

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO**

TESIS

**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA ACUSATORIO
ADVERSARIAL**

**QUE PARA OBTENER EL GRADO
DE MAESTRIA EN DERECHO**

P R E S E N T A

LIC. YARELI LEÓN MONTAÑO

DIRECTORA DE TESIS: DRA. GENNY MIREYA BAEZA LÓPEZ



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

CONTENIDO

| | |
|---------------------|----------|
| INTRODUCCIÓN | I |
|---------------------|----------|

CAPÍTULO PRIMERO

ESTADO DE DERECHO, ESTADO CONSTITUCIONAL Y ESTADO GARANTISTA

| | |
|--|----|
| 1. Estado de Derecho. | 1 |
| 2. Estado Constitucional. | 24 |
| 3. Estado Garantista. | 31 |
| 4. Concepto de Constitución. | 48 |
| 5. Principios Constitucionales. | 58 |
| 6. Principio de Supremacía Constitucional. | 71 |

CAPÍTULO SEGUNDO

ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

| | |
|--|----|
| 1. Antecedentes Constitucionales e Históricos del Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. | 79 |
| 1.1 Constitución de Cádiz 1812. | 81 |
| 1.2 Constitución de 1824. | 82 |
| 1.3 Constitución de 1836. | 82 |

| | |
|--|----|
| 1.4 Bases Orgánicas de la República 1842. | 83 |
| 1.5 Constitución de 1857. | 84 |
| 1.6 Constitución de 1917. | 85 |
| | |
| 2. Reformas al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. | 90 |
| 2.1 Reforma constitucional de 1983. | 90 |
| 2.2 Reforma de 1994. | 91 |
| 2.3 Reforma de 2008. | 92 |
| | |
| 3. El Ministerio Público. | 96 |
| 3.1 Concepto. | 96 |
| 3.2 Principios del Ministerio Público. | 97 |
| 3.3 Atribuciones y Facultades del Ministerio Público. | 99 |

CAPÍTULO TERCERO
CARÁCTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS DEL SISTEMA ACUSATORIO
ADVERSARIAL

| | |
|--|-----|
| 1. Modelos de Enjuiciamiento Penal. | 102 |
| 1.1 Diferencias entre los distintos modelo de enjuiciamiento penal. | 103 |
| | |
| 2. Etapas en el Sistema Acusatorio Adversarial. | 108 |
| 2.1 Etapa de investigación. | 108 |
| 2.2 Etapa de intermedia o de preparación del juicio oral. | 109 |
| 2.3 Etapa del juicio oral. | 110 |
| 2.4 Etapa de impugnación de la sentencia. | 111 |

| | |
|--|-----|
| 2.5 Etapa de ejecución de la sentencia. | 113 |
| 3. Principios Generales en el Proceso Penal. | 115 |
| 3.1 Juicio previo y debido proceso. | 116 |
| 3.2 Presunción de inocencia. | 117 |
| 3.3 Inviolabilidad de la defensa. | 117 |
| 3.4 Dignidad de la persona y protección a la intimididad. | 118 |
| 3.5 Justicia pronta y expedita. | 118 |
| 3.6 Exacta aplicación de la ley. | 119 |
| 3.7Garantía de audiencia. | 120 |
| 3.8 Garantía de legalidad. | 126 |
| 3.9 Principio de exclusión probatoria. | 127 |
| 4. Principios Específicos del Sistema Acusatorio. | 129 |
| 4.1 Publicidad. | 129 |
| 4.2 Oralidad. | 130 |
| 4.3 Contradicción. | 130 |
| 4.4 Concentración. | 131 |
| 4.5 Inmediación. | 132 |
| 4.6 Continuidad. | 132 |
| 1.3.7 Oportunidad. | 133 |
| 5. El Proceso Penal como Sistema de Garantías. | 135 |
| 5.1 Proceso. | 135 |
| 5.2 Procedimiento. | 139 |
| 5.3 Procedimiento penal. | 141 |

CAPÍTULO CUARTO
EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL
PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO

| | |
|---|-----|
| 1. Medios Alternos de Solución de Conflictos. | 145 |
| 2. Justicia Restaurativa. | 146 |
| 2.1 Conciliación. | 149 |
| 2.2 Mediación. | 149 |
| 2.3 Negocio jurídico. | 152 |
| 2.4 La tercera vía. | 153 |
| 3. Última Ratio. | 154 |
| 4. Principio de Oportunidad. | 158 |
| 4.1 Definición. | 158 |
| 4.1.1 Sistemas de aplicación del principio de oportunidad. | 166 |
| 4.1.2 Principio de oportunidad abierto o libre. | 166 |
| 4.1.3 Principio de oportunidad cerrado o reglado. | 166 |
| 4.2 Principio de legalidad. | 168 |
| 4.3 Principio de legalidad y oportunidad (colisión de principios). | 169 |
| 4.4 No colisión de principios. | 171 |
| 4.5 Evolución del principio de oportunidad. | 172 |
| 4.6 Criterios para aplicar el principio de oportunidad. | 173 |
| 4.7 Fundamentos político-criminales de los criterios de oportunidad. | 174 |

| | |
|--|-----|
| 4.8 Beneficios de la aplicación del principio de oportunidad. | 176 |
| 4.9 Requisitos para que aplique el principio de oportunidad. | 177 |
| 4.10 Procedimiento de aplicación del principio de oportunidad en Perú. | 184 |
| 4.11 Países que aplican el principio de oportunidad. | 190 |
| | |
| 5. El Principio de Oportunidad en el Procedimiento Penal Mexicano en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, antes de la Reforma del dieciocho de junio de 2008. | 204 |
| | |
| 6. El Principio de Oportunidad en el Procedimiento Penal Mexicano en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en la Reforma del dieciocho de junio de 2008. | 207 |
| | |
| 7. Matices del Principio de Oportunidad en los Códigos de los Estados de la República Mexicana con las Reformas del dieciocho de junio del 2008. | 216 |

CONCLUSIONES

PROPUESTA

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Hablar de los principio rectores del sistema acusatorio adversarial, implica conocer su historia a través de su evolución y surgimiento, considerando que la base de todo principio es la persona humana, en el cual se desarrollan y son proyectados dentro de un marco constitucional determinado. Los principios que rigen el procedimiento inquisitorio, no son los mismos que rige el procedimiento adversarial, en la actualidad la evolución de los principios ha dado un giro que cada vez es más notorio. El tiempo pasa y los principios cambiaron y el procedimiento también.

Cuando se alude a los principios constitucionales del proceso, nos estamos refiriendo a un conjunto de derechos públicos subjetivos, conferidos de modo expreso o implícito a los justiciables por los principios fundamentales de la constitución, asegurándoles las condiciones necesarias y suficientes para el logro de una solución justa y eficaz a los litigios. El estudio del principio de oportunidad en el procedimiento penal mexicano, es una posible solución al rezago y sobre carga de trabajo en la procuración y administración de justicia.

Es importante conocer el marco constitucional, comenzando con el estudio del hombre en la sociedad y la formación del Estado, mencionando los elementos y fines del Estado, se analiza el Estado de Derecho, la legitimación y legalidad, hasta llegar a un Estado Garantista, dando paso al estudio del principio de supremacía constitucional, conociendo lo diversos conceptos de constitución, haciendo gran énfasis en los principios que caracterizan a nuestra constitución.

Es necesario estudiar los antecedentes constitucionales e históricos del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hasta llegar a las recientes reformas del 18 de junio de 2008, así mismo se estudio la institución del Ministerio Público, conociendo sus facultades y obligaciones de acuerdo a las nuevas reformas.

A lo largo de nuestra historia se ha estudiado los diferentes tipos de enjuiciamiento de tipo penal que han existido en nuestro marco jurídico, las etapas, principios generales, y los principios rectores del Sistema Acusatorio, destacando el principio de oportunidad, el cual es la base de la presente investigación. Es importante considerar que la entra en vigor del nuevo sistema acusatorio, tiene principios específicos que son necesarios que se conozcan y se pongan en práctica.

En este tenor podemos decir que existen principios rectores del sistema acusatorio adversarial, y dentro de este sistema existen principios que lo distinguen de los demás sistemas de enjuiciamiento, tales como: la oralidad, publicidad, contradicción, continuidad, concentración y oportunidad entre otros. Hablar de principios, es hablar no sólo de conceptos teóricos o doctrinarios, sino fundamentalmente es hablar de toda una filosofía que rige el procedimiento penal acusatorio, y limita el ejercicio del poder punitivo del estado, brindándole al imputado certeza jurídica dentro del proceso y dentro de sus propias instituciones.

Se hizo un estudio del principio de oportunidad en el procedimiento mexicano, mencionando los medios alternativos de solución de conflictos, la conciliación, mediación, el negocio jurídico, la tercera vía, conociendo el concepto del principio de oportunidad, sus sistemas de aplicación, analizando la no coalición del principio de oportunidad con el principio de

legalidad, así como se mencionan los criterios y los fundamentos de política criminal para aplicar el principio de oportunidad, poniendo como ejemplo el procedimiento de aplicación del principio de oportunidad en Perú.

La finalidad de este trabajo es llegar a una serie de conclusiones que se desprenderán de la investigación, llegando a las propuestas respaldadas por las diversas fuentes de información.

CAPÍTULO PRIMERO

ESTADO DE DERECHO, ESTADO CONSTITUCIONAL Y ESTADO GARANTISTA

1. Estado de Derecho

HOMBRE Y SOCIEDAD

El hombre es por naturaleza, como dice Aristóteles, un *zoon politikon*, que vive y convive en las instituciones políticas, se somete a la ley y acata y obedece a la autoridad.

Debido a su naturaleza social y política, necesitó de normas cuando empezó a vivir en sociedad casi desde su existencia misma, pues para que ésta pueda funcionar como tal, debe de encauzar las conductas de sus integrantes a un fin social.

Los antiguos romanos decían: donde hay una sociedad, hay derecho "*ubi societas ibi ius.*" Es que no puede vivir y desarrollarse una sociedad si carece de un orden interno, y para hacer posible ese orden, son necesarias las normas. Sólo el hombre que vive totalmente alejado de sus semejantes no necesita obedecerlas normas, porque éstas dicen siempre relación a otros.

El derecho es por lo tanto, un fenómeno esencialmente social, ordenador y regulador de las conductas de los miembros de una sociedad, para lograr el fin de convivencia entre ellos; es el instrumento que han creado los hombres para que les ordene lo que se debe o no se debe hacer en beneficio de la comunidad.

También el derecho refleja la cultura del hombre. En efecto, las instituciones, figuras, conceptos, teorías, categorías y principios jurídicos, no significan lo mismo ni se conservan todos en el tiempo; pues se crean, transforman o extinguen, conforme van evolucionando las ideas, los descubrimientos, los procesos comunicativos, las costumbres y en general, conforme cambian las condiciones de vida de su hacedor, y el fin de dicha variación es simple: para satisfacer una necesidad del hombre, su creador.

Sin embargo, aunque se pretenda regular toda la actividad humana, no siempre es posible. Frecuentemente el derecho, como orden jurídico, se ve rebasado con una facilidad espantosa por un mundo que actualmente **cambia** con una asombrosa rapidez, ya que las situaciones de la vida que el derecho debe reglamentar, se han vuelto mas y mas complejas. El devenir histórico del hombre, se ha caracterizado por la vida en comunidad que siempre ha manifestado, por su naturaleza y esencia misma es eminentemente social.

El individuo requiere que la sociedad, de la que forma parte, esté regulada por normas que ordenen la vida social; y que rijan al individuo en la realidad social: las normas morales, religiosas y de protocolo.¹

La sociedad humana es la unión de una pluralidad de hombres que unen sus esfuerzos de un modo estable para lograr fines individuales y comunes: la consecución del bien propio y del bien común.

La convivencia de los humanos como animales racionales ha provocado que los intereses de unos choquen contra los de los otros, por ello, es

¹ Véase. Pereznieta Castro, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed, México, Oxford, 2006, pp. 3-4.

necesario el derecho como un conjunto de normas que rigen las relaciones sociales.

El hombre es un ser social por naturaleza, vivir es convivir. Existe un claro e indispensable intercambio entre los seres humanos, somos esencialmente complementarios: mis virtudes o cualidades se ponen al servicio de los demás, se produce de manera natural un intercambio de ayuda mutua entre los miembros de la sociedad, sin la cual nuestra vida se tornaría inhumana e imposible.

La vida en sociedad es connatural al hombre. Con el desarrollo del hombre deriva el perfeccionamiento social y viceversa, creándose de este modo un círculo virtuoso encaminado a lograr una mejor vida personal y social.²

El hombre se relaciona con otros hombres para lograr un fin, la conducta social que el individuo realiza con conciencia y dirige a los demás como forma de relacionarse en convivencia y pertenencia a una comunidad determinada.³

EL ESTADO

El Estado, tal y como lo define el doctrinario Borja al señalar que, es el “Caracterizado esencialmente por la ordenación jurídica y política de la

² Véase. Ochoa Sánchez, Miguel Ángel, et al., *Derecho positivo mexicano*, 2a. ed, México, Macgraw-Hill, 2002, p. 7.

³ Véase. Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, 8a. ed, México, Porrúa, 2003, pp. 4-5.

sociedad, el Estado constituye el régimen de asociación humana más amplio y complejo de cuantos ha conocido la historia del hombre”.⁴

El concepto de Estado, como constitución de la comunidad política, es independiente de la extensión del territorio, y lo mismo puede aplicarse a una ciudad.⁵ El Estado es la persona jurídica creada por el derecho y expresa el orden normativo en su totalidad.

El Estado es una sociedad humana, establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, donde el orden jurídico es creado, aplicado y sancionado por un poder soberano que dispone de las facultades necesarias de manera independiente de otro poder que le sea superior, para obtener el bien público temporal formando una institución con personalidad moral y jurídica.⁶

El Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional. El Estado como persona jurídica es la personificación de dicha comunidad o el orden jurídico, el problema del Estado aparece como el problema del orden jurídico nacional.

El Estado es la sociedad asentada en un territorio cuya organización le permite diferenciar gobernantes de gobernados, los fines del Estado se reducen a los que determine, en cada caso, el contenido de las normas jurídicas, y que nunca son diferentes a los intereses ideológicos, económicos y religiosos de los grupos sociales más vigorosos.

⁴ Borja, Rodrigo, *Enciclopedia de la política a-g*, 3a. ed, México, Fondo de cultura económica, 2002, p. 549.

⁵ Véase. Galindo Camacho, Miguel, Miguel, *Teoría del Estado*, 3a. ed, México, Editores Mexicanos Unidos, 1983, p. 276.

⁶ Véase. Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, 14a. ed, México, Porrúa, 1980, p. 21.

“La vida en sociedad no sería posible sin la existencia de normas jurídicas que regulen la conducta de los hombres, estableciendo lo que cada uno de nosotros debe hacer para lograr que la convivencia sea pacífica, justa, respetuosa de lo ajeno”.⁷

Concepto Jurídico de Estado

El Estado se autolimita sometiéndose al orden jurídico que lo estructura y da forma a su actitud. El Estado es sujeto de derechos y deberes, es persona jurídica, y en este sentido es también una corporación ordenada jurídicamente. El sustrato de esa corporación lo forman hombres que constituyen una unidad de asociación, unidad que persigue los mismos fines y que perdura como unidad a influjo o por efecto del poder que se forma dentro de la misma.⁸

Jellinek lo define como la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio; o, en forma más resumida, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario.⁹

Por lo que concluyo que el *Estado* es la estructura jurídico-político que han creado los hombres que viven en una sociedad para interrelacionarse política, social, económica y jurídicamente. El documento constitutivo de dicha organización, toma el nombre de Constitución o Ley Fundamental.

ELEMENTOS DEL ESTADO

Los componentes del Estado son: el territorio, la población y el gobierno, son elementos aceptados por sociólogos, políticos y juristas, los tres en su conjunto determinan la integración del Estado.

⁷ Ochoa Sánchez, Miguel Angel et. al., ob., nota 2, p. 7.

⁸ Porrúa Pérez, Francisco, ob., nota 6, p. 189.

⁹ *Ibíd*em, p. 189.

El territorio suele definirse “como la porción del espacio en que el Estado ejercita su poder. Siendo éste de naturaleza jurídica sólo puede ejercitarse de acuerdo con normas, creadas o reconocidas por el propio Estado, el ámbito espacial de validez de tales normas es precisamente el territorio en sentido político”¹⁰.

TERRITORIO

La palabra territorio proviene del vocablo latino *territorium*, anteriormente se le dio el sentido de *terra, patrum* (tierra de antepasados) aparece como el sustrato básico de la estructura, organización y funcionamiento de los grupos sociales, los que necesitan invariablemente una base territorial donde habrán de ejercer sus actividades.¹¹

El territorio del Estado, como elemento de éste, es el lugar (espacio físico) donde se asienta el Estado, y que en relación a México, está compuesto por todos aquellos espacios a que se contrae el artículo 42 de la Constitución Federal.¹²

Mientras tanto en el elemento territorio dirá que es aquel que comprende las entidades federativas, las aguas de los mares territoriales y las marítimas interiores y el espacio situado sobre el territorio nacional.

¹⁰ García Máynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 62ª ed, México, Porrúa, 2010, p. 98.

¹¹ Quintana Roldán, F. Carlos, *Derecho municipal*, México, Porrúa, 1995, p. 147.

¹² Véase. Castillo del Valle, Alberto del, *Defensa jurídica de la constitución en México (derecho procesal constitucional mexicano)*, México, Educación Cumorah, 2004, p. 52.

POBLACIÓN

La población unida por vínculos de identificación, es decir, que todos tengan un mismo lenguaje, un mismo pasado histórico, sus tradiciones, los lazos de sangre, una misma religión, educación, e inclusive la alimentación y su vestir sean el mismo.

La población constituye uno de los elementos fundamentales del Estado, este elemento es la colectividad humana que permanentemente se asienta en el territorio.

La población del Estado es el conjunto de individuos que integran la sociedad de este Estado. Todos los habitantes con independencia de su edad, de su sexo, de su nacionalidad, de su etnia, de su capacidad económica, de su capacidad intelectual, de su grado de escolaridad, de su condición física, de su condición psicossomática y de su religión y, en general de todas las demás circunstancias particulares que puedan presentarse, dan forma a la población del Estado.¹³

Algunas legislaciones estatales establecen diversas categorías de poblaciones como habitantes, vecinos, transeúntes y ciudadanos. La población o formación social se constituye por una asociación de personas.

La población de un Estado vale sobre todo como pueblo, constituyendo étnica y políticamente el núcleo de energías convergentes mantenedor de aquél en el espacio y el tiempo.¹⁴

La población de acuerdo a la sociología como un conjunto variable de personas asociadas o relacionadas de manera más o menos permanente, que ocupa un área o zona geográfica convencionalmente determinada y que están unidos por elementos culturales, políticos y sociales que las diferencian de otros grupos de poblaciones.¹⁵

¹³ Ídem.

¹⁴ Quintana Roldán, F. Carlos, ob., nota 11, 147

¹⁵ Ibídem. p. 163.

En cuanto al elemento humano podemos decir que son los individuos que gozan de la nacionalidad mexicana por nacimiento o por naturalización, así como de sus obligaciones y prerrogativas que tienen como mexicanos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los artículos 30 y 34, establecen los requisitos para ser ciudadano mexicano, mientras que el numeral 33 señala los requisitos para los extranjeros.

GOBIERNO

Para conceptuar al gobierno empezaremos por decir que viene (del latín *gubernatio-onis*, de *gubernare*, gobernar) en el lenguaje usual es sinónimo de dirigir, regir, administrar, mandar, conducir, guiar, etc.

De aquí, se dice que el gobierno es el agrupamiento de personas que ejercen el poder.

Este elemento del Estado, está conformado por todos los órganos a través de los cuales se lleva adelante la tarea legislativa, administrativa, jurisdiccional, electoral e, incluso, educativa superior que desarrolla el Estado a favor de los gobernados. Este elemento se encuentra conformado por personas que son parte de la población, desarrollando las tareas del mismo.¹⁶

También puede ser la dirección o el manejo de todos los asuntos que conciernen de igual modo a todo el pueblo.

¹⁶ Castillo del Valle, Alberto del, ob., nota 12, p. 53.

El Estado ejerce sus atribuciones, individualizando su actuar mediante los funcionarios públicos, siendo ellos los que concretan las facultades otorgadas por la ley.

El gobierno dentro del Estado también es considerado un mando supremo que se impone a todos, según una regulación objetiva externa, pretende ser legítimo, es decir, se deriva de la ley, además de que se propone asegurar la convivencia pacífica, ordenada y duradera de los hombres y los grupos, teniendo como principio, la justicia.¹⁷

En este momento, el Estado, es exigido para intervenir a fin de satisfacer las necesidades de la colectividad y lograr un verdadero Estado de justicia, equilibrando las desigualdades existentes entre las clases socialmente débiles y las que no los son, así como aquellas funciones en que los particulares no pueden llevar a cabo.

La Forma de Gobierno en México, se encuentra contemplada en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dice: 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.

FINES DEL ESTADO MEXICANO

Entre los fines del Estado mexicano podemos citar:

Artículo 3 de la Carta Magna

-La democracia como sistema de vida

¹⁷ Galindo Camacho, Miguel, ob., nota 5, p. 319.

- La educación laica, gratuita y obligatoria
 - La paz y la solidaridad internacional
- Artículo 4 de la Constitución Federal
- Protección y desarrollo de la familia
 - Protección de la salud
 - Protección de los menores
 - Sistema de seguridad, y
- Artículo 28 de la Carta Magna
- Soberanía de la Nación

Pues bien, como dicen las definiciones anteriores, los hombres que se unieron para formar una sociedad elaboraron un conjunto de normas, por lo que se creó un Estado con Derecho.

Además de que el Estado Mexicano, se establece en una República, representativa, en cuanto a que, como el pueblo soberano no puede en forma directa ejercer esa soberanía, lo hace a través del gobierno que representa a la República.

La República representativa significa que la colectividad, dueña de su propio destino, trasmite a los representantes, que pueden serlo por distintos títulos, la capacidad de decidir.

A menudo se relaciona a la República con la democracia porque de acuerdo con lo expuesto: en la República se elige a los gobernantes por la mayoría, esas elecciones son periódicas y confieren legitimidad al gobierno.

La federación implica una división de territorios y una distribución de competencias o facultades dentro de un territorio nacional que, a su vez, se integra por los territorios de los estados miembros.

Se encuentra la idea del régimen interior de los estados que nuestra Constitución menciona al establecer la forma de gobierno, el ejercicio de la soberanía popular a través de los poderes federales y estatales, y la forma de gobierno interior de las entidades federativas, teniendo como base al Municipio libre, respectivamente.

Independientemente de que sea la Federación la que ostente la soberanía nacional, no debemos olvidar que la norma constitucional reconoce autonomía política, jurídica y administrativa a los estados miembros de la Federación, siempre y cuando el ejercicio de esa autonomía no infrinja a la propia norma constitucional.

Tal y como lo establece el artículo 115 Constitucional, al señalar que los Estados adoptaron, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre.

Recordando que el artículo 49 constitucional consagra la división de poderes como principio primordial de nuestra organización política diciendo que el supremo poder de la Federación se divide, para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial.¹⁸

¹⁸ Véase. Acuña Méndez, Francisco, *La controversia constitucional en México*, México, Porrúa, 2004, pp. 6-21.

ESTADO Y DERECHO

“Kelsen, afirma la estricta identidad entre Estado y Derecho considerando al Estado como el orden jurídico vigente. Y aun afirma que Estado y Derecho son dos palabras con que se digna un solo objeto. Kelsen sólo toma en cuenta un aspecto del Estado, el jurídico y lo eleva a una categoría absoluta”.¹⁹

“Según algunos teóricos, existe un cuarto elemento del Estado, que es el Derecho, entendido como el conjunto de normas que regulan las relaciones que se presentan en sociedad, tanto por lo que hace a la participación de los gobernados (actuando éstos como entes públicos), y de estos entre ellos mismos”.²⁰

Estableciendo un fenómeno de mando supremo refiriéndolo como orden jurídico, ya que el mando tiene una regulación objetiva, externa, regulación objetiva que no puede ser otra sino la jurídica.

El mando tiene la pretensión de ser legítimo. Con la finalidad de asegurar una convivencia duradera y ordenada de los hombres y de los grupos.

El mando que existe dentro del Estado tiene referencia a principios de justicia.²¹

El Derecho es un instrumento indispensable para el hombre, permite vivir en sociedad con un mínimo de seguridad y justicia, impide el trato arbitrario o

¹⁹ Porrúa Pérez, Francisco, ob., nota 6, p. 146.

²⁰ Castillo del Valle, Alberto del, ob., nota 12, p. 54.

²¹ Porrúa Pérez, Francisco, ob., nota 6, pp. 147-148.

injusto entre las personas. No puede existir una sociedad sin Derecho, así como tampoco puede existir el Derecho sin la sociedad,²² son complementarios.

“La acción que una persona dirige a un semejante con el objeto de provocar en éste una determinada conducta, la respuesta o reacción del destinatario de la acción, se le denomina interacción social”.²³

El Estado se reduce a un sistema de normas, cristalizándose en el Derecho Positivo.²⁴

ESTADO DE DERECHO

CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO

Como resultado de la expresión soberana de una nación, que se traduce en la formación de un poder constituyente, del cual derivan los poderes constituidos, que obedecen a la conformación y aprobación de una Constitución, se genera un Estado de Derecho, producto de la norma que se instituye.²⁵

La sociabilidad del hombre es innata, consubstancial y propia, no es una elección, es una manifestación natural del ser, y en ese vivir social, en ese interrelacionarse personal y de grupo, ha surgido la inminente necesidad de regular y normar estas relaciones.

²² Véase. Ochoa Sánchez, Miguel Ángel et. al, ob., nota 2, p. 8.

²³ Sánchez Bringas, Enrique, ob., nota 3, p. 5.

²⁴ Porrúa Pérez, Francisco, ob., nota 6, p. 150.

²⁵ Véase. Calzada Padrón, Feliciano, *Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 151.

Para que éstas se desarrollen en un plano de respeto, orden y justicia, en la realización de dicha relación, surgen controversias que generan conflictos, por lo que fue necesario crear una norma o ley que con autoridad y obligatoriedad, que se impusiera al hombre mismo y solucionara dichos conflictos de la manera más justa y equitativa.

Así fue como surgió el Derecho, como una norma jurídica creada por la autoridad con estos fines y propósitos.

“La vida en sociedad no sería posible sin la existencia de normas jurídicas que regulen la conducta de los hombres, estableciendo lo que cada uno de nosotros debe hacer para lograr que la convivencia sea pacífica, justa, respetuosa de lo ajeno”.²⁶

El estado y el derecho son seres distintos pero relacionados entre sí, es decir es la relación que existe entre el todo y sus partes, el todo es el Estado y el Derecho la parte, donde el Estado no puede existir sin el Derecho, éste regula las relaciones, que se dan en aquel, aún cuando es una parte de él, puesto que el origen formal del primero se encuentra en el segundo. El Derecho no puede existir sin el Estado, puesto que éste es la fuente de aquel.²⁷

El Estado de Derecho se conforma con las leyes (*lato sensu*) que expiden órganos de gobierno en que se regulan las relaciones en sociedad; dichas leyes (las que dan forma al Estado de Derecho) deben observarse por todos los miembros de la sociedad misma (población y servidores públicos), a fin de que sea dable convivir pacíficamente entre ciertos lineamientos que regulan los cuerpos legislativos, como reglas que permiten el desarrollo social en general.²⁸

²⁶ Ochoa Sánchez, Miguel Ángel et al., ob., nota 2, p. 7.

²⁷ Véase. Galindo Camacho, Miguel, ob., nota 5, p. 321.

²⁸ Castillo del Valle, Alberto del, ob., nota 12, p. 54.

Ribó Duran menciona que el Estado de Derecho:

Es la organización jurídica del Estado mediante principios y técnicas que tienden a limitar el poder de los gobernantes. Entre dichos principios cabe referirse a la división de poderes o interdependencia contrapesada entre el legislativo, judicial y ejecutivo el imperio de la ley o supremacía absoluta de la norma jurídica también denominado principio de constitucionalidad, según el cual los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y a las demás normas del ordenamiento jurídico y los otros principios más directamente relacionados con la promulgación y aplicación de la norma jurídica, (principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas irretroactividad y de seguridad jurídica) y los principios más vinculados con los valores humanos fundamentales o derechos y libertades.²⁹

De acuerdo con el Doctrinario Borja, quien señala que:

El Estado de Derecho nació en contraposición al Estado absolutista de que no reconocía fronteras para la voluntad del soberano. Fue el fruto más noble del constitucionalismo francés de fines del siglo XVIII, que se difundió por el mundo a partir de la gesta revolucionaria. Inglaterra forjó los primeros elementos del Estado Constitucional y su primera plasmación escrita pertenece a los Estados Unidos de América en el momento culminante de su independencia, la sustanciación filosófica corresponde a Francia.³⁰

El Maestro Luigi Ferrajoli, señala que en sentido lato, débil o formal, Estado de Derecho designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos.

