía) y temporales, sino tomando como punto de partida la observación, análisis y estudio de las funciones que realizan las estructuras sociales dentro de la sociedad o en parte de ella.

Son las teorías de N. Luhmann y G. Jakobs las nos ofrecen una sinopsis sobre la significación del funcionalismo en el pensamiento jurídico.

3.6.3.1 Pensamiento Sistémico de N. Luhmann

A) *El proyecto científico de Luhmann*

La pretensión de Luhmann en su *Systemtheorie* es la continuación y actualización crítica del funcionalismo estructural de T. Parsons. Construir una *Teoría de la sociedad*, completa y exhaustiva, de carácter interdisciplinar -y dentro de ella una Teoría del Derecho- sirviéndose como instrumento metodológico de la *teoría de los sistemas*¹⁶⁵.

El intento de Luhmann cristaliza en una visión deshumanizada y tecnificada de la sociedad cuyos rasgos fundamentales son:

¹⁶⁴ MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “EL FUNCIONALISMO EN EL DERECHO: NOTAS SOBRE N. LUHMANN Y G. JAKOBS”, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. S. 2007, p. 365

¹⁶⁵ MONTORO BALLESTEROS, Alberto, Po, cit. p. 366

1. *La complejidad social*

Se trata de la *complejidad de la sociedad actual* en cuanto sistema, en la cual el hombre aparece situado ante un amplísimo horizonte de posibilidades de actuación con la consiguiente perplejidad y dificultad para elegir, lo cual supone contingencia y riesgo.

2. *La limitación de la razón humana*

La natural *limitación de la razón humana* (*imbecillitas*, en su sentido clásico) para reducir por sí misma la complejidad del mundo.

3. *El sistema como instrumento cognitivo*

Nos referimos al recurso a la *idea de sistema* como instrumento (aparato técnico) para posibilitar la comprensión del mundo y la reducción de su dramática complejidad, haciendo posible la orientación y actuación humanas, puesto que el sistema -los sistemas normativos- permiten construir expectativas estables, sólidas, sobre el comportamiento de uno mismo y del de los demás.

B) *Teoría de la sociedad*

Luhmann -haciéndose eco de los nuevos avances de la ciencia (física, biología, cibernética, neurofisiología, etc.)- entiende la *sociedad* no como una suma de individuos sino como un *sistema* (totalidad de estructura sistemática), integrada, a su vez, por una pluralidad de *subsistemas* que tienen su propia estructura y autonomía.

Los sistemas están formados de elecciones sucesivas y referidas entre sí que tienen la función de facilitar la comprensión de la realidad y reducir la complejidad, encontrando soluciones en un mundo cambiante. El núcleo central de los sistemas está constituido por la “*comunicación*”, que supone no sólo el intercambio lingüístico sino también el de la acción. Los sistemas son pues medios de comunicación (*en ello radica su racionalidad*) que aseguran

en su ámbito la transmisión de la complejidad reducida realizada por dichos sistemas, según un esquema binario (verdad-falsedad, lícito-ilícito, etc.)¹⁶⁶.

Los sistemas constituyen estructuras de todo tipo -familias, empresas, sociedades, iglesias, estados- integradas por acciones concretas que para mantenerse y subsistir en *su medio ambiente* han de resolver multitud de problemas.

Para Luhmann, inspirándose en las teorías biológicas (H. Maturana), los sistemas se caracterizan por las notas de *autoreferencia* y *autopoiesis*.

- La *autoreferencia* alude a la distinción entre el sistema y su entorno, viendo en el sistema un todo cerrado en donde todas sus operaciones y elementos aparecen referidos a sí mismos.
- La *autopoiesis* (autoproducción) significa que los sistemas sociales, igual que los sistemas psíquicos y orgánicos, tienen la capacidad de producir, ellos mismos, los elementos que los integran, construyendo su propio espacio de operación y reducción de la complejidad

De acuerdo con lo anteriormente indicado la sociedad, compuesta por sistemas de comunicaciones, puede diferenciarse progresivamente, reduciendo su complejidad, en diferentes subsistemas sociales tales como la economía, la política, la religión, la educación... y el Derecho.

C) *Teoría del Derecho*

En la teoría sistémica del Derecho Luhmann distingue tres nociones o categorías fundamentales: el sistema jurídico, los derechos fundamentales y la justicia.

1. *El sistema jurídico*

Luhmann concibe el Derecho como un subsistema específico del complejo sistema social, definido básicamente por la nota de *positividad*, y que se diferencia funcionalmente de los otros subsistemas sociales (económico, moral, político, etc.) por su específico entramado de

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 367

comunicación consistente en su propio sistema binario -distinción entre lo jurídico (*Recht*) y lo antijurídico (*Unrecht*)- capaz de establecer y fijar determinadas “expectativas normativas de conducta”¹⁶⁷.

Estas expectativas de conducta deben ser generalizadas en tres dimensiones:

1. *Dimensión temporal*: Conservación de las expectativas con independencia de que se realicen o no.
2. *Dimensión social*: Institucionalización de las expectativas mediante el consenso.
3. *Dimensión material*: Identificación de los contenidos o materias sobre las que versan las expectativas⁷.

La abstracción y deshumanización del pensamiento sistémico de Luhmann (en relación con él se ha hablado de una “*sociedad sin hombres*”) culmina en la revisión y tecnificación de las ideas de *derechos fundamentales* y *de justicia* que, en cuanto categorías centrales del pensamiento jurídico, aparecen configuradas como imágenes surrealistas.

2. *Los derechos fundamentales*

Para Luhmann los derechos fundamentales no son ya derechos naturales o humanos del individuo, basados en la dignidad humana y otros valores de la persona que el Derecho deba reconocer y proteger (ello es pura metafísica). Para él los derechos fundamentales consisten en piezas o instituciones técnicas del sistema social (estructuras intrasistemáticas) constituidas por un conjunto de expectativas de comportamiento sostenidas por el consenso, y que operan en el sistemas social como filtros y límites técnico-jurídicos frente a la tendencia expansiva del Estado o sistema político, garantizando la diferenciación y la operatividad del sistema jurídico.

3. *La idea de justicia*

Respecto de la Justicia cabe decir que dicha categoría pierde en el pensamiento de Luhmann, como cabía esperar, toda significación ética para quedar reducida a una vaga, fría y técnica cualidad del sistema jurídico.

¹⁶⁷ Idem.

La justicia consiste para Luhmann en la “adecuada complejidad del sistema jurídico” entendido no como conjunto de normas sino como sistema de acción y de experiencia orientado por el Derecho. La justicia constituye así un criterio regulativo, interno al sistema, y referido a la operatividad del mismo, que no debe colapsarse ni bloquearse, permitiendo la adopción de decisiones fluidas y coherentes

III. La concepción funcional del Derecho Penal de G. Jakobs

A) *La conservación de la sociedad como función primaria del Derecho*

La idea central de funcionalismo de Günther Jakobs es la necesidad de que el sistema social (sociedad) funcione adecuadamente y tenga los medios precisos para su autoconservación y autodefensa.

Desde esta perspectiva el Derecho (y de modo especial el Derecho penal que es el que interesa a Jakobs) forma parte del sistema social y tiene como *función primaria el mantenimiento y defensa del sistema social vigente*, dotándolo de cohesión y resolviendo cualquier problema que pueda afectar al funcionamiento del mismo¹³.

Esto es *válido para cualquier tipo de sociedad* y no implica necesariamente desconocimiento o sacrificio de la libertad que sólo puede desarrollarse en el seno de una sociedad en funcionamiento y que, en cualquier caso, depende siempre (nos referimos al problema de la libertad) de la actitud del sujeto¹⁴.

B) *El Derecho como factor de identificación y garantía de la sociedad*

La configuración e identificación de la sociedad (en cuanto sistema de comunicación) se lleva a cabo mediante las normas jurídicas. Éstas son las que, dentro de la dinámica social, permiten saber el significado de los comportamientos de la persona y lo que razonablemente puede esperarse de ella.

Según G. Jakobs dichas normas, en cada momento, no tienen que ser necesariamente como son sino que podrían ser de cualquier otro modo. Esta apertura de Jakobs al relativismo, al nihilismo, incluso, hace que, dado el carácter contingente del contenido de las normas, su confirmación, su validez y eficacia se encomienda, sin más, a una medida de fuerza, a una sanción¹⁶. Ello explica, según Jakobs, que sea fundamentalmente el Derecho penal el que mejor contribuye a identificar y definir el tipo de sociedad de que se trate en cada tiempo y lugar. En este sentido entiende G. Jakobs: “Que la pena máxima se imponga por brujería, por contar chistes sobre el Führer o por asesinato, caracteriza a ambos, al Derecho penal y a la sociedad”.

Desde los supuestos de ese funcionalismo, -sin más fundamentación filosófica que el relativismo y el nihilismo- se entiende que, según Jakobs, el problema social planteado por el delito tenga como única solución la confirmación de las normas del sistema por parte del Derecho penal. La finalidad de éste, entiende Jakobs, no es tanto la protección de “*bienes jurídicos*” como la defensa y garantía de las *normas* que determinan la identidad del sistema¹⁸. Jakobs afirma explícitamente que el “funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”.

Dicha sociedad, siguiendo a N. Luhmann, no es entendida por G. Jakobs desde el punto de vista individualista que ve la sociedad como la obra de sujetos individuales que la crean y la legitiman mediante el contrato (Hobbes, Kant) y dictan sus propias leyes, sino desde la perspectiva de la comunidad, de la sociedad misma (sistema social de comunicación) que genera y garantiza sus propias reglas.

C) *Consecuencias*

Desde la base de esa concepción de la sociedad y del Derecho es lógico que Jakobs entienda:

1. Que siendo el *delito* la negación de la norma la *pena* ha de tener como función exclusiva la confirmación de la norma (en su dimensión externa, formal) sin plantearse el tema de

la dimensión interna, material, de la misma; esto es, el asunto del “bien jurídico” protegido por dicha norma, según el planteamiento tradicional del Derecho penal.

2. La pena aparece pues desprovista de toda función o finalidad psicológico- social o individual (prevención, reducción...). Su única tarea es la confirmación de la norma y, a través de ello, la afirmación y aseguramiento de la identidad de la sociedad en cuanto sistema social.
3. La concepción funcionalista de Jakobs se prolonga en la revisión y replanteamiento de otras categorías centrales del Derecho penal (idea de persona como sujeto del Derecho penal, imputación objetiva, culpabilidad, dolo...), las cuales a la luz de su pensamiento, cobran un aire surrealista, espectral, que nos impulsa, como primera reacción, a llevarnos las manos a la cabeza¹⁶⁸.

D) *Consideraciones críticas*

Al funcionalismo de Jakobs subyace, como único apoyo, según se ha indicado ya, un relativismo, un nihilismo axiológico, ético, en virtud del cual cualquier sistema social existente, por el simple hecho de su existencia, es válido y debe ser protegido mediante el Derecho. Sociedad y Derecho forman un binomio puramente “neutro”, una estructura técnica como la constituida por cualquier mecanismo cuya existencia y funcionamiento es independiente e indiferente a toda exigencia o valoración ética.

Lo anteriormente indicado explica que para Jakobs, la concepción funcional de la sociedad y del Derecho, en cuanto categorías éticamente “neutras”, sean compatibles tanto con una sociedad esclavista (sociedad instrumental) -en la que el esclavo es un objeto, una cosa, pero no una persona; sociedad que posee su propia lógica y dinámica y que puede ser comprendida y explicada funcionalmente-, como con una sociedad de hombres libres (sociedad no instrumental) en la que, según la formulación clásica de Hegel, “el mandato del Derecho (sería) por tanto: sé una persona y respeta a los demás como personas”.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 370

Como se ha podido ver a lo largo de las consideraciones precedentes, la concepción funcionalista de la sociedad y del Derecho de Jakobs tienen como resultado *la conversión del Derecho en un mero instrumento técnico* al servicio del “funcionalismo social”. Lo importante aquí es que la sociedad (con independencia del tipo de sociedad de que se trate) -ya sea autocrática o democrática- funcione y tenga medios de autoconservación y defensa. El Derecho aparece así despojado de toda dimensión o referencia ética (sólo le interesa el valor técnico de la utilidad entendido como funcionalidad) resultando ciego e impotente en relación con el problema de la defensa y cambio de otros valores, en especial de los éticos. Para Jakobs, en sintonía con Kelsen, los problemas axiológicos, éticos, son cuestiones que no competen al Derecho, sino a la Política

3.7 Los Sistemas Procesales Penales

Un sistema procesal es el conjunto determinado o esquemas de regulación, encaminados o dirigidos a realizar un fin específico, en este caso el derecho procesal penal se encuadra como el sistema y al proceso se le confiere el significado antes mencionado, así pues los sistemas procesales son los grandes esquemas de regulación, las grandes alternativas que tiene el legislador al momento de dar vida a un cuerpo o regular la estructura que se manifestará en el proceso¹⁶⁹. En este contexto, es necesario afirmar como lo sostienen Olga Islas y Elpidio Ramírez “*hay una íntima conexión entre el derecho político y el derecho procesal penal*”¹⁷⁰.

A lo largo de la evolución histórica y didáctica, que ha tenido el derecho procesal penal, se han distinguido tres clasificaciones de estos sistemas; el sistema inquisitivo, el acusatorio y el mixto, cada uno de los cuales posee sus propias características. Dichos sistemas han sido adoptados por distintos Estados, de acuerdo a la forma de aplicar el derecho en cada nación, a sus características ideológicas y políticas.

¹⁶⁹ <http://www.buenastareas.com>. marzo de 2010.

¹⁷⁰ ISLAS Olga y Ramírez Elpidio, “*EL SISTEMA PROCESAL PENAL EN LA CONSTITUCIÓN*”, Ed. Porrúa, México, 1979, p. 11.

En ese sentido, parece que la tendencia global, actualmente se inclina hacia el sistema acusatorio, pues para una gran mayoría, éste representa un beneficio superior a las partes involucradas, pues la defensa de sus garantías se traduce de manera notable, además de procurar un proceso que busca una justicia verdaderamente pronta, rápida y expedita.

3.7.1 El Sistema Inquisitivo

El fin del proceso penal es la actuación del derecho penal mediante la declaración como existente o inexistente de la relación jurídica entre el derecho que nace del delito y su correlativo deber de persecución. Este fin es independiente de la forma que el proceso adopte, no lo es, sin embargo, la forma respecto de la concepción que se tenga del derecho penal sustantivo y de los factores políticos y sociales dominantes en cada época.

Cuando se prohíbe la venganza no es por entender la exigencia punitiva como pública sino por rechazar la autorrealización coactiva de cualquier derecho, al ir apareciendo de manera progresiva a los delitos públicos, junto a la acción probada de la víctima se reconoce a todo miembro del grupo el poder de ejercitar la acción en nombre de la colectividad, esto es, la acción popular.

La utilización de este sistema es propio de regímenes despóticos, absolutistas y totalitarios, se le relaciona con la Roma imperial y el Derecho Canónico¹⁷¹. En él los derechos de las partes en especial del imputado, están sobradamente disminuidos. Al Juez se le erige en amo del procedimiento, es la garantía de la imparcialidad y la búsqueda de la justicia; para lograrla se permite toda clase de excesos y aún la actuación de oficio. Al pueblo se le margina de la administración de justicia, esta función es llevada al ejercicio propio de magistrados que representan a Dios, al Monarca o al Emperador, por lo que debe confiarse enteramente en ellos¹⁷².

En ese tenor, podemos decir que esta clase de sistema procesal deviene de ideologías conservadoras y absolutistas, donde se pretende que el Estado sea el único encargado de la administración de justicia, incluso efectuando toda clase de excesos de manera oficiosa. Este

¹⁷¹ ISLAS Olga y Ramírez Elpidio, Op, cit. p. 14.

¹⁷² <http://www.buenastareas.com>. Op, cit.

sistema tiene como rasgos generales que el primer lugar existe un juez que asume una posición activa, puede iniciar de oficio el procedimiento y tiene el deber de impulsarlo, es el juez, investigador, teniendo las partes un rol pasivo pues no disponen del proceso, sino que se someten a él.

Los principios que le informan son de la escritura, el secreto y la no contradicción, entre otros. La búsqueda de la verdad se permite sin importar el procedimiento a utilizar, lo que interesa es poder perseguir a los infieles, asimismo no resulta indispensable que exista la denuncia del hecho, la simple delación es suficiente, con ella se cubre la identidad de quien comunica al investigador el hecho y si resulta necesario, se permite la actuación de oficio; de esa forma se garantiza que todo hecho sea investigado, no importando que al sujeto activo de la comisión de la acción, pueda o no tener conocimiento detallado sobre lo que se le acusa. Este sistema tiene un claro contenido persecutorio¹⁷³.

Bajo ese contexto, cabe recalcar que en esta sistema lo fundamental es la persecución de los delitos, ya sea de manera oficiosa o no, incluso secretamente, por tanto propicia un juicio de manera escrita, pues el juez actúa como aplicador de la norma y de los intereses públicos, sin importar un tanto los excesos de actuación por parte de la autoridad competente, es importante señalar que en nuestro país es el respectivo caso, pues la investigación muchas veces se realiza de espaldas al imputado, así pues el expediente se va formando, asimismo la admisión de la pruebas no amerita intervención alguna de la defensa.

Cabe precisar que el instructor va dando a la investigación el giro que estima corresponde, como no intervienen las partes en las recepciones de las probanzas, pero luego tendrán que referirse a ellas en sus alegatos previos a la resolución final, es indispensable asentar en actas el dicho de los testigos y el resultado de las pruebas recibidas, por ello la escritura sustituye a la oralidad.

De lo antedicho, se entiende que el inculcado en estos procesos, es más bien un objeto de éste y se concluye que la publicidad no es indispensable, se constituye por el contrario en un

¹⁷³ ISLAS Olga y Ramírez Elpidio, Op, cit. p. 15

estorbo. Asimismo el secreto adquiere importancia pues permite a la autoridad competente investigar sin obstáculo alguno por parte de la defensa, al amparo de este secreto es que se puede actuar con total impunidad, dicho sea de paso y cabe señalar que aun nuestro actual sistema de justicia en la mayoría de los estados se regula de esta manera, precisando que la diferencia de este sistema en teoría no debería de brindar tanta protección a las garantías del inculpado, como es el caso de este País, ya que si bien es cierto que tenemos una hegemonía inquisitiva en la República, se debe sumar el hecho que el inculpado goza de más garantías que la propia víctima y ofendido; por ello, la necesidad de la entrada en vigencia del Sistema Acusatorio, quien tiene entre otras bondades el establecimiento y garantía de una igualdad procesal.

Por otra parte, en el Sistema Inquisitivo la defensa pierde toda importancia, ya que el sistema no puede ser contradictorio. Durante toda la instrucción, etapa principal del proceso, el imputado queda a merced de los poderes del instructor. Si no le estaba permitido conocer el contenido del expediente, menos podría ejercer los derechos propios de la defensa. Pero aún al denunciante o acusador le estaba vedada cualquier actuación, es por ello que el contradictorio no puede desarrollarse con base a este sistema, el Juez sustituye al acusador y se constituye en garantía del imputado. La fase de juicio resulta ser una mera formalidad, una vez recopilada toda la prueba se le confiere audiencia a las partes, para que si lo tienen a bien, emitan conclusiones, las cuales no resultan indispensables para resolver, pues siempre el Juez se pronunciará aunque aquéllas no se presenten.

Los sucesivos desajustes en el sistema, unidos a la aparición de aspectos criticables en el mismo –así las delaciones- pero sobre todo la dificultad para los ciudadanos de acometer las labores investigadoras que conducirían eventualmente a ejercitar con éxito la acción penal, y la consiguiente desidia que se produjo en este último aspecto, alertaron a los poderes públicos sobre el peligro inminente de que el Derecho Penal deviniera irrealizable por falta de persecución.

La posterior evolución hacia la oficialidad de la acción penal implica la corrección de este vicio sin conllevar en ningún momento una dejación o traslado del “ius puniendo” al

órgano acusador, ya fuera este el mismo juzgador (sistema inquisitivo), ya otro (fiscal o sujeto privado). la investigación y la persecución de los delitos representan una función pública no abandonada a la iniciativa de los particulares, pero, al mismo tiempo, como el sistema acusatorio, no es atribuida al juzgador, para coordinar ambas existencias –asegurar la persecución y separar las funciones acusadoras y juzgadoras- resulta esencial la creación de un nuevo órgano: el ministerio fiscal, al mismo tiempo se encomienda la repetida persecución ya sea de forma exclusiva (sistema continental francés, italiano y alemán entre otros) ya sea compartida (sistema continental español).

De hecho, los países que lo adoptaron lo hicieron en atención a un doble orden de consideraciones. Por una parte, una concepción pública del derecho penal tal que obligaba al estado a procurar su realización. Por otro, la relegación de los órganos jurisdiccionales a su función estricta y, simultáneamente, la configuración del fiscal como sujeto representativo de los intereses públicos.

La asunción por el Estado de la responsabilidad en el efectivo cumplimiento del Derecho Penal se compadece tanto con un sistema inquisitivo como con uno acusatorio en el que la acusación esté atribuida al órgano oficial en régimen de exclusiva. La pretensión de coordinar esta realidad con el respeto a instituciones consustanciales al principio acusatorio opera –con absoluta independencia de la valoración que merezca- en detrimento de aquella finalidad. y la causa no es otra que el origen ya expuesto de la concepción privatista del derecho que se discute en el proceso.

El equilibrio jurídico necesario para adecuar el tránsito de la concepción del derecho penal al sistema acusatorio exige ineludiblemente la aceptación de una serie de tensiones y la admisión de correcciones justificables en razón de la valoración positiva de la concepción pública del derecho penal y, a la vez, del sistema acusatorio. en este sentido, no debe calificarse como “quiebra” – en la acepción más peyorativa del término- la posible iniciación de oficio por el órgano jurisdiccional de las actuaciones sumariales, cuando no es sino el necesario ajuste en el sistema acusatorio de la no renuncia del estado al “ius puniendi”.

Debe entenderse, asimismo, que la iniciación del proceso penal a través de la denuncia, querrela o atestado, no significa poder de disposición alguno sobre el acto de iniciación del proceso, ni mucho menos sobre el objeto del mismo. El proceso penal está informado por la búsqueda de la verdad material, a diferencia del proceso civil. Esta circunstancia hace imposible que la aportación de los medios de prueba operen de igual modo en ambos procedimientos.

3.7.1.1 Rasgos fundamentales del Proceso Inquisitivo

Este Sistema de procesar penalmente, fue propio de los regímenes despóticos, como ya hemos precisado, encontrando su origen en la Roma imperial, triunfando en la baja Edad Media. Se perfeccionó en el Derecho Canónico (*inquisitio ex officio*) y es en Francia donde este procedimiento alcanza un mayor grado de desarrollo. La ordenanza francesa de 1539 consagraba ya el sistema inquisitivo más o menos con amplitud. Sin embargo, no es sino hasta la ordenanza de Luis XIV, del año de 1670, donde llega a su verdadero perfeccionamiento. Esta ordenanza dividió a la instancia en dos fases; una ante el juez permanente o técnico, unipersonal para las fases de inquisición, y la otra, ante un tribunal colegiado a quien correspondía el juicio y el fallo. Por lo general, el procedimiento se iniciaba de oficio, si bien en ciertos casos, se podía introducir en él, como acusador, el procurador del rey o del señor a quien, conforme a normas de competencia, le correspondía el ejercicio de la acción.

Como máximo exponente del Sistema Inquisitivo, debe mencionarse, en Alemania, a la *Constitutio Criminalis Carolina* del año 1532, que el Tribunal de la Santa Sede Vehme con el mayor rigor aplicó al trámite procedimental; con tal cuerpo legal se restringió la acusación, hasta el grado de llegar a eliminarla.

La *inquisición* es el sistema más próximo temporalmente a nosotros, según el cual el Estado toma en sus manos el conflicto, sustrayéndolo de sus protagonistas de carne y hueso, amenaza contra quien reputa culpable con el ejercicio de la fuerza (la pena estatal, máxima expresión del poder coactivo del estado) y persigue esa solución del conflicto directamente -de

oficio—, con sus propios funcionarios (la policía, el ministerio público, incluso los jueces), sin atención al interés concreto de los protagonistas reales del conflicto¹⁷⁴.

En un proceso inquisitivo el imputado era concebido como un objeto de persecución penal y no como un sujeto de derechos y titular de garantías frente al poder penal del Estado, es decir, se hacía prevalecer ampliamente el interés estatal en detrimento de las garantías del imputado. El principal rasgo del procedimiento inquisitivo radicó en la concentración de las funciones de investigación y juzgamiento en un mismo órgano, lo que resulta incompatible con el derecho del imputado a ser juzgado por un tribunal imparcial¹⁷⁵.

En este tipo de procedimientos la fase de instrucción era central, en la mayoría de los casos las sentencias se fundaban en las pruebas producidas durante la investigación, las cuales no podían ser del conocimiento del imputado, lo que representó una constante violación del derecho de defensa y del principio de contradicción¹⁷⁶.

El Sistema Inquisitivo se funda en los siguientes principios:

- a) La jurisdicción es ejercida invariablemente por órganos permanentes del Estado (magistrados).
- b) Progresiva eliminación del acusador; en la misma persona coinciden el acusador y el magistrado (precedat index ex officio), pudiendo este abrir el proceso de oficio, mediante la eventual presentación de una acusación anónima, produciéndose una disparidad de poderes entre juez-acusador y acusado; se deshecha así el principio acusatorio.
- c) Se otorga al magistrado una potestad permanente.
- d) Por lo tanto, el juez tiene poderes absolutos sobre el impulso procesal y la investigación de la verdad, independientemente de la actitud de las partes.
- e) Se autoriza el uso de tormentos y torturas para extraer la verdad al acusado o los testigos.
- f) El acusado carece total o parcialmente del derecho a la defensa.

¹⁷⁴ “EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO: RESTOS Y PERSPECTIVAS”, COMPILACIÓN A CARGO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE PLANTACIÓN DE LO JURÍDICO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. MÉXICO: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, DIRECCIÓN GENERAL DE LA COORDINACIÓN DE COMPILACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE TESIS. MÉXICO 2008, pp. 4-11.

¹⁷⁵ BARDALES Lazcano Erika, “GUÍA PARA EL ESTUDIO DE LA REFORMA PENAL EN MÉXICO”, 2ª Ed., Ed. MaGister, México, 2009, p. 21.

¹⁷⁶ BARDALES Lazcano Erika, Op, cit. p. 21.

- g) Se hace regla general la prisión preventiva y la incomunicación del acusado.
- h) El procedimiento se desarrolla bajo los siguientes principios: escrito, es secreto y no es contradictorio.

Los rasgos fundamentales que caracterizan al proceso inquisitivo, a pesar de sus diversas manifestaciones, presenta unos contornos más claros que el modelo acusatorio. Se ha dicho, que no ha existido un único proceso acusatorio, sino múltiples formulaciones de la idea del enjuiciamiento basada en la decisión de un tercero imparcial sobre la base de lo alegado y probado por dos partes enfrentadas en un debate contradictorio. Sobre ese elemento identificador, el llamado proceso acusatorio presenta perfiles muy diversos, desde el modo de iniciación al juicio de acusación, la búsqueda de las pruebas, el sistema y la valoración de las pruebas, la eficacia de los actos de investigación, la extensión del derecho de defensa, etc.

El *processus per inquisitionem*, como es sabido, surge entre los siglos XII y XIII, en la Europa medieval, y tiene sus orígenes en la labor de los juristas de la Universidad de Bolonia, así como en los intelectuales de la escuela de Paris, en un momento de recuperación del Derecho romano justiniano y a través de la indudable influencia de la iglesia. Su desarrollo se debe –como la inmensa mayoría de las grandes reformas jurídicas- a que el modelo de proceso inquisitivo, controlado por funcionarios sometidos a una estricta jerarquía, representaba un mecanismo útil y eficaz para la consolidación del poder de gobiernos centralizados, como el paradigma de las monarquías absolutistas en Francia. La protección de los intereses públicos - principalmente aquellos que afectan el poder- no podían quedar en manos de la iniciativa privada del ofendido. Se apreciaba como, en numerosas ocasiones, el ofendido no tenía medios ni interés en la incoación del proceso penal. En muchos ordenamientos jurídicos, la presentación de acusación estaba reservada solo a los sujetos pertenecientes a determinadas clases o estamentos, en otros, el ejercicio de la acusación exigía la previa constitución de una caución, que rara vez podía cumplirse; y, por último, las graves consecuencias que para el ofendido se derivan en caso de que su acusación no diera lugar a una sentencia de condena, hacía que en muchas ocasiones, se prefiriese no incoar el proceso. El poder del monarca requería un sistema de justicia penal más eficaz, eficacia que no se podía hacer descansar sobre la voluntad y posibilidad de cada ciudadano de sostener la acusación. Se introdujo la iniciación del proceso de oficio por autoridades públicas, inicialmente en aquellos asuntos más

graves o que afectaban a los intereses de la Corona, los denominados delitos de lesa majestad; y respecto de aquellos en los que existía una *mala fama* publica contra un sujeto.

En su momento estas reformas del proceso supusieron encomendar la administración de justicia a profesionales, con una formación mucho más elevada que los miembros de las jurisdicciones señoriales o que los miembros de un jurado, tomando muchos de los elementos presentes en el proceso canónico. A su vez, introdujo unas reglas probatorias mucho más evolucionadas que las existentes en los procesos comunales o feudales. Recuérdese que al menos entre el siglo IX y el XII, el sistema probatorio no se basaba en una investigación de los hechos ni en la aplicación a los mismos de un sistema deductivo racional. Los conjuradores, compurgadores, *oath-helpers* o *Eideshelfer* eran ciudadanos que mediante juramento daban soporte o contribuían a sostener el juramento del acusado acerca de su inocencia, basándose en el conocimiento del acusado y la fiabilidad que su palabra les merecía, y no en una valoración de los hechos. Tal sistema de enjuiciamiento se aproximaba a una institucionalización del control social de los comportamientos lesivos para esa sociedad, pues eran los propios miembros de la comunidad quienes, mediante su declaración bajo juramento, establecían los elementos para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. Junto a la intervención de los “compurgadores”, el sistema probatorio se basaba en el duelo y en las ordalías: pruebas a las que se sometía al acusado con el fin de facilitar la intervención divina o invocar el juicio de Dios. Entre las formas de ordalías se encontraba la prueba del agua en la que se sumergía la mano del acusado en agua hirviendo o su cuerpo entero; o la prueba del fuego, en la que el acusado debía andar sobre hierro candente. En todas ellas, se trataba de que los elementos naturales se comportaran de una manera inusual – de tal manera que el acusado no se quemara con el fuego o que el agua hirviendo, o de que sus heridas revistieran determinadas características, o que curaran dentro de un periodo de tiempo determinado-, y con ello, expresaran la intervención del poder divino para demostrar la inocencia del acusado. A su vez las ordalías representaban un sistema objetivado para limitar la arbitrariedad de los grandes señores en un contexto en el que se creía firmemente intervención divina. Ese carácter espiritual de esos juicios, plenamente acusatorio, queda plasmado por el hecho de que en la práctica de las ordalías se requería la presencia de un ministerio religioso. A partir de 1215 en el Cuarto Concilio de Letrán se prohibió la intervención del clero en las ordalías, lo cual

determino el inicio de su declive y coincide en el tiempo con la consolidación del jurado como medio de prueba.

En este contexto, la introducción de unas reglas probatorias, basadas en ciertas racionalidades, como el valor de la confesión o el valor de los testimonios sobre los hechos, suponía un avance a la racionalidad y en contra de las reglas supranaturales. El proceso inquisitivo trajo consigo la regulación de un cause para la investigación de los hechos. Esa investigación se documentaba por escrito –facilitando que tengamos conocimiento pleno de los métodos utilizados en estos procesos-, lo cual solo se había hecho de forma limitada en algunos procesos en las jurisdicciones señoriales, en gran medida porque no era una justicia profesional y en muchos casos porque los particulares eran iletrados y carecían de los medios para llevar a cabo una inquisito. La oralidad para esos procesos acusatorios medievales no era una opción o elección consciente frente a la escritura, sino la única opción posible, que venía acompañada de una importante garantía para el acusado: la posibilidad de la publicidad del juicio.

Como señala Adhémar Esmein, las reglas de valoración de la prueba –no se admitía la prueba por indicios, *ni semiplena probatio*, y la carga de la prueba recaía en el acusador- hicieron que en la práctica fuera muy difícil lograr una condena del acusado. Ello condujo a que cada vez se recurriera con mayor frecuencia al uso de la tortura con el fin de lograr lo *probatio* plena, la confesión del acusado. Aunque la Iglesia inicialmente se oponía al uso de la tortura, a partir del siglo XIII se extendió en los procesos de herejía ante los tribunales eclesiásticos y a la jurisdicción secular.

La tortura ya era aplicada en el Derecho Romano, si bien solo frente a los esclavos, con el fin de hacerle hablar cuando era acusado de un delito, pero también cuando comparecía como testigo. No era admitida, sin embargo, en los procesos contra hombres libres, salvo en los procesos por delitos de lesa majestad.

Dada la ductilidad del modelo inquisitivo, bastaba con extender la categoría de delitos de lesa majestad para utilizar el proceso inquisitivo frente a cualquier desviación de carácter

político o religioso. En la práctica los procesos inquisitivos sirvieron en gran medida para institucionalizar sistemas de persecución por razones políticas y religiosas y para establecer un sistema de terror, con fines ajenos al mantenimiento de la paz social dentro de una comunidad. Si se tiene en cuenta que la mera existencia de *mala fama* (o *fama publica*), permitía instituir un proceso y, por ende, hacer uso de la tortura frente al sujeto sospechoso, es fácil deducir el riesgo que un proceso de estas características suponía para los derechos de los ciudadanos y como este proceso era especialmente apto para ser utilizado abusivamente por las estructuras de poder.

Como rasgos característicos del proceso penal inquisitivo se han destacado, entre otros:

- 1) Se trataba de un proceso incardinado dentro de un sistema jerárquico de poder, que comienza a establecerse cuando existe un poder político centralizado;
- 2) La utilización de diversas formas de coacción, física o psíquica, sobre el acusado con el fin de obtener la prueba y la extensión del uso de la tortura. El acusado es visto como el objeto del proceso, como el elemento del cual obtener la prueba y no como una parte que ocupa una posición activa en el proceso;
- 3) La existencia de una segunda instancia. El recurso de apelación se instaura inicialmente no tanto como una garantía o derecho del acusado, sino como vía para que el superior jerárquico pueda ejercer un control sobre el procedimiento y la ley aplicados por el tribunal inferior (si bien ello podía redundar en una posible garantía para el acusado);
- 4) El fin del proceso era el esclarecimiento de la verdad. Sin entrar a analizar aquí los fines del proceso penal –lo cual necesitaría ser desarrollado en otro trabajo, y no precisamente de poca extensión-, basta con indicar que el proceso inquisitivo se iniciaba de oficio, porque se consideraba que se había ofendido a la Corona y, estando en juego un interés público tan relevante, no podía llegarse a una resolución sin haber previamente dilucidado la verdad. Lo mismo se dice de los procesos de herejía: siendo Dios el ofendido, la decisión no podía basarse sino en la verdad y, por ello, en el proceso debían actuarse todos los mecanismos posibles para el esclarecimiento de la misma. En su momento se defendía que el proceso no comenzaba de oficio sino ante la

existencia de una suerte de acusación pública, *la mala fama* o clamor del pueblo, de tal manera que el juez no se convertía en acusador. A su vez, el proceso en sí, a través de los métodos de coerción física o psíquica, y en particular la confesión, ejercían una función purgadora de la culpa, propiciando el arrepentimiento del acusado.

- 5) La coincidencia en una misma persona de las funciones de instruir, acusar y juzgar. Junto con los crueles métodos para la obtención de las pruebas, este rasgo es, sin duda, el que más críticas merece, pues ataca uno de los pilares básicos de todo sistema de impartición de justicia como es la imparcialidad del juzgador.

Ese sistema en el que el acusado comparecía sin armas de defensa ante un juez inquisidor con enormes poderes era, sin duda, todo menos justo. Mi intención es poner de manifiesto que el hecho de que el juez inquisidor formara posteriormente parte del tribunal enjuiciador no constituía quizás el rasgo más negativo de ese modelo. Dicho de otro modo en un sistema de rígidas reglas probatorias, en el cual el resultado del juicio oral no se basaba en la libre valoración de lo actuado ante el tribunal, dudo mucho que el resultado se hubiese visto alterado por el hecho de que el juez inquisidor se abstuviera de formar parte del órgano colegiado encargado de juzgar. Si el tribunal había de fundamentar la sentencia en la ratificación de lo practicado previamente ante el inquisidor –y en las actuaciones estaban documentadas por escrito-, en la aplicación de las reglas probatorias poco o nada cambiaría ese resultado por el hecho de que el juez inquisidor no participara en el tribunal enjuiciador.

En un sistema de prueba tasada, lo grave no era que uno de los miembros del Tribunal hubiera tomado contacto previo con las pruebas, sino que ante el tribunal enjuiciador no se practicaba prueba alguna ni se valoraba la previamente obtenida, pues el fallo en todo caso no se fundaría en la libre valoración de los hechos. Si el tribunal que juzga no valora las pruebas, lo de menos es que el inquisidor forme parte de ese tribunal o no, pues los resultados, aportados al juicio mediante actas escritas, son los que determinaran el contenido del fallo. Hecha esa precisión, sin embargo, no cabe duda de que el hecho de que el sujeto que sostiene la acusación forme parte del juicio rompe formalmente con la idea básica de la ajenidad que está en la base del concepto de imparcialidad.

Las observaciones anteriores no pretenden, sin más, dar una visión diferente del *processus per inquisitionem* que se desarrollo en la Europa continental medieval, sino poner de manifiesto dos realidades. En primer lugar, que, si bien el juez instructor no participaba en el juicio oral, el resultado del juicio vendría determinado por el valor que se concediera a las actuaciones de instrucción. En ese sentido, el hecho de que el juicio pueda basarse en lo actuado en la fase de instrucción atenta contra la plenitud del derecho de defensa y mina el valor de un juicio oral contradictorio. En segundo lugar, una vez que, por influencia del movimiento de la Ilustración y del racionalismo, se imponen criterios racionales en el proceso y se sustituye la regla de la prueba tasada en un sistema de libre valoración de la prueba, la garantía de la imparcialidad reclama inexorablemente que los jueces responsables de la instrucción no formen parte del órgano que ha de enjuiciar la causa. Haber tenido contacto directo con los elementos de prueba, y haberse aplicado activamente en la búsqueda de los elementos de prueba, impide realizar una valoración neutral de las pruebas; en definitiva, impide presenciar el debate contradictorio sin una idea preconcebida a favor o en contra de una de las partes, por tanto, quiebra el principio de imparcialidad. En un sistema de libre valoración de la prueba, la división entre las funciones de instruir, acusar y juzgar tiene una relevancia muy superior a la que tiene un sistema de prueba tasada, y se convierte en esencial para la imparcialidad del juzgador.

El proceso inquisitivo no es proceso: alcance de esta afirmación, según afirma MONTERO AROCA, un proceso en el que no se respeta el elemento básico de la impartición de justicia, como es la imparcialidad, no puede en propiedad denominarse proceso: el proceso “se identifica de modo esencial con que ante un tercero, independiente o imparcial comparecen dos partes situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, planteando el conflicto para que aquel lo solucione actuando el derecho objetivo”. Siempre según MONTERO, la esencia del proceso radicaría en que el juez realmente sea tercero, independiente e imparcial; si es premisa no se cumple, no estaríamos propiamente ante un proceso, por que hablar de proceso inquisitivo –concluye este actor- es una *contradictio in terminis*. Sin duda, este planteamiento no carece de coherencia interna: si partimos de una determinada definición de proceso –judicial, se entiende-, todo lo que no encaje en esa definición no puede denominarse proceso. Coincido igualmente con el citado autor en que solo un proceso estructurado de manera

contradictoria ante un juez plenamente imparcial cumple con las garantías que consideramos esenciales para obtener un juicio justo. En el momento actual de evolución de los derechos humanos y las garantías procesales fundamentales, no resulta aceptable otro modelo de enjuiciamiento.

No obstante, cabe preguntarse la utilidad de afirmar que todo proceso no acusatorio no es en realidad proceso. Reducir el concepto de proceso al “proceso con las esenciales garantías de imparcialidad” nos lleva a preguntarnos: ¿Cómo hemos de denominar entonces el proceso inquisitivo: como meras “prácticas” inquisitivas, como “cause” de aplicación de la ley, o como “método” –con los calificativos negativos que se quiera- de aplicación de la ley? A su vez, si el único proceso que merece tal nombre es el acusatorio, sería una redundancia o pleonismo hablar de “proceso acusatorio” o proceso contradictorio.

La argumentación de MONTERO AROCA es desde luego original, y entiendo que esa delimitación del concepto tiene la finalidad de resaltar la importancia de respetar un elenco de garantías fundamentales en el desarrollo de la función de *iurisdictio*. Pero, más allá de esto, me parece dudosa la utilidad, y la relevancia, de reducir la noción de proceso al proceso acusatorio. Además de que con ello rompe con una concepción ya muy acentuada en el estudio histórico-procesal, no está claro que esa nueva concepción del término proceso contribuya a resolver los problemas fundamentales que han de abordarse en la comprensión del proceso penal.

3.8 La Figura del Juez de Instrucción

La figura del Juez de instrucción ha sido y sigue siendo objeto de intensas y persistentes críticas; dado que esta figura es tachada automáticamente de sistemas inquisitivos o inquisitoriales, debido a que la instrucción la lleva a cabo un Órgano Judicial, el Juez de Instrucción. La presencia de un órgano judicial en la fase de investigación del hecho delictivo, como sucederá en el nuevo sistema, no tiñe de rasgos inquisitivos nuestro proceso penal.

Es cierto que le proceso inquisitivo extendió la apertura de oficio del proceso, esto es, la posibilidad de que la investigación del hecho delictivo pueda comenzar de oficio sin previa acusación por parte del ofendido. Desde el momento en que la corona o el emperador, en su afán de extender y afianzar su poder centralista, entendieron que la persecución de los delitos incumbía a sus propios intereses y ciertos ilícitos dejaron de ser meros conflictos entre particulares, comenzó el poder público a asumir de oficio la investigación de los hechos delictivos. El proceso inquisitivo convirtió la investigación penal –que debía basarse en la búsqueda de la verdad- en una cuestión pública¹⁷⁷. Sobre ese presente, desde la edad moderna el estado asume –en carácter de monopolio o no- el mantenimiento de la seguridad y la represión de la criminalidad. de tal manera que, ante un hecho delictivo, o más precisamente ante la *notitia criminis*, se abre de oficio, la investigación penal. Esto sucede en todo sistema de justicia penal evolucionado: todo estado moderno pone en marcha de oficio la maquinaria estatal de investigación del hecho delictivo.

Lo negativo en el diseño de un proceso penal no radica en que sea comenzado por una autoridad pública de oficio, sin acusación de un particular. Lo decisivo para la protección de los ciudadanos, y por tanto para minimizar usos abusivos o arbitrarios del proceso, es que la investigación penal no se inicie sin que existan suficientes indicios de criminalidad, con el fin de evitar inquisiciones dirigidas a fines diferentes al esclarecimiento de un hecho delictivo. Históricamente, en el proceso inquisitivo la iniciación, basada en esa acusación difusa identificada con la *fama pública o infamatio*, no atendía a unos determinados indicios de criminalidad. Podía comenzarse el proceso, y en muchos casos someter al acusado a la tortura, sin una base objetiva. la mera iniciación del proceso, decidida por un órgano estatal o eclesiástico –sin los rasgos actuales de independencia-, ya constituía un enorme instrumento de poder y de control sobre la libertad de los ciudadanos.

Puesto que el Estado, a través de su poderosa maquinaria, puede interferir gravemente en la estafa de libertad de los ciudadanos, es preciso que el inicio de toda investigación penal se ajuste a los fines constitucionales y que exista un órgano que controle la legitimidad de esos fines. en el ordenamiento jurídico español, a diferencia de otros países, la investigación de los

¹⁷⁷ BACHMAIER WINTER, Lorena; “PROCESO PENAL Y SISTEMAS ACUSATORIOS”; Marcial Pons, España, 2008, p.25 y ss.

hechos con apariencia delictiva se confía a un juez, quien dirige y controla esa fase previa al juicio. Lo que inicia de oficio es la investigación del hecho delictivo, pero la apertura del juicio oral requiere previa acusación formulada por parte acusadora, y control de la suficiencia de las pruebas para sostener esa acusación. El juez de instrucción se caracteriza –lo cual es una garantía- porque en ningún caso va a juzgar sobre el fondo del asunto que ha investigado.

CAPITULO IV “RASGOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA ACUSATORIO”

4.1 El Sistema Acusatorio debate por su Implementación

La instauración en México de un sistema acusatorio generara problemas de adaptación para todos los operadores jurídicos, incluidos los litigantes. Nos vamos a tener que adecuar al nuevo modelo, fundamentalmente como en distintas cátedras lo ha resaltado la Maestra Cristal González Obregón¹⁷⁸ “*un cambio de chip*”, tanto del Ministerio Público, el Juez, el policía, el perito, y el abogado¹⁷⁹, por lo que no importa si eliminamos las denominaciones de cuerpo del delito y la probable responsabilidad, o si en vez de "un hecho que la ley señale como delito" le llamamos a, b o xy. Lo importante es qué entendemos por eso que ahora se denomina hecho, y con base en ello, qué es lo que le vamos a exigir al Ministerio Público para ejercer la acción penal y al Juez para vincular a proceso a una persona. Deberá quedar muy claro en el nuevo código procesal, con la redacción que decida el legislador, que ese "hecho" incluye a todos los elementos objetivos y a todos los elementos subjetivos del tipo (incluidos los elementos subjetivos del injusto, distintos al dolo). No hacerlo, dará la razón a los críticos de este punto de la reforma, en el sentido de que se pretende volver a la responsabilidad objetiva¹⁸⁰ⁱ.

4.1.1 Iniciativa de Reforma Constitucional

El interés por legislar sobre los juicios orales en el congreso mexicano está íntimamente relacionado con los niveles de inseguridad que se han registrado en nuestra sociedad. En la medida en que han incrementado los índices de criminalidad, han aumentado también las propuestas legislativas relativas a la oralidad, al considerarse esta medida como una acción de mejora del sistema de justicia penal.

¹⁷⁸ Catedrática del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

¹⁷⁹ El cual a mi juicio, constituye el elemento más importante, ya que sin este es envano cualquier esfuerzo.

¹⁸⁰ El Sistema de Justicia Penal en México: restos y perspectivas (2008). compilación a cargo de la dirección general de plantación de lo jurídico de la suprema corte de justicia de la nación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. pp. 4-11, 16-23 Y 75-77.

De las iniciativas presentadas ante el congreso de la unión sobre los juicios orales destacan, de manera particular, las siguientes tres: 1. La formulada por el entonces Presidente de la República Vicente Fox Quezada; 2. La elaborada por el diputado César Camacho Quiroz; y 3. La interpuesta por los diputados Javier González Garza, Alejandro Chanona Hurguete, Ricardo Cantú Garza y otros. A continuación enunciaremos de manera breve el contenido de cada una de ellas, por lo que hace a los juicios orales.

4.1.1.1 Iniciativa del Presidente de la República Vicente Fox Quezada

Este proyecto de ley, presentado ante el senado de la república el 29 de marzo de 2004, se denominó reforma estructural al sistema de justicia penal mexicano, fue el primero en considerar, de manera formal, los juicios orales en el sistema de justicia penal mexicano. Esta propuesta tiene por objetivo principal *"lograr un cambio de fondo que permita concretizar las aspiraciones sociales de justicia y dote de cabal confiabilidad a las instituciones integrantes del sistema de justicia penal federal .con la visión de revertir la percepción actual de la sociedad mexicana, la cual consiste en que los procesos penales son largos, tortuosos y en ocasiones injustos"*¹⁸¹.

Además de la percepción negativa de la sociedad en la impartición de justicia, la iniciativa en comento parte de la consideración de que en el sistema procesal penal *"...persiste la ausencia de los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad de los procesos penales"*. Por tanto, la estrategia de esta iniciativa reside en expedir un nuevo código federal de procedimientos penales (CFPP), que se rija por los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, economía y concentración; es decir, el predominio de la palabra hablada en la audiencia pública.

Congruente con lo anterior, se consigna que la audiencia principal de los juicios se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las argumentaciones de las partes como a las declaraciones del inculpado, al desahogo de las pruebas y, en general, a toda intervención de

¹⁸¹ VÁZQUEZ MARÍN, Óscar Y RIVAS ACUÑA, Israel; *"LOS JUICIOS ORALES EN MÉXICO: ¿CONDICIÓN O ALTERNATIVA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO?"*, REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL. MÉXICO, 2007, VOL. 24. PP. 181.

quienes participaren en ella, contando siempre con la presencia obligatoria del Juez. Con ello se pretende que invariablemente el Juez esté presente en el desahogo de las diligencias y que dicho Juez sea el mismo que emita la sentencia. Con ello, se prevé que las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente por el Juez, debiendo constar en el registro y sin perjuicio de transcribirse posteriormente.

Asimismo, se señala que el juez deberá decidir sobre la responsabilidad penal del procesado en la misma audiencia o en continuación de ésta, a más tardar dentro de las setenta y dos horas siguientes al cierre del debate, cuando la complejidad del asunto lo requiera, (art. 325 del proyecto del nuevo código federal de procedimientos penales).

Otro aspecto que cabe destacar de la iniciativa en comento, es el relativo a los medios alternos de solución de conflictos mediante el mecanismo de la conciliación, el cual podrá instrumentarse durante la averiguación previa por el fiscal y el juez, en cualquier momento del proceso, a través de conciliadores públicos que estarán adscritos a la unidad administrativa que el fiscal general de la federación o el órgano competente del poder judicial de la federación, quienes procurarán la conciliación del imputado y la víctima u ofendido del delito, siempre y cuando se trate de delitos que se persigan por querrela; de oficio, no graves; y, siendo graves, sean de los previstos en el título vigésimo segundo del libro segundo del código penal federal, relativos a delitos en contra de su patrimonio, con excepción del robo con violencia, (art. 260 de la ley en comento)¹⁸².

El conciliador tiene la facultad de presentar propuestas de conciliación específicas. El acuerdo al que lleguen los comparecientes deberá constar por escrito con la firma de los intervinientes, y, durante la averiguación previa, ser ratificado ante el fiscal, e iniciada la competencia judicial, se hará ante el Juzgador (art. 263)¹⁸³. De tal suerte que la instrumentación de medidas alternativas en los procedimientos penales, capaces de lograr la pronta solución del conflicto, constituye uno de los principales aciertos de este proyecto legal.

¹⁸² VÁZQUEZ MARÍN, ÓSCAR Y RIVAS ACUÑA, ISRAEL; Op, cit. p. 186-187.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 199

Un antecedente de la reforma lo constituyó el diagnóstico sobre los derechos humanos en México, que presentó en el 2003 la oficina del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos (oacnudh). Siendo nuestro país uno de los pocos países del mundo en los que las naciones unidas emprendió esa tarea, y es el primer caso en que la misma se realizó con la participación de representantes de organismos civiles y entidades gubernamentales, en el marco de un proceso abierto e independiente¹⁸⁴.

El diagnóstico intentó ser un reflejo de la realidad mexicana. Se trata de una contribución para que sociedad y autoridades identifiquen prioridades y a partir de ello promuevan y desarrollen leyes, instituciones, programas y procesos que permitan evolucionar hacia un estado respetuoso de los derechos de sus ciudadanos. En diciembre de 2000 se firmó un acuerdo de cooperación técnica entre la OACNUDH y el gobierno mexicano, que dio lugar a la primera fase que se ejecutó durante 2001 y consistió en actividades de capacitación relacionadas con la documentación médica y forense de la tortura¹⁸⁵, así como talleres para

¹⁸⁴ “DIAGNÓSTICO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO”, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS; Grupo Mundi Prensa, México, 2003, p. 2

¹⁸⁵ En su informe especial, la comisión interamericana de derechos humanos, emitido en 1998 sobre la tortura en México, señaló: que la comisión seguía preocupada por la práctica de la tortura en México por agentes del estado. durante su visita, la comisión pudo analizar información de numerosas fuentes, acerca de dicha práctica cometida con diferentes fines. por la gravedad que revisten estos aberrantes actos, la CIDH considera oportuno analizar en el presente informe la situación del derecho a la integridad personal en México, específicamente en cuanto a la tortura. numerosas denuncias han sido presentadas por organismos no gubernamentales y particulares, en las cuales se señala que la tortura se sigue practicando no sólo en escenarios extrajudiciales, sino incluso en el marco de las investigaciones judiciales, con el fin de intimidar a los detenidos, autoincriminarlos y obtener sus confesiones. esta situación ha sido constatada igualmente por otras organizaciones internacionales. durante su visita a México, la CIDH recibió información sobre la existencia de una gran desconfianza hacia los policías y recibió quejas sobre su ineficacia, corrupción, aprehensiones arbitrarias y torturas. la CIDH da la mayor importancia a los reclamos que ha recibido sobre la tortura en México. sobre la base de su rica experiencia continental, la cidh desea señalar que en el combate permanente contra el flagelo de la tortura, es esencial que los tribunales no den *ningún valor probatorio a confesiones extraídas bajo tortura, y que sancionen penalmente a los culpables. la cidh tiene conocimiento que la comisión nacional de derechos humanos ha efectuado numerosas recomendaciones en caso de tortura, de las cuales sólo algunas han sido cumplidas. la CIDH investigará las quejas que han sido formuladas en esta materia.* el informe 2003 de amnistía internacional: *el pasado dice cosas que interesan al futuro*, en el apartado relativo a México, expresa: *seguía siendo generalizada la práctica de la detención arbitraria, la tortura y los malos tratos por parte de agentes de la policía, el ejército y el ministerio público en los ámbitos estatal y federal. se recibieron informes sobre varios casos de detenidos que habían muerto como consecuencia de la tortura sufrida. los jueces no analizaron debidamente las denuncias sobre confesiones obtenidas mediante coacción, perpetuando así el uso de la tortura como medio de investigación. no se procesó a ningún funcionario público por cometer tortura.* en el capítulo de este diagnóstico denominado derecho a un proceso debido, se ha definido a la tortura practicada durante el interrogatorio, dentro del procedimiento inquisitorial, como la *coacción sobre la conciencia de la persona que se encuentra en situación de*

organizaciones indígenas sobre mecanismos de protección de los pueblos indígenas. En abril de 2002 se firmó el acuerdo para la realización de la segunda fase, cuyo objetivo prioritario consistió en la elaboración del presente diagnóstico sobre la situación de derechos humanos en México, que servirá como base para la creación de un programa nacional de derechos humanos. Paralelamente se firmó un acuerdo de sede en julio de 2002, estableciendo una representación de la oficina del alto comisionado de naciones unidas para los derechos humanos en México¹⁸⁶.

En el diagnóstico, la oficina del alto comisionado de naciones unidas para los derechos humanos en México propuso al presidente de la república que, a fin de avanzar en el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, atendiera al programa nacional de derechos humanos en diversas recomendaciones generales, entre las que destacaron bajo el rubro de “sistema de justicia”, textualmente lo siguiente: *“promover una profunda transformación en el sistema de justicia, que garantice el estado de derecho en todos los órdenes, que comprenda el reconocimiento del derecho de las víctimas; el abandono del modelo de enjuiciamiento penal inquisitorio; la creación de una jurisdicción especializada para adolescentes en conflicto con la ley; la incorporación de una justicia penitenciaria y el acotamiento de la justicia militar a su ámbito propio; así como la ampliación del alcance protector del juicio de amparo. Asimismo, que unifique en el poder judicial de la federación los órganos jurisdiccionales que están en el ámbito del poder ejecutivo, incluyendo los tribunales laborales, administrativos, agrarios y militares. Fortalecer los mecanismos*

vulnerabilidad para obtener una ventaja procesal en detrimento del derecho de defensa del torturado o de un tercero. se expresa en dicho capítulo: la tortura es una forma extrema de la agresión que invade el cuerpo y la mente de una persona con la finalidad de matar en ella su dignidad, sus símbolos, sus objetos, su palabra. se desvanece su identidad, el yo, que es la instancia de la personalidad que constituye su propia individualidad, su manera de ser y de sentir únicas y autónomas. esta invasión al mundo interno del individuo, a su subjetividad, a lo que lo hace único, le produce la sensación de degradación total de su persona. la comisión nacional de los derechos humanos es una fuente privilegiada de información, en razón de que es el único organismo que tiene acceso a todos los centros de reclusión del país, gracias a que su competencia en la materia es concurrente con la que tiene cada una de las comisiones estatales de derechos humanos en su respectiva entidad federativa. por otra parte, y pese a que a las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos se les hace difícil el acceso a todos los reclusorios, algunas apreciaciones de éstas se confirman con las diversas recomendaciones e informes especiales emitidos por la cndh. amnistía internacional, por ejemplo, ha manifestado: “[...] la tortura es utilizada por la autoridad en la prisión, no sólo como una rutina de investigación e inteligencia preventiva interior, sino como un método para la preservación del orden y la disciplina en los establecimientos. escuchadas en la ausencia de controles externos, las autoridades intimidan a la población penitenciaria, aplicando castigos ilícitos que constituyen formas de tortura, aun contra internos cuya responsabilidad en la comisión de infracciones no puede ser acreditada plenamente.”

¹⁸⁶ “DIAGNÓSTICO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO”, Op, Cit. P.6.

*actuales de investigación de los crímenes del pasado y garantizar el esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos del pasado y la reparación integral del daño*¹⁸⁷.

El diagnóstico proponía la instauración de un sistema idóneo de justicia penal, basado exclusivamente en normas jurídicas y no en criterios de conveniencia u oportunidad política, donde se sancione a las y los responsables de los delitos, y al mismo tiempo garantizara a las personas inocentes –y a las que no lo son– que no serán condenados injustamente. Sólo con un sistema de tales características, tal documento resalta “*la población depositará su confianza en las autoridades encargadas de perseguir y sancionar los delitos, lo que constituye una condición indispensable para el éxito contra la impunidad*”¹⁸⁸. La existencia del problema de fondo en el Sistema de Justicia Penal en México se refleja en el dato corroborado por los informes de 2002 de la mayoría de las comisiones estatales de derechos humanos y de la comisión nacional de los derechos humanos, que registran a las procuradurías generales de justicia respectivas, como las autoridades más frecuentemente señaladas como responsables de violaciones a los derechos humanos. La ausencia de un debido proceso en México impide que la sociedad tenga la certeza de que quienes cumplen son responsables de la comisión de un delito. Al mismo tiempo, esta carencia permite que se pueda apresarse a las personas por motivos políticos, atribuyéndoles delitos ordinarios. Debe advertirse que es un error considerar como impunidad el hecho de que una gran parte de los casos que el ministerio público consigna ante los jueces no se traduzca en sentencias condenatorias, ya que los jueces no tienen por misión condenar, sino hacer justicia. El derecho a un proceso debido se encuentra reconocido en el plano internacional dentro del *pacto internacional de derechos civiles y políticos* (artículos 9, 10 y 14)² y en la *convención americana sobre derechos humanos* (artículos 7 y 8). México se comprometió a proteger este derecho internamente y ha establecido, en los artículos 14, 16, 19 y 20 de su constitución política, las garantías para asegurarlo. Los obstáculos estructurales que han impedido el pleno goce de un proceso debido se manifiestan, en principio, en la necesidad de promulgar una ley reglamentaria de garantías individuales o derechos humanos, que, con el carácter de norma general, se aplique a las legislaciones federal y estatales y garantice así, en todas ellas, el proceso debido. Dicha ley general también legislaría para que las fases de investigación e instrucción de los delitos se

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 8.

¹⁸⁸ *Idem*.

separen y no sea el ministerio público la entidad encargada de investigar e instruir. Conjuntamente, resulta necesario reforzar la autonomía e independencia de las procuradurías, desde las federales hasta las locales, para limitar sus facultades a aquellas consistentes con su mandato. Esta ley reglamentaria establecería las bases para lograr los siguientes objetivos: *“la subsistencia en México de un sistema inquisitorial, en el cual el ministerio público tiene excesivas facultades para apreciar el valor de las pruebas recabadas, tomar declaraciones al inculcado, y la limitación para una adecuada defensa por parte del indiciado, permite que en la práctica, los casos que llegan a ser del conocimiento de un juez tengan una fuerte carga procesal en contra del acusado, en virtud de que los expedientes llegan ante el juez correspondiente ya integrados. La necesidad de la adecuación del sistema penal a un modelo acusatorio ha sido reconocida por diversos organismos no gubernamentales nacionales, que han manifestado que se debe adoptar un modelo “en el que tanto el inculcado como la víctima de un delito, representada en este caso por el ministerio público, tengan una equidad procesal tal, que permita que sea el juez quien decida la sujeción a proceso de un inculcado y, en su caso, el sentido de la sentencia,” sobre la base de los medios probatorios aportados por las partes, mismos que deben tener un valor igual. Adicionalmente, un sistema acusatorio implica el establecimiento de juicios orales, públicos, concentrados y adversariales”*¹⁸⁹.

4.1.1.2 La Iniciativa del Diputado César Camacho Quíroz,

Transcurridos casi 3 años de la presentación de la iniciativa presentada por el titular del ejecutivo federal, el 6 de marzo de 2007, el Diputado César Camacho Quíroz, miembro del grupo parlamentario del PRI, presentó ante la cámara de diputados una iniciativa de reforma a la constitución federal, con el objeto de introducir los juicios orales en el sistema constitucional penal¹⁹⁰.

Como se señala en la exposición de motivos, esta propuesta se suma al proyecto legislativo presentado anteriormente por Vicente Fox, por coincidir en la pretensión de actualizar el sistema penal, pero, sobre todo, se identifica con el anteproyecto de reforma

¹⁸⁹ *Ibidem*, p.43.

¹⁹⁰ <http://www.cesarcamacho.org>. Consultada el 15 Febrero de 2009.

realizado por la red nacional a favor de los juicios orales y debido proceso legal, la cual agrupa a diversos actores de la sociedad civil.

La iniciativa formulada por el Diputado Camacho Quiroz se diferencia de la primera por la vía mediante la cual se pretende instalar los juicios orales, ya que mientras ésta propone una modificación a diferentes ordenamientos legales, aquella pretende una enmienda constitucional, en la cual se propone reformar, entre otros, el artículo 20, a efecto de establecer en el primer párrafo de ese precepto que "el proceso penal será de tipo acusatorio, adversarial, y oral; se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación"¹⁹¹.

Otra variante que presenta la iniciativa en comento en relación con los juicios orales es la planeación de su implementación. Mientras que en la primera iniciativa no se prevé un apartado de transitorios que regule el procedimiento de su instrumentación, la presente iniciativa establece en el artículo segundo transitorio que "la federación y las entidades federativas tienen un plazo de hasta cinco años para realizar de manera gradual, coordinada y eficaz las adecuaciones necesarias para la celebración de juicios". De igual forma, en el transitorio tercero se señala: "el congreso de la unión y las legislaturas de los estados deberán destinar los recursos necesarios para la construcción y operación de las infraestructuras, y para la capacitación de los operadores de la norma..."

La responsabilidad de conducir la instrumentación de los juicios orales se confiere a una oficina dependiente de la presidencia de la república, la cual será la encargada de "...dar impulso, asesoría, capacitación y divulgación del sistema democrático de justicia penal y de los medios alternativos de solución de controversias" (art. Cuarto transitorio). Por último, en el artículo quinto transitorio se prevé que el congreso de la unión expida en un plazo de un año una ley del debido proceso legal, que detalle la substanciación de los juicios orales penales.

Por lo que en esta segunda iniciativa se advierte como una de sus principales fortalezas la aplicación escalonada de los juicios orales, siguiendo el modelo chileno, para efecto de

¹⁹¹ Idem.

prever los recursos materiales y humanos necesarios para su instrumentación, así como la capacitación necesaria de los operadores jurídicos.

4.1.1.3. Iniciativa de los Diputados Javier González Garza, Alejandro Chanona Hurguete, Ricardo Cantú Garza y Otros

Esta tercera iniciativa, presentada el 23 de abril de 2007 por los legisladores del frente amplio progresista (PRD-PT-convergencia), tiene por motivo principal la omisión de los juicios orales en el proyecto de reformas al sistema de justicia penal presentado por el Presidente de la República Felipe Calderón Hinojosa, el 9 de marzo, en la cual, inexplicablemente, no se aborda el tema de la oralidad en el proceso penal, a pesar de haber promovido la instalación de un consejo de implementación de juicios orales.

De manera general, esta iniciativa es coincidente con los proyectos de reforma presentados por la red nacional y el diputado César Camacho, toda vez que propone la adopción del modelo acusatorio oral, la reforma constitucional, mediante modificación del artículo 20 de nuestra ley fundamental. De igual forma, retoma la idea de la aplicación escalonada de los juicios orales, la creación de una comisión dependiente de la presidencia de la república, dedicada a dar impulso, asesoría, capacitación y divulgación de este sistema y la expedición de una ley general del debido proceso.

La diferencia entre la segunda y tercera iniciativa, estriba en que ésta, además de proponer que "el proceso penal será de tipo acusatorio, adversarial y oral; y se regirá por los principios de libertad probatoria, publicidad, contradicción, concentración, continuidad, inmediación e imparcialidad...", establece de manera expresa en el apartado a, fracción I y IX, del multirreferido artículo 20 constitucional como un derecho de toda persona imputada "a ser escuchada en un proceso acusatorio, público, adversarial y oral", así como a ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal, so pena de declarar la nulidad de lo actuado, por la ausencia de los jueces en la audiencia.

De tal suerte que la tercera iniciativa constituye una versión más acabada de los dos proyectos anteriormente comentados, toda vez que además de enunciar la oralidad como una característica del proceso penal, como se hace en la primera y segunda iniciativa, establece como una garantía constitucional del imputado el ser juzgado en audiencia pública, mediante un proceso acusatorio, público y oral, con la presencia del Juez, cuya ausencia tendrá por consecuencia la nulidad de lo actuado en el proceso.

4.1.1.4 Comentarios de las Iniciativas

Del análisis de las tres iniciativas anteriormente comentadas, se advierten de manera coincidente los siguientes 5 argumentos a favor de los juicios orales en México: 1. La urgente necesidad de transformar el sistema de justicia penal; 2. La percepción negativa que prevalece sobre el sistema de justicia; 3. La oralidad, como una condición necesaria del sistema acusatorio; 4. Que el proceso penal mexicano no prevé la oralidad, y 5. Que la implementación de los juicios orales agilizará el proceso penal¹⁹².

Con relación al primer argumento, es necesario expresar nuestra total y absoluta coincidencia, en virtud de la urgente necesidad e improrrogable que existe en el estado mexicano de realizar una profunda reforma al sistema de justicia penal, para enfrentar con éxito el grave problema de la inseguridad pública. Ante los elevados índices delictivos que registra nuestra sociedad, la propuesta de revisar el funcionamiento de las instituciones de procuración e impartición de justicia no admite discusión.

Sin embargo, en relación con los cuatro argumentos restantes, cabe formularse las siguientes interrogantes: ¿es suficiente la percepción negativa del sistema de impartición de justicia para sustentar los juicios orales?; ¿el sistema acusatorio es parte de la oralidad?; ¿la oralidad es una novedad en México?; ¿la oralidad agilizará el procedimiento penal federal?; ¿los juicios orales resolverán la inseguridad?¹⁹³.

¹⁹² VÁZQUEZ MARÍN, Óscar y Rivas Acuña, Israel, LOS JUICIOS ORALES EN MÉXICO: ¿CONDICIÓN O ALTERNATIVA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO?, *REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL*. MÉXICO, 2007, vol. 24. pp. 181-184.

¹⁹³ VÁZQUEZ MARÍN, Óscar y Rivas Acuña, Israel, Op, Cit. P. 185.

4.1.2 Objetivos de la Reforma Constitucional

Los principales objetivos generales se vinculan con los de un sistema democrático de justicia penal¹⁹⁴, en el que primeramente se resalta la necesidad de la independencia y autonomía del ministerio público, reconocida por los organismos de derechos humanos y por los miembros de la academia, como una condición indispensable para el adecuado funcionamiento del sistema de justicia penal, así como una forma de evitar la incorporación de criterios políticos en decisiones que deben regirse exclusivamente por razones de justicia. Cabe advertir, no obstante, que el conferirle autonomía al ministerio público sin que se adopte un sistema procesal de corte acusatorio podría resultar contraproducente. En efecto, se constituiría así un órgano con poder excesivo, ya que sólo el sistema acusatorio impone controles adecuados sobre la actividad cotidiana del Ministerio Público.

Otro objetivo es la sujeción de abogados a principios éticos profesionales, ya que lo contrario ha dado lugar a una gran desconfianza por parte de la sociedad hacia estos profesionales, a que muchas personas se resistan a recurrir a ellos y, especialmente, a que su desprestigio sea visto como una parte de todo el sistema de impartición de justicia. Por lo que se propone como alternativa la colegiación obligatoria, la cual tiene el inconveniente de que es difícil garantizar la imparcialidad de un colegio de abogados con facultades disciplinarias, lo que puede llevar al extremo de que intente intervenir en forma excesiva en los asuntos de fondo que está conociendo el abogado. Lo más racional, por lo tanto, sería establecer, mediante las normas jurídicas necesarias, criterios uniformes de calificación profesional, así como un código deontológico único para el ejercicio de la profesión, y crear, para los efectos de supervisar estos criterios y principios, una institución pública autónoma, que cuente con un órgano de disciplina facultado para imponer sanciones a los abogados que incurran en conductas contrarias a la ética profesional. En el consejo de esta institución deberían participar representantes de las asociaciones profesionales. Para denunciar ante el órgano competente las conductas irregulares de las y los litigantes, así como para formular las denuncias de hechos en

¹⁹⁴ CONSTANTINO RIVERA, Camilo, “*INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO SISTÉMICO DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO*”, 3era edc., Editorial MA GISTER, México, D.F., 2009, p. 25

el caso de posibles delitos cometidos por éstos, se sugiere crear en cada tribunal el cargo de “abogado del tribunal” especialmente encargado de llevar a cabo esta función.

Lograr la eficiencia de la defensoría pública, a la cual recurren las personas que no pueden pagar a un abogado particular. Toda vez que cuentan con muy poco personal, extraordinariamente mal pagado y con excesivas cargas de trabajo. Es un hecho de conocimiento público que muchas veces los abogados de oficio se presentan solamente a firmar las diligencias a las que ni siquiera han asistido, su actuación no constituye una verdadera defensa del procesado o procesada, sino una formalidad que se debe cumplir, pero sin ningún contenido real. En raras ocasiones interponen algún recurso y se limitan a hacer lo mínimo. Se puede afirmar que la mayoría de la gente pobre que se ve obligada a recurrir a la defensoría de oficio, no tiene defensa en un juicio penal.

La solución para estos problemas, que son la mayoría de competencia estatal, sería propiciar un sistema de concertaciones entre el ejecutivo federal y los gobiernos de las entidades federativas, con el objeto de hacer homogéneo el servicio de defensoría pública en todo el país, e igualarlo, desde el punto de vista financiero y organizativo, al ministerio público, de modo que el representante social y de la víctima se encuentre ante el juez en las mismas condiciones que el representante de la persona procesada.

Otro objetivo de la reforma lo constituye reducir los supuestos de prisión preventiva, dado que en un sistema de tipo acusatorio se parte de la premisa de reducir la etapa pre-procesal (averiguación previa) para ampliar la fase jurisdiccional. Por lo tanto, si no se reducen los supuestos de prisión preventiva, el resultado de un cambio procesal en el sentido señalado sería el de un mayor número de personas encarceladas, toda vez que la prisión preventiva es un obstáculo para el ejercicio de una defensa adecuada, particularmente cuando la persona procesada está detenida en un lugar distinto al de su domicilio y carece de los recursos para buscar y presentar medios de prueba en su defensa.

La posibilidad de que la víctima entable acciones penales independientemente del ministerio público. Igualmente, se propone respetar el derecho de la coadyuvancia que poseen

los familiares de las víctimas u ofendidos, sin que esto implique transferirles la carga de la prueba.

Por otra parte, los servicios periciales de los estados se encuentran generalmente dentro de la estructura orgánica de las instancias de procuración de justicia, mientras que los servicios médicos forenses dependen, en algunos casos, del poder judicial local. Es preciso que éstos sean confiables e imparciales y ser igualmente accesibles para todos los que los necesiten. Esta igualdad entre las partes resulta particularmente importante en los juicios penales, ya que cualquier ventaja de la acusación puede privar a la defensa –particular y de oficio– de su legítimo derecho a aportar los medios de prueba idóneos en la causa.

Elevar a rango constitucional el principio de presunción de inocencia, de tal modo que este principio básico permee toda la actividad administrativa, legislativa y jurisdiccional del Estado. Legislar para que todos los medios de prueba, salvo aquellos irrepetibles, se desahoguen ante la presencia judicial y para que el principio de inmediación sólo pueda ser entendido en relación con las diligencias que se realicen ante dicha autoridad.

Adoptar un protocolo obligatorio para la investigación de muertes violentas en el cual quede sentada claramente la responsabilidad de la cadena de mando y la importancia de contar con peritos especializados y autónomos en el ejercicio de su función.

Este protocolo debiera incluir la capacitación en materia de técnicas de investigación, así como el establecimiento de un mecanismo que garantice la autenticidad de las pruebas recabadas y los resultados de los estudios periciales realizados.

Asegurar que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento”, de tal suerte que las únicas confesiones que tengan valor probatorio sean aquellas emitidas ante un Juez y en presencia de su abogado o defensor.

Promover que en todos los Códigos Penales de la República se establezca responsabilidad para los servidores públicos que omitan denunciar hechos de detención arbitraria o tortura de los que tengan conocimiento con motivo o en el ejercicio de sus funciones.

Establecer en la ley que cuando (pese a las modificaciones estructurales propuestas) se sospeche que la confesión haya sido extraída por la fuerza física o moral, ésta no deberá usarse como evidencia en el juicio, para lo cual ha de ser el estado el que pruebe que la confesión ha sido dada por propia voluntad del acusado.

- Desarrollar un amplio régimen de nulidades en el que se excluya de todo valor a los medios de prueba obtenidos ilícitamente, las diligencias realizadas en forma contraria a derecho y a los actos que sean consecuencia de ellos.

Definir dentro de la legislación correspondiente que una vez que se haya hecho comparecer al detenido ante un procurador, no debe devolverse a detención policial.

Establecer explícitamente en la legislación correspondiente, la obligatoriedad de que las audiencias sean precedidas por un Juez.

Precisar dentro de la legislación que el derecho a la defensa lo tienen todas las personas desde el momento de la detención.

Promover la legislación sobre las responsabilidades de los ministerios públicos federales y locales respecto a la prohibición de incomunicar a los individuos detenidos.

Establecer estrictos sistemas de selección del personal del ministerio público y de la policía judicial o investigadora, utilizando a tal efecto los parámetros en vigor para la selección de magistrados y funcionarios judiciales; y que se brinden a los mismos cursos de formación técnica y en derechos humanos.

Crear defensorías especializadas en asuntos indígenas, donde se requieran.

Desarrollar una campaña en los medios, como parte de la adopción de un sistema acusatorio, para transmitir las ventajas de un nuevo sistema de justicia penal con mayor eficiencia en la lucha contra la impunidad y, al mismo tiempo, mayores garantías de justicia para todos y menos casos de prisión preventiva.

Intensificar los programas de formación y difusión en materia de derechos humanos destinados en especial a los servidores públicos de los organismos responsables de la procuración de justicia, de hacer cumplir la ley, y del personal médico, e incluir en estos programas las cuestiones relativas a la prohibición de la tortura.

4.2 La Presencia de Elementos Inquisitivos en todo Proceso denominado Acusatorio

En todo proceso penal –salvo en los flagrantes-, existe una fase previa a la fase de enjuiciamiento, que tiene por fin esclarecer los hechos delictivos cometidos. En el primigenio proceso acusatorio esta fase de búsqueda y de preparación de la acusación no existía, pues las pruebas consistían básicamente en el juramento decisorio y en las ordalías. Cuando se introdujo la prueba por testigos, esa búsqueda de las pruebas se dejaba en manos exclusivamente de las partes. Se hablaba de proceso de partes, pues ni el juez ni, en muchas ocasiones, ningún otro órgano público intervenían en la búsqueda de la pruebas y en la fundamentación de la acusación¹⁹⁵

La prueba consistía en la invocación de la intervención divina o se centraba en limitados elementos probatorios, la prueba documental, testimonial y la confesión. La importancia de la prueba pericial, naturalmente era insignificante en comparación con la actualidad. De tal manera que, antes de comparecer al juicio oral, la función de la investigación consistía en que cada una de las partes buscaba aquellos elementos de prueba, fundamentalmente testigos, que sostuvieran la acusación o la defensa, respectivamente. En un proceso incoado por el ofendido frente al acusado, esta investigación en manos de parte no

¹⁹⁵ BACHMAIER WINTER, Lorena; *“PROCESO PENAL Y SISTEMAS ACUSATORIOS”*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 29.

sólo permitía preservar la imparcialidad del juzgador, sino que además era respetuosa con el principio de igualdad. Por otro lado, en la fase previa rara vez se preconstituía prueba, por lo que tenía un fin meramente preparatorio de cara al desarrollo del juicio oral¹⁹⁶.

Ese esquema de igualdad entre las partes en cada una de las fases del proceso, y también en la fase previa al juicio, se verá profundamente alterado, sin embargo cuando la persecución del delito deje de ser una función que recae exclusiva o primordialmente en manos de los particulares y el estado pase a asumir la represión penal. A partir del momento en que en el ámbito continental europeo la acusación es encomendada a un órgano público y el estado pone a su disposición sofisticados medios de investigación del hecho delictivo, el previo equilibrio entre la parte acusada y acusadora desaparece. Ese cambio se produce en la historia con la adopción del sistema inquisitivo, que institucionaliza esa fase de investigación y la incorpora al proceso penal. La búsqueda de la verdad como elemento esencial a la impartición de justicia hará que la investigación -inquisición- se encomiende a órganos profesionales.

En ese contexto, se ha afirmado que debe abonarse tal esquema –propio del proceso inquisitivo- y buscar el equilibrio entre las partes también en la fase de investigación previa del delito. La vuelta a un proceso de partes, propio de los sistemas acusatorios representaría el retorno a un proceso con plena igualdad de armas procesales. Esta argumentación, sin embargo, a nuestro juicio pasa por alto dos realidades: primero, que en todos los llamados procesos acusatorios existe una fase investigación; y segundo, que el hecho de encomendar la fase de investigación a un órgano no judicial no necesariamente hace el proceso más acusatorio, ni más igualitario¹⁹⁷.

La presencia o ausencia del juez de instrucción, no hace a la fase de investigación más o menos inquisitiva. Es más en el desarrollo de la investigación criminal, desde la perspectiva de la capacidad de intromisión estatal en la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos, siempre será una garantía adicional que esa actividad esté sometida al control de un órgano judicial independiente. Lo que algunos tildan ahora inquisitivo, por el hecho de que

¹⁹⁶ BACHMAIER WINTER, Lorena; Op, Cit. p. 30.

¹⁹⁷ *Ibídem*, p. 30.

un Juez dirige la instrucción, no es sino un plus de protección para los derechos de los ciudadanos: la presencia de un juez actuará como control para que el poder ejecutivo, a través de los órganos de seguridad y haciendo uso de los mecanismos de investigación criminal, no infrinja la legalidad. En otras palabras, la presencia de un juez, es siempre una garantía frente al riesgo en el abusos en la investigación de los ciudadanos, en tanto que sospechosos de haber cometido un hecho delictivo¹⁹⁸.

4.3 Diferencias entre El Sistema Inquisitivo y El Sistema Acusatorio

Como puntualiza Garibaldi E. Gustavo quien cita a Ferrajoli¹⁹⁹, las diferencias entre el Sistema Inquisitivo y el Acusatorio, se observan en función del acento que uno supone sobre el castigo de los culpables, y el otro, sobre la tutela de los inocentes. Parten de concepciones diversas del Poder Judicial y de la Verdad. Mientras “el método inquisitivo expresa una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad, el método acusatorio se caracteriza por una desconfianza igualmente ilimitada del poder como fuente autónoma de la verdad. De ello se deriva que el primero confía no solo la verdad, sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga; mientras que el segundo concibe a la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuanto respectivamente portadoras del interés en el castigo del culpable y del de la tutela del acusado presunto inocente hasta prueba en contrario”²⁰⁰.

Hassemer, por ejemplo, explica que el objetivo de averiguar la verdad acerca del hecho imputado es uno de los principios básicos de todo derecho procesal penal en un estado de derecho²⁰¹. Al menos, la condena solo puede recaer respecto de un hecho indudablemente sucedido. Ahora bien, *verdad* en sentido procesal no es necesariamente aquello que sucedió, tal como sucedió. El proceso penal no podría aspirar al esclarecimiento de la verdad entendida como un conocimiento reflejo de la realidad.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ GARIBALDI E., Gustavo, Bellagio, Aníbal y Castro, María del Carmen, “EL JUICIO CRIMINAL Y LA DETERMINACIÓN DE LA PENA BAJO PRESUPUESTOS DEL ACUSATORIO”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006. p. 17

²⁰⁰ Idem

²⁰¹ Ibídem, p. 18.

El mismo autor alemán ensaya tres argumentos mediante los cuales sostiene que no es posible un saber *adaequatio rei et intellectus*. Desde la teoría del conocimiento, la circunstancia de que el concepto de una cosa coincida con la cosa no es el resultado de un procedimiento abstracto, sino de un proceso en el cual sujeto y objeto se encuentran implicados recíprocamente. “el conocimiento de la verdad es relativo al sujeto cognoscente, a las particulares circunstancias del proceso cognoscitivo y a las cuestiones específicas que se dirigen a la “realidad”. Los límites que imponen las garantías constitucionales a la averiguación de la verdad, impiden que esta pueda ser averiguada a cualquier precio. Desde el procedimiento penal tiene sentido hablar de verdad “forense”, producto de procesos de selección y de interpretación de la ley. “de lo que se sigue que el deber del tribunal de buscar la verdad no puede ser entendido como la investigación de la verdad “objetiva”, sino solamente como el deber de apoyar una condena sobre aquello que indubitablemente puede darse por comprobado...”²⁰².

Amplitud y libertad de defensa; plena contradicción entre las partes; participación popular mediante la intervención de jurados; publicidad de los actos del procedimiento; oralidad del debate; libre valoración de la prueba producida, y ausencia de predominio de la confesión, son los principios característicos del sistema acusatorio.

Righi distingue entre “...las que deben considerarse de la esencia de su modelo teórico, como la rígida separación entre jurisdicción y acusación, la igualdad entre acusación y defensa, la publicidad y la oralidad del juicio”, y “las que aun perteneciendo a dicha tradición no son lógicamente esenciales al modelo, como la discrecionalidad de la acción penal, el carácter electivo del juez, la sujeción de los órganos de la acusación al poder ejecutivo o la exclusión de la motivación de las decisiones de los jurados...”.

Considera que la forma de actuación del juez es decisiva es un modelo de enjuiciamiento, donde el magistrado no puede actuar de oficio ya que la acusación del prevenido es la base de todo procedimiento, convirtiéndose en un tercero imparcial frente a

²⁰² Idem.

partes que gozan de igualdad de derechos. El juez carece de iniciativa propia para indagar, y se pronuncia únicamente cuando el fallo le es solicitado.

Las características señaladas como de la esencia el acusatorio son también propias de un estado de derecho. Hassemer sostiene que la superación del procedimiento inquisitivo en proceso penal “constituye una piedra angular en el desarrollo hacia el estado de derecho”. Desde la organización estatal, parece claro que el juez inquisidor estaba cubierto de ciertos controles. Aquellos que, sin duda, le imponía un sistema que lo limitaba a través de la separación entre tribunales y ministerio fiscal, con funciones claramente diversas y controles recíprocos.

Además, se hace patente el fortalecimiento y preservación de la independencia del judicial como poder del estado. La diversidad dentro del mismo poder y la limitación de facultades, dificulta, cuando no torna ilusorias, las aspiraciones de influencia o control real de integrantes de los otros poderes sobre los magistrados.

4.4 Elementos de Comparación entre el Sistema Inquisitivo y el Sistema Acusatorio

SISTEMA INQUISITIVO	SISTEMA ACUSATORIO
ACUMULACIÓN DE FUNCIONES EN EL ÓRGANO JURISDICCIONAL.	SEPARACIÓN DE FUNCIONES ENTRE DISTINTOS ORGANISMOS DEL ESTADO. FUNCIÓN INVESTIGADORA Y DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. FUNCIÓN JUZGADORA Y DE EJECUCIÓN DE LA PENA.
INMEDIACIÓN JUDICIAL EN TODO EL PROCESO.	INMEDIACIÓN JUDICIAL EN EL DEBATE.

FORMALISMO Y RITUALISMO PROCEDIMENTALISMO	FORMALIDADES COMO GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO, DE AMPARO DEL DERECHO SUSTANCIAL.
SISTEMA DE ACTAS Y CONSTANCIAS	PRIMACÍA DEL DERECHO SUSTANCIAL.
ESCRITURISMO CULTO AL EXPEDIENTE	ORALIDAD. SISTEMA DE AUDIENCIAS.
SECRETO	PÚBLICO Y CONTRADICTORIO
INCUPLADO ES OBJETO DE INVESTIGACIÓN	ACUSADO ES SUJETO DE DERECHOS Y PARTE PROCESAL.

DETENCIÓN ES LA REGLA GENERAL	LIBERTAD ES LA REGLA GENERAL Y LA EXCEPCIÓN ES LA DETENCIÓN. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.
SISTEMA DE PRUEBA DE TARIFA LEGAL E ÍNTIMA CONVICCIÓN	SISTEMA DE LIBERTAD DE PRUEBA Y SANA CRÍTICA RAZONADA.
RIGE EL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD	PRINCIPIO DE RACIONALIDAD DEL ESTADO.
EL OBJETO DEL PROCESO ES IMPONER UNA PENA A QUIEN SEA DECLARADO CULPABLE	EL OBJETO ES SOLUCIONAR DE LA MEJOR FORMA EL CONFLICTO GENERADO POR LA VIOLACIÓN DE LA LEY. ADMITE SISTEMAS ALTERNATIVOS A LA PENA. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. SISTEMAS DE AGILIZACIÓN.
JUEZ: TIENE LA DIRECCIÓN Y EL IMPULSO TOTAL DEL PROCESO DESDE EL INICIO HASTA FIN.	EXISTE DIVISIÓN DE FUNCIONES ENTRE LA PROCURADURÍA O MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA Y EL ORGANISMO JUDICIAL.

<p>JUEZ: RESUELVE SI HAY LUGAR A INICIAR EL PROCESO</p>	<p>LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN O CONVICCIÓN SON REALIZADOS POR LA POLICÍA. LA FISCALÍA TIENE LA DIRECCIÓN JURÍDICA DE LA INVESTIGACIÓN. LA FISCALÍA TIENE LA FUNCIÓN ACUSADORA Y EL JUEZ LA DE JUZGAR Y EJECUTAR LO JUZGADO.</p>
<p>JUEZ: RESUELVE DE OFICIO SOBRE LA PRÁCTICA DE PRUEBAS</p>	<p>A LA FISCALÍA COMPETE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. EL JUEZ NO PUEDE INICIAR UNA INVESTIGACIÓN DE OFICIO.</p>

4.5 Elementos Esenciales del Sistema Acusatorio

La esencia del acusatorio reside, pues, en primer término, no tanto en la estricta separación entre quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa. En sistemas como el alemán en que esta última circunstancia queda plenamente garantizada al atribuirse la instrucción al fiscal, el requisito básico reiteradamente mencionado es el primero (“*wokein kläger, da kein richter*”). Que la acusación se deje en manos privadas, o atendiendo a razones de interés público, se atribuya exclusiva o concurrentemente a un órgano oficial casi creado al efecto, no obedece a imposiciones acusatorias: proviene directamente de preservar los citados intereses.

En un determinado sentido bastaría afirmar, así, que el sistema acusatorio se caracteriza por el hecho de precisar de una acusación a efectos de incoar el proceso penal, para deducir inmediatamente que tal acción deberá ejercitarse por un sujeto diferente de aquel que juzgara; circunstancia está que se ve reforzada en nuestro sistema por el hecho de encontrarse el proceso dividido en dos fases: instructora y decisoria.

Cuestión diferente es el segundo aspecto de la imparcialidad citado, aquel relativo a los poderes judiciales en relación con su actuación durante el juicio oral y su posición de tercero, que no queda comprendido, obviamente, en la previa existencia de acción. Por otra parte, los

componentes que atañen a informar de la acusación -requisito diferente de que esta exista y se sostenga en el proceso- y a preservar la contradicción, tanto desde la perspectiva de la acusación cuanto de la defensa, deben incluirse en el principio de contradicción, que si bien en lo relativo a su vigencia consecuencia ineludible del proceso de partes, no es totalmente equiparable al acusatorio, al presentarse supuestos en que la vulneración del acusatorio no implica lo propio en lo relativo a la contradicción.

El esquema resultante de estas notas, que a primera vista pudiera asimilarse al que ofrece el proceso civil, debe atemperarse con las peculiaridades del proceso penal: quien inicia éste no es nunca titular del “ius puniendi” ni naturalmente del “ius persecuendi”; el derecho que se discute no es disponible; el carácter público del interés en juego, etcétera. Del continuo recordatorio de estos importantes hechos depende en buena medida el acierto y la homogeneidad en la configuración del sistema de persecución penal.

Las Principales Características del Sistema Acusatorio son²⁰³:

1. La Facultad Jurisdiccional corresponde a los Tribunales dependientes de un Órgano Jurisdiccional.
2. La acción penal es pública, se basa en el principio de publicidad en su totalidad
3. Ppresencia de dos posiciones encontradas en igualdad de oportunidades y con posibilidad de contradicción.
4. El juzgador es un mero observador del proceso.
5. La prisión preventiva se aplica como excepción y no como regla, atendiendo al principio de presunción de inocencia.
6. La introducción de las pruebas corresponde a las partes.
7. Libre Valoración Judicial de las Pruebas
8. Es Uniinstancial.

²⁰³ PROCESO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO, TÉCNICAS DEL PROCESO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO, MÓDULO DE INSTRUCCIÓN PARA DEFENSORES, USAID DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, DEFENSORÍA DEL PUEBLO, COLOMBIA, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2006, P. 115.

4.6 La Adversarialidad en el Sistema Acusatorio Garantista

La adversarialidad empezó a desarrollarse en Inglaterra durante el siglo XVIII, precediendo al common law (siglo XII), siendo en el Reino Unido y en Estados Unidos de Norte América donde hasta la actualidad se aplica con mayor amplitud, como bien se señala, el colombiano **Eduardo Montealegre Lynett** “*esta nueva forma de juicio fue inventada por abogados litigantes en Inglaterra entre 1730 y 1770. Por primera vez se trataba de una forma de juicio penal articulada en el lenguaje de los derechos, en la cual el ciudadano acusado era puesto en un nivel de equidad con el poder soberano del estado y no, como en el sistema ‘acusatorio’, a nivel de la víctima acusadora*”²⁰⁴, vale decir advertimos que doctrinariamente esta forma de litigar solo se concibe cuando las partes enfrentadas en un proceso cuentan con iguales herramientas para defender su posición en el conflicto.

En el sistema adversarial (acusatorio) se apuesta a dos cosas: 1) a un sistema de reglas. Y es que lo que va a garantizar que un sistema funcione bien es el respeto de las reglas del juego, lo que llamamos el respeto a un juicio justo o el debido proceso. 2) esas reglas del juego deben fundirse en una división de funciones: que esté claro quién es el acusador, que esté claro quién es el que defiende, que entre los dos debatan delante de un tercero imparcial que es el juez; y que todo esto se haga públicamente. Esta es la gran diferencia y la gran virtud del sistema adversarial²⁰⁵. En otras palabras, para el autor, la claridad de las reglas de juego, la existencia de un debate, la división de funciones entre investigador, juzgador y defensa, así como la publicidad, son los requisitos mínimos y básicos exigidos para que la adversarialidad entendida dentro de un sistema acusatorio garantista con bases constitucionales, se desarrolle en forma más completa y legítima.

En un sentido amplio, las principales ideas que se pueden esbozar desde el terreno práctico respecto al término adversarialidad, sería la de: “conflicto de intereses, contraposición de pretensiones” lo cual genera división de los sujetos procesales, pues de un lado tenemos a

²⁰⁴ KAI AMOS Y MONTEALEGRE LYNETT Eduardo, “*CONSTITUCIÓN Y SISTEMA ACUSATORIO UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO*”, Editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005, P. 188

²⁰⁵ BINDER, MANUEL ALBERTO, “*POLÍTICA CRIMINAL*”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, P. 25

ese gigante dotado de poderes llamado estado, materializado en la figura del fiscal como representante del ministerio público quien persigue el delito y busca una sanción para su autor y por otro lado el imputado, quien ejerce su auto defensa material y a su abogado a cargo de la defensa técnica, dotados ambas partes normativamente hablando de las mismas oportunidades para intervenir en la contienda, siempre frente a un juez o también llamado tercero imparcial, no significando esto que el juez asuma un papel neutro pues será él quien incite a las partes a demostrarle cual de los dos tiene la razón. la adversarialidad se manifiesta a través del constante debate que durante el proceso penal conlleva al órgano persecutor e imputado a luchar por sus intereses contrapuestos lo cual en definitiva los convierte en adversarios permanentes, actuando siempre en base a determinadas pautas de juego, mismas que son diseñadas claramente dentro de un esquema eficaz y a la vez garantista como es el sistema acusatorio, en el que cada sujeto procesal tiene un rol predeterminado y se desenvuelve en mérito a ello, siempre en búsqueda de satisfacer sus pretensiones, originando esto que forzosa y saludablemente sean los sujetos procesales enfrentados los que le den el dinamismo e impulso correspondiente al proceso penal.

La adversarialidad en su desarrollo práctico implica colocar al ciudadano imputado en un nivel similar y equitativo frente al estado en cuanto a prerrogativas para defender su postura en juicio se refiere, extendiéndose esta a todo el proceso en su conjunto, ello significa que desde que se formula un imputación contra una persona en concreto, ésta cuenta con una gama de derechos que le van a otorgar la posibilidad de ejercer su defensa, no para acreditar su inocencia sino para desvirtuar la imputación, siempre desde una posición en la cual no se va sentir minimizado por los instrumentos con los que cuenta. En este tipo de sistemas donde aparece con mayor predominio el principio de igualdad de armas, el cual va a posibilitar que la adversarialidad sea equilibrada, que se funde en similitud de oportunidades, este principio consiste en *“reconocer a las partes los mismos medios de ataque y de defensa, es decir idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”*²⁰⁶, por ello se puede mencionar con seguridad que la adversarialidad se manifestará a lo largo de todo el proceso y

²⁰⁶ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR, *“INTRODUCCIÓN GENERAL A ESTUDIO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, APUNTES PRELIMINARES”*, Palestra Editores, Material de Estudio del Curso Dirigido a Defensores de Colombia, COLOMBIA, 2006.

será la igualdad de armas la que ayudará a mantener la sostenibilidad del enfrentamiento en similares condiciones para ambos sujetos procesales, separados a raíz de un conflicto primario.

Según nuestro parecer, claro está desde un punto de vista no teórico, a la adversarialidad mas que la etiqueta de un determinado modelo procesal a seguir, la sentimos como una moderna forma de asumir el conflicto suscitado entre estado y ciudadano, desterrándose la superioridad que por larga data en cuanto a facultades procesales ha tenido el estado, propiciándose actualmente una suerte de equidad participativa, la cual se va a exteriorizar durante cada uno de los actos propios del proceso, en cada paso que se dé, entendida esta no como una secuencia procesal, pues debemos desterrar el concepto trámite, sino como etapas de la estrategia de defensa en particular que asuma cada parte enfrentada²⁰⁷.

La adversarialidad es una regla que solo encuentra cierta excepción cuando el fiscal solicita el sobreseimiento del caso en concreto o cuando durante el juicio oral retira la acusación formulada, solo en estas ocasiones se hace un alto a la adversarialidad y ambas partes enfrentadas: estado e imputado coinciden en un punto : el archivo definitivo de la causa penal; siendo que incluso hasta en la aplicación de cualquier salida alternativa al proceso penal, aunque pareciera que las partes adversarias dejaran de enfrentarse, lo cierto es que ninguna de las dos renuncia al objetivo que persiguen, principalmente el estado, toda vez que éste logra una sanción aunque menor de la que esperaba y el imputado obtiene una pena u otra accesoria más benigna de la que inicialmente hubiera sido merecedor, esto último en virtud del derecho penal.

La adversarialidad en el nuevo modelo acusatorio garantista, amparándose en la igualdad de armas, propiciara que se puedan observar cosas tan sencillas nunca antes vistas, por ejemplo que el imputado durante cualquier tipo de audiencia, este siempre sentado junto a su abogado, que el fiscal ya no ocupe su lugar en un gran sillón sobre una plataforma en la cual como sucede en el sistema mixto, observa al acusado siempre desde lo alto como un verdugo a su víctima, que sea el juez quien incite a las partes a retarse y demostrarle cual de los dos tiene la razón como sinónimo de verdad, que se reduzca la magnificación y el temor de

²⁰⁷ [HTTP://WWW.INCIPP.ORG](http://www.incipp.org). Consultada el 4 de noviembre de 2009.

enfrentarse con tecnicismos jurídicos al fiscal, que éste ya no sea visto como representante del poderío estatal absoluto, que los abogados, en especial los defensores públicos puedan debatir en similares condiciones frente al estado mismo y que progresivamente se vaya observando un cambio sustancial en cuanto al empleo de la retórica procesal se refiere, dejando atrás discusiones bizantinas o argumentos pueriles empleados para defender una posición²⁰⁸; en fin la adversarialidad nos permite darnos cuenta solo los gobiernos verdaderamente democráticos otorgan a sus ciudadanos instrumentos útiles y necesarios para auto defender sus derechos y limitar el poder de actuación estatal punitiva y que solo esta forma de afrontar una pugna de intereses, propiciará el verdadero triunfo del nuevo sistema penal.

4.7 Principios del Sistema Acusatorio

Los grandes postulados del sistema acusatorio criminal en el juicio oral²⁰⁹, debemos dividirlos en elementos principales y secundarios²¹⁰, todos ellos previstos en la Reforma del artículo 20 Constitucional, el cual en su párrafo primero establece: “*El Proceso Penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación...*”.

A) Elementos Principales:

1. *El Acusatorio*

Este postulado, condición *sine qua non* del sistema, implica fundamentalmente la garantía y principio básico, que preceptúa: "no se puede proceder a juicio oral sin que exista previa acusación fiscal".

Esto supone que el representante de la vindicta pública, tenga la obligación de equilibrar su doble función en forma seria y proporcionada, y de llevar a cabo el ministerio

²⁰⁸ Objetivos que como se expondrán más adelante, son parte de los fines que buscaron la reforma procesal y que esperamos no sucedan muchas generaciones para presenciar los frutos de éste.

²⁰⁹ **NO BUSCA LA VERDAD FORMAL, SINO LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.**

²¹⁰ LEONARDO FRANK, Jorge, “*SISTEMA ACUSATORIO CRIMINAL Y JUICIO ORAL*”, Editorial Lerna Editores Asociados, Buenos Aires, 2006, P. 45.

público por el estado -y la defensa misma del imputado en un sentido lato pidiendo el sobreseimiento del mismo, cuando no existieren pruebas en su contra. Entendemos que el fiscal también puede plantear alguna excepción, tanto dilatoria como perentoria, cuando así lo crea conveniente, en beneficio del mismo acusado, ya que en última instancia, él lleva como una de sus cargas, la de descubrir la verdad material de los hechos.

El principio acusatorio (referente al objeto penal del proceso), define, como ya se anotó, la distribución de roles y condiciones bajo las que se efectuará el enjuiciamiento de la pretensión penal. Este principio, se concibe, como un criterio configurador del proceso penal, según el cual se necesita de una acusación – la imputación a una o varias personas concretas de unos determinados hechos – para el inicio del juicio oral y para una sentencia de condena²¹¹.