²⁹ Véase. Ribó Duran, Luis, *Diccionario de derecho*, 2ª. ed, España, Bosch, 1995, p. 408.

³⁰ Borja Rodrigo, ob., nota 4, p. 554.

En sentido fuerte o sustancial, Estado de Derecho, designa, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), en lo relativo a las formas y a los contenidos. En este significado más restringido, que es el predominante en el uso italiano, son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes incluido el legislativo, están vinculados al respecto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.³¹

PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD DEL ESTADO

El Estado de Derecho se constituye por dos principios básicos: la legitimidad y la legalidad.

PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DEL ESTADO

Este principio de legitimidad se constituye como la voluntad popular que da origen a todo poder público, institución social y acto de poder público.

La legitimidad, es un término utilizado en la Teoría del Derecho, en la Ciencia Política y en Filosofía que define la cualidad de ser conforme a un mandato legal, a la justicia, a la razón o a cualquier otro mandato cierto. El proceso mediante el cual una persona obtiene legitimidad se denomina legitimación.

³¹ Véase. Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho" en Carbonell, Miguel, (ed.) *Neoconstitucionalismo (S)*, México, Trotta, 2003, colección Estructuras y Procesos, pp. 13-14.

LEGITIMIDAD EN TÉRMINOS JURÍDICOS

Cuando una norma jurídica es obedecida sin que medie el recurso al monopolio de la ley. Los requisitos que ha de cumplir una norma jurídica para ser legítima son tres: validez, justicia, y eficacia.

La validez se refiere a la manera en que la norma ha sido promulgada: una norma jurídica es válida cuando ha sido emitida por el órgano competente, e inválida cuando ha sido emitida por un órgano no competente.

La justicia se refiere al cumplimiento o no de los fines que la sociedad considera como buenos. Una norma es justa si la población considera mayoritariamente que se atiene a los objetivos colectivos de esa misma sociedad, e injusta si ocurre lo contrario, con independencia de si la considera válida o no. Ocurre en muchos lugares, por ejemplo, que se considera injusto pagar por aparcar en la vía pública, a pesar de las ordenanzas municipales son válidas y obligan a ello.

La eficacia se refiere al seguimiento o acatamiento de la norma. Una norma es eficaz si la población la cumple, con independencia de si la percibe como justa o válida, e ineficaz si es ampliamente desobedecida. Por ejemplo, la prohibición de aparcar en doble fila suele ser percibida por todo el mundo como algo justo, y es desde luego una prohibición válida. Sin embargo es desobedecida por la gran mayoría de los conductores. La eficacia es una cuestión descriptiva y fáctica, referida a los hechos, ocurre un acatamiento generalizado de la norma.

En resumen, la coincidencia de justicia, validez y eficacia en una norma jurídica es la medida de su legitimidad. Así, pues, ya que la legitimidad es graduable, cada norma jurídica será más o menos legítima.

Cuando una norma es percibida por la sociedad como legítima es masivamente obedecida, no siendo necesaria la sanción salvo en casos puntuales. Dicho a la inversa: el cumplimiento de una norma jurídica de manera habitual y sin necesidad de recurso a la violencia suele ser prueba de que es percibida como legítima.

Cuando una norma es percibida como ilegítima es masivamente desobedecida (a no ser que se recurra, directamente, a la sanción, y por tanto a la violencia). En general, el ejercicio habitual de la sanción y la violencia por parte del Estado para hacer efectivo el cumplimiento de una norma jurídica es síntoma inequívoco de que o bien es inválida, o bien es percibida como injusta, o bien es ineficaz (ó dos de las tres ó las tres cosas al mismo tiempo).³²

La legitimidad como principio del Estado Mexicano se encuentra plasmado en el artículo 39 de la Constitución, al señalar que la soberanía nacional reside en el pueblo, que el poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de él.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL ESTADO

La legalidad es una característica que debe reunir el acto de las autoridades y de gobierno, exigiendo que se respete la ley, dentro de estas autoridades

³² Ídem.

se encuentran las ejecutivas, judiciales, electorales y de educación superior, donde el legislador está obligado a respetar el principio de legalidad.³³

El principio de legalidad o imperio de la ley es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de los hombres (ejemplo, el Estado sometido a la constitución). Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica.

Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

En íntima conexión con este principio la institución de la reserva de Ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo. Por lo tanto, son materias vedadas al reglamento y a la normativa emanada por el Poder Ejecutivo. La reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder legislativo, refleja una doctrina liberal de la separación de poderes.

Recibe un tratamiento dogmático especial en el Derecho Administrativo, el Derecho Tributario y el Derecho Penal.³⁴

³³ Véase. Castillo del Valle, Alberto del, ob., nota 12, p. 57.

³⁴ Colaboradores Wikipedia, legitimidad penal, Wikipedia la enciclopedia libre, octubre 2010, http://es.wikipedia.org/wiki/Legalidad#Legalidad_penal

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL

El derecho penal rige respecto de los delitos y las penas, postura originariamente defendida por Cesare Beccaria.

Paul Johann Anselm von Feuerbach estableció este principio en materia de derecho penal en base a la máxima *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, es decir, para que una conducta sea calificada como delito debe ser descrita de tal manera con anterioridad a la realización de esa conducta, y el castigo impuesto debe estar especificado también de manera previa por la ley.

La legalidad penal, es entonces, un límite a la potestad punitiva del Estado, en el sentido que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión del delito.³⁵

Los principios del garantismo penal (garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal, y que evitan tanto la lenidad como la severidad) como los enuncia Luigi Ferrajoli en su obra *Razón y derecho*, tenemos una cadena de silogismos hipotéticos:

Nulla poena sine crimine (no hay pena si no hay delito, o si no hay delito, entonces no hay pena). Enfatiza la sucesividad de la pena respecto del delito, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzca la comisión de un delito.

Nullum crimen sine lege. Exige la previsión de la ley como delito.

Nulla lex sine necessitate. Justifica el principio de economía en derecho procesal y penal.

³⁵ Idem.

Nulla necessitas sine iniuria. Justifica el principio de economía en derecho procesal y penal.

Nulla iniuria sine actione. Determina la exterioridad de la acción y no la mera intención.

Nulla actio sine culpa. Expresa la responsabilidad personal.

Nulla culpa sine indicio. Garantiza el debido proceso.

Nullum indicio sine accusatione. Exige acusación para que haya juicio.

Nulla accusatio sine probatione. En relación a la carga de la prueba.

Nulla probatio sine defensione. El principio de defensa.³⁶

Frente al poder represivo del Estado, manifestado mediante la persecución penal pública, se alcanzan las garantías de las que goza el imputado durante el proceso penal; las garantías constitucionales se definen como las instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos y están contempladas en la parte dogmática de nuestra Constitución nacional.³⁷

“El principio rector de la dignidad de la persona humana funcione realmente en nuestro sistema penal, permitiendo la aplicación concreta de las nuevas garantías en materia penal que contiene explícitamente los pactos internacionales sobre derechos humanos.”³⁸

“El estudio de las garantías constitucionales del imputado durante el desarrollo del proceso penal, ya que éstas tienen por fin asegurar y

³⁶ Véase. García Restrepo, Luis E, *Elementos de lógica para el derecho*, 2a. ed, Colombia, Temis, 2003, pp. 118-122.

³⁷ Edwards, Carlos Enrique, *Garantías constitucionales en materia penal, libertad personal. Principio de legalidad, garantías procesales. La pena y su ejecución. Aplicación de los tratados internacionales.* Argentina, Astrea, 1996. p. 4.

³⁸ *Ibídem*, p. 7.

preservar la dignidad de la persona del encartado durante toda la tramitación del procedimiento penal.”³⁹

En “el proceso penal se ve seriamente comprometida la libertad personal del imputado, ya que la mayoría de los delitos están reprimidos con penas privativas de la libertad, se advierte la necesidad de rodear de garantías suficientes la investigación y el juzgamiento de los hechos delictivos”⁴⁰.

Por lo que “nuestra constitución nacional establece un garantizador sistema de derechos y garantías en materia penal”⁴¹.

El precepto de la legalidad en materia penal es la piedra angular del derecho penal liberal, y se expresa en la clásica fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*, es decir que no hay delito ni pena sin ley previa.⁴²

La garantía de legalidad se consagraba con la misma fórmula desde la Constitución Federal de 1824 y la de 1857.

La Ley Fundamental de 1824 en su artículo 152 disponía:

Ninguna autoridad podrá liberar orden para el registro de casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República, sino en los casos expresamente dispuesto por la ley y de la forma en que ésta lo determine.

Es la obligación que tienen todas las autoridades de ajustarse a los preceptos legales que norman sus actividades y a las atribuciones que la ley les confiere, al expedir cualquier orden o

³⁹ *Ibidem*. p. 1.

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ *Ídem*.

⁴² *Ibidem*, p. 77.

mandato que afecte a un particular en su persona o en sus derechos, es decir, la garantía de legalidad requiere sustancialmente que las autoridades se atengan precisamente a la ley, en sus procedimientos y en sus decisiones que de cualquier modo se refiere a las personas o a sus derechos.⁴³

Los artículos 14, en sus tres párrafos y el 16 en su párrafo inicial, establecen las más importantes leyes constitucionales de procedimientos, conocidas como garantía de legalidad, también comprende la garantía de audiencia y la exacta aplicación de la ley.⁴⁴

“Uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho, está constituido por la efectiva protección de los derechos fundamentales. La actividad del Poder Judicial ha sido la salvaguarda de la vigencia de éste, pero debe ampliarse hacia los demás operadores. Las instituciones deben legitimarse permanentemente ante el ámbito social en el que interactúan para alcanzar respetabilidad. El rol del juzgador es la conducta que se espera de él en función de la posición que ocupa dentro del sistema, cada juzgador como parte integrante del Poder Judicial tiene que actuar con conciencia de que su legitimación pasa por la representatividad que tiene del Estado y que ha llevado a la practica de forma digna; en ese cometido el juez de control es un guardián de los derechos fundamentales y el mejor representante que el Estado tiene de la observancia de la legalidad en el proceso penal que prepara el camino para aquéllos juzgadores que presidirán el juicio oral, de tener la certeza que la acusación ha sido custodiada por un juzgador y por ende que garantizó la seguridad jurídica del inculpado y la víctima bajo su manto de imparcialidad”⁴⁵.

⁴³ Bazdresch, Luis, *Garantías constitucionales, curso introductorio actualizado*, 3a. ed, México, Trillas, 1988, p. 169.

⁴⁴ Véase. Castro Juventino V., *Garantías y amparo*, 12a. ed., México, Porrúa, 2002. p. 257.

⁴⁵ Aguilar López Miguel Ángel, *Presunción de Inocencia: Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio*, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2009, p. 48.

2. ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado Constitucional se conforma por la producción jurídica organizada en torno a una norma de superioridad jerárquica llamada Constitución, la división de poderes y los derechos fundamentales; se pueden añadir el control de la constitucionalidad de las leyes, el régimen constitucional de la economía, la estructura territorial del Estado, las normas que se encargan de reformar el propio texto constitucional, los principios inspiradores de la actuación del Estado, el sistema de relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional.⁴⁶

El Estado Constitucional se define en virtud de la preeminencia y defensa de una serie de valores que conforman, a su vez, una determinada ideología. Estos valores son: la igualdad y libertad. La ideología a la que dan lugar dentro del Estado constitucional es el constitucionalismo.⁴⁷

Para defender esos valores históricamente se ha entendido que la Constitución debe establecer la división de poderes y garantizar los derechos fundamentales, de acuerdo a lo que ya establecía el famoso artículo 16 de la declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁴⁸

El Estado constitucional solamente admite una división efectiva del poder como un sistema que asegure espacios de libertad para los particulares, es decir exista el control del poder, la obligación de rendición de cuentas de los gobernantes, a la renovación de éstos y se prevea jueces independientes, la competencia básica de cada órgano, los modos de creación y renovación de derechos,

⁴⁶ Véase. Ferrajoli, Luigi, ob., nota 31, p. 177.

⁴⁷ Carbonell, Miguel, *Elementos del derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004, pp. 175-176.

⁴⁸ Ídem.

etcétera. Solamente cuando existe control del poder puede hablarse de Estado Constitucional.⁴⁹

El verdadero Estado Constitucional contempla derechos de libertad, derechos de participación política y un mínimo de derechos sociales, junto a un sistema medianamente eficaz de garantías.⁵⁰ “El Estado constitucional representa un admirable esfuerzo de autolimitación en cuanto que todas sus manifestaciones, aun aquellas que más directamente tocan su soberanía, son objeto de supeditación a normas jurídicas”.⁵¹

En el Estado Constitucional, es la Constitución la norma jerárquicamente más elevada, no sólo formalmente, sino también desde un punto de vista sustancial.

En el Derecho del Estado Constitucional las normas han sido sustituidas por los valores.⁵²

Esta forma de organización estatal implica para los gobernantes limitaciones efectivas e institucionalizadas al ejercicio de su poder: Son limitaciones de orden público, solemnemente declaradas, permanentes que someten la voluntad de los gobernantes y que, al mismo tiempo dan a los gobernados una idea clara de lo que les está permitido o prohibido hacer. A esta certidumbre sobre los alcances y efectividad de la ley se llama seguridad jurídica.⁵³

El Estado Constitucional se puede entender como un Estado que se organiza jurídicamente a partir de la existencia de una norma suprema que se erige como parámetro de validez del resto de normas pertenecientes a un sistema jurídico; dicha norma es suprema en un doble sentido: a) lo es

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 15.

⁵⁰ *Ídem.*

⁵¹ Borja, Rodrigo, *ob.*, nota 4, p. 554.

⁵² Pozzolo, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo” en Carbonell, Miguel (ed), *Neoconstitucionalismo (S)*, México, Trotta, 2003, pp. 192-200.

⁵³ Borja Rodrigo, *ob.*, nota 4, p. 555.

porque no puede ser derogada por las demás, y b) es también porque las normas subconstitucionales, para ser válidas - es decir, para poder integrarse en el ordenamiento y desplegar sus efectos normativos- deben ser congruentes con las disposiciones de la constitución, tanto desde un punto de vista procedimental como sustancial.

El modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de derecho o (Estado Constitucional) producto a su vez, de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

El Estado Constitucional de derecho y Estado de derecho en sentido fuerte no son sinónimos.

En el Estado Constitucional de derecho la constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativas sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas una a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.⁵⁴

Así mismo se denomina constitucionalización al proceso y al resultado de la transformación del Derecho causada por la Constitución. Ricardo Gustini ha destacado los siguientes rasgos en un sistema jurídico constitucionalizado.

Un sistema constitucionalizado tiene los siguientes elementos:

⁵⁴ Véase. Ferrajoli, Luigi, ob., nota 31, pp. 14-18.

- 1) Una constitución rígida. El ordenamiento jurídico está presidido por una Constitución escrita y resistente frente a la legislación ordinaria.
- 2) Una garantía jurisdiccional de la Constitución. El sistema cuenta con alguna forma de control de constitucionalidad de las normas.
- 3) La fuerza vinculante de la Constitución. Esta condición sugiere ante todo un rasgo de la cultura jurídica de referencia, de la ideología de los juristas considerada la Constitución como una verdadera norma jurídica y no como una simple declaración programática.
- 4) Sobreinterpretación de la constitución. Los argumentos a *simili*, la analogía y la invocación de principios constitucionales amplían e intensifican la presencia de la constitución en el ordenamiento hasta el punto de hacer posible cierta imnicomprensividad del Derecho. Toda controversia podría hallar respuesta en un sistema constitucionalizado gracias a su sobreinterpretación.
- 5) La aplicación directa de la constitución. La constitución no sólo sirve para regular las relaciones entre los poderes del Estado o entre el Estado y los ciudadanos, sino todas las relaciones sociales.
- 6) La interpretación de las leyes conforme a la Constitución. El control constitucional (constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, en Italia existen también las sentencias interpretativas).
- 7) La influencia de la Constitución en las relaciones políticas. Los principios constitucionales con su fuerte impronta moral y política intervienen en la argumentación política, rigen las

acciones entre los poderes del Estado, se permite así a órganos jurisdiccionales como el Tribunal Constitucional entrar a examinar la argumentación política que subyace a las normas jurídicas (en México existe la Suprema Corte de Justicia).

La constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al constitucionalismo. Se ha denominado genéricamente constitucionalismo (y más precisamente neoconstitucionalismo con el fin de acentuar el nuevo carácter que ha adquirido en la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente positivistas.⁵⁵

El constitucionalismo incide sobre el ordenamiento jurídico que se encuentra impregnado por los principios constitucionales, donde la interpretación se somete a los principios constitucionales.

Además de incidir sobre la aplicación del Derecho, donde los principios constitucionales son capaces de disciplinarlo todo, amplían la aplicación del sistema jurídico, de modo que nada queda fuera de su calificación deóntica, a lo que Guastini nombra sobre interpretación de la constitución.⁵⁶

No será Estado constitucional un Estado que:

- a) No tenga en la cúspide de su ordenamiento una norma jurídica a través de la cual se regulen las demás normas del sistema, encargada de establecer los procedimientos a través de los cuales se pueden crear nuevas normas jurídicas y/o modificar las ya existentes.

⁵⁵ Véase. Prieto Sanchis, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial" en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo (S)*, México, Trotta, 2003, colección Estructuras y Procesos, pp.164-165.

⁵⁶ *Ibidem.*, p. 167.

- b) No establezca una división de poderes que genere un equilibrio entre ellos: un sistema de *checks and balances* que impida que sus titulares abusen del poder que tienen conferido.
- c) No garantice, para todos los cuales se proteja, la libertad y la igualdad: derechos civiles y políticos, por un lado y derechos sociales, económicos y culturales, por otro.⁵⁷

Dentro del modelo del Estado constitucional contemporáneo, la forma en que la soberanía toma sustancia y deja de ser una mera entelequia, "... al momento de crear un nuevo ordenamiento supremo [...] el famoso artículo 16 de la Declaración Francesa de 1789 se afirma que las constituciones se abocan a determinar la división de poderes y los derechos fundamentales... son el contenido mínimo de cualquier documento que se quiere llamar constitución..."⁵⁸

La constitución democrática del siglo XX contemplan la forma de garantizar los derechos, la existencia de algunos principios fundamentales, el ejercicio del poder soberano constituyente del pueblo, aquí comienza el principio de la inviolabilidad de los derechos fundamentales, el principio de igualdad, y la realización de los derechos sociales.⁵⁹

El constitucionalismo moderno tiene los siguientes elementos: "...la titularidad de la soberanía, la libertad garantizada para los ciudadanos, el control del poder, la ocasionalidad con que se ocupan los poderes públicos y la vinculación entre democracia y Constitución."⁶⁰

México es considerado un Estado constitucional porque:

⁵⁷ Ferrajoli, Luigi, ob., nota 31, p. 177.

⁵⁸ Carbonell, Miguel, ob., nota 47, pp. 14-15.

⁵⁹ Ibídem, p. 18.

⁶⁰ Ibídem, p. 14.

- a) Tiene un documento llamado “Constitución”.
- b) El primer capítulo de la Constitución mexicana se dedica a los derechos fundamentales (garantías individuales), que tienen por objeto proteger tanto la libertad como la igualdad, existen varios mecanismo a través de los cuales se puede reclamar ante el poder judicial las posibles violaciones que de algunos –no de todos- de esos derechos se hayan cometido por una autoridad pública.
- c) Existen detalladas y amplias disposiciones que prevén la división de poderes, que se encuentran, incluso expresamente mencionadas.⁶¹

El Estado constitucional mexicano muestra mayores debilidades en la realidad del funcionamiento de las instituciones creadas por el texto constitucional.

Uno de los temas más importantes para el derecho constitucional mexicano es la forma en que se articula la división de competencias entre la federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los Municipios, donde se pueden encontrar las facultades concurrentes o coincidentes que son materias que deben ser atendidas por el gobierno federal, gobierno local y municipios. La enumeración de las materias o de la parte de ellas, que son competencia de la federación, se hace en el artículo 73.

El Estado constitucional mexicano es muy débil y su desarrollo ha sido hasta ahora muy incipiente; tanto como lo es el régimen democrático en el país. Sin democracia es imposible que exista Estado Constitucional.⁶²

El Estado Mexicano sí es un Estado Constitucional, tenemos una constitución acorde a la realidad y necesidades de la sociedad, poco a poco

⁶¹ *Ibíd*em, p. 49.

⁶² *Ibíd*em, pp. 183-190.

se delimitan más las instituciones, las que se fortalecen y son mejores, la democracia camina a paso de mansedumbre, pero seguros, todo esto en un México que evoluciona día a día.

3. ESTADO GARANTISTA

El garantismo tiene su antecedente en la escuela de Norberto Bobbio que rompió con la tradición metafísica que separaba a la filosofía jurídica de la ciencia del derecho y su práctica; y asume como objeto de estudio el universo lingüístico que es el derecho positivo, y el control racional de las operaciones metalingüísticas que sobre él realizan los operadores jurídicos.

El iuspositivismo analítico entra en crisis a finales de los años sesentas cuando el modelo bobbiano oscila entre el iuspositivismo y el iusrealismo que optan por el análisis de las normas y de los hechos respectivamente desde una posición avalorativa. Ferrajoli busca reinventar la filosofía jurídica analítica y dice que el lenguaje legal es un lenguaje normativo artificial regulado por normas positivas superiores a él. En su nuevo paradigma constitucional lo que le da validez a las normas no es sólo la forma en que son producidas, sino también su contenido sustancial, que debe ser acorde a la constitución, sus principios y los derechos fundamentales; importa no sólo lo que el derecho es, sino lo que debe ser, establece una visión proyectiva que afecta las relaciones de los poderes constituidos entre sí y la de éstos con respecto a la ley.

La justicia social, a diferencia de la justicia que debe de ser ciega, debe de quitarse la venda de los ojos y observar la realidad para compensar las desigualdades sociales. Así la justicia social es la que busca que una sociedad se desarrolle en términos igualitarios y por lo tanto tiende a

proteger a los más débiles en la sociedad para compensar sus deficiencias y toca temas como la pobreza, la igualdad, etc.

El garantismo toca mucho de los puntos de la justicia social, y por ello es una teoría en auge, al agregar un criterio axiológico a la tradición positivista y supeditar tanto a la política como a la ley al derecho, que sirve para alcanzar la justicia social, que se enmarca en los derechos fundamentales que se protegen en los preceptos y principios de las constituciones rígidas de hoy. Pero vayamos paso por paso y en primer lugar veamos qué es el garantismo.

Como garantismo se designa un modelo de derecho orientado a garantizar los derechos subjetivos, las “garantías” son las técnicas idóneas para asegura la efectiva tutela o satisfacción de los derechos. Ferrajoli⁶³ entiende por garantías a las obligaciones o las prohibiciones correlativas a los derechos (sociales o de libertad), así como a la justiciabilidad de sus violaciones. Ferrajoli distingue 3 acepciones de la palabra “garantismo”⁶⁴:

Una primera acepción designa un modelo normativo de derecho propio del Estado de derecho, que en plano epistemológico es un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político es una técnica de tutela que minimiza la violencia y maximiza la libertad y en el plano jurídico es un sistema de vínculos impuestos a la actividad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. Aquí se debe de distinguir entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema.

⁶³ Véase. Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004, p. 295.

⁶⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: teoría general del garantismo penal*, 2ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1997, pp. 851 a 854.

La segunda acepción de garantismo designa una teoría jurídica de la validez y de la efectividad, una teoría de la divergencia entre normatividad y la realidad, normativista y realista al mismo tiempo. Esta perspectiva invita a la crítica e incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y su aplicación.

La tercera acepción designa una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes e intereses cuya tutela y garantía son la finalidad de ambos. Es un punto de vista externo de legitimación o deslegitimación del derecho y el Estado

Hablemos un poco de la metodología garantista, antes de abordar cada una de las acepciones.

Como una “tesis metodológica”⁶⁵ de aproximación al derecho el garantismo sostiene la separación entre ser y deber ser y rige en diversos planos de análisis jurídico: el meta-jurídico del enjuiciamiento externo o moral del derecho, el jurídico del enjuiciamiento interno del derecho; y el sociológico de la relación entre el derecho y la práctica social efectiva.

El enjuiciamiento externo, que hace una separación total de la moral y el derecho, entre el ser y el deber ser del derecho junto con la filosofía política del garantismo, pugna por un modelo de derecho y una teoría del derecho que hagan “una función de análisis y crítica de la deslegitimación de las instituciones jurídicas positivas”⁶⁶.

⁶⁵ *Ibíd*em, p. 855.

⁶⁶ Gascón Abellán, Marina, “La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli ‘Derecho y razón’” en Sotomayor Acosta, Juan Oberto (coord.) *Garantismo y derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, p. 15.

El enjuiciamiento interno hace una aproximación teórica del derecho que separa el ser y el deber ser en el derecho y promueve un nuevo modelo de juez, de jurista y de política.

El garantismo en opinión de Ferrajoli, además de justificar la crítica de la legitimación externa e interna, es una crítica de ideologías políticas sean iusnaturalistas o ético-formalistas; y de ideologías jurídicas sean normativistas o realistas; ya que ambas ideologías suelen ser muy mal entendidas.

EL GARANTISMO COMO MODELO NORMATIVO

La primera acepción de garantismo nos habla de un modelo de derecho. El garantismo es sinónimo de Estado constitucional de derecho es decir, de un sistema “que recoge el paradigma clásico de Estado liberal, extendiéndolo en dos direcciones: de un lado a todos los poderes, no sólo al judicial sino también al legislativo y ejecutivo, y no sólo a los poderes públicos sino también a los privados; de otro lado a todos los derechos, no sólo a los de libertad, sino también a los sociales, con el consiguiente surgimiento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública”⁶⁷.

El Estado de derecho liberal se preocupó sólo de las libertades de mercado, intervención mínima y de seguridad ante el poder; olvidándose de las diferencias económicas, lo que a la larga amplió las desigualdades sociales. Para superar dichas desigualdades se creó el Estado de Bienestar, pero el mismo careció de las normatividades específicas para protegerlos. El

⁶⁷ Ferrajoli, Luigi, “Aspectos generales del garantismo” trad. de Marina Gascón Abellán en Sotomayor Acosta, Juan Oberto (coord.), *Garantismo y derecho penal*, Bogotá, Themis, 2006, p. 11.

Estado de derecho liberal estableció garantías negativas consistentes en deberes públicos de no hacer, son “derechos de”, El Estado de derecho social estableció garantías positivas o “derechos a” que establecen obligaciones o deberes públicos de hacer.

La incapacidad del Estado de Bienestar para cumplir con los derechos sociales creó una crisis de legalidad ya que las garantías sociales no se satisficieron en el marco de la ley, se crearon grupos de poder paralelos al poder estatal y hubo una irresponsabilidad de la clase. Su “degeneración”⁶⁸ se debió por un lado a la pérdida de proyección y representatividad de los partidos políticos y a su creciente distanciamiento de la sociedad y, por el otro, al desarrollo de una ilegalidad estructural que se unió a la crisis de legitimidad política y de la legalidad ordinaria.

Ferrajoli plantea a la vez un Estado liberal mínimo y un Estado social máximo, y enseguida nos habla de un gobierno *sub lege* o sometido a las leyes y un gobierno *per leges* o mediante leyes generales y abstractas. El poder *sub lege* en sentido lato se refiere a que cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido con las formas y procedimientos en ella establecidos; mientras que en sentido estricto se refiere a que el poder es limitado por la ley no sólo en su forma, sino también en su contenido.

Estos dos significados se pueden asociar con las nociones de principio de legalidad que elabora Ferrajoli, la legalidad en sentido lato se refiere a la validez formal “que exige solamente que sean predeterminados por la ley los sujetos titulares y las formas de ejercicio de todo poder”⁶⁹, y la legalidad en sentido estricto o validez sustancial “que requiere además que estén

⁶⁸ Ferrajoli, Luigi, ob., nota 63, p. 226.

⁶⁹ Ferrajoli, Luigi, ob., nota 64, p. 856.

preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones las materias de competencia y los criterios de decisión”⁷⁰. En otras palabras el principio de mera legalidad pide que todo poder tenga por fuente la ley como condición formal de legitimidad; y el de estricta de legalidad exige a la ley se que condicione al a ciertos contenidos sustanciales (derechos fundamentales) la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella establecido.

Llegado a este punto es importante saber qué son los derechos fundamentales para Ferrajoli y cuáles son los tipos de garantías que contempla. Las reglas referidas a quien y como puede decidir son las que se refieren a la forma de gobierno y son de carácter políticamente democrática; las reglas referidas a que se debe o no decidir se refieren a los derechos fundamentales. Ferrajoli nos dice que son derechos fundamentales “todos aquellos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o para ser autor de los actos que son ejercidos por éstas”⁷¹.

Los derechos fundamentales, no son derechos de la mayoría, sino de “todos”, y por lo mismo no pueden ser modificados por el Estado, pues se afectarían los derechos de las minorías. El Estado democrático de derecho

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trota, 2005, p. 290.

positiviza esos derechos fundamentales y distingue dos tipos de garantías: positivas y negativas, estos dos tipos de garantías se pueden subsumir en garantías primarias o sociales y secundarias o jurisdiccionales. Las garantías primarias son “las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; por su lado las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen derechos subjetivos y por tanto violen también garantías primarias”⁷².