Tres son las notas características del principio acusatorio:

1. Desdoblamiento del proceso en dos etapas: investigación preparatoria y enjuiciamiento, que se encargan a órganos públicos distintos. El señorío de la primera corresponde al Ministerio Público, mientras que la titularidad de la segunda, incluida la etapa intermedia, compete al órgano jurisdiccional. La finalidad de esa comedia, reside en garantizar la imparcialidad del órgano judicial encargado de dictar la sentencia y resolver así sobre el fondo del asunto²¹².

2. Separación de las funciones de acusación y decisión: *nemo iudex sine accusatore* o necesidad de la existencia de una acusación. La acusación corresponde al Ministerio Público, en régimen de monopolio; y, a estos efectos la Fiscalía tiene el deber de la carga de la prueba, dirige la investigación desde su inicio, abe aclarar que, en sí misma, toda investigación es inquisitiva – lo que no puede confundirse con sistema inquisitivo – en tanto se dirige a la búsqueda de elementos de convicción, a averiguar el hecho delictivo y sus responsables-; y,

²¹¹ <http://www.incipp.org.pe>. Consultada 25 marzo de 2010.

²¹² ARMENTA DEU, Teresa; “Lecciones de Derecho Procesal Penal”, 5ª edc., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 30

conforme la invocación al principio acusatorio para justificar la atribución de la dirección del procedimiento preliminar al Ministerio Público, solo significa configurar la instrucción con una estructura más acusatoria, de forma que se suprimiera su incoación por el Juez y que fueran las partes las que le solicitaran la adopción de las resoluciones propias de la instrucción reservadas al mismo – medidas cautelares, diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales, la apertura del juicio o el sobreseimiento -, y acreditarán sus presupuestos sobre la base de la investigación realizada por un sujeto no jurisdiccional – el Ministerio Público -. Con ello, apartando al juez de la iniciación del proceso y de las líneas y estrategia de investigación, se garantiza su imparcialidad a la hora de resolver sobre dichas solicitudes. En definitiva, se reforzaría la caracterización de la instrucción como fase de acusación y dentro de ella el papel del Fiscal como órgano relevante para la misma²¹³.

Este desdoblamiento de funciones judiciales: la de perseguir penalmente, en la Policía y el Ministerio Público, y la de juzgar a los Tribunales, se vincula a la necesidad de respetar ciertos principios básicos en la aplicación del Derecho Penal, en la tarea de decidir sobre la aplicación de una pena, principios que en todo caso derivan del reconocimiento al ser humano de un potencial mínimo de dignidad individual, derechos humanos, uno de los cuales es el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial mediante un juicio justo (*fair trial*), que precisamente para su realización requiere de esa división de funciones en órganos distintos y de la posibilidad cierta de resistir la imputación en condiciones de eficiencia y, con ello, la realización de la garantía de defensa²¹⁴.

El nuevo proceso penal gráficamente presenta al juez en un estrado completamente imparcial y en actitud vigilante permanente del cumplimiento de legalidad, puesto que al ejercer el control jurisdiccional sobre el ejercicio de la investigación, asumen también la posesión de garante respecto de la constitucionalidad de los actos ejercitados por funcionarios de la Policía y por la Fiscalía y, durante la celebración del juicio, a más ajustar sus actos al marco estricto de la ley y ejercer sus funciones conforme a las competencias reservadas por el Código deben actuar con independencia y solo sometidos a la Constitución y la ley.

²¹³ ARMENTA DEU, Teresa; Op, cit., p. 32

²¹⁴ <http://www.incipp.org.pe>. Ibídem

Es indispensable el reconocimiento de que las partes inician y delimitan el objeto del proceso en el juicio e introducen los medios probatorios – que está en la propia lógica acusatoria -, puede matizarse razonablemente con el poder de prueba. El Juez penal, excepcionalmente, podrá disponer, de oficio la actuación de nuevos medios probatorios si en el caso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes”. No puede confundirse el proceso penal de partes ante un órgano imparcial, con una concepción privada del proceso penal en la que se confunda el principio acusatorio con el principio dispositivo, característico de la mayoría de procesos civiles. En el proceso penal debe tenerse en cuenta también el carácter público de la potestad jurisdiccional y, sobre todo, la consideración de la naturaleza del interés en juego.

Integra, asimismo, este principio la prohibición de la *reformatio in peius*. La vinculación temática no sólo es necesaria en primer instancia, también es indispensable en la segunda y sucesivas instancias. En tal virtud, en estas no se puede agravar más un apelante de lo que ya lo estaba por la sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada, de tal suerte que el órgano ad quem ha de estar vinculado por los límites, subjetivos y objetivos, trazados por la acusación y la defensa en la segunda instancia.

Finalmente el derecho de defensa y sus garantías, continúa con gran relevancia en el sistema acusatoria ya que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él, imputado y la de llevar a cabo en él todas las actividades para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúa esas actividades pueden sintetizarse en (I) la facultad de ser oído, (II) la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, (III) la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, y (IV) la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición”.

Desde esta perspectiva es posible identificar los derechos que a su vez integran la garantía de defensa en juicio. El presupuesto básico de la defensa es el derecho de audiencia, a partir del cual se instituye la contradicción procesal, para la que a su vez es imprescindible conocer la acusación formulada contra el imputado; y, el adecuado ejercicio de la defensa se traduce en una serie de derechos instrumentales, también de rango constitucional: (1) derecho de asistencia de abogado; (2) derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes; y, (3) derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

En definitiva, el proceso penal moderno no tiene como objetivo ni puede basarse en la idea de colaboración o coacción del imputado para obtener la condena, sino que el mismo ha de ser tenido en consideración como sujeto procesal y titular del derecho de defensa.

4.7.1 Principio de Oralidad

Elemento característico y popularmente difusor del sistema, que se identifica con el mismo, por simple asociación directa. Implica la utilización de la palabra como medio de comunicación para todas las secuencias de la segunda etapa del proceso criminal. Ello significa que el debate se realiza oralmente en todas las secuencias de la audiencia que sean necesarias para su desarrollo²¹⁵.

Sin embargo, de todo lo que se diga oralmente va a quedar constancia escrita en el respectivo trabajo, que al respecto y especialmente realicen los taquígrafos, para ser vertidos luego en el respectivo acta. Además, existe la posibilidad de que la palabra utilizada por todas las partes en el debate pueda quedar grabada y/o filmada, si así lo dispone el tribunal, mediante la utilización de cintas megnetofónicas, o la aplicación de modernas técnicas de videograbación. La oralidad permite, por sobre todas las cosas, garantizar la solvencia, fluidez y operatividad del debate contradictorio entre las partes intervinientes.

Este principio consagra la obligatoriedad de lectura pública de todas las pruebas documentales existentes, como así también la de la aclaración oral por parte de los peritos de

²¹⁵ BARADALES LAZCANO, Erika, “GUÍA PARA EL ESTUDIO DE LA REFORMA PENAL EN MÉXICO”, 2ª ed., Editorial Magister, México, 2009, P.46

sus dictámenes previos, realizados por escrito en la etapa instructoria, haciendo que ellas sean valoradas como elementos de juicio, tanto por el tribunal, como por las partes que intervienen, y por el público asistente a la audiencia, que ejerce así el contralor directo e inmediato de los actos judiciales²¹⁶.

La oralidad logra definitivamente la intermediación entre el justiciable, el juzgador, el fiscal y su defensor. Permite profundizar inmediata y contemporáneamente el conocimiento de los hechos con los dichos de los testigos que integran el plenario. No existen excepciones para el caso de los mudos, ya que se los interroga por medio de traductores que se expresan oralmente. Sólo con los sordomudos se utiliza en forma excepcional la escritura. Todas las críticas que sufre la oralidad, son perfectibles y sobre todo teniendo en cuenta que este sistema obliga no sólo a jueces y abogados a estar actualizados permanentemente —a elaborar pragmática y científicamente su desempeño—, sino también que propende a un alto índice de elevamiento cultural de la sociedad, haciéndola partícipe como espectadora y contralora del proceso judicial.

La decisión judicial, en última instancia, siempre estará basada en la colección de elementos probatorios llevados a cabo oralmente en el debate, que de ser incorrecta, defectuosa o arbitraria, podrá ser corregida por vía del recurso de casación, haciendo funcionar el principio de nulidad en toda su dimensión jurídica.

Más que un principio constituye un instrumento que permite actualizar y dar eficacia a otros.

Oralidad más que un principio en sí constituye el medio más apto para preservar la consecución de determinados fines del nuevo proceso, entre otros la intermediación y publicidad al permitir que los jueces, intervinientes y público en general, puedan por medio de sus sentidos observar como aquél se desarrolla²¹⁷. Es característica de todas las actuaciones en las que se deben intervenir todos los sujetos procesales, es de cabal importancia

²¹⁶ Idem.

²¹⁷ GÓNZALEZ OBREGÓN, Cristal; “*MANUAL PRÁCTICO DEL JUICIO ORAL*”, Editorial UBIJUS, México, 2008, p. 30.

la oralidad ya que el nuevo proceso penal cuenta con una metodología de audiencias y no una metodología de las decisiones judiciales, sobre todo si afectan derechos, se adoptan siempre, frente a las partes, una vez que se ha dado oportunidad de contradecir la prueba y de ser escuchadas.

Aún cuando prevalece la oralidad en todo procedimiento acusatorio, no significa que desaparezca lo escrito, dado que en la etapa intermedia se cuenta con una fase escrita y una oral. También existen excepciones a la oralidad tales como:

- La lectura de declaraciones anteriores.
- La lectura de declaraciones anteriores de testigos e imputados, para apoyo de memoria
- La reproducción de declaraciones del imputado ante el ministerio público.
- Los documentos sí son leídos y exhibidos en el debate.

La oralidad es característica de todas las actuaciones en las que deban intervenir todos los sujetos procesales, es de cabal importancia la oralidad ya que en el nuevo proceso penal cuenta con una metodología de audiencias y no una metodología de las decisiones judiciales, sobre todo si afectan derechos, se adoptan siempre, frente a las partes, una vez que se ha dado oportunidad de contradecir la prueba y ser escuchadas

4.7.2. Principio de Inmediación

Este principio, con el anterior, conforman, como diría el maestro Ricardo Levene (h.), "*el proceso de cara al pueblo*"²¹⁸. Determina este postulado la relación directa entre el Juez y acusado, y entre el Tribunal y los medios de prueba. Hace que el juzgador desarrolle su agudeza, que sus cinco sentidos sean aplicados a las reacciones psicológicas de aquellos que son interrogados en la audiencia, pudiendo así conocer a ciencia cierta la personalidad del acusado, de la víctima y de comprobar fehaciente y coetáneamente, en un tiempo

²¹⁸ Se encuentra previsto en la fracción I y II del artículo 20 Constitucional Reformado, que a la letra dice: "I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen; II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda alegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica".

prudencialmente posterior, casi de inmediato al suceso, la pertinencia, eficacia y veracidad de los medios probatorios que se le presentan para llegar en mejor forma al convencimiento de cuál es la verdad material²¹⁹. Esto quiere decir, que necesariamente, el magistrado debe seguir desde el comienzo y hasta el final el debate, cuidando que no se altere su unidad y continuidad, sin que haya interrupciones innecesarias. Encontramos sí, que se diferencia la inmediación de la oralidad, en que mientras la segunda hace a la comprensión y a la expresión, la primera se refiere estrictamente a la percepción. Entendemos entonces, que si el acusado no está presente o es rebelde —contumaz—, este principio de la inmediación no se puede concretar y que por lo tanto, es imposible dictar sentencia condenando al ausente o contumaz.

Significa que nadie interviene entre quien recibe la información y quien la ofrece, en consecuencia requiere la presencia interrumpida de todos los que participan durante el juicio.

- a) Jueces Presencia Ininterrumpida-
- b) Acusado (se le autoriza salir sólo después de su declaración –Actos Particulares-).
- c) Ministerio Público (no comparece o se aleja sin causa justificada –reemplazo inmediato, bajo mecanismos que determine la procuraduría general de justicia del estado; si no se le reemplaza en el acto, se tendrá por retirada la acusación-).
- d) Defensor (no comparece o se aleja, abandono de la defensa –reemplazo inmediato, hasta que se nombre defensor de confianza del encausado-).
- e) Acusado coadyuvante (no comparece o se leja, se le tendrá por desistido de su pretensión).

²¹⁹ BARDALES LAZCANO, Erika; “GUÍA PARA EL ESTUDIO DE LA REFORMA PENAL EN MÉXICO”, 2ª edc., Editorial MAGISTER, México, 2009, p. 58-59.

4.7.3 Principio de Igualdad entre las partes.

Amén de la distancia que el Juez debe tomar entre las partes para dictar un fallo más imparcial y justo, él debe velar celosamente por que durante el proceso no existan privilegios de unos sobre otros, ni que se puedan argüir ventajas o desventajas que turben el equilibrio razonable que debe imperar²²⁰. Las partes intervinientes deben guardar el debido respeto y decoro ante sus jueces, pero asimismo ellos son quienes en primer lugar deben dar el ejemplo a sus justiciables y demás asistentes. Este principio constitucional plasmado en el art. 16 de nuestra carta fundamental, en el sentido de que todas las personas son iguales ante la ley, alcanza su máximo nivel en el sistema acusatorio²²¹.

Este sólo se materializa brindando identidad de oportunidades a las partes a fin de equilibrar el proceso o de los elementos de prueba, sino también la identidad en la aplicación de la ley, garantizando certeza en la aplicación del Derecho.

El principio de igualdad de armas (referente a la estructura del proceso). Es consustancial a la idea de proceso, garantiza que ambas partes procesales gocen de los mismos medios de ataque, defensa de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba; esto es garantiza la “ausencia de ventajas”. Desde luego este principio no puede entenderse a rajatabla, sin modulaciones – igualdad o paralelismo mimético-, dado que se reconoce que existen determinados supuestos de desigualdad o tratamiento diferenciado objetivamente justificados o razonables. Un caso especial es la preeminencia del Fiscal en la etapa de investigación preparatoria, a quien incluso se le entrega el dominus de la misma y, en especial, la realización de determinados actos de investigación sin conocimiento del imputado. Empero, a medida que se restaura la ventaja de partida de quien cometió un delito

²²⁰ En el Artículo 13 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, se establece: “ *Igualdad entre las partes. Se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en las Constituciones Federal y Local, los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano, así como en este Código. Salvo las excepciones que autoriza este Código, y las derivadas de la Ley Estatal de Protección a Testigos, los jueces no podrán mantener, directa o indirectamente, comunicación con alguna de las partes o sus defensores, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, salvo con la presencia de todas ellas. La contravención a este precepto será sancionada en los términos que establezcan las leyes. Corresponde a los jueces preservar el principio de igualdad procesal y despejar los obstáculos que impidan su vigencia o la debiliten*”. Artículo reformado mediante Decreto No. 697-09 II P.O. publicado en el P.O.E. No. 67 del 22 de agosto de 2009.

²²¹ Bardales Lazcano, ERIKA; Op, cit. 47-48.

autorizándose actos de investigación necesarios y de carácter urgente – bajo el límite de una investigación objetiva, que obliga a la incorporación de elementos de cargo y de descargo -, luego se permite el concurso del imputado en la configuración de la propia investigación, y se impone como obligatoria la participación de las demás partes para determinados actos la intervención – que requieran intermediación judicial y contradicción -, así como se relativiza el carácter de prueba de los actos de investigación, tales diferencias no perturban o vician radicalmente la idea de igualdad procesal²²².

4.7.4 Principio de Concentración

Este elemento asociado con el anterior, conforman la base constitutiva del espíritu de conciencia que debe imbuir al juzgador, aplicando el criterio de la "sana crítica", que lo predispone a fallar en relación al conocimiento adecuado, proporcionado, equitativo e integral del caso concreto en estudio y que se afirma mediante la libertad de apreciación de la prueba, con la obligación de fundamentar documentalmente las razones científico-técnico jurídicas que surjan de la causa y sirvan de basamento a su plena convicción²²³.

Impone este principio la obligatoriedad de que los actos constitutivos de las sesiones del debate se cumplan en el tiempo y número estrictamente necesarios, sin dilaciones de ninguna especie. Cuanto más largo sea el juicio oral, más se corre el riesgo de que el tribunal desgaste su memoria, su atención, y pierda en gran medida el registro que viene realizando con sus cinco sentidos, de todos los elementos de juicio que han ido formando su espíritu de conciencia. Un juicio oral muy corto, hará que el magistrado, seguramente no pueda formar definitivamente su opinión respecto de la forma en que acaecieron los hechos, y ello redundará en un fallo arbitrario. La capacidad nemotécnica, analítico-inductiva y de síntesis que razonablemente se le puede exigir al juez, hace que él deba observar este principio de la concentración y adecuarlo concienzudamente al caso concreto.

²²² ARMENTA DEU, Teresa; *“LECCIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL”*, 5ª edc., Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 50

²²³ Se encuentra previsto en la Fracción III del artículo 20 Constitucional Reformado, que a la letra dice: *“Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como pruebas aquellas que hayan sido desahogadas en la Audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que4 por su naturaleza requiera desahogo previo”*.

Todos los actos necesarios para concluir el juicio, se realizan en la misma audiencia, y cuando se habla de concentración también hacemos referencia no sólo al desahogo en conjunto, sino a que éste se lleve a cabo de preferencia en una sola audiencia o en varias, a criterio del juzgador.

4.7.5 Principio de Continuidad

Como los actos procesales integran un todo que los amalgama entre sí, ellos constituyen la unidad que conocemos con el nombre de *audiencia*. Entonces, como las sesiones son una parte constitutiva del todo, deben realizarse una tras otra desde que la audiencia comienza hasta que termina. Por ejemplo, cuando un testigo no puede concurrir al tribunal para que lo examine, éste debe constituirse de inmediato en el lugar donde se halle el que deba ser interrogado —hospital o penitenciaría— y tomarle declaración en presencia de todas las partes intervinientes en el proceso, ya que solamente interesa él y no otra persona. Se cumple así con el principio de inmediación²²⁴.

El principio de continuidad se refiere a la exigencia de que el debate no sea interrumpido, es decir, que la audiencia se desarrolle en forma continua, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión, incluso, la ley define lo que debe entenderse por sesiones sucesivas, que son aquellas que tiene lugar el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del Tribunal²²⁵.

²²⁴ BARDALES LAZCANO, Erika; Op, cit., p. 57-58.

²²⁵ Artículo 324 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, prevé: “*Continuidad. La audiencia del juicio oral se desarrollará en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. Para estos efectos, constituirán sesiones sucesivas aquellas que tuvieren lugar en el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del Tribunal*”.

4.7.6 Principio de Imparcialidad

El órgano jurisdiccional que interviene en el juicio oral es distinto del que interviene en las etapas anteriores del procedimiento. Los jueces que en el mismo asunto hayan intervenido en las etapas anteriores a la del juicio oral, no podrán integrar el tribunal del debate²²⁶.

No debe haber contaminación en los jueces del juicio, no deben conocer información anterior que los pueda hacer prejuzgar, pues se protege la inmediación en la recepción de la prueba.; en consecuencia **la imparcialidad** consiste en que el tribunal se mantenga al margen o guarde distancia respecto a los intereses de las partes. El juez es un observador objetivo que debe valorar racionalmente, al momento de decidir, todos los datos que aporten las partes. El postulado en cita, contienen dos aspectos:

Aspecto Subjetivo:

Ausencia de interés en el asunto: causas de recusación

Aspecto objetivo:

El Juez conoce de los hechos por primera vez en el juicio (división juez de preparación y de juicio oral)

No se ha manifestado previamente sobre existencia del delito ni probable responsabilidad (orden de aprehensión, auto de formal prisión, etc.). El Juzgador o Tribunal se sitúa en una posición al margen de influencias de sistemas de poderes internos o externos al poder judicial.

4.7.7 Principio de Publicidad

Con la publicidad se garantiza a la sociedad la posibilidad de controlar la administración de justicia; ello implica no sólo al juez y a los abogados defensores, sino también a las demás partes intervinientes en las actuaciones judiciales, como los peritos,

²²⁶ *Ibidem*, p. 60-61.

intérpretes, testigos y otros. La publicidad, por sobre todas las cosas, tiende a asegurar al acusado la realización de un buen proceso, lo que redundará en una mayor credibilidad en la justicia²²⁷. La publicidad consiste, no solamente en el acceso directo que el público tiene a la sala de audiencias para presenciar los debates y escuchar la sentencia, sino también en la información oral y escrita que se transmite a través de los distintos medios masivos de comunicación social —radio, televisión, diarios y revistas—. No hay que olvidar, también, que la publicidad significa la amplia posibilidad de conocer el sumario, para todas las partes. Las únicas excepciones a este principio, la constituyen las limitaciones de espacio de la sala de audiencias cuando acude a la misma un número mayor que el que se tiene previsto, caso que se da cuando el hecho que se ventila tiene una gran repercusión social, pero que de algún modo no es absoluta ya que es suplida siempre por los otros medios que utiliza la publicidad —radio, televisión, prensa—. Y la otra excepción se produce cuando el proceso tiene como acusado a quien se supone el autor de un delito dependiente de instancia privada, como por ejemplo, una violación. Entonces el debate será secreto y se realizará a puertas cerradas, con la comparecencia solamente de las partes intervinientes²²⁸. Ha sido declarado universalmente y aceptado que toda persona tiene derecho en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial, para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte del debate, por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional, en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto, la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario —así se expresa textualmente la declaración americana de los derechos y deberes del hombre y la declaración universal de derechos humanos—.

El público puede asistir a las audiencias, lo cual conlleva mayor transparencia en la actividad procesal²²⁹.

²²⁷ *Ibíd.*, p. 51-52.

²²⁸ *Idem.*

²²⁹ *El Artículo 321 de la Ley Procesal Penal del Estado de Chihuahua, establece el principio en cuestión, dado que prevé textualmente: “Publicidad. El debate será público, pero el Tribunal podrá resolver excepcionalmente, aún de oficio, que se desarrolle a puertas cerradas, total o parcialmente, cuando: I. Pueda afectar la integridad*

4.7.8 Principio de Contradicción

La oralidad, la inmediación, la concentración y la contradicción, son los postulados sobre los cuales se erige la plena convicción y criterio de conciencia del juzgador para la aplicación de la sana crítica en su juicio de valor²³⁰. Este elemento permite ejercer simultáneamente y en forma recíproca el contralor de la actividad procesal y la contraposición de los argumentos y razones y fundamentaciones de las partes intervinientes sobre las diversas cuestiones introducidas en el debate. Se asegura así, entonces, la igualdad y equilibrio en las atribuciones, derechos y obligaciones de los distintos sujetos procesales²³¹.

La oposición de los argumentos debe ser razonablemente fundada, oportuna y científico-técnico- jurídicamente adecuada. Este principio se hace plenamente visible en el acto de la acusación fiscal y con el alegato de la defensa, donde cada uno de ellos hace la merituación de la prueba producida, interpretada en forma analítica y sintética, con un fundamento científico-técnico-jurídico. Conviene dejar sentado que nuestra posición es la de total apoyo a la doctrina que sustenta el derecho a réplica exclusivamente a favor del defensor, incluyendo la posibilidad de presentar nuevas pruebas, hasta en el momento de la misma réplica, como medio idóneo y pragmático de llegar a la verdad material que permita una correcta aplicación de la norma jurídica al caso concreto, **en aras del** interés público²³².

Éste busca los siguientes objetivos:

física o la privacidad de los miembros del Tribunal, de alguna de las partes, o de alguna persona citada para participar en él; II. El orden público o la seguridad del Estado puedan verse gravemente afectados; III. Peligro un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible; o IV. Esté previsto específicamente en este Código o en otra ley. La resolución será fundada y constará en el registro del debate de juicio oral. Desaparecida la causa, se permitirá ingresar nuevamente al público y quien presida el debate informará brevemente sobre el resultado esencial de los actos cumplidos a puertas cerradas, cuidando de no afectar el bien protegido por la reserva. El Tribunal podrá imponer a las partes en el acto el deber de reserva sobre aquellas circunstancias que han presenciado, decisión que constará en el registro del debate de juicio oral. El Tribunal señalará en cada caso las condiciones en que se ejercerá el derecho a informar y podrá restringir o prohibir, mediante resolución fundada, la grabación, fotografía, edición o reproducción de la audiencia, cuando puedan resultar afectados algunos de los intereses señalados en este Artículo o cuando se limite el derecho del acusado o de la víctima u ofendido a un juicio imparcial y justo”.

²³⁰ *Ibidem*, P. 53-54.

²³¹ En la fracción VI del artículo 20 Constitucional Reformado se establece: “Ningún juzgador podrá tratar asuntos de estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución”.

²³² *Idem*.

- a) Asegurar la calidad de la información que deberá pasar el test de poder ser controvertida por la contraria; solo así se intentará asegurar su verdadero valor “verdad”.
- b) Dar oportunidad a la contraria de hacerse cargo de la prueba desahogada.
- c) Dar confianza al tribunal al momento de resolver.

Cada parte tiene derecho a ofrecer su propia información al tribunal, son embargo, la contraria, a su vez tiene derecho a controvertir dicha información, ello generalmente se logrará mediante tres mecanismos:

- I. Contra Interrogatorios.
- II. Lectura para el apoyo de memoria y superación de contradicciones en la audiencia de debate de juicio oral.
- III. Prueba sobre Prueba

Esto significa que el juicio oral se realizará únicamente ante un solo tribunal colegiado, ante quien se discutirán y debatirán las cuestiones de hecho, dejándose solamente las cuestiones de derecho, como motivo de recurso por ante el superior, ora se trate del tribunal de casación, ora se trate de la corte suprema de justicia de la nación.

El Tribunal ante el cual se llevará a cabo el juicio oral, deberá ser colegiado, es decir compuesto por varios jueces. En nuestro país, como todavía aparece muy lejano la composición de jurados legos, el tribunal colegiado ha sido pensado para ser integrado por tres jueces letrados, quienes elaborarán el veredicto y dictarán la sentencia.

El principio de audiencia o contradicción (referente a la estructura del proceso). Consiste, , en la efectiva posibilidad de que toda persona que se halle expuesta a ser afectada en su posición jurídica por una resolución judicial, sea cual sea la posición que ocupen en el proceso-, pueda influir en el contenido de la misma, mediante la adquisición de conocimientos de los materiales que a hecho fundarse, en la toma de postura respecto a los mismos y la

participación en la introducción en el proceso de esos materiales; en consecuencia, este principio – *audiatur et altera pars*–, impide juzgar y condenar sin que previamente se haya manifestado el hecho enjuiciado y el delito perseguido, a fin de que la parte acusada pueda contradecir las pruebas de la acusación y efectuar su pertinente defensa; y, asimismo, fuerza a suspender el juicio cuando el acusado no esté presente, en tanto que la audiencia sólo puede tener lugar con la presencia del imputado²³³.

El modelo de proceso penal contradictorio, reconoce la necesidad de una investigación oficial con la intervención de las partes, exige la concreción de la igualdad procesal y permite una efectiva participación y contradicción de los intervinientes en el proceso, a las acusaciones y a las defensas, a las víctimas y a los imputados.

Este esquema de procedimiento. Proyectado a la investigación, supone: **a)** que no pueden construirse acusaciones sorpresivas (el afectado, antes, ha de haber sido imputado y tener conocimiento de la imputación), juicios o condenas en ausencia (solo puede incoarse un juicio con un acusado presente, pues sin él no hay efectiva contradicción), impedimentos o dificultades a la preparación de pruebas pertinentes, lícitas y necesarias, así como tampoco abstenerse conformidades (aceptación de cargos, negociaciones o transacciones penales) forzadas o impuestas, **b)** el derecho a ser informado de todas las diligencias de interés en el proceso (debe conocer el curso del procedimiento, en especial del de investigación), ser citado a los actos procesales de los que pueda seguirse algún gravamen al interesado, y notificar las resoluciones que cierren o abran el juicio, incluso aunque la víctima no esté apersonada en la causa²³⁴.

4.8 Elementos Secundarios del Sistema Acusatorio

a) La Preclusión

Así como en la primer etapa del proceso penal —la *instrucción*— predomina el principio discrecional para la realización de los actos procesales, en la segunda etapa —el *juicio oral*—

²³³ ARMENTA DEU, Teresa, Op, cit., p. 52.

²³⁴ *Ibídem*, p. 53.

prevalece el principio de la **preclusión**. Este elemento implica la necesidad de que se cumplan los pasos procesales previstos en su momento y oportunidad, ya que luego, cuando se intenten realizar extemporáneamente, serán nulos, ya que quien no hizo valer su derecho en la secuencia de la audiencia correspondiente, no podrá hacerlo en una subsiguiente.

De todas maneras, pensamos que este principio debe flexibilizarse, como en el caso de la réplica del defensor, porque si se aplica en forma estricta, puede colisionar con el derecho de fondo evidente y malograr la posibilidad definitiva de la búsqueda de la verdad material en miras a una mejor expedición de justicia.

Se constituye bajo el imperio de la necesidad de que sujetos y partes de la relación procesal sean los mismos desde el inicio de la audiencia y hasta su culminación. Nos referimos, por supuesto a la identidad física. Para el caso de impedimento por parte del juzgador o del fiscal o del defensor, existe la posibilidad de que ellos sean reemplazados por otros técnicos letrados, quienes luego de haberse consustanciado con todas las secuencias del proceso, proseguirán con los pasos correspondientes. Obvio es concluir que el acusado no puede ser reemplazado nunca, ni siquiera en el caso de que apareciere otro sujeto como autor del ilícito que a él se le imputa, ya que para ello se haría necesario la instrucción de un nuevo proceso.

Estos tres principios van concatenados, ya que la seguridad de un buen proceso, implica necesariamente de que el mismo se realice rápidamente —no aceleradamente— y ello a la postre redundará en un beneficio económico más que evidente.

A) *SEGURIDAD*: la seguridad que produce el sistema acusatorio está dada por el control público del proceso, un fallo justo y la credibilidad en la justicia;

B) *RAPIDEZ*: significa que por ser rápida y expeditiva la justicia, es más equitativa y proporcionada al justiciable, quien tiene a corto plazo una definición sobre su situación procesal y judicial definitiva, lo que la hace más humana.

Ello no implica que deba actuarse con la celeridad del necio ni con la demora del indiferente.

C) *ECONOMÍA*: indudablemente que el sistema acusatorio es mucho más económico que cualquier otro, ya que por la misma continuidad y rapidez con que se realiza, lo alivia al estado, en cuanto a las erogaciones que debe realizar, en tanto no alberga en sus cárceles, personas cuya libertad se obtiene en el proceso corto y cuyo mantenimiento y enorme gasto se evita de antemano, por la acción de una justicia digna, segura y más rápida. Estos principios conforman, dándole bases de sustentación, el trípode sobre el cual descansa el sistema acusatorio: *acusación, defensa y sentencia*.

4.9 Instituciones Procesales en el Nuevo Sistema de Justicia Penal

Es indispensable que el Sistema Procesal disponga y asegure diversas medidas de control sobre la marcha y la legalidad del procedimiento sobre todo cuando se desarrolla sobre las víctimas de tipos penales de alto impacto, que se encuentran en situación de especial indefensión y vulnerabilidad, y enfrentan, por lo tanto un riesgo específico y mayor de que se vulneren sus derechos fundamentales y se afecte su existencia en ocasiones de manera irreparable²³⁵.

Es necesario que se exijan a las Instituciones Procesales, como en el caso a estudio – vinculación a proceso-, el debido cumplimiento de principios rectores que son fundamentales en el desarrollo de la justicia. Entre los principios rectores, dentro del sistema acusatorio, se encuentran los siguientes²³⁶:

- a) Independencia de las Instituciones: toda institución en el Sistema Acusatorio, deberá actuar sin coacciones o determinaciones de otras Instituciones. Asimismo, ningún interés político o social influirá en la toma de decisiones, pues se garantizará la independencia judicial de las actuaciones.

²³⁵ Tal es el caso de los niños, en especial los de situación de calle, dado que es conocido la falta de interés del Estado y sociedad por la tutela de los mismos, como si se tratara de un sector de menor categoría que el resto de los gobernados.

²³⁶ BARDALES LASCANO, Erika; Op, cit., p. 68.

- b) Imparcialidad: Las Instituciones procesales deberán orientar su actividad a la búsqueda de la verdad, tomando como base los datos que las partes o terceros hayan reportado al proceso, de modo válido, sin inclinaciones o preferencias.
- c) Eficacia: Toda institución procesal deberá tener el propósito de cumplir con las garantías de justicia expedita, consagrada en el artículo 17 de Nuestro Pacto Federal, realizando actuaciones de manera pronta, completa e imparcial. Asimismo las Instituciones, deberán dar preferencia a las situaciones sustanciales sobre los formalismos, siempre y cuando no afecten a la legalidad y continuidad del proceso penal.
- d) Equidad: Las Instituciones deberán actuar con equidad, respetando en todo momento, los principios de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, a fin de lograr una equidad en las actuaciones y determinaciones.
- e) Seguridad: Toda Institución en la Impartición y Administración de Justicia, deberá otorgar certidumbre jurídica al gobernado, en el sentido de garantizar que las actuaciones tendrán características de definitividad y ejecutoriedad, y que ningún factor político o jurídico, influirá para cambiar las decisiones de las autoridades.

4.10 Necesidad de que alguien sostenga la Acción (El Fiscal como Garante)

Constituye esta exigencia el núcleo esencial mismo del sistema acusatorio, comprensivo como se ha indicado de la necesidad de separar las funciones acusadas y enjuiciadas. Supone, en definitiva, la clave diferencial respecto del sistema inquisitivo, caracterizado por la facultad reconocida al órgano judicial de iniciar el proceso penal y continuar sin necesidad de previa existencia de acusación; a cuyo través y en esta opción, asume el estado simultáneamente a persecución penal en su doble faceta acusadora y enjuiciadora²³⁷.

La existencia previa de acción debe diferenciarse, como se ha señalado, de la estricta separación de las funciones instructora y decisoria, provenientes en nuestro sistema de enjuiciamiento de la división del proceso penal en dos fases. En otro orden de cosas, la introducción del ministerio fiscal en el proceso penal conlleva inevitablemente un quebrantamiento del acusatorio enunciado. Dicha quiebra, tal como se indicó, se justifica por la pretensión de garantizar, de un lado, la efectividad de la persecución penal (mediante el

²³⁷ Armenta Deu, TERESA., “Principio Acusatorio y Derecho Penal”, PUBLICACIONES DEL INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA, ESPAÑA, 1995, p. 21.

deber para este órgano de investigar y perseguir en su caso todo hecho con apariencia delictiva, conforme al principio de legalidad) y, de otro, procurar la imprescindible imparcialidad del juez, inexistente en un sistema inquisitivo²³⁸.

Finalmente y situándonos frente a las recientes reformas a que se ha visto sometido el enjuiciamiento penal, interesa adelantar en esta sede una breve mención de la injustificable regulación que se ha hecho del juicio de faltas, al menos desde la perspectiva de este esencial elemento del sistema acusatorio. Sin perjuicio de lo que posteriormente se razone, es difícilmente explicable, en una modificación encaminada entre otros aspectos, se dice, a reafirmar el sistema acusatorio.

La figura del Fiscal se introduce en el proceso penal como instrumento necesario para que al oficializar la acción penal se subsanen los vicios que se habían detectado en el sistema acusatorio y quede garantizada la persecución penal como objeto de interés público tutelado por el estado. Asimismo, velaba porque la función acusatoria no se identificara con la juzgadora impidiendo la necesaria imparcialidad²³⁹.

De esta forma alcanzaba una doble finalidad. En primer lugar, que no quedaran hechos delictivos por perseguir ante la inexistencia de la correspondiente iniciativa en tal sentido. En segundo lugar- mediante la sujeción al principio de legalidad- el refuerzo de aquella garantía y, simultáneamente, salvaguardar frente a los ciudadanos la renuncia total o parcial al ejercicio de la repetida persecución penal, que deberá someterse a la legalidad vigente.

Como se ha señalado, la intervención del fiscal –en cuanto implica que la investigación y persecución penal representa una función pública- supone una quiebra del sistema acusatorio y una ficción legal, acentuada en los países en que el órgano oficial de la acusación actúa en régimen de monopolio.

²³⁸ ARMENTA DEU, Teresa., Op, cit., p. 22

²³⁹ *Ibíd*em, P. 28.

Desde el momento en que resulta consustancial al sistema acusatorio la iniciativa ciudadana, ya sea individual o colectiva (popular) ya a través de jurado de acusación; otorgar a un órgano judicial dicha iniciativa –como deber y sujeta al principio de legalidad- pone de manifiesto el reconocimiento de la pretensión estatal de control sobre la persecución penal y, simultáneamente la necesidad de ajustes entre una estructura procesal originalmente encaminada a preservar intereses privados y la actual consideración de tal interés como público.

En este orden de las cosas, la tutela del interés público unido a la responsabilidad del gobierno por la política interior y, dentro de la misma, la política interior y, dentro de la misma, la política criminal puede configurar la incontestable justificación de la oficialidad de la acción penal, como quiebra razonable y razonada, paliada en algunos países por el reconocimiento de la acción privada.

Ahora bien, si resulta plenamente coherente que dentro de dicho contexto el fiscal – sometido como es conocido a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica- actúe en comunicación y armonía con el gobierno, la clave de coordinación y el elemento garantista irrenunciable es la sujeción de aquella actuación al principio de legalidad. Solo esta, a falta de legitimación democrática, justifica la concesión del ejercicio de la acción penal. En aquellos países como los estados unidos de norteamérica donde la sociedad cuenta con un elemento de control cual es la elección democrática de los perseguidores públicos (“attorney” o “prosecutor”) resulta pausable la aplicación a la persecución penal de criterios de oportunidad y la concesión de un mayor hábito de facultades.

a) *La Atribución de la Fase Instructora y el Sistema Acusatorio: Ventajas Y Riesgos*

Estas adquisiciones enlazan con el sistema acusatorio en relación con la confesada tendencia de las más recientes reformas procesales en el ámbito penal, dirigidas a reforzar la caracterización de la fase instructora como “fase de acusación” y dentro de ella el papel del fiscal como órgano relevante para la misma..

Parece que resulta consustancial al sistema acusatorio la consecución del doble objetivo señalado: establecer una primera fase del proceso penal encaminada esencialmente a determinar la existencia de acción penal y en su caso fundamentarla, y adjudicar la dirección de la misma al órgano de la acusación²⁴⁰.

Puede resultar plausible una orientación en tal sentido, acorde efectivamente con un al menos aparente mayor rigor en la aplicación del acusatorio. En efecto, si debe existir en todo caso una acusación y la misma ha de quedar totalmente separada de las facultades del órgano judicial, parece justificado reforzar los mecanismos acusatorios y la repetida escisión. Esta conclusión, sin embargo, no deja de tener condicionantes, o por mejor expresarlo, debe ser ponderada a tenor de las siguientes consideraciones:

- a) El riesgo que desde la perspectiva de la efectividad en la persecución penal, conlleva eliminar la posibilidad de incoación “ex officio” por parte del órgano judicial; que si bien puede calificarse de residuo inquisitivo, responde al interés público subyacente a dicha persecución penal y se ve paliado por el reconocimiento de la facultad de inspección directa del sumario que se reconoce al fiscal. Nótese por otra parte, y en este mismo sentido, que la reforma –encaminada a propiciar la más amplia implantación del acusatorio- admite y regula la tutela judicial del citado interés.
- b) El factor de peligro, añadido al anteriormente mencionado, implícito en la tendencia a eliminar de la actuación del fiscal la sujeción total al principio de legalidad, pudiendo quedar la persecución en tal supuesto sujeta al uso de las facultades discrecionales de un órgano carente de la necesaria independencia y jurisdicción.
- c) El debilitamiento que puede sufrir la posición de las restantes partes acusadoras tratándose como se trata de las originarias detentadoras de la iniciativa de la persecución penal, únicas posibles en una concepción estricta del sistema acusatorio, y estando, finalmente reconocida la acción penal como parte del derecho a la tutela judicial efectiva; y
- d) La necesidad en todo caso de la intervención judicial en los supuestos de adopción de medidas cautelares y coercitivas que suponen limitación de derechos personales, así como

²⁴⁰ Idem.

de otras actuaciones como la reconstrucción de los hechos y el aseguramiento de elementos de prueba que impliquen fijación y valoración de datos²⁴¹.

De superarse afirmativamente estas cuestiones cabría diferenciar una fase preprocesal del proceso penal, de carácter no jurisdiccional y encomendada al ministerio fiscal ayudado por la policía judicial. De lo contrario, no es negativo ampliar o reforzar facultades y actuaciones de la fiscalía, siempre y cuando se persiga con ello, no solo una aceleración procedimental sino muy fundamentalmente una mejor consecución de lo que es, dentro de este ámbito, su labor esencial: ejercitar la acción penal en los delitos públicos y en los semiprivados en el marco de la legalidad vigente.

b) *La Atribución de Ámbitos de Discrecionalidad*

Toda la reforma del proceso penal y el reiterado interés por la figura y función del fiscal parece encaminarse, más que una preafirmación y ampliación de las características propias del principio acusatorio –aunque estas si presentan y alcancen otros aspectos- hacia el reforzamiento de la oficialidad de la acción –que es justo su excepción- como manifestación de una concreta concepción del interés público en la persecución penal.

Esta y no otra es la interpretación que se deduce de la introducción del principio de oportunidad, que si bien se relaciona frecuentemente con el acusatorio –y no admitiría objeción en la concepción primitiva de este último- resulta de forzado acomodo con la oficialidad de la acción penal y las consecuencias que de la misma se derivan.

En efecto, si bien resulta indiscutible que los delitos perseguibles a instancia de parte se rijan por el principio de oportunidad, de manera que a semejanza del proceso civil la puesta en marcha del procedimiento y el objeto se determina por la iniciativa de las partes; no sucede lo mismo en los delitos públicos, ni tan siquiera en los llamados semiprivados. De este modo, así como carece de fisuras la relación: disponibilidad de los derechos, principio dispositivo, principio de oportunidad, no cabe afirmar lo propio cuando falta su primer elemento. En tal

²⁴¹ *Ibíd.*, P. 31.

caso, resulta más que discutible que el principio de oportunidad se acomode al principio acusatorio. La falta que introdujo la inclusión del fiscal como órgano de la acusación oficial, máxime en regímenes en donde carece de la necesaria independencia orgánica, y que se veía contrarrestada por la sujeción en su función al principio de legalidad, aparece de esta manera prácticamente insalvable.

Por otra parte, la atribución de ámbitos de discrecionalidad, que el principio de oportunidad conlleva, no puede justificarse de manera semejante a lo que acontece en el ámbito del derecho administrativo. La aplicación del principio de legalidad penal “nulla poena sine lege” en su faceta jurisdiccional (aplicación de las penas por los órganos jurisdiccionales y solo a través del proceso), impide la implantación de criterios de oportunidad que incidan en la existencia o no de la persecución penal, más allá del ámbito señalado por el legislador penal²⁴².

Los principales deberes y atribuciones del Ministerio Público o Fiscal, en el Nuevo Sistema son los siguientes²⁴³:

1. Debe velar por la integridad, la dignidad, el respeto y el estricto cumplimiento de los derechos y las garantías de las personas intervinientes en un proceso penal.
2. Investigar y perseguir los comportamientos típicos descritos en las leyes penales, que se le atribuyen a los indiciados.
3. Dirigir personal y materialmente la investigación y la práctica de las diligencias conducentes para la comprobación de los datos que establezcan la existencia del hecho punible y la probable comisión o participación en su comisión.
4. Informar de inmediato, al indiciado acerca de los derechos que le asiste y la situación jurídica concreta.
5. Garantizar que, durante la fase de detención, no se incomunique al indiciado, ni se le coaccione, intimide, torture, someta a tratos inhumanos o degradantes.
6. Solicitar la audiencia de formulación de la imputación respecto a las personas que sean puestas a su disposición, dentro de las 48 horas.

²⁴² Idem.

²⁴³ BARDALES LASCANO, Erika; Op, cit. p. 69

7. Realizar durante el procedimiento acusatorio, todas las actuaciones necesarias para garantizar la justicia, efectuando ofrecimiento de pruebas, formulación de conclusiones, agravios, alegatos, e interponer los recursos procedentes.
8. Asesorar a la víctima durante la fase de investigación, y durante la fase intermedia; cabe señalar que si la víctima u ofendido, no se constituye como acusador coadyuvante en la fase intermedia no podrá constituirse como interviniente en el juicio oral.
9. Solicitar la debida reparación del daño, cuando proceda, y realizar todas las acciones tendientes a obtenerla.
10. Promover soluciones alternativas, al juzgamiento, a fin de cumplir con los principios de mínima intervención y subsidiariedad.

A través de algún centro de atención a víctimas el Ministerio Público deberá atender a la personas víctimas de algún hecho delictuoso, tomando en consideración²⁴⁴:

- a. El comportamiento típico del que fue víctima la persona.
- b. La edad, y condiciones personales de la víctima.
- c. La estructura funcional de la familia a la que pertenece la víctima.
- d. La comunidad a la que pertenece y en la que se desenvuelve la víctima, incluidos los usos y las costumbres de la región.

Es importante tomar en cuenta, que la Fiscalía tiene la carga institucional de garantizar el debido cumplimiento de la seguridad en los sujetos procesales, intervinientes en una causa penal, sobre todo en materia de delincuencia organizada.

4.11 El Juez de Control de Garantías como Juez Constitucional

En el modelo de procedimiento penal acusatorio en la etapa de investigación se trata de *esclarecer una sospecha*; en la etapa del juicio oral, se trata de *obtener una convicción*²⁴⁵. La iniciación de la investigación requiere la verificación de una *sospecha* suficientemente

²⁴⁴ *Ibíd*em, p. 70.

²⁴⁵ APUNTE ORDONA, Alejandro; “*MANUAL PARA EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO*”, 2ª edc., Consejo Superior de la Judicatura, Colombia, 2006, P. 23

fundada de la comisión de una conducta punible, la acción estatal, dirigida hacia la verificación de la sospecha, puede generar intervenciones institucionales en ámbitos individuales.

El Juez de Control de garantías debe ponderar en diversos eventos el necesario ejercicio de la acción estatal de verificación de la sospecha, de búsqueda de la verdad y de acopio del material probatorio, con la preservación de los derechos y garantías constitucionalmente previstos para la persona procesada²⁴⁶. En diversas actuaciones, el juez deberá ponderar el correcto y necesario desenvolvimiento de la función de la justicia penal, con la preservación de los derechos y garantías; deberá valorar la legalidad y legitimidad de la intromisión estatal en los derechos fundamentales, frente a las necesidades de la persecución penal.

El Juez de Control, cuyo fundamento es el artículo 16 de Nuestra Constitución, tiene los deberes y atribuciones siguientes²⁴⁷:

- a. Debe apegarse a los principios derechos, garantías y demás lineamientos previstos en Nuestro Pacto Federal y en la Ley Penal correspondiente.
- b. Debe apegarse a los principios de presunción de inocencia, mediación, publicidad, concentración, celeridad y contradicción.
- c. Debe vigilar que no se quebrante la integridad, la dignidad, el respeto, y el estricto cumplimiento de los derechos y las garantías de las personas sujetas a su jurisdicción.
- d. En el momento procesal oportuno debe informar al imputado o acusado, acerca de la situación jurídica respectiva los derechos y las garantías previstas.
- e. En los casos en los que proceda, decretara la suspensión al proceso a prueba del arreglo conciliatorio.
- f. Deberá conocer y resolver los procesos abreviados y la acción penal privada.
- g. Es el encargado de llevar a cabo las fases: preliminar (control de garantía) e intermedia.

²⁴⁶ APUNTE ORDONA, Alejandro; Op, cit. p. 24

²⁴⁷ BARDALES LAZANO, Erika. Op, cit., pp. 71-72.

- h. En la fase preliminar califica legalidad de la detención, señala si proceden las pruebas en fase preliminar, dicta el **Auto de Vinculación a Proceso**, impone las medidas cautelares, y fija el tiempo para desarrollar la investigación.
- i. En la fase intermedia, resuelve respecto a la admisión de las pruebas, y los acuerdos probatorios, así como también dicta el auto de apertura de juicio oral.

Entre los deberes y facultades del Tribunal Oral se encuentran las siguientes:

- a. Se deberá integrar por tres jueces titulares y dos suplentes, uno de ellos será el Juez presidente, el segundo Secretario y el tercero Vocal.
- b. Conocerán en primera Instancia los juicios que sean de su competencia, a partir del desahogo de pruebas.
- c. Garantizarán la correcta observancia de los principios informadores, del proceso.
- d. Resolverán los asuntos sometidos a su conocimiento, conforme a los plazos y términos previstos en la ley.
- e. Las sentencias que dicten podrán ser por unanimidad o por mayoría, con voto particular.
- f. Realizaran la individualización de la sanción penal, una vez escuchadas las partes procesales.

4.11.1 Principios Generales que deben acompañar el Juicio del Juez de Control de Garantías

Existe consenso en que los procesos penales fundados en el principio acusatorio, están caracterizados por una ilimitada extensión de los medios de prueba, siempre y cuando dichos medios respeten los derechos y las garantías. Se trata del denominado “principio de libre configuración de la instrucción”. Los límites impuestos a los medios probatorios, constituyen la vinculación de la investigación y sus efectos, a la garantía de los derechos fundamentales de la persona investigada. Las limitaciones esenciales a la investigación, que constituyen principios, derivadas de la carta política, son las siguientes:

a) Presunción de Inocencia (*in dubio pro reo*)

Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable”. No se restringe sólo al ámbito procesal; tiene implicaciones directas en el derecho penal sustancial. En el ámbito procesal se requiere, ante todo, que se trate de una *sospecha inicial seria*. (la preservación del derecho a la presunción de inocencia, exige la verificación de una sospecha suficientemente consistente de la existencia de los hechos).

La investigación inicial de ciertas circunstancias que afecten la vida de una persona, comporta ya, de hecho, una reducción del principio de inocencia. Por eso, el juez controlará en todo caso que no se trate de investigaciones genéricas, sino muy concretas con las exigencias de ley. El principio tiene implicaciones en diversos eventos que deben ser controlados por el juez de garantías. Uno de ellos, fundamental, relacionado con las medidas de aseguramiento. Muy especialmente, con aquellas que afectan la libertad de las personas. Para la ponderación permanente en función de la preservación del principio, el juez debe siempre tener en cuenta la siguiente afirmación que puede parecer a primera vista una contradicción, pero que al contrario, revela el equilibrio sustancial que condiciona el ejercicio práctico de la función penal, como cita roxin, “*un estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal*”²⁴⁸.

4.11.2 Principio *nemo tenetur se ipsum accusare*

El juez debe ponderar el denominado “principio de aseguramiento procesal” que guía la función de la detención preventiva, el derecho del imputado a permanecer en silencio. Nociones como la “buena voluntad” del imputado para someterse al proceso, el principio de

²⁴⁸ APUNTE ORDONA, Alejandro; Op, cit. p. 26

comparecencia, deben ser medidas de manera estricta en función del principio *nemo tenetur se ispum accusare*. El principio debe evaluarse siempre en el contexto general del derecho a la defensa. De allí su complejidad. Es un baluarte de la defensa del imputado²⁴⁹.

4.11.3. Principio de Celeridad

Un sistema de administración de justicia debe producir decisiones. Un aparato de justicia que no resuelva los casos, que no decida es, por definición, injusto. Las expectativas sociales y las expectativas individuales del procesado, sólo pueden ser reafirmadas si el sistema penal produce decisiones. El nuevo proceso penal se edificará sobre la necesidad de dar celeridad al proceso. Ello no significa, empero, como lo entienden algunos, que el juez de control de garantías no deba garantizar el tiempo necesario para decidir conforme a todos los elementos que tenga a su disposición. **Celeridad no es sinónimo de improvisación; la celeridad nunca puede darse a costa de los derechos y garantías**²⁵⁰. Debe concebirse, al contrario, en función de la preservación y el respeto por los derechos. Por esa razón, celeridad y proceso celoso de las garantías, en una perspectiva de generación de decisiones, son principios que acompañan el ejercicio eficiente de la acción penal. Existe el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas.

Es un derecho que condiciona toda la práctica procesal. Está implícito, por ejemplo, en la obligación legal de poner a disposición a una persona ante el juez control de garantías, en un plazo perentorio de 48 horas cuando ella ha sido capturada (art 16 constitucional octavo párrafo -reformado-). Está implícito también, más allá de las estipulaciones legales, en el concepto de *plazo razonable*. Allí donde la ley sea oscura, donde haya vacíos legales, el juez debe obrar de acuerdo con el concepto de plazo razonable. Todo plazo desmedido, toda acción de la justicia que no sea proporcional, que no se ajuste a un mínimo de razonabilidad, deberá ser controlada y ajustada a derecho. El problema de la duración del proceso penal y del plazo razonable, constituye una de las preocupaciones centrales en el derecho procesal comparado y en la jurisprudencia internacional.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 27.

²⁵⁰ *Ibidem*, P. 28.

4.11.4 Principio de Proporcionalidad

Se trata de una herramienta de uso fundamental para el juez, sobre todo, cuando éste es un juez constitucional. En el derecho procesal comparado, existe consenso en que los procesos penales fundados en el principio acusatorio, están caracterizados por una ilimitada extensión de los medios de prueba, siempre y cuando dichos medios respeten los derechos y las garantías. Se trata del denominado *principio de libre configuración de la instrucción*²⁵¹. Por otra parte, los límites impuestos a los medios probatorios, constituyen la vinculación de la investigación y sus efectos, a la garantía de los derechos fundamentales de la persona investigada. En desarrollo del principio de proporcionalidad, el juez de control de garantías obra como auténtico juez constitucional. Ello, no sólo por la labor de control en sí, que con base en este principio adelanta el juez en los distintos eventos, sino por la complejidad que alcanza su juicio basado en la metodología que subyace a dicho principio. En este sentido, la aplicación del principio de proporcionalidad, es puro derecho procesal penal constitucional. En el derecho procesal penal comparado y en la jurisprudencia internacional, se ha desarrollado el principio de proporcionalidad y él ha guiado el juicio del juez en eventos especialmente problemáticos, como es el caso de las medidas de aseguramiento y de las medidas cautelares en general, o el de las intervenciones corporales o en las medidas que afectan el derecho a la intimidad o a la esfera de la personalidad. La aplicación de dicho principio exige la dogmática de ponderación como método de interpretación judicial general.

Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma del derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación”. El principio de proporcionalidad debe ser comprendido como una metodología de interpretación jurídico-constitucional del conjunto de normas que hacen parte del derecho penal material. Es decir, es un criterio para establecer el marco constitucional de la legislación penal en conjunto. Por esa razón sirve al juez, en general, para la fundamentación de su juicio, en los más diferentes eventos²⁵².

²⁵¹ *Ibidem*, P. 30

²⁵² *Idem*.

4.11.4.1 Subprincipios que conforman el Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad tiene un significado especial en el contexto de la instrucción de un proceso garantizador de límites derivados de los derechos fundamentales. Ha sido considerado como “**límite de todas las limitaciones de los derechos fundamentales**”²⁵³. En el caso particular de las medidas de aseguramiento, “funciona en la práctica como el “presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo estado de derecho y tiene la función de conseguir una solución del *conflicto* entre el derecho a la *libertad personal* y el derecho a la *seguridad del individuo*, garantizada por las necesidades ineludibles de una *persecución penal eficaz*”. O, de igual manera, “opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera a la misma”. Tres reglas generales, “principios parciales” o “subprincipios”, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina internacional, pueden aplicarse para la concreción del principio de proporcionalidad en cada caso particular: son ellos los subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Todos ellos operan en la práctica, con el propósito de valorar la legalidad y la legitimidad de las intromisiones estatales en los derechos fundamentales²⁵⁴.

a) Subprincipio de Idoneidad

En primer lugar, las intervenciones deben ser *adecuadas* para alcanzar la finalidad perseguida. También se conoce este principio de idoneidad como principio de utilidad. De manera general, se establece que la motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la limitación del derecho fundamental y la finalidad de la medida misma en relación con la obtención de la prueba relevante y los efectos del delito concreto, que es materia de instrucción. En consecuencia, la prueba será relevante cuando de ella se pueda derivar el conocimiento de algún elemento del tipo penal o de cualquier otro elemento de la conducta punible en concreto. En última instancia, se trata de un examen de *medios y fines* que debe contribuir a la obtención de un resultado pretendido. El Juez debe adelantar siempre una

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ *Ibidem*, 60.

ponderación entre medios y fines. El subprincipio opera, en la práctica, como un criterio de carácter empírico para verificar si la medida estatal decidida, y que ejerce un impacto en el derecho fundamental, es o no apropiada para alcanzar el fin previsto²⁵⁵.

Dice, a propósito el tribunal constitucional alemán: “una medida es adecuada para alcanzar la finalidad prevista cuando con su auxilio se aproxima al resultado pretendido. Será inadecuada cuando entorpece el alcance del objetivo proyectado o cuando no despliega absolutamente ninguna eficacia respecto de la finalidad”²⁵⁶.

En todo caso, la conexión medio-fin no puede ser establecida sin un criterio basado en la adecuación. En el caso, por ejemplo, de una medida de aseguramiento, el principio de idoneidad se refiere al hecho de que dicha medida sea el medio *idóneo* para contrarrestar efectivamente el peligro o riesgo que se quiere evitar. Debe tenerse en cuenta, que el principio de idoneidad es flexible. Es decir, no es precisa una adecuación o idoneidad absoluta de la medida respecto del fin pretendido. Se trata de buscar también, la eficiencia de la “adecuación parcial”. Incluso, hay tribunales que aceptan la adecuación por vía negativa. Es decir, se admite que una medida es adecuada cuando no sea totalmente inadecuada. Es la lógica misma de la dogmática de ponderación, como método propio del constitucionalismo moderno: caso por caso, el juez deberá encontrar la medida más idónea y adecuada. Las características esenciales de este subprincipio son, entonces, las siguientes: - **constitucionalidad**. Esto significa que cada medida que limita los derechos, debe ser concebida de acuerdo a su funcionalidad. Así, para saber si es idónea o adecuada, debe establecerse que la medida sirva efectivamente para la consecución de la finalidad prevista. Se trata de evaluar siempre la legitimidad constitucional del objetivo o finalidad previstos. - **carácter preponderantemente empírico del mismo** - **flexibilidad**. (esto significa que el subprincipio de idoneidad hace relación a la causalidad del medio (*causa*) en relación con el fin propuesto (*efecto*). De esta forma, desde la perspectiva de la prohibición de exceso, el juicio sobre la idoneidad de una medida, implica la realización de un pronóstico sobre la *aptitud* y verdadera conducencia de la medida en relación con el fin pretendido: una medida es inidónea si lo es completamente (formulación negativa); pero es idónea si con su ayuda el éxito deseado se acerca o puede ser

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ Idem.

facilitado. - **control de la desviación posible de los parámetros legales** (también se reseña esta característica en función del control de una desviación posible de poder). Se trata de analizar el sentido exacto de la intención de la autoridad correspondiente en función de la medida dispuesta. Así, se trata de constatar que con la medida no se busquen finalidades no previstas estrictamente por la ley.

b) **Subprincipio de Necesidad**

En segundo lugar, el análisis de admisibilidad pasa por un examen de *necesidad*. En relación con la aplicación de las medidas con injerencia probable en los derechos de la persona, en el contexto del proceso penal, necesidad significa que cuando el instructor no tenga a disposición ningún otro medio que permita obtener el mismo resultado, es legítima la intervención. Por lo tanto, el juez, al ser solicitado para decretar u ordenar una medida, debe exigir al investigador que presente las alternativas que tiene y las dificultades frente a su hipótesis delictiva y que justifique que no existe otra posibilidad, sino aquella de limitar un derecho fundamental. Es decir, debe evaluar que efectivamente el resultado pretendido no se podría obtener o sería sumamente difícil llegar al mismo. Sólo así podrá autorizar la injerencia. Este “subprincipio”, también llamado de “intervención mínima”, de “exigibilidad”, de “subsidiariedad”, o de “alternativa menos gravosa”, significa que el medio seleccionado para alcanzar el fin propuesto, no pueda ser remplazado o sustituido por otro igualmente eficaz, al mismo tiempo que se exige que no restrinja el derecho fundamental o lo haga de una manera menos gravosa. Lo fundamental en relación con este concepto, es que la medida menos gravosa sea apta para lograr el mismo resultado. Según la jurisprudencia internacional, la medida “no será necesaria cuando el mismo o mejor resultado puede ser alcanzado con una injerencia menos gravosa”²⁵⁷.

En el caso de las medidas cautelares, se debe buscar la “medida menos gravosa” frente al fin propuesto. Por ejemplo, en el caso de la detención preventiva, los jueces deben verificar si existe alguna otra medida menos gravosa para el derecho fundamental de la libertad, y que si las hay, ellas puedan resultar igualmente aptas para el logro del resultado previsto, como es el

²⁵⁷ *Ibidem*, P. 65.

caso de aquellas medidas de “control judicial”, como la obligación de presentarse periódicamente ante una autoridad competente, etc. En última instancia, el juez debe verificar que la medida más gravosa, como es la detención preventiva o la domiciliaria, sea utilizada como *ultima ratio*, de tal manera que si el fin se logra con otros medios, éstos deben adoptarse. De la misma forma opera en el caso de las medidas que comporten intervenciones corporales. Al efectuar el juez la ponderación sobre la gravedad de las injerencias propuestas por la fiscalía, debe considerar de manera particular los efectos secundarios que puedan acompañar la obtención del resultado pretendido. Dos injerencias en derechos fundamentales igualmente adecuadas o idóneas, que producen el mismo resultado, pueden producir, no obstante y en razón a la diferencia de los medios empleados, diferentes efectos secundarios perjudiciales. Si el juez, atendiendo a todas las consecuencias secundarias, encuentra que los perjuicios producidos por la medida empleadas son mayores que los de la otra igualmente eficaz, él debe negar la medida por innecesaria. En este caso, el Juez debe evaluar el impacto de la medida sobre la situación familiar, laboral o social del imputado. De esta forma, el juicio del juez de control de garantías, no se debe agotar en la inmediatez de la medida, en sus efectos inmediatos; deberá estar atento a los efectos secundarios y posibles de dicha medida. Es una reflexión que exige una perspectiva de futuro.

C) Subprincipio de proporcionalidad

En sentido estricto en tercer lugar, el examen de admisibilidad de una medida, pasa por las consideraciones de *proporcionalidad* en sentido estricto. Se trata, en este caso, de ponderar hasta qué punto resulta admisible la limitación de un derecho fundamental frente a las exigencias constitucionales que tienen las autoridades de persecución penal para realizar su labor de administrar justicia. Se trata, en suma, de equilibrar la balanza de dos intereses en conflicto: de un lado, las exigencias constitucionales de administrar justicia y, del otro, aquellos que se sitúan en la esfera de la individualidad y que son catalogados en la misma constitución política como derechos fundamentales. (nótese que en la aplicación práctica de este subprincipio, prima el juicio acerca de la afectación concreta del derecho fundamental). De manera general, en relación con las previsiones legislativas con intervención en los derechos fundamentales y de creación de tipos penales, se establece que de acuerdo con el

subprincipio mencionado, “para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir, de protección del bien jurídico), debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental”. Con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se cierra la secuencia lógica en que se manifiesta el principio de proporcionalidad. Una vez se han superado las preguntas fundamentales en relación con la *idoneidad y necesidad* de una medida, se aplica la noción de *proporcionalidad* en sentido estricto. Es decir, la relación entre medio y fin, debe admitir una medida proporcional. El resultado de la secuencia lógica está ligado, también y de manera general, a la noción de razonabilidad. El destinatario de la medida o medio empleado, no ha de soportar un sacrificio no *razonable* en relación con el interés estatal o social en el funcionamiento de la administración de justicia. Hay que ponderar los bienes e intereses colectivos e individuales tutelados por el orden jurídico legal y constitucional, y determinar si se encuentran en una relación razonable en función del fin que se promueve. El juicio de razonabilidad cubre, de alguna forma, todo el juicio de inferencia del juez de control de garantías. En este sentido, es correcta la redacción utilizada en el código, de manera insistente, en relación con la exigencia de una *inferencia razonable* del funcionario.

4.12 Derechos fundamentales del gobernado que deben ser garantizados por las Instituciones Procesales

Los Derechos fundamentales de los gobernados en el Nuevo Sistema Procesal son²⁵⁸:

Todo individuo al que se le atribuya cualquier comportamiento típico, en todo procedimiento, tendrá derecho a:

- a. Saber los pormenores de la imputación que existe en su contra.
- b. Ser informado sobre el desarrollo de la carpeta de investigación o del proceso cuando afecte a su persona, o a sus bienes.
- c. Recibir asistencia médica y psicológica especializada.

²⁵⁸ BARDALES LAZCANO, Erika; Op, cit., p. 73-74.

- d. Recibir asistencia jurídica especializada.
- e. Ser representado durante el desarrollo de todos los actos procesales.
- f. Rendir su declaración si así lo desea
- g. Cuando sea procedente, estar presente en el desarrollo de los actos procesales.
- h. Cuando sea necesario, la designación de un traductor, quien le hará saber los derechos que le otorga la ley y la constitución.
- i. Gozar del beneficio del procedimiento abreviado, y de la suspensión del proceso a prueba.

CAPÍTULO V “CONCEPTOS PROCESALES DEL AUTO DE VINCULACIÓN AL PROCESO Y SUS IMPLICACIONES EN EL SISTEMA ACUSATORIO”

5.1 Integración del Proceso Penal Acusatorio

El nuevo procedimiento penal implica un cambio total en la forma en la que se desarrollaba el procedimiento penal bajo un sistema inquisitivo mixto, se cambia de una metodología de expedientes a una metodología de audiencias, por lo que desde el inicio del procedimiento se está ante audiencias, iniciando el debate partiendo del principio de contradicción por lo que es indispensable que los litigantes conozcan los principios rectores del mismo.

El punto inicial de un cambio de paradigmas en la configuración del proceso penal en América Latina se encuentra en el Proyecto de Código Procesal Penal Tipo para América Latina de 1978. Ese proyecto representa el inicio de un movimiento de reformas legislativas cuyos Códigos más conspicuos pueden ser los de Costa Rica de 1996, de Chile de 2000, de Perú de 2004 y de Colombia de ese mismo año. Igualmente, destacan los Códigos de Venezuela de 1998, de Paraguay de 1998, de Bolivia de 1999, de Ecuador del 2000, y el Código Argentino de la Provincia de Buenos Aires de 1996²⁵⁹.

Dos son las notas características del nuevo modelo del proceso penal de reforma latinoamericana. En primer lugar, la afirmación de las garantías de los ciudadanos, tanto desde la perspectiva del imputado como del nuevo rol y estatus de la víctima, con una fuerte incidencia en el principio estructural de igualdad de armas, en especial en la relación – ciertamente conflictiva– de los primeros con el rol y potestades del Ministerio Público²⁶⁰. En segundo lugar la consolidación o en todo caso el fortalecimiento y vigencia de los principios acusatorios y de contradicción, que inciden en el objeto y en la estructura del proceso, respectivamente. Asimismo, un dato procedimental que tiende a fortalecer esas dos notas esenciales es la asunción del método oral – principio de oralidad -, que a su vez afirma la esencialidad del juicio oral, en cuya virtud, el material que recoge en la fase de las

²⁵⁹ <http://www.incipp.org.pe> . Consultada 20 marzo de 2010.

²⁶⁰ ARMENTA DEU, Teresa; “*Lecciones de Derecho Procesal Penal*”, 5ª edc., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 30

investigaciones preliminares es utilizable dentro de ella y no en la sucesiva fase del juicio por ello, el expediente para el juicio oral, normalmente es extremadamente reducido²⁶¹. Desde una perspectiva descriptiva, las características centrales del sistema acusatorio, son: **(a)** existencia de un juicio oral, público y contradictorio como etapa central del procedimiento; **(b)** la separación de funciones jurisdiccionales y persecutorias y, consiguientemente, la diferenciación de roles entre jueces y fiscales (en este modelo la dirección de la investigación no es jurisdiccional y, por lo tanto, se entrega a los fiscales); y **(c)** el reconocimiento de los derechos básicos del debido proceso a favor de los imputados sin perjuicio de asumir la persecución²⁶².- Desde una perspectiva general, explica Pedras Penalva²⁶³, el nuevo proceso se propone cinco objetivos: a) responder a la nueva legislación criminal material, orientada a hacer frente a nuevas formas de criminalidad; b) plasmar un enjuiciamiento que asegure en plenitud los derechos y libertades fundamentales del acusado; c) tutelar los derechos de la víctima; d) reafirmar el juego del criterio de la proporcionalidad en la limitación de derechos y expandir el principio de oportunidad; e) observancia del debido proceso. A partir de esos objetivos, se introduce el nuevo proceso penal, entre los cuales destacan como notas principales: 1) el modelo acusatorio de proceso, postulado ya sea un proceso de partes y propiciando la igualdad y la plena vigencia del contradictorio, o el desenvolvimiento del proceso con contradicción de los sujetos, en condiciones de igualdad, ante un juez tercero e imparcial; y, 2) la supresión del período inquisitivo, que es sustituido por una investigación dirigida por el Ministerio Fiscal, bajo el control del juez quien vela por el respeto de los derechos fundamentales del imputado, los cuales sólo podrán ser desconocidos previa autorización judicial y con la intensidad y duración que en ella se penal pública como un componente fundamental; y, la mayoría de las veces, el régimen de monopolio a favor del Ministerio Público.

Aunque, desde luego, como aclara Maier²⁶⁴, a partir de nuestra inserción en el sistema romano germánico, en el siglo XX la reforma del proceso penal se orienta a una reasignación

²⁶¹ ASENCIA MELLADO, José María; *“Introducción al Derecho Procesal Penal”*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 45

²⁶² ASENCIA MELLADO, José María; Op, cit., p. 46

²⁶³ PEDRAZ PENALVA, Ernesto; *“Derecho Procesal Penal”*, Tomo I, Ed. Colex, Madrid, 2000, p.

²⁶⁴ MAIER; Julio; *“Derecho Procesal Penal”*, *Fundamentos*, Tomo II, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 23

de las responsabilidades o de las distintas tareas que cumplen los órganos oficiales en el procedimiento penal y concede al imputado mayores posibilidades para enfrentar la persecución penal. Así las cosas, el nuevo proceso penal tiende progresivamente al desplazamiento de la figura del Juez de instrucción como autor de la encuesta o de la investigación hacia el Ministerio Público, quien así prepara su propia acusación, sin perjuicio de los actos que debe autorizar o llevar a cabo un juez en defensa de las garantías individuales; **(b)** el juicio público transforma la labor del Tribunal, más en la de un árbitro que controla que en la de un actor de él - asegura la observancia de las reglas del procedimiento y dicta al término del juicio la decisión que cierra el caso -, y reserva para el acusador y el acusado el papel protagónico que significa la incorporación de medios de prueba para fundar sus requerimientos; **(c)** el Ministerio Público cambia de papel, en lugar de observar el procedimiento para controlar el Tribunal, pasa a ser un protagonista activo de ese procedimiento, controlado por el Tribunal; y, **(d)** la víctima es incorporada al proceso penal, que da lugar al ingreso del propio derecho penal de soluciones sustitutivas de la pena estatal.

No puede dejar de destacarse, que la meta de la reforma procesal penal, es la mayor celeridad del proceso, que resulta prioritaria para lograr una mayor eficiencia de todo el sistema penal en la solución de los conflictos sociales que son objeto de las decisiones de los tribunales penales; el Derecho Penal moderno, desde Beccaria a nuestros días, se basa precisamente en la prontitud, la certeza y la infalibilidad de la pena, condiciones que dependen del proceso penal. **B**ase condicionalmente es la inexistencia de una relación jurídico material penal y de derechos subjetivos, y que el proceso penal está influenciado por el principio de legalidad que informa el conjunto del Derecho Penal material. Estos principios son: necesidad, oficialidad, obligatoriedad y, tendencialmente, el de aportación de parte (desde el órgano jurisdiccional no rige el principio de investigación).

5.1.1 Mapeo del Proceso Penal Acusatorio

En el nuevo proceso penal mexicano, se pretende instaurar un sistema acusatorio y adversarial, que indudablemente trae cambios a la sustanciación del proceso. Las etapas que habrán de seguirse son²⁶⁵:

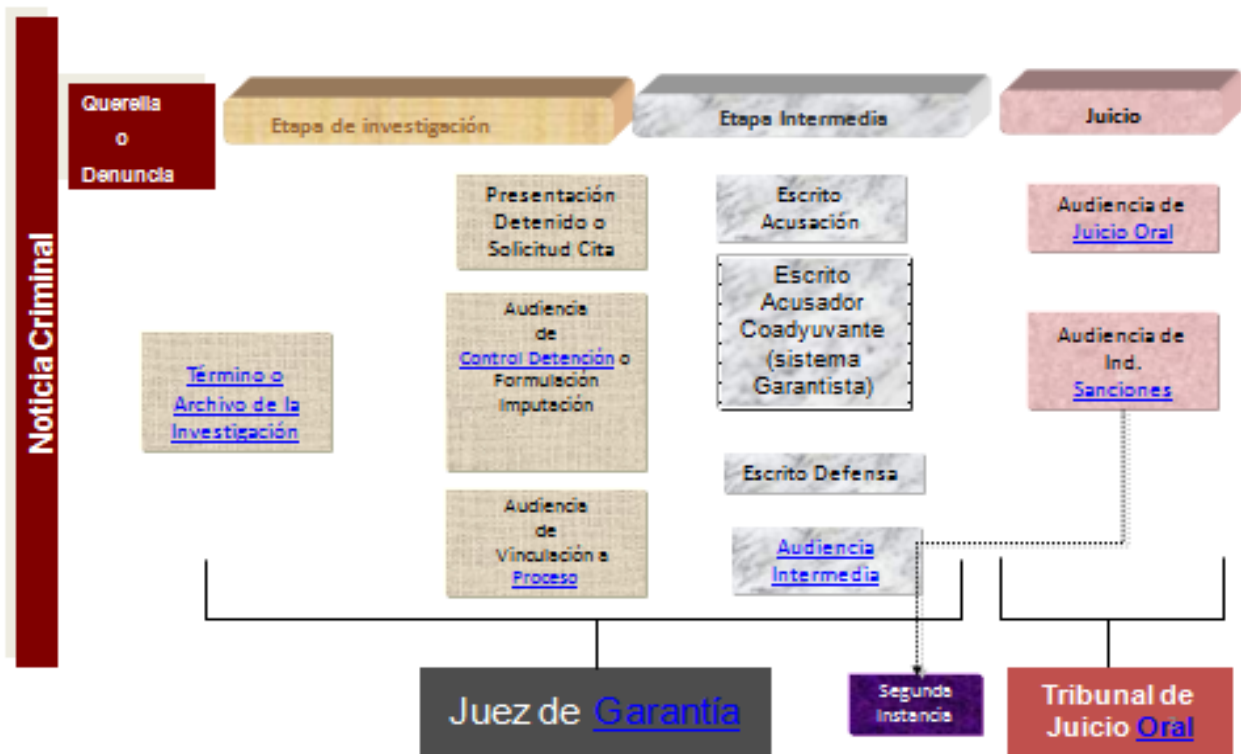
1. **ETAPA PRELIMINAR**, la cual a su vez se subdivide en fase de investigación y control de garantías; para el presente estudio, únicamente nos centraremos en esta fase.
2. **ETAPA INTERMEDIA.**
3. **ETAPA DE JUICIO ORAL.**

Durante la primera y segunda etapa podrán presentarse los medios alternativos de solución de conflictos y los procedimientos especiales como:

- a) Suspensión del Proceso Penal a Prueba
- b) Proceso Abreviado
- c) Criterios de Oportunidad.

²⁶⁵ BARDALES LAZCANO, Erika; “*Guía para el Estudio de la Reforma Penal en México*”, 2ª edc., Editorial MaGister, México, 2009, p. 85-86.

MAPA GENERAL DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO



5.1.2 Etapa Preliminar del Proceso Acusatorio

Esta es la primera etapa del nuevo Sistema Penal en México, la cual tiene como objetivo determinar si hay fundamento para abrir un juicio penal contra una o varias personas, mediante la recolección de los elementos que permitan fundar la acusación y garantizar el derecho a la defensa del imputado²⁶⁶.

La investigación que se ha llevado a cabo a lo largo de la instrucción o investigación preliminar consiste en la acumulación de un conjunto de información que servirá para determinar si es posible someter a una persona determinada (imputado-acusado) a un juicio. Sin embargo, los distintos sistemas procesales no pasan automáticamente de la instrucción al juicio. Existe entre ambos una fase intermedia que, cumple diversas funciones. Esta fase intermedia se funda en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se

²⁶⁶ BARDALES LAZCANO, Erika; Op, cit., p. 88.

debe llegar a ellos luego de una actividad responsable. El juicio es público y ello significa que el imputado deberá defenderse de la acusación en un proceso abierto, que puede ser conocido por cualquier ciudadano²⁶⁷.

Así como la publicidad implica una garantía en la estructuración del proceso penal, también tiene un costo: **por más que la persona sea absuelta y se compruebe su absoluta inocencia, el solo sometimiento a juicio siempre habrá significado una cuota considerable de sufrimiento, gastos y aun de descrédito público.** Por tal razón, un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también, que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria. Imaginemos los efectos sociales de un proceso penal en el que la sola denuncia basta para que se someta a las personas a juicio público: tal proceso serviría más bien como un mecanismo de persecución y descrédito de las personas antes que como un mecanismo institucionalizado para resolver los conflictos penales. La investigación concluye con una solicitud, que realiza el fiscal. Ese requerimiento fiscal, podrá consistir en el pedido de apertura a juicio, esto es, en una Acusación. O podrá consistir en un sobreseimiento, es decir, en el pedido de que la persona imputada sea absuelta sin juicio, porque de la sola investigación preliminar surge la certeza de que no ha sido la autora del hecho punible, o bien que ese hecho punible no ha existido en realidad. También pueden existir otras solicitudes o salidas alternas, tales como el archivo o el sobreseimiento provisional, pero los dos modos esenciales de conclusión de la investigación son, o deberían ser, la acusación y el sobreseimiento²⁶⁸.

Estos pedidos deben ser controlados en un doble sentido: por una parte existe un control *formal*; por la otra, existe un control *sustancial* de los requerimientos fiscales o de los actos judiciales conclusivos. Este control, a su vez, puede ser *necesario* u *optativo*, según que la fase intermedia sea una etapa obligada del proceso o ella solo exista cuando alguno de los sujetos procesales objeta el requerimiento fiscal.

²⁶⁷ BINDER, Alberto; “*Introducción al Derecho Procesal Penal*”, 2ª edc., Editorial Ad-Hoc, Argentina, 2005, p. 105.

²⁶⁸ Idem.

Para simplificar la explicación, supondremos que el requerimiento fiscal es un sobreseimiento o una acusación. En uno u otro caso, tal requerimiento debe cumplir con ciertas formalidades, cuyo sentido radica en la búsqueda de precisión en la decisión judicial. Por ejemplo, se debe identificar correctamente al imputado, se debe describir el hecho por el cual se pide la absolución o la apertura a juicio, se debe calificar jurídicamente ese hecho. En cualquiera de estos campos, el requerimiento fiscal puede contener errores o "vicios", que deben ser corregidos para que la decisión judicial no sea inválida. Por ejemplo, la acusación o el sobreseimiento pueden identificar mal al imputado, y ello podría causar la condena o la absolución de la persona equivocada; puede describir el hecho de un modo incorrecto —ya sea por exceso o por defecto, es decir, porque incluye circunstancias de hecho que no han formado parte de la investigación o, al contrario, porque omite circunstancias de hecho relevantes para el caso. Los distintos sujetos procesales tendrán interés en corregir esos defectos. El imputado, el defensor o el querellante querrán que la decisión judicial sea correcta y no pueda ser invalidada. Cada uno, obviamente, desde la óptica de sus intereses particulares. Pero también el Juez tendrá interés en que la decisión judicial no contenga errores o en que estos no se trasladen a la etapa de juicio donde pueden generar mayores perjuicios o invalidar la totalidad del propio juicio.

En síntesis, la fase intermedia constituye el conjunto de actos procesales cuyo objetivo consiste en la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación. Pero la fase intermedia no agota su función en el control formal. Sirve también y principalmente— para realizar un control sustancial sobre esos actos conclusivos. Los actos que ponen fin a la investigación (requerimientos fiscales) implican, como hemos visto, un determinado grado de acumulación de información. El grado de información o de conocimiento necesario varía según los distintos tipos de acto conclusivo; pero siempre implican un determinado grado de adquisición de conocimientos sobre el hecho y su autor. Por ejemplo: si se trata de una acusación, tendrá que ser una acusación fundada; esto no significa que ya debe hallarse probado el hecho, porque ello significaría una distorsión de todo el sistema procesal. La acusación es un pedido de apertura a juicio, por un hecho determinado y contra una persona determinada, y contiene *una promesa*, que deberá tener fundamento, de que el hecho será *probado* en el juicio. Supongamos que un fiscal acusa, pero no ofrece

ninguna prueba o presenta prueba notoriamente insuficiente, inútil o impertinente. Esa acusación carecerá de fundamento y tendrá un vicio sustancial, ya que no se refiere a ninguno de los requisitos de forma, sino a las condiciones de fondo necesarias para que esa acusación sea admisible.

Lo mismo puede ocurrir con un sobreseimiento, medida que implica un grado de certeza total o, por lo menos y en principio, el mismo grado de certeza necesario para una sentencia absolutoria. Si el requerimiento de sobreseimiento no demuestra que existe ese grado de certeza, tendrá un vicio sustancial, que no se relaciona con el cumplimiento de las formas necesarias para que ese pedido sea válido. Si es un objetivo del sistema procesal el que los juicios sean serios y fundados y que no se desgasten esfuerzos en realizar un juicio cuando no están dadas las condiciones mínimas para que se pueda desarrollar con normalidad —o para que el debate de fondo tenga contenido—, se debe establecer un mecanismo para "discutir" previamente si están presentes esas condiciones "de fondo". La fase intermedia cumple esta función de *discusión o debate preliminar* sobre los actos o requerimientos conclusivos de la investigación²⁶⁹. El imputado y su defensor podrán objetar la acusación porque carece de suficiente fundamento y se pretende someter a juicio a una persona sin contar con los elementos necesarios para poder probar esa acusación. También pueden objetar que el hecho descrito en la acusación no constituye delito o que comporta un delito distinto del considerado en ese requerimiento. El querellante podrá objetar el pedido de sobreseimiento, ya que a su juicio existe fundamento suficiente para someter al imputado a un juicio o, en aquellos sistemas que demiten cierres provisorios de la investigación, porque es ésta la solución que corresponde y no una solución definitiva.

La existencia de la investigación preparatoria a cargo del Ministerio Público, solo es posible en los marcos del sistema acusatorio, y resulta acorde con los principios con los principios constitucionales de juicio previo e inviolabilidad de la defensa en juicio, al asegurar que el juez que debe decidir el litigio se mantenga ajeno al conflicto que le ha sido planteado. Resulta artificial, que el fiscal deba acusar sobre la base de elementos probatorios que él no ha recogido, pues carece de toda posibilidad de selección. Igualmente, es inadmisibles la inversión

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 106.

de funciones que modelo inquisitivo, pues el fiscal que debe investigar solo controla lo que el juez investiga, y este, que solo debería controlar la investigación, la realiza personalmente.

La etapa preliminar se divide en dos fases: 1. Carpeta de investigación y 2. Control de garantías, de esa forma los actores dependerán del momento procesal en que se encuentre. En la carpeta de investigación serán: el Ministerio Público, policía, peritos, víctima y si existe el indiciado junto con su defensor. En el control de garantías serán: El Juez de Control, el Fiscal, la Víctima, el indiciado y su defensor²⁷⁰.

La etapa preliminar inicia con la noticia criminal²⁷¹ y concluye con el auto de vinculación a proceso. La carpeta de investigación inicia con el acuerdo de inicio y concluye con la solicitud para la formulación de la imputación. El control de garantías²⁷² inicia con la solicitud para la formulación de la imputación hecha por el Ministerio Público y concluye con el Auto de Vinculación a Proceso. El rol de cada una de las partes dependerá de la fase ya sea en carpeta de investigación o bien, en control de garantías.

Las actuaciones que se tramitan son: investigación, formulación de la imputación, presentación del indiciado ante el Juez de Control, práctica de pruebas anticipadas medidas de protección a víctimas y testigos, medidas de aseguramiento, medidas cautelares²⁷³ y Vinculación a Proceso.

La etapa preliminar, es un período netamente preparatorio que consiste en un conjunto de actos orientados a determinar si existen razones para someter a una persona a juicio, durante el mismo existen cuatro tipos de actividades²⁷⁴:

- a) Actividades puras de investigación.
- b) Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento.

²⁷⁰ BARDALES LAZCANO, Erika; Op, cit., p. 88

²⁷¹ En este período el Ministerio Público actúa como conductor jurídico de la investigación, la policía actúa como investigadora de hechos y los peritos como profesionales expertos.

²⁷² Está a cargo del Juez de Control, el cual deberá velar por la legalidad del proceso y dictar el auto de Vinculación a Proceso.

²⁷³ Incluso como se verá más adelante pueden existir medidas cautelares antes o después de la Vinculación a Proceso, sin que sea requisito esencial para que exista ésta, pues sólo constituye una de sus implicaciones.

²⁷⁴ BARDALES LAZCANO, Erika; Op, cit., p.89.

- c) Anticipo de pruebas, es decir prueba que no puede esperar su producción (desahogo) en el debate.
- d) Decisiones o autorizaciones vinculadas a afectar garantías procesales o derechos Constitucionales.

Es fundamental que se cumpla en esta etapa las funciones de imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana, así como defender los derechos humanos, para asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal. Los Ministerio Público están obligados por Nuestro Pacto Federal, a mantener el carácter confidencial de los asuntos que tengan en su poder salvo que requiera otra cosa el cumplimiento de su deber o las necesidades de la justicia²⁷⁵.

5.1.2.1 Investigación

La finalidad del proceso penal cambia al buscar sólo esclarecer los hechos, tal y como lo prevé el párrafo inicial del artículo 20 Constitucional Reformado, y dar solución adecuada al conflicto penal de manera satisfactoria para las partes. Con esto nos referimos a que se le puede dar fin al conflicto penal no simplemente al juicio oral, sino también a las salidas alternas, tema en el que no nos extenderemos dado que nos centramos en la etapa de investigación.

El nuevo procedimiento inicia, en la etapa de investigación, con la denuncia o querrela, la finalidad de esta etapa es el esclarecimiento de los hechos para ver si hay fundamento para iniciar un juicio en contra de una o varias personas. Es entonces donde se empieza a formar el cúmulo de medios de prueba que nos ayudarán, en el caso del Ministerio Público, a probar en la etapa de desahogo de pruebas la culpabilidad del imputado y, en su caso del defensor, a empezar a construir la defensa²⁷⁶; ésta puede ser pasiva, a través de controvertir los medios de prueba y hechos que tenga el Ministerio Público en contra del imputado; en caso de que decida ejercer una defensa activa, ésta será acumulando los medios de prueba de la defensa.

²⁷⁵ CONSTANTINO RIVERA, Camilo; *“Introducción al Estudio Sistemático del Proceso Penal Acusatorio”*, 3ª edc., Editorial MaGister, p. 40

²⁷⁶ GONZÁLEZ OBREGON, Cristal; *“Manual práctico del juicio oral”*, Editorial IBIJUS, México, 2008, p. 71.

De ninguna manera se podrá presumir la culpabilidad del imputado, aunque la defensa únicamente decida controvertir los medios de prueba ofrecidos por el Ministerio Público, en cuanto se tiene la teoría del caso²⁷⁷ se sustenta con fundamentos jurídicos, proposiciones fácticas y medios de prueba²⁷⁸. La investigación que se realiza carece de valor probatorio y es desformalizada, por lo que no podemos denominar como pruebas a los medios de prueba sino hasta que se desahogan en la audiencia de juicio oral, o bien, si es el caso de la prueba anticipada²⁷⁹ o de la prueba superviniente²⁸⁰.

El Ministerio Público, podrá a través de la denuncia o la querrela realizar todos aquellos actos de investigación que sean necesarios para esclarecer los hechos, la denuncia la podrá hacer cualquier persona a través de la comunicación que hagan el Ministerio Público del conocimiento de la comisión de un delito. Ésta se podrá formular por cualquier medio y deberá contener entre otras cosas, la identificación del denunciante, la narración de los hechos

²⁷⁷ Es la forma en que las posiciones fácticas (hechos), se adecuan a proposiciones jurídicas (dogmáticas), constituye el guión indispensable para el Ministerio Público y la Defensa; constituye la herramienta que ayudará a que converjan en la práctica forense el Derecho Sustantivo y el Derecho Adjetivo. BARDALES LAZCANO, Erika; Op, cit., p. 120.

²⁷⁸ GONZÁLEZ OBREGON, Cristal; Op, cit., p. 72.

²⁷⁹ **Artículo 267 de la Ley Adjetiva Penal de Chihuahua (vigente a partir de enero de 2007) señala:** *“Anticipo de prueba. Al concluir la declaración del testigo ante el Ministerio Público, éste le hará saber la obligación que tiene de comparecer y declarar durante la Audiencia de debate de juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada hasta esa oportunidad. Si al hacérsele la prevención prevista en el párrafo anterior, el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la Audiencia de Debate del Juicio Oral, por tener que ausentarse a larga distancia, vivir en el extranjero o exista motivo que hiciere temer su muerte, su incapacidad física o mental que le impidiese declarar, se trate de un interviniente o testigo en riesgo al cual sea imposible dar protección de otra forma, o algún otro obstáculo semejante, las partes podrán solicitar al Juez o, en su caso, al Tribunal de Juicio Oral, que se reciba su declaración anticipadamente. La solicitud de desahogo de prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia y hasta antes de la celebración de la citada audiencia. Se considera prueba anticipada los registros donde consten las declaraciones de coimputados que contengan testimonios de hechos atribuibles a un tercero o a un coimputado. Párrafo adicionado mediante Decreto No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No. 9 del 30 de enero de 2010. Artículo reformado mediante Decreto No. 697-09 II P.O. publicado en el P.O.E. No. 67 del 22 de agosto de 2009”.*

²⁸⁰ **Artículo 368. de la Ley Adjetiva Penal de Chihuahua señala:** *“Prueba superviniente. El Tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas sobre hechos supervinientes o de las que no fueron ofrecidas oportunamente por alguna de las partes, cuando justificare no haber sabido de su existencia. Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el Tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad. En ambos casos, el medio de prueba debe ser ofrecido antes de que se cierre el debate y el Juez deberá salvaguardar la oportunidad de la contraparte del oferente de la prueba superviniente, para preparar los contrainterrogatorios de testigos o peritos, según sea el caso, y para ofrecer la práctica de diversas pruebas encaminadas a controvertir la superviniente”.*

y, si es posible, indicar quiénes cometió el delito y también de las personas que lo hubieran presenciado o que tengan noticias de éste²⁸¹.

El Ministerio Público tiene el deber, cuando tenga conocimiento de la existencia de un hecho que revista caracteres de delito, de investigar y promover la persecución penal. Una vez iniciada la investigación el Fiscal actuará en un doble sentido, por una parte como administrador de la carpeta de investigación, y por el otro como encargado de la conducción jurídica de hecho²⁸².

Cuando el Órgano Ministerial tenga en su poder pruebas contra algún indiciado y tenga sospecha fundada que fueron obtenidas por medios ilícitos que constituyan una violación grave a los derechos humanos, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, no tendrán valor en el proceso.

5.1.2.1.1 La Carpeta de Investigación

En la carpeta de investigación se incluirá un registro cronológico y ordenado de las diligencias que practique el Ministerio Público, dejando constancia de las actuaciones que realice utilizando al efecto cualquier medio que permita garantizar la fidelidad e integridad de la información, así como el acceso a ella por quienes de acuerdo a la ley, tuvieren derecho a exigirlo, la carpeta debe contener²⁸³:

1. Acuerdo de inicio de la investigación
2. Informes de la policía y peritos
3. Análisis de la escena de los hechos
4. Constancia de aseguramiento y embalaje de indicios
5. Establecimiento preliminar de la teoría del caso
6. Entrevistas y fe pública de los objetos y personas
7. Acuerdo de determinación, con solicitud para la formulación de la imputación

²⁸¹ *Ibíd.*, p. 73.

²⁸² BARDALES LAZCANO, Erika; *Op. cit.*, p. 90.

²⁸³ *Ibíd.*, pp. 90-91

La constancia de cada actuación deberá contener por lo menos, la indicación de la fecha, hora y lugar de realización de los servidores públicos y demás personas que hayan intervenido, así como una breve relación de sus resultados.

Son obligaciones y deberes del Fiscal, en la carpeta de investigación, las siguientes²⁸⁴:

1. Durante la carpeta de investigación es una autoridad de naturaleza administrativa.
2. Es el encargado de la investigación jurídica de los hechos y se debe coordinar a través de los servicios periciales y su policía ministerial.
3. El Ministerio Público no valora las pruebas, las estima.
4. Establece la teoría del caso para sustentar cualquier asunto en juicio oral
5. El Ministerio Público no ordena al juzgador, sino que formula una imputación respecto de un hecho concreto.

La policía ministerial tendrá las siguientes facultades y obligaciones²⁸⁵:

1. Recibir noticias de los hechos presuntamente constitutivos del delito y recopilar información sobre los mismos.
2. Confirmar la información que reciba, cuando ésta provenga de una fuente no identificada.
3. Prestar auxilio que requieran las víctimas u ofendidos valiéndose de los protocolos o disposiciones especiales.
4. Cuidar que los rastros e instrumentos del delito sea conservados.
5. Entrevistar a los testigos presumiblemente útiles para descubrir la verdad.
6. Practicar las diligencias orientadas a la individualización física de los autores y partícipes del hecho.
7. Recabar los datos que sirvan para la identificación del imputado.
8. Reunir toda la información de urgencia que pueda ser útil al Ministerio Público.

²⁸⁴ CONSTANTINO RIVERA, Camilo; Op, cit., p. 41.

²⁸⁵ BARDALES LAZCANO, Erika; Op, cit., p. 91.

9. Realizar inspecciones personales sobre el detenido y recoger los objetos que tenga en su poder. Levantará un inventario de las mismas, que será firmado por él, si así lo considera conveniente, y las pondrá a disposición del Ministerio Público.

5.1.2.1.2 El Acuerdo de Inicio

El acuerdo de inicio es la actuación que hace el Ministerio Público, para iniciar una carpeta de investigación y se debe llevar a cabo siempre que medie una denuncia o querrela, o cuando la autoridad ministerial tenga a disposición una persona por flagrancia o caso urgente.

El acuerdo de inicio es el primer acto de autoridad del Ministerio Público que integrará la Carpeta de Investigación correspondiente.

Antes de pasar a la audiencia ante el Juez de Control con o sin detenido el Ministerio Público podrá determinar:

- a) Archivo temporal
- b) Ejercitar su facultad para abstenerse de investigar
- c) Otorgar el principio de Oportunidad
- d) Archivo Definitivo
- e) **Solicitud para la formulación de la imputación (es está para fines de nuestro tema en la que centraremos nuestro análisis).**

5.1.3 Control de Garantías

Es la segunda de las fases dentro de la etapa preliminar, bien se podría decir que es el momento en que se judicializa el proceso. En esta fase el Juez de control realizará actos de resguardo de las garantías en el proceso tanto para la víctima como para el indiciado, las actuaciones que se tramitan son las siguientes²⁸⁶:

²⁸⁶ *Ibíd*em, p. 98-99.

1. Presentar al indiciado ante el Juez de Control.
2. Práctica de pruebas anticipadas
3. Medidas de protección a víctimas y testigos
4. Medidas de aseguramiento
5. Medidas cautelares
6. Vinculación a proceso

La audiencia ante el Juez de Control “tiene como objetivo principal que el Ministerio Público, en presencia del Juez de Control, ponga en conocimiento del imputado la circunstancia de estar llevado a cabo una investigación en su contra por uno o más delitos determinados”. Esta audiencia pretende garantizar el resguardo de la legalidad en el proceso de investigación.

5.1.3.1 Fase preliminar de Control de Garantías (sin detenido)

El Representante Social ordenará a través de la policía ministerial que se indague sobre hechos revisten características del delito y que han llegado a su conocimiento por alguno de los medios formales o informales.

La indagación debe aprovecharse para la identificación y recolección de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información pertinente que permita encontrar la verdad y adoptar la decisión que corresponda. La investigación de los hechos derivados de las indagatorias, forman la carpeta de investigación, donde el Ministerio Público tiene los elementos materiales probatorios, evidencia físicas o información legalmente obtenida, que le permite inferir razonablemente que existe un delito, para posteriormente pedir al Juez de Control que gire una orden de presentación o aprehensión al indiciado para su audiencia de formulación de la imputación²⁸⁷.

A la audiencia ante el Juez de Control sin detenido se citará al imputado, a quien se le indicara que deberá comparecer acompañado de su defensor, apercibiéndolo de que, en caso

²⁸⁷ *Ibíd.*, p. 92.

de no comparecer, se ordenará su localización y presentación ante el Juez de Control²⁸⁸. La investigación sin detenido no debe causar actos de molestia al indiciado, si no hasta el momento que se tiene los elementos suficientes para la formulación de la imputación ante el Juez de Control.

5.1.3.2 Fase preliminar de Control de Garantías (con detenido)

Se presenta en la mayoría de los casos por flagrancia, es decir puesta a disposición momentos después de haber cometido el probable acto delictuoso, para lo cual el indiciado puede estar el Ministerio Público por 48 horas, o 96 horas en caso de delincuencia organizada. Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el proceso podrán solicitar al Ministerio Público todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos²⁸⁹.

Para la obtención de algunos indicios durante la investigación con detenido se requiere de autorización previa de la autoridad judicial, por ejemplo cuando sean en recintos particulares, o cuando sea en recintos públicos la diligencia se deberá realizar por el Ministerio Público personalmente con auxilio de la policía.

Una vez concluido el plazo constitucional de 48 horas como máximo el Ministerio Público, deberá solicitar al Juez de Control audiencia de control de detención para el indiciado, con la finalidad de formular la imputación. El imputado y los demás intervinientes

²⁸⁸ **Artículo 161 de la Ley Procesal Penal del Estado de Chihuahua. Detención por orden judicial.** Cuando exista denuncia o querrela, de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, y la comparecencia del mismo pudiera verse demorada o dificultada, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar la aprehensión del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, a fin de formularle la imputación. **[Párrafo reformado mediante Decreto 397-08 I P.O. publicado en el P.O.E. No. 14 de 18 de febrero de 2008]** También se decretará la aprehensión de imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de ésta y que, legalmente citado, no compareciere sin causa justificada, siempre y cuando se reúnan los requisitos previstos en el párrafo anterior, salvo el último de los ahí mencionados. Los agentes policiales que ejecuten un orden judicial de aprehensión informarán al imputado las razones de su detención y lo conducirán sin dilación alguna ante el Juez de Garantía, quien convocará de inmediato a la audiencia de formulación de imputación. **[Artículo reformado mediante Decreto No. 397-08 I P.O. publicado en el P.O.E. No. 14 del 18 de febrero de 2009]**

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 94.

en el proceso podrán examinar los registros, así como los documentos de la investigación, una vez formulada la imputación²⁹⁰.

5.1.4 Formulación de la Imputación

La formulación de la imputación es una actuación unilateral, exclusiva y soberana del Ministerio Público, que cumple una función esencialmente garantista, la cual consiste en informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra²⁹¹.

En la audiencia en la que se da la formulación de la imputación, el Juez dará el uso de la palabra al Ministerio Público para que exponga verbalmente el delito que se le atribuye al imputado, la fecha, el lugar y el modo de su comisión, el grado de intervención que se le atribuye al imputado y el nombre de quien lo acusa. Esta exposición verbal cabe mencionar que tiene que ser lógica, coherente y a manera de una sola teoría del caso, no se tiene que hacer un relato aislado en el que los elementos del tipo no tengan relación o ilación con los hechos ni con los medios de prueba que hasta ese entonces se tengan, sino que tiene que relatar de manera clara, como una sola historia, como un relato de los hechos en el que los elementos del delito están relacionados con los hechos y con estos medios de prueba que hasta ese momento se tengan, sin que sea tedioso o que se apreciara que está leyendo el Ministerio Público²⁹².