Partiendo de lo anterior Ferrajoli hace una redefinición del concepto de democracia y llama democracia formal o política al “Estado político representativo”, es decir, al basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad; y llama democracia sustancial o sustantiva al estado de derecho, dotado de garantías efectivas, ya sean liberales o sociales. Para Ferrajoli el Estado de derecho equivale a la democracia debido a que “refleja más allá de la voluntad de la mayoría, los intereses y las necesidades vitales de todos”⁷³. María de Lourdes Souza⁷⁴ opina en que el garantismo de Ferrajoli hace una redefinición de la naturaleza misma de la democracia

Podemos decir que el modelo normativo de derecho de Ferrajoli se concibe como un sistema de garantías, que no impone un sistema de legalidad concreto, pero sí un modelo general; y que ve al Estado de derecho como una red de bienes y derechos, es decir como un Estado que positiviza los

⁷² Carbonell, Miguel, “La garantía de los derechos sociales”, *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, num. XXII, Enero 2005, p. 183.

⁷³ Ferrajoli, Luigi, ob., nota 64, p. 864.

⁷⁴ Lourdes Souza, María de, *Uso alternativo del derecho*, Bogotá, UNIBIBLOS, 2001, p. 178.

derechos fundamentales del individuo. El modelo normativo garantista está dotado de medios de invalidación de todo ejercicio del poder en contraste con normas superiores dictadas para la tutela de derechos fundamentales.

Por ello podemos observar que desde esta perspectiva el garantismo tiene muchas implicaciones de justicia social ya que el Estado de derecho y la democracia sustancial progresan en la medida en que se desarrollan garantías capaces de hacer realidad los derechos fundamentales del individuo, el garantismo busca que los derechos fundamentales no se queden en el papel sino que se apliquen en la realidad, que el deber ser se vuelva un ser, y ello ha permeado al sistema jurídico mexicano, como lo vemos por ejemplo con el seguro de desempleo en el Distrito Federal, la pensión a los adultos mayores, etc. pero todavía tiene pendientes como lo son la igualdad de género, los derechos ecológicos y etc.

Además los efectos de que no se satisfagan los derechos fundamentales y con ellos se de la justicia social, es la deslegitimación de los poderes, así como la invalidación de sus acciones u omisiones. En sus efectos de deslegitimación del poder observamos el evidente descontento de los ciudadanos con los partidos políticos, o el voto de castigo a los gobiernos que no cumplieron con las expectativas que generaron.

EL GARANTISMO COMO UNA TEORÍA JURÍDICA

El garantismo como teoría del derecho se ubica en territorios del positivismo jurídico, ya que en principio considera que son jurídicas todas y sólo las normas producidas por el Estado. Esta teoría parte del supuesto de que tanto el ser como el deber ser de las normas esta positivizado, ya que al

lado de la legitimidad formal, esta la legitimidad sustancial, lo que Ferrajoli designa con el nombre de “doble artificialidad”.

La doble artificialidad configura el iuspositivismo crítico de Ferrajoli en oposición al iuspositivismo dogmático. Ferrajoli entiende por iuspositivismo dogmático a la “orientación teórica que ignora el concepto de vigencia de las normas como categoría independiente de la validez y efectividad”⁷⁵, y agrupa aquí tanto a las concepciones normativistas que conciben como vigentes sólo a las normas válidas; como a las concepciones realistas que conciben como vigentes sólo a las normas efectivas. Ferrajoli tacha al positivismo dogmático de unidimensional.

La teoría jurídica de la validez en Ferrajoli funda una teoría de la divergencia entre normatividad y realidad entre derecho válido vigente y derecho eficaz vigente, por lo que la orientación garantista se configura como una crítica al derecho positivo vigente externa e interna, pues ataca los aspectos de ineffectividad e invalidez, este planteamiento se llama positivismo crítico, y de este modo cambian el papel del juez y el jurista, de los que reclama la crítica interna del derecho eficaz (pero inválido) desde el derecho válido (pero ineficaz); y por lo tanto ni una norma válida es sólo por eso es vigente; ni una norma es vigente o eficaz, sólo por eso, válida.

Marina Gascón Abellán⁷⁶, señala que a diferencia del Estado de derecho legislativo, en el Estado constitucional de derecho, la estructura del ordenamiento jurídico presenta un nivel normativo más: el constitucional, que incorpora límites y vínculos a la producción jurídica y legislativa. De manera de que por una parte se limitan las formas de producción jurídica los

⁷⁵ Ferrajoli, Luigi, ob., nota 64, p. 871.

⁷⁶ Gascón Abellán, Marina, ob., nota 66, p. 21.

órganos con competencia normativa y los procedimientos para su ejercicio; y por otro limitan los contenidos de las normas acudiendo a un modelo axiológico que debe estar presente en la legislación.

Por ello Ferrajoli señala que su modelo de constitucionalismo jurídico, a diferencia del derecho de las democracias constitucionales modernas se sujeta las propias leyes al derecho de la que también depende el “deber ser” del derecho, es decir, las decisiones que presiden a la ley son artificiales y se positivizan a través de normas sustantivas de derecho positivo, y estas normas sancionan la esfera de lo no decidible, que esta “constituida por principios y derechos fundamentales que tutelan los intereses y necesidades primarias y vitales. Derechos que consisten en expectativas negativas como son las libertades fundamentales a las que corresponden prohibiciones, para decidir, y los derechos que consisten en expectativas positivas, como son los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones de decir”⁷⁷.

A partir de la explicación previa se desprenden consecuencias para el juez y el jurista, ya que el garantismo reclama de ambos una función crítica y valorativa con relación a la ley. Dice Alfonso Ruiz Miguel⁷⁸, que los operadores jurídicos tienen la doble tarea de describir las normas vigentes y de analizar críticamente su validez dentro del sistema jurídico-constitucional, esto es, su conformidad o disconformidad con los principios y normas del garantismo concretamente incorporados a la constitución.

⁷⁷ Ferrajoli, Luigi, ob., nota 63, pp. 267-268.

⁷⁸ Véase. Ruiz Miguel, Alfonso, “Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista” *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, num. XXII, Enero 2005, p. 220.

El garantismo a diferencia del normativismo no predica la inexistencia de lagunas y antinomias, sino que reconoce que se pueden dar, y que los operadores jurídicos tienen el deber de denunciarlas y de proponer soluciones a las mismas, ya que así el sistema normativo puede tener una evolución legislativa, reglamentaria y aplicativa que sea acorde con las normas superiores y los principios constitucionales.

El juez del garantismo se rige por los principios de legalidad y por una teoría cognitivista de la interpretación. Para no ser arbitrario ejerce facultades cognoscitivas y no un poder decisonal, que puede ser reducido por medio de una adecuada labor legislativa. El juez se encuentra ligado jurídica, política y moralmente a la ley y debe juzgar solamente de manera jurídica. En sus relaciones con la ley el juez tiene la obligación de aplicar leyes validas y vigentes, y ante una ley vigente puede optar por dos caminos: aplicarla válidamente, o inaplicarla válidamente si estima que es inválida, es decir, se hace una interpretación restrictiva de la ley para evitar la antinomia, o bien puede denunciar su antinomia con la constitución y promover su anulación. En casos de normas válidas pero inefectivas es decir en aquellas en que por ejemplo el legislador no ha puesto las medidas necesarias de un derecho social, el juez puede acudir a la inventiva y solucionar el problema de la laguna, pero siempre con apoyo en alguna ley. Por lo anterior es claro que tanto en casos de leyes validas pero inefectivas, como de inválidas pero vigentes, el juez goza de una facultad potestativa que es un vicio de hecho del sistema jurídico.

Por lo que en el sistema garantista a diferencia de un Estado absoluto “el legislador no tiene un poder de disposición (pues está limitado por los bienes y valores constitucionales), pero sí lo tiene el juez como poder de

censura de la ley”⁷⁹. Sin embargo no hay que malinterpretar las cosas en el modelo garantista hay una sujeción a la ley de todos los poderes, incluido el legislativo.

La diferencia con el modelo del Estado liberal y el social, es que en el modelo garantista “la sujeción a la ley y antes que nada a la Constitución se transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, también frente al legislador, mediante la censura de la invalidez de las leyes y demás actos del poder político que puedan violar aquellos valores”⁸⁰.

La teoría del derecho garantista tiene una relación con el modelo de la política, cuya acción es legítima en la medida que contribuya a garantizar los bienes y valores que son perseguidos, pues debe de respetar las dos dimensiones de la democracia, la formal o principio de mayoría, y la sustancial o condiciones de validez aseguradas para la observancia de los derechos fundamentales.

Esta concepción del garantismo que cambia tres cosas: la teoría del derecho antes avalorativa se vuelve valorativa; la obligación del juez de aplicar la ley se transforma en la facultad de aplicarla o no hacerlo y; el jurista pasa de ser un mero observador del derecho a ser un dictaminador de la validez o invalidez de las normas, y en su caso en una persona encargada de hacer propuestas para que el derecho sea proyectivo y refleje los valores de bien común y justicia social que la sociedad persigue. Podemos concluir que la teoría jurídica garantista permite la crítica y la deslegitimación de las normas vigentes inválidas.

⁷⁹ Gascón Abellán, Marina, ob., nota 66, p. 27.

⁸⁰ Ferrajoli, Luigi, “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en Sotomayor Acosta, Juan Oberto (coord.), *Garantismo y derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, p. 128.

EL GARANTISMO COMO UNA FILOSOFÍA POLÍTICA

Desde esta tercera acepción el garantismo es visto como una doctrina filosófico-política que al igual que la teoría del derecho permite realizar una crítica y una deslegitimación, con la diferencia que la tercera acepción lo hace con un punto de vista externo con referencia a las instituciones jurídicas positivas, partiendo de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, o entre el punto de vista jurídico y el punto de vista ético-político. Esta postura critica las falacias normativista y iusnaturalista, ya que una norma justa no es sólo por eso jurídica ni viceversa.

Señala Ferrajoli que “la justificación externa es la ideal para fundamentar políticas que admiten justificaciones no absolutas o totales, sino contingentes, parciales, *a posteriori* y condicionadas”⁸¹. Para entender lo anterior Ferrajoli habla de la fundamentación heteropoiética del Estado y del derecho. El primer lugar tomando ideas de Luhmann habla de los sistemas políticos y llama autopoiéticos a aquellos sistemas políticos que se fundamentan sobre si mismos y que justifican al derecho y al Estado como bienes y valores intrínsecos; y designa como heteropoiéticos a aquellos sistemas políticos que se fundan sobre finalidades sociales y que justifican las instituciones políticas y sociales como males necesarios para conseguir los intereses sociales.

Las doctrinas heteropoiéticas ven al Estado como “un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aun, si el mismo los viola”⁸², es decir las doctrinas políticas heteropoiéticas no son

⁸¹ Ferrajoli, Luigi, ob., nota 64, p. 854.

⁸² *Ibidem*, p. 881.

autorreferenciales, el Estado y el derecho no son valiosos éticamente en sí mismos, sino que requieren de una justificación externa.

El garantismo tiene una concepción artificial del Estado y del derecho, una natural de los individuos y sus derechos, por lo tanto el Estado y el derecho sólo son instrumentos que se justifican en la medida en que protegen los derechos y bienes individuales, y más concretamente en cuanto sirven como artificios de tutela de los derechos fundamentales, el Estado es un mal menor para conseguir la justicia y la paz sociales. Los derechos fundamentales corresponden a las facultades o expectativas de todos y que se sustraen al arbitrio de las mayorías como límites a las decisiones del gobierno, ya que el garantismo parte siempre del presupuesto de una concepción pesimista del poder como malo.

Por ello el garantismo en sentido filosófico-político es una fundamentación heteropoiética del derecho que niega el valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder por el mero hecho de ser efectivo; y los somete a una crítica y eventual transformación, ya que son meros instrumentos que deben coadyuvar a la satisfacción de las expectativas y derechos fundamentales de los individuos.

El garantismo y la democracia que propone Ferrajoli son modelos irremediablemente imperfectos, pero que sirven como modelos de legitimación o deslegitimación política, ya que la legitimidad política es siempre relativa y condicionada en grados: depende tanto del grado de efectiva realización externa que justifica a los poderes, como de la imperfección estructural de los instrumentos institucionales creados para ese fin.

IMPLICACIONES DEL GARANTISMO EN LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA SOCIAL

El punto de vista externo del garantismo esta en relación con los derechos fundamentales, Ferrajoli propone cuatro: la igualdad, la democracia, la paz y la defensa del más débil. El punto de vista externo de Ferrajoli tiene una visión axiológica que considera a la persona como un valor, y establece como base el principio de igualdad jurídica que reconoce las diferencias personales y excluye las diferencias sociales.

La igualdad formal o política no tolera las diferencias de los individuos; mientras que la igualdad sustancial o social busca compensar las desigualdades sociales que se dan en la vida comunitaria. Este par de igualdades conforman la igualdad jurídica de Ferrajoli.

La justicia consiste es la perpetua y constante voluntad de dar a cada quién lo suyo, implica una igualdad, y es llamada por Aristóteles la virtud perfecta, ya que siempre se entiende con relación al otro teniendo entonces también el rasgo de la alteridad.

La tradición aristotélica ha reconocido dos tipos de igualdad: la aritmética y la geométrica. La primera se da en la comparación entre cosas debidas entre personas que se toman como iguales; mientras que la igualdad geométrica es donde lo que la persona recibe de la colectividad, es igual, proporcionalmente, a fin de la acción distributiva de los bienes por parte del Estado.

Estas dos igualdades se expresan en dos tipos de justicia: correctiva o conmutativa, y distributiva. La primera se da entre personas y en relación de

una deuda surgida por un intercambio de bienes principalmente, aunque también puede ser respecto de daños cometidos entre personas; la distributiva se refiere a lo que la colectividad debe o adeuda al individuo.

La justicia distributiva puede ser según la necesidad o según el merito. La primera sostiene aquellos que tienen mayores necesidades de un bien deben poseer asignaciones mayores, este tipo de justicia distributiva se refiere a los más débiles como son las personas enfermas, los niños, los ancianos y los marginados; la segunda sostiene que aquellos que más contribuyen a la producción de bienes y riqueza deben tener también una mayor proporción de los mismos.

De esta idea de justicia distributiva es aplicable a la idea de justicia social y es muy acorde a la idea de derechos fundamentales de Ferrajoli. La procuración de la justicia social puede ser entendida como aquella actuación u omisión del Estado que otorgue a sus miembros la igualdad de oportunidades para su completo desarrollo como seres humanos.

Esta labor del Estado puede implicar un hacer como las pensiones, ayudas de asistencia social, la protección del medio ambiente, la implementación de leyes y procedimientos que protejan la propiedad intelectual; o bien puede consistir en omisiones que protejan derechos como la libertad, la expresión, la vida, la asociación etc.

El reconocimiento de los derechos individuales y sociales, no basta, lo importante es protegerlos y hacerlos respetar; aquí es donde el garantismo es muy importante, ya que este modelo teórico reconoce que lo importante es la tutela y protección de los derechos fundamentales de las personas de

manera efectiva, para que lo que establece el texto legal, se vea realmente reflejado en la realidad.

¿De qué sirve saber lo que el derecho debe ser, si en la realidad el derecho nunca es aplicado? La propuesta de que lo establecido en los textos normativos debe buscar proteger los intereses sociales y ser acorde con ellos es un paso importante, para dejar atrás ideas como las de que el Estado, el derecho y otras ficciones humanas son las valiosas en si mismas, cuando lo único importante son los individuos de carne y hueso, que sufren y padecen a diario, en este sentido la noción instrumentalista del Estado y el derecho desde la perspectiva heteropoiética es muy destacable.

El superar problemas como la corrupción o la impunidad es muy importante, ya que por más que se consagren derechos a proteger a nivel normativo y se establezcan mecanismos para su protección, si las personas designadas para aplicar la ley, no lo hacen, entonces causan un problema de desconfianza social ante la falta de consecución de los fines que se supone se persigue en conjunto. Ya que para que las instituciones puedan funcionar adecuadamente requieren de las personas idóneas

El garantismo destaca que la protección de los individuos no sólo es respecto de los poderes, públicos, sino también de los privados, este hecho es muy importante, ya que muchas veces tienen una trascendencia más directa en la vida de los individuos, tales como pueden ser un empleador abusivo, un esposo golpeador, o el mismo narcotráfico, respecto a esto es necesario que se impongan mecanismos por parte del Estado, pero también es necesaria la participación ciudadana.

La aplicación de las ideas del garantismo, sin duda puede mejorar las condiciones de vida de las sociedades contemporáneas, y aunque sabemos que eso no es posible en todas ellas, si puede servir de guía sobretodo a los países con gobiernos democráticos, para buscar evolucionar y resolver sus problemas sociales. No se puede evitar pensar que muchas situaciones de hecho superan a la teoría y que la idea de un garantismo en un país como Honduras donde actualmente hay un problema de gobernabilidad es poco práctica.

No obstante lo anterior el garantismo de Ferrajoli no deja de ser un constructo, una forma de explicar la realidad, y como tal es perfectible y tiene sus pros y contras, el número de críticas y de discusiones que el garantismo ha suscitado en tiempos recientes, es sólo un indicador de la importancia que tiene.

Otro punto clave de la teoría garantista es el reconocer que siempre surgirán más necesidades sociales que atender y que en esa medida el Estado y el derecho deben de buscar consagrarlas y posteriormente protegerlas por medio de procedimientos y vías adecuados.

4. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

La *lex fundamentalis* también es llamada Carta Magna, Ley Suprema, Norma de Normas, Norma Suprema, Ley fundamental, Forma de Formas.

En el Diccionario de la Real Academia Española indica que la palabra constitución proviene del latín *constitutio*, - *ōnis*, y es la acción y efecto de constituir, y tiene diversos significados que a continuación se mencionan:

Constitución es la forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado; es cada una de las ordenanzas o estatutos con que se gobernaba una corporación; es la ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política.⁸³

Constitución es la forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado, ley fundamental de la organización de un Estado.⁸⁴

La constitución es el ordenamiento supremo que contiene lineamientos esenciales, históricos y aspiraciones colectivas, como extensión normativa de los derechos de los seres humanos es el quid y ratio de la convivencia humana, la más grande aspiración de cualquier sociedad donde tienen su fundamento y fuerza.⁸⁵

Las aproximaciones de la doctrina jurídica a la idea de constitución, disponen de un enfoque sociopolítico y formalista.

En el primer enfoque se estudia a la constitución como un fenómeno de la realidad social bajo la idea de poder, los tratadistas que destacan son: Carl Schmitt y Fernando Lassalle.⁸⁶

⁸³ Real Academia Española, "Constitución", junio 2008, <http://www.rae.es/> Real

⁸⁴ Véase. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa, 1984, p. 658.

⁸⁵ Uribe Arzate, Enrique, "Quid y telos de la justicia constitucional", *Iustitia Et Securitas Revista sobre estudios jurídicos y sociales*, México, Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública, UAEM, año 2, enero-junio de 2006, p. 33.

⁸⁶ Sánchez Bringas, Enrique, ob., nota 3, p. 105.

Pues bien, Lassalle señaló que una constitución que no responden, a los factores reales de poder no es posible que mantenga vigencia.⁸⁷

Continúa diciendo que una constitución es la ley fundamental proclamada en un país, que establece la organización del derecho público en esta nación, remarcando que los factores reales de poder que existen en cada sociedad son fuerza efectiva y activa, que condiciona a todas las leyes y disposiciones jurídicas de la sociedad.⁸⁸

La constitución escrita está irremediabilmente condenada a ser modificada de manera radical para ponerla de acuerdo con los factores reales de poder y a la fuerza social organizada.⁸⁹

El enfoque formalista, estudia a la constitución como norma básica o constituyente y de los órdenes normativos como totalidades estáticas o dinámicas, el tratadista que destaca es Hans Kelsen.⁹⁰

La locución tiene origen latino: *constitutio*, *constituere*, significan fundar, establecer, dar origen, asentar algo o darle fundamento. Etimológicamente, afirma Rolando Tamayo, “*Constitutio*, *conos*, viene del verbo latino “*constituere*” (*constituo*, *as*, *ere*, *stitui*, *stitutum*) el cual se forma, a su vez, de la partícula “*cum*” que significa con, y del verbo “*statuere*” (*statuo*: *uis*, *uere*, *ui*, *utum*) que significa poner, colocar, levantar, construir, fundar. Los significados primarios son: la forma de ser de algo, arreglo, disposición,

⁸⁷ Véase. Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, trad. De Manuel Acosta, México, Hispánicas, 1987, p. 20.

⁸⁸ Ibidem, pp. 30-37.

⁸⁹ Ibidem, pp. 77-18.

⁹⁰ Sánchez Bringas, Enrique, ob., nota 3, p. 105.

orden, organización, como la organización del Estado como norma, constitución, estatuto, ley, ordenanza.⁹¹

El sentido de la palabra constitución se refiere al ser de algo, a los elementos fundamentales que lo forman, a su origen y fundamento. Produce la idea de base, fundamento y organización. “La Constitución es la norma constituyente, reguladora de la validez del sistema jurídico y determinante de las bases organizativas del Estado y de los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad”.⁹²

En este orden de ideas, la Constitución, los sistemas, regímenes y estructuras de la sociedad en acción, organiza la suprema institución política que hoy en día se denomina Estado.

“La Constitución en sentido formal es cierto documento solemne un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas”.⁹³

Burgoa cita a Jellinek, quien describe el contenido político de la constitución al referir que la Constitución abarca los principios jurídicos que designan a los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto al poder del Estado.⁹⁴

⁹¹ Carbonell, Miguel, ob. nota 47, p. 19.

⁹² *Ibíd.*, p. 132.

⁹³ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ob., nota 84, p. 660.

⁹⁴ Véase. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1984, p. 317.

La Constitución es la ley suprema del país y base de la legislación del Estado, estableciendo reglas para éste, su organización y la relación de las autoridades con los gobernados.

En la constitución se expresan principios políticos, sociales y económicos que se encuentran en el ser, modo de ser y querer ser de un pueblo con preceptos supremos y fundamentales los atributos, modalidades o características del ser de un pueblo, que se hayan adquirido en su vida histórica. Algunos autores de derecho constitucional consideran que por inferencia lógica del ser, modo de ser y del querer ser de un pueblo, los cuales son designados como decisiones políticas fundamentales, que son de índole social y económica.⁹⁵

Miguel Carbonell cita a Manuel García Pelayo para dar el concepto de constitución al decir:

El concepto de constitución se refiere a la sustancia de la existencia política de un pueblo, por lo que está particularmente abocado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combatidos que hallan su ratio no en la voluntad de conocimiento, sino en la adecuación instrumental para la controversia con el adversario.⁹⁶

La constitución comprende diversas esferas de la vida humana, vinculado a la realidad política, jurídica, sociológica, económica y moral.

La constitución puede entenderse como un ordenamiento jurídico de tipo liberal; como un conjunto de normas jurídicas que contiene las disposiciones en algún sentido fundamental de un Estado; como un documento normativo

⁹⁵ *Ibíd*em, p. 377.

⁹⁶ Carbonell, Miguel, *ob.*, nota 47, p. 13

y como una norma dotada de ciertas características que tiene un régimen jurídico particular.⁹⁷

Carbonell cita a Francisco Rubio Llorente, quien refiere que la constitución es:

Un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder [...] no hay otra Constitución que la Constitución democrática.⁹⁸

Desde el punto de vista estrictamente jurídico de la Constitución esta es la norma que determina la validez del resto del ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista procedimental, la Constitución determina la validez del resto de normas del ordenamiento al establecer las competencias de los distintos poderes para dictar normas jurídicas, así como los pasos que deban llevar a cabo para que tales normas se integren válidamente al ordenamiento. Desde el punto de vista sustantivo, la Constitución actúa como un límite a la creación normativa, pues contiene prohibiciones para el legislador, mandatos de actuación, normas ordenadoras de fines que deben seguir los poderes públicos, es decir se le da a la Constitución dos formas de validez: uno procedimental y una validez sustantiva (norma de procedimiento y norma de contenido).⁹⁹

En este concepto se encuentran elementos del constitucionalismo moderno como lo son: la titularidad de la soberanía, la libertad garantizada para los ciudadanos, el control del poder público, la ocasionalidad con que se

⁹⁷ *Ibíd*em, p. 14.

⁹⁸ *Ídem*.

⁹⁹ *Ibíd*em, p. 17.

ocupan los poderes públicos y la vinculación entre democracia y Constitución.¹⁰⁰

El Tribunal Constitucional español lo ha dicho con las siguientes palabras: “la Constitución como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales puede convertir en ley sus preferencias ideológicas sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad [...] todo ello en uso de la libertad de conformación del propio poder legislativo.”¹⁰¹

Carbonell cita a Ricardo Guastini, quien señala que la Constitución, como documento normativo, se distingue del resto de normas del ordenamiento por lo siguiente:

- a. Por su nombre propio, ya que es el único documento normativo del ordenamiento que se llama “Constitución”.
- b. Por su procedimiento de formación único y distinto del resto de normas del ordenamiento: es la única norma creada por el poder constituyente.
- c. Por su contenido característico, puesto que regula los derechos fundamentales y la división de poderes, señala las competencias de los órganos superiores del Estado.
- d. Por su destinatario típico, aunque no único, que son esos mismos órganos superiores del Estado, para los que establece el ámbito competencial y la organización y estructura básica.
- e. Por su régimen jurídico peculiar, lo que incluye por ejemplo su posición en el ordenamiento jurídico (superior a cualquier otra norma) y el procedimiento para su reforma (distinto al de las leyes ordinarias).¹⁰²

El concepto de constitución normativa, contiene los temas propios de las decisiones fundamentales inscritos en el texto de la Carta Magna; las cuestiones relacionadas con los principios y valores que nutren a la Constitución y otros más de parecida catadura, nos han servido para acercar nuestra comprensión a lo que

¹⁰⁰ Ídem.

¹⁰¹ Ibídem, p. 19.

¹⁰² Ibídem, pp. 20-21.

realmente es la Constitución del Estado [...] la Constitución fundamento, esencia y razón de ser de cualquier pueblo.¹⁰³

Elisur Arteaga Nava refiere que la Constitución, es un complejo normativo de naturaleza positiva, que tiene el carácter de ser suprema, emitida en un solo momento, que prevé la existencia de órganos de autoridad, sus facultades y limitaciones, que establece derechos a favor de los individuos y vías para hacerlos efectivos, principios y objetivos de la nación mexicana y que de ella emana todo orden normativo, se establecen las funciones fundamentales del estado y se regulan los órganos, el ámbito de competencia y las relaciones entre ellos.

La Constitución vigente fue promulgada el 5 de febrero de 1917 y entró en vigor el día primero de mayo de ese mismo año, es una constitución rígida, fundamental, escrita, impuesta, reformable, suprema, permanente, teóricamente completa y sin contradicciones.¹⁰⁴

Ahora bien, nuestra constitución se divide en dos partes; la dogmática y la orgánica. En la primera se establecen las garantías individuales de los mexicanos y extranjeros; en la segunda encontramos la forma de organización del estado mexicano y su división de poderes; para ser más claros, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es una Constitución escrita, rígida, contiene 136 artículos y diversas reformas, se divide en cuatro títulos a saber: primero de las garantías de los mexicanos y extranjeros; segundo de la soberanía y forma de gobierno, así como de las partes integrantes de la federación; tercero de la división de poderes; cuarto de la responsabilidad de los servidores públicos y patrimoniales del Estado,

¹⁰³ Uribe Arzate, Enrique, ob., nota 85, p. 37.

¹⁰⁴ Véase. Arteaga Nava, Elisur, Derecho constitucional, Harla, México, 1997, pp. 14-15.

por lo que actualmente los juristas constitucionalistas hablan de realizar una nueva constitución.

En cuanto que en el Derecho positivo, la Constitución es norma, pero también realidad; en cuanto Constitución, es también realidad integradora; integración que se realiza históricamente. La naturaleza de la Constitución, como realidad integradora permanente y continua, como supuesto especialmente significativo de la eficacia integradora de toda comunidad jurídica, resulta evidente. Ahora bien, esta eficacia integradora no es fruto de la Constitución entendida como un momento estático y permanente en la vida del Estado, sino más bien de la continua creación y renovación de la dinámica constitucional.

Así mismo el Maestro Vázquez señala que actualmente las constituciones contienen derechos humanos, tal y como lo establece en el siguiente párrafo:

Bien puede ser que las constituciones incluyan derechos que no cabe considerar como derechos humanos, y, también, que haya derechos humanos que no tengan cabida en una constitución. Ahora bien, si se sostiene que los derechos constitucionales son derechos humanos nos incorporamos en la constitución con la intención de transformarlos en derecho positivo, tras un análisis más detenido es posible encontrar dos posibles direcciones de divergencia y de relación intrínseca entre los derechos humanos y los derechos constitucionales.¹⁰⁵

Ahora bien, “la transformación de los derechos humanos en derecho positivo, a saber: la incorporación de derechos humanos en la constitución y el sometimiento de toda autoridad del Estado al control de constitucionalidad supone limitar el poder del parlamento”.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Véase. Vázquez Rodolfo y Zimmerling, Ruth (coords), *Robert Alexy. Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, México, Fontamara, 2005, p. 50.