La argumentación para la formulación de la imputación debe cubrir el siguiente contenido:

1. Narración cronológica de los hechos, ubicando circunstancias de lugar, tiempo y modo.
2. Enumeración de los elementos de convicción que obran en la carpeta de investigación.

²⁹⁰ *Ibíd.*, p. 95.

²⁹¹ CONSTANTINO RIVERA, Camilo; *Op. cit.*, p. 60.

²⁹² GONZÁLEZ OBREGON, Cristal; *Op. cit.*, p. 84

3. La probable hipótesis de derecho (datos que establezcan la existencia de un hecho delictuoso y la probable comisión o participación en su comisión del imputado).
4. Las consecuencias del análisis y pedimentos procesales.

La formulación de la imputación tiene como propósito lograr la vinculación a proceso a una persona, sin embargo no constituye la base para un juicio oral, ni sustento para una resolución definitiva²⁹³.

Suele confundirse la formulación de la imputación con el pliego de consignación, y aunque sistemáticamente se encuentran en el mismo momento procesal, los efectos son distintos:

- a. El pliego de consignación sirve para llevar a cabo el proceso a una persona, en tanto que la imputación tiene como objetivo llegar a cabo una investigación.
- b. Sólo basta la consignación para la imposición de medidas cautelares, en tanto que con la imputación, necesariamente se deben discutir la procedencia de la restricción de derechos.
- c. La consignación es secreta, la imputación es pública.
- d. La consignación exige un alto estándar probatorio (cuerpo del delito y la probable responsabilidad), en tanto que la imputación sólo basta la existencia de datos²⁹⁴.

Es importante señalar que no se debe confundir los efectos de la consignación con la imputación, pues la primera es el fondo y la segunda es la forma.

En el caso de imputados que hayan sido aprendidos por orden judicial, el Juez deberá cerciorarse de que el indiciado sabe y conoce de sus derechos y razón por la que se encuentra ahí. Posteriormente se formulará la imputación en su contra y la vinculación a proceso con o sin medida cautelar²⁹⁵.

²⁹³ Idem.

²⁹⁴ Ibídem, p. 61

²⁹⁵ BARDALES LAZCANO, Erika; Op, cit., p. 98.

Ahora bien, si el imputado no está detenido y se presenta por medio de una citación ante el Juez de Garantía, entonces, su primera audiencia ante el Juez será de formulación de la imputación. El Ministerio Público solicitará al Juez la realización de la audiencia de formulación de la imputación. Esta comienza con la verificación por parte del Juez de la presencia de las partes, la individualización de éstas y verificará que el imputado conozca sus derechos fundamentales dentro del proceso penal, o si es el caso, se los dará a conocer, Después dará la palabra al Ministerio Público para que le comunique al imputado, de manera verbal, el delito que se atribuya al imputado, la fecha, el lugar, el modo de la comisión del delito, el grado de intervención y el nombre de la persona que lo acusa²⁹⁶. De igual manera, el Juez posterior a esta exposición por parte del Ministerio Público, dará uso de la palabra a la defensa para que solicite aclaraciones o precauciones que considere convenientes sobre la imputación que acabe de hacer el Ministerio Público; esto podrá ser a solicitud de la defensa o de oficio por parte del Juez, después de formulada la imputación, se le preguntará al imputado si la entiende y si es su deseo contestar el cargo en ese momento, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria. Si el imputado desea declarar, hará su declaración de manera libre o a través de preguntas que le haga su defensor. Si lo desea así puede contestar a las preguntas que le haga, ya sea el Ministerio Público o el acusador coadyuvante por medio del conainterrogatorio. El Juez puede hacerle preguntas destinadas a esclarecer su dicho, pero el imputado puede abstenerse de contestar, si ese es su deseo. En cualquier momento de la audiencia o en cualquier estado del juicio, el imputado podrá solicitar que se le oiga para poder aclarar o complementar su dicho²⁹⁷.

Después de rendida su declaración o manifestado su deseo de no declarar, el Juez abrirá un debate sobre las demás peticiones, y antes de cerrar la audiencia, el Juez deberá señalar la fecha para la celebración de la Audiencia de Vinculación a Proceso, a menos que el imputado renuncie al plazo establecido en el artículo 19 Constitucional Federal, y entonces el Juez resolverá en esa misma audiencia sobre su vinculación a proceso, después de escuchar a ambas partes; tal y como se observa en la Legislación de Chihuahua (vigente a partir del enero de 2007), donde se establece:

²⁹⁶ GONZÁLEZ OBREGÓN, Cristal, Op, cit., p. 86

²⁹⁷ Idem.

Artículo 277. Formulación de la imputación y declaración preparatoria. En la audiencia correspondiente, después de haber verificado el Juez que el imputado conoce sus derechos fundamentales dentro del proceso penal o, en su caso, después de habérselos dado a conocer, ofrecerá la palabra al Ministerio Público para que exponga verbalmente el delito que se le imputare, la fecha, lugar y modo de su comisión, el grado de intervención que se le atribuye al imputado en el mismo, así como el nombre de su acusador. El Juez, de oficio o a petición del imputado o su defensor, podrá solicitar las aclaraciones o peticiones que considere convenientes respecto a la imputación formulada por el Ministerio Público. Formulada la imputación, se le preguntará al imputado si la entiende y si es su deseo contestar el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria. En caso de que el imputado manifieste su deseo de declarar, su declaración se rendirá conforme a lo dispuesto en el artículo 359. Rendida la declaración del imputado o manifestado su deseo de no declarar, el Juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen. Antes de cerrar la audiencia, el Juez deberá señalar fecha para la celebración de la audiencia de vinculación a proceso, salvo que el imputado haya renunciado al plazo previsto en el Artículo 19 de la

Constitución Federal y el Juez haya resuelto sobre su vinculación proceso en la misma audiencia. Cuando la víctima u ofendido asista a la audiencia de formulación de imputación, el juez deberá individualizarla y darle a conocer los derechos que establece el artículo 121 de este ordenamiento.

Párrafo adicionado mediante Decreto No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. no. 9 del 30 de enero de 2010.

Después de formulada la imputación, se suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal y el Ministerio Público, perderá la facultad de archivar provisionalmente la investigación como uno de los efectos de la formulación de la imputación, tal y como se observa en la Ley en cita, donde se prevé:

Artículo 278. Efectos de la formulación de la imputación.

La formulación de la imputación producirá los siguientes efectos:

- I. Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal.
- II. El Ministerio Público perderá la facultad de archivar provisionalmente la investigación.

Posteriormente de formulada la imputación, de que el imputado haya rendido su declaración o expresado su derecho a no hacerlo y de que en los antecedentes de la investigación, expuestos por el Ministerio Público, obran datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión y que no se haya demostrado, más allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de incriminación el Ministerio Público podrá solicitar la **vinculación del imputado a proceso**, como se advierte en el ordenamiento de referencia, donde se establece:

Artículo 280. Requisitos para vincular a proceso al imputado.

El Juez, a petición del Ministerio Público, decretará la vinculación del imputado a proceso siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- I. Que se haya formulado la imputación.
- II. Que el imputado haya rendido su declaración preparatoria o manifestado su deseo de no declarar.

III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

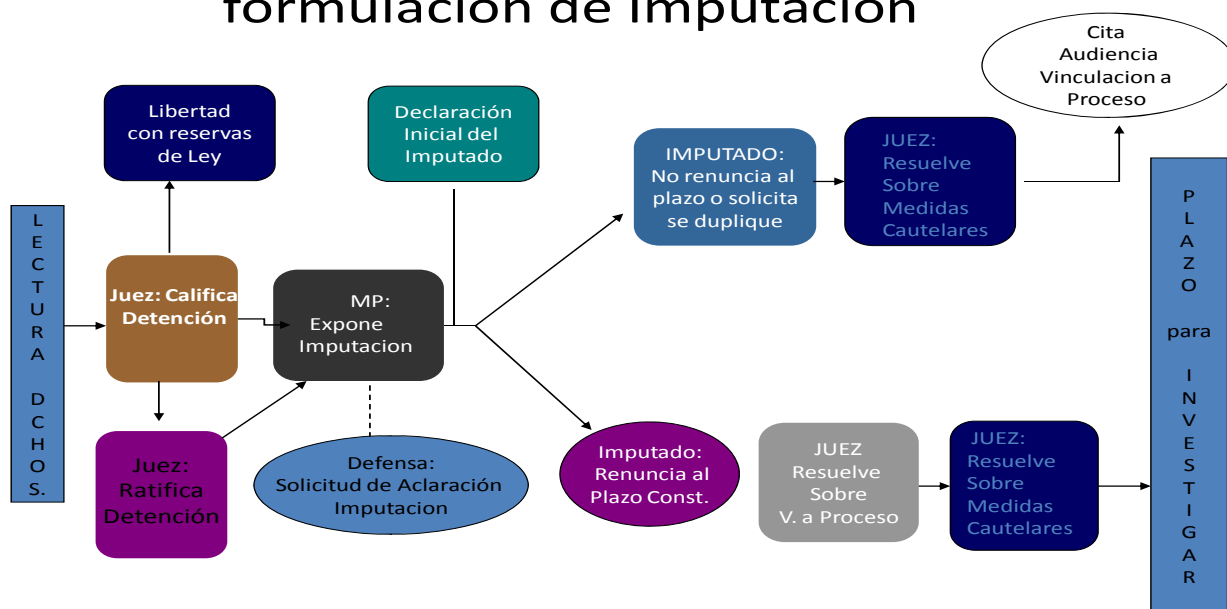
IV. No se encuentre demostrada, más allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de incriminación.

El auto de vinculación a proceso únicamente podrá dictarse por los hechos que fueron motivo de la formulación de la imputación, pero el Juez podrá otorgarles una clasificación jurídica diversa a la asignada por el Ministerio Público al formular la imputación. En dicho auto deberá establecerse el lugar, tiempo y circunstancia de ejecución de tales hechos.

Artículo reformado mediante Decreto No. 397-08 I P.O. publicado en el P.O.E. No. 14 del 18 de febrero de 2009.

Con lo anterior, se advierte que ante la metodología del Sistema Acusatorio, es en esta audiencia de vinculación a proceso, donde el Juez sustenta su fallo en los hechos motivos de la formulación de la imputación, incluso podrá otorgarles una clasificación jurídica diversa a la asignada por el Ministerio Público al formular la imputación, ante ello, es menester precisar los fundamentos de la teoría del caso, dado que en ésta se sustenta la imputación del Representante Social, y fundamenta su tesis de solicitud de Vinculación a Proceso al Juez de Control o Garantías, la cual debe estar acompañada de los antecedentes de la investigación por la cual existan datos que establezcan que el hecho se ha cometido y que es probable la participación del imputado, ya sea como autor o partícipe.

Audiencia de Control Detención y formulación de Imputación



5.2 Auto de Vinculación a Proceso

El Auto de Vinculación a Proceso se refiere al acto procesal²⁹⁸ mediante el cual el Juez de Control determina si existe en los antecedentes de la investigación, datos suficientes para formalizar y judicializar la investigación (siendo los conceptos procesales de dicho proveído **el hecho delictivo y la probabilidad de comisión o participación**, los cuales tendrán que ser definidos por la legislación secundaria respectiva y se expondrá su contenido más adelante).

Encuentra sustento en el artículo 19 Constitucional Reformado, y ha esta figura se le ha asemejado al Auto de Formal Prisión²⁹⁹, basta observar la redacción del precepto anterior y actual:

<p>NUEVO TEXTO DOF de 18 de junio de 2008</p> <p>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 <i>auto de vinculación a proceso</i> en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.</p> <p>...</p>	<p>Texto Previo a la Reforma Constitucional</p> <p>Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del pazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un <i>auto de formal prisión</i> en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado: el lugar tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.</p>
<p>NUEVO TEXTO DOF de 18 de junio de 2008</p> <p>El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será</p>	<p>Texto previo a la Reforma Constitucional</p> <p>Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad</p>

²⁹⁸ El **acto procesal** es el suceso o acontecimiento caracterizado por la intervención de la voluntad humana (de las partes o los agentes de jurisdicción), en virtud del cual se va a modificar o extinguir alguno de los vínculos que componen la relación jurídico-procesal. La nota característica del acto procesal es que tiene que tener una influencia directa e inmediata en el proceso. <http://www.rincondelvago.com>. Consultada 17 de noviembre de 2010.

²⁹⁹ Sin embargo, tienen notorias diferencias, como más adelante lo expondremos.

<p>sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo, y si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.</p>	<p>responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.</p>
<p>NUEVO TEXTO DOF de 18 de junio de 2008</p> <p>Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente.</p> <p>Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.</p>	<p>Texto Previo a la Reforma Constitucional</p> <p>Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.</p>

Al ser un acto de molestia (debido a que por medio de él se somete al imputado al enjuiciamiento penal) debe constar por escrito y cumplir con los requisitos formales de fundamentación y motivación, tal y como lo exige el artículo 16, primer párrafo, de la Carta Magna³⁰⁰. Así, al decretar el auto de vinculación a proceso, el Juez de Control debe limitarse a

³⁰⁰ Los requisitos establecidos por el artículo 16 Constitucional, para cualquier acto de molestia, como el que nos ocupa, lo constituyen:

satisfacer los requisitos de fondo y forma mencionados, excluyendo cualquier pronunciamiento en torno a la prisión preventiva, la cual debe ser solicitada, por separado y como medida cautelar, por el Ministerio Público en los casos en que no proceda oficiosamente, lo anterior se observa en la Legislación de Chihuahua:

Artículo 275. Oportunidad para formular la imputación.

El Ministerio Público deberá formular la imputación en un plazo que no podrá exceder de ocho días cuando obren datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión y considere oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial. **[Párrafo reformado mediante Decreto No. 1017-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No. 9 del 30 de enero de 2010]** Cuando el Ministerio Público estime necesaria la intervención judicial para la aplicación de medidas cautelares personales, estará obligado a formular previamente la imputación. En el caso de imputados detenidos en flagrancia o caso urgente, **el Ministerio Público deberá formular la imputación, solicitar la vinculación del imputado a proceso, así como la aplicación de las medidas cautelares que procedieren en la misma audiencia de control de detención a que se refiere el artículo 168.** En el caso de imputados que han sido aprehendidos por orden judicial, se formulará la imputación en su contra en la audiencia que al efecto convoque el Juez de Garantía, una vez que el imputado ha sido puesto a su disposición. En este caso, formulada la imputación, el Ministerio Público en la misma audiencia, deberá solicitar la vinculación del imputado a proceso, así como la aplicación de las medidas cautelares que procedieren.

En esta audiencia el Ministerio Público puede solicitar medidas cautelares, en esta primero se le da la palabra al imputado para que desahogue sus medios de prueba; posteriormente, se le dará el uso de la palabra el Ministerio Público para que exponga lo que corresponda con respecto a los medios que prevea ofrecidos por el imputado. Se seguirá para esto las reglas del juicio oral tal y como se observa en la Legislación de Chihuahua, donde se establece:

Artículo 283. Audiencia de vinculación a proceso.

La audiencia de vinculación a proceso a que se refiere el último párrafo del artículo anterior iniciará, en su caso, con el desahogo de los medios de prueba que el imputado hubiese ofrecido o presentado en la misma. Para tal efecto, se seguirán en lo conducente las reglas previstas para el desahogo de pruebas en la audiencia de debate de juicio oral. Desahogada la prueba, si la hubo, se le concederá la palabra en primer término al Ministerio Público y luego al imputado. Agotado el debate, el Juez resolverá sobre la vinculación o no del imputado a proceso. En casos de extrema complejidad, el Juez podrá decretar un receso que no podrá exceder de dos horas, antes de resolver sobre la vinculación o no del imputado a proceso.

-
- a) Emitido por Autoridad Competente
 - b) Que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito
 - c) Que se encuentre fundado y motivado
 - d) Que obren datos que establezcan que se cometió ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

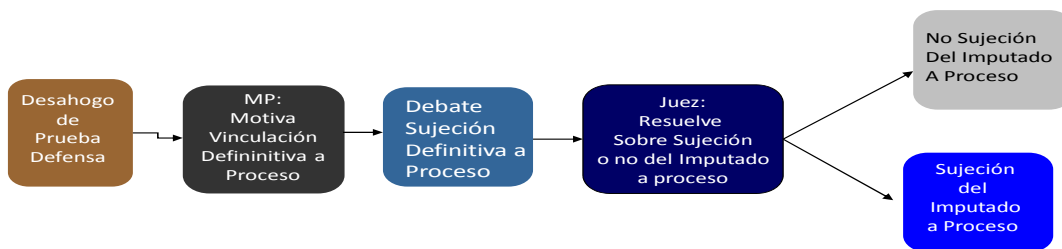
Cerrado el debate el Juez resolverá sobre la vinculación del imputado inmediatamente. Ahora bien, si el caso es complejo, entonces el Juez decretará sobre un breve receso, después del cual resolverá sobre esta vinculación a proceso del imputado.

El resultado de esta audiencia es la vinculación a proceso o la no vinculación del proceso a éste. Cada audiencia tiene un objetivo específico y es importante tenerlo en cuenta; de esta manera, no podrá exponer lo conducente o argumentar sobre elementos que hasta ese momento no están considerados como parte de las audiencias. Por ejemplo, en el caso de la vinculación a proceso, los medios de prueba aportados por la defensa sólo tendrán valor para el objetivo específico de esa audiencia, que es controvertir los medios de prueba y los antecedentes de investigación apartados por el Ministerio Público para efectos de vincular al proceso al imputado³⁰¹.

Para Constantino Rivera, los efectos de la vinculación a proceso son: la interrupción del curso de la prescripción de la acción penal, el comienzo del plazo judicial de la investigación y que el Ministerio Público pierda la facultad de archivar temporalmente el proceso.

Los elementos de prueba que sirvan como base para el dictado del Auto de Vinculación a Proceso y de las medidas cautelares, carecen de valor probatorio por sí mismos para fundar la sentencia, sin perjuicio de ser introducidos como prueba en el juicio.

Audiencia Vinculación a Proceso



8

³⁰¹ GONZÁLEZ OBREGÓN, Cristal; Op, cit., p. 90.

5.2.1 Citación de la partes a la Audiencia de Vinculación a proceso

Las partes deberán estar presentes en la Audiencia en cita, definitiva a proceso, y se concretarán en su argumentación, a cubrir los requisitos señalados por el artículo 19 constitucional reformado. En caso de ausencia de alguna de ellas, deberá seguirse el siguiente procedimiento³⁰²:

1. Ante la ausencia de Juez, la fase preliminar será nula.
2. Si el Ministerio Público se ausenta, se sobreseerá el asunto.
3. Si la defensa no va a la audiencia de vinculación a proceso, se asignará a un abogado de oficio.
4. Si el imputado no asiste, necesariamente se debe justificar su ausencia y no podrá dejársele sin representación en la audiencia.

5.2.2 Argumentación de las partes respecto a la vinculación a proceso

En la audiencia, el Juez de Control concederá el uso de la palabra al Ministerio Público para que exponga los cargos que presenta en contra del imputado y las solicitudes que efectúa ante un Órgano Jurisdiccional. Posteriormente la defensa del imputado, y éste personalmente, podrán manifestar lo que a su derecho convenga.

En seguida el Juez de Control escuchará el caudal probatorio que aporte el imputado y que tengan relación directa con el dictado de Auto de Término y someterá a discusión las demás peticiones que los participantes planteen.

Concluida la audiencia y de considerar que existen datos que establezcan el hecho delictuoso, así como la comisión o participación en su comisión del imputado, el Juez de Control dictará en la misma audiencia, la vinculación a proceso fundando y motivando su razonamiento. En caso contrario decretará un Auto de no Vinculación a proceso o Auto de

³⁰² CONSTANTINO RIVERA, Camilo; Op, cit., pp. 67-68.

Libertad por falta de elementos, sin perjuicio de que el Ministerio Público vuelva a formular esa misma solicitud³⁰³.

5.2.3 Elementos para el pronunciamiento de un Auto de Vinculación a Proceso

Es importante que para la vinculación a proceso, el Juez de Control siga la siguiente estructura³⁰⁴:

1. Los datos generales de la causa y de la persona a quien se le atribuye algún comportamiento típico.
2. La numeración y el análisis de los medios de prueba que obran en la causa.
3. El análisis conforme al cual se acredite o desacredite el probable injusto penal³⁰⁵, la forma de intervención delictiva y el grado de ejecución respectivos.
4. En su caso, la apertura al período judicial de la investigación.

5.3 Dato de prueba

La figura procesal en cita no requiere un estándar probatorio alto (como en la acusación o en el juicio), sino únicamente que existan “*datos*” entendidos como razonamientos lógico-natural y no como un esquema estructurado³⁰⁶.

Lo que es imprescindible es el establecimiento del dolo o culpa del autor para graduar la medida cautelar en la gravedad del hecho.

Al respecto, el Código de Procedimientos Penales del Estado de México (vigente a partir del 28 veintiocho febrero de 2010), establece:

Artículo 185. No podrá librarse orden de aprehensión sin orden judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho delictuoso sancionado con pena privativa de libertad y obren datos de prueba que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. El hecho delictuoso es la circunstanciación fáctica de la descripción típica conforme a sus elementos objetivos, subjetivos o

³⁰³ Idem.

³⁰⁴ Idem.

³⁰⁵ El injusto penal es un comportamiento (doloso o culposo) típico y antijurídico.

³⁰⁶ CONSTANTINO RIVERA, Camilo; Op, cit., p.51

normativos. Se entenderá por dato de prueba la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aun no desahogado ante el juez que se advierta idóneo, pertinente y, en su conjunto suficiente para establecer razonadamente la existencia de un hecho delictuoso y la probable participación del imputado.

El Código Procesal del Estado de Durango (vigente a partir de diciembre de 2009), se prevé:

Artículo 255. Definición de dato de prueba, medio de prueba y prueba. Reglas de admisión. *Dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado. Medios o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos. Se denomina prueba todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al juez como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta. Sólo se pueden utilizar, para fundar la decisión que el tribunal competente debe dictar, las pruebas desahogadas en una audiencia de las previstas en este Código, salvo las excepciones advertidas en la presente ley. Para ser admisibles los datos o medios de prueba deberán ser pertinentes, es decir, referirse directa o indirectamente al objeto de la investigación y deberán ser útiles para esclarecer los hechos. Los tribunales podrán limitar los datos o medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente impertinentes.*

5.4 Finalidad de una Teoría del Delito y del Sujeto Responsable

Los datos que establezcan la existencia de un hecho delictuoso comprenden un indicio fundado de la existencia de un comportamiento (doloso o culposo) típico y antijurídico, es decir, injusto penal³⁰⁷, es lo que exige como conceptos procesales, el auto de vinculación a proceso y los cuales se acreditan mediante la Teoría del Delito y la Teoría del Sujeto Responsable.

La Teoría del Delito y la Teoría del Sujeto Responsable son producto del método dogmático. Partiendo de la ley, la dogmática penal ha ordenado y sistematizado bajo las

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 49.

categorías *tipicidad*, *antijuridicidad* y *sujeto responsable* todas las reglas jurídicas que condicionan la responsabilidad penal. La sistematización de estas reglas es garantista en dos sentidos: por una parte, porque asegura que todo lo jurídico-penalmente relevante del hecho probado va a ser objeto de un riguroso análisis, y por la otra, porque ofrece seguridad de que la ley siempre va a ser interpretada de la misma manera posibilitando con ello una aplicación segura, calculable y racional del Derecho.

La teoría del delito y la teoría del sujeto responsable, de esta forma, se constituye en un obstáculo a la arbitrariedad en la interpretación de la ley. Dentro de cada una de las categorías *tipicidad*, *antijuridicidad* y *sujeto responsable* se encierran argumentos coherentes para sostener la interpretación de la ley penal conforme a su sentido, esto es, conforme a los postulados básicos de un Estado social y democrático de derecho y que se expresan en los principios político-criminales que condicionan la creación y la aplicación de las normas penales. Con el auxilio de estas teorías, con estas propuestas metodológicas, en definitiva, se trata de facilitar la resolución de un caso general o concreto y de proporcionar al mismo tiempo argumentos que sirvan para apoyar la decisión.

La arbitrariedad no solo puede darse en la interpretación de la ley sino también en el establecimiento de los hechos probados. La selección arbitraria de los hechos puede dejar al margen de consideración aspectos fácticos que pueden tener una significación jurídica. Piénsese sobre todo en aquellos a partir de los cuales infieren intencionalidades o ánimos del autor y que pueden ser jurídicamente relevantes. De ahí la importancia que tiene el establecimiento de los hechos probados. Ellos condicionan la aplicación de la ley. Por eso el momento judicial del establecimiento de los hechos probados también debe de estar amparado por garantías que excluyan la posibilidad de abuso y de la arbitrariedad.

El Juez tiene que explicar cómo llego a establecer que los hechos fueron los que dejo consignados en la sentencia y no otros. Nada se saca con una excelente teoría del delito que garantice una aplicación segura, calculable y racional de la ley penal, si el Juez fija arbitrariamente y a su medida los hechos probados.

En el proceso de argumentación se pueden distinguir dos ámbitos. Un primer ámbito es el de la dogmática jurídica en cumplimiento de la función de suministrar criterios para la aplicación del derecho y el otro el de los órganos aplicadores del derecho. Entre ambos procesos de argumentación se observan diferencias. Como ha destacado, salvando el hecho de que nunca la distinción puede ser tajante, mientras los operadores jurídicos tiene que resolver casos concretos, por ejemplo si se debe o no alimentar por la fuerza al preso que hace huelga de hambre, el dogmático se ocupa de casos abstractos y genéricos, como los límites del derecho a la vida y a la libertad personal y cual debe prevalecer en caso de conflicto.

5.4.1. Evolución de la Teoría del Delito

En la evolución de sistema de la teoría del delito y del sujeto responsable se pueden reconocer diversos estadios. Cada uno de estos estadios constituye un modelo de análisis diferente que se ha ido construyendo sobre la base del modelo anterior con la perspectiva de superar sus carencias. Por eso, como es natural, han ido ganando en complejidad pero también en exactitud y eficacia práctica.

Los elementos *acción*, que se constituye en la piedra angular del sistema, *tipicidad*, *antijuridicidad* y *culpabilidad* se van reiterando en cada una de las propuestas, solo que con diferentes contenidos. Dichos contenidos están condicionados por los fundamentos ideológicos que sirven de base a las diferentes propuestas. Estos fundamentos ideológicos se vuelcan en conceptos de *acción*, como sucede con las posturas causalista y finalista o bien en objetivos político-criminales, como los fines preventivo generales de la pena y la afirmación de los valores del sistema.

Debemos aclarar que en nuestra propuesta personal como lo explicaremos en la sección 16, distinguimos entre una teoría del delito, una teoría del sujeto responsable. Esta última teoría que tiene fundamentos diferentes al injusto y está referida exclusivamente al sujeto, equivale al concepto de *culpabilidad* de las teorías tradicionales. En la evolución de la teoría del delito distinguiremos entre el causalismo naturalista, el causalismo valorativo, la teoría finalista de la acción y los planteamientos político-criminales.

La norma penal solo puede aparecer como *necesaria* en cuanto tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, de ahí que el principio básico sea el de lesividad, esto es, que solo podrá ser delito aquello que afecta u bien jurídico. Es el bien jurídico el que está en la base de la teoría del delito y no la acción. La acción es solo un elemento objetivo, sin duda importante, pero solo un elemento objetivo más del tipo a través de la cual se singulariza una vinculación entre los sujetos. Lo importante son los procesos valorativos la causalidad es solo un dato más, a ser tendido en cuenta por el interprete en el *juicio de atribución* que implica la determinación de la tipicidad.

Por lo tanto, en el tipo legal se contiene la descripción de un ámbito situacional de comunicación social, esto es, sean de acción u omisión, dolosos o culposos que tienen capacidad de entrar en conflicto con el bien jurídico protegido por la norma. La tipicidad es el resultado de un proceso valorativo de *atribución* de un ámbito situacional concreto a un tipo legal abstracto y genérico. Vista desde la perspectiva de los procesos de criminalización la determinación de una tipicidad de una conducta implica el primer paso de la incriminación secundaria, esto es, de la aplicación de la norma.

Por su parte, la antijuridicidad implicara dos procesos. En primer lugar, determinar si ese ámbito situacional típico efectivamente ha producido una afectación a un bien jurídico. Este es un proceso valorativo en que se ha de determinar si es posible *imputar objetivamente* la afectación a ese ámbito de comunicación social que es la tipicidad. La no consideración de la afectación al bien jurídico llevara a desgajar la teoría penal de todo el sistema jurídico, ya que al sistema le es significativo que las personas mueran, que las cosas se destruyan, que los contratos no se cumplan, etc.

Históricamente esta desvinculación del Derecho Penal desde la subjetividad afectante de valores ético-sociales con una peligrosa tendencia a considerarlo como un recurso de *prima ratio* en lugar de lo debiera ser, un recurso de *extrema ratio*. Ahora bien, con ello no se agota la antijuridicidad, pues, en segundo lugar, es necesario considerar un aspecto negativo, esto es,

que no existen causas de justificación, es decir, que en el propio ordenamiento jurídico no se prevén normas permisivas en relación a esa afectación al bien jurídico.

En suma, la teoría del delito se *construye* a partir de una finalidad político-criminal de protección de bienes jurídicos. No es algo dado en la naturaleza del ser y por eso mismo, por ser simplemente una construcción, no tiene una legitimación propiamente tal, sino solo está fundamentado en la *necesidad* y por tanto es susceptible de constante revisión y crítica de deslegitimación.

5.4.1.1 El Causalismo Naturalista

Con este nombre, conocido también como sistema Liszt-Beling, se identifica un modelo cuya base de inspiración fue el positivismo naturalista. Es el inicio de la dogmática moderna y a partir de él se pretende configurar una teoría científica del delito.

El delito es una acción equivalente a un hecho de la naturaleza que produce un cambio en el mundo social. Luego, el delito es definido por la relación de causalidad entre esa acción y la modificación del mundo exterior. Desde este planteamiento, las funciones de los elementos de delito quedan definidas de la siguiente manera:

a) La tipicidad es simplemente *descriptiva* del proceso causal, es decir, de una relación de necesidad entre un antecedente que es la acción y un consecuente que es el cambio que dicha acción produce en el mundo social. La determinación de la tipicidad se realiza comprobando la relación de causalidad entre acción y el resultado. La tipicidad, luego, tiene un carácter *objetivo*.

b) La antijuridicidad es *valorativa*. Se trata de valorar la relación de contradicción entre ese proceso causal con todo el ordenamiento jurídico. Por ello mismo, la antijuridicidad tiene carácter *objetivo*. En suma, el injusto, esto es, el hecho típico antijurídico tiene un carácter *objetivo* y pertenece al mundo *natural*.

c) La culpabilidad es una relación psicológica entre el hecho y su autor, luego tiene un carácter *subjetivo* y perteneciente al mundo *natural*. Por eso la culpabilidad se agota en el dolo y la culpa, que son formas de esa relación psicológica.

Ahora bien, la culpabilidad entendida como relación psicológica del hecho con el autor requiere de éstas condiciones de madurez y de salud psíquica y física para que esta relación pueda tener lugar. Esas condiciones determinan la imputabilidad o capacidad de culpabilidad de una persona, en consecuencia, el modelo del causalismo naturalista necesariamente tiene que contemplar la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad.

En definitiva, el delito tiene un ámbito de carácter objetivo (el injusto) y otro de carácter subjetivo (la culpabilidad), pero lo común es la pertenencia al mundo de lo *natural* (en el sentido de las ciencias de la naturaleza).

También se destacaría que el tipo no era meramente descriptivo, ya que se podía apreciar la presencia de elementos valorativos. También lo valorativo llegaría a la culpabilidad, llegándose a la conclusión de que esta no se agota con el dolo o la culpa, sino que antes que nada era un juicio valorativo de reproche al sujeto que no utilizó sus capacidades de actuar conforme a derecho.

5.4.1.2 El Causalismo Valorativo

El resurgimiento del pensamiento kantiano a principios del siglo, servirá de fundamento para una revisión crítica del positivismo. Sería un comienzo de una huida del pensamiento positivista que se centraría en su más claro signo de identidad, es decir, en el concepto de causalidad. La ideología neokantiana distingue entre dos ciencias, las de la naturaleza y las de los valores. Estas últimas son las propias al aspecto social de los hechos.

El causalismo valorativo habría de proponer una sumatoria de ambas. Mantendría el concepto de acción causal, sólo que la causalidad para ser causalidad valorada y, por tanto, también del delito.

a. La tipicidad es *descriptiva* y al mismo tiempo *valorativa* (del proceso causal) y pertenece al ámbito objetivo, pero por excepción puede contener *elementos* subjetivos (dado que ciertos tipos legales no podían ser entendidos sin ellos).

b. La antijuridicidad es *valorativa* y *objetiva*, y solo por excepción contiene algún elemento subjetivo (el conocimiento) en algunas causas de justificación. En suma, el injusto es *objetivo* y perteneciente al mundo del *valor*.

c. Si la culpabilidad era solo subjetiva para el causalismo naturalista, con el causalismo valorativo pasa a ser antes que nada valorativa, pues es entendida como un reproche del autor. Pero también es *subjetiva*, ya que el sujeto tenía capacidad de actuar de otra manera. Con ello entonces, solo y culpa pasan a ser solo elementos de la culpabilidad y la imputabilidad o capacidad de culpabilidad pasa a integrarse como otro elemento dentro de ella. Del mismo modo también se incluye como elemento por algunos la exigibilidad de la conducta como valoración de las circunstancias en que actuó la persona.

En definitiva, el delito tiene un ámbito de carácter objetivo valorativo (el injusto) y otro de carácter subjetivo valorativo (la culpabilidad), luego la característica común es la pertenencia al *mundo del valor* (en el sentido de las ciencias valorativas). Se objetaría al causalismo valorativo su incapacidad para dar una explicación coherente para la presencia de elementos subjetivos en el tipo que aparecían meramente injertados.

También se cuestionaría la ubicación sistemática que le daba al dolo. Si la culpabilidad es valoración no puede ser al mismo tiempo objeto de valoración, pues lo que se valoraba es justamente la acción dolosa. Tampoco logra el causalismo valorativo superar la crítica que se le había hecho al concepto omnicomprendivo de acción.

5.4.1.3 La Teoría Finalista de la Acción

La revisión crítica al positivismo se agudizaría con la teoría finalista que atacaría a la piedra angular del sistema, el concepto mismo de *acción*, sobre la base del movimiento cultural, científico y filosófico de los años treinta.

Sus primeros principios fundamentales son que el delito es acción, no causal sino final, lo ³⁰⁸que significa que el actuar humano se determina *desde* el fin perseguido por el autor sobre la base de su experiencia causal. Con este planteamiento la categoría de la causalidad queda *integrada* no sumada como en el causalismo valorativo dentro de la tipicidad. Luego:

La tipicidad tiene un aspecto objetivo, descriptivo y valorativo (del proceso causal) y un aspecto subjetivo (que recoge valorativamente el proceso desde el fin). Por ello dolo y culpa pertenecen a la tipicidad;

La antijuridicidad es objetiva y valorativa, pero todas las causas de justificación contienen elementos subjetivos (conocimiento e *intención*). En suma, para los finalistas, el injusto es un ámbito integrado de diferentes caracteres, pero en que el elemento común es subjetivo³⁰⁹.

La culpabilidad es irreprochabilidad (proceso valorativo) de la capacidad de motivación, esto es, de la capacidad de actuar de otra manera, esto es, conforme a la norma y a pesar de ello actuar en contra de ella (aspecto subjetivo). Luego, los elementos de la culpabilidad son solo la imputabilidad y la conciencia del injusto. Para los finalistas la exigibilidad de la conducta por principio no puede ser elemento de la culpabilidad, pues el sujeto podía actuar de otra manera. Luego, en esas situaciones extremas todo lo más habría una dispensa estatal³¹⁰.

En definitiva, para los finalistas, dentro de sus procesos de integración prima siempre lo subjetivo valorado éticamente. Por eso, consecuentemente, es para ellos punible la tentativa

³⁰⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; “*Obras completas*”. Tomo I. ARA Editores, Perú 2005, p. 621.

³⁰⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; “*Obras completas*”, Op, cit., p. 622

³¹⁰ *Ibidem*, p. 623.

de delito imposible, pues ya en ellos hay una subjetividad desvalorada éticamente que se ha objetivado.

La posibilidad de delito imposible se plantea en aquellos supuestos en que la realización delictiva no puede ser llevada a cabo por idoneidad en el objeto o en el medio. Un supuesto del primer caso sería el del que intenta matar a otro que ya estaba muerto e ignorándolo dispara sobre el cadáver. El segundo caso se presentaría si se intenta matar a otra persona con una infusión de manzanilla.

Ahora bien, con posterioridad, dadas las críticas recibidas en el sentido de que en la omisión no hay finalidad –y por tanto tampoco causalidad- y que en el delito culposo no hay un proceso valorado desde el fin y que la culpabilidad en todo caso guarda relación directa con el sujeto y no con la acción, se produce un cambio total en la teoría. Delito es ahora injusto y culpabilidad.

El finalismo habría de reconocer estructuras diferentes para la acción y la omisión y a su vez los injustos de acción y omisión pueden ser dolosos o culposos³¹¹. Con ello vendría a proponer cuatro propuestas metodológicamente diferentes: a) para los delitos de acción dolosos; b) para los delitos de acción culposos; c) para los delitos de omisión dolosos y d) para los delitos de omisión culposos.

El finalismo pudo superar las críticas que se le habían hecho a las propuestas causalistas logrando una mayor precisión conceptual y sistemática. No obstante, se le criticaría su acentuación en la valoración del acto y su tendencia a la eterización y subjetivización del delito al prescindir del resultado, esto es, de la afectación al bien jurídico.

5.4.1.4 Tipo y Tipicidad

Establecido lo anterior, corresponde examinar que significa que una conducta sea típica. Significa que, en cumplimiento del principio de legalidad, ha de estar previamente

³¹¹ Idem.

definida como delito en un tipo penal. Pero el tipo penal no se agota con la conducta. Dentro de los tipos penales más allá de una conducta lo que hay son verdaderas vinculaciones entre personas. Lo mismo ocurre con los hechos concretos en la vida real.

No son simples conductas sino acontecimientos más complejos en los que confluyen voluntades, motivaciones, cuestiones circunstanciales de tiempo y de lugar, etc. son situaciones sociales que son tipificadas por el legislador con el recurso de elementos descriptivos, valorativos y subjetivos para regular hechos futuros. Por eso se dice que la tipicidad cumple una *función garantizadora*³¹².

En cuanto a la tipicidad, cabe señalar que esta se establece cuando a una situación concreta se le puede dar el carácter de típica, esto es, de corresponderse a la que en forma abstracta y genérica se encuentra contenida dentro del tipo penal. De esta forma, la tipicidad resulta de un proceso de atribución o mejor de un *juicio valorativo de atribución* por el cual el intérprete valora desde el bien jurídico si una determinada situación puede ser atribuida a la contenida en el tipo penal³¹³.

Ahora bien, este proceso valorativo de atribución no se agota con la constatación formal de la concurrencia de todos y cada uno de los elementos típicos, como la acción, las circunstancias de tiempo, de lugar, vinculaciones personales y demás condicionamientos que pueda contener el tipo, sino que es necesario verificar valorativamente si la realización típica entra en conflicto con el bien jurídico protegido por la respectiva norma. Es el bien jurídico el que le da significación material a la realización típica.

Como decíamos anteriormente, los tipos penales son caracterizados con el recurso de elementos objetivos y subjetivos. Con estos elementos el legislador configura en los tipos penales formas de vinculación entre sujetos, que en la medida que entran en conflicto con un bien jurídico adquieren una significación jurídico-penal. Dentro de estos elementos objetivos

³¹² MÁRQUEZ PIÑEDO, Rafael; “*El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*”. 2da. edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 129

³¹³ Idem

se encuentra el comportamiento, acción u omisión. Dentro de los tipos penales el comportamiento es un elemento importante por cuanto expresa el vehículo de comunicación entre los sujetos.

Por eso, la norma penal, prohibitiva o de mandato, está dirigida a esas acciones u omisiones. Con la norma prohibitiva o de mandato se señala que forma de comunicación, esto es, acción u omisión, no debe tener lugar, pues de otro modo se provoca la reacción estatal. Ello da lugar a que se diga que la tipicidad cumple una *función de instrucción*³¹⁴.

Pero no sólo es necesario hacer esta distinción entre delitos de acción y de omisión, sino también en la diferente forma de vinculación personal que esa acción u omisión pueda tener con el sujeto. El ordenamiento jurídico en algunas ocasiones pone el acento en la dirección misma de la comunicación que le ha dado el sujeto a su comportamiento (el sujeto quería la lesión del bien jurídico y dirige su acción en ese sentido), o bien en los riesgos que puede entrañar dicho comportamiento para los bienes jurídicos (el sujeto no quería la lesión del bien jurídico pero debió hacer previsto esa posible lesión y actuado en consecuencia). En el primer caso se habla de dolo y en el segundo de imprudencia o culpa.

Por consiguiente, hay que distinguir cuatro propuestas metodológicas diferentes: dos para los delitos de acción (acción dolosa e imprudente o culposa) y dos para los delitos de omisión (omisión dolosa e imprudente o culposa).

La determinación de la tipicidad implica comprobar la contravención de la norma prohibitiva o de mandato, una primera desvaloración del hecho, un indicio de la existencia de un delito. Desde esta perspectiva se dice que la tipicidad es *ratio cognoscendi* del segundo momento valorativo, el de la antijuridicidad. De ahí surge la tercera función de la tipicidad, que es la *función indiciaria* de la antijuridicidad³¹⁵.

Tal vez, para iniciar el estudio de este apartado, convendría recordar las palabras del Doctor Mariano Jiménez Huerta quien señala que las figuras típicas geometrizan lo

³¹⁴ *Ibidem*, p. 130.

³¹⁵ *Idem*.

antijurídico, corrigen la intuición, frenan la emoción y proporcionan al Derecho Penal una mística noble y una reciedumbre segura y grandiosa que corta a raíz los arrebatos de la ira, los despotismos, las arbitrariedades y todos los excesos emotivos insitos en la endeble condición humana³¹⁶.

Hay que hacer constar que se produce una confusión, donde la conceptualización de tipicidad y tipo son utilizadas –indebidamente- en forma similar o equivalente, cuando realmente se trata de dos emociones distintas, aunque eso sí, estrechamente relacionadas unas con otras, lo que no favorece, precisamente, el adecuado manejo de las mismas.

La doctora Olga Islas, por su parte, señala que **“el tipo constituye, funcionalmente, una figura elaborada por el legislador, descriptivamente de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido suficiente y necesario para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos”**³¹⁷. De esta definición se deduce:

- a) El tipo es una mera descripción general y abstracta
- b) Su elaboración corresponde exclusivamente al legislador
- c) El tipo regula, tan solo, eventos que tienen la propiedad de ser antisociales
- d) El tipo determina que un evento antisocial adquiera relevancia penal
- e) Para cada clase de eventos antisociales hay un, y solo un, tipo penal.
- f) Cada tipo penal señala, una, y solo una, clase de eventos antisociales.
- g) La necesidad y la suficiencia especifican la clase de eventos antisociales descrita.
- h) EL tipo delimita, con toda precisión, el ámbito de lo punible y, como consecuencia, permite conocer, con certeza, lo que no es punible.
- i) El tipo tiene como función la protección de bienes jurídicos.
- j) Sin la existencia previa de un tipo, no hay delito.

Expuesta esta introducción al tema, que nos ocupa, cabe señalar que el vocablo de tipicidad toma su esencia del sustantivo tipo, que proviene del latín *tipus*. En este sentido, el Doctor Jiménez Huerta nos indica que, en su acepción trascendental para la disciplina penal,

³¹⁶ Ibídem p. 131.

³¹⁷ Ibídem p. 132.

significa simbólico representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia.

Por otra parte, la raíz histórica del tipo se encuentra en el concepto de *corpus delicti*, contenido en viejas leyes vertido, posteriormente, con la denominación de *Tatbestand* a la lengua alemana (concretamente en el siglo XIX), como acredita la Ordenanza Criminal Prusiana de 1805 (párrafo 133, que todavía perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos)³¹⁸.

El *Tatbestand* constituyó el hecho del delito, el contenido real, en oposición al puro concepto (Degriff) lo que el Doctor Jiménez Huerta, en su primera acepción del cuerpo del delito, entiende como acción punible, como el hecho objetivo. Sin embargo, la teoría del delito, basada –entre otras características- en el tipo o tipicidad, llegó al ámbito del Derecho Penal, gracias a Ernest Beling en el año 1906. Éste ilustre profesor de Munich dio al tipo (*Tatbestand*) un sentido distinto del que se tenía hasta entonces y donde el tipo no era figura de delito específica, en la se reúnen la totalidad de sus caracteres externos e internos (incluidos el dolo y la culpa)³¹⁹. Dicho en otras palabras, el tipo penal describe, en abstracto, los elementos materiales, característicos de cada especie de delito.

En cuanto a la necesidad social y el tipo penal, la comunidad se ve inquieta, algunas veces por la violación de garantías de los gobernados, ello produce una necesidad social de regular tales actividades como típicas. Dicho de otra forma, conviene determinar con claridad los hechos típicos (de ahí el carácter fáctico del mismo).

Pero ocurre que (antes de concretarse los hechos en una figura legal) se producen una serie de factores, que intervienen en la redacción final del mismo, y que (a veces) influyen sobre dicha redacción final de aquellas conductas. Así tenemos factores sociales, factores culturales, factores económicos, factores políticos e inclusive, factores religiosos. Por consiguiente, en el derecho penal moderno el tipo constituye la base de todo ordenamiento jurídico-penal, aunque conviene precisar que **tipicidad es la correspondencia unívoca, uno**

³¹⁸ Idem

³¹⁹ Ibídem, p. 132

por uno, entre los presupuestos del delito y los elementos de la descripción típica³²⁰. En cambio, el tipo es la descripción que realiza el legislador de dichas conductas típicas³²¹. Todo esto no surgió espontáneamente sino que fue marcado por la evolución del propio tipo penal, que registro diversas fases, hasta desembocar en el Derecho Penal Moderno. Las distintas fases de la evolución vienen marcadas de la siguiente manera:

1. Fase de la independencia

En esta, la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, totalmente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad; por ejemplo, matar a un hombre, el tipo del delito de homicidio, pues se trata de una mera descripción. Cuando se pretende establecer si la muerte fue contraria a la norma que prohíbe matar, o si se realizó en legítima defensa, se está en presencia de una función valorativa, concretada en la característica del delito denominada antijuridicidad.

Por último el juicio que permite atribuir a un ser imputable el acto realizado y de reprochársele (a título de dolo o culpa) se realiza mediante la culpabilidad. Tipicidad y antijuridicidad son conceptos distintos. El tipo es un elemento de la ley penal. Esta castigada toda acción típica (o lo que es lo mismo) enmarcable dentro de algunos de los tipos descritos en el articulado de las partes especiales de los códigos, antijurídica (es decir, contraria a la norma) y que reúne el resto de los requisitos expuestos por Beling³²².

El tipo y la norma son, pues, las dos piezas fundamentales en que se apoya la construcción entera del delito, ya que el tipo describe y la norma valora. No obstante, ya que lo injusto, lo antijurídico no es divisible de por parcelas jurídicas, sino unitario, la acción típica no son lo mismo, sino dos elementos independientes. Por otra parte, entiendo, que el injusto se refiere al contenido material de la conducta y lo antijurídico a lo contrario a la norma. Esta, al menos, es la opinión (posiblemente equivocada) del autor de esta obra: El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo.

³²⁰ Idem.

³²¹ Idem.

³²² *Ibidem*, p. 133.

También ha de separarse la tipicidad de la culpabilidad, ya que la determinación de la tipicidad de un acto no reside, exclusivamente, en la determinación del dolo ni de la culpa, ya que el tipo, referente a la acción cometida (repetimos, sea dolosa o culposamente) debe tener, por exigencia, inescusable el mismo contenido. Por su parte, el maestro Jiménez de Azua, comentando estas últimas frases de Beling, expresa que no solo muestran la separación, sino también la superior unidad de todos los caracteres del delito, enmarcados en el tipo legal, señalando que este sirve para diversas funciones.

Así: para clasificar las infracciones, para establecer el concepto de tentativa, para decidir el concurso aparente de leyes, para aclarar la unidad del acto en las acciones complejas, para el concurso de delinquentes y la codelincuencia, etcétera. Al exponer Beling su teoría en 1906, fue recibida con grandes reservas por los tratadistas alemanes; incluso el maestro Binding la atacó muy duramente y, asimismo, fue ignorada en el extranjero.

2. De carácter indiciario

Fue Max Ernest Mayer, en su *Tratado de Derecho Penal* (publicado en 1915) quien expuso la segunda fase de la teoría de la tipicidad. El ilustre tratadista no entiende la tipicidad como simple descripción, sino que tiene valor indiciario de otras características del delito, y específicamente la antijuridicidad.

Al establecer la función que desempeña la antijuridicidad, Max Ernest Mayer la considera como el primer presupuesto de la pena y estima que la antijuridicidad es el segundo presupuesto de la pena³²³. Dicho autor propugna por las separaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero enfatiza la función indiciaria respecto de la antijuridicidad y su importancia. En conclusión, la tipicidad constituye la *ratio cognoscendi* de lo antijurídico.

³²³ Idem.

3. Fase de la ratio essendi de la antijuridicidad

Edmund Mezger se opone a la formulación de Beling, y publica su doctrina, ya plenamente elaborada, en 1931, en su *Tratado de Derecho Penal*. La definición de delito de Mezger indica claramente el fundamento de su teoría y, a estos efectos, dice: “acción típicamente antijurídica y culpable”³²⁴. Puesto que para Mezger el delito es, en primer término, una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la tipicidad no se lleva a cabo en un apartado propio, sino que se incluye en la antijuridicidad, tratada primero como injusto objetivo y posteriormente como injusto tipificado. Lo anterior es perfectamente comprensible, ya que para Mezger el delito no constituye un conjunto de características independientes: acción típica, antijurídica, etcétera. El ilustre maestro alemán dice que el delito es ante todo un evento antijurídico, pero típicamente antijurídico.

En la concepción de Mezger la tipicidad constituye mucho más que indicio, mucho más que *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, pues constituye la base real de esta, es decir, su *ratio essendi*. El tratadista alemán señala que la antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo. Esto significa que pueden existir acciones que no sean antijurídicas, pero que es esencial a la antijuridicidad la tipificación. Para Jiménez de Asúa, la consecuencia de la doctrina de Mezger es que existe una antijuridicidad exclusivamente penal.

Mezger rechaza consideraciones de este tipo y niega que su doctrina, que sus ideas postulen una antijuridicidad penal específica, ya que lo que él pretende es enfatizar, de manera muy clara, la necesidad de destacar que la antijuridicidad penal requiere de la tipicidad.

4. Fase defensiva. La figura rectora de Beling

Desde que, en 1906, Beling destacó, por primera vez, la importancia y sentido del tipo, el rechazo que sufrió su construcción doctrinal, especialmente de los autores alemanes, dieron lugar a que la reelaborara. De ahí que hay dos momentos, claramente diferenciados, en su construcción doctrinal. El primero, en su versión del tipo materializado (1906) que es la época

³²⁴ *Ibidem*, p. 134

correspondiente a la publicación de su obra fundamental *Die Lehre vom Tatbestand*. El segundo en (1930) con su monografía *Die Lehre vom Tatbestand*, son dos hitos esenciales en la evolución del pensamiento del ilustre maestro alemán. Por consiguiente, el tipo no es ya para Beling el hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito por sus elementos materiales en cada especie delictiva, sino que constituye la imagen rectora, cuadro dominante o tipo *regens*, que delimita y preside cada especie delictiva.

La adecuación de la conducta al tipo (idea insita en la noción de la tipicidad) ha de ser adecuación no a la especie delictiva, sino a lo que es imagen rectora, o cuadro dominante de cada una de ellas. Jiménez Huerta agrega: con su nueva concepción del tipo como imagen rectora o cuadro dominante de cada especie delictiva, Beling pretendía solucionar algunos problemas³²⁵.

Los problemas pendientes eran referentes a la tentativa y a la complicidad, teniendo en cuenta de que la conducta intentada y la de los participantes no se podían subsumir en el concepto descriptivo del tipo. Con la nueva formulación se encuentra la solución, ya que la acción intentada y la de los participantes, quedan incorporadas a la imagen rectora.

Por su parte, Jiménez Asúa, al resumir la nomenclatura y distintos elementos y conceptos referentes al tipo (conforme a la nueva formulación de Beling en 1930) sintetiza lo siguiente³²⁶:

- A. Tipo de delito (*Deliktstypus*). Se trata de la figura de delito, como se expresaría en español, o también la vieja conceptualización que dio Stubel a la tipicidad. Se procura solo destacar especies.
- B. Tipo de lo justo (*Unrechtstypus*). Se trata de la conducta antijurídica de determinada especie. Para el interprete es una valoración, ya que es hace referencia a las imágenes normativas.
- C. Tipo de culpabilidad. Este tipo también es interno y consiste en el dolo que se exige en cada caso. Con un dolo de culpabilidad de fraude, por ejemplo, no se califica la privación de la vida de una persona.

³²⁵ Idem.

³²⁶ *Ibídem*, p. 135

D. Figura rectora (*Leitbild*). En realidad lo constituye el antiguo *Tatbestand*, al que Beling le da esta nueva denominación para evitar confusiones. Esa imagen, por ejemplo, apoderamiento de una cosa mueble ajena, lo rige todo; en ella se concreta y a ella se dirige lo injusto normativo y la culpabilidad. Sin embargo, la figura rectora es objetiva, descriptiva; por eso hace posible reunir (en su tipo) todos los demás tipos internos: el de lo injusto y el de la culpabilidad.

E. Adecuación típica (*Tatbestandmassigkeit*). En realidad. El tipo o figura rectora no es, es esta concepción de Beling, parte del tipo del delito (*Deliktstypus*). Si el mismo se desmembra, parece que debería surgir la imagen rectora; pero no es así. La figura rectora es independiente en absoluto y tiene su contenido (mejor dicho lo espera) puesto que está vacía; por ejemplo, privar de la vida a otro es la imagen rectora del homicidio, abstracción hecha de todos los acontecimientos reales correspondientes a la acción.

Pero la primera característica del tipo de delito de homicidio no es la figura rectora, matar a una persona, sino a la acción de matar. Esta es la adecuación típica, la relación entre el hecho concreto, real y el tipo de delito (*Deliktstypus*), la acción que da contenido al *Tatbestand* legal, al tipo legal.

F. Tipicidad *stricto sensu* (*Typicitat*). En sentido estricto, la tipicidad sería un elemento esencial del delito: la descripción hecha por el legislador. Las imágenes rectoras están como colgando de una cuerda o, por decirlo mejor, se encuentran en el Código Penal como un libro de figuras. Únicamente el legislador puede añadir una nueva, ya que no hay delitos sin tipicidad, y la analogía (como ya sabemos) es inadmisibles en el Derecho Penal. La ley penal ha de establecer (muy claramente) los delitos en tipos perfectamente concretados, mas no es definiciones amplias y vagas.

5. Fase destructiva

Tanto la doctrina de la tipicidad, de tipo, como la teoría objetiva de la antijuridicidad, resultan radicalmente incompatibles con las concepciones del nacionalsocialismo (nazismo hitleriano) que, al ser aplicadas al ámbito de Derecho Penal, producen un enorme y desorganizado impacto en la estructura liberal de la ciencia penal.

Cuando en 1933, se inicio la reforma penal en Alemania, se estableció que la pena ya no dependía de la producción de un resultado. El nuevo Derecho Penal tiene como finalidad la voluntad pero no la acción de la conducta. El delito se convierte en el reproche de la culpabilidad ante un resultado imposible. El punto de partida ya no es el resultado lesivo, sino la conducta peligrosa del agente. Precisamente, El hecho de matar a un hombre, por ejemplo, solo será castigado como asesinato si la comunidad ha sufrido, o está en riesgo de sufrir, un perjuicio por ese acto; todos los demás criterios que supongan la noción de valor deben ser rechazados³²⁷.

Los seguidores de esta doctrina deben de inspirarse no en las nociones jurídicas provenientes de una verdad empírica, sino en las dimanantes de un orden moral, que surge del pueblo y de la raza. Por tanto, el papel del juez consistirá en interpretar ese orden moral, y la misión de la pena en sancionar esas violaciones. El Derecho Penal nacionalsocialista únicamente considera la voluntad criminal y no tiene en cuenta el resultado pero esto no es todo; para juzgar, es preciso poner en la balanza al individuo culpable y la colectividad ofendida. La consecuencia es que se rechaza toda diferencia entre acto antijurídico y culpable, en el sentido de la doctrina clásica en la materia.

Según Jiménez de Azua, a quien venimos siguiendo en toda esta exposición, la ley es la expresión de dicho orden moral. El intérprete debe olvidar las nociones formales y seguir las ideas expuestas. Las concepciones penales liberales, con el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* desaparecen con el nazismo. Jiménez de Azua afirma, que tanto la Alemania de Hitler como la URSS, al construir su Derecho autoritario, destruyeron los principios fundamentales del liberalismo penal. Todo lo que limite las facultades del Estado (y la tipicidad las limita) se entiende como una debilidad ante su orden jurídico-político.

Por tanto, se sancionan las intenciones, los propósitos antes de su manifestación externa, tras la labor destructiva de los derechos penales autocráticos, autoritarios o simplemente reaccionarios ante la distinción entre tipicidad y tipo.

³²⁷ Idem

6. *Fase finalista*

La excepcional aportación de Hans Welzel a la ciencia jurídico penal constituye una de las aportaciones más relevantes, en el ámbito del Derecho Penal, en el siglo XX. Esta fase conocida como la de los elementos subjetivos del tipo, de la descripción típica, se construyó en las peores condiciones políticas posibles, es decir, desde el año 1932 hasta el año 1938, aunque- posteriormente- sus discípulos completaron y perfeccionaron la formulación teórica del maestro. En este sentido, Claus Roxin y Reinhart Maurach fueron sus seguidores y críticos más capacitados, colaborando ambos al perfeccionamiento y difusión del nuevo sistema de Derecho Penal. Cuando en el párrafo anterior me referí a las condiciones políticas no adecuadas, estaba pensando en la llegada al poder de Adolf Hitler y el nacionalsocialismo³²⁸.

Esa asunción se produjo, en principio, por la vía democrática, pues en las elecciones de 1932 en las que el nazismo venció y –a partir de ese momento- comenzó un triste calvario para la nación alemana, primero a los sones de la música de Wagner, con toda la aparatosidad de las trompeterías estruendosas, y posteriormente con la expansión del nazismo impuesta a otras naciones. Precisamente, cuando se derrumba todo aquel edificio lo único que queda vivo y erguido es la teoría de la acción finalista de Hans Welzel. Esta teoría considera la acción, ubicada en su problemática como una acción ontológica, un concepto naturalista de acción.

Frente a eso, Welzel llegó a una concesión finalista de la acción valorativamente considerada. En este sentido, la acción penal no es cualquier acción, sino una orientada –*ab initio*- encauzada a la consecución de una finalidad. Así el ilustre maestro alemán dice literalmente que “la acción es el ejercicio final de la actividad humana”.

Frente a la sistemática ortodoxa del causalismo, para el que la acción, en sentido amplio, fue considerada como relación causal de la voluntad y como tipo objetivo idéntico para el dolo y la culpa, concebido de la manera objetivo externa. Welzel afirma el carácter erróneo de esta tesis, ya que ignora las diferencias positivas entre los delitos culposos y los dolosos. A estos efectos, Hans Welzel ejemplifica:

³²⁸ *Ibidem*, p. 144

Si un rayo alcanza a un hombre que trabaja en el campo, es indudable que lo ha acaecido tiene su base en el hecho de que entre el hombre y la nube se había establecido una muy potente tensión eléctrica, tensión que condujo a la descarga. Dicha tensión hubiera también podido surgir exactamente lo mismo entre cualquier objeto elevado y la nube. El que fuera el hombre es algo que ciertamente está condicionado casualmente en la cadena infinita del suceder, pero el suceder no está dirigido a ello. La cosa es totalmente distinta cuando se trata de acciones humanas: el que quiere asesinar a otro selecciona los factores causales, conscientemente, en tal sentido y los dispone de manera que alcancen la meta predeterminada. Aquí aparece ordenada la constelación causal en vista de la consecución de la meta: compra del arma, informaciones para elegir la ocasión propicia, situarse al acecho, apuntar el arma, disparar; todos ellos, actos dirigidos a la meta, sometidos a un plan conjunto.

Tras el ejemplo anterior, Hans Welzel se ocupa de la “valoración social de la acción” diciéndonos que: todo delito es acción en el espacio social (concepto nazi) y ahí encuentra su valoración. El acto de homicidio doloso, expuesto ya, es enjuiciado y condenado por la sociedad como antijurídico. Así pues la “Antijuridicidad es la valoración negativa de la acción”, desde el punto de vista de la comunidad.

Como contrapartida, el autor de la conducta típica valoriza la acción, y al cometerla lo hace de modo positivo. El sujeto realiza la acción porque la considera beneficiosa o porque, de cualquier otro modo la valora positivamente. Esta diferencia entre la valoración negativa comunitaria y la positiva del agente constituyen el fundamento del reproche de culpabilidad. Precisamente, lo que resulta más incongruente de la doctrina welzeliana es ver como la teoría tradicional del dolo y de la culpa queda aniquilada. En esta teoría se advierte que la intención no es ya forma ni especie de la culpabilidad, sino parte de la acción, y que esta es la base del tipo de lo injusto; la intención resulta un elemento subjetivo del tipo legal.

Hans Welzel (según Jiménez de Azua) formuló esta teoría de la acción finalista, cuyo precedente pudiera encontrarse en lo dicho por Karl Wolff. La distinción entre causalismo y finalismo ha provocado una de las más fuertes controversias jurídicas-penales en la historia de

la dogmática jurídica³²⁹. Sin duda, la teoría del profesor Hans Welzel fue una novedad extraordinaria en el concepto de la sistemática penal, no vamos aquí a detenernos en dicha discusión, pero si es obligado dejar plenamente aclarada la diferenciación entre ambas corrientes penales. Por un lado, el causalismo, señala tres elementos fundamentales en su composición:

- 1) El proceso material causal.
- 2) La relación de causalidad, entendida como una conexión de causa efecto, entre el proceso material causal y el resultado.
- 3) El contenido subjetivo de la voluntad, externamente manifestado en los hechos.

Por otro lado, el finalismo los tres elementos siguientes:

- 1) El objetivo a conseguir.
- 2) Los medios que se emplean para lograrlo.
- 3) Las consecuencias secundarias que están indefectiblemente vinculadas con el empleo de los medios.

La actividad finalista no solo comprende la finalidad de la acción, sino que abarca los medios necesarios y las consecuencias secundarias necesariamente vinculadas. La acción finalista es una construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es únicamente una parte, junto a los medios utilizados y a las consecuencias secundarias conectadas con ellos. En el sentido anteriormente indicado, cabe traer a colación al profesor doctor Juan Bustos Ramírez, quien afirma, taxativamente, que la historia del Derecho Penal no ha sido pacífica, ni siquiera en lo referente a denominación, antiguamente, se hablaba de *jus criminale* o *jus poenale*³³⁰.

La teoría finalista de la acción constituyó el otro camino iniciado (tanto en el aspecto filosófico como en el genuinamente penal) para intentar superar el irracionalismo, que se apoderó de Alemania durante el nazismo. Los esfuerzos metodológicos de la teoría finalista fueron proyectándose en distintos niveles de conocimiento. Tales niveles fueron tres; El

³²⁹ Idem.

³³⁰ Idem.

primero, constituido por el más netamente filosófico, que se dirigió tanto contra el racionalismo, como para proporcionar una nueva base sustentadora al pensamiento jurídico. El segundo y tercero tienen por objeto, por una parte desplazar definitivamente del Derecho Penal la influencia del positivismo naturalista y sociológico.

El finalismo constituye la base del pensamiento jurídico alemán durante una buena parte del siglo XX e inclusive en el siglo XXI, todos los grandes penalistas alemanes Hans-Heinrich Jescheck, Reinhart Maurach, Claus Roxin, Günther Stratenwerth, Marcelo A. Sancinetti y Günther Jakobs, entre otros, constituyen una pléyade impresionante del gran impacto del finalismo en todo el pensamiento jurídico del siglo XX y del siglo XXI, algunos en sentido crítico, enriqueciendo al propio finalismo y otros con adhesiones entusiastas.

5.4.1.5 La Antijuridicidad

La antijuridicidad de una situación social concreta resulta de una segunda valoración de dicha situación. Esta vez, la valoración se hace desde todo ordenamiento jurídico. La antijuridicidad implica afectación del bien jurídico (antijuridicidad material) y contrariedad de la conducta típica con todo el ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal).

El punto de partida de la *antijuridicidad material* es lo que se desvalora socialmente, y la concreción de esa desvaloración surge desde el bien jurídico protegido. Es decir, para que pueda concretarse la antijuridicidad de una realización típica es necesario que afecte a un bien jurídico, que produzca un resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma. Al *desvalor social de acto* que significa la realización típica ha de seguir el *desvalor social de resultado* que significa la afectación al bien jurídico³³¹.

La afectación del bien jurídico puede consistir en una lesión del mismo (por ejemplo, matar o herir) o en una puesta en peligro (tentativa de matar, abandonar a un menor). Es un problema a ser resuelto a través de una valoración en la que se trata de establecer si la

³³¹ Idem.

afectación del bien jurídico es concreción de una realización típica. En definitiva, si se produjo el desvalor social del resultado.

La afectación al bien jurídico es un problema valorativo que se resuelve a través de un *juicio de imputación*. Con el juicio de imputación, con la confirmación de la afectación al bien jurídico protegido por la norma, se entra a considerar desde el punto de vista material a todo el ordenamiento jurídico.

A la comprobación de la antijuridicidad material ha de seguir la de la *antijuridicidad formal*. Si la tipicidad es contrariedad con la norma penal, concretamente con la norma prohibitiva o de mandato, la antijuridicidad formal es contrariedad de la realización típica con todo el ordenamiento jurídico. Por eso, se puede afirmar que la tipicidad es una categoría exclusiva del Derecho Penal. En cambio, la antijuridicidad es una categoría de todo el derecho en su conjunto, implica una contrariedad no solo con el Derecho Penal, cuestión que se ha constatado con la tipicidad, sino con el resto del ordenamiento jurídico.

En efecto, puede que una realización típica a pesar de ello no sea contraria sino conforme a derecho. Ello ocurre cuando la conducta está justificada, amparada por una causa de justificación cuyo fundamento legal este en otra rama del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, la conducta del que impide coercitivamente la entrada en su propiedad de otra persona, encuentra justificación en las normas de Derecho Civil que regulan el derecho de propiedad.

Con la antijuridicidad se completan a nivel de injusto las garantías respecto del ciudadano. A la garantía *nullum crimen sine lege* concretada a nivel de la tipicidad, se agrega *nullum crimen sine iniuria* de la antijuridicidad. Al principio de legalidad se suma el *principio de lesividad* que puede formularse como “no hay delito sin una afección al bien jurídico”³³².

³³² *Ibidem*, p. 636.

5.4.2 La Teoría del Sujeto Responsable (Culpabilidad)

También estamos en este caso ante un planteamiento político-criminal y más bien político-jurídico. Se trata del reconocimiento de la autonomía ética de la persona, es que la persona no está sometida al tutelaje del Estado, sino que es autónoma frente a él y más allá de eso que es una construcción al servicio de ella y no al revés.

Luego, al reconocer la autonomía ética de la persona implica a su vez reconocer su responsabilidad, esto es, que responde, que tiene repuestas frente a otro. En consecuencia que otro le puede exigir una respuesta. Luego, *responsabilidad* es igual a *exigibilidad*. Ahora bien, si consideramos ese planteamiento desde el punto de vista del Estado y su intervención punitiva, la exigibilidad implica examinar si el Estado está en *capacidad* de exigir una respuesta determinada a una persona³³³.

Para que tenga esa capacidad es indispensable que se haya dado las condiciones para exigir esa respuesta, pues de otra manera se estaría en el ámbito de total arbitrariedad y el terror estatal. En este supuesto el imprescindible principio de necesidad de este planteamiento constructivo no se dará, *pues lo que no es exigible es innecesario*.

Una vez más estamos ante un concepto político, no ontológico, de interrelación y organización social. No se trata como en las teorías tradicionales de la culpabilidad de una estructura del ser, de la capacidad de obrar de otra manera, del libre albedrío, sino de la relación existente entre la persona y el Estado.

Por eso, en primer lugar la responsabilidad en cuanto exigibilidad, implica *exigibilidad sistémica* o *exigibilidad desde el sistema*, esto es, si el sistema como tal está en condiciones de exigir una respuesta a un determinado sujeto. La exigencia de una determinada respuesta no puede *vulnerar* el principio de igualdad³³⁴. Como no debe hacerlo tiene que considerar las diferentes racionalidades existentes en el sistema, las culturas, las situaciones económicas, etc.

La exigibilidad sistémica es un planteamiento político-criminal que pone el acento en el Estado y en su capacidad para exigir respuestas a ciertas y determinadas personas que el

³³³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; “*Obras completas*”. Tomo I. ARA Editores, Perú 2005, p. 628

³³⁴ Idem.

propio Estado declara inimputables, reconociendo su desigualdad. Desde esta perspectiva, los conceptos *imputabilidad* o *inimputabilidad* resultan inapropiados dentro de la culpabilidad en tanto se fundamenten en una característica de ser y no del sistema que exige determinadas respuestas³³⁵. En segundo lugar, la *exigibilidad de la conducta*, esto es, que existan o estén dadas las circunstancias para unos efectivos procesos de internacionalización de valores por parte del sujeto. Esto no es un problema de conocimiento, sino de la significación. Por ejemplo, es una vaca para un occidental solo significa un animal que proporciona alimento. En otras culturas la vaca es internalizada como un objeto sagrado.

En tercer lugar, la *exigibilidad de la conducta*, esto es, que existan o estén dadas las circunstancias para que a la persona se le pueda exigir un comportamiento determinado. No parece discutible que las dos personas que estén sujetas a un madero que solo puede sostener a uno, no tiene las condiciones en modo alguno para proceder de otra manera que tratar de salvar su vida y ello pasa por la expulsión del otro. El Estado no podrá exigir como respuesta que la persona actuase con las características de un santo o un héroe, pues ellas en modo alguno están dadas ni entregadas por el sistema (nadie espera ni exige una tal respuesta). No se trata de entonces de una dispensa del Estado, sino de algo que no puede exigir.

5.5 El concepto del Hecho que la Ley señale como delito de acuerdo a la Reforma del artículo 19 Constitucional

El Juez para cumplir con su fin último en el proceso, que es el de aplicar la ley sustancial al caso concreto, debe, como primer paso, proveer todo lo necesario para “conocer” el hecho y sus responsables con todos sus detalles y circunstancias con calidad de certeza y sobre ella – luego- aplicar la ley, es decir “juzgar”³³⁶.

Pero en el ámbito de la realidad, que es en el que va a irrumpir el delito, hasta el momento mismo de tal irrupción no es posible conocerlo. En el caso instrumental del Derecho Penal, que el procesal, las cosas, en el orden analítico u del conocimiento, suceden en forma

³³⁵ *Ibidem*, p. 633

³³⁶ MORAS MOM, Jorge; “*La Investigación en el Proceso Penal*”, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997, p. 11

diferente a la estudiada por la ciencia penal sustancial o de fondo. A modo de presentación objetiva del punto diremos que al recinto del delito, sustancialmente se entra por la puerta del frente y, en cambio, formalmente (instrumentalmente-procesalmente) se lo hace por la del fondo.

Es cierto que cuando en el Derecho Penal material estudiamos el delito, lo presentamos en la suma de sus elementos integrativos emergentes de la ley penal, siguiendo un trámite evolutivo que satisface, en más o menos, el curso ordinario de todos los actos humanos³³⁷. Así, en el delito, como en todos los actos de la vida humana, hay una conducción intelectual previa que se genera en lo más profundo, privado y recóndito de la mente y se nuclea en la idea que, corporizada en imagen, existe sólo en lo interno y es ajena por completo al conocimiento de los demás hombres.

Se aprecian, con mayor o menor intensidad, su valor y sus ventajas se sopesan los contras y de su balance nace su aceptación o rechazo. Si la decisión es por lo primero, siempre dentro de ese ámbito privado, se eligen los medios de realización. Y luego, recién después, se sale al exterior y el hombre se mueve en función de su plan en pos de su fin o “meta a alcanzar” y cuando “hace” lo pensado, recién “lo pensado” aparece en el mundo exterior y se torna objetivo, apreciable para el resto de los hombres.

Ése es el caso que, llevado al campo del Derecho Penal, se abre en lo que ha dado en llamarse “camino del delito” en sus distintas etapas, cuyo núcleo está en la “teoría de la acción”, como elemento del tipo penal. En resumen, sustancialmente el conocimiento del delito como accionar humano originado en una idea y encaminado hacia la realización de la misma como resultado, puede ser encarado teóricamente desde antes de la aparición de este último.

Por el contrario de todo ello, a la inversa, lo que de inicio en la práctica se presenta primero al Derecho Procesal, en el seno del instrumento para conocer que es el proceso, es el final, esto es, el resultado. Este “resultado” de la acción es el hecho.

³³⁷ MORAS MOM, Jorge; Op, cit., p. 12.

De este último –del hecho- es del que debe partir el primer paso para conocer. Todo lo que le precede, incluso quien lo causo, es desconocido. El resultado (el hecho) es el punto de partida; de él se debe regresar hacia el pasado en reconstrucción histórico-crítica. En resumen, procesalmente se opera después del resultado.

Distinguimos tajantemente en la etapa instructora del proceso penal, la “investigación” como actividad específica que ante el hallazgo del hecho encara lo desconocido y en función de “descubrimiento” busca, acredita, junta elementos y va abriendo bases de conocimiento para que sobre ellos trabajen los medios de prueba, conformándose así la instrucción propiamente dicha, con aspiración final de certeza³³⁸. Entra por la puerta del fondo y sus primeros pasos se llaman “investigación”, su campo es el “misterio”, su triunfo el “descubrimiento” y su resultado la base misma de la “instrucción” como acopio de conocimiento.

La materialidad del hecho delictivo con todas sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, como realidad, irrumpe en el medio circúndate cambiando el estado anterior de las cosas; como totalidad objetiva se acompaña no sólo de esa cosa, ahora modificada, sobre la que recayó la causa generadora del evento, sino también de todas las huellas y rastros que dejó, como así inclusive de los instrumentos usados para producirlo o de los indicios útiles para determinados ámbito –de amplia, mediana o reducida magnitud- que también ofrece sus caracteres propios y en el cual se ubican las personas que pueden aportar su testimonio o que pueden ser los responsables.

Esa materialidad puede englobar dentro de sus límites la simple *imputatio facti*, es decir la mera atribución objetiva del hecho como resultado a una acción humana. Ese cargar el hecho físicamente a un hombre, funciona analizando dentro de la teoría de la acción el nexo que hay entre la acción que en forma adecuada produce regularmente como resultado el hecho que se investiga, éste materialmente se atribuye a ese hombre y él es el imputado, todo lo cual constituye la simple *imputatio facti*. Pero ello no significa entrar a considerar al hombre en su

³³⁸ *Ibíd*em, p. 13.

faz subjetiva, en su relación con el hecho como resultado consciente y voluntario; esto es, se elimina aquí la *imputatio juris*³³⁹.

La materialidad que consideramos, con los caracteres y alcance que le conferimos, implica una corporeidad, un cuerpo que incluso constituyó uno de los conceptos procesales que actualmente se derogan y que es conocido como el cuerpo del delito (*copus delicti*), que en el “OBJETO PROCESAL”, se asienta estrechamente en el área del hecho; dentro de la doctrina tradicional, emitió una teoría que el *copus delicti*, es total corporeidad y elimina de su seno toda consideración subjetiva de su agente productor (Ortolán)³⁴⁰.

Otro sector sostiene, que se incorpora a su campo también la subjetividad desde el primer momento, porque como obra del hombre es imposible prescindirla y por ello es materia de la indagación la totalidad con ambos extremos (es el nervio central de la teoría finalista en el derecho penal).

Se ha admitido la existencia de tres sectores dentro del *copus delicti*:

1. *El corpus criminis* que es todo aquello sobre lo cual recae la actividad delictiva (el objeto material en la teoría penal del delito).
2. *El corpus instrumentorum* es el integrado por los medios o instrumentos usados para la comisión del delito: el arma, el veneno,
3. *El corpus probatorium* es el conjunto de pruebas que lucen aptas para la acreditación del hecho, tales como los testigos presentes en el lugar, los documentos demostrativos de consecuencia, operaciones, etc.

Esta materialidad física, en sus tres aspectos, es la que ofrece el primer contacto para el investigador, cuyo deber es asegurar el inicio su inmovilidad, para ubicarla en el teatro del hecho, recogerla y conservarla para que luego y respecto de ella se produzca la prueba.

³³⁹ MORAS MOM, Jorge R; “*Manual de Derecho Procesal Penal*”, 6ª edc., Editorial LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.

³⁴⁰ MORAS MOM, Jorge R; Op, cit., p. 172.

Esta es la razón por la que en los inicios de la investigación inmediatamente al hallazgo del delito en el lugar del evento ilícito, el Fiscal tiene que cumplir con actos de secuestro, dejar constancia en acta de rastros y huellas del mismo, levantar planos para ubicar el hecho y su trayecto, obtener fotografías, todo si es necesario, acompañado de peritos.

Los medios acreditantes tanto de la materialidad del hecho como de la responsabilidad del su autor o partícipe, son los que se rotulan “medios de prueba”, y dentro de los que se encuentran la testimonial, la documental, la informativa, la confesional y toda aquella que no atente encontrar del derecho. Estas deberán ser valoradas dentro de un razonamiento normal que se nuclea bajo dos formas:

- a) SANA LÓGICA.- en la que se manejan pautas agrupadas en premisas y se concluye sobre ellas, se dice cuál es esta última, pero no se asientan los fundamentos.
- b) SANA CRÍTICA.- igual pero asentando todo el desarrollo del razonamiento, lo cual es mucho más ventajoso porque luce al conocimiento de los demás, la estructura del pensamiento del Juez, y permite la revisión, la crítica del que no lo comparte y facilita el trabajo de la parte en el proceso para impugnar el fallo³⁴¹.

Cabe agregar que como marco para la aplicación de la lógica el del “sentido común”, en cuanto él implica colocarse en la “realidad de la vida”. **El juez que no la conozca, no hace justicia sino sólo teoría.**

5.5.1 El hecho como objeto del proceso penal.

El objeto del procedimiento penal es la cuestión acerca de si el imputado ha cometido acciones punibles y, dado el caso, qué consecuencias le deben ser impuestas, en concreto se refiere al “*hecho descrito en la acusación*”³⁴², de la persona acusada, esto es una consecuencia del principio acusatorio, si la investigación judicial depende de la interposición de una acción, ella también debe estar relacionada temáticamente con la acusación. Dentro de

³⁴¹ *Ibidem*, p. 139.

³⁴² ROXIN, Claus; “*DERECHO PROCESAL PENAL*”, 25ª edc., Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 159.

los límites del objeto procesal, el tribunal está obligado a esclarecer por completo el hecho, tanto en su aspecto fáctico como jurídico.

El objeto procesal tiene tres funciones:

- a. Designa el objeto de la litis,
- b. Demarca los límites de la investigación y de la obtención de la sentencia,
- c. Define la extensión de la cosa juzgada

La identidad del objeto del proceso tiene un componente personal y uno material:

1.- Identidad de la persona.- durante el proceso no puede realizar ningún cambio en la persona del imputado.

2.- Identidad del hecho.- el concepto procesal de hecho describe el acontecimiento histórico sometido, sometido al Tribunal a través de la acusación, en tanto conforme una unidad según la concepción cultural. Forman parte de un hecho, todos los acontecimientos fácticamente inseparables y pertenecientes a él; pero, por ello, también acontecimientos independientes, separables en el sentido del concurso real del Derecho material, cuando ellos son comparables en el contenido del injusto y se hallan en una relación temporal y espacial estrecha uno con otro.

El hecho no es fijado estáticamente por la acusación en su identidad, sino es susceptible de modificaciones de cierta importancia que no lo varíen su esencia, y conlleven a preciarlo de otro modo jurídicamente.

El concepto procesal de hecho debe ser diferenciado de los conceptos del Derecho material de la unidad de hecho de la pluralidad de hechos y del delito plurisubsistente.

5.5.2 La indivisibilidad del objeto del proceso

La indivisibilidad del objeto del proceso implica comprender al hecho en todo sentido, el objeto de la sentencia es el hecho designado en la acusación como se presenta según el resultado del debate.

En sentido fáctico, el hecho comprende todas las acciones de preparación, concomitantes y posteriores.

En el sentido jurídico, el proceso comprende el hecho bajo todos los puntos de vista jurídicos.

De acuerdo a Roxin³⁴³ el Tribunal de Juicio Oral no está sujeto a la apreciación jurídica del hecho que motiva el auto de apertura, esto significa que el Tribunal puede tomar en cuenta circunstancias agravantes o atenuantes que aparecieron en el juicio oral, vgr., si la acusación se realizó por robo simple, puede condenar por Robo Calificado; lo cual tiene perfecto sentido en virtud del principio de contradicción e igualdad de armas, dado que en todo momento las partes tienen conocimiento de los actos probatorios de su contraparte, que puedan influir en la decisión judicial, al eliminarse la secrecía.

5.5.3 Relevancia del objeto del proceso

La determinación de ese objeto adquiere sentido cuando se pretende individualizar un proceso penal respecto de todos los demás posibles, cuando se quiere distinguirlo bien de otro proceso ya existente bien de cualesquiera procesos que pueden presentarse de modo hipotético en el futuro. El esfuerzo para realizar esta individualización, no es, desde luego, un juego teórico, pues cumple finalidades muy diversas, las más importantes de las causas atienden a la litispendencia y a la cosa juzgada, pues la existencia de una y de otra sólo podrán determinarse si han quedado correctamente delimitados los objetos de los dos procesos que han de compararse.

³⁴³ ROXIN, Claus; Op, cit., pp. 163-164

Si la pretensión punitiva fuera el objeto del proceso penal habría de estarse a los elementos objetivos que la componen, atendiendo en primer lugar a la fundamentación:

a. La fundamentación fáctica: el hecho punible

El primer elemento objetivo de la pretensión sería el hecho afirmado por el o los acusadores como existente imputado al acusado, y no hay duda en torno a que el objeto identificados no puede ser el delito, esto es, un tipo, dado que se puede cambiar a lo largo de la instrucción o del juicio oral del delito=tipo que se imputa, sin que ello suponga modificación del hecho³⁴⁴.

Los problemas en torno a la identidad del hecho han pretendido explicarse por dos teorías³⁴⁵:

1. Según la concepción naturalista, el hecho es un acontecimiento o “trozo de vida” que se contempla de modo histórico o no jurídico, esto es, sin referencia a un tipo o figura delictiva. La insuficiencia de esta construcción se revela en que cualquier cambio en las circunstancias de actividad, tiempo o lugar llevaría a la alteración del hecho imputado y con él al cambio de objeto del proceso.
2. Para la concepción normativa, sin alusión a las normas del Derecho Penal, no pueden ser resueltos los problemas de la individualización del hecho, pues en todo caso el proceso penal adquiere sentido con referencia a un hecho típico, de modo que debe estarse a los elementos esenciales que conforman cada tipo penal, lo que permite alterar las circunstancias de actividad, tiempo y lugar sin que exista modificación del hecho.

³⁴⁴ MONTERO AROCA, Juan; “*Principios del Proceso Penal*”, 4ª edc., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 117.

³⁴⁵ Idem.

5.5.4 Valoración probatoria de los datos de prueba

En el nuevo Sistema Penal acusatorio se llevará a cabo la valoración de probanzas mediante el sistema de sana crítica, el cual se refiere a que al de libre valoración o sana crítica racional, el cual establece la plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, que las conclusiones a que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas en las que se apoye³⁴⁶.

En este sistema el Juez no tiene reglas jurídicas que lo limiten para lograr su convencimiento, ya que puede valorar la prueba en total libertad usando su raciocinio, siempre y cuando sus resoluciones sean coherentes, no debe de dejar pasar por alto que éstas deben estar debidamente fundadas y motivadas.

5.6 Medida Cautelar como implicación del Auto de Vinculación a Proceso

La obtención del resultado que se persigue en el proceso, sustancialmente la punición del culpable y la absolución del inocente, exige, primero la averiguación de los hechos sancionables y el descubrimiento del autor y participantes; y segundo, la ejecución de la sentencia, sea condenatoria, sea absolutoria.

Con el fin de garantizar en lo posible aquella averiguación y ese descubrimiento, por un lado, y de que no frustre esta ejecución, el ordenamiento jurídico ha establecido una serie de medidas que llamamos *cautelares* o de *aseguramiento*³⁴⁷, y de las que las de averiguación de los hechos y de descubrimiento del autor se han de llevar a la práctica con el cuidado que exige la presunción de inocencia que establece la fracción V del art. 20 de la Constitución (reformado)³⁴⁸ y con el menor menoscabo posible de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que se protegen en esa misma Constitución; por tanto, pueden incluso existir previo al dictado a la Vinculación a Proceso.

³⁴⁶ CONSTANTINO RIVERA, Camilo; Op, cit., pp. 34-35

³⁴⁷ Almagro Nosete, José y Prieto-Castro y Ferrandiz, Leonardo., “Derecho Procesal II”, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, Madrid, 2006, p. 73.

³⁴⁸ “La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrá igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa respectivamente”.

La necesidad de que existan medidas cautelares en el proceso penal viene dada por la combinación de dos factores: por un lado, todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo unas normas de procedimiento por lo que tiene una duración temporal; y por otro, la actitud de la persona a la que afecta el proceso, que si es culpable o así se siente, su tendencia natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin (hará desaparecer los datos que hagan referencia al hecho punible, se ocultará, etc.)³⁴⁹. Por ello, la Ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas precauciones para asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, y para que al término del mismo la sentencia que se dicte sea plenamente eficaz, por tanto son concebidas como un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia. Éstas constituyen medidas de aseguramiento que persiguen garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja la pretensión³⁵⁰.

La noción de “medidas cautelares” corresponde a una formulación elaborada en el ámbito del derecho procesal por la doctrina italiana de comienzos del siglo XX y adaptada, posteriormente, al ámbito procesal penal. Las medidas cautelares deben tomar en consideración el doble objeto que en nuestro sistema se reconoce, por una parte, la satisfacción de una pretensión penal, consistente en la imposición de una pena, y por la otra, la satisfacción de una pretensión civil, consistente en la restitución de una cosa o la reparación por el imputado de la consecuencias civiles que el hecho punible ha causado a la víctima³⁵¹.

Las medidas cautelares en el proceso penal se definen como aquellas “resoluciones motivadas por el órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición

³⁴⁹ <http://www.noticiasjuridicas.com> . Consultada 15 julio de 2010.

³⁵⁰ HORVITZ LENNON, María Inés; “*DERECHO PROCESAL PENAL CHILENO, Principios sujetos procesales medidas cautelares etapa de investigación*”, Tomo I, Jurídica de la Américas, Chile, 2008, p. 341-342.

³⁵¹ HORVITZ LENNON, María Inés; Op, cit., 343.

de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia”³⁵², y están encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte.

Están deben solicitarse por el Ministerio Público y autorizarlas el Juez de Garantías, solo debe requerirse cuando sea indispensable y porque exista riesgo para el normal desarrollo del procedimiento penal, es decir cuando exista el riesgo fundado de que el imputado pueda evadirse de la justicia, de que pueda alterar o destruir algunos medios de prueba o que pueda cometer otros delitos³⁵³, éstas se revisaran y modificarán en cualquier estado del proceso e inclusive, de oficio, puede proceder el Tribunal³⁵⁴.

Para poder dar un acabado significado a las medidas cautelares personales en el proceso penal, es necesario primeramente, definir las en el aspecto procesal civil, pues su definición partió en una primera instancia en éste ámbito, en Italia, en el siglo pasado, derivando posteriormente al ámbito penal.

Casarino: “Resguardos legales para evitar que el demandante vea burlado los derechos que puedan ser reconocidos por la sentencia.” Por ende se pueden definir como: “Medios que la ley franquea al demandante para que asegure el resultado de la acción que se ha interpuesto.”³⁵⁵

³⁵² GIMENO SENDRA, “DERECHO PROCESAL PENAL”, 3ª edc., Editorial Colex, Madrid, 2004, p. 480.

³⁵³ **Artículo 8 de la Ley Adjetiva Penal del Estado de Chihuahua. Medidas cautelares.** Las medidas cautelares durante el proceso, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos, previstas en este Código, tienen carácter excepcional, y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de evitar y a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

³⁵⁴ **Artículo 157 de la Ley Procesal Penal del Estado de Chihuahua Principio general.** Las medidas cautelares en contra del imputado son exclusivamente las autorizadas por este Código, tienen carácter excepcional y sólo pueden ser impuestas mediante resolución judicial fundada, motivada y debidamente documentada, por el tiempo absolutamente indispensable y tendrán como finalidades: I. Asegurar la presencia del imputado en juicio; II. Garantizar la seguridad del víctima o del ofendido; o III. Evitar la obstaculización del procedimiento La resolución judicial que imponga una medida cautelar o la rechace, es modificable en cualquier estado del proceso. En todo caso, el Tribunal puede proceder de oficio cuando favorezca la libertad del imputado. **[Artículo reformado mediante Decreto No. 1062-07 XIII P.E., publicado en el P.O.E. No. 82 del 13 de octubre de 2007].**

³⁵⁵ CASARINO, Mario; “MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL CHILENO”, 2ª edc., Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2005, p. 15

René Jorquera: “*Aquellos actos procesales que tienen por objeto asegurar los resultados de la acción deducida, o que se va a deducir si la medida precautoria se solicita como prejudicial.*”³⁵⁶

Couture: “*Aquellas dispuestas por el juez como el de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a declararse en el mismo.*”³⁵⁷

Calamandrei: “*Anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que se podría derivar del resultado de la misma.*”³⁵⁸

5.6.1 Características de las Medidas Cautelares

Estas medidas participan de los mismos **caracteres** que las adoptadas en el proceso civil: **instrumentalidad** (no constituyen un fin en sí mismas, sino que están vinculadas a la sentencia que en su día pueda dictarse), **provisionalidad** (no son definitivas, pudiéndose modificar en función del resultado del proceso o si se alteran los presupuestos que llevaron a adoptarlas) y **homogeneidad** (debe ser semejante o parecida a la medida ejecutiva que en su día deba acordarse para la efectividad de la sentencia)³⁵⁹.

En el Código Procesal Penal del Estado de México, en su artículo 181, se prevé la **proporcionalidad**, donde se prevé que no se podrá ordenar una medida cautelar cuando ésta resulte desproporcionada en relación con las circunstancias de comisión del hecho atribuido y la sanción probable. Además de que en ninguna podrá sobrepasar la pena mínima prevista para el delito.

³⁵⁶ JORQUERA, René; “*SÍNTESIS DE DERECHO PROCESAL CIVIL*”, 8ª edc., Editorial Aremi, Chile, 2005, p. 25

³⁵⁷ COUTURE, Eduardo; “*FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL*”, 4ª edc., Editorial Deplama, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 175

³⁵⁸ CALAMANDERI, Pedro; “*INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL*”, 2ª edc., Editorial EJE, Buenos Aires, Argentina, 1943, p. 203

³⁵⁹ <http://www.noticiasjuridicas.com>. Ibídem.

Otras características son:

a. De aplicación general: se aplican a todo procedimiento, por su finalidad instrumental.

b. Son Limitadas: Se limitan a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio. Las medidas precautorias no deben ni ser insuficientes ni exageradas.

c. Son Instrumentales. No tienen fin en sí mismas, sino que sirven a la finalidad de la sentencia definitiva.

d. Son esencialmente Provisionales. deben cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes.

e. Son acumulables. puede pedirse una o más.

f. Son sustituibles por una garantía suficiente. La caución puede ser de cualquier naturaleza, ya sea fianza, hipoteca, cheque etc., pero debe ser suficiente para alzar la medida decretada.

5.6.2 Las Medidas Cautelares y la Presunción de Inocencia

El principio de presunción de inocencia, conforma una garantía procesal penal, fundada en la pretensión de que durante el curso del procedimiento, el imputado será tratado como inocente, y que ello impide la imposición de facto de penas –en el caso de adultos- medidas adelantadas -tratándose de adolescentes- sin embargo, aún reconociendo el carácter marcadamente inquisitorial de tal instituto procesal, el principio que se analiza - no es absoluto, pues admite, ante su carácter procesal que sólo se utilice cuando los fines del proceso, corran el riesgo de ser obstruidos, ante la posibilidad por ejemplo, de ocultación de pruebas, amenaza de testigos, fuga del imputado etc. es decir, todos aquellos factores que impidan los fines del proceso como lo son: la averiguación de la verdad y la actuación de la Ley Penal, por tanto este principio no tiene un carácter reglado, sino casuístico, ante ello los Juzgadores tienen la obligación de motivar en cada supuesto, si los fines del proceso, por las

peculiaridades del supuesto, así como del imputado, pueden resquebrajarse y fundadamente conceder o no una o varias medidas cautelares.

5.6.3 Principios Inspiradores de las Medidas Cautelares

El proceso penal constituye una forma legítima a través de la cual un Estado democrático puede llegar a imponer coercitivamente una pena privativa de libertad a una persona. El derecho al juicio previo, que exige una sentencia condenatoria como requisitos para la imposición de una pena y el *principio de inocencia*, que impone la exigencia de tratar al imputado como inocente mientras dicha sentencia no exista, parecieran proscribir, en principio, la posibilidad de que la restricción o privación de la libertad, característica de la pena, pudiera producirse con anterioridad, mientras se encuentra pendiente el procedimiento de persecución penal.

Sin embargo, el principio no ha podido imponerse hasta el punto de eliminar toda posibilidad de coerción estatal durante el proceso. Históricamente se ha aceptado la existencia de mecanismos de coerción procesal, esto es medidas restrictivas o privativas de libertad, durante el curso del procedimiento, con el fin de asegurar los fines a que éste tiende³⁶⁰. Tal aceptación se encuentra a menudo incorporada explícitamente a los tratados internacionales sobre derechos humanos y a las demás declaraciones sobre derechos fundamentales.

Sin embargo, la aceptación de estas medidas tiene un límite claramente definido: ellas no pueden constituir una anticipación de pena, porque de ser así se estaría obviamente afectando el derecho al juicio previo y la presunción de inocencia. Esta limitación impone, desde luego, que exista una diferencia real entre la finalidad de la pena y la finalidad de las medidas cautelares personales. Por esta razón se ha dicho que las medidas cautelares personales no pueden tener, ni siquiera implícitamente un carácter sancionatorio, sino que deben estar orientadas exclusivamente a la obtención de fines procesales. En otras palabras,

³⁶⁰ Idem.

las medidas cautelares no pueden estar destinadas a cumplir las finalidades retributivas o preventivas generalmente asociadas a la pena³⁶¹.

Los fines de las medidas cautelares son el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal, el correcto establecimiento de la verdad puede estar en riesgo ya sea por la negativa del imputado a comparecer a los actos del procedimiento, ya sea por la evidencia de que éste desarrollará actos de destrucción u ocultación de pruebas; la actuación de la ley penal, por su parte, supone la disponibilidad del sujeto para la imposición y ejecución de la sanción y puede estar en riesgo cuando exista evidencia de que el imputado pretende eludir la acción de la justicia mediante la fuga³⁶².

Las medidas cautelares personales sólo pueden tener por objeto asegurar la averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal. Éstas importan formas de privación o restricción del derecho fundamental a la libertad personal, este derecho se encuentra reconocido en nuestro Sistema y en la reformas constitucionales en el artículo 16 Constitucional³⁶³.

5.6.3.1 Principio de Legalidad

Consiste en una reserva legal para el reconocimiento de las medidas coercitivas que implican formas de restricción o privación de la libertad.

5.6.3.2 Principio de Jurisdiccionalidad

Supone que las medidas cautelares personales sólo puede ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente. Aunque tradicionalmente se han aceptado como excepciones tolerables las autorizaciones concedidas a la policía o cualquier persona para detener en casos de delito flagrante, lo cierto es que nuestro sistema va mucho más lejos en la erosión del

³⁶¹ *Ibíd.*, p. 346.

³⁶² HORVITZ LENNON, María Inés; *Op. cit.*, 346-347.

³⁶³ “*Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...*”.

principio, por lo que resulta difícil afirmar que tenga entre nosotros un reconocimiento pleno³⁶⁴.

5.6.3.3 Principio de Excepcionalidad e Instrumentalidad

El principio de excepcionalidad afirma que las medidas cautelares no son medidas que necesariamente deban adoptarse dentro del procedimiento, sino que tienen carácter eventual, deben decretarse sólo cuando resulten indispensables; el principio de instrumentalidad, por su parte, califica dicha excepcionalidad, determinando que ellas no constituyen un fin por sí mismo, sino que son instrumentales; están orientadas a la consecución de fines de carácter procesal.

Por fines del procedimiento debemos entender, para estos efectos, el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal.

5.6.3.4 Principio de Provisionalidad

Impone que las medidas cautelares se mantengan sólo mientras subsista la necesidad de su aplicación y permanezca pendiente el procedimiento penal al que instrumentalmente sirven. La aplicación de este principio significa que las medidas cautelares personales están sometidas a la regla *rebus sic stantibus*, conforme a la cual sólo han de permanecer en tanto subsistan las consideraciones que les sirvieron de fundamento. En materia de prisión preventiva, se refuerza con la norma que establece que “*el tribunal, de oficio a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado*”.

El principio de provisionalidad no debe ser confundido con el eventual carácter temporal de las medidas cautelares personales, conforme al cual la terminación de éstas se sujeta a un límite absoluto, constituido por el cumplimiento de un plazo. En nuestro sistema, si bien es temporal la detención, que no puede extenderse más allá del plazo previsto por la ley,

³⁶⁴ HORVITZ LENNON, María Inés; Op, cit., 350.

no lo es la prisión preventiva, que no se encuentra sometida a plazo. La falta de una limitación objetiva para la prisión preventiva no significa, sin embargo, que ella pueda extenderse indefinidamente: el límite prudencial debe construirse a partir del derecho de todo detenido a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso³⁶⁵.

5.6.3.5 Principio de Proporcionalidad

Afirma que las medidas cautelares personales que se adopten en el curso de un proceso penal deben estar en relación proporcional con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga. La consideración de este principio determina, por ejemplo, la aplicación preferente de las medidas cautelares menos gravosas para la libertad del imputado, lo que está en íntima relación con el principio de instrumentalidad, en cuanto éste exige que la medida adoptada sea la “*absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento*”. Determina, asimismo, la existencia de casos en que las medidas cautelares pueden resultar improcedentes por importar una forma de privación de la libertad desproporcionada en relación con la que importaría una eventual sentencia condenatoria, habida consideración de la gravedad del delito que se investiga³⁶⁶.

Finalmente, este principio está en la base de la obligación que tiene el Juez de revisar la prisión preventiva decretada cuando su duración hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 352-352.

³⁶⁶ *Idem*.

5.6.4 Presupuestos de las Medidas Cautelares

Una característica común a todas las medidas cautelares, que alcanzan tanto a las del proceso civil, como a las del proceso penal, es su carácter excepcional. Lo anterior significa que su adopción no es su necesidad ineludible del proceso, sino que, por el contrario, ellas sólo proceden cuando resulta estrictamente necesario para asegurar la ejecución de la sentencia.