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 51.

Es importante comentar que existen dos clases de construcción de los derechos fundamentales: la cerrada y estricta, y la amplia y comprensiva. La primera puede denominarse construcción como regla, y la segunda construcción de principios.

Según la construcción cerrada y estricta, las normas que confieren derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras formas del sistema jurídico. Obviamente al ser normas constitucionales están situadas en el nivel más alto del sistema jurídico, y su objeto son derechos muy importantes formulados de manera muy abstracta. Según la construcción de reglas, ninguno de los rasgos anteriores plantea una diferencia de estructura fundamental. Son reglas jurídicas y aplicables del mismo modo que las demás. Su característica distintiva es que protegen ciertas posiciones de los individuos frente al Estado abstractamente descritas.¹⁰⁷

Una constitución es rígida si y sólo si, es escrita, está protegida contra la legislación ordinaria, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes).¹⁰⁸

La distinción entre constituciones flexibles y rígidas fue elaborada originalmente por James Bryce en una obra clásica sobre el tema.

La rigidez de la Constitución significa que no puede ser reformada por el mismo órgano y siguiendo el mismo procedimiento que se utiliza para

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 72.

¹⁰⁸ Véase. Guastini, Ricardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico" en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo (S)*, México, Trotta, 2003, pp. 50-51.

reformular la ley, esto busca contribuir a la estabilidad de la Constitución, al hacer más difícil su modificación.

Constituciones flexibles, son aquellas que pueden ser modificadas observando el mismo procedimiento que se sigue para la aprobación o modificación de las leyes.¹⁰⁹

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Para enumerar los principios constitucionales, es preciso comenzar con la definición de principio, el cual es: razón, fundamento, origen, máxima o norma.¹¹⁰

Desde el punto de vista legal, es una norma jurídica de optimización general a desarrollar.

PRINCIPIOS

Pues bien los principios son: “normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas”¹¹¹

Llamamos principios a las normas que carecen o presentan, de un modo fragmentario, el supuesto de hecho o condición de aplicación, como sucede con la igualdad o con los derechos fundamentales.¹¹²

¹⁰⁹ Carbonell, Miguel, ob., nota 47, pp. 21-22.

¹¹⁰ Véase. Pina Vara, Rafael de, *Diccionario de derecho*, México, Porrúa, 2000, p. 418.

¹¹¹ Vazquez Rodolfo y Zimmerling, Ruth, ob., nota 105, p. 61.

¹¹² Prieto Sanchis, Luis, ob., nota 55, p. 138.

También son principios las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan no ya por la nota de la incondicionalidad, sino por la particular fisonomía del deber que incorporan consistente en seguir una cierta conducta que puede ser realizada en distinta medida. Aquí la ponderación es necesaria porque la determinación de la media o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y, en particular, de la presencia de otros principios en pugna. En la primera acepción los principios no tiene por qué ser mandatos de optimización, sino que pueden requerir un comportamiento cierto y determinado. En la segunda acepción los principios no tienen por qué carecer de condición de aplicación.¹¹³

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La constitución es la ley suprema del país y base de la legislación del Estado, estableciendo reglas para éste, su organización y la relación de las autoridades con los gobernados.

Norma con estructura de principio “son mandatos de optimización de mayor jerarquía, preceptos especiales que exigen obtener concordancia práctica, por ejemplo los derechos fundamentales. Los principios se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”.¹¹⁴ Exige la deliberación por parte del juez porque se reconoce que tiene una dimensión de peso, se resuelve a través de la ponderación.

La importancia de la justicia constitucional nace de la obligación que tiene el Estado de otorgar ciertas garantías, apuntaladas desde la Constitución,

¹¹³ Ibídem, p. 139.

¹¹⁴ Véase. Perdomo Torres, Jorge Fernando, *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal penal Colombiano*, Colombia, Universidad externado de Colombia, 2005, p. 51.

reconocidas en su texto y permanentemente aseguradas por el orden jurídico y por la estructura estatal.

La ley fundamental, se patentiza con el acatamiento de los principios constitucionales, que en algunos países son llamados valores constitucionales, así estos valores o principios, son la columna vertebral de una estructura jurídico política que recibe de la Carta Magna su legitimidad y fuerza, donde los principios son prescripciones jurídicas generalísimas, parámetro para la actuación de los órganos del Estado, por ello los principios constitucionales ocupan una parte medular en el constitucionalismo actual.¹¹⁵

Claro que hay diferencia entre valores y principios constitucionales, en esta investigación, nos avocaremos al estudio de los principios constitucionales, ya que éstos tienen gran importancia en la concepción de un orden jurídico jerarquizado, definido y congruente.

Estos principios que venimos estudiando también son llamados decisiones políticas fundamentales, mismas que son aquellos principios básicos que confieren estructura esencial a la Constitución, y que son inmutables mientras no los cambie la soberanía popular.¹¹⁶

La Constitución tiene principios que no se hallan en ningún otro *corpus*, dichos principios se identifican con decisiones políticas fundamentales que es el contenido vital de la Constitución del Estado. Las decisiones políticas

¹¹⁵ Véase. Uribe Arzate, Enrique, ob., nota 85, pp. 34-35.

¹¹⁶ Véase. Acuña Mendez, Francisco, ob., nota 18, p. 4.

fundamentales sirven además para delinear la fisonomía del Estado en cuestión.¹¹⁷

Las decisiones fundamentales, en principio, dice Jorge Carpizo, no pueden ser reformadas por el poder revisor sino únicamente por el pueblo. Las decisiones fundamentales son la esencia, son los principios rectores del orden jurídico, son ideas que conforman y marcan todas las demás normas de ese determinado orden jurídico. Luis F. Canudas, citado por Jorge Carpizo, destaca como decisiones políticas fundamentales de la Constitución de 1917, la soberanía popular, la forma de gobierno republicana, federal y democrática, la división de poderes y añade con una categoría a las garantías individuales y al Municipio Libre. El mismo Jorge Carpizo, después de realizar un esclarecedor estudio de la tesis de Carl Schmitt sobre este asunto, resume que nuestras decisiones políticas fundamentales son, entre otras, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo y el sistema federal.¹¹⁸

Las decisiones políticas fundamentales establecidas en la Constitución constituyen al Estado en sus aspectos básicos, no pueden ser modificados por el legislador ordinario como la soberanía, la forma de gobierno republicano, democrático y federal, la división de poderes, el principio de la supremacía constitucional que confiere unidad, estabilidad y seguridad jurídica y política a esas decisiones fundamentales.¹¹⁹

La gran mayoría de principios constitucionales parece que se adecuan bien en la categoría de principios que establecen deberes (y derechos correlativos) incondicionales pero derrotables: los principios que reconocen la libertad de expresión, el derecho al honor, el derecho a la libertad, religiosa y tantos otros.¹²⁰

Sin embargo, cuando se trata de la aplicación de los principios constitucionales (en especial de principios que establecen derechos), se

¹¹⁷ Véase. Uribe Arzate, Enrique, ob., nota 85, p. 433.

¹¹⁸ Véase. Acuña Mendez, Francisco, ob., nota 18, p. 4.

¹¹⁹ Ibídem, p. 5.

¹²⁰ Véase. Carbonell, Miguel, ob., nota 47, p. 112.

argumenta, a veces, que la operación de la subsunción no es adecuada y que debe sustituirse por otra operación denominada ponderación. Es más, suele considerarse que la ponderación es uno de los rasgos centrales de la aplicación del Derecho en la cultura del constitucionalismo.¹²¹

Dogmática. Trata los derechos fundamentales del hombre, contiene las limitaciones de la actividad del Estado frente a los particulares.

Orgánica. Tiene por objeto organizar el poder público, estableciendo las facultades de sus órganos.

CONSTITUCIÓN EN SENTIDO FORMAL Y EN SENTIDO MATERIAL

Esta conceptualización, atendiendo a la perspectiva con que se le aprecie, se origina en el pensamiento de Kelsen y considera que la Constitución, en sentido material, es la serie de preceptos que regulan la creación normativa y la de los órganos de gobierno y su competencia; mientras enuncia que la Constitución en el sentido formal es solamente el documento solemne que contiene lo especificado en la perspectiva descrita en principio.

Como podemos observar, la diferenciación a que atiende los sentidos expuestos es precisamente la de referirse al contenido o al continente.

PRINCIPIOS QUE CARACTERIZAN A NUESTRA CONSTITUCIÓN

Sobre las características del contenido político de las constituciones, Carl Schmitt afirmó lo siguiente:

¹²¹ *Ibíd.*, pp. 99-100.

De la idea fundamental de la libertad burguesa se deducen dos consecuencias que integran los dos principios del elemento típico del Estado de derecho, presente en toda Constitución moderna. Primero, un principio de distribución: la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitado en principio, mientras que la facultad del Estado para invadirla es ilimitada en principio. Segundo de distribución: el poder del Estado (limitado en principio) se divide y se encierra en un sistema de competencias circunscritas... Derechos fundamentales y División de Poderes designan pues, el contenido esencial del elemento típico del Estado de derecho, presente en la Constitución moderna.¹²²

Así mismo los doctrinarios Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, señalan que siete los principios básicos de nuestra constitución, mismos que construyen y definen la estructura política y aquellos que protegen y hacen efectivas las disposiciones constitucionales. Entre las que se encuentran la declaración de los derechos humanos, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo, el régimen federal, la justicia constitucional y la separación Estado – Iglesia.¹²³

Enrique Uribe Arzate, en su texto comenta, que dentro de los principios constitucionales se encuentran: la soberanía, la división horizontal y vertical del poder público, el carácter representativo de los órganos del Estado, el federalismo, municipio, la democracia, los derechos humanos, la justicia social y la supremacía del Estado sobre la iglesia.

Dentro de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Uribe comenta que los principios constitucionales dentro de la parte dogmática son las garantías individuales y las garantías sociales. En la parte orgánica se encuentran:

¹²² Sánchez Bringas, Enrique, ob., nota 3, p. 213.

¹²³ Véase. Carpizo, Jorge, y Carbonell Miguel, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 2003, p. 21.

1. Constitución del Estado

a) La forma de Estado

. República representativa, democrática, federal: art. 49

b) Los fines del Estado

. La democracia como sistema de vida art. 3

. la educación laica, gratuita y obligatoria. Art. 3

. La paz y la solidaridad internacional. Art. 3

. Protección y desarrollo de la familia. Art. 4

. Protección de la salud. Art. 4

. Protección de los menores. Art. 4

. Seguridad y soberanía de la nación. Art. 21, 25, 26, 28 y 41.

2. Ejercicio del Poder Público

Se trata de una referencia directa a la forma en que debe ejercerse el poder para poner en acción al Estado y a toda su estructura.

a) *La forma de gobierno*

1.- Fundamento del gobierno:

. Soberanía Art. 39

2.- Diseño del gobierno:

- División de poderes Art. 49
- Los tres niveles de gobierno
- Los Estados Arts. 41, 115, 116, 124
- El Municipio Art. 115

b) *Ejercicio del poder público*

1. Principios rectores

- Legalidad Arts. 14 y 16.
- Competencia Arts. 14, 16, 41, 106

2. Praxis del gobierno:

- Elecciones periódicas Art. 41

- Sistema representativo Art. 41
- Supremacía Estado- Iglesia Art. 130

c) Medios de control del poder público

- Control de legalidad. Esta modalidad del control de actos de autoridad no se agota en los artículos 14 y 16.
- Control de constitucionalidad artículos. 99 Fracciones III, 103, 105 Fracciones. I y II, 107, 110, 111¹²⁴

Los principios fundamentales en los que coinciden los doctrinarios citados son los siguientes:

Principio de supremacía

Este principio implica que la Constitución es la máxima de las leyes, por lo que no existe ninguna otra por encima de ella.

En el derecho positivo mexicano este principio se encuentra consagrado en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se establece que: Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión, por lo que es incontrovertible que toda ley en México está subordinada a la Constitución, pues para serlo requiere emanar de ésta o estar de acuerdo con la misma.

Este principio enuncia que la Constitución es la norma fundamental, por lo que dentro de la jerarquía de las leyes ocupa el primero de los lugares,

¹²⁴ Uribe Arzate, Enrique, ob., nota 85, pp. 247-252.

resultando que toda otra ley del sistema jurídico deriva de la misma; es de resaltarse la íntima relación con el mandato enunciado en el punto anterior.

Principio de Legalidad

El principio de legalidad establece que todo acto jurídico, para poder ser legal debe de estar de acuerdo, antes que nada, con la Constitución.

Recordemos que el principio de legalidad tiene dos implicaciones dependiendo de su referencia al derecho público o al privado: en el derecho público el principio de legalidad se manifiesta como una prohibición a todo lo que no está expresamente permitido o, en otras palabras, sólo pueden realizarse los actos que faculta la ley expresamente; en el derecho privado, en cambio, el principio de legalidad se manifiesta como una autorización a realizar todo lo que no está expresamente prohibido, es decir, se pueden hacer todos los actos que no estén expresamente prohibidos por la ley.

Principio de Inviolabilidad

La inviolabilidad de la Constitución significa que no existe ningún acto que pueda desconocer o nulificar la imperatividad constitucional.

El dogma en trato se localiza materialmente en el dispositivo 136 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el que a la letra dice: Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia.

PONDERACIÓN

Cuando existe un conflicto entre principios, se utiliza la ponderación la cual permite eliminar dicho conflicto entre principios, tal y como a continuación se podrá observar.

La coalición entre principios ha de ser resuelta, según Alexy, de modo distinto. Cuando dos principios entran en colisión (por ejemplo, porque el primero establece que una conducta determinada está prohibida y el segundo que está permitida) uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los principios sea inválido, ni que el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que pasa es que en determinadas circunstancias, un principio precede a otro. En los casos concretos los principios tienen diversos pesos y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez.¹²⁵

“Ponderar es la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. En la ponderación hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión”.¹²⁶

La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflicto entre principios del mismo valor o jerarquía.

¹²⁵ Véase. Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales, en Carbonell, Miguel, (ed.) *Neoconstitucionalismo (S)*, México, Trotta, 2003, colección Estructuras y Procesos, pp. 113-114.

¹²⁶ Véase. Carbonell, Miguel, *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa, 2002, p. 477.

La ponderación es el método alternativo a la subsunción: las reglas serían objeto de subsunción comprobado el encaje del supuesto fáctico la solución normativa viene impuesta por la regla. Los principios en cambio serían objeto de ponderación, donde esa solución es construida a partir de razones en pugna.¹²⁷

“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: ley de ponderación”.¹²⁸

La ponderación es racional, es necesario que en el razonamiento esté implícito un sistema inferencial, intrínsecamente relacionado con el concepto de corrección. Una cuestión de central importancia en la teoría de la argumentación jurídica es que también en el caso de la ponderación de los principios existe un esquema paralelo “fórmula del peso”.¹²⁹

“Según Guastini, la ponderación presenta las tres siguientes características:

La ponderación se realiza entre dos principios de conflicto, P1 y P2, cuyo supuesto se realiza entre dos principios en conflicto, entre los que hay una antinomia de carácter parcial-parcial. Siendo así, no vale para resolver esta antinomia ninguno de los tres criterios generales para la resolución de antinomias: no vale *lex superior derogat inferiori*, porque por hipótesis se trata de principios del mismo rango jerárquico: principios constitucionales: no vale *lex posterior derogat priori*, porque por hipótesis se trata de principios expresados en un mismo documento normativo, de principios

¹²⁷ *Ibíd*em, p. 478.

¹²⁸ Vázquez Rodolfo y Zimmerling, Ruth, ob., nota 105, p. 62.

¹²⁹ *Ibíd*em, p. 66.

coetáneos; no vale tampoco *lex specialis derogat generali*, dado que la antinomia es parcial-parcial no hay relaciones de especialidad entre dichos principios.

La ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa, establecida por el intérprete mediante un juicio de valor. Como resultado de la valoración, un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable.

La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que es establecida en su aplicación al caso concreto. Ello establece una jerarquía que Guastini denomina, de forma muy adecuada, una jerarquía móvil, es decir, aunque en un caso concreto P1 desplace a P2, bien puede ser que en otro caso P2 desplace a P1.

La conclusión es, en palabras de Guastini, la siguiente:

El conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro [...]; toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en caso futuro.”¹³⁰

La ponderación requiere cumplir distintos pasos:

Primero: que la medida examinada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho, pues si no existe tal fin y la actuación pública es gratuita o si resulta ilegítimo desde la

¹³⁰ Moreso, José Juan, ob., nota 125, pp. 102-103.

propia perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación.

Segundo: la máxima de la ponderación requiere acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; esto es la actuación que afecta a un principio o derecho constitucional ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Si esta actuación no es adecuada para la realización de lo prescrito en una norma constitucional, ello significa que para esta última resulta indiferente se adopte o no la medida en cuestión; y entonces, dado que si afecta, en cambio, a la realización de dos normas constitucionales. Tercero: Necesaria, esto es ha de acreditarse que no existe otra medida que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menor, gravoso o restrictiva. Ello significa que si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas de actuaciones, resulta exigible escoger aquella que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna.

Finalmente la ponderación se completa con el llamado juicio de proporcionalidad, consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor; cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna.

Pues si bien no garantiza una y sólo una respuesta para todo caso práctico, si nos indica qué hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir hacia donde ha de moverse la argumentación a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien y el grado de satisfacción del bien en pugna.¹³¹

La ponderación indica que hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir hacia dónde ha de moverse la argumentación a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna.¹³²

¹³¹ Carbonell Miguel, ob., nota 126, pp. 479-480.

¹³² Véase. Prieto Sanchis, Luis, ob. nota 55, p. 152.

Tras haber realizado la investigación de la importancia que tiene la Constitución, la cual establece la órbita de acción de las demás ramas del derecho, realizaremos a continuación el estudio del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

6. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Este principio reafirma el carácter de norma constituyente que la carta magna tiene, porque inicia el orden jurídico de un Estado nacional, determina la validez de las normas que derivan de ella, organiza al Estado, y regula los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad [...] no puede existir una norma superior a la Constitución que lo inició [...] ninguna otra norma de las que integran el orden jurídico del Estado puede alcanzar el rango o posición jerárquica de la Constitución.¹³³

El Estado constitucional solamente admite una división efectiva del poder como un sistema que asegure espacios de libertad para los particulares, es decir, exista el control del poder, la obligación de rendición de cuentas de los gobernantes, a la renovación de éstos y se prevea jueces independientes, la competencia básica de cada órgano, los modos de creación y renovación de derechos.¹³⁴

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la letra dice: Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebran por el presidente de la república, con aprobación del senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados.

¹³³ Sánchez Bringas, Enrique, ob., nota 3, p. 191.

¹³⁴ Véase. Carbonell, Miguel, ob., nota 47, p. 15.

Ahora bien, para que efectivamente la Constitución Federal tenga legitimidad es preciso hacer referencia de los artículos 39, 40 y 41 del ordenamiento en cita, el primero de los mencionados dice: 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.

El segundo artículo en mención 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.

El tercer numeral en mención establece que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal.

La renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas.

Por otra parte, el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: El supremo poder de la federación se divide para su ejercicio en: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

En la Constitución de 1917 la supremacía constitucional, también llamada supralegalidad, se encuentra en el artículo 133, que la ubica dentro de la ley suprema de toda la unión, junto con las leyes del Congreso que emanen de ella y junto con los tratados internacionales.

De la superioridad constitucional derivan los siguientes aspectos: la constitución crea a los poderes públicos del Estado; delimita sus funciones; recoge los procedimientos de creación normativa; reconoce los derechos fundamentales de los habitantes del Estado e incorpora los valores esenciales o superiores de la comunidad.

Carbonell cita a Gustavo Zagrebelsky en su concepto del nuevo modelo de Constituciones abiertas, al decir:

Constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competencia para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática ... ya que no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo deriva por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como del que partir.¹³⁵

De supremo, éste del latín *supremus*, superlativo de *superus*, situado arriba o por encima. Principio que reconoce a la constitución como un complejo normativo de jerarquías en relación con todo el orden normativo positivo, federal y local vigente en el país. Por virtud de él, las leyes y decretos debe estar de acuerdo con lo mandado por la constitución so pena de nulidad para el caso de no estarlo.¹³⁶

El principio de supremacía de la constitución halla su enunciado general y explícito en el artículo 133 que dispone que ella es una ley fundamental.

¹³⁵ *Ibíd.* p. 19.

¹³⁶ Arteaga Nava, Elisur, *ob.*, nota 104, p. 90

Todo el orden normativo, federal y local, debe estar de acuerdo con la Constitución.

Como dice Lasalle, es la suma de los factores reales de poder que rigen en el país al momento de su vigencia...en teoría constitucional la supremacía de la carta magna es un elemento esencial; toda la estructura normativa del país descansa sobre esa idea.¹³⁷

El orden ideal así diseñado, corresponde al Estado Constitucional que indiscutiblemente representa la máxima aspiración jurídico-política de las sociedades de este siglo: la Constitución como ordenamiento supremo que contiene lineamientos esenciales, historias y aspiraciones colectivas; la Constitución como expresión normativa y límite del quehacer de gobernantes y gobernados; la Constitución como expresión normativa de los derechos consustanciales de los seres humanos; la Constitución como *quid* y *ratio* de la convivencia humana. Una ley de tal importancia es la más egregia referencia para el quehacer del Estado; por eso, las más grandes aspiraciones de cualquier sociedad no pueden alcanzar su plena realización si no encuentran en la Constitución Política su fundamento y su fuerza.¹³⁸

La defensa constitucional se cimienta en la naturaleza normativamente superior de la Constitución. y podríamos agregar que esa idea inicial de que la norma constitucional tiene “primacía formal”, se complementa con su correlato que es la supremacía constitucional que incluye a las demás normas y lo que en este caso es más importante, a gobernantes y gobernados.

Al dar vigencia al principio de supremacía constitucional, donde el Estado dota de una poderosa herramienta a los órganos encargados de velar por el mantenimiento del orden jurídico constitucional y hace posible al mismo tiempo la defensa de la Constitución.¹³⁹

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ Uribe Arzate, Enrique, ob., nota 124, p. 85.

¹³⁹ Ibídem, p. 39.

“Hans Kelsen señala la importancia de considerar la supremacía constitucional, como el principio básico de todo sistema jurídico, debido a que existe una jerarquía normativa indispensable, y que el fundamento de validez de todo ordenamiento jurídico se encuentra en las normas constitucionales.”¹⁴⁰

ORDEN CONSTITUCIONAL

La jerarquización de las normas es necesaria, tanto por una cuestión de orden como por la necesidad de que unas se apoyen en otras.

Toda norma jurídica se considera válida, obligatoria, porque se encuentra apoyada en otra superior, y ésta, a su vez, porque se encuentra apoyada por otra norma de más elevada categoría, y sí sucesivamente, hasta llegar a la norma suprema: la Constitución.¹⁴¹

El orden constitucional se encuentra resumido en la concepción de la Inviolabilidad de la Constitución.

La ciencia del derecho tiene como una de sus tareas la de establecer y determinar los principios y reglas conforme a las cuales un conjunto de normas forman un orden o sistema, pues el derecho se presenta a ella para su configuración, no como una norma aislada sino constituyendo pluralidades, conjuntos específicos cuyas relaciones recíprocas deben ser establecidas o definidas.

¹⁴⁰ Acuña Mendez, Francisco, ob., nota 18, p. 26.

¹⁴¹ Véase. Soto Pérez, Ricardo, *Nociones de derecho positivo mexicano*. México, Esfinge, 1996, p. 45

De ahí que el orden jurídico se basa en el conjunto de disposiciones establecidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que forman una unidad con la cual se consigue el orden social.

De lo anterior se obtiene que el objeto del Orden Constitucional es precisamente el control social, ya que si partimos del contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comprende, tanto las garantías individuales y disposiciones que establecen la forma en la que deben conducirse dentro de la sociedad en la que se desenvuelven los ciudadanos mexicanos, regula la existencia de los poderes del Estado y sus funciones, la existencia de los partidos políticos así como la forma de adquirir la propiedad por parte de los ciudadanos, de ahí que plasma dicha norma suprema todos los aspectos necesarios para controlar el buen desenvolvimiento del hombre en sociedad, lineamientos y disposiciones que de cumplirse en forma cabal, no habrá reclamo social.

Dependiendo de la naturaleza de la norma fundamental pueden distinguirse dos tipos de normas.

Los dinámicos: establecen que las normas valen en tanto han sido creadas de conformidad establecida en la norma fundamental del orden respectivo.

Los estáticos: establecen que la conducta humana indicada por ellas, ha de considerarse debida en virtud de su sustancia, porque su contenido tiene una cualidad inmediatamente evidente que le confiere validez. Y las normas reciben su calificación por el contenido debido al hecho de ser referibles a

una norma fundamental bajo cuyo contenido puede subdividirse en las normas que establecen el control particular y el general.¹⁴²

De ahí que la norma fundamental de la nación tiene un orden jurídico positivo que no es otra cosa que la regla fundamental de un orden jurídico positivo de acuerdo con la cual las normas son producidas, la instauración del derecho fundamental de producción jurídica es el punto de partida de un procedimiento que tiene un carácter absolutamente dinámico-fundamental.

El orden jurídico de un país está estructurado en un sistema de forma piramidal en el que el vértice del sistema está ocupado por una norma hipotética fundamental de la que deriva la validez de todo orden jurídico nacional. En este sistema piramidal la Constitución fija las reglas de elaboración de las normas jurídicas de observancia general, así como del resto de las normas jurídicas que integran el sistema.¹⁴³

La nueva forma de ver a la Constitución es como un manantial de donde emanan las leyes, es decir como la base para el orden jurídico y no un fin a alcanzar.

“Ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo deriva por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como del que partir.”¹⁴⁴

¹⁴² Véase. Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1983. p. 95.

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 96

¹⁴⁴ Carbonell, Miguel, *ob. nota 47*, p. 19.

Estableciendo que los titulares de los órganos de los estados desempeñan sus funciones dentro del marco jurídico donde el principio de legalidad les exige ajustar sus determinaciones porque sus atribuciones son previstas en la ley y limitadas por la supremacía constitucional cumpliendo con sus obligaciones legales.¹⁴⁵

Dentro del orden jerárquico mexicano, la Constitución es la norma suprema que regula la vida jurídica de un país; es la Ley de la Ley en la cual está contenido todo el orden normativo de un pueblo.

La categoría suprema que la Constitución ostenta impide que parezcan contra ella las leyes inferiores o los actos de principios que ella sustenta.

La Constitución es la ley fundamental de un Estado; está compuesta por un conjunto de normas supremas que dirigen la estructura y las relaciones entre los poderes públicos y la situación de los individuos frente al Estado.

Luego entonces, por ser la norma de mayor importancia jerárquica, todas las demás disposiciones legales, por generales o particulares, que sean, no pueden contravenir lo que en ella está establecido, pues de serlo así serán nulas.

Dentro del orden jerárquico mexicano encontramos, en segundo lugar el tratado internacional y la ley federal, sucesivamente las leyes federales, la ley ordinaria, el decreto, las normas jurídicas individualizadas, la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho, el contrato, el testamento, la sentencia, la resolución administrativa y la costumbre.

¹⁴⁵ Véase. Uribe Arzate, Enrique, ob. nota 85, p. 38

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EL MINISTERIO PÚBLICO

Toda vez que se realizó el estudio del Estado y la Constitución en el capítulo que antecede, ahora y de forma particular se realizará el estudio del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, haciendo énfasis en la reforma del 18 de junio de 2008, donde se incorpora el Principio de Oportunidad, eje central de la presente investigación.

Por tal motivo también en el presente capítulo se realiza el estudio del Ministerio Público haciendo mención de sus facultades y principios.

1. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES E HISTÓRICOS DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Ahora bien:

No puede hablarse en estricto sentido de orígenes constitucionales prehispánicos, la civilización occidental llegó hasta nosotros con la conquista española, en las sociedades mesoamericanas también existió la imposición de penas.

Dentro de la sociedad azteca, la autoridad judicial no sólo se reservaba la facultad de imponer castigo, también la de investigar todo lo relativo a los delitos, su poder era prácticamente ilimitado. No existía una clara diferencia entre los órganos encargados de realizar las averiguaciones y aquellas que dictaban las sentencias.

Alonso de Zurita – funcionario virreinal y cronista del siglo XVI en su obra breve y sumaria *relación de los señoríos de la nueva España*, expreso:

Doce jueces (jueces del Tribunal Superior del Cihuacóatl), doce alguaciles mayores para prender personas principales, e iba a los otros pueblos a llamar o prender a quien el señor o los jueces mandaban.

Unos comisarios elegidos por el pueblo, quienes se encargaban de mantener el orden: los centectlapixques, que recorrían los

barrios, haciendo las veces de jueces de paz para asuntos menores.

Toda la organización judicial prehispánica fue arrasada por los conquistadores, que la sustituyeron con estructuras propias del derecho o hispánico, entre ellas su sistema judicial.

La administración de justicia pasó fundamentalmente a manos de la Audiencia –máximo órgano judicial del virreinato-, compuesta por la sala civil y la sala del crimen.

La audiencia se ocupaba directamente de hacer cumplir la ley y de la persecución de los hechos delictivos que se le presentaban.

Para ello la sala crimen designaba agentes dentro de la ciudad y cinco leguas a su alrededor, que patrullaban las calles, aprehendiendo a los delincuentes y presentándolos ante los Alcaldes del Crimen de la Corte.

En la capital virreinal un cuerpo de vigilantes denominado la guardia de pito, tenía a su cargo la responsabilidad de aprehender a los malhechores y auxiliar a los habitantes en caso de incendio, o cualquier emergencia.

Había un cuerpo de policía municipal que patrullaba los centros urbanos y distritos periféricos, lo que provocaba a veces conflictos entre esas diferentes jurisdicciones.¹⁴⁶

En 1533 se creó la Santa Hermandad, órgano judicial encargado de erradicar los actos de vandalismo en caminos reales y poblados, adscrito originalmente a la sala del crimen. Este organismo funcionó eficazmente hasta el siglo XVIII pasó a ser la acordada, logró su autonomía funcional y ya no tuvo obligación de informar sobre sus sentencias.¹⁴⁷

El juez de la acordada ostentaba, además los títulos de alcalde provincial de la Santa Hermandad, guarda mayor de caminos y juez de bebidas prohibidas. En su calidad de alcalde provincial de la Hermandad ejercía autoridad en delitos como hurto, violencia física, posesión ilegal de la propiedad, rapto e incendio premeditado. Era encargado también del mantenimiento de las prisiones en pueblos y distritos rurales.

¹⁴⁶ Ramírez Marín, Juan, *Seguridad pública y constitucional*, México, Porrúa, México, 2003, pp. 261-262.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 262.

1.1 CONSTITUCIÓN DE CADIZ 1812

Artículo 172 fracción XI, 242 y 243 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812:

Artículo 172. Las restricciones de la autoridad del rey son las siguientes:

XI. No puede el rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna. El secretario del despacho que firme la orden, y el juez que la ejecute, será responsable a la nación y castigados como reos de atentado contra la libertad individual.

Sólo en el caso de que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona, podrá el rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho horas deberá hacerla entregar a disposición del tribunal o juez competente.

Artículo 242. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales.

Artículo 243. Ni las cortes ni el rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos.¹⁴⁸

En el siglo XIX, apenas iniciada la vida independiente, en el Reglamento Provincial Político del Imperio, sancionado en 1822 por el emperador Agustín de Iturbide, en su artículo 48 se autorizó al Jefe político a usar todas sus facultades para prevenir el crimen y sostener la libertad, la propiedad y la seguridad individual.

El artículo 49 lo facultó para imponer penas colectivas en todos los delitos que no induzcan pena infamante o aflictiva corporal, en cuyos casos se entregaría a los reos al tribunal que designe la ley.

El artículo 50 estableció que las penas correccionales estarían reducidas a multas que no pasarían de cien pesos y a arrestos que nunca excederían de un mes.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Véase. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 6a. ed., México, Porrúa, 1999, t. III, p. 989.

1.2 CONSTITUCIÓN DE 1824

Artículo 112, fracción II, de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824, señala:

Las restricciones de las facultades del presidente, son las siguientes:

II. No podrá el presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y seguridad de la federación, podrá arrestar, debiendo poner a las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del tribunal o juez competente.¹⁵⁰

La constitución federal de 1824, en su apartado 112, excluyó de las facultades del presidente la de privar a algún ciudadano de su libertad e imponer pena alguna.

Sólo en caso de que “peligrara el bien y seguridad de la Federación, el Presidente podría efectuar arrestos, debiendo consignar al preso, en el término de 48 horas, a un juez competente”¹⁵¹

1.3 CONSTITUCIÓN DE 1836

El artículo 45, fracción II, de la tercera; y 18, fracción II, es la cuarta de las leyes constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la ciudad de México el 29 de diciembre de 1836 establecieron:

Artículo 45. No puede el Congreso General:

II. Proscribir a ningún mexicano, ni imponer pena de ninguna especie directa ni indirectamente.

¹⁴⁹ Véase. Ramírez Marín, Juan, ob., nota 146, pp. 262-263.

¹⁵⁰ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, ob., nota 148, p. 991.

¹⁵¹ Véase. Ramírez Marín, Juan, ob., nota 146, p. 263.

A la ley sólo corresponde designar con generalidad las penas para los delitos.

Artículo 18. No puede el presidente de la República:

II. Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna; pero, cuando lo exijan el bien o la seguridad pública, podrá arrestar a los que fueren sospechosos, debiendo ponerlos a disposición del tribunal o juez competente a los tres días a más tardar.¹⁵²

La constitución de 1836 en su artículo 45 restringe las facultades del congreso general, que no podía desterrar, ni imponer pena de ninguna clase a los mexicanos; el artículo 18 también limitó las facultades del presidente igual que la constitución de 1824.¹⁵³

1.4 BASES ORGÁNICAS DE LA REPÚBLICA 1842

Durante 1840 se reformaron las leyes constitucionales de 1836 para garantizar que nadie podría ser procesado, ni civil ni criminalmente, sino por tribunales y procesos establecidos en la ley.

“En 1843 se sancionaron las Bases Orgánicas de la República Mexicana donde en el artículo 9, se reconocieron como derecho de todo mexicano, el que nadie podría ser juzgado ni sentenciado por causas civiles o criminales, sino por jueces de su propio fuero y leyes dadas y tribunales previamente establecidos al hecho”¹⁵⁴

Artículo 9º fracciones VII y VIII, y 67 fracción II, de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la H. Junta Legislativa establecida conforme a los decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismo decretos el día 12

¹⁵² Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, ob., nota 148, p. 992.

¹⁵³ Véase. Ramírez Marín, Juan, ob., nota 146, p. 263.

¹⁵⁴ Ídem.

de junio de 1843 y publicadas por el bando nacional el día 14 del mismo mes y año:

Artículo 9º Derechos de los habitantes de la República:

VII. Parte conducente: Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco sin declararlo bien preso.

VIII. Nadie podrá ser juzgado ni sentenciado en sus causas civiles y criminales sino por jueces de su propio fuero, y por leyes dadas y tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trate. Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades a lo que están en la actualidad, según las leyes vigentes.

Artículo 67. No puede el Congreso:

II. Proscribir a ningún mexicano ni imponer pena de ninguna especie directa ni indirectamente. A la ley corresponde sólo designar con generalidad las penas para los delitos.¹⁵⁵

1.5 CONSTITUCIÓN DE 1857

En el congreso de 1856-1857 esta prevención – contenida en el proyecto de artículo 30 – se aprobó el 22 de agosto de 1856. Como se ve, el Derecho penal administrativo, a la luz de la Carta del 57, debía quedar depositado en normas de rango legal, precisamente. En esta virtud, dominaba el principio de legalidad: no hay falta ni sanción sin ley que las disponga. Fue por ello que el Código Penal Federal y para el Distrito Federal de 1871, incluyó

¹⁵⁵ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, ob., nota 148, pp. 994-995.

un libro acerca de las faltas y sus acciones. El tratamiento de la materia se modificó radicalmente en 1917.¹⁵⁶

“La aplicación de las penas propiamente reales es exclusiva de la autoridad judicial. La policía administrativa sólo podrá imponer como corrección desde diez hasta quinientos pesos de multa, o desde ocho días hasta un mes de reclusión, en los casos y modo que expresamente determine la ley”.¹⁵⁷

Artículo 21 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857.

La aplicación de las penas propiamente tales, es exclusiva de la autoridad judicial. La política o administrativa sólo podrá imponer, como corrección, hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión, en los casos y modo que expresamente determine la ley.¹⁵⁸

En la Constitución de 1857 se hizo igualmente la prevención de que la imposición de las penas propiamente dichas, es propia y exclusiva de la autoridad judicial, pero se omitió aclarar que la persecución de los delitos incumbía, también de manera exclusiva al Ministerio Público.

De aquí que los Códigos de Procedimientos Penales de 1894, de 1880 y leyes anteriores, siguiendo la tradición española, permitieran que los jueces ejercieran funciones investigadoras y persecutorias del delito, no solamente dentro de la averiguación previa, sino durante la instrucción, en la que podrían allegarse pruebas oficiosamente, de igual manera que lo hicieron los tribunales de la inquisición o de la colonia.¹⁵⁹

1.6 CONSTITUCIÓN DE 1917

El Maestro Palavacini refiere que 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

¹⁵⁶ *Ibíd*em, p. 999.

¹⁵⁷ Ramírez Marín, Juan, *ob.*, nota 146, p. 264.

¹⁵⁸ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *ob.*, nota 148, p. 999.

¹⁵⁹ Pérez Palma, Rafael, *Fundamentos constitucionales del procedimiento penal*, México, Cárdenas, 1974, t. I, p. 327.

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 no son 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.

Donde los jueces realizaban procesos en 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 búsqueda de los elementos de convicción que ya no se hará 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 méritos que su criterio particular.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Véase. Palavicini, Félix I. *Historia de la constitución de 1917*, México, Concejo editorial del gobierno del Estado de Tabasco, 1987, t. I, pp. 517-518.

En la constitución de 1917 se establece un proyecto por los diputados Enrique Colunga y José Álvarez el cual es el siguiente:

La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en la multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiera impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días.¹⁶¹

Continúa diciendo que la multa que imponga la autoridad administrativa a los trabajadores o jornaleros, no podrá ser mayor en ningún caso, a la mitad del salario mínimo correspondiente a 15 días.

El texto del artículo 21 en la constitución de 1857 y en la de 1917 fue sin modificaciones al texto, en el sentido de que la imposición de las penas es propia y exclusiva del Poder Judicial.

Definió las atribuciones del Ministerio Público, cuyos orígenes se encontraron en Francia y España, pero que en México adquirió caracteres propios.

Resulta que hasta antes de 1910, los jueces tenían la facultad de imponer las penas y también la de investigar los delitos. Así el juez de Instrucción realizaba funciones de jefe de policía judicial.

Las denuncias se presentaban directamente al juez, quien estaba autorizado para actuar de inmediato, lo que le otorgaba un poder casi

¹⁶¹ Ramírez Marín, Juan, ob., nota 146, p. 264.

ilimitado, ya que tenían en sus manos la facultad de investigar y acumular pruebas, procesar y juzgar a los acusados.

Es una verdadera paradoja histórica que “el Ministerio Público haya nacido para frenar los abusos de los jueces y hoy haya ocupado ese amargo lugar, como uno de los principales abusadores de la ciudadanía”¹⁶²

En un primer debate, el 2 de enero de 1917, hubo pareceres favorables al texto de Carranza. Macías hizo notar que el Ministerio Público forma parte del Poder Ejecutivo, de donde se desprende su naturaleza como órgano administrativo. Persuadido, Mujica convino en la necesidad de reconsiderar el dictamen. Otros oradores observaron que la comisión había suprimido la referencia a la Policía Judicial como cuerpo investigador. En tales términos habló Palavicini.

En la sesión vespertina del 12 de enero presentó la comisión un segundo dictamen. Entre otras reconsideraciones figuraba la siguiente: “También incumbe a la propia autoridad (administrativa) la persecución de los delitos por medio del Ministerio Público y de la Policía Judicial que estará a la disposición de éste. Por su parte, el diputado Colunga hizo la crítica del nuevo proyecto de la comisión y surgió otro texto, que, con adiciones, acabaría por prevalecer. El dictamen y el voto particular quedaron a discusión el 13 de enero. Macías apoyó el planteamiento de Colunga. El texto fue aprobado en esa misma sesión por ciento cincuenta y ocho votos a favor y tres en contra.”¹⁶³

“El tercer tema del artículo 21, que consume la mayor parte de su texto, concierne a lo que se ha dado en llamar Derecho penal administrativo. Aquí vienen al caso conductas cuya ilicitud es menos grave o intensa que la de los delitos: faltas o infracciones”.¹⁶⁴

Artículo 21

La imposición de las penas es propia y exclusivamente de la autoridad judicial. La persecución de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial la cual estará bajo la autoridad y

¹⁶² *Ibíd.*, pp. 264-265.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 983.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, p. 985.

mando inmediatos de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá, en ningún caso, de quince días. Si el infractor fuere jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornada o sueldo en una semana.¹⁶⁵

Entre 1857 y 1917 hubo un descollante cambio constitucional relacionado con el Ministerio Público. No se recuperó la propuesta planteada ante el Constituyente liberal, ni se anticipó el futuro artículo 21 de 1917. Surgió, en cambio – merced a la reforma de 1900 -, la figura del procurador general de la República. Ésta quedó constituida con la unión de dos magistrados que hasta ese momento residían en la Suprema Corte: el procurador general y el fiscal general. En lo sucesivo – y así acontece hoy – sus funciones respectivas concurrirían en las del procurador general, encuadrando en el Poder Ejecutivo, ya no el Judicial. Empero, la antigua pertenencia de esos funcionarios a la judicatura determinó que el precepto correspondiente continuara ubicado – como ocurre en la Constitución vigente – entre los relativos al Poder Judicial.

En esta etapa anterior a las deliberaciones del Constituyente de Querétaro los jueces de instrucción a su cargo la investigación de los delitos. Por ello asumirían las funciones llamadas de policía judicial. Esta última expresión – vale subrayarlo – designa a una actividad – y en ese sentido, precisamente, se habla de funciones de policía judicial – o a un organismo investigador – y en tal virtud se alude a la Policía judicial. Los jueces instructores mexicanos no formaban parte de un órgano investigador, pero realizaban tareas de investigación de los delitos.¹⁶⁶

La institución de la policía judicial aparece como una verdadera necesidad, máxime cuando en lo sucesivo todo acusado disfrutará de las amplias garantías que otorga el artículo 20. Es natural que esa policía quede bajo la dirección del Ministerio Público. Estos puntos han sido desarrollados con toda amplitud en el informe que el C. Primer Jefe presentó a esta honorable asamblea, por lo cual no haremos otra cosa que remitirnos a ese sabido documento. Pero nos parece que debido a cierta vaguedad en la redacción del artículo 21, no queda éste en estrecha relación con los motivos que se exponen para fundarlo. Siguiendo el texto del artículo, toca a la autoridad administrativa perseguir los delitos por medio del Ministerio Público y de la policía judicial; en opinión nuestra, robustecida por la exposición de motivos del C. Primer Jefe debe ser a la inversa: toca al Ministerio Público perseguir los delitos y dirigir la policía judicial, y en el ejercicio de estas funciones debe ser ayudado tanto por la autoridad administrativa como por los agentes subalternos de ésta.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Ibídem, p. 1024.

¹⁶⁶ Ibídem, pp. 981-982.

¹⁶⁷ Palavicini, Félix I., ob., nota 160, p. 514.

En la aplicación de la pena debe intervenir el poder judicial, único que tiene la facultad de juzgar; y porque para imponer la reclusión ó pena puramente correccional, que no amerita juicio, es competente la autoridad política ó administrativa. Ésta sólo puede decretar una reclusión o una multa pequeña, nunca las penas propiamente tales. En el Código Penal el Distrito Federal y Territorios, se enumeran dichas penas dentro de los límites que ha marcado la Constitución.¹⁶⁸

2. REFORMAS AL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

2.1 REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1983

En la aplicación de sanciones administrativas se establece el principio de no dar trato igual a los que no son iguales.

La reforma disminuye de quince días a treinta y seis horas al arresto por las infracciones a los reglamentos gubernativos y de la Policía.

Las sanciones pecuniarias no podrán exceder si el infractor es obrero, jornalero o trabajador, el importe de su jornal o del salario de un día. Si el infractor es asalariado, la multa no excederá al equivalente de un día de su ingreso.

La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Competen a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiera impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, no excederá en ningún caso de treinta y seis horas. Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

¹⁶⁸ Ruiz, Eduardo, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, 1902, p. 103.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente de un día de su ingreso.¹⁶⁹

Presentando el 2 de enero de 1917, se modificó el proyecto. Así se atribuyó a la autoridad administrativa el castigo a las infracciones al Reglamento de Policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días.

En 1982 se acentuó el dato social en el Derecho constitucional sobre las infracciones. En efecto, el Ejecutivo propuso reformar el artículo 21 para limitar a treinta y seis horas el arresto administrativo, y al salario de un día la multa contra jornaleros u obreros. Las comisiones dictaminadoras en la Cámara de Diputados – primera que intervino en el proceso ante el Constituyente Permanente – sugirieron ampliar la iniciativa para extender sus beneficios a los trabajadores no asalariados, que “constituyen un vasto sector de la población de bajos ingresos” y “hacer una referencia expresa a los trabajadores de ingresos mínimos para que resulten beneficiados por la presente reforma. De tal suerte prosperó la reforma, que limita el arresto a treinta y seis horas en todo caso, restringe la multa contra jornaleros, obreros o trabajadores a un día de su jornal o salario, y dispone que la multa aplicable a trabajadores no asalariados no exceda del equivalente a un día de su ingreso. En la práctica, la plausible innovación ha permeado otras ramas del Derecho. Efectivamente, hoy es uniforme la limitación del arresto a treinta y seis horas, aunque se trate del que como apremio o corrección imponen las autoridades judiciales, que ciertamente no es conciencia de una falta de policía.¹⁷⁰

2.2 REFORMA DE 1994

Finalmente ese artículo fue reformado una vez más el 31 de diciembre de 1994, con la siguiente adición:

Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

¹⁶⁹ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, ob., nota 148, pp. 1048-1049.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 986-987.

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las Instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios se coordinarán, en los términos que la ley señale, para establecer un Sistema Nacional de Seguridad Pública.¹⁷¹

2.3 REFORMA 2008

Artículo 21

El 18 de junio de 2008, el Congreso de la Unión se aprobó diversas reformas al presente artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que establece lo siguiente:

La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

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

¹⁷¹ Véase. Ramírez Marín, Juan, ob., nota 146, p. 266.

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor de los reglamentos gubernativos y de policía fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa que se imponga por infracción de los reglamentos gubernativos y de policía, no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

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

El ejecutivo federal podrá, con la aprobación del senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la corte penal internacional.

La seguridad pública es una función a cargo de la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad,

objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta constitución.

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el sistema nacional de seguridad pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:

A) la regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones.

B) el establecimiento de las bases de datos criminalísticas y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificada y registrada en el sistema.

C) la formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.

D) se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito, así como de las instituciones de seguridad pública.

E) los fondos de ayuda federal para la seguridad pública, a nivel nacional serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines.

En virtud de esos postulados liberales – y como consecuencia de una tradición y unas determinaciones originales – el artículo 21 deslinda la

función jurisdiccional penal de la función acusatoria – o persecutoria, en los términos de ese precepto. Ya en la constitución de 1857 (artículo 21, igualmente) se había reservado al juzgador, en exclusiva, la potestad de imponer las penas. Bajo el texto de 1917, la facultad jurisdiccional queda a cargo de la autoridad judicial, en sentido estricto; la persecución se encomienda al Ministerio Público.

En esta decisión se halla expresa la diferencia entre órganos del Estado que comparten, sin embargo, la actuación del *jus puniendi*. En ella también se encuentra, implícita, la división del enjuiciamiento en dos periodos principales: averiguación previa y proceso.¹⁷²

El artículo 21 recoge un principio de legalidad penal. Recordemos que el sistema punitivo ha ingresado, progresivamente, en un régimen de legalidad estricta, más intensa, que la legalidad rectora de otras ramas del ordenamiento jurídico.¹⁷³

México ya necesitaba una reforma integral en Materia Penal, por lo que muy acertadas llegaron las reformas al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que como sabemos anteriormente el Ministerio Público tenía el monopolio de la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal bajo el más estricto Principio de Legalidad, ahora con las reformas donde se introduce el Principio de Oportunidad con el cual el Ministerio Público bajo ciertas causales puede abstenerse de ejercer la acción penal así mismo los propios particulares podrán ejercer la

¹⁷² Véase. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, ob., nota 148, p.976.

¹⁷³ *Ibíd*em, p.977.

acción penal ante la autoridad judicial, esto en aras de descongestionar la procuración y administración de justicia.

3. EL MINISTERIO PÚBLICO.

3.1 CONCEPTO

El Ministerio Público, tiene diversas denominaciones, de acuerdo al país donde nos encontramos, tales como: procurador de justicia, fiscal, promotor fiscal, ministerio fiscal, *attorney general* (en países anglosajones) y *prokuratura* (en países socialistas).¹⁷⁴

El Ministerio Público sólo realiza actos de investigación, en preparación del ejercicio de la acción procesal penal, la cual, de satisfacerse los presupuestos indispensables, será deducida al consignarse los hechos ante el juez.

El Ministerio Público tiene la titularidad de la acción penal, también le otorgaba la titularidad en el manejo de la averiguación previa.¹⁷⁵

El Ministerio Público ha sido considerado por Chiovendra como un órgano procesal, cuya función constituye un oficio activo, que tiene por misión fundamental promover el ejercicio de la función jurisdiccional en interés público y determinar acerca del modo de ejecutarla, esto es personificada el interés público en el ejercicio de la jurisdicción [...] un representante del poder ejecutivo.¹⁷⁶

Fix Zamudio ha definido al Ministerio Público como:

La Institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo que posee como funciones esenciales las de la

¹⁷⁴ Véase. Fix Zamudio, Héctor, *La función constitucional del ministerio público*, México, Porrúa, 1999, pp. 81 - 82.

¹⁷⁵ Hernández Pliego, Julio A, *Programa de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1996, pp. 887-88. (Por reforma al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el pasado junio de 2008, establece que el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial).

¹⁷⁶ Colegio de profesores de derecho procesal facultad de derecho de la UNAM, *Derecho procesal*, México, Harla, 1997, vol. 4, p. 128.

persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados y finalmente como consultor y asesor de los jueces y tribunales.¹⁷⁷

Institución dependiente del Ejecutivo del Estado que actúa en representación de la sociedad en la persecución de los delitos a través del ejercicio de la acción penal y como parte en el proceso entre otras atribuciones.¹⁷⁸

El Ministerio Público recaba pruebas para acreditar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

3.2 PRINCIPIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

La institución del Ministerio Público para su organización y actuación se rige bajo los siguientes principios a saber:

A). Principio de Jerarquía. "Este principio establece que las personas que lo integran no son más que la prolongación del titular, motivo por el cual reciben y acatan las órdenes de éste, por que la acción y el mando en esa materia son de competencia exclusiva del Procurador."¹⁷⁹

La institución del Ministerio Público es presidida por el Procurador General de Justicia, él a su vez delega funciones a un Subprocurador General, a los Subprocuradores Regionales, a los Agentes del Ministerio

¹⁷⁷ Véase. Fix Zamudio, Héctor, *Ministerio público*, México, Porrúa, 2001, p. 239.

¹⁷⁸ Véase. García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1989, p. 321.

¹⁷⁹ Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho mexicano de procedimientos penales*, México, Porrúa, 1986, p. 115.

Público y a los auxiliares que determine la ley orgánica de las procuradurías de las diversas entidades federativas.

B). Principio de Indivisibilidad. Este principio señala que ante la multiplicidad de agentes que representan a la Institución los actos que realizan pueden considerarse como únicos de la misma manera, como autónomos e independientes de sus miembros o agentes.

C). Principio de Independencia Aunque dentro de la institución sus agentes o miembros dependen unos de otros de manera jerárquica, internamente entre sus miembros existe independencia, pero autónomo frente a cualquier otro órgano del gobierno.

El Ministerio Público investigador tiene independencia en el ejercicio de sus atribuciones, en sus determinaciones en la averiguación previa, el Ministerio Público adscrito a los Juzgados en su calidad de parte procesal, son independientes en sus atribuciones.

Ahora bien, ya sea el Ministerio Público como investigador o como adscrito a Juzgado, como parte procesal, no pueden ni deben permitir la sugerencia, la influencia, o la orden de cualquier ente ajeno a ellos, sea o no sea autoridad. Esto se da con el propósito de que el Ministerio Público no sea influenciado y dicha influencia afecte el buen éxito del asunto que tiene bajo su responsabilidad.

D).-Principio de Irrecusabilidad. Característica fundamental que debe tener el servidor público para que de haber algún impedimento, cualquiera que éste sea, debe de excusarse la persona que funge como titular de ese asunto.

E).- Principio de Oficiosidad o Autoritariedad. El ejercicio de la acción penal debe darse siempre a un órgano especial del Estado llamado Ministerio Público, institución totalmente distinta a la autoridad jurisdiccional.

F).- Principio de Publicidad. La acción penal es pública, por lo tanto el Estado, de oficio, tiene que dirigirla para hacer valer el derecho y lograr la aplicación de la pena a quién ha cometido un delito. La sociedad está interesada fundamentalmente en la aplicación de la pena.

3.3 ATRIBUCIONES Y FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO

La reforma del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público y que la ley determinara los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, faculta al Ministerio Público para investigar y perseguir los delitos de los que tiene conocimiento, a través de la denuncia o la querrela, por lo que esta autoridad podrá llevar a cabo todas y cada una de las diligencias que estime necesarias para acreditar la comisión de un delito.

La función más importante del Ministerio Público en el periodo de la investigación es la actividad investigadora, es el encargado de recibir denuncias, acusaciones o querrelas, iniciar las investigaciones correspondientes; practicar las diligencias que procedan y resolver las

situaciones jurídicas planteadas, determinando en su oportunidad lo conducente ajustándose estrictamente a derecho.¹⁸⁰

Ahora bien las “características del Ministerio Público son las siguientes”:¹⁸¹

Instituciones de buena fe, imprescindible, única e indivisible, independiente, el resolver sobre la inexistencia del delito y de la responsabilidad, el resolver sobre la existencia del delito y de la responsabilidad, las facultades del Ministerio Público en los procesos no son discrecionales, puesto que debe obrar de modo justificado y no arbitrario, y el sistema legal que garantice a la sociedad el recto ejercicio de las funciones de esa institución, puede consistir en la organización de la misma y en los medios exigirle la responsabilidad consiguiente.¹⁸²

El ministerio público federal es la institución que preside el Procurador General de la República o los procuradores de justicia de cada una de las entidades federativas y el Distrito Federal y que con el auxilio inmediato de la policía judicial federal, en los términos de los artículo 21 y 102, apartado A, constitucionales, es el encargado de la investigación y persecución de los delitos del orden federal; de la representación de la Federación o Entidad en todos los negocios en que ésta sea parte o tenga interés jurídico; de la observancia de los principios de constitucionalidad y legalidad; de la procuración de la pronta, expedita y debida procuración de justicia y de la intervención que la ley le atribuye en actos de alcance internacional en su caso.¹⁸³

El Ministerio Público de fuero federal, como el Ministerio Público de fuero común, tiene como apoyo en cuanto a su funcionamiento legal, los artículos 221 y 102 de la Constitución general de la República.

¹⁸⁰ Véase. Osorio y Nieto, César Augusto, *La averiguación previa*, México, Porrúa, 1997, p. 349.

¹⁸¹ Bailon Valdovinos, Rosalio, *El derecho penal. Diccionario*, México, Pac, 2000, p. 6.

¹⁸² Véase. Colegio de profesores de derecho procesal facultad de derecho de la UNAM, ob., nota 176, pp. 127-129

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 127.

En la ciudad de Xalapa Enríquez, Veracruz, el martes 25 de septiembre de 1990 se emitió un acuerdo del gobernador en turno en el cual crea la figura del Ministerio Público Conciliador con la finalidad de que las partes en conflicto lleguen a soluciones conciliadas, por lo que desde ese momento el Ministerio Público deja de ser una institución persecutoria de delincuentes y de ejercicio de la acción penal, para constituirse además de otras funciones que tiene, en defensor de los intereses de la sociedad, mediante la procuración de la conciliación en la confrontación de intereses de la misma comunidad.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Ibidem. pp. 127-129.

CAPÍTULO TERCERO

CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS DEL SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL

1. Modelos de Enjuiciamiento Penal

En las últimas décadas los países latinoamericanos se han visto inmersos en reformas de los sistemas procesales de justicia¹⁸⁵ penal, las cuales tienden a abandonar sistemas inquisitivos o mixtos por modelos del sistema acusatorio; sin embargo, mantienen diferencias en sus regulaciones, aun cuando existen principios uniformes, como la libertad de ofrecer y desahogar pruebas mediante la utilización de cualquier medio, siempre que no se obtengan ilícitamente, lo anterior se encuentra regulado por el artículo 20, apartado A fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El nuevo modelo procesal “adversarial” levanta un nuevo paradigma estratégico del proceso penal porque supone una modificación sustancial ya que “el proceso penal pasa a ser una actividad con propósitos múltiples, esto es, se utiliza para buscar diversas formas de solución del conflicto planteado, las que pueden ir desde una abstención de actuación como en el caso del principio de oportunidad hasta una sentencia condenatoria y una pena, pasando por diversas formas de acuerdo entre las partes. Esta característica hace que el proceso esté constituido por una serie de caminos

¹⁸⁵ Entender el concepto de justicia hoy en día, requiere tener en cuenta las aristas filosóficas y/o políticas, pero mi interés por el momento será de carácter jurídico (de ninguna manera totalitarista, negativa o materialista) que cultive como su misma condición de posibilidad la memoria de lo sucedido, particularmente durante la década de los ochenta y noventa, donde el proceso de modernización judicial fue acentuándose con mayor firmeza. De ahí, que el sentido de justicia sea cada vez más exigente en el quehacer cotidiano de los impartidores de justicia.

alternativos que van a ser utilizados o no dependiendo de los intereses de las partes”¹⁸⁶.