La procedencia de toda medida cautelar requiere así como la concurrencia de los siguientes presupuestos³⁶⁷:

- 1) *Fumus boni iuris* o apariencia (“humo”) de buen derecho, (juicio de probabilidad consistente en atribuir razonadamente un hecho punible a una persona determinada). Aparece asociado al juicio de probabilidad en torno a la existencia del delito y al grado de participación que en él corresponda al imputado.
- 2) *Periculim in mora* o peligro de retardo, (que exista una situación de riesgo o peligro de que el inculpado se sustraiga al proceso o a la ejecución de la condena). Aparece asociado, al peligro de que el cumplimiento de los fines del procedimiento pudiera hacerse ilusorio de no adoptarse una medida de aseguramiento.

Dado que las medidas cautelares, generalmente hablando, importan restricciones importantes a la libertad personal o a la libre disponibilidad de los bienes, el establecimiento por la ley de los supuestos de hecho que se considerarán suficientes para satisfacer ambos requisitos y la constatación en el caso concreto del efectivo cumplimiento de esos supuestos constituyen una garantía de la máxima importancia para el imputado.

³⁶⁷ *Ibidem*, p.344

5.6.5 Clasificación de las Medidas Cautelares

Las medidas cautelares en el proceso penal suelen ser clasificadas, atendiendo a su finalidad, en penales y civiles. Desde esta perspectiva serían medidas cautelares penales las que tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido penal, esto es, la imposición de la pena; y serían medidas cautelares civiles aquellas que tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido civil, esto es la reparación patrimonial.

Asimismo, existe la clasificación que atiende a su objeto, en atención a este criterio se distingue entre medidas cautelares personales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones del derecho a la libertad personal y medidas cautelares reales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado.

De acuerdo con el profesor FENECH³⁶⁸ y la mayoría de la doctrina, *"los actos procesales cautelares se pueden dividir en dos grandes grupos, según tiendan a limitar la libertad individual o a limitar la libertad de disposición sobre un patrimonio. A los primeros les llamaremos actos cautelares personales, y a los segundos, actos cautelares reales."* Los actos cautelares reales o patrimoniales pueden tener, a su vez, varias finalidades, según tiendan a asegurar los medios de prueba; o a asegurar la condena al pago de una cantidad de dinero, por las personas responsables penalmente, o por los terceros responsables civiles.

Las medidas dirigidas a los bienes se reflejan en la caución, el aseguramiento, el cateo y el embargo precautorio, respecto a las medidas personales se tiene el arraigo y la prisión preventiva.

³⁶⁸ FENECH NAVARRO, M., *"El Proceso Penal"*, Editorial Agesa, Madrid, 1982, p. 219.

5.6.5.1 Medidas Cautelares Reales

Las medidas cautelares reales o patrimoniales son aquellas que tienden a limitar la libre disposición de un patrimonio con el objeto de asegurar las responsabilidades pecuniarias de cualquier clase que puedan declararse en un proceso penal. Sobre este particular conviene remarcar que las medidas cautelares asegurarán los pronunciamientos patrimoniales de cualquier clase, por lo tanto, no sólo la responsabilidad civil "*ex delicto*" derivada de la acción civil acumulada a la penal (restitución de la cosa, e indemnización de daños y perjuicios), sino también, los pronunciamientos penales con contenido patrimonial (la pena de multa y las costas procesales fundamentalmente). Evidentemente, aunque se está asegurando cosas distintas, el objeto final es el mismo, el pago de una cantidad de dinero; por ello, las medidas cautelares que se adopten serán esencialmente las mismas: fianzas y embargos.

Dentro de las medidas cautelares reales existen³⁶⁹:

CAUCIÓN: La caución es el término lexicológico encaminado a la promesa de cumplir algo para poder gozar el beneficio, la caución no es igual a la fianza, de hecho la segunda es parte de la primera. En el Nuevo sistema se llama **garantía económica suficiente**.

ASEGURAMIENTO: Tiene como propósito preservar o resguardar de daño tanto objetos como bienes de una persona sujeto a proceso penal, los cuales puedan servir como evidencia para el esclarecimiento de probables hechos constitutivos de delitos.

Cuando se trata de asegurar el pago de una cantidad de dinero, en el caso de la reparación de los posibles daños y perjuicios provocados por el hecho punible, en el Artículo 185 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, prevé: "*Para garantizar la reparación de los posibles daños y perjuicios provocados por el hecho punible, la víctima, el ofendido o el Ministerio Público, podrán solicitar al Juez el embargo precautorio de bienes. En la solicitud, el promovente deberá expresar el carácter con el que comparece, el daño o perjuicio concreto que se pretende garantizar, así como la persona en contra de la cual se pide el embargo y los antecedentes con que se cuenta para considera como probable responsable de reparar el daño a dicha persona*".

³⁶⁹ BARDALES LAZCANO, Erika; Op, cit., p. 106.

Asimismo, el Código Procesal del Estado de México, prevé en su numeral 211, que la misma figura del embargo precautorio de bienes.

5.6.5.2 Medidas Cautelares Personales

Las medidas cautelares personales pueden ser definidas como aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento. Las medidas cautelares personales están llamadas a asegurar la persona del imputado en curso del procedimiento penal. Son “*las medidas restrictivas o privativas de la libertad personal que puede adoptar el Tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento. Las medidas cautelares personales rompen la lógica general de la presunción de inocencia, de modo que su procedencia y límites se encuentran definidos por los fines penales del procedimiento y los principios del sistema*”³⁷⁰.

Aunque existe una relación evidente entre el concepto de medidas cautelares personales y el concepto de medidas de coerción procesal, puede decirse que entre ambas existe una relación de especie a género: una medida de coerción procesal constituirá una medida cautelar sólo en la medida en que esté dirigida en contra del imputado y su objeto sea el aseguramiento de los fines del procedimiento. Esta distinción nos permitirá reconocer situaciones en que medidas claramente restrictivas o privativas de libertad no constituyen medidas cautelares como sucede, por ejemplo, cuando no están dirigidas en contra del imputado (arresto), o cuando exceden la naturaleza cautelar que supone la tutela de fines procesales (prisión preventiva).

Son aquellas que pretenden asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el Juez Instructor, o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio oral ante el Juzgador³⁷¹. A diferencia del proceso civil en el que

³⁷⁰ HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, Juez Oral de Valparaíso Chile; “*Curso Habilitante para Jueces de Garantía y Orales en lo Penal*”, Chihuahua, México, del 7 al 19 de agosto de 2006.

³⁷¹ <http://www.noticiasjuridicas.com>. Ibídem.

predominan las medidas cautelares sobre bienes (aunque también se pueden adoptar algunas de carácter personal, como, por ejemplo, el arresto del quebrado; que en realidad sería una medida cautelar penal adoptada en un proceso civil, en vista de posibles responsabilidades penales), **en el penal, las más características son las personales** siendo el caso que en el Código Procesal del Estado de México en su artículo 10, se establece: “*Las medidas cautelares durante el proceso, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos, previstas en este código, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al derecho que se pretende proteger, al peligro que tratan de evitar y a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse*”;

El principal problema que plantea este tipo de medidas es lograr un punto de equilibrio entre dos intereses confluentes en el proceso penal y que son aparentemente contrapuestos: el respeto a los derechos del imputado y la eficacia en la represión de los delitos, como medio para restablecer el orden y la paz social. Por ello, la restricción a la libertad ha de ser excepcional, no automática, condicionada siempre a las circunstancias del caso, proporcional a la finalidad que se persigue, y, sin que pueda constituir en ningún caso un cumplimiento anticipado de la pena, ya que ello pugnaría con la naturaleza cautelar de la medida (de ahí que deban respetarse escrupulosamente los límites legales que se establecen).

5.6.5.2.1 Tipos de Medidas Cautelares Personales en el Proceso Penal

Las medidas cautelares personales están llamadas a asegurar a la persona del imputado en el curso del procedimiento penal, por lo que no pueden tener, ni siquiera implícitamente un carácter sancionatorio, sino que deben estar orientadas exclusivamente a la obtención de fines procesales³⁷², los cuales son *el correcto establecimiento de la verdad (aseguramiento de la comparecencia a los actos del procedimiento, peligro de que obstaculice la investigación) y la actuación de la ley penal*³⁷³(peligro de fuga).

Establecido lo anterior, las medidas cautelares personales contenidas en la Legislación del Estado de México, son :

³⁷² HORVITZ LENNON, María Inés; Op, cit., p. 347.

³⁷³ Idem.

“Artículo 192. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formulada la imputación, el juez a petición del ministerio público, del ofendido o la víctima, podrá imponer una o más de las siguientes medidas:

La exhibición de una garantía económica en los términos fijados por éste código;

La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, sin autorización;

La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al juez;

La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;

La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado;

La reclusión domiciliaria, con o sin vigilancia;

La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;

La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

La separación inmediata del domicilio cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima u ofendido conviva con el imputado;

La suspensión provisional en el ejercicio del cargo, profesión u oficio, cuando se atribuya un delito cometido con motivo de éstos, siempre y cuando aquel establezca como pena la inhabilitación, destitución o suspensión;

XI. La suspensión de derechos vinculados al hecho, cuando exista riesgo fundado y grave de que el imputado reitere la conducta objeto de imputación

XII. Internamiento en instituciones de salud, en los casos en que el estado físico o mental del imputado así lo amerite; y

XIII. La prisión preventiva, si el delito de que se trate, está sancionado con pena privativa de libertad.”

Asimismo en la Legislación de Chihuahua se prevén como medidas cautelares:

Artículo 169. Medidas. A solicitud del Ministerio Público, una vez que se le haya dado la oportunidad de rendir su declaración preparatoria y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se fija en éste Código, la autoridad judicial impondrá fundada y motivadamente al imputado, después de escuchar sus razones, alguna o varias de las siguientes medidas cautelares: **[Párrafo reformado mediante Decreto No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No. 9 del 30 de enero de 2010]**

I. La presentación de una garantía económica suficiente en los términos del Artículo 176;

- II. La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Juez;
- III. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al Juez;
- IV. La obligación de presentarse periódicamente ante el Juez o ante la autoridad que él designe;
- V. La colocación de localizadores electrónicos, sin que medie violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado;
- VI. El arraigo, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con las modalidades que el Juez disponga;
- VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
- VIII. La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- IX. La separación inmediata del domicilio, cuando se trate de delitos de violencia familiar o delitos contra la libertad y seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual y cuando la víctima conviva con el imputado; **[Fracción reformada mediante Decreto No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No. 9 del 30 de enero de 2010]**
- X. La suspensión de derechos, cuando exista riesgo fundado y grave de que el imputado reitere la misma conducta que fue motivo del auto de vinculación a proceso; **[Fracción reformada mediante Decreto No. 1062-07 XIII P.E., publicado en el P.O.E. No. 82 del 13 de octubre de 2007]**
- XI. Internamiento en centro de salud, centro de atención a adictos u hospital psiquiátrico, en los casos en que el estado de salud del imputado así lo amerite; y **[Fracción reformada mediante Decreto No. 400-08 I P.O. publicada en el P.O.E. No. 26 del 1 de abril de 2009]**
- XII. La prisión preventiva, a menos que el delito imputado tuviera señalada pena alternativa o no privativa de libertad. En cualquier caso, el Juez puede prescindir de toda medida cautelar cuando la promesa del imputado de someterse al proceso sea suficiente para descartar los motivos que autorizarían el dictado de la medida conforme el artículo siguiente.

Artículo 170. Procedencia. El Juez podrá aplicar las medidas cautelares cuando concurren las circunstancias siguientes:

- I. Se le haya dado la oportunidad de rendir su declaración preparatoria;
- II. Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado represente un riesgo para la sociedad, la víctima o el ofendido.

Artículo 171. Imposición. A solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá imponer una sola de las medidas cautelares personales previstas en este Código o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y dictar las órdenes necesarias para garantizar su

cumplimiento. La prisión preventiva no podrá combinarse con otras medidas cautelares. En ningún caso el Juez está autorizado a aplicar estas medidas desnaturalizando su finalidad, ni a imponer otras más graves que las solicitadas o cuyo cumplimiento resulte imposible. En el caso de que el Ministerio Público solicite alguna medida cautelar y el juez no esté de acuerdo en imponerla, éste podrá imponer otra que considere eficaz para sujetar a proceso al imputado, escuchando previamente a la víctima u ofendido o al acusador coadyuvante. [Párrafo adicionado mediante Decreto No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No. 9 del 30 de enero de 2010]

Artículo 172. Riesgo para la sociedad. *Se entiende que existe riesgo para la sociedad, cuando haya presunción razonable de que el imputado se puede sustraer a la acción de la justicia, o que éste puede obstaculizar la investigación o el proceso. A) Para decidir acerca del peligro de sustracción a la acción de la justicia, el Juez tomará en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: I. El arraigo que tenga en el territorio del distrito judicial donde debe ser juzgado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. La falsedad o falta de información sobre el domicilio del imputado constituye presunción de sustracción a la acción de la justicia; [Fracción reformada mediante Decreto No. 1062-07 XIII P.E., publicado en el P.O.E. No. 82 del 13 de octubre de 2007].*

II. La importancia del daño que debe ser resarcido;

III. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a proceso;

IV. La magnitud de las penas o medidas de seguridad que pudieran corresponderle; [Fracción reformada mediante Decreto No. 1062-07 XIII P.E., publicado en el P.O.E. No. 82 del 13 de octubre de 2007]

V. La inobservancia de las medidas cautelares que se le hubieran impuesto; [Fracción adicionada mediante Decreto No. 1062-07 XIII P.E., publicado en el P.O.E. No. 82 del 13 de octubre de 2007]

VI. El desacato de citaciones para actos en que sea significativa su asistencia y que, conforme a derecho, le hubieran dirigido las autoridades investigadoras o jurisdiccionales; y [Fracción adicionada mediante Decreto No. 1062-07 XIII P.E., publicado en el P.O.E. No. 82 del 13 de octubre de 2007]

VII. La existencia de procesos pendientes o acuerdos reparatorios, condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar, gozando de la condena condicional, libertad preparatoria, semilibertad, medidas substitutivas de prisión, o que el imputado cuente con antecedentes penales; en tratándose de los acuerdos reparatorios y antecedentes penales, el Ministerio Público deberá dar a conocer al Juez de Garantía esta información. [Fracción reformada mediante Decreto

671-09 II P.O. publicada en el P.O.E. No. 94 del 25 de noviembre de 2009]

B) Para decidir acerca del peligro de obstaculización de la investigación o del proceso, se tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, que existan bases suficientes para estimar como probable que el imputado:

*I. Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba; o
II. Si es razonable entender que tratará de influir en lo que declararán algunos de los órganos de prueba. [Fracción reformada mediante Decreto No. 1062-07 XIII P.E., publicado en el P.O.E. No. 82 del 13 de octubre de 2007]*

5.6.5.2.1.1 LA DETENCIÓN

Consistente en una privación de la libertad de la persona, entendida como restricción de su derecho a la libre deambulaci3n, de duraci3n breve, que obedecen a distintos motivos y que necesariamente deben practicarse cuando as3 lo prescribe la Ley expresamente. Esta figura se encuentra prevista actualmente en los **art3culos 182, 187, 188, 189 190 y 191 de la Ley de Enjuiciamiento Penal del Estado de M3xico y 159, 160, 161 y 164 del C3digo Adjetivo Penal del Estado de Chihuahua**, prev3n la medida cautelar de la "Detenci3n", que a la letra establecen:

LEGISLACI3N DE CHIHUAHUA

Art3culo 159. Procedencia de la detenci3n.

Ninguna persona podr3 ser detenida sino por orden de Juez competente, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante o se tratara de caso urgente.

LEGISLACI3N DEL ESTADO DE M3XICO

Procedencia de la detenci3n

Art3culo 182. Ninguna persona podr3 ser detenida sino por orden de juez competente, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante o se tratara de caso urgente

SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE

Los supuestos o casos en los que procede la detención están contenidos en los **artículos 161 y 164** del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, así como los numerales 187, 188 189 y 190 de la Ley Procesal Penal del Estado de México, y los cuales nos obligan a diferenciar **dos clases de detención:**

a) La detención por orden judicial

LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA

Artículo 161. Detención por orden judicial.

Cuando exista denuncia o querrela, de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, y la comparecencia del mismo pudiera verse demorada o dificultada, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar la aprehensión del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, a fin de formularle la imputación. **[Párrafo reformado mediante Decreto 397-08 I P.O. publicado en el P.O.E. No. 14 de 18 de febrero de 2008]**

b) La detención por flagrancia

LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA

Artículo 164. Detención en caso de flagrancia.

Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al detenido a la autoridad más próxima y ésta con la misma prontitud a la del Ministerio Público. Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren en la comisión de un delito. En este caso o cuando reciban de cualquier persona o autoridad a una persona detenida, deberán ponerla de inmediato a disposición del Ministerio Público. Cuando se detenga a una persona por un hecho que pudiera constituir un delito que requiera querrela de parte ofendida, será informado inmediatamente quien pueda presentarla, y si éste no se presenta en un plazo de veinticuatro horas, el detenido será puesto en libertad de inmediato. El Ministerio Público podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el Juez, dentro del plazo a que se refiere el Artículo 16, párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Deberá dejar sin efecto la detención cuando no pretenda solicitar prisión preventiva en contra del imputado, y fijarle una caución, a fin de garantizar su comparecencia

ante el Juez. **[Párrafo reformado mediante Decreto No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No. 9 del 30 de enero de 2010]**

En todos los casos, el Ministerio Público debe examinar inmediatamente después de que la persona es traída a su presencia, las condiciones en las que se realizó la detención. Si ésta no fue conforme a las disposiciones de la ley, dispondrá la libertad inmediata de la persona y, en su caso, velará por la aplicación de las sanciones disciplinarias o penales que correspondan.

Artículo 165. Supuestos de flagrancia.

Se encuentra en situación de flagrancia respecto a un hecho delictivo, quien fuere sorprendido al cometerlo o fuere detenido inmediatamente después de la comisión del mismo, tomando en cuenta para ello el tiempo en que ocurrieron los hechos, el lugar y las circunstancias del caso, que permitan presumir, en base al señalamiento a los hechos, que la persona que se detiene, se encuentra involucrada en el delito. Para el efecto del presente artículo, se entenderá: I. La comisión del hecho delictivo, en relación con las formas de consumación del delito en los términos de los artículos 17 y 19 del Código Penal del Estado. II. Inmediatamente, como el lapso de tiempo comprendido entre el momento de la ejecución del delito y el de la detención, el que podrá realizarse en minutos, horas o incluso días, según las circunstancias del caso, siempre y cuando no se hayan suspendido las actividades de investigación policial tendentes a la localización y detención del probable interviniente. **[Artículo reformado mediante Decreto No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No 9 del 30 de enero de 2010-10-11]**

LEGISLACION ESTADO DE MÉXICO

Artículo 187. Existe flagrancia cuando la persona es detenida en el momento de estar cometiendo el hecho del delictuoso, o bien, cuando el indiciado es perseguido material, ininterrumpida e inmediatamente después de ejecutarlo.

Detención en caso de flagrancia

Artículo 188. Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregarla inmediatamente a la autoridad más próxima y ésta con la misma prontitud al ministerio público, quien registrará la detención.

La policía estará obligada a detener a quienes sorprendieren en la comisión de un delito. En este caso o cuando reciban de cualquier persona o autoridad a un detenido, deberá ponerlo de inmediato a disposición del ministerio público.

Cuando se detenga a una persona por un hecho que pudiera constituir un delito que requiera querrela, será informado inmediatamente quien

pueda presentarla, y si la querrela no se presenta en un plazo de veinticuatro horas, el detenido será puesto en libertad de inmediato.

El ministerio público pondrá a disposición del juez al retenido dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Deberá dejar sin efecto la detención cuando no pretenda solicitar prisión preventiva en contra del imputado, sin perjuicio de solicitar al juez de control que le imponga una medida cautelar de ser procedente. La solicitud de medida cautelar que se haga al juez de control deberá formularse luego de realizar las diligencias indispensables y, en todo caso, dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir del momento en que el detenido sea puesto a disposición del ministerio público.

El ministerio público debe examinar inmediatamente después de que la persona es traída a su presencia, las condiciones en las que se realizó la detención. Si ésta no fue conforme a las disposiciones de este código, dispondrá su libertad inmediata.

c) La detención por Caso Urgente

LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA

Artículo 166. Supuesto de caso urgente.

Existe caso urgente cuando:

I. Exista sospecha fundada de que el imputado ha participado en alguno de los delitos calificados como graves en este Artículo;

II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda el Ministerio Público ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. Para los efectos de este artículo, se califican como graves los delitos cuya pena media aritmética sea, cuando menos, de tres años de prisión. **[Párrafo reformado mediante Decreto No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No. 9 del 30 de enero de 2010]**

Artículo 167. Detención en caso urgente.

De actualizarse los supuestos previstos en el artículo anterior, el Ministerio Público podrá ordenar por escrito la detención del imputado, debiendo expresar en dicha orden los antecedentes de la investigación y los indicios que motivan su proceder. Los agentes de policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, deberán presentar inmediatamente al imputado ante el Ministerio Público que haya emitido dicha orden. El Ministerio Público deberá dejar sin efecto la detención cuando no pretenda solicitar prisión preventiva y fijarle al imputado una caución a fin de garantizar su comparecencia ante el

Juez. En caso contrario, ordenará que el detenido sea conducido ante el Juez dentro del plazo a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 16 de la Constitución Federal, contado desde que la detención se hubiere practicado. [**Párrafo reformado mediante Decreto No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No. 9 del 30 de enero de 2010**]

LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO

Supuesto de caso urgente

Artículo 189. Habrá caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias:

Que se trate de delito grave así calificado por la ley;

Que exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y,

III. Que por razón de la hora, lugar o circunstancia, no pueda el ministerio público acudir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

Detención en caso urgente

Artículo 190. De actualizarse los supuestos previstos en el artículo anterior, el ministerio público podrá ordenar por escrito la detención del imputado, debiendo expresar los antecedentes de la investigación y los indicios que motivan su proceder.

La policía que ejecute una orden de detención por caso urgente, deberá presentar inmediatamente al imputado ante el ministerio público que la haya emitido, quien con la misma prontitud ordenará que el detenido sea puesto a disposición del juez de control.

5.6.5.2.1.2 La Prisión Preventiva (Concepto)

Dado que nuestro tema se centra, respecto de esta medida cautelar personal, se analizara en un apartado especial.

Esta medida consistente en la limitación de la libertad individual de una persona, ordenada por el órgano jurisdiccional competente y que tiene por objeto el ingreso de ésta en

el centro penitenciario como instrumento para asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la sentencia³⁷⁴.

La prisión provisional, como todas las medidas cautelares personales supone una privación de la libertad, pero por ser más acusada que el resto debe ser aplicada con especial cuidado; no es obligatoria; tiene un carácter excepcional por lo que deberá acordarse como "*ultima ratio*" cuando sea estrictamente necesaria atendiendo a las especiales circunstancias del caso; y en ningún caso se puede aplicar con fines punitivos.

La prisión provisional y la detención presentan la nota común de constituir una privación de la libertad individual de la persona, pero tienen importantes diferencias; entre otras: la detención es de corta duración (máximo cuarenta y ocho horas)³⁷⁵ y en caso de delincuencia organizada (noventa y seis horas), mientras que la prisión puede persistir todo el tiempo que dure el proceso en tanto que las causas que la motiven no desaparezcan; la detención puede llevarla a efecto cualquier particular, autoridad o agente de la policía judicial, mientras que la prisión requiere siempre la resolución de un órgano jurisdiccional que la acuerde.

5.6.5.2.1.2.1 Fundamento de la Prisión Preventiva

El fundamento de las medidas cautelares personales en general, que el derecho al juicio previo y en particular, el principio de inocencia, aparece claramente en tensión con la posibilidad de privar a una persona de su libertad personal pendiente el procedimiento de persecución penal³⁷⁶, esta tensión alcanza, sin duda, su punto más crítico en el debate en torno a la prisión preventiva, porque ella involucra una forma de afectación del derecho a la libertad personal (encarcelamiento) que no logra distinguirse de la que produce la pena privativa de libertad.

Si la pena privativa de libertad, que constituye la sanción penal más generalizada en nuestro sistema, sólo puede ejecutarse después de haber sido imputas por una sentencia judicial (derecho al juicio previo), y si el imputado debe ser considerado inocente en tanto no

³⁷⁴ Idem

³⁷⁵ Párrafo noveno del artículo 20 Constitucional Reformado.

³⁷⁶ HORVITZ LENNON, María Inés; Op, cit., p. 389

exista dicha sentencia condenatoria, lo que implica, por una parte, la carga para el Estado de probar la culpabilidad más allá de una duda razonable (principio de inocencia como regla de enjuiciamiento)³⁷⁷, y por otra parte, la exigencia de tratarlo como inocente en tanto dicha sentencia no exista (principio de inocencia como regla del tratamiento del imputado), lo cierto es que la sola existencia de la posibilidad de encarcelamiento pendiente el juicio implica una contradicción que es difícil de justificar.

La mayoría de la doctrina procesal penal, sin embargo, ha evitado ubicarse en alguno de los polos de este debate, y ha centrado la discusión en el análisis de los fines de la prisión preventiva, entendiendo que la posibilidad de coexistencia entre este instituto y la presunción de inocencia está condicionada por los fines que se reconozcan al primero. En este contexto, se ha entendido que el derecho a la presunción de inocencia sería respetado en la misma medida en que la prisión preventiva estuviere fundada en el cumplimiento de finalidades distintas de aquellas perseguidas por la pena, esto es, finalidades de carácter estrictamente procesal. En esta línea encontramos a BECCARIA, para quien *“siendo una especie de pena, la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga”*³⁷⁸.

5.6.6 Presupuestos para acordar la medida cautelar

Está podrá ser solicitada por el Ministerio Público al Juez de Control cuando otras medidas cautelares no sea suficientes para garantizar la comparecencia del indiciado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso³⁷⁹.

El Juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la

³⁷⁷ Idem.

³⁷⁸ Ibídem, p. 392

³⁷⁹ BARDALES LAZCANO, Erika; Op, cit., p. 106.

seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud³⁸⁰. La prisión preventiva se llevará a cabo en el establecimiento más cercano a la competencia del órgano jurisdiccional encargado del asunto respectivo. De acuerdo a la Legislación de Chihuahua se prevé:

Artículo 173. Prisión preventiva.

Además de las circunstancias generales exigibles para la imposición de las medidas cautelares personales, la prisión preventiva sólo es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la sustracción a la acción de la justicia del imputado, la obstaculización de la investigación o del proceso, el riesgo para la víctima u ofendido, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, o que incurra en una conducta delictiva similar a la que se le atribuye, mediante la imposición de una o varias de aquellas que resulten menos gravosas para el imputado.

El ministerio Público solicitará invariablemente prisión preventiva y el Juez de Garantía no podrá dejar de imponerla en los casos de homicidios doloso; violación; secuestro; delitos cometidos por medios violentos como armas y explosivos; así como los siguientes delitos que atentan contra el libre desarrollo de la personalidad: delitos contra la formación de las personas menores de edad y protección integral de personas que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho, en el supuesto de los artículos 181, segundo párrafo y 184; pornografía con personas menores de edad o que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho; y trata de personas, en el supuesto previsto en el artículo 198, tercer párrafo, todos del Código Penal del Estado de Chihuahua. En caso de incumplimiento atribuible al imputado de la medida cautelar impuesta diversa a la prisión preventiva, el juez ordenará de plano su sustitución por la prisión preventiva. [Párrafo adicionado mediante Decreto No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No. 9 del 30 de enero de 2010]

LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO

Artículo 194. Procede la prisión preventiva en los siguientes casos: A. De oficio: Cuando se trate de los delitos de homicidio doloso, violación y secuestro, y su comisión en grado de tentativa: Los delitos cometidos con medios violentos, siempre que se ocasionen daños graves en la integridad física de las personas, así como los cometidos con armas, explosivos u otros que por su naturaleza puedan generar peligro; y III. En los siguientes delitos contra el libre desarrollo de la personalidad previstos en el Código Penal del Estado: El del artículo 204 fracciones I, II y III; y El de pornografía de menores e incapaces contenido en el artículo 206, fracciones I, II y IV. B. A petición justificada del ministerio público en los restantes delitos, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para

³⁸⁰ Artículo 19 de la Constitución Reformado.

garantizar: La comparecencia del imputado en el juicio; El desarrollo de la investigación; La protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; o bien, Cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

El órgano jurisdiccional podrá tomar en consideración **otras circunstancias para decidir sobre la procedencia o no de la medida:**

5.6.6.1 Duración de la prisión preventiva

La regla general sobre la materia viene dada por su naturaleza de medida cautelar, por lo que:

a) La prisión provisional se podrá mantener mientras dure el proceso dado su carácter instrumental; en consecuencia, se extinguirá cuando el proceso se termine con sentencia absolutoria y, también, cuando concluya con sentencia condenatoria, porque si la pena es privativa de libertad, desde el mismo día de la firmeza de la sentencia se inicia el cumplimiento de la pena, por lo que pierde la medida su naturaleza cautelar.

b) También concluirá la prisión provisional en el momento en que cesen las causas que la motivaron, o lo que es lo mismo, cuando desaparezcan los presupuestos necesarios para acordarla. En estos casos, la prisión provisional se podrá extinguir o sustituir por una medida de libertad provisional.

5.7 Distinción entre el Auto de Vinculación a Proceso y el Auto de Formal Prisión

Es notorio que al provenir ambas determinaciones de Sistemas antagónicos, que existan diferencias, tales como:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN

1. Continúa con el proceso
2. Pasa a otra etapa de pre-instrucción
3. Es automática la prisión (cuando el delito es considerado grave)
4. Tiene como antecedente el ejercicio de la acción penal

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

1. Continúa la etapa de investigación la cual queda formalizada y judicializada, dado que queda bajo la vigilancia del Juez de Control, quien en todo momento debe garantizar el cumplimiento de los principios rectores del Sistema.
2. Las partes tienen pleno acceso a la información
3. La investigación tiene un límite temporal
4. Se separa la prisión a solicitud de las partes (Ministerio Público, víctima), como medida cautelar, pues incluso, éstas pueden existir antes o después de la Vinculación a Proceso, sin que sea requisito esencial para que exista ésta.

CAPITULO VI “ALCANCES DE LA REFORMA DEL SISTEMA JUDICIAL PENAL EN CUANTO AL INICIO DE LA SECUELA PROCESAL”

6.1 Transición del Sistema de Justicia Penal

La *inquisición* es el sistema más próximo temporalmente a nosotros, según el cual el Estado tomaba en sus manos el conflicto –como ya hemos señalado en capítulos posteriores-, sustrayéndolo de sus protagonistas de carne y hueso, amenaza contra quien reputa culpable con el ejercicio de la fuerza (la pena estatal, máxima expresión del poder coactivo del Estado) y persigue esa solución del conflicto directamente -de oficio—, con sus propios funcionarios (la policía, el Ministerio Público, incluso los jueces), sin atención al interés concreto de los protagonistas reales del conflicto.

Al igual que en las últimas décadas del último siglo, también en la primera de este hablamos nuevamente acerca de la *crisis del derecho penal* o del *sistema penal*. No se trata sólo de una crisis o -quizás mejor dicho- de una simple crisis, sino antes bien de distintos quebrantamientos e intromisiones, la mayoría de las veces contradictorios en el Sistema del Derecho Penal (derecho penal adecuado al estado de derecho), que han modificado profundamente su imagen y frente a los cuales el sistema del derecho penal apenas se puede defender coherentemente.

Sólo por mencionar algunos ejemplos: el derecho penal originario partía de la *noción de subsidiariedad* —Derecho Penal como *última ratio* de la política social-, aún cuando sin desarrollar claramente o hasta sus últimas consecuencias ese principio, el legislador mismo ya ha condenado a muerte la idea de subsidiariedad. Hoy experimentamos una verdadera inflación de las prohibiciones y mandatos amenazados con pena que parece no tener fin: todas las relaciones posibles entre las personas o entre el estado y las personas son penalizadas, como lo hemos precisado al inicio de este trabajo, siendo como ejemplo: HOMICIDIO EN RIÑA y ROBO CALIFICADO.

En el ámbito del Derecho Procesal Penal esta imagen se ve de otro modo. Los órganos penales del estado encargados de realizar el derecho penal están colapsados. Soluciones: *principio de oportunidad*, premisa del juicio oral y público, ampliación de la admisibilidad del procedimiento directo o por "mandato penal". En parte, la *reparación*, como tercera vía del derecho penal, brinda una ayuda, cuando es permitida, para prescindir de la pena o del sistema penal.

También la moda de las dos últimas décadas, de otorgar mayor poder a la víctima de un hecho punible, tanto en el derecho penal (reparación) como en el proceso penal (participación en el procedimiento, compensación autor-víctima), ha fundado orientaciones político-criminales opuestas en el derecho penal y en el procesal penal. Los esfuerzos por ayudar a la víctima han conducido, por una parte, a una reducción de la aplicación de la pena y, por la otra, a reclamar la expansión de la pena como solución de los conflictos sociales.

Por último, la aparición de nuevas formas de manifestación criminal (criminalidad organizada, terrorismo, delitos de estupefacientes, derecho penal económico, corrupción de funcionarios, derecho penal fiscal o de los tributos, entre otros) han conducido a regulaciones excepcionales en el campo del derecho procesal penal (agente encubierto, personas de confianza, agente provocador a jueces, fiscales y testigos "sin rostro", y a la admisión de medios de prueba, formas de conocimiento de la realidad, ahora prohibidos), situadas, como mínimo, en los límites de un Derecho Penal adecuado al Estado de Derecho.

Esto ha sucedido con la sola fundamentación de que un procedimiento penal respetuoso del Estado de Derecho, sería inapropiado para esclarecer estos hechos punibles³⁸¹, o que las investigaciones serían dificultosas si tuvieran que llevarse a cabo con los viejos métodos del Estado de Derecho. Si pensamos que hemos vivido en la segunda mitad del siglo XX, en la que los Derechos Humanos fueron desarrollados como fundamento internacional positivo para todas las personas de este mundo (Convenciones Internacionales, Universal o Regionales, sobre la materia), entonces ese panorama se vuelve más incomprensible todavía.

³⁸¹ Postura generalizada de sectores como la Defensa e incluso en el propio Tribunal, ejemplo claro de lo anterior cuando previo al momento de rendir su declaración preparatoria los indiciados solicitan platicar con su Defensa y no se les permite por funcionarios que incluso lo argumentan como una violación al debido proceso.

Con ese fundamento se pretende ahora estructurar un Derecho Penal Internacional y una jurisdicción penal internacional (esto es, también una política penal internacional y, además, organizar una policía, fiscales y jueces profesionales, representantes del *poder penal* internacional).

El procedimiento penal mexicano está en completa bancarrota, es muy caro y no satisface ni garantiza los derechos de las víctimas, ni de los procesados, ni siquiera de los agentes de la autoridad que intervienen en su desarrollo.

Las diferentes etapas que integran el proceso penal, las cuales abarcan desde la prevención de los delitos, a cargo de las policías locales principalmente, pasando por la integración de las averiguaciones previas que realizan los Ministerios Públicos, el desarrollo de la etapa de juicio que corresponde a los jueces penales y la ejecución de las sentencias privativas de libertad que se lleva a cabo en las cárceles y reclusorios de la República, presentan hoy por hoy, grandes y enormes problemas, están marcadas con una total ineficacia, por ello dar pasos a la transición, no solo implica buena voluntad, sino un proceso definitivamente estructurado que implique:

1.- Adaptación legislativa.- Esto supone revisar a fondo los 33 Códigos de Procedimientos Penales, así como revisar a fondo las Leyes Orgánicas de las Procuradurías y Tribunales, así como expedir nuevas leyes en materia de salidas alternativas al proceso, de seguridad pública, de ejecución de sentencias, etc.

2.- Creación de un órgano que implemente la reforma. (Talón de Aquiles de la Reforma), el Secretario Técnico desde luego no puede ser improvisado, ya que se requiere una persona con conocimientos técnicos precisos sobre el sistema acusatorio-oral, además de una probada capacidad política de conciliar intereses tanto a nivel estatal y federal, así como entre los tres poderes de la Unión. Dotar de una infraestructura suficiente para ejercer su deber, no se trata de grandes lujos o presupuestos exacerbados, máxime la situación actual, no podemos pretender contar con salas de lujo, cuando más de la mitad de la población no tiene ni siquiera

un ingreso económico, no más que nada, se trata de gente idónea, comprometida primero con su ética y país, así como convencida de que este cambio será en total beneficio.

3.- Modernización de la infraestructura.- se necesita infraestructura para la Sala de Audiencias, donde las partes y el Juzgador se sientan cómodos, y no me refiero a sillones con doble forro, ni reclinables, sino que cuenten con mecanismos de ingeniería que permitan la grabación de las mismas, así como para justicia alternativa, ejemplo de las mismas las implementadas en el Estado de Chihuahua.

4.- Capacitación de los jueces, Ministerio Público y peritos.- existe en los poderes judiciales y las procuradurías de nuestro país gente verdaderamente con talento e incluso en algunos casos “brillante”, que lamentablemente se ha desaprovechado en un sistema penal cerrado, poco transparente y propenso a la corrupción. Se tiene que enfrentar la necesidad de evaluar y promover a los jueces, Ministerios Públicos y peritos en la materia y capacitarlos en la área específica de su materia, así como al personal administrativo necesario.

5.- Preparación de una nueva generación de estudiantes.- El futuro del Sistema de juicios orales, depende de quienes hoy estudian derecho salgan de la carrera contando con las habilidades y capacidades necesarias para administrarlo adecuadamente. Esta adquisición de nuevas formas de conocimiento supone varias cuestiones en la enseñanza del derecho, como el replanteamiento de todos los programas, generando de esta forma textos que den cuenta del nuevo sistema y modifiquen la manera actual de entender el funcionamiento del proceso penal.

6.2 Razones para la Transformación Integral del Sistema de Justicia Penal

Es innegable que en la actual *realidad práctica* de nuestro sistema de justicia penal son validas muchas de las críticas que se han formulado en torno de la *funcionalidad* de dicho sistema, de que la justicia penal *ha fracasado*, porque no ha podido cumplir con los objetivos para los cuales fue diseñado, y por tanto, no ha logrado satisfacer las aspiraciones o reclamos de la colectividad, haciéndose evidente su *crisis*. Además, lejos de ser un sistema *eficaz* que garantice la adecuada protección de los intereses de los individuos y de la sociedad, se ha

tornado en un instrumento con el que frecuentemente se incurre en *abusos de poder* y por ende, en detrimento de los derechos de los ciudadanos.

Son muy diversas las *razones* de la crisis por la que atraviesa el sistema de justicia, algunas de orden intrínseco y otras de carácter extrínseco.

1) Entre las primeras destacan:

Existencia de leyes penales obsoletas (tanto sustantivas como procesales y ejecutivas), que no responden a las necesidades actuales ni corresponden a las concepciones modernas de la ciencia penal y de la política criminal, ni se adecuan a la ideología de la Ley Fundamental

Deficiencia crónica en la procuración e impartición de la justicia penal, a atribuirle a: la persistencia *resabios inquisitivos* en el enjuiciamiento penal que posibilitan arbitrariedad de el ejercicio del poder penal, la ineficacia en la investigación y persecución de los delitos sobre todo ante fenómenos delictivos con características muy complejas como la *delincuencia organizada*, que lleva aparejados *rezagos, impunidad y pérdida de credibilidad* hacia las instituciones de procuración de justicia; falta aún de real *autonomía e imparcialidad* del *poder judicial*; *complejidad y lentitud de los procedimientos*, por obsoletas e incongruentes normas y viciadas prácticas procesales; *abuso de la prisión preventiva, deplorable estado de las prisiones, corrupción administrativa, personal poco capacitado, etc.*, así como la falta de una defensa más profesional, y la falta de una atención más adecuada a la víctima u ofendido del delito, cuya intervención en el procedimiento penal es muy limitada;

Carencia de coordinación entre los diversos sectores del sistema de justicia penal, que hace que cada uno funcione desconectadamente y desarrolle y siga su propia política;

Falta de una política criminal integral debidamente planificada, basada en criterios uniformes según exigencias del Estado democrático de derecho, que comprenda prioritariamente un amplio programa de *prevención general del delito* en el que sobresalgan

las medidas de carácter no penal y en el que también prevalezca la idea de la *prevención general positiva*.

Las razones extrínsecas, es decir, las que provienen de fuera del sistema, son también, determinantes para que éste no funcione adecuadamente, y algunas de ellas obedecen a la propia falta de funcionalidad del sistema penal, es decir, son su consecuencia, como es el hecho de que, aun cuando se emprendan acciones político-criminales oportunas, muy poco se cree en ellas y de ahí que las críticas continúen. Otras tienen que ver con la poca importancia que dentro de la *política social general* se le da a la política criminal y al sistema de justicia penal; en virtud de ello, muy poco se las asocia a los diversos programas y políticas sociales del gobierno, como son las políticas económicas, laborales, educativas, culturales, etc.; por lo que, en la distribución de los *recursos económicos* sólo una parte reducida se destina a los programas de justicia (y seguridad pública). Los costos socio-económicos de la delincuencia, en cambio, son muy altos y escasamente valorados; de ahí que tampoco se haga uso de alternativas menos onerosas.

Existe muy poca *participación ciudadana* -sobre todo del ámbito académico especializado- tanto en el diseño como en el desarrollo y control del sistema de justicia penal, por lo que es común observar un distanciamiento entre política criminal y dogmática penal, es decir, entre práctica y teoría del derecho penal. Sin embargo, no puede negarse que con cierta frecuencia se observa una ingerencia negativa de ciertos medios de comunicación, sobre todo cuando se influye para inclinar el funcionamiento de la justicia hacia un determinado sentido, o sea, cuando por un interés distinto al de la justicia se la desvía o se la trata de desviar y desvirtuar; entre otras causas.

El problema de la crisis se ha hecho aún más complejo con el desarrollo de la *delincuencia organizada*. Es una realidad que al lado de la delincuencia caracterizada como *tradicional o común -o convencional-*, han aparecido otros fenómenos delictivos con otras características que han aumentado el sentimiento de inseguridad e igualmente han planteado la necesidad de nuevas estrategias político-criminales, como es el caso de la *delincuencia organizada*, que desde hace ya algún tiempo empezó a desarrollarse y a proliferar en México y

que también ha determinado la adopción de ciertas medidas político-criminales para enfrentarla.

En efecto, si con relación a la delincuencia tradicional, frente a la cual se ha confeccionado todo un determinado tipo de política criminal y de sistema penal como medio de control social, se ha observado que dichas medidas han mostrado poca funcionalidad -y de ahí la crisis de la justicia-, no obstante afirmarse que resulta relativamente fácil identificar tanto al victimario y a la víctima como al interés jurídico que se ve afectado; por cuanto hace a la delincuencia organizada dichas medidas se ven mayormente rebasadas, por lo que se generan mayores dificultades para su combate; ya que, si se atiende a sus formas de realización, y a demás rasgos característicos, existe mayor dificultad para determinar quiénes son los autores o partícipes (victimarios) y quiénes las víctimas, así como cuáles son los bienes jurídicos que están de por medio.

Por tal razón, se han ido diseñando otras alternativas político-criminales, que se han caracterizado no tanto por su mayor funcionalidad sino por su mayor endurecimiento y su mayor flexibilidad. En otros términos, con el pretexto de la delincuencia organizada se han endurecido fuertemente las medidas represivas de carácter penal, se han flexibilizado ciertas exigencias legales para permitir una actuación menos controlada y se han limitado los ámbitos de libertad; y no obstante todo eso, ellas no han mostrado hasta ahora que tienen la capacidad de garantizar una mejor protección de los bienes jurídicos individuales y colectivos y, por ende, proporcionar mayor seguridad ciudadana; por lo que, ante esa incapacidad, la crisis no solo subsiste sino que se agrava cada vez más.

Tomando en cuenta las transformaciones que en los últimos años ha experimentado el sistema de justicia penal, sobre todo en el ámbito de la legislación penal y procesal penal, también se observa que el sistema penal y procesal penal se ha ido apartando de los principios propios del *Estado Democrático de Derecho* y orillando cada vez más hacia los extremos propios de *sistemas autoritarios*, ya sea por los criterios que poco a poco se le ha ido introduciendo como por la forma de su funcionamiento.

Se han introducido algunos criterios político-criminales que obedecen a la idea de permitir un ejercicio menos limitado del poder penal, es decir, que permiten que el sistema penal sea utilizado no tanto como un mecanismo para proteger debidamente los derechos de los ciudadanos, sino como un instrumento de dominación, y de sujeción del hombre frente al Estado. Lo cual resulta bastante preocupante cuando de *Estado de Derecho* se habla, como es el caso del Estado Mexicano, que teóricamente conforma su existencia y funcionamiento dentro del marco del Derecho y, por ende, formalmente reconoce y respeta ampliamente los derechos del hombre.

6.3 La Poca Efectividad de las Transformaciones del Sistema de Justicia Penal

Los rasgos característicos de los cambios: Carencia de una política criminal integral, coherente y eficiente.

No puede desconocerse que tanto el ordenamiento jurídico penal como el sistema de justicia penal y de seguridad pública han sido sometidos a cambios constantes en los últimos tiempos pero, a pesar de ello, el Derecho Penal y Procesal Penal, así como todo el sistema de justicia penal, aún no han podido alcanzar el grado de desarrollo deseable que les permita constituir un instrumento adecuado para satisfacer los reclamos de la sociedad. Todo ello se ha debido, como se ha dicho, a diversas causas, pero sobre todo a la falta de *una política criminal integral debidamente planificada* y basada en criterios uniformes, según exigencias del Estado Democrático de Derecho; es decir, hasta ahora han abundado las reformas parciales y meramente circunstanciales o coyunturales, que al poco tiempo muestran claramente su falta de consistencia y de eficacia, como se reconoce en la exposición de motivos de la citada iniciativa presidencial de reforma al sistema penal.

El incesante movimiento de reformas a la legislación penal y procesal penal, pero también el que se ha dado en los otros sectores del sistema penal, han implicado la adopción de criterios político-criminales diversos, algunos oportunos y adecuados y otros en cambio poco afortunados; de ahí que, se observan criterios y conceptos que no resultan congruentes

con los criterios plasmados en la Constitución Política, o en instrumentos internacionales suscritos por México.

La tendencia político-criminal de tales reformas, entonces, no ha sido uniforme, sino pendular, vacilante, producto de la falta de reflexión y de la precipitación con que la mayoría ha sido diseñada; lo que hace que en todo ello no sólo se encuentren orientaciones diversas sino incluso contradictorias. Dichas transformaciones, por ello, no han logrado acomodar al sistema penal al ritmo de los tiempos, sino que éste, además de su falta de coherencia, sigue manteniéndose a la zaga de los cambios sociales; por consiguiente, la crisis continúa y las llamadas públicas por un mayor acceso a la justicia, por una mejor procuración y administración de la justicia, que se acondicione más y siempre a las necesidades y problemas de la época y del lugar, suben de intensidad, alcanzando ya los más altos niveles.

Los cambios que en los últimos años ha experimentado la legislación penal y procesal penal, tanto en el ámbito federal como en el local, se han caracterizado mayormente por el constante endurecimiento de las medidas represivas; así como por la flexibilización de ciertas exigencias legales que permiten un ejercicio menos limitado y más arbitrario del poder penal, sobre todo en el ámbito de procuración de justicia, en detrimento de garantías individuales. Y todo ello, sin que paralelamente el funcionamiento del sistema de justicia penal, pero particularmente del Ministerio Público y de la Policía Judicial, haya mostrado mayor eficacia, según se observa de las propias cifras oficiales; es decir, los argumentos frecuentemente utilizados para apoyar las citadas reformas, de que ellas harían más funcional al órgano persecutor para combatir eficazmente a la delincuencia, y a la impunidad y garantizar la seguridad pública, no han encontrado correspondencia con la realidad; consecuentemente, los objetivos para los que dicho sistema ha sido diseñado no se han podido alcanzar de manera que a la colectividad satisfaga.

Por otra parte, es claro que frente al fenómeno delictivo ha prevalecido en los últimos tiempos aquella tendencia político-criminal que pugna por un expansionismo ilimitado de las medidas represivas de carácter penal, que consideran al Derecho penal como la *prima ratio*, es decir, como el primer y casi único recurso, ya que para casi todo conflicto social se adopta una

respuesta penal, como si ésta fuese la panacea, en otros términos, al sufrir el sistema penal un proceso de gigantismo se encuentra cada vez en menos posibilidad de enmarcarse en una postura más racional, que pueda caracterizarse como una postura claramente garantista del Derecho penal.

En el actual plano de la realidad práctica mexicana, parece evidente que la tendencia prevaleciente y creciente, es aquella que busca la solución de un gran número de conflictos sólo a través de las medidas penales, limitándose a generar incesantemente nuevas medidas penales o a endurecer cada vez más las existentes. Es innegable, entonces, el predominio de una tendencia político-criminal eminentemente represiva; una política criminal expansionista de las medidas penales, que ha relegado a un plano muy alejado a las medidas de prevención general, o que sólo visualiza los efectos preventivos a través de las medidas de represión de carácter penal; por lo que, hablar de prevención general positiva resulta aún más distante en nuestra realidad.

Mientras tanto, y a pesar de ese expansionismo represivo, la realidad muestra que el fenómeno de la delincuencia -tanto tradicional como organizada- no se frena; por el contrario, se agrava más, y la violencia derivada de él y de la aplicación de los medios de control, cada vez provoca un más profundo sentimiento de inseguridad en la población, como se mostró en la marcha ciudadana del pasado mes de junio de 2004, siendo palpable la imposibilidad del aparato estatal para frenar dicho fenómeno y restablecer el orden y la seguridad ciudadana.

Esta situación evidencia lo equivocado que es seguir una política criminal de tendencia eminentemente represiva y expansionista de las medidas penales, una política que desdeña totalmente las medidas de prevención; y, sin embargo, se sigue incurriendo en el mismo error. Por ello, la falta de eficiencia de ese tipo de política criminal, ha motivado que también se refuerce la tendencia desesperada de los ciudadanos de exigir al Estado no sólo mayor eficacia, sino incluso, mayor represión, con la advertencia de hacerse justicia por si mismos, si la inercia o la ineficacia continúan. Lo que quiere decir, que el miedo al crimen de la ciudadanía, y la falta de reacción oportuna y adecuada por parte del Estado, provocan diversas

reacciones, incluso aquéllas que generan mayor violencia, y por ende mayor dificultad para controlarla racionalmente.

Ciertamente, el sentimiento de inseguridad ha generado reacciones diversas en la ciudadanía, que a su vez se encuentran con las que surgen de las propias instancias oficiales. Mientras que la ciudadanía reclama más eficacia en el combate a la delincuencia y mayor seguridad pública, así como más calidad en la procuración y administración de la justicia, las instancias oficiales tratan de dar respuestas a dichos reclamos, generando sólo medidas coyunturales, medidas de emergencia que, no obstante su mayor represividad, resultan ser poco efectivas e incluso contradictorias.

Quienes ejercen el poder penal, entonces, no dan respuestas adecuadas ni uniformes a los reclamos ciudadanos, sino sólo producen medidas emergentes, carentes de criterios político-criminales consistentes y coherentes, que al poco tiempo muestran su falta de funcionalidad; de ahí que, los reclamos continúan y el ciclo se repite. Situación que, se reitera, se agrava con el desarrollo de la llamada delincuencia organizada.

Ahora bien, durante la vigencia de casi 70 años del Código Federal de Procedimientos Penales, pero sobre todo en los últimos cuatro lustros, ha habido señalamientos críticos en torno a la manera de funcionar del sistema penal, particularmente del sistema procesal penal, tanto por su orientación filosófico-política como por su falta de funcionalidad. En realidad han sido abundantes las manifestaciones, en el sentido de que los fines del Derecho penal material -de garantizar frente al delito una adecuada protección de los bienes jurídicos más importantes de los individuos y de la colectividad- no se han cumplido de manera satisfactoria; de que el Derecho Penal cada vez se aleja más de ese importante objetivo, lo que no deja de ser paradójico cuando más se hace uso de él.

En fin, gran parte de las críticas se deben tanto al tipo de sistema procesal, como a la forma en que cada una de las partes procesales realiza la función que se les atribuye en dicho sistema, así como a los alcances de tales funciones y a otros rasgos propios del sistema. En efecto, según *communis opinio*, el vigente sistema procesal no es eminentemente acusatorio,

como tampoco puede ser caracterizado como completamente inquisitivo, sino que se trata de un sistema mixto, por contener tanto rasgos acusatorios como inquisitorios; además, está aun plagado de obsoletas e incongruentes normas y de viciadas prácticas procesales, que traen como consecuencia la complejidad y la lentitud de los procedimientos.

De ahí que desde hace algún tiempo se ha insistido en la necesidad de revisar y transformar al sistema procesal, afirmándose que el que más se acomoda al tipo de sistema penal que debe regir en el Estado Mexicano, como Estado democrático de Derecho que es, es el sistema acusatorio; por lo que, en caso de optarse por dicho sistema, este debe quedar claramente precisado en la legislación procesal.

Por el contrario, en ese proceso de transformación de la legislación procesal penal que el gobierno mexicano ha adoptado en los últimos tiempos, no se observa claridad sobre el sistema que se quiere. Sí bien algunas -lamentablemente las menos- han seguido una tendencia acorde a exigencias propias de un sistema penal de corte democrático, como ciertas medidas introducidas en 1984 y en 1994, porque permitían mayor seguridad jurídica para sus destinatarios; otras se han acomodado más a exigencias de sistemas de corte autoritario, al traducirse en un desmedido endurecimiento de las medidas penales, y en una sensible merma de garantías individuales, como sucede con algunas de las reformas que entraron en vigor en 1996 y las de 1999, entre las cuales destacan aquellas que plantean una mayor flexibilización de las exigencias legales para obtener una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

Y aún cuando lo anterior quiere decir que en el sistema penal mexicano han encontrado cabida medidas político-criminales de diferente tendencia, algunas de corte democrático, y otras de corte autoritario, todo parece indicar que las actuales tendencias político-criminales, se inclinan fuertemente por las medidas de corte autoritario, usando como argumento para legitimarlas, el hecho de que el fenómeno de la delincuencia, sobre todo de la llamada delincuencia organizada, ha alcanzado muy altos niveles de desarrollo en nuestros días, y la inseguridad pública a pesar de los esporádicos logros cada vez se hace más incontrolable.

Pero, a pesar de lo anteriormente dicho, parece que no toda tendencia se inclina irremediamente por los sistemas autoritarios, sino que también existen, incluso desde el plano oficial -aunque no con el ímpetu que se quisiera-, ciertas tendencias opuestas, eso es lo que parece observarse, al menos en el discurso que trata de sustentarlo; en la última propuesta de reformas al sistema de justicia penal y de seguridad pública que a principios de abril de 2004 el Presidente de México puso en manos del Congreso de la Unión, en la que reiteradamente se manifiesta la idea de un sistema de justicia penal que responda a las exigencias del Estado Democrático de Derecho: por lo que, se propone la adopción de un modelo procesal predominantemente acusatorio y el destierro de los rasgos inquisitivos que aún persisten, para garantizar la presunción de inocencia, juicios rápidos y equilibrados, orales, transparentes y públicos. Más adelante se verá si lo que se señala en el discurso se corresponde o no, con el contenido de los textos legales que se proponen.

6.4 Necesidad de una Transformación a Fondo e Integral del Sistema Penal

Lo anteriormente dicho muestra que, no obstante ese cúmulo de reformas que ha experimentado la legislación procesal penal en los últimos cuatro lustros, incluyendo las reformas a la Constitución Política, el sistema procesal penal aún no ha sido transformado en sus postulados básicos; no han logrado transformar el Sistema Procesal Penal en sus postulados básicos, es decir, aún no ha experimentado cambios de fondo que afecten su actual estructura fundamental e impacten la esencia de su orientación filosófico-política, como tampoco ha podido dar satisfacción amplia a las expectativas de la sociedad.

Es pues evidente que el sistema de justicia penal ha fracasado, y ha fracasado porque no ha cumplido con los objetivos para los cuales ha sido diseñado; por ello, son totalmente válidas las críticas que se han formulado en torno de su funcionalidad, ya que lejos de ser un sistema eficaz, que garantice la adecuada protección de los intereses de la sociedad, se ha convertido en un instrumento con el que frecuentemente se incurre en abusos de poder y, por ende, en detrimento de los derechos de los ciudadanos.

Por ello, como se ha observado en los últimos años, sobre todo a través de los medios de comunicación, los diferentes sectores sociales como los académicos y los que conforman el sistema de justicia penal han hecho manifestaciones diversas en el sentido de transformar el sistema procesal penal en México; destacándose la idea de adoptar el sistema acusatorio y el proceso oral, así como otros mecanismos para hacerlo más funcional.

Dentro de estas manifestaciones se enmarcan las expresiones provenientes tanto del seno de la Conferencia Nacional de Procuradores de Justicia como del ámbito de la Reunión Nacional de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia del país. Manifestaciones análogas se habían venido haciendo desde el 2002 por el Secretario de Seguridad Pública Federal, quien además de cuestionar la funcionalidad del Ministerio Público había señalado como principales problemas: lentitud, falta de transparencia, corrupción o exceso de trámites en los procedimientos penales; deficiente coordinación y operación de los diferentes órganos del sistema de justicia penal y de seguridad pública; por lo que, propuso reformas a la Constitución Política y la elaboración de un Código Penal y un Código de Procedimientos Penales únicos para toda la República, que sin duda tendrían repercusiones importantes en el sistema procesal penal, ya que proponía:

- a) En lugar de la actual averiguación previa, un procedimiento de averiguación judicial, que comprende actuaciones del Juez y del Ministerio Público, de manera conjunta o separada, en caso de que no haya detenido;
- b) un procedimiento de preinstrucción, para casos en que haya detenido
- c) un procedimiento de instrucción, para probar por el juez la existencia del delito y la responsabilidad del inculpado
- d) dotar a la policía preventiva facultades legales para investigar y participar como parte acusadora en aquellos delitos que conozca; asimismo, considerarla denunciante y coadyuvante del Ministerio Público, pudiendo aportar pruebas dentro de la averiguación judicial o el proceso;
- e) introducir el juicio oral;
- f) que la víctima u ofendido pueda participar como parte activa en el proceso penal;

g) que la actuación de la policía judicial se sujete al control del Juez y del Ministerio Público, del ofendido y del procesado; entre otros. Propuestas que fueron recogidas en las Iniciativas presentadas por el Dip. Luis Maldonado Venegas, en nombre del Grupo Parlamentario de Convergencia, el 4 de noviembre de 2003, a la Cámara de Diputados.

Lo propio se observa en las recomendaciones que hiciera el señor R. Giuliani al Gobierno del Distrito Federal, para enfrentar eficazmente el problema de la inseguridad capitalina, mismas que fueron dadas a conocer por el Secretario de Seguridad Pública del Distrito Federal el 7 de agosto de 2003; y dentro del total de 146 recomendaciones que hizo, entre las que destacan las que tienen que ver con la policía, se encuentran aquellas que señalan la necesidad de revisar y transformar el sistema de justicia penal, de las que algunas repercuten directamente en el ámbito de la función del Ministerio Público.

En efecto, en las recomendaciones relativas a la revisión general del sistema de justicia criminal, existen algunas que repercuten directamente en el ámbito de la procuración de justicia, que tienen como objetivo combatir la impunidad. De ahí que, entre las propuestas resaltan las siguientes³⁸²:

- a) nuevas facultades a la policía preventiva, para que puedan participar en las investigaciones;
- b) aumentar el número de policías judiciales y perfeccionar el control del Ministerio Público sobre sus investigaciones;
- e) transferir del Ministerio Público al juez las decisiones de inicio de proceso y de ejercicio de la acción penal;
- d) restituir a la víctima el derecho de iniciar el proceso penal ante el juez, es decir, quitarle al Ministerio Público el monopolio de la acción penal;
- e) sustituir el juicio escrito por el juicio oral ante el juez;
- f) establecer juicios rápidos para los casos de flagrancia;
- g) atacar el patrimonio de la delincuencia organizada, y
- h) terminar con el ocio en el sistema penitenciario.

³⁸² González, Samuel, *“El Sistema de Justicia Penal y su Reforma”*, 2da. edición. Editorial Fontamara, México, 2006. pp. 533-542.

La misma inquietud se observa en la Convocatoria lanzada desde el mes de agosto de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Poder Judicial de la Federación), para la Consulta Nacional sobre una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano, lo que indica el reconocimiento de que las diversas reformas que se han llevado a cabo en los últimos años en esta materia no han sido suficientes para responder ampliamente a las necesidades actuales del país.

Y, por la misma razón, se anunciaba por diferentes medios que la Procuraduría General de la República pronto daría a conocer a la opinión pública, o presentarla al Congreso de la Unión, un importante paquete de reforma integral en materia de justicia penal, en el que seguramente destacaría la que tiene que ver con la transformación del sistema procesal penal, para posibilitar una actuación más eficaz del Ministerio Público.

Finalmente, en efecto, el 29 de marzo de 2004 el Presidente Fox dio a conocer una muy amplia Iniciativa de Reforma al Sistema de Seguridad Pública y de Justicia Penal, que el día 1ero. de abril de ese año llegó a la Cámara de Senadores. Dicha Iniciativa se hace sustentar en tres pilares: a) reestructurar orgánicamente las instituciones de seguridad pública, b) transformar el procedimiento penal, y c) profesionalizar la defensa penal.

Por lo que, comprende tanto reformas constitucionales como legales diversas, que buscan renovar por completo el sistema de justicia penal, sobresaliendo los cambios que afectan al ámbito del sistema procesal penal, es decir, a la forma de funcionar del procedimiento penal, así como el pronunciamiento de que el nuevo modelo sea más acorde al Estado democrático de Derecho. Para ello, se propone³⁸³:

1) La adopción de un modelo procesal predominantemente acusatorio y el destierro de los rasgos inquisitivos que aún persisten, para garantizar la presunción de inocencia, juicios rápidos y equilibrados, orales, transparentes y públicos;

³⁸³ González, Samuel, Op, cit, pp.558-561.

2) La transformación de la Procuraduría General de la República en una Fiscalía General de la Federación, con carácter de órgano constitucional autónomo, en la que los fiscales del Ministerio Público dirigirán la investigación de los delitos pero sin realizar funciones de investigación policial;

3) La unificación de las policías (Agencia Federal de Investigación, AFI, y Policía Federal Preventiva, PFP) para incrementar su capacidad de combate al delito, atribuyendo las tareas de investigación a la nueva Policía Federal, bajo la responsabilidad y mando de una Secretaría del Interior, que sustituirá a la actual Secretaria de Seguridad Pública;

4) La elaboración de un Código Federal de Procedimientos Penales que, acorde con las reformas que se proponen a la Constitución, transforme estructuralmente el procedimiento penal, simplifique la averiguación previa, establezca el proceso penal acusatorio, oral y público y los mecanismos jurídicos para garantizar los derechos de las víctimas u ofendidos del delito, así como instrumentar medidas alternativas de solución de los conflictos, entre otros;

5) Reforma a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, a efecto de hacer más eficaz el combate a los delincuentes de esta naturaleza, manteniéndose la averiguación previa en el sentido actual y previéndose la existencia de jueces federales especializados en materia de delincuencia organizada;

6) Establecimiento de procesos de certificación y control sobre el trabajo de los abogados particulares, que estaría a cargo del Consejo de la Judicatura Federal, proponiéndose la reforma del marco legal de la defensoría pública federal, que propicie la profesionalización de litigantes en materia penal;

7) Creación de una nueva Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales, para transparentar y efficientar el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad, previéndose la supervisión por jueces especializados.

8) Reforma en materia de justicia para menores infractores, desechándose la visión "paternalista" de los consejos actuales y proponiéndose la creación de juzgados de distrito especializados en adolescentes con procesos similares a los de adultos; entre otras. Podría decirse que se trata de un documento bastante acabado, en que se puede observar con claridad los alcances de dicha propuesta.

6.5 Necesidad de Transformar el Sistema Procesal Penal

Se reitera, por ello, que la transformación no debe limitarse a la sola reforma a la legislación, mucho menos a la legislación penal sustantiva, sino que debe atender preferentemente al aspecto de la aplicación concreta de la ley, pues gran parte de su eficacia o ineficacia radica nada menos que en ese ámbito. Y también debe tenerse presente que, aun cuando la legislación penal sustantiva se transforme de fondo, ésta no logrará por sí misma su objetivo ni el sistema de justicia penal funcionará mejor si el sistema procesal penal se mantiene arraigado a los criterios que hasta ahora lo han caracterizado y que han demostrado su poca funcionalidad³⁸⁴.

En otras palabras, la reforma más importante que debe emprenderse en el ámbito legislativo, para que el sistema de justicia penal pueda realmente ser más funcional y garantizar una respuesta más adecuada a los reclamos de la sociedad, es la que tiene que ver con el sistema procesal, ya que de dicho sistema se deriva la función que corresponde desarrollar tanto al Ministerio Público como al Órgano Judicial y, sobre todo, la forma en que cada uno debe desarrollar dicha función.

Lo anterior indica que la transformación del sistema procesal penal debe implicar la elaboración de un nuevo Código de Procedimientos Penales, para lo cual debe procederse, en primer lugar, a realizar un diagnóstico de la realidad social, de la realidad del fenómeno delictivo y de sus causas, así como de la realidad del sistema penal; por lo que, debe hacerse una revisión de la legislación penal y procesal penal vigentes y determinar la razón por las que ya no constituye una respuesta adecuada a las exigencias de la realidad social actual.

³⁸⁴ *Ibíd.*, p. 563.

Además, habrá que ver si ella se adecua o no a los principios y criterios que se derivan de la ley fundamental y de instrumentos internacionales, así como a las recomendaciones de la legislación comparada y de la política criminal modernas, para así poder determinar el contenido y la orientación que habrá de darle a la nueva legislación. Finalmente, debe tenerse la convicción de que la nueva legislación realmente constituirá una alternativa mejor, y que ésta no será la única.

Ahora bien, dado que el Derecho Penal material requiere de un procedimiento para realizarse, ese procedimiento tiene que ser uno que garantice que todo ciudadano cuente con la defensa necesaria y adecuada y, por tanto, que no permita un ejercicio ilimitado del poder penal; debe evitar un ejercicio arbitrario y sin límites de esa potestad punitiva que transgreda los derechos o garantías de los ciudadanos. Por ello, debe precisarse el tipo de sistema procesal que habrá de adoptarse, para determinar las funciones y los alcances de las distintas partes procesales "acusador, defensor y juzgador"³⁸⁵.

Atendiendo a las directrices constitucionales y a las tendencias político-criminales de la legislación comparada, es claro que el sistema procesal penal a seguir deberá ajustarse a las exigencias del Estado democrático de derecho; por lo tanto, debe sustentarse en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos y debe reconocer límites a la potestad punitiva del Estado en virtud de ello, el sistema procesal penal debe regirse por ciertos criterios o principios fundamentales que tienen la función de limitar el ius puniendi estatal y garantizar los derechos de los individuos, como son: el principio de legalidad (el de ultima ratio, el del bien jurídico, el de acto, el de culpabilidad, el de racionalidad de las penas y medidas de seguridad, el del previo y debido proceso, el de presunción de inocencia, el de *in dubio pro reo*, el de *non bis in dem*, el de la verdad objetiva o material, el del equilibrio entre las partes, el de mediación oralidad, publicidad y concertación, el de brevedad y de defensa, entre otros.

³⁸⁵ Idem

6.6 Fortalecimiento del Sistema Procesal Penal Acusatorio

Si se atiende a los rasgos característicos de los diferentes sistemas procesales (acusatorio, inquisitivo y mixto) que se han diseñado en diferentes partes del mundo a través de la historia de la justicia penal, así como a la experiencia que proporciona el derecho comparado contemporáneo, se llega a la conclusión de que el sistema que responde de mejor manera a los objetivos de la juste material es el sistema procesal acusatorio, pues es el que permite, por un lado, diferenciar claramente las distintas partes procesales: acusador, defensor y decisor o juzgador y, por el otro, garantizar en mayor medida los derechos del acusado, procurando un mayor equilibrio entre las partes, ser más público y oral, y más inmediato, es el sistema que puede permitir, además, atender de mejor manera los derechos de las víctimas.

Por tales razones, se plantea la necesidad de revisar y precisar los alcances de la función que corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal, para superar los vicios inquisitivos -observándose aquí una gran coincidencia con el discurso que sirve de sustento a la iniciativa presidencial-; pero, igualmente, ha de revisarse y redimensionarse la intervención que corresponde al juzgador, así como el papel que la víctima debe jugar en el proceso, de suerte que, de la misma manera que se observan los derechos del acusado, se observen también los que corresponden a la víctima del delito.

Dicho sistema acusatorio, por otra parte, garantiza la imparcialidad del juzgador, que tiene que ver con la independencia judicial, y permite una apreciación más libre de las pruebas introducidas en el proceso por las partes; asimismo, procura que el proceso sea más ágil y permite que responda con mayor fidelidad a la idea de que la justicia debe ser pronta y expedita por lo que la posibilidad ensayar procedimientos con menos instancias y evitar las dilaciones indebidas, evienlamente sin menoscabo del derecho de defensa; teniendo en todo caso el Estado -a través de su órgano respectivo- la tarea de probar la culpabilidad del procesado.

Se considera, pues, que eterna procesal, además de garantizar mayormente la seguridad pública que se ve afectada por la realización del delito, garantiza la protección de los derechos

del individuo, asegurando a los culpables y la protección a los inocentes. En fin, el sistema procesal acusatorio que más se acomoda al sistema penal del Estado democrático de derecho mexicano; por lo que dicho sistema debe quedar claramente precisado en la legislación procesal que se de origen, yendo a un lado los rasgos inquisitorios que aún prevalecen en el sistema vigente, así como las obsoletas e incongruentes normas y de viciadas prácticas procesales, que traen como consecuencia complejidad y la lentitud de los procedimientos, y revestirlo de los principios fundamentales anteriormente señalados.

Las tendencias actuales del proceso penal moderno consideran que el prototipo del sistema debe serlo el sistema acusatorio sin juez de instrucción pues en él se preserva el pleno respeto y la operatividad de todas las garantías constitucionales. Además, de acuerdo con él el proceso debe ser verdaderamente público y oral en todas sus fases, para que sea más democrático y humano, para que el derecho de defensa se ejerza con toda amplitud y haya un mejor conocimiento de la verdad por parte de quienes en él intervienen. Asimismo, permite una mayor celeridad del proceso y se evita la duplicación innecesaria en la práctica de las pruebas, pues debe buscar y respetarse la efectividad y la eficiencia del proceso.

Ahora bien, el suprimir la figura del juez de instrucción y asignarle al Ministerio Público el control de la investigación -como ha sucedido en México- no quiere decir que ahora éste sea el instructor, pues confiar la instrucción al Ministerio Público significaría -al menos en México- "preservar las deficiencias del sistema anterior y sustraer a los justiciables las garantías de control jurisdiccional". Por ello, quienes apoyan este tipo de sistema acusatorio proponen incluso eliminar la etapa de la instrucción y sustituirla por una de investigación preliminar o de averiguación previa, de carácter administrativo, confiada al Ministerio Público y a la policía, garantizando con ello la existencia de la acusación previa para incoar el proceso penal y su separación de la función decisoria; pero se sugiere que las medidas cautelares deben ser facultad exclusiva del juez, así como todo lo relativo a la producción anticipada de eventuales pruebas urgentes, sugiriéndose -para evitar los desbordamientos o extralimitaciones del órgano acusador- la presencia de un juez de garantía o de control de legalidad, que a su vez debe ser diferente del juez de sentencia. Se acopla a esta propuesta, igualmente obedeciendo a

la necesidad de un mayor control de la legalidad, la idea de judicializar el ámbito penitenciario.

Si bien el sistema acusatorio no está expresa y claramente consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este es el sistema procesal que se compagina con ideología constitucional, pues del contenido de diversas disposiciones se desprende que ese es el tipo de sistema procesal que ella reconoce y debe aplicarse. Así, por lo que hace a la necesaria diferencia de las funciones procesales, del artículo 21 Constitucional se desprende la existencia tanto del órgano de acusación, que es el Ministerio Público, como del órgano de decisión, o sea, el juzgador, que deben estar estrictamente separados; mientras que del artículo 20 Constitucional se deriva la función de la defensa, que se relaciona con el derecho que todo inculcado tiene de una "defensa adecuada" y que puede ejercer por sí, por abogado o por persona de su confianza (FRACCIÓN IX); asimismo, del propio artículo 20 se desprende que las audiencias serán públicas, ya sea ante un juez o ante un jurado de ciudadanos (FRACCIÓN VI).

Por otra parte, de esas y de otras disposiciones constitucionales puede también desprenderse que el criterio que prevalece es que entre el órgano acusador y la defensa debe existir igualdad ante el órgano juzgador, es decir, debe haber equilibrio entre las partes, entre otros aspectos característicos del sistema acusatorio. En el diseño del sistema procesal penal habrá que considerar también ciertos instrumentos internacionales, como tratados, pactos o convenciones, suscritos por México, que igualmente consagran principios fundamentales que deben regirlos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 133 de la Constitución también constituyen la Ley Suprema de toda la Unión.

En virtud de ello, el sistema procesal acusatorio debe quedar claramente precisado en la legislación procesal penal, ya sea que se dé origen a un nuevo Código de Procedimientos Penales -que sería lo más recomendable- o que sólo se reforme el Código vigente, pues debe ser propósito fundamental el fortalecer el Estado de Derecho y, con ello, fortalecer sus instituciones que tienen que ver con el sistema de justicia penal.

Pero, con tal de que dicho sistema procesal resulte fortalecido y viable, la reforma legislativa puede ir más allá de la consideración del Código de Procedimientos Penales, en el sentido de contemplar incluso la posibilidad de reformar la propia Constitución Política para prever en ella con toda precisión los lineamientos que deben regir al sistema procesal en el Estado mexicano, sin olvidar las necesarias transformaciones que habrán de experimentar las diversas instituciones del sistema de justicia penal. Al diseñar legislativamente el nuevo sistema procesal, deberán precisarse igualmente los alcances de las funciones que corresponden al Ministerio Público como titular de la acción penal, para superar los actuales vicios inquisitivos y los que lo hacen infuncional, y al juzgador -como órgano de garantía, de decisión y de control de la ejecución- asimismo, redimensionar el papel que la víctima debe jugar en el proceso, desarrollar los aspectos de la publicidad y de la oralidad del proceso, para precisar sus diversas modalidades y alcances, y determinar el modelo a seguir en torno al juicio oral, el cual debe acomodarse a nuestra realidad socio-jurídica.

6.7 Los Juicios Orales en México: ¿condición o alternativa del Sistema Penal Acusatorio?

Uno de los principales argumentos que de manera coincidente han sostenido las tres iniciativas en comento ha sido el relativo a considerar la introducción de los juicios orales como una condición necesaria del sistema procesal acusatorio.

La primera iniciativa señala:

Los regímenes democráticos utilizan sistemas procesales en los que imperan principios penales tales como la relevancia de la acusación; la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia y el esclarecimiento judicial de los hechos, así como la oralidad, la inmediación, la publicidad y la contradicción como principios rectores del proceso penal³⁸⁶, entre otros.

³⁸⁶ Vázquez Marín, Óscar y Rivas Acuña, Israel, “*LOS JUICIOS ORALES EN MÉXICO: ¿CONDICIÓN O ALTERNATIVA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO?*”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Vol. 24. pp. 181-186.

La segunda iniciativa menciona:

La modernización de un sistema penal de un Estado social y democrático como el nuestro, que salvaguarde los derechos reconocidos en nuestra Constitución a las víctimas del delito, así como a los acusados de éste y a la ciudadanía en general, es posible a través de un procedimiento acusatorio, adversaria! y oral, que sin falsos garantismos cumpla los principios del debido proceso, como el de inmediación, concentración, contradicción, publicidad y continuidad, utilizando como herramienta indispensable la oralidad³⁸⁷.

La tercera iniciativa refiere:

"Pero la escrituración del proceso no es garantista. Ni las víctimas del delito ni los acusados la perciben como una manera justa de proceder". Conforme a los argumentos anteriormente expuestos, se presenta a la oralidad como un requisito indispensable de la modernización del sistema procesal penal mexicano. Se considera que no puede haber sistema acusatorio sin oralidad, cuando lo cierto es que el sistema acusatorio puede ser tanto oral, como escrito. Estimar lo contrario sería tanto como considerar al sistema acusatorio como parte de la oralidad, y no como lo que en realidad constituye, la oralidad como parte del sistema acusatorio. Como apunta Jorge Nader Kuri³⁸⁸:

Puede hablarse de sistemas acusatorios orales caracterizados por procedimientos de argumentación y recepción probatoria verbal directamente ante el tribunal y, por el contrario, es posible, también concebir un proceso penal acusatorio perfectamente diseñado y funcional cuyo procedimiento de argumentación y recepción probatoria sea, sin embargo escrito.

Al respecto, debe decirse que todos los sistemas jurídicos en el mundo registran procedimientos orales y escritos. En el derecho comparado no subsisten modelos procesales completamente orales, ni completamente escritos. Lo que sí existen son sistemas procesales predominantemente orales, escritos o mixtos, atendiendo a la cultura jurídica que prevalece en cada uno de ellos.

³⁸⁷ Vázquez Marín, Óscar y Rivas Acuña, Israel, Op, cit., pp. 558-561

³⁸⁸ *Ibíd*em, p. 563.

Por citar un ejemplo, los procedimientos penales norteamericano e inglés, que tradicionalmente se consideran modelos procesales orales por excelencia, presentan rasgos de escritura, ya que ambos exigen en su fase de investigación diversas actuaciones por escrito, como la redacción de reportes para sustentar sus indagatorias y los informes de jurados denominados Affidavit. Situación similar ocurre en México, que no obstante de considerarse un sistema jurídico predominantemente escrito, registra dos procesos que en sus diferentes etapas emplean la oralidad: el proceso laboral y el agrario³⁸⁹.

En el caso de la materia laboral, el artículo 685 de la Ley Federal del Trabajo establece: "El proceso del derecho del trabajo será público, gratuito, inmediato, predominantemente oral y se iniciará a instancia de parte". Por su parte, el diverso numeral 185 de la Ley Agraria señala que en la audiencia que se realice se: "I. Expondrán oralmente sus pretensiones por su orden, el actor su demanda y el demandado su contestación y ofrecerán las pruebas que estimen conducentes a su defensa y presentarán a los testigos y peritos que pretendan sean oídos..."

Como comenta Héctor Fix Fierro, actualmente "los procedimientos judiciales en la mayoría de los países son el resultado de la combinación de etapas procesales tanto escritas como orales"³⁹⁰. Mientras que en los sistemas jurídicos de tradición oral, como Inglaterra y Gales, se habla de la posibilidad de introducir promociones escritas en sustitución de las audiencias orales, con la finalidad de abreviar los procesos, en los recientes procesos de reforma judicial instrumentados en los sistemas jurídicos latinoamericanos de tradición escrita, como es el caso de Argentina, Colombia, Chile, Guatemala y Uruguay, se observa una tendencia de implantar la oralidad en los procedimientos tanto civiles como penales, como una estrategia para solucionar los principales problemas de sobrecarga de trabajo que de manera genérica afectan a los sistemas judiciales en el mundo.

De lo anterior se colige que lo importante para considerar a un sistema procesal penal como acusatorio o inquisitorio, no son los elementos formales de la oralidad o la escritura,

³⁸⁹ Idem.

³⁹⁰ Idem.

sino más bien, si se encuentran separadas las funciones de acusación y juicio, como acontece en el sistema mexicano, que en el artículo 21 constitucional, primer párrafo, señala: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...". El garantismo penal, como apunta Ferrajoli, no tiene que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo, sino con la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad; es decir, que se sancionen a los responsables y se absuelvan a los inocentes, contando con las garantías del debido proceso.

En los tres proyectos que impulsan los juicios orales en México a nivel federal, invariablemente se ha presentado a las actuaciones escritas como un elemento contrario a los sistemas penales acusatorio, y a la oralidad, como una característica inherente a éstos. La tercera iniciativa en comento refiere: "El expediente es un método de trabajo que se heredó de un sistema colonial autoritario, que, lejos de buscar un control ciudadano de la facultad punitiva del Estado, concebía el proceso penal como un trámite sobre el cual la autoridad política era quien debía ejercer su dominio".

Al respecto, resulta pertinente retomar la siguiente interrogante que formula el penalista Moisés Moreno: ¿Cómo podría verificarse la legalidad de los procedimientos si no es a través de la existencia de constancias procesales?. Dada la situación particular del ordenamiento constitucional mexicano, en el que se precisa en el artículo 16, primer párrafo, de la Ley Fundamental, la obligación de la autoridad para fundar y motivar todos sus actos por escrito, la escritura se presenta como un elemento esencial del control constitucional de las garantías de seguridad jurídica y legalidad, previstas en los artículos 14 y 16 Constitucionales.

Por consiguiente, contra lo que señalan los partidarios de los juicios orales, la escritura no debe ser considerada como un vestigio inquisitorio del sistema procesal penal mexicano, sino como una característica que hace posible garantizar los derechos de los procesados, al permitir al juzgador verificar que todos los actos de autoridad (órdenes de aprehensión, autos de formal prisión y sentencias) sobre los que se sustente la impugnación de los procedimientos penales, estén debidamente fundados y motivados.

CONCLUSIONES

1. Es indudable que el sistema de impartición de justicia penal mexicano requiere de una profunda transformación orientada hacia el fortalecimiento del modelo acusatorio, para mejorar la tutela del debido proceso y la adecuada defensa de los procesados y sentenciados; sin embargo, es necesario precisar que la aprobación de los juicios orales no es la solución para abatir el problema de la inseguridad pública en México. Para ello, se requiere una reforma integral del sistema de justicia penal que aborde de manera sistémica los diversos subsistemas, es decir:

- 1) subsistema de seguridad pública
- 2) subsistema de averiguación previa o procuración de justicia
- 3) subsistema de proceso penal o impartición de justicia
- 4) subsistema de ejecución de sanciones o readaptación social.

De lo contrario, se corre el riesgo de realizar grandes inversiones de recursos públicos, que produzcan los mismos resultados que se han obtenido con los modelos de justicia penal actualmente vigentes,

2. La propuesta para introducir los juicios orales en el proceso penal mexicano debe sustentarse en diagnósticos empíricos sobre el estado actual del proceso penal mexicano, y no como inicio la reforma y ha sido tan criticado, -una falta de concreción con la realidad-, así como del funcionamiento de los sistemas judiciales latinoamericanos y locales de nuestro país, en los que se han puesto en marcha este tipo de juicios, y no en la percepción que prevalezca en la opinión pública sobre las instituciones de procuración e impartición de justicia.

3. Los juicios orales no deben considerarse como un elemento imprescindible del sistema penal acusatorio, pues el sistema procesal penal mexicano puede ser acusatorio predominantemente escrito, a través de cambios jurisprudenciales y reformas reglamentarias que garanticen de manera plena las garantías constitucionales del debido proceso y la adecuada defensa, aprovechando el marco constitucional y legal penal vigente.

4. Los principios de oralidad, inmediatez, contradicción y publicidad que se proponen en las iniciativas de los juicios orales, no son una novedad en el sistema procesal penal mexicano, ya que éstos incluso se contemplaban en nuestro Sistema, lo que sucedió fue su falta de aplicación, verbigracia el Código Federal de Procedimientos Penales, desde 1934, al establecerse que la declaración preparatoria del inculpado puede ser rendida en forma oral o escrita (art. 155); que en las diligencias que se practiquen, el juez estará acompañado por su secretario, presidirán los actos de prueba y recibirán, por sí mismos, las declaraciones (art. 16); que en la audiencia podrán interrogar al acusado sobre los hechos y se podrán repetir las diligencias de prueba que se hubieren practicado; y, que en todo proceso penal el inculpado será juzgado en audiencia pública por un juez (art. 86).

La propuesta de reforma del sistema procesal penal debe ser coherente con los diversos elementos que integran el sistema jurídico mexicano, por lo que se recomienda que en las propuestas de cambio institucional que se formulen, se tomen en consideración tanto las circunstancias internas como externas de nuestro país, en especial, la relativa al juicio de amparo y sus efectos en las legislaciones de las entidades federativas.

5. Para solucionar el problema de la sobrecarga de causas penales que registra el sistema judicial mexicano, más que pensar en la opción de los juicios orales, debe analizarse la propuesta de los medios alternativos de solución de conflictos como una medida complementaria de la justicia penal ordinaria que permita desahogar el trámite y resolución de aquellos procesos penales federales que traten de delitos no graves, que cuenten con los instrumentos necesarios para la conciliación y negociación de las partes, bajo la supervisión de la autoridad jurisdiccional.

6.- "Cambio de mentalidad en los operadores" no significa de ninguna manera eficientísimo técnico, sino todo lo contrario, implica un desarrollo de la ciencia y una perfección de la técnica, acorde con los requerimientos de una nueva y definitiva

reestructuración de la Justicia Nacional, tendiente a una mejor expedición de justicia, compatibilizando el reproche social con los derechos humanos de los justiciables, lo que a la postre redundará en el afianzamiento del sistema democrático, tal como lo preceptúa la Constitución Nacional.

El sistema acusatorio, que implica ese cambio de mentalidad con la flexibilidad social suficiente que significa el período de implementación y adaptación, no puede ya demorarse más, sin que ello signifique detener al mismo tiempo el avance científico y tecnológico como cultural en el que está inserto el progreso ineluctable de nuestra sociedad.

Al mismo tiempo en que el sistema acusatorio convierte en un vehículo de cultura jurídica a su Poder Judicial, lo hace cada vez más independiente, en tanto y en cuanto obliga a quienes participan en él, a estar mejor preparados técnica y científicamente en aras de un resultado más eficiente y humano, que redundará finalmente en un proceso de credibilidad estable respecto de la misma, que afiance definitivamente su rol decisivo en una sociedad ampliamente democratizada.

7.- La creación de una Escuela de Derecho Procesal Penal Oral para la Capital, tendiente a la preparación futura de los jueces, los jurados, el fiscal, el defensor, los peritos, los taquígrafos y demás auxiliares de la justicia bajo el desarrollo del sistema acusatorio y con el auspicio del Colegio Público de Abogados (colegialización).

Estoy convencida, que la preparación de los nuevos operadores, con una nueva visión (*cambio de chip, como lo destaca la Licenciada Cristal González, Asesora Legal en Juicios Orales en México*), le apuesta a una verdadera transformación del Sistema de Justicia, es cierto que al ser la generación de la transición, va a ser difícil no solo implementarlo, sino además recuperar la confianza de la sociedad, sin embargo ser la transparencia del mismo, así como el compromiso de sus integrantes quienes en un tiempo nos harán regocijarnos o enfrascarnos en una nueva reforma; por ello quisiera finalizar este trabajo con la firme convicción de que el cambio de modelo, es indudablemente favorable a todos, y que predecir su fracaso, cuando éste ni siquiera ha iniciado, implica una actitud cerrada, no sólo a las bondades que éste ofrece, sino a negarnos a salir de la cueva en la que ya nos acostumbramos a vivir.

BIBLIOGRAFÍA

1. ÁLCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y Ricardo LEVENE hijo, “Derecho Procesal Penal”, 2ª edc., Editorial Guillermo Kraft LTD. Argentina, 1945.
2. ALMAGRO NOCETE, José y PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo, “Derecho Procesal II”, Editado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, España, 2006.
3. ALSINA, Hugo, “Fundamentos de Derecho Procesal”, Serie Clásicos, Editorial Jurídica, Universitaria, México, 2003.
4. ASCENCIA MELLADO, José María, “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997.
5. APUNTE ORDONA, Alejandro, “Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Penal Acusatorio”, 2ª edc., Editado por el Consejo Superior de la Judicatura, Colombia, 2006.
6. ARMENTA DEU, Teresa, “Lecciones de Derecho Procesal Penal”, 5ª edc., Editorial Tirant Blanch, Valencia, España, 2010.
7. ARMENTA DEU, Teresa, “Principio Acusatorio y Derecho Penal”, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, España, 1995.
8. ARNÁIZ AMIGO, Aurora, “Estructura del Estado”, 4ª edc., Editorial Mc Graw Hill de México, 2004.
9. BACHMAIER WINTER, Lorena; “Proceso Penal y Sistemas Acusatorios”, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2008.
10. BARDALES LAZCANO, Erika, “Guía para el estudio de la Reforma Penal en México”, 2ª edc., Editorial MaGister, México, 2009.
11. BECCARIA, César, “Tratado de los delitos y las penas”, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1993.
12. BINDER, Manuel Alberto, “Política Criminal”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires Argentina, 2006.
13. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Obras Completas”, Ara Editores, Perú, 2005.
14. CALAMANDERI, Pedro, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, 2ª edc., Editorial EJE, Buenos Aires, Argentina, 1943.
15. CASARINO, Mario, “Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno”, 2ª edc., Editorial Jurídica de Chile, 2005.
16. CASTELLANOS TENA, Fernando, “Lineamientos Elementales del Derecho Penal”, 45ª edc., Editorial Porrúa, México, 2004
17. CLARÍA OLMEDO, Jorge A., “Derecho Procesal”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989.
18. CONSTANTINO RIVERA, Camilo, “Introducción al Estudio Sistemático del Proceso Penal Acusatorio”, 3ª edc., Editorial MAGISTER, México, 2009.
19. COUTURE, Eduardo, “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”, 4ª edc., Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2010.
20. CURSO HABILITANTE PARA JUECES DE GARANTÍA Y ORALES EN LO PENAL, Hermsilla Iriarte Francisco, Juez Oral de Valparaíso Chile, Chihuahua, México, Agosto, 2006.

21. DE HEVIA BOLAÑOS, Juan, "Curia Filípica Mexicana, Obra Completa de Práctica Forense", Editada por Mariano Galván Rivera, México, 1858.
22. DÍAZ ARANDA, Enrique, "Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal", Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.
23. FENECH NAVARRO, M., "El Proceso Penal", Editorial Ageda, Madrid, España, 1982.
24. FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón", Editorial Trotta, Madrid, 1998.
25. FIX ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, "Derecho Constitucional Mexicano y Comparado", 4ª edc., Editorial Porrúa, México, 2005.
26. FLORES MARGADANT, Guillermo S. "Derecho Romano", 26ª edc., Editorial Esfinge, México, 2010.
27. FRAMARINO DEL MALETESTA, Incola, "Lógica de las Pruebas en materia criminal", 4ª edc., Editorial Temis, Colombia 1988.
28. FUENTES DÍAZ, Fernando, "Modelos y el Procedimiento Penal", 5ª edc., Editorial Sista, México, 2000.
29. GALINDO CAMACHO, Miguel, "Teoría del Estado", 7ª edc., Editorial Mexicanos Unidos, S.A., México, 2008.
30. GARCIA MANYEZ, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", 59ª reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2006.
31. GARIBALDI E, Gustavo Bellagio, "El Juicio Criminal y la Determinación de la Pena, bajo presupuestos del Acusatorio", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.
32. GERNAERT WILLLMAR, Lucio R. "Diccionario de Aforismos y Locuciones latinas de uso forense", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2004.
33. GIMENO SENDRA, Vicente, "Derecho Procesal Penal", 3ª edc., Editorial COLEX, Madrid España, 2004.
34. GINER, Salvador, "Historia del Pensamiento Social", Editorial Ariel, Barcelona, España, 1975.
35. GÓMEZ LARA, Cipriano, "Teoría General del Proceso", Editorial UNAM, México, 1987.
36. GÓMEZ, Samuel; "EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y SU REFORMA", 2ª edc., Editorial Fontamara, México, 2006.
37. GONZÁLEZ, María del Refugio, "Historia del Derecho Mexicano", Editorial UNAM, México, 1983.
38. GONZÁLEZ OBREGÓN, Cristal, "Manual Práctico del Juicio Oral", Editorial IBIJUS, México, 2008.
39. GONZÁLEZ, Samuel, "El Sistema de Justicia Penal y su Reforma", 2ª edc., FONTAMARA, México, 2006.
40. HERNANDO ECHANDÍA, Devis, "Teoría General del Proceso", 5ª edc., Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2007.
41. HORVITZ LENNON, María Inés y López Masle Julián, "Derecho Procesal Penal Chileno, Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación", Tomo I, Editorial Jurídica de las Américas, México, 2008.
42. ISLAS Olga y RAMÍREZ Elpidio, "El Sistema Procesal Penal en la Constitución", Editorial Porrúa, México, 1979.
43. JORQUERA, René, "Síntesis de Derecho Procesal Civil", 8ª edc., Editorial Aremi, Chile, 2005.

44. KAI AMOS Y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, "Constitución y Sistema Acusatorio, un estudio de Derecho Comparado", Editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia 2005.
45. KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", 14ª edc., Editorial Porrúa, México, 2005.
46. LEONARDO FRANK, Jorge, "Sistema Acusatorio Criminal y Juicio Oral", Editorial Lerna Editores Asociados, Buenos Aires, Argentina, 2006.
47. LEVERNE, Ricardo, "Manual de Derecho Procesal Penal", Ed. DePalma, Buenos Aires, Argentina, 1993.
48. MAIER, Julio, "Derecho Procesal Penal, Fundamentos", Tomo II, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2005.
49. MANZINI, Vincenzo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1952.
50. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, "El Tipo Penal, algunas consideraciones en torno al mismo", 2ª edc., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005.
51. MIR PUIG, Santiago, "El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho", Editorial Ariel, S.A., Barcelona España, 2006.
52. MITTERMAIER, Cja. "Tratado de la Prueba en Materia Criminal", 2ª impresión, Editorial Ángel Editor, México, 2001.
53. MONTERO AROCA, Juan, "El Derecho Procesal en el Siglo XX", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.
54. MONTERO AROCA, Juan, "Principios del Proceso Penal", 4ª edc., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2005.
55. MONTESQUIEU, "El Espíritu de las Leyes", 17ª edc., Editorial Porrúa, México, 2007.
56. MORAS MOM, Jorge, "La investigación en el proceso penal", Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997.
57. MORAS MOM, Jorge, "Manual del Derecho Procesal Penal", 6ª edc., Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina, 2006.
58. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, "Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México", Editorial CEPULCRIM, México, 1999.
59. MORENO RODRÍGUEZ, Rogelino, "Diccionario de Ciencias Penales, Intervinculado", Editorial Ad Hoc, Villeglal Editor, Buenos Aires, 2006.
60. MUÑOZ CONDE, Francisco, "Introducción al Derecho Penal", Editorial Bosch Casa, Barcelona, España, 2005.
61. MUÑOZ CONDE, Francisco, "Teoría General del Delito", 2ª edc., Editorial Temis, Colombia, 1999.
62. NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, Editorial Porrúa, México, 2005.
63. NUEVO DICCIONARIO DE DERECHO PENAL, 2ª edc., Editorial Malec, México, 2004.
64. ODERIGO, Mario A. "Lecciones de Derecho Procesal", Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1989.
65. OUVIÑA, Guillermo, "Estado Constitucional de Derecho Penal", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2008.
66. OVALLE FABELA, José, "Teoría General del Proceso", Editorial Oxford University Press, México, 2005.

67. PALLARES, Eduardo, “El Procedimiento Inquisitorial”, Imprenta Universitaria, México, 1951.
68. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, “Diccionario de Derecho Penal (Analítico-Sistemático)”, 3ª edc., Editorial Porrúa, México, 2003.
69. PÉDRAZ PENALVA, Ernesto, “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial Colex, Madrid, España, 2000.
70. “PROCESO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO, TÉCNICAS DEL PROCESO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO, MÓDULO DE INSTRUCCIÓN PARA DEFENSORES”, USAID del pueblo de los Estados Unidos, de América, Defensoría del Pueblo, Colombia, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2006.
71. SAN MARTÍN CASTRO, César, “Introducción General al Estudio del Nuevo Código Procesal Penal, Apuntes Preliminares”, Palestra Editores, Material de Estudio del Curso Dirigido a Defensores de Colombia, Colombia, 2006.
72. SEMBRADOR, Pedro, “La Inquisición”, 8ª edc., Editorial Arquidiócesis Primada de México, 2007.
73. SERRA ROJAS, Andrés, “Ciencia Política. La Proyección Actual de la Teoría General del Estado”, 20ª edc., Editorial Porrúa, México, 2005.
74. SOSA ORTIZ, Alejandro, “El Cuerpo del Delito, la Problemática en su Acreditación”, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005.
75. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Introducción al Estudio de la Constitución”, Editorial Fontamara, México, 2006.
76. UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, “El Cuerpo del delito y la Responsabilidad Penal”, 2ª edc., Editorial Porrúa, México, 2004.
77. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, 2ª edc., Editorial Aranzadi, España, 2005.
78. QUINTINO ZEPEDA, Rubén, “La Orden de Aprehesión y el Auto de Vinculación a Proceso”, Editorial UBIJUS, México, 2008.
79. ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, 25ª edc., Editorial del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000.
80. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., “Derecho Procesal Penal”, Editorial Rubinzal Cuizuni, Editores, Argentina, 2002.
81. VÉSCOVI, Enrique, “Teoría General del Proceso”, 2ª edc., Editorial Temis, Santa Fe Bogotá, Colombia, 2001.
82. VIZCARRA DAVALOS, José, “Teoría General del Proceso”, Editorial Porrúa, México, 2006.
83. ZIPPELIUS, Reinhold, “Teoría General del Estado, Ciencia Política”, Editorial Harla, Oxford, México, 1998.

REVISTAS

- 1.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, “Corpus Delicti y Tipo Penal”, Criminalia, Editorial Porrúa, México 1956, año XXII, número 5.
- 2.- MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “El Funcionalismo en el Derecho”, Notas sobre N. Luhmann y G. Jacobs, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Vol.8, Murcia, España, 2007.
- 3.- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Roberto, “La Teoría de la Constare de delicto en el Proceso Inquisitorial, Italiano”, Revista Académica, Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, año IV, número 8, enero 2007.
- 4.- REVISTA SISTEMA PENAL, Editada por Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Agosto 2007.
- 5.- VÁZQUEZ MARÍN, Oscar y RIVAS ACUÑA, Israel, “Los Juicios Orales en México: ¿Condición o Alternativa del Sistema Penal Acusatorio?”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, volumen 24, México, 2007.
- 6.- MENSAJE DEL DIPUTADO CÉSAR CAMACHO QUIROZ, en el Foro “La Reforma Penal en México, análisis, crítica y perspectivas”, publicado por el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 2007.
- 7.- REFORMA CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD Y JUSTICIA, Guía de Consulta, Gobierno Federal, México, 2008.
- 8.- Revista Chilena de Derecho, “Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Proceso Penal”, Vial Alamos Jorge, vol. 29, no. 2, pp. 231-245, Sección Estudios, Chile, 2002.

LEGISLACIÓN

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; comentada y concordada del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 19ª edc., Editorial Porrúa, México, 2006.
- 2.- Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua (vigente a partir de 1º de enero de 2007).
- 3.- Código de Procedimientos Penales del Estado de Durango (vigente a partir de diciembre de 2009).

- 4.- Código de Procedimientos Penales del Estado de México (vigente a partir del 09 de febrero de 2010).
- 5.- Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- 6.- Ley de Amparo.

PAGINAS DE INTERNET

- 1.- <http://www.universidadabierta.edu.mx> 8 de julio de 2007
- 2.- <http://www.pgj.eson.gob.mx> 8 de julio de 2007
- 3.- <http://www.bibliojuridica.org/libros/libros> 8 de julio de 2007
- 4.- <http://www.tsjtlaxcala.gob.mx/> seminario 8 de julio de 2007
- 5.- <http://www.diputados.gob.mx/lic>. Eduardo López Falcón 8 de julio de 2007
- 6.- <http://www.letrasjuridicas.com.mx> noviembre 2005.
- 7.- <http://www.wikipedia.com.mx> 27 noviembre 2008.
- 8.- <http://www.drleyes.com> 17 mayo de 2010
- 9.- <http://www.buenastareas> 14 de septiembre de 2010
- 10.- <http://www.cesarcamacho.org> 15 febrero de 2009.
- 11.- <http://www.cesarcamacho.org> 21 abril de 2008
- 12.- <http://www.incipp.org> 04 noviembre de 2009
- 13.- <http://www.incipp.orrpe>. 20 marzo de 2010
- 14.- <http://www.noticiasjuridicas.com> 15 julio de 2010
- 15.- <http://www.poder-judicial-bc.gob.mx> 02 de septiembre de 2009
- 16.- <http://www.rincondelvago.com>. 17 de noviembre de 2010