Si la reforma penal pretende contribuir a la legitimación del sistema democrático, ello no puede realizarse a espaldas de la sociedad, sino que debe fomentarse su participación a fin de alcanzar altos niveles de participación, ya que los destinatarios y verdaderos beneficiarios de las transformaciones del proceso penal no son ni los Ministerios Públicos, ni los policías, los defensores o los juzgadores de primera instancia, sino los ciudadanos que en un momento dado pueden verse sometidos a un proceso penal; por lo tanto, el objetivo es acercar el sistema de justicia y su funcionamiento a la sociedad, para que ésta deje de ser una justicia cara, lenta, corrupta e identificada por cuotas de poder.

1.1 Diferencias entre los distintos modelos de enjuiciamiento penal

El sistema inquisitorial es el proceso judicial característico de un Estado totalitario, cuyo principal rasgo consiste en la aplicación del principio inquisitivo (o *de oficiosidad*)¹⁸⁷, en contraposición al *principio contradictorio* (también conocido como *acusatorio* o *dispositivo*).

Un modelo procesal inquisitivo responde a una concepción autoritaria y antidemocrática, al socavar los pilares sobre los que se asienta el Estado de Derecho. En estos modelos procesales, la arbitrariedad y el autoritarismo se

¹⁸⁶ Aguilar López Miguel Ángel, ob., nota 45, p. 45.

¹⁸⁷ Frente al proceso penal acusatorio, de carácter ordinario, oral, público y probatorio (es decir, fundamentado en una *probatio*), el proceso inquisitorial se establecía como especial (*specialis*), escrito, secreto e indiciario (basado en la sospecha, o *suspicio*). Según tales premisas, el proceso quedaba fuera del conocimiento y escrutinio público, realizándose, según las instrucciones dadas en su momento, *sine strepitu* (sin hacerse notar). Así mismo, el proceso inquisitorial es arbitrario: es decir, el juez puede determinar la pena sin sujetarse a ninguna ley que lo limite, frente al legalismo propio del derecho común.

acaban enquistando en las propias estructuras del Estado, por lo que el proceso penal pierde su condición de regulador para convertirse en un instrumento de opresión y donde el proceso penal pierde su condición tal ¹⁸⁸.

El sistema acusatorio, por su parte, se caracteriza porque necesariamente ha de existir una parte acusadora que ejerza la pretensión punitiva, distinta del órgano jurisdiccional, ya que al juez le está vedada su conversión en acusador, para asegurar su necesaria imparcialidad. Además, impone que éste último no pueda sobrepasar el objeto del proceso y condene por hechos distintos de los que fueron objeto de la acusación, o a persona distinta del acusado, aunado a la prohibición de *non reformatio in peius*.¹⁸⁹

El papel del juzgador, contrario al sistema inquisitivo, es asumir un rol neutral, a fin de garantizar su imparcialidad, aunado, a ser un garante del respeto a los derechos fundamentales del imputado, de la víctima; el impulso procesal corresponde a las partes, quienes definen la estrategia probatoria; la parte acusadora tiene la carga probatoria en el proceso penal, sin que sea dable revertir la misma, ya que el acusado está amparado por la garantía de presunción de inocencia; por ende, la actuación del juez, director del debate, adquiere su majestuosidad al valorar las pruebas del sumario, de manera libre, bajo los principios de la lógica y máxima experiencia, sustancialmente del material probatorio que se desahogó y percibió directamente.

¹⁸⁸ Véase, Montero Aroca, Juan, “*Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 28.

¹⁸⁹ Vid. De La Rosa Cortina, José Miguel “Oralidad, justicia alternativa y el Ministerio Fiscal Español, dentro de las ponencias en “Curso de Formación Especializada ‘Los retos del proceso penal acusatorio en la era de la globalización’”, celebrada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 12 al 16 noviembre de 2007.

El proceso penal acusatorio establece una separación tajante sobre las funciones de acusar y decidir (juez inquisitivo) al ofrecer un tratamiento protector a los derechos de los sujetos del proceso, principalmente mediante la garantía de presunción de inocencia, tanto en su versión de regla de tratamiento como en su vertiente de regla de decisión y constituye al mismo tiempo la piedra angular sobre la que se construye el sistema de tipo acusatorio.

En el sistema acusatorio las funciones de acusar y juzgar quedan claramente separadas. Este principio, impide la parcialidad del Juez, ya que es el Ministerio Público el que realiza las actividades de investigación y de acusación¹⁹⁰.

El papel instructor del juez ha de ceder a un juez más pasivo, que habrá que decidir con base en la actividad alegatoria y probatoria que las partes desplieguen. Sólo es prueba la que se practica ante el juzgador que debe y puede valorarla, una vez que se hayan realizado las oportunas alegaciones, pero la actividad desplegada antes del juicio oral no es probatoria, sólo proporciona fuentes de prueba.

Liberar al juez de sus funciones de investigación, fue una de las principales aportaciones de la reforma procesal iberoamericana, aunque en ciertos sistemas aún existe el juez de la instrucción.¹⁹¹, lo medular no es quien

¹⁹⁰Con la caída del sistema inquisitivo en el siglo XIX, se redefinió con las conquistas de la ilustración el principio acusatorio que hoy denominamos formal, pues la acusación penal continuó en manos del Estado, pero se exigió una separación de las funciones requirentes y decisorias que tenía el inquisidor, ahora a cargo de dos órganos estatales diferentes, Ministerio Público y juzgador como consecuencia del respeto a los derechos del imputado; al respecto véase Bovino, Alberto, *“Principios políticos del procedimiento penal”*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 39.

¹⁹¹ Señala Binder “cuando la investigación o instrucción ha sido encargada al juez de instrucción, él mismo realiza estas cuatro actividades, investiga, toma

investiga sino quien controla la investigación y toma las decisiones netamente jurisdiccionales.

“En México a diferencia de lo que aconteció en otros países, no existió un juez de instrucción desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917; la cual, estableció que la investigación y persecución de los delitos estaría a cargo del Ministerio Público. Esto sucedió porque antes, quienes investigaban de oficio, incorporaban pruebas al sumario, interrogaban testigos y peritos, ejecutan decisiones respecto de la indagatoria propiamente dicha eran los juzgadores, así se planteó en la exposición de motivos presentada por el Presidente Carranza para facultar a la figura del Ministerio Público, la persecución de los delitos”¹⁹².

Distinto fue lo que ocurrió en otros sistemas en los que la fase preliminar o sumario se concentró en la figura del juez de instrucción que se creó al lado del fiscal, los cuales prácticamente sólo tienen la encomienda de acusar con base en la investigación preliminar llevada a cabo por los primeros, ya que los jueces de instrucción son los dueños de la investigación preparatoria¹⁹³.

decisiones, autoriza allanamientos y realiza prueba anticipada. Por ello, siempre se ha dicho que el juez de instrucción concentra una gran cuota de poder sobre el proceso penal. En realidad, él realiza dos tareas que son incompatibles en sí mismas: por un lado, debe ser investigador- y como tal, el mejor investigador posible-, pero por otra parte, él debe ser el custodio de las garantías procesales y constitucionales. En definitiva, el juez de instrucción debe ser guardián de sí mismo, y esto genera, a mi juicio, de un modo estructural e irremediable, algún tipo de ineficacia. O el juez de instrucción es ineficaz en tanto que investigador o lo es como guardián de la Constitución”. Vid. Binder, Alberto M, “*Introducción al Derecho procesal penal*”, 2 ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p.239.

¹⁹² Aguilar López Miguel Ángel, ob, nota 45, p. 50.

¹⁹³ En España rige el sistema basado en el juez de instrucción, lo que implica que la capacidad investigadora está en sus manos, sin perjuicio de que la presentación de la acusación sea hecha por el Ministerio Público, lo que ha ocasionado que el juicio oral sea una repetición del sumario, que se estima realizado en presencia judicial; sin embargo, se mantiene dicha figura por que se cree tiene independencia e inamovilidad, Véase. López Barja de Quiroga, Jacobo,

Sin embargo, la falta de capacitación y compromiso social ha permitido que la fiscalía en México no sea gobernada por los principios que rigen la actividad jurisdiccional, porque aún cuando las funciones de acusar y juzgar contraen implicaciones perfectamente diferenciadas en nuestra legislación, ello no es óbice para afirmar que el Ministerio Público no aplica reglas de igualdad y garantías formuladas por el Estado de Derecho, si su función se contempla como el de guardián de la legalidad, resulta más sencillo entender que su función es la de preservar derechos fundamentales dentro de su investigación y de acusar cuando sea menester hacerlo y no por políticas institucionales o de estadísticas laborales, que ha creado impunidad, regirse por el principio de objetividad rechaza todo interés subjetivo o utilidad política como meta de la actividad realizada por la fiscalía.

El Ministerio Público es un órgano público autónomo, separado de la función judicial y regida por su propia normatividad, por ello se dice que por principio acusatorio debe entenderse el desdoblamiento de funciones de perseguir y juzgar en dos órganos estatales diferentes, el defecto del sistema inquisitivo consiste en fusionar a la persona del juez en sus actividades persecutorias y jurisdiccionales. Ello, como señalan los tratadistas implica una pretensión psicológica excesiva respecto del juez, ya que sólo un ser dotado de una capacidad sobrehumana podría logra sustraerse al momento de la toma de decisión de los influjos subjetivos de su propia actividad investigadora, esto es, de no actuar con parcialidad al haber integrado la indagatoria.

La separación formal de estas funciones es necesaria para garantizar la defensa del imputado, ya que se reputó imposible su realización sin crear un

acusador distinto del juzgador, a fin de evitar que el órgano jurisdiccional prejuzgue desde la iniciación del procedimiento, el juicio oral no se abre para investigar sino para juzgar y, además, debe hacerlo un sujeto diferente de quien conoció en la fase anterior, esto es, la actividad de investigación no es actividad probatoria, sólo sirve para la obtención de fuentes de prueba¹⁹⁴.

2. Etapas en el Sistema Acusatorio Adversarial

2.1 Etapa de investigación

El sistema acusatorio de tipo adversarial, propone una investigación preliminar que garantice los derechos fundamentales de los imputados y la transparencia del ejercicio de la acción penal; ello sin soslayar que la etapa preliminar no es eminentemente contradictoria como el propio juicio oral, pero pugna porque se mantengan las mismas posibilidades de defensa entre las partes, ello supone la posibilidad de proponer diligencias, participar en los actos, plantear incidentes e interponer los recursos correspondientes.

La nueva estructura de la fase de investigación de los hechos a que da lugar la notitia criminis. En el nuevo sistema, ella deja de estar en manos del juez del crimen y pasa a constituirse en la función esencial del ministerio

¹⁹⁴ La imparcialidad del juzgador que es prenda de la igualdad entre acusador y acusado y a su vez del derecho de defensa de éste, se logran mediante la separación de los órganos de la acusación y de juzgamiento, eliminando la figura de un juez que acusa, juzga y hasta defiende, para distribuirlos en diferentes sujetos, ministerio público, juez y defensor. Véase. Cafferata Nores, José I, *“Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normatividad supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino”*, Artes Gráficas, Buenos Aires, 2000, pp. 92 y 93.

público, el que es controlado en su actividad de investigación por un nuevo órgano jurisdiccional, el juez de garantía.

Un importante desafío en la configuración de la instrucción criminal consistía en los mecanismos idóneos para conferir eficacia y agilidad a la actividad persecutoria estatal con el fin de superar el ritualismo y la burocratización típicos del sumario inquisitivo. La creación de una organización flexible de fiscales, que dispone de una serie de mecanismos legales para llevar a cabo una investigación dinámica, desformalizada y selectiva, conforme a criterios públicos y objetivos, constituyó un importante primer paso hacia la solución de un problema endémico de la justicia criminal en toda América Latina, además de poner fin definitivamente a los cuestionamientos, dirigidos hacia el modelo de juez que concentraba las funciones de investigar, acusar y fallar existente con anterioridad a la reforma¹⁹⁵.

2.2 Etapa de intermedia o de preparación del juicio oral

Esta fase se extiende desde la presentación de la acusación, por el fiscal del ministerio público a cargo del caso, ante el juez de garantía competente, hasta la apertura de la audiencia de preparación del juicio oral. Como lo señala su denominación, ella describe el conjunto de presentaciones escritas que deben realizar los intervinientes del procedimiento para ser notificadas en los plazos que la ley establece a partir de la fijación de la fecha de la audiencia central de esta etapa. Tales presentaciones escritas constituyen el marco de la discusión que se realizará verbalmente en la audiencia, sin perjuicio que los intervinientes deban concurrir a ella con

¹⁹⁵ Véase. Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2002, tomo I, pp. 445 – 446.

todos los antecedentes que permitan sustentar sus peticiones o alegaciones.¹⁹⁶

2.3 Etapa del juicio oral

La etapa del juicio es un juicio de fondo, pues se considera por el propio código como la etapa esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación y asegurará la concreción de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración, contradicción y continuidad.

Se compone de dos audiencias: 1) la audiencia del juicio oral y 2) la audiencia de individualización de sanciones y reparación del daño.

No está de más decir que el juicio oral es público, concentrado, con vigencia estricta del principio de inmediación. Esto supone que los jueces deben recibir y percibir en forma personal y directa la prueba, de no hacerlo así sería nulo el juicio. Luego entonces, salvo casos excepcionales, los testigos y peritos deberán comparecer personalmente al juicio para declarar y ser examinados y contra examinados directamente por las partes.

“De esa manera los jueces que dictan el fallo, lo hacen sobre la base de lo acaecido en el juicio oral, entendiendo que el conocimiento obtenido en la audiencia respectiva es el único que habilita para un pronunciamiento adecuado sobre el fondo del asunto. Por ello se limitan al mínimo posible los recursos, admitiéndose sólo un recurso de nulidad de juicio como vía de impugnación, ante un tribunal distinto”¹⁹⁷

¹⁹⁶ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, Chile, Jurídica de Chile, 2008, t, II, pp. 230-235.

¹⁹⁷ Martínez Cisneros, Germán, La Etapa del Juicio Oral, *Jueces Ilustrados*, septiembre 2009, p. 11.

2.4 Etapa de impugnación de la sentencia¹⁹⁸

Una de las características esenciales del sistema acusatorio es la limitación de los medios de impugnación, especialmente contra la sentencia, ya que se trata de revalorar y fortalecer la postura del juez de primera instancia.

No obstante lo anterior, el Código Modelo permite, en las etapas de investigación e intermedia o de preparación a juicio los recursos de apelación y revocación; y con la emisión de la sentencia se produce el derecho de impugnar, mediante los recursos de casación y revisión.

Pero estos recursos tienen una lógica de tramitación y de causales distinta al sistema inquisitivo:

Revocación: procede contra las resoluciones que resuelvan sin sustanciación un trámite del proceso, a fin de que el mismo juzgador que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda. Como regla general, este recurso se deducirá oralmente en las audiencias, y, en su defecto, por escrito, dentro de los tres días siguientes de notificada la resolución.

Apelación: por regla general, procede contra las resoluciones dictadas por el juez en las etapas preliminar e intermedia, siempre que éstas causen un agravio irreparable a los intereses y derechos de alguna de las partes, pongan fin a la acción o imposibiliten que ésta continúe.

¹⁹⁸ Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación.

Se interpone por escrito ante el mismo juez que dictó la resolución y se remite, previo emplazamiento de las partes, al tribunal competente. El tribunal que resuelva el recurso citará a una audiencia para fallarlo en definitiva, convocando al efecto a todas las partes interesadas.

Casación: procede contra la sentencia y resoluciones de sobreseimiento dictadas por el Tribunal de Juicio Oral, siempre que no se haya observado un precepto legal o éste haya sido aplicado erróneamente. En principio la casación sólo procede por lo que hace al derecho y no al elemento fáctico, sin embargo, en esta iniciativa se prevé la posibilidad de esa revisión cuando ella sea fundamental para el análisis del agravio planteado.

Este carácter excepcional se debe a la necesidad de preservar, a la vez, el principio de inmediación y el derecho referente a la posibilidad de recurrir el fallo ante un tribunal superior, y de que ello sea hecho de forma integral. Así lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y esta iniciativa se ajusta a ese criterio.

El Código Modelo propone dos efectos distintos de la casación dependiendo de si su interposición se debió a causales procesales -caso en el que se anulará el Juicio Oral y se ordenará la celebración de la audiencia- o de la sentencia, en que el tribunal de casación podrá ordenar una resolución de reemplazo o la emisión de una nueva sentencia.

Al igual que en el resto de los casos, este recurso se desahogará oralmente cuando así lo estime conveniente el presidente del tribunal.

Revisión: procede contra la sentencia firme, en todo tiempo, y únicamente a favor del imputado, cuando los hechos tenidos como fundamento de la

sentencia resulten incompatibles con los establecidos por otra sentencia penal firme; se haya fundado en medios de prueba documentales o testimoniales cuya falsedad se haya declarado en fallo posterior firme o resulte evidente aunque no exista un proceso posterior; haya sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra argumentación fraudulenta, cuya existencia se haya declarado en fallo posterior firme; sobrevengan hechos nuevos o medios de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible o corresponda aplicar una norma más favorable; corresponda aplicar una ley más benigna, o una amnistía o se produzca un cambio en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que favorezca al sentenciado; o se obtenga resolución a favor por parte de un organismo jurisdiccional supranacional que resulte obligatoria conforme a los tratados de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado mexicano.

2.5 Etapa de ejecución de la sentencia

La fase de ejecución culmina el proceso penal. Es en este momento cuando los pronunciamientos penales contenidos en la sentencia firme condenatoria o absoluta se hacen cumplir por el órgano jurisdiccional.

“La ejecución es una de las materias más complejas de la actual ordenación de la Justicia penal. Pues obedece a tres importantes ideas”¹⁹⁹

1. Una notable dispersión y profusión normativa (constituida por preceptos constitucionales, intervenciones, en especial, los Tratados relativos a la

¹⁹⁹ De la Oliva Santos, Andrés et al, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pp. 323 – 324.

protección de derechos humanos, orgánicos, procesales y penitenciarios. Por otro lado a la Ley General Penitenciaria y su Reglamento que evidencia, no obstante, continuos vacíos legales, cuando no auténticas antinomias, y que ha provocado un aluvión de disposiciones complementarias, que, en la práctica, operan como criterios orientativos de interpretación legislativa, pero que no representan, ni mucho menos, lo que debe ser un sistema jurídico.

2. La intervención, en esta fase, de órganos jurisdiccionales (los Juzgados y Tribunales sentenciadores y los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria) y administrativos (las Instituciones penitenciarias) que, en el terreno de los principios, ha puesto en cuestión la naturaleza jurídica de la ejecución (en particular, las penas privativas de libertad). Y es que, si no es dudoso el carácter jurisdiccional de los actos encomendados a los órganos sentenciadores, como tampoco lo es el carácter administrativo de las actuaciones de las Instituciones penitenciarias, no siempre es posible definir con precisión las funciones atribuidas a los Juzgados de Vigilancia (cuya naturaleza jurisdiccional nadie discute, al menos, en el aspecto orgánico) que, en muchos casos, son compartidas con la Administración (aprobación de sanciones, de permisos de salida, etc.). En cualquier caso, sin que quepa negar una participación mixta (jurisdiccional-administrativa) en la ejecución que dificulta, desde el punto de vista conceptual, la determinación de su naturaleza, cabe observar una tendencia hacia la jurisdiccionalización del cumplimiento forzoso de las penas privativas de libertad, tanto por la actuación de órganos de este carácter, como por el control que ejercen sobre los actos administrativos.

3. Por último, desde una perspectiva no estrictamente jurídica, pero no por ello menos importante, ha de reconocerse la precariedad de los recursos

materiales y humanos padecida por todos los órganos que intervienen que no permite, al menos en la medida deseable, el tratamiento individualizado del recluso en el contexto de una política penal y penitenciaria orientada hacia su reeducación y reinserción social.

3. Principios Generales en el Proceso Penal

Principio, “razón, fundamento, origen, máxima o norma”²⁰⁰

Los principios procesales “Son aquellos que orientan el procedimiento para lograr que el mismo pueda desarrollarse adecuadamente de acuerdo con la naturaleza de la controversia planteada.”²⁰¹

En sentido amplio, estos principios comprenden los lineamientos esenciales que canalizan el ejercicio de la acción (principio de juicio previo y debido proceso, presunción de inocencia, inviolabilidad de la defensa, dignidad de la persona y protección a la intimidad, justicia pronta y expedita, exacta aplicación de la ley, garantía de audiencia, garantía de legalidad y principio de exclusión probatoria) tienen a bien orientar la función jurisdiccional y también son aquellos que dirigen el procedimiento (publicidad, oralidad, contradicción, concentración, inmediación, continuidad y oportunidad).

En sentido estricto los principios procesales es la manera en que debe seguirse el procedimiento de manera formal para llegar de eficazmente a la solución de la controversia.

²⁰⁰ Véase. Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal y de términos usuales en el proceso penal*, México, Porrúa, 2004, t. II, p. 1759.

²⁰¹ Véase. Instituto de Investigaciones Jurídicas, ob., nota 84, p. 2543.

En el proceso penal por imperativo constitucional deben seguirse los principios de la oralidad, publicidad e inmediación, tanto en el periodo de investigación hasta llegar al juicio oral, si se toma en consideración que según el artículo 20 de la Constitución establece los derechos del acusado en materia penal, el propio inculpado debe ser oído y juzgado en audiencia pública, lo que significa que la actividad procesal se desarrolla en forma predominante oral.²⁰²

PRINCIPIOS PROCESALES

3.1 Juicio previo y debido proceso

“Se reconoce la vigencia del principio del juicio previo y debido proceso, en tanto que se ordena que nadie puede ser condenado a una pena ni medida de seguridad, sino cuando exista sentencia firme, la que deberá ser obtenida como consecuencia de la tramitación de un proceso de conformidad con lo dispuesto por el código procesal de la materia y con la observación irrestricta de las garantías y derechos previstos tanto en la Constitución Federal como en la Constitución Local, respetando los tratados internacionales y las leyes de que aquellas emanen”²⁰³

²⁰² Ibídem, pp. 2543-2544.

²⁰³ Oronoz Santana, Carlos M., *Tratado del Juicio Oral*, México, Pacj, Agosto 2009, p. 1.

3.2 Presunción de inocencia

Es la comprobación de la existencia de una actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías, a través de la cual, sea posible considerar razonablemente acreditado el hecho punible y la participación del acusado en el mismo.

El principio de presunción de inocencia se inspira en todas aquéllas reglas que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías, el tribunal de apelación infringe el orden jurídico cuando modifica el *factum* de sentido absolutorio por otro de sentido condenatorio, al valorar pruebas sin la garantía de inmediación; sin embargo, esa garantía no es la única que debe respetarse en fase de apelación, ya que también debe constreñirse a las condiciones de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, pues sin ellas no se dan los presupuestos mínimos para la defensa y para la corrección de las constataciones y valoraciones judiciales.

3.3 Inviolabilidad de la defensa

Éste es un derecho que se debe mantener durante todas las etapas del proceso, en tanto que la defensa del inculcado es inviolable, correspondiendo la obligación de los jueces de garantizarla sin preferencias y sin desigualdades.

“La autoridad que intervenga en los actos de inicio del proceso tiene la obligación de velar porque el imputado, en forma inmediata, tenga conocimiento de los derechos que en su condición la Ley le otorga. Por ello con las excepciones que se establezcan en el propio código, el imputado podrá intervenir en forma personal en los actos de naturaleza procesal que

incorporen elementos de prueba y a formular las pretensiones y observaciones que estime pertinentes, teniendo como excepción la circunstancias de que no se perjudique el curso normal del proceso”²⁰⁴

3.4 Dignidad de la persona y protección a la intimidad

Se establece en el artículo 11 del Código Procesal Penal del Estado de México, que toda persona tiene el derecho de que se respete su dignidad, así como su integridad física, psicológica y moral, aspectos que conforman la unidad del ser humano, por esa razón queda prohibido someter a una persona a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Y en el artículo 12 del mismo ordenamiento, se establece la protección del derecho a la intimidad de cualquier persona, y enfatiza que especialmente a la libertad de conciencia, el domicilio, la correspondencia, los papeles y objetos, y de igual forma las comunicaciones privadas. Y establece que el cateo, decomiso o intervención sobre cualquiera de ellos para poderse realizar deberá derivar de la autorización que otorgue el juez competente.

3.5 Justicia pronta y expedita

Es reclamo social que todo proceso se desarrolle en un plazo razonable, que permita tanto una economía procesal como económica por ello toda persona sometida a un proceso tiene el derecho a ser juzgada y que sea en forma definitiva dentro de los plazos que el propio código establezca, por lo que se les reconoce al imputado, a la víctima y al ofendido a exigir que la actividad de la autoridad sea continua a fin de que resuelva cada caso, lo anterior se encuentra plasmado en el artículo 17 de la Constitución Política

²⁰⁴ Ibídem, p. 3.

de los Estados Unidos Mexicanos, la cual obliga a los juzgadores a resolver en los plazos y términos que fijan las leyes.

3.6 Exacta aplicación de la ley

Los juzgadores tienen la obligación de ajustar totalmente sus resoluciones al marco de la ley.

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional se refiere a dicha garantía en lo que corresponde a los juicios penales, en los cuales no se puede decretar una pena que no sea la exactamente aplicable en los términos de una ley que así lo disponga, por lo que queda prohibida la analogía y la mayoría de razón como métodos interpretativos utilizados para decretar una pena que legalmente no está decretada.

Esta disposición constitucional pretende ser una referencia al principio universal del derecho penal que se enuncia como: *nullum crimen nulla poena sine lege*, que prohíbe la creación *extra legem* de delitos y penas por parte del juzgador que conoce de un proceso, a la estricta tipicidad y sancionabilidad, establecida por la ley.²⁰⁵

Se combinan los siguientes principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, este último comprende el de *nulla poena sine lege*, donde éste último comprende el de *nulla poena sine iudicium*. La disposición constitucional sólo se refiere al segundo y no al primero; pero uno está implícito en el otro, ya que si una distancia penal describe una conducta humana como delictuosa y no le señala su sanción, estaríamos contemplando una norma imperfecta, puesto que contiene una prohibición

²⁰⁵ Véase. Castro Juventino V., ob., nota 44, pp. 280-281.

que no produce ningún resultado jurídico por su incumplimiento; y por una conducta atípica.

En el proceso civil el juez debe fallar aun en el caso de que no existiera norma aplicable exactamente al caso.

En los procesos penales, si no hay tipificación de delito o señalamiento de sanción, el juez debe absolver al procesado y ponerlo en libertad. En caso concreto, los juicios de orden civil o mercantil, debe ser resuelta aun cuando haya silencio de la ley para el caso planteado.²⁰⁶

3.7 Garantía de audiencia

GARANTIA DE LEGALIDAD Y AUDIENCIA

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su segundo párrafo, contiene por igual las garantías de legalidad y audiencia, complementada con el párrafo inicial del artículo 16 del mismo ordenamiento.

El segundo párrafo del artículo 14, establece que la garantía de audiencia está determinada en ese lugar por tres conceptos, formulados en el sentido de que nadie puede ser privado de sus derechos fundamentales -que enumera la disposición- sino mediante juicio, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y ante los tribunales previamente establecidos; y la garantía de legalidad la encontramos en la propia disposición al condicionarse dicha privación de derechos a que esto se haga conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho que se juzga.²⁰⁷

Nuestro debido proceso legal tiene dos aspectos: uno de forma y otro de fondo. La forma consiste en que se siga el juicio ante tribunales previamente

²⁰⁶ *Ibíd*em, pp. 281-282.

²⁰⁷ *Ibíd*em, p. 267.

establecidos, cumpliéndose en él las formalidades esenciales del procedimiento. En el fondo de la garantía se hacen consistir los pasos procedimentales permitidos dentro, de tal manera que en cada caso concreto no se deje en estado de indefensión a alguna de las partes.²⁰⁸

Las garantías constitucionales que reconocen el derecho de audiencia -como su propio nombre lo indica- se refieren a una fórmula que permite a los individuos oponerse a los actos arbitrarios de las autoridades, cuando éstas los privan de sus derechos- o los molestan en su natural ejercicio, negándoles a los propios afectados el beneficio de tramitarse procedimientos que les permitan el ser oído –en sus excepciones, argumentaciones y recursos-, y aún más condicionar las resoluciones definitivas a una congruencia entre lo alegado y lo resuelto.

Se persigue una esencia más profunda, como el derecho a defenderse a través del procedimiento, de ser escuchado en toda su plenitud, razón por lo cual se comprende el contenido de esas formalidades esenciales que requiere todo procedimiento para que el mismo se considere constitucionalmente garantizado.

La garantía de legalidad se plasma en nuestra Constitución cuando en su texto se obliga a las autoridades a aplicar leyes que han sido expedidas con anterioridad al hecho – de acuerdo con el artículo 14-, y se ordena, además, a las autoridades competentes a expedir un mandamiento escrito que funde y motive la causa legal del procedimiento, para estar a lo dispuesto por el artículo 16.

La garantía de audiencia consiste en la máxima oportunidad defensiva que tiene todo gobernado, antes de ser privado de sus bienes, o de sus derechos por actos de autoridad.

Respecto al alcance de la garantía de audiencia, nuestro máximo tribunal ha establecido que existe la obligación por parte de las autoridades responsables, de dar oportunidad al agraviado o quejoso para que exponga todo cuanto considere conveniente para la defensa de sus intereses.²⁰⁹

Existen cuatro subgarantías de la garantía de audiencia:

²⁰⁸ *Ibíd.*, p. 268.

²⁰⁹ Véase. Izquierdo Muciño, Martha E. *Garantías individuales y sociales*, 2a. ed, México, UAEM, 2000, p. 181.

- A) Mediante juicio. Que consiste en la oportunidad que tienen todos los gobernados para acudir a los tribunales en defensa de sus derechos.
- B) Tribunales previamente establecidos. Los tribunales deben ser creados para resolver un sinnúmero de casos y durante un tiempo indeterminado, pues los tribunales especiales están prohibidos por la Constitución en el artículo 13.
- C) Las formalidades esenciales del procedimiento, con antecedente en el “debido proceso legal” (*due process of law*) inglés y norteamericano, que es el proceso más eficaz y sencillo, que se conozca y adapte a las características e idiosincrasia de los habitantes del país.

Conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, este como una reafirmación a la garantía de irretroactividad de las normas, contenidas en el primer párrafo del artículo 14.²¹⁰

La garantía de audiencia como la de legalidad pertenece al género de garantías de procedimientos constitucionales.

También permite a los individuos defenderse mediante el procedimiento de ser escuchados, con todas sus consecuencias; y la garantía de legalidad es una obligación de las autoridades, respecto a la utilización de procedimientos forzosos para actuar constitucionalmente, como la secuencia de procedimientos para aplicar la ley –expedida previamente al caso concreto- que debe ser posterior al nacimiento de aquella.

²¹⁰ *Ibíd*em, p. 182.

En la garantía de audiencia lo fundamental es adecuar los derechos de los individuos a un procedimiento de defensa; en la garantía de legalidad el enmarque se encuentra en las obligaciones de las autoridades para proceder constitucionalmente, sin que se nos escape la observación de que a todo derecho corresponde una obligación, pues ambos se encuentran entrelazados.²¹¹

La autoridad debe respetar las formalidades esenciales, o sea, que el gobernado al que se dirige el acto esté en posibilidad real de alegar en su defensa y de probar sus alegatos, la prescripción constitucional obliga a las autoridades a aplicar las leyes expedidas con anterioridad al hecho de que se trate, reafirmando así la prohibición consagrada en el primer párrafo del artículo 14 constitucional de dar afectos retroactivos a las normas en perjuicio de los gobernados. si la norma de que dispone la autoridad no prevé una instancia o procedimiento para que el gobernado pueda defenderse antes de que se le prive de algún derecho, es obligación de la autoridad ofrecerle por lo menos dos oportunidades reales: argumentar en su defensa y probar sus argumentos²¹².

CARACTERÍSTICAS DE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA

A) TITULAR DE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA

Puede ser todo sujeto gobernado sin distinción de nacionalidad, sexo, edad o condición, puede existir una violación de los derechos de tal persona sobre bienes ubicados en el país, lo que no le obstruye el derecho a reclamar las violaciones, inclusive por medio de un apoderado.

B) ACTO DE AUTORIDAD CONDICIONADO POR LA GARANTÍA

El acto de privación de derechos que lleva a cabo una autoridad, se traduce o pueden consistir en una acción u omisión que signifiquen la disminución, menoscabo o merma de la esfera jurídica del gobernado. Para considerarse violado el derecho del gobernado por la desposesión ordenada por una autoridad, no deben incluirse situaciones tales como embargos, secuestro de

²¹¹ Véase. Castro Juventino V., ob., nota 44, pp. 268-269.

²¹² Sánchez Bringas, Enrique, ob., nota 3, p. 651.

bienes, depósito de los mismos u otros similares, que no pueden ser estimados como definitivos, sino simplemente como un presupuesto para estar a las resueltas de un procedimiento judicial, que se inicia apenas con un auto de exequendo.²¹³

C) DERECHOS PROTEGIDOS POR LA GARANTÍA

El artículo 14 prohíbe la privación de los derechos de los individuos, sin sujetarse las autoridades a los requisitos que la propia disposición señala.

D) TRIBUNALES QUE PUEDEN PRIVAR DERECHOS

Los artículos 13 y 14 de la Constitución Federal, establecen que los tribunales deben ser establecidos previamente, por lo que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales.²¹⁴

E) LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO

Para que se considere legal la privación de los derechos, y que vendría equivale a la fórmula mexicana correspondiente al debido proceso legal.

GARANTÍA DE AUDIENCIA FRENTE A LAS LEYES

Toda ley o reglamento que no otorgue a los quejosos la garantía de audiencia, es inconstitucional, por criterio emanado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así mismo existe un criterio sustentado por la Suprema Corte de la Nación en el sentido de considerar que la garantía de audiencia es efectiva aún frente a las leyes. En consecuencia el Poder Legislativo debe acatarla, brindando al gobernado la oportunidad de ser escuchado en defensa de sus intereses, antes de que se realice algún acto en contra de ellos, de tal suerte que toda ley ordinaria que no consagre la garantía de audiencia en favor de los particulares, deberá ser declarada inconstitucional atento el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al mencionar:

Toda autoridad del país, antes de privar a algún gobernado de los bienes jurídicos protegidos por la consabida garantía, debe

²¹³ Castro Juventino V., ob., nota 44, p. 269.

²¹⁴ Ibídem, p. 270.

escucharlo en defensa y recibirle las pruebas que rinda para apoyarlo.²¹⁵

F) EXCEPCIONES A LA GARANTÍA DE AUDIENCIA

El artículo 33 Constitucional establece que el Ejecutivo Federal tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar a un extranjero el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, el extranjero no puede reclamar la garantía de audiencia para que se le escuche en defensa.²¹⁶

En la expropiación no es necesaria la garantía de audiencia.

La constitución establece dos casos de excepción al derecho de audiencia. El primero se localiza en el artículo 27 y se refiere a la expropiación por causa de utilidad pública que pueden llevar a cabo el presidente de la República y los gobernadores de los estados, en sus respectivas competencias. El ejercicio de esta facultad, los servidores públicos mencionados producen los derechos expropiatorios sin que tenga la obligación previa de oír en defensa al gobernado ni de recibir sus pruebas [...] la segunda excepción opera en relación con la facultad exclusiva que el artículo 33 asigna al presidente de la República para expulsar inmediatamente y sin necesidad de juicio previo a todo extranjero cuya permanencia en el territorio nacional considere inconveniente. [...] aún en estas excepcionales hipótesis, la autoridad que desarrolla las atribuciones correspondientes tiene la obligación de fundar y motivar sus actos conforme a lo ordenado por el artículo 16 constitucional.²¹⁷

- A) Cuando se trata de extranjeros a que se refiere el artículo 33 constitucional, los cuales podrán ser expulsados del país por el ejecutivo federal sin previo juicio.
- B) En los casos de expropiación por causa de utilidad pública (artículo 27 constitucional).
- C) En materia de imposición fiscal, esto es tributaria.

²¹⁵ Izquierdo Muciño, Martha E., ob., nota 209. p. 183.

²¹⁶ Véase. Castro Juventino V., ob., nota 44. p. 271.

²¹⁷ Sánchez Bringas, Enrique, ob., nota 3, p. 651

Cuando se trata de órdenes judiciales de aprehensión²¹⁸.

3.8 Garantía de legalidad

Principio de legalidad, “rige en el proceso penal e indica el deber de las autoridades competentes de intervenir, persecutoriamente, en todos los casos en que exista un hecho punible [...] si en el caso particular concurren los requisitos legales existe, en general, el deber de perseguir y acusar.”²¹⁹

El principio de legalidad es acogido por los países en desarrollo democrático, satisfechos los presupuestos generales de la acción, donde el Ministerio Público está obligado a ejercitarla ante el juez, por lo que, si el órgano encargado de realizar la consignación, es omiso, hace surgir la posibilidad para el gobernado, de imponer recurso y obligarlo a cumplir con su deber.²²⁰

El principio de legalidad consiste en lo siguiente:

- a) Las autoridades locales o federales no tienen más atribuciones ni facultades que las concedidas por las leyes, y no violen el Pacto Federal y la Constitución.
- b) Los reglamentos administrativos no pueden conceder a las autoridades mayor suma de poderes, que las facultades establecidas en la ley que se reglamenta
- c) Los actos de cualquier autoridad han de estar fundados y motivados sin violar la Constitución.²²¹

²¹⁸ Véase. Izquierdo Muciño, Martha E., ob., nota 209, p. 185.

²¹⁹ Díaz De León, Marco Antonio, ob., nota 200, p. 1760.

²²⁰ Véase. Hernández Pliego Julio A., ob., nota 175, p. 128.

²²¹ Pallares, Eduardo, *Prontuario de procedimientos penales*, México, Porrúa, 1989, p. 9.

Legalidad, indica que el órgano persecutorio debe ejercitar la acción penal obligatoriamente cuando se reúnen los elementos legalmente establecidos por la ley para su ejercicio, en este caso los señalados por el artículo 16 constitucional.

En México, el Ministerio Público es el titular de la acción penal, pero esto no lo faculta para decidir libremente sobre ella,²²² por la reforma de junio de 2008, ahora el artículo 21 establece que la ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

3.9 Principio de exclusión probatoria

Todo medio de prueba sólo podrá ser valorado si ha sido incorporado al proceso de un modo constitucionalmente legítimo. Para que la prueba de cargo sea válida debe probar la existencia del hecho con todos sus elementos objetivos y la participación del acusado en el mismo, asimismo ser congruente con los supuestos fácticos de la acusación. La evidencia que origine una condena deberá partir de una fase objetiva de constatación de la existencia o inexistencia de pruebas, donde se evaluará si al obtenerlas se han respetado las garantías procesales básicas y de una valoración del resultado o contenido integral de la prueba.

Una cuestión importante, de la reforma penal, es la prohibición expresa de admitir pruebas ilícitamente obtenidas, como se plantea en la redacción de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, apartado A, que tiende a lograr, en acatamiento a la presunción de inocencia la exigencia de que las pruebas se practiquen con todas las garantías y se obtengan de forma lícita,

²²² Véase. Barragan Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal, México*, McGraw-hill, 1999, p. 56.

la libertad de valoración no es libertad de utilización, lo cual lleva implícito que el juez sólo puede formar su convicción sobre pruebas practicadas con respeto a los principios de oralidad, contradicción, publicidad e inmediación, sólo aquellos datos probatorios obtenidos respetando la contradicción en su formación, podrán ser invocados para fundamentar el juicio fáctico del juzgador, por ello la motivación plasmada en un resolución judicial, implica la justificación de la decisión judicial, a un razonamiento justificativo elaborada ex post de la decisión que permita un control sobre la racionalidad de la propia decisión.

La regla de exclusión de la prueba ilícita, entendida como aquella obtenida con infracción de derechos fundamentales, proclama la inutilización de las mismas, que ha servido principalmente para evitar la obtención de pruebas por la policía y el Ministerio Público (incluso, de los propios particulares cuando, en los supuestos de ley, puedan ejercer por sí acción penal) de forma ilegal, cuya consecuencia es la exclusión de la prueba del proceso y la prohibición de su admisión y valoración, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes.²²³

²²³ Miranda Estrampes, Manuel, “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, ponencia presentada en el curso “Los retos del proceso penal acusatorio en la era de globalización”, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 12 de noviembre de 2007.

4. Principios Específicos del Sistema Acusatorio

4.1 Publicidad

En el sistema acusatorio se manifiesta la publicidad de dos maneras distintas:²²⁴

a).- La publicidad inter partes: libre acceso que deben tener las partes en el juicio.

b).- Publicidad erga omnes: publicidad general, esto es, el libre acceso de terceros a los actos procesales que se desarrollan oralmente.

Cabe señalar que la publicidad inter partes, se mantiene a todo lo largo del proceso (desde la etapa de investigación); la publicidad erga omnes sólo se pone de manifiesto en el juicio oral propiamente dicho (audiencia del juicio, posterior a la etapa de investigación).

La idea que prevalece es que la publicidad constituye un instrumento de control popular sobre los jueces, pues la asistencia del público a los actos procesales, limita las arbitrariedades.

En cambio, en el sistema inquisitivo, por sus propios orígenes y características francamente represivas, está diseñado para someter y no para buscar verdades objetivas, se dice con frecuencia que por eso los regímenes antidemocráticos prefieren el antiguo modelo procesal.

²²⁴ Martínez Cisneros, Germán, "Las Raíces del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal", *Jueces Ilustrados*, México, 2009, abril 2009, núm. 1, pp. 17 – 24.

4.2 Oralidad

Hablar del sistema acusatorio, implica necesariamente referirse a la oralidad, que implica que las diligencias principales del proceso se realicen en audiencias orales y que se valoren igualmente en la fuente oral, es decir, no basta, por ejemplo, que los testigos se presenten ante el personal del juzgado y viertan su declaración de manera verbal, si finalmente lo que se valora es el registro escrito que quedó de esa actuación, que no siempre es lo más apegado a la intención del declarante, pues ya no se advierten los sentimientos y emociones que van aunados a la fuente directa, al emisor.

El juicio oral, como lo indica su nombre, se distingue por el predominio total de la oralidad; ello con independencia de que pueda dejarse registro escrito o de audio o de video del proceso, para los efectos de los recursos.

El habla pues, transmite sentimientos y emociones que la escritura, que prima en el sistema inquisitivo no puede transmitir.

4.3 Contradicción²²⁵

Para poder ser llamado “parte” en un juicio penal, el imputado debe tener realmente la oportunidad de defensa, no como una mera fórmula legal, sino en efectivas acciones de oposición a las pruebas en su contra; de esa manera, en el sistema acusatorio bien entendido, no puede justificarse una manifiesta inferidad procesal del imputado, que se traduzca en determinadas restricciones personales; esto es, no puede tener ningún tipo de limitantes para su defensa en ninguna fase del procedimiento penal, esto es, no sólo en el juicio oral, sino igualmente en la fase de la investigación

²²⁵ *Ibíd*em

previa la audiencia del juicio oral, ante el juez de control de garantías constitucionales.

Cabe señalar que como parte del principio de contradicción, y con la finalidad de preservar en todo momento el derecho a la defensa, en el nuevo sistema el acusador tiene que señalar de manera concreta, circunstanciada (tiempo, lugar y modo), en cada etapa procesal, cuáles son los hechos que atribuye al imputado, para así limitar al campo del debate penal; es lo que la doctrina denomina “inalterabilidad de la continencia objetiva de la causa”, los hechos no pueden ser variados durante el proceso en perjuicio del acusado, a menos que surjan evidencias nuevas.

De esa manera, en el proceso acusatorio debe observarse estricta correspondencia entre el hecho imputado, el hecho juzgado y el hecho sentenciado, esto es, una adecuada congruencia entre acusación y sentencia.

4.4 Concentración

Para contribuir la celeridad procesal, lo que se pretende en el proceso de corte acusatorio es concentrar en un solo acto, generalmente una audiencia, los alegatos de las partes, el descubrimiento de las pruebas (acto en el cual se dan a conocer), el ofrecimiento y el desahogo de las probanzas e incluso el planteamiento y resolución de los incidentes. Todo ello en una brevedad de términos (en la propia audiencia) que no se conoce en el sistema actual y a la que nos debemos de acostumbrar.

4.5 Inmediación

El juzgador recibe directa e inmediatamente el resultado de los actos procesales, pues éstos deben desarrollarse en su presencia; además, los jueces que deben decidir lo debatido en cada audiencia tienen que ser los mismos que le han presenciado y presidido en todas sus sesiones, de no ser así los actos judiciales serán nulos.

Se dice que la inmediación procesal tiene tres manifestaciones básicas:

a).- Inmediación alegatoria: los alegatos y pedimentos de las partes deben ser presentados directamente ante los jueces.

b).- Inmediación probatoria: las pruebas exhiben y desahogan directamente ante los juzgadores (no ante sus secretarios o actuarios u otros miembros del personal judicial).

c).- Inmediación decisoria: los jueces dictan las providencias o resoluciones (sentencias) en las propias audiencias ante las partes.

4.6 Continuidad

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 tienen lugar en el días siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del tribunal”²²⁶

4.7 Oportunidad

Principio de oportunidad, James Goldschmidt comenta que:

Tampoco para el derecho moderno se ha resuelto el problema de si hay que preferir el principio de legalidad o el de oportunidad. La historia demuestra lo siguiente: El principio de legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva. Por lo mismo logrará el dominio en un tiempo que se preocupa principalmente de la constitución del Estado de derecho y de las garantías del mismo. Frente a esto, el principio de la oportunidad puede justificarse de dos modos completamente distintos, a saber: por un lado, partiendo de un enfoque que favorece un influjo político del Gobierno sobre la justicia penal; por otro lado, en el interés de la verificación de la justicia material, en contraste a un formalismo legal. Al dominio del principio de la oportunidad en el primer sentido se opuso la tendencia del Estado de derecho de la segunda mitad del siglo XIX, mientras que hoy día el principio de la legalidad tiene que ceder a un segundo sentido, es decir, a favor de la justicia material.²²⁷

El principio de oportunidad, no obliga al órgano titular de la acción penal a que la ejercite ante el juez, aun cuando se hayan reunido los requisitos legales, sino que queda siempre a su arbitrio la decisión.²²⁸

Algunos autores consideran que el principio de legalidad y el principio de oportunidad están en contraposición, así mismo hay autores que tienen una idea contraria.

Al principio de legalidad se opone el de oportunidad para el cual no es suficiente que se verifiquen los presupuestos indispensables para su ejercicio, sino que es necesario que el órgano encargado considere conveniente su ejercicio, ya que puede abstenerse cuando considere

²²⁶ González Obregón, Cristal, Manual Práctico del Juicio Oral, México, UBIJUS, 2008, p. 37.

²²⁷ Díaz De León, Marco Antonio, ob. nota 200, p., 1761.

²²⁸ Véase. Hernández Pliego, Julio A., ob., nota 175, p.128.

que el ejercicio de la acción puede causar males mayores (escándalo público, peligro para la paz social, complicaciones internacionales, etc.), basándose en su propia valoración y, cuando así convenga a los intereses del propio Estado, atendiendo al interés social.

Según este criterio, no se permite obligar al titular de la acción penal a ejercitarla ante el órgano jurisdiccional, aun cuando se hubieren reunido los requisitos marcados por la ley, debido a que esta decisión queda a su arbitrio, lo que puede convertirse en una situación de carácter político.²²⁹

“En el derecho mexicano por lo menos se pretende seguir el criterio de legalidad al ejercitar la acción penal, aunque en la realidad procesal en ocasiones los agentes del Ministerio Público o Procuradores ejercitan la acción penal sin elementos jurídicos por cumplir con intereses políticos o de otra índole.”²³⁰

La doctrina mexicana, en esta materia de ejercicio de la acción tradicionalmente admitió que en nuestros códigos imperaba el principio de legalidad en virtud de que el no ejercicio de la acción, sólo puede exigírsele responsabilidad.²³¹

Las causas que extinguen la acción son: la sentencia definitiva, el sobreseimiento (cuando adquiere el carácter de cosa juzgada), la muerte del inculcado, la amnistía, el perdón del ofendido, la prescripción y la ley nueva que suprima el tipo penal o lo modifique.

²²⁹ Barragan Salvatierra, Carlos, ob., nota 222, p. 56.

²³⁰ *Ibidem.* p. 57. Por las reformas al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece que el Ministerio Público podrá considerarse criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

²³¹ Véase. Hernández Pliego, Julio A., ob. nota 175, pp. 128-129.

El perdón del ofendido, es una causa extintiva de la acción penal.

- I. Solamente tratándose de delitos perseguibles a instancia de parte, es decir por querrela necesaria o en delitos que se requiera declarar de perjuicios o acto jurídico equivalente a la querrela.
- II. El perdón se otorgará por el ofendido del delito o por su representante legal, para expresar que el interés afectado ha sido satisfecho, en los casos de delito perseguibles equivalente a la querrela.
- III. Deberá realizarse ante el Agente del Ministerio Público o ante él antes de que dicte sentencia.²³²

5. El Proceso Penal como Sistema de Garantías

5.1 Proceso

“El vocablo proceso (*processus*) viene de *pro*, “para adelante” y *cedere*, “caminar, avanzar” por lo que durante mucho tiempo (durante el periodo del “procedimentalismo”) se le asimiló o confundió con el procedimiento”.²³³

Hugo Alsina, refiere que el derecho procesal “es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo”.²³⁴

Cipriano Gómez Lara cita a Alcalá – Zamora y Castillo quien dice: “todo proceso arranca de un presupuesto (litigio), se desenvuelve a lo largo de un recorrido (procedimiento) y persigue alcanzar una meta (sentencia) de la que cabe derive un complemento (ejecución).”²³⁵

²³² *Ibíd*em, pp. 135-136.

²³³ Colegio de profesores de derecho procesal facultad de derecho de la UNAM, ob., nota 176, p. 162.

²³⁴ Véase. Colón Morán, José, *Formulario de procedimientos penales para el poder judicial del Estado de México*, México, UAEM, 1993, p. 14.

²³⁵ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1983, p. 125.

Proceso es el “Conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del juez competente.”²³⁶

Proceso es un “conjunto complejo de actos del estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la realización substancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo [...] la suma de “la acción más la jurisdicción, más la actividad de terceros, da como resultado el proceso”²³⁷

Proceso se “deriva de procede, avanzar, caminar hacia delante [...] puede presidirse por un miembro del poder judicial”.²³⁸

PROCESO JURISDICCIONAL

El proceso jurisdiccional “por ser la conjugación de una solución con la intervención del Estado, que expropia la función sancionadora, al prohibir la justicia por los particulares y debe organizar la suya propia, a través de la jurisdicción [...] por eso sostiene que la actuación de la ley pública es el fin constante del proceso”²³⁹

El proceso tiene como finalidad institucional la constancia en el orden jurídico; es decir, el procurar su preservación, conservación y mantenimiento. Tiene como causa el no-orden; esto es, la interferencia; cosa evidente de por sí, ya que si imaginamos por un

²³⁶ Pina Vara, Rafael De, ob., nota 110, p. 390.

²³⁷ Gómez Lara, Cipriano, ob., nota 235, p. 121.

²³⁸ Véase. Hernández Pliego, Julio A. ob., nota 175, p. 7.

²³⁹ Colegio de profesores de derecho procesal facultad de derecho de la UNAM, ob. nota 176, p. 163.

momento una sociedad sin interferencias, reinando el orden, arrebatamos al proceso toda razón de ser [...] tiene por objeto la vuelta al orden, forzando la ejecución de la actividad, ya al realizar una declaración, ya al mover por la inminencia de la coacción potencial la voluntad del obligado.²⁴⁰

Ahora bien dentro del proceso jurisdiccional existen varios procesos de acuerdo a la materia, dentro del Derecho Procesal Penal se encuentran diversos sistemas del procedimiento penal tal y como a continuación se estudiará.

Los sistemas del procedimiento penal se integran con el conjunto de normas que regulan de manera ordenada la forma en que se lleva a cabo el procedimiento de quien ha sido inculcado de la comisión de un hecho delictivo. Tradicionalmente son los siguientes, el acusatorio, inquisitivo y mixto.²⁴¹

Formas del proceso: acusatoria, donde la acusación está a cargo del Ministerio Público y la decisión corresponde al órgano jurisdiccional; y la inquisitoria en la cual el órgano jurisdiccional actúa al mismo tiempo como acusador y como juez, el primero de los mencionados es el que se utiliza en México, además de ser el procedimiento público y predominantemente oral, escrito y gratuito.²⁴²

En México se tenía un sistema mixto, actualmente con las nuevas reformas, contamos con un proceso penal acusatorio.

La justicia penal mexicana, se halla regulada por distintas normas constitucionales, que aluden a los órganos a cuyo cargo, quedará su procuración y administración [...] se refiere a los jueces,

²⁴⁰ Gómez Lara, Cipriano, ob., nota 235, p. 124.

²⁴¹ Véase. Hernández Pliego, Julio A, ob., nota 175, p. 22.

²⁴² Véase. Pallares, Eduardo, ob., nota 221, pp. 6-8.

magistrados y al procurador general de justicia así como de las instituciones de la defensa.²⁴³

Pues bien el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue parte de la reforma en materia penal del pasado dieciocho de junio de dos mil ocho, por lo que en dicho numeral en su apartado A señala que el proceso penal será de tipo acusatorio y oral, por lo que se establece de forma expresa el proceso penal en México.

Artículo 20, apartado A, señala que: el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. 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 delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes

²⁴³ Hernández Pliego, Julio A. ob., nota 175, p. 22.

tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta constitución;

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

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula; y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

5.2 PROCEDIMIENTO

Procedimiento, es el “conjunto de formalidades o trámites a que está sujeta la realización de los actos jurídicos civiles, procesales, administrativos y legislativos [...] la palabra procedimiento referida a las formalidades procesales es sinónima de la de enjuiciamiento [...] el procedimiento construye una garantía de la buena administración de la justicia. Las

violaciones a las leyes del procedimiento pueden ser reclamadas en la vía de amparo.”²⁴⁴

Procedimiento, “una serie de actos ordenados y encaminados hacia un objetivo.”²⁴⁵

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.

El procedimiento especial puede surgir:

Por la naturaleza de la pretensión que se hace valer (ejecutivo, hipotecario, divorcio por mutuo consentimiento, concurso, jurisdicción voluntaria, controversias de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a habitación, controversias del orden familiar, procedimientos especiales de la justicia de paz);

Por la existencia de una cláusula compromisoria arbitral que obligue a las partes a no acudir al proceso jurisdiccional sino al árbitro o juez privado (juicio arbitral); y

Finalmente, debido a verdaderos accidentes procesales, como la inactividad procesal de una parte (juicio en rebeldía), o por la necesidad de admitir en un proceso ya iniciado, la presencia de un tercer interesado que viene a deducir una pretensión propia, pero vinculada al tema del proceso inicial (tercería).²⁴⁶

“Hasta que la pena adquiere el carácter de pública, en que cada ciencia coge su propio derrotero, inclinándose el Derecho Procesal Penal por la realización siquiera de que nazca el delito”.²⁴⁷

La relación del Derecho Procesal Penal con el Derecho Constitucional.

Al decir del Doctor García Ramírez, en cinco series de normas: la que fija el principio de legalidad al Derecho material; la que atañe a las normas orgánicas y funcionales de los órganos de la jurisdicción, la acusación y la defensa; la que se refiere a los principios procedimentales capitales, como la publicidad; la que

²⁴⁴ Pina Vara, Rafael De, ob., nota 110, p. 389.

²⁴⁵ Hernández Pliego, Julio A. ob., nota 175, p. 7.

²⁴⁶ Colegio de profesores de derecho procesal facultad de derecho de la UNAM, ob., nota 176, p.165.

²⁴⁷ Hernández Pliego, Julio A. ob., nota 175, p. 3.

agrupa a las instituciones cautelares: incomunicación, detención, prisión preventiva, arraigo, libertad provisional.²⁴⁸

Derecho procesal penal “es una extensión del Derecho Constitucional, porque da vida a las garantías reconocidas por la Carta Magna, como son las de libertad, de seguridad jurídica, de igualdad y de propiedad.”²⁴⁹

5.3 PROCEDIMIENTO PENAL

Para la presente investigación es de suma importancia abordar el tema del derecho procesal penal, haciendo relevante énfasis en los principios rectores del proceso penal.

Los procedimientos penales, regulan la averiguación previa, la preinstrucción, instrucción, en primera y segunda instancia, ejecución y lo relativo a los inimputables, menores y a quienes consumen psicotrópicos.

Guillermo Colín Sánchez, define al procedimiento como:

“El conjunto de actos y formas legales que deben ser observados obligatoriamente por todos los que intervienen, desde el momento en que se entabla la relación jurídica material de Derecho Penal, para hacer factible la aplicación de la ley a un caso concreto”²⁵⁰

Juan José González Bustamante dice:

²⁴⁸ *Ibíd*em, p. 6.

²⁴⁹ Colón Morán, José, ob., nota 234, p. 15.

²⁵⁰ *Ibíd*em, p. 1.

“El procedimiento penal está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente ininterrumpidas y reguladas por las normas del Derecho Procesal Penal, que se inicia cuando la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el tribunal.”²⁵¹

El proceso penal es el “conjunto de actos conforme a los cuales el juez aplicando la ley, resuelve el conflicto de intereses sometido a su conocimiento por el Ministerio Público”.²⁵²

El proceso penal no podrá tener más de tres instancias.

El juicio es:

El acto del juez, que sucede al análisis y ponderación de los hechos de la causa, a la luz de la totalidad de los elementos de prueba aportados al proceso, y que es anterior al dictado de la sentencia [...] El proceso penal [...] es el único camino a través del cual el Estado, ejercita su derecho de sancionar.²⁵³

La Constitución es la fuente principal del procedimiento, porque marca las directrices esenciales sobre las que se debe actuar para llegar a actualizar la norma penal, es la pauta imperativa donde se derivan las instituciones del Código de Procedimientos Penales. La Constitución impone la garantía del proceso (artículo 14) y la garantía jurisdiccional (artículo 13).²⁵⁴

El procedimiento penal: “Es un camino que nos llevará a un objeto final, la responsabilidad o inocencia de una o varias personas inculpadas”²⁵⁵

²⁵¹ *Ibíd*em, p. 2.

²⁵² *Ídem*.

²⁵³ *Ibíd*em, pp. 8-10.

²⁵⁴ Véase. Barragan Salvatierra, Carlos, ob., nota 222, p.41.

²⁵⁵ Bailón Valdovinos, Rosalio, ob., nota 181, p. 2.

El objeto del procedimiento penal: “es la defensa de la sociedad traducida en la protección de los derechos e intereses de los ofendidos”²⁵⁶

El objeto principal del procedimiento penal “está constituido por el conflicto de intereses que ha de resolverse por el juez aplicando la ley, mientras que el objeto accesorio es la reparación del daño”²⁵⁷

Fin del procedimiento penal:

El fin mediato es la prevención y represión del delito.

El fin inmediato es la aplicación de la ley abstracta e impersonal, al caso concreto y particular.

El fin específico es la verdad histórica y la personalidad del procesado.²⁵⁸

Los sujetos del procedimiento son: “el juez (magistrado), el Ministerio Público, el acusado, ofendido, denunciante, inculpado”²⁵⁹

Sujetos indispensables: sin cuya concurrencia no puede darse la relación; el juez, el Ministerio Público, el inculpado y el defensor.

Sujetos necesarios, el ofendido por el delito, testigos, peritos, intérpretes, secretarios, policías, funcionarios de prisión.

Terceros, reparación del daño.²⁶⁰

²⁵⁶ *Ibíd.*, p. 4.

²⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 11-12.

²⁵⁸ Hernández Pliego, Julio A. ob., nota 175, pp. 14-15.

²⁵⁹ Pallares, Eduardo, ob., nota 221, p. 6.

²⁶⁰ Hernández Pliego, Julio A. ob., nota 175, pp. 24-25.

Juez es el órgano del Estado al que se encarga la función de hacer justicia, la función *jurisdicente*, del latín *juris dicere*, decir el derecho. Juez Penal es el “órgano del Estado encargado de resolver, mediante la aplicación de la ley, los conflictos de intereses que el Ministerio Público somete a su conocimiento, con el propósito de preservar el orden social”.²⁶¹

²⁶¹ *Ibíd*em, pp. 31-32.

CAPÍTULO CUARTO
EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO.

**1. MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS:
PROCEDIMIENTOS ESPECIALES AUTOTUTELA,
AUTOCOMPOSICIÓN Y HETEROCOMPOSICIÓN**

Existen equivalentes jurisdiccionales, es decir, que el Estado desempeña función jurisdiccional para dirimir las controversias, existen otras formas equivalentes a las jurisdiccionales, como lo son: el proceso extranjero, el proceso eclesiástico, la autocomposición, la composición procesal, la conciliación y el arbitraje. Los primeros dos no serían equivalentes jurisdiccionales sino jurisdicciones de otro Estado y la autocomposición es un excluyente de la jurisdicción.

El proceso extranjero es el resultado de una función jurisdiccional desenvuelta en otro país. El proceso eclesiástico, emana de los tribunales de la iglesia.

Mientras que la autocomposición es un excluyente de la jurisdicción.

La mediación, si llega a triunfar y se resuelve el litigio, llegaríamos a una figura autocompositiva y si fracasa no vendría a ser un equivalente jurisdiccional.

Por otra parte el arbitraje es un equivalente jurisdiccional y es o constituye un verdadero proceso que se lleva ante jueces privados y no profesionales ni estatales.

Existen tres formas de solución de conflictiva social, la autotutela, autocomposición y heterocomposición.

Autotutela, como forma egoísta y primitiva de solución, en ella el más fuerte o el más débil impone por su inteligencia la solución al contrario.

Autocomposición, las propias partes en conflicto dan la solución de éste a través del pacto de la renuncia, reconocimiento de las pretensiones de la parte contraria, es una solución razonada de los conflictos.

Heterocomposición, forma más evolucionada e institucional de solución de la conflictiva social, la solución viene dada de fuera, por un tercero ajeno al conflicto e imparcial.

Entre la autocomposición y la heterocomposición se encuentra la mediación, y es en la cual las partes piden la opinión de un tercero, el que puede tratar de avenirlas y si las mismas partes se lo solicitan inclusive puede dar una opinión sobre el conflicto, esta opinión no tiene carácter imperativo, es un consejo.²⁶²

2. JUSTICIA RESTAURATIVA

En su evolución la organización social ha pasado de la venganza a la reparación del daño, la compensación y la punición. En la actualidad, se busca responder al crimen de un modo más constructivo mediante [...] un sistema de justicia que recupere la visión retributiva y la tendencia rehabilitadora de modos anteriores, y que ponga atención en el daño que tanto la víctima como la sociedad han sufrido.²⁶³

²⁶² Véase. Gómez Lara, Cipriano, ob., nota 235, pp. 25-29.

²⁶³ García Ramírez, Sergio, "En búsqueda de la tercera vía: la justicia restarurativa", *Revista de Ciencias Penales, Inter criminis*, México, Instituto

La justicia restaurativa se encuentra fincada en la armonía entre los hombres y un cabal saneamiento de las desgarraduras que produce el delito en el entramado social. Se propone una formulación alternativa del proceso penal y de la pena sobre la base del reconocimiento de la víctima en un nivel protagónico.²⁶⁴

“La tendencia actual es ver en el resarcimiento una forma de pena alternativa o sustitutiva que ofrece efectos mucho más positivos que la pena tradicional y puede llevar de manera concreta a la paz social y jurídica que resultan consustanciales a la penalidad en sí...”²⁶⁵

El Consejo económico y social de las Naciones Unidas aprobó el veinticuatro de julio de dos mil dos, los principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal.²⁶⁶

Ceretti, citado por el Doctor Sergio García Ramírez refiere que la justicia restaurativa, es:

La justicia que comprende la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo. El desafío es superar la lógica del castigo pasando a un lectura relacional del fenómeno criminal, entendido primariamente como un conflicto que provoca la ruptura de expectativas sociales simbólicamente compartidas.²⁶⁷

Nacional de Ciencias Penales, número 13, segunda época, abril-junio, 2005, p. 197.

²⁶⁴ Véase. Neuman, Elias, *La mediación penal y la justicia restaurativa*, México, Porrúa, 2005 p. 45.

²⁶⁵ *Ibíd*em, p. 51.

²⁶⁶ *Ibíd*em, p. 209.

²⁶⁷ García Ramírez, Sergio, ob., nota 263, p. 201.

El Doctor García Ramírez cita a Tony Marshall, quien define a la justicia restaurativa como: "... Un proceso en el que todas las partes implicadas en un determinado delito, resuelven colectivamente cómo manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro ..."²⁶⁸

JUSTICIA RESTAURATIVA

1. El proceso penal se rige por el principio de justicia restaurativa, entendido como todo procedimiento en el que la víctima y el imputado o sentenciado, participan conjuntamente, de forma activa, en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado restaurativo.
2. Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la integración de la víctima y del infractor a la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.
3. Protegiendo la seguridad ciudadana, la paz social y la tranquilidad pública, la policía, el ministerio público y los jueces deberán facilitar la solución de las controversias producidas como consecuencia del hecho a través de la mediación y la conciliación²⁶⁹.

En el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentran los llamados mecanismos alternativos de solución de controversias, conocidos también como medios alternativos de solución de conflictos, los podemos definir como:

²⁶⁸ Ídem.

²⁶⁹ Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación.

2.1 CONCILIACIÓN

Por medio de esta figura procesal se tratan de explicar una serie de negociaciones realizadas por las partes con la intervención de un tercero imparcial que es el conciliador, quien trata de avenirlas y le propone algunos mecanismos de solución de su litigio.

La conciliación es práctica cotidiana en materia laboral, en la protección al consumo, para los usuarios del sistema bancario, de seguros y fianzas ante los organismos de vigilancia de sus operadores. En materia procesal civil, en la cual se estableció una audiencia previa y de conciliación que tiene como finalidad proponer una solución al litigio y en caso de no lograrlo, depurar los aspectos, irregulares relacionados con los presupuestos procesales y con ciertas excepciones que es conveniente resolver antes de seguir adelante.²⁷⁰

2.2 MEDIACIÓN

“... La justicia penal consensuada deriva de la idea de una política penal restaurativa y resarcitoria para con la víctima del delito, en que el resarcimiento puede erigirse en un modelo de pena sustitutivo de la prisión tradicional...”²⁷¹

Dupis señala que la mediación es un procedimiento por el cual las partes, que se encuentran sumergidas en un conflicto, buscan una solución aceptable, a la que podrán llegar mediante la ayuda de

²⁷⁰ Véase. Gómez Lara, Cipriano, “Conciliación”, Colegio de profesores de derecho procesal de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México. Biblioteca diccionarios jurídicos temáticos, Harla, vol., 4, 1997, p. 55.

²⁷¹ Neuman, Elias, *Mediación y conciliación penal*, Argentina, De palma, 1997. p. 26.

un tercero neutral, que mediante el uso de técnicas aprendidas, intenta ayudarlas a llegar a su propio acuerdo.

Álvarez Gladis refiere que la mediación constituye un procedimiento de resolución de disputas flexibles y no vinculantes, en el cual un tercero neutral -el mediador- facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo. La mediación se configura con un sello propio que consiste en expandir las tradicionales discusiones a fin de lograr una avenencia y ampliar las opciones de resolución a menudo más allá de los puntos jurídicos involucrados en la controversia. Se trata de un procedimiento de primer nivel de elección para intentar arribar a un acuerdo, debido a su extensiva aplicabilidad y bajo costo para los litigantes y el tribunal.

Dupis menciona que la mediación implica la mediación de un tercero aceptable, imparcial y neutro, que carece de poder de decisión y habilitado para ayudar a las partes contendientes a alcanzar voluntariamente el arreglo mutuamente aceptable de los temas en discusión.²⁷²

La mediación, es una forma alternativa de solución de ciertas controversias, que refiere como presupuesto la existencia de un conflicto y la voluntad de resolverlo, así como la inversión de un tercero extraño a la controversia llamado mediador, quien a través de un procedimiento único y diferente en cada caso, tiene como función principal proponer alternativas de solución basadas en la imparcialidad, confidencialidad, neutralidad y honestidad y cuyo fin es la elaboración de un convenio que beneficie a todas las partes en conflicto sin que prevalezca el ánimo de ganador o perdedor en ninguna de ellas y que no contraríe a la moral y a las disposiciones de orden público.²⁷³

La mediación puede ser concebida como una de las medidas alternativas a la pena de prisión que intenta personalizar la pena y sustraer el encierro a un grupo considerable de infractores.

“...La mediación penal se trata de que las partes retomen o reasuman el conflicto personalmente, de pleno acuerdo y ya sin agresión...”.

²⁷² Véase. Pastrana Aguirre, Laura Aida, “Perspectivas de la mediación”, *Iustitia Et Securitas Revista sobre estudios jurídicos y sociales*, México, Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública, UAEM, año 2, enero-junio de 2006, p. 115.

²⁷³ *Ibídem*, p. 116.

Múltiples conflictos penales que involucran acciones delictivas consumadas o tentadas pueden ser resueltos por mediación o conciliación, contando con la expresa aquiescencia y la voluntad favorable de las partes.²⁷⁴

El Maestro Roxin señala que la medida alternativa centrada en el resarcimiento desemboca en la abolición de la pena, es decir, en las ideas abolicionistas del sistema penal que él no comparte aunque le da el sentido de una “utopía para un tiempo próximo”.²⁷⁵

Ventajas de la mediación

- a) Permite encontrar soluciones basadas en el sentido común. Si no logra un acuerdo, al menos posibilita poner de manifiesto la situación creada y la posición de la otra parte.
- b) Produce acuerdos creativos. La mediación cambia las reglas del juego. El mediador conjuntamente con las partes trabajan para generar todas las opciones posibles para solucionar el conflicto buscando arreglos.
- c) Las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo que dure la mediación.
- d) Comparativamente con el proceso judicial, es reducida en costos; y
- e) De igual manera, es reducida en el tiempo.²⁷⁶

La finalidad de la mediación es que las partes puedan dirimir su controversia de forma pacífica y una vez que han logrado la paz, es necesario que se elabore un convenio cuyos requisitos de fondo serán el apego a la moral y a las disposiciones de orden público.²⁷⁷

En 1987 el Comité de Ministros de los Estados Miembros dio a conocer la recomendación R(87) 18, sobre los modos de simplificación y desburocratización a la justicia penal, para impartir justicia ágilmente.

²⁷⁴ Véase. Neuman, Elías, ob., nota 271, p. 60.

²⁷⁵ Ibídem, p. 95.

²⁷⁶ Pastrana Aguirre, Laura Aida, ob., nota 272, p. 118.

²⁷⁷ Ibídem, p. 124.

“...La mediación penal, en realidad logra, según lo viene demostrando la experiencia la readaptación social de ambos víctima y victimario...”²⁷⁸

2.3 NEGOCIO JURÍDICO

En el desenvolvimiento de las fases de proceso además de la realización de actos procesales de las partes, de los terceros y del órgano jurisdiccional, se pueden encontrar una serie de actos procesales de carácter bilateral o unilateral, pero que para su perfeccionamiento es necesaria la intervención de una manifestación de voluntad por la parte contraria, a lo que se ha denominado negocio jurídico procesal.

Existen casos concretos en los que las partes exhiben algún documento que puede constituir, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, tanto de fondo como de carácter, procesal como:

El convenio que presentan las partes litigantes en materia de divorcio voluntario.

El desistimiento de la instancia realizado por la parte actora, el cual para su perfeccionamiento requiere el consentimiento del demandado.

²⁷⁸ Neuman, Elias, ob., nota 271, p. 27.

“Convenio judicial, por medio del cual las partes haciéndose mutuas y recíprocas concesiones, resuelven una controversia, documento que debe ser ratificado por el juzgador para que surta todos sus efectos de sentencia ejecutoriada” ²⁷⁹

2.4 LA TERCERA VÍA

Ahora bien, junto con el Principio de Oportunidad se encuentra la tercera vía.

El sistema de doble vía actúa sobre el autor mediante penas y medidas de seguridad; incluyendo la tercera vía como la reparación. Sus antecedentes los encontramos con los juristas alemanes, austriacos y suizos; recientemente argentinos.

La tercera vía sería aplicada como facultad sancionatoria del tribunal de **imponer al condenado: Reparar dentro de sus posibilidades los daños causados por el hecho**, contribuir con una o variada prestación en dinero a favor de una institución de bien común, **prestar servicio en una institución de bien público** (hospitales, salvamento, hogares de ancianos, bomberos).

El principio de oportunidad con la tercera vía, implica la eficacia del derecho penal. La reparación como vía de solución del conflicto se puede fundamentar con cualquiera de las teorías de la pena.

²⁷⁹ Ortiz Martínez, Carlos, “Negocio jurídico procesal”, Colegio de profesores de derecho procesal de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México. Biblioteca diccionarios jurídicos temáticos, Harla, vol., 4, 1997 p. 131.

Sobre la base de la eficacia de la tercera vía, dice el Doctor Roxin, es el compromiso entre delincuente y víctima, se exime de las consecuencias nocivas y socialmente discriminatorias de la privación de libertad y se le da la impresión de volver a ser aceptado por la sociedad, con ello se hace probablemente más por su resocialización que una costosa ejecución del tratamiento.

El acuerdo de voluntades es muy importante dentro de la tercera vía, donde la reparación del daño causado al ofendido por el delito puede aparejar la disminución o la sustitución de la pena (sanción).

La tercera vía puede implementarse en procesos carentes de víctimas, donde la reparación puede ser material o simbólica con la prestación de trabajo u otra alternativa (indemnización a terceros, regalo al perjudicado, prestaciones laborales).

“La tercera vía se puede llevar a cabo dentro de un proceso de mediación y conciliación, donde haya un acuerdo de voluntades en litigio entre autor y víctima. La mejor manera de que ocurra esto, es la posibilidad de contar con el **principio de oportunidad**, ya que un sistema flexible propicia el éxito de la mediación y por ende de la reparación mediante la tercera vía”²⁸⁰

3. ÚLTIMA RATIO

Malo Camacho considera que el sentido del principio de la *extrema ratio* o última ratio, identificado como el principio de intervención mínima, significa

²⁸⁰ Fellini, Zulita, “La tercera via para la resolución de los conflictos”, Ponencia presentada en el Congreso Internacional. Las ciencias penales en el siglo XXI, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, pp. 319-342.

que la regulación penal sólo aparece justificada en la medida en que sea necesaria a los objetivos de la convivencia.²⁸¹

La regulación jurídico penal implica la coercibilidad penal, cuya imposición representa la intervención más directa y personal del Estado en los bienes jurídicos, incluso personalísimos, de aquel a quien se aplica, de aquí la necesidad de recurrir a esta vía sólo como un último recurso. La posibilidad del Estado para ejercer, de una manera directa, su potestad punitiva. Ésta sólo debe ser empleada cuando otras formas de respuesta social de la norma resulten ser insuficientes y, naturalmente, aquí vale tener presente que esa potestad punitiva puede significar la afectación a los más elevados valores y bienes de la persona, como puede ser la libertad, el patrimonio o incluso la privación de la vida misma.²⁸²

Díaz Aranda²⁸³ refiere que en un Estado social y democrático debe ser el último medio empleado para la protección de bienes jurídicos fundamentales.

El derecho penal como último medio, porque existen muchos otros a los que puede recurrir para prevenir la lesión de bienes jurídicos. Ello requiere de la atención de las necesidades económicas, sociales y culturales de la población.

Una de las primeras medidas que corresponde adoptar al Estado es una política social, orientada hacia el bienestar general, como el fortalecimiento

²⁸¹ Véase. Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2000, p. 99.

²⁸² *Ibíd.*, p. 100.

²⁸³ Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, México, Porrúa – UNAM, 2003, p. 87.

del sistema de educación y salud, empleo de los medios de comunicación masiva para fortalecer los valores de paz, justicia y equidad.

El bienestar generado por el Estado debe estar garantizado por medidas para prevenir conductas que atenten contra los bienes, que permiten al particular su desarrollo y participación en el sistema social, lo cual requiere la intervención de una política eficaz, un sistema de sanciones económicas o administrativas, suficientes a aquél que atente contra dichos bienes e intimidar a quien pretenda lesionarlos.

Si los medios con que cuenta el Estado, han sido insuficientes para conseguir proteger a los bienes jurídicos fundamentales para la sociedad, si es ahí donde radica el problema deberá proceder a su reestructuración y mejoramiento.

“Cuando todos los medios empleados por el Estado funcionan correctamente, pero no son suficientes para proteger al bien jurídico de conductas que lo afectan gravemente, entonces deberá recurrir al derecho penal como último recurso, para prevenir y sancionar dichas conductas.”²⁸⁴

La última ratio, considerada desde la perspectiva político criminal, va encaminada hacia el mayor bienestar con el menor costo social.

El Estado debe ejercer sus facultades para garantizar a todos los ciudadanos la posibilidad de disfrutar y gozar de ella. El Estado protege la libertad del ciudadano frente a otros ciudadanos y su protección frente a los mismos actos estatales, por lo que la pena privativa de libertad debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado.

²⁸⁴ Ídem.

En contrario, si el Estado utiliza de forma irracional su potestad punitiva creando tipos penales para prevenir conductas que podrían ser resueltas con medidas menos nocivas, o si eleva indiscriminadamente las penas para aparentar estar en la lucha contra la delincuencia, porque actuaría como un Estado autoritario, disfrazando la legalidad del derecho penal.²⁸⁵

La tutela penal del Estado se dirige a salvaguardar situaciones ordinarias generales, abstractas y trascendentes del individuo y la sociedad que así lo requieren; el poder político primitivo no puede establecerse para controlar cualquier perturbación de la vida social, sino como última ratio debe limitarse a la protección de los valores fundamentales de la misma.²⁸⁶

El Senado de la República de Colombia, en su sentencia C- 285/97 dice que la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada.

Por lo que al respecto los magistrados dicen que el derecho penal constituye el mecanismo de control más gravoso para la libertad de las personas, es también la forma de tutela más eficaz de los bienes y derechos fundamentales de los individuos. Por ello, cuando el legislador, por razones de política criminal, opta por recurrir a ese medio de control, para garantizar un bien jurídico determinado, todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, tienen el derecho a recibir igual protección y no se habrá de vulnerar el derecho a la igualdad.²⁸⁷

²⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 87-90.

²⁸⁶ Véase. Díaz De León, Marco Antonio, *ob.*, nota 200, p. 1322.

²⁸⁷ Véase. Senado de la República de Colombia, sentencia C- 285/97, febrero, 2005, http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC285_97.HTM.

4. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En los diversos países del mundo, se han introducido, una infinidad de principios e instituciones jurídicas que buscan garantizar el normal desarrollo de un proceso más justo, entre ellos tenemos: el debido proceso, derecho a la defensa, presunción de inocencia, igualdad, pluralidad de instancia, celeridad, economía procesal, “*ne bis in idem*”, “ultima ratio”, mínima intervención, humanidad de penas, proporcionalidad entre otros; los juicios orales, y el Principio de Oportunidad, como una alternativa de agilizar el proceso penal y evitar dilaciones indebidas, siempre y cuando se hayan establecido indicios suficientes de la existencia de un delito en el que se encuentre vinculado el imputado, quien debe en cierta forma aceptar los hechos punibles, en caso contrario se estaría violando su derecho a la defensa y presunción de inocencia.

4.1 DEFINICIÓN

Oportunidad, proviene de la palabra latina *opportunum*, de forma oportuna.

En el ámbito legal, el principio de oportunidad surge en la materia administrativa. La regulación expresa del principio de oportunidad aporta claridad al respecto y consagrando expresamente los eventos de su aplicación le da al funcionario judicial la certeza de que en el caso concreto no se ejercita la acción penal por disposición de la ley.²⁸⁸

Es una facultad o potestad que tiene el Ministerio Público, es decir, supone la discrecionalidad de la actuación en la persecución penal, la libertad absoluta de adoptar cualquier decisión facultativa, mas no es una

²⁸⁸ Véase. Perdomo Torres, Jorge Fernando, ob., nota 114, pp. 44-45.

obligación, ya que la norma indica “podrá...” más no señala que “deberá”, y siempre que se cumplan con ciertos requisitos exigidos por la ley en casos específicos. Cuando se aplica, prácticamente, no se impone una sanción penal al imputado, en cambio si debe fijarse una reparación civil a favor del agraviado, o en su caso deberá haber un acuerdo entre estas partes. Por otro lado, también se da cuando el agente ya ha sufrido una forma de castigo, al haber sido afectado gravemente de una u otra forma en consecuencia del delito que él mismo provocó, por tanto, ya no sería necesario imponerle una sanción (falta de necesidad de pena). Sólo debe aplicarse en aquéllos casos establecidos por la misma norma, que son de escaso impacto social (falta de merecimiento de pena) y de mínima culpabilidad (que también son considerados por razones de falta de merecimiento de pena); no siendo posible con funcionarios públicos que hayan cometido un hecho delictivo cuando han estado en ejercicio de su cargo.²⁸⁹

El principio de oportunidad es una institución conciliatoria del Derecho Penal Moderno que ofrece a las partes – agraviado e inculpado - la posibilidad de evitar verse involucradas en un proceso judicial penal engorroso y largo, con altos costos económicos, como emocionales, al haberse acordado la reparación civil de un delito determinado en instancia jurisdiccional o extrajudicial.

El Principio de Oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, para (bajo determinadas condiciones establecidas expresamente por ley) abstenerse de su ejercicio, o en su caso, para solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la

²⁸⁹ Véase. Salas Beteta Cristian, “Definición del principio de oportunidad”, Apuntes, Perú, marzo -2007.

causa bajo los mismos supuestos. Debiendo para ello existir elementos probatorios de la comisión del delito y de la vinculación con el imputado, quien debe prestar su consentimiento para la aplicación del citado principio. Definición que corresponde al Sistema de Oportunidad Reglada, toda vez que los criterios de oportunidad obedecen a supuestos expresamente señalados por ley, a diferencia del Sistema de Oportunidad Libre, propia de países anglosajones, como Estados Unidos donde el Titular de la Acción Penal tiene plena disponibilidad y discrecional en su ejercicio.

Este primer sistema, pues, es adoptado por nuestro ordenamiento procesal penal.²⁹⁰

Sin embargo, cabe hacer mención que el Principio de Oportunidad rige notoriamente en el proceso civil, pues el titular del derecho privado, perturbado, puede emplear diversos mecanismos para el adecuado restablecimiento del mismo, por ejemplo, celebrar una transacción extrajudicial o someterse a un arbitraje, de tal suerte, las partes deciden, en base a su conveniencia u oportunidad, si sus intereses serán tutelados por el órgano jurisdiccional o no. Por decirlo de otra manera, el proceso, cuando en él se conozca de pretensiones de carácter privado, nunca será iniciado de oficio, porque al órgano jurisdiccional no le compete la iniciativa procesal en estos casos.

Como indica el doctrinario Salas, el Principio de Oportunidad no es más que la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, para abstenerse de ejercitarla en los casos expresamente establecidos por ley. Dichos casos obedecen a causas de Falta de

²⁹⁰ Véase. Salas Beteta Cristian, “El principio de oportunidad en el nuevo código procesal penal”, marzo -2007, http://ofdnews.com/comentarios/1526_0_1_0_C/.

Necesidad de Pena, que se da cuando el agente sufre un grave perjuicio a consecuencia de su accionar delictivo, y de Falta de Merecimiento de Pena, que se presenta cuando el delito no afecta gravemente el interés público (los llamados “Delitos de Bagatela”) y también, cuando el agente ha tenido mínima culpabilidad o escasa participación, siendo necesario en estos últimos supuestos que se otorgue una reparación civil a favor del agraviado.²⁹¹

El Principio de Oportunidad permite que el poder público frente a la comisión de determinado delito, y en los regímenes donde tiene vigencia este principio de oportunidad, convenir con uno o más de los implicados en las conductas incriminadas, si ese inculcado coadyuva eficazmente en el descubrimiento y conocimiento de las conductas delictivas habidas, a quién presta esa colaboración se le promete y luego se le cumple el pedido y posterior aplicación de una sanción menor o diferente, a la que le hubiera correspondido frente a los actos cometidos y probados en el proceso.

Es aquél en atención al cual el Fiscal debe ejercer la acción penal, con arreglo a su discrecional criterio, en uno de los determinados supuestos regulados legalmente.²⁹²

Es la facultad que el titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible.

El principio de oportunidad tiene una gran importancia para la sociedad y para la resocialización del inculcado, puesto que permite a éste no sólo

²⁹¹ Ibídem.

²⁹² Ídem.

reconocer la comisión del delito, sino que además le da la oportunidad de reparar el daño ocasionado y poder reintegrarse nuevamente a la sociedad, al haberse hecho beneficiario de la conclusión de la investigación o del proceso judicial, promoviéndose así, a través de la víctima y el agresor la paz social, por haberse resuelto el conflicto.

La utilización del principio de oportunidad por parte del denunciado expresa su arrepentimiento a la víctima y a la sociedad, por la comisión del delito, al aceptar su responsabilidad en el mismo. En cambio, la aceptación de la aplicación del principio de oportunidad, por parte de la víctima, expresa su voluntad de perdonar a su agresor y aceptar la reparación económica del daño, previo acuerdo, lo cual origina en ambos la expresión y búsqueda personal de una cultura de paz y no de violencia, venganza, resentimientos o rencores, permitiéndoles continuar con sus actividades diarias y con sus vidas, dejando atrás el mal recuerdo de que ambos fueron actores – agraviado y agente - de un delito.

Cuando los actores del delito – víctima y agresor – no son personas ajenas o desconocidas, sino cercanas y tan conocidas como los miembros de una familia, el trabajo de promover un acuerdo puede tornarse más dificultoso, sobre todo por la presencia de las emociones negativas que las partes pueden expresar, las mismas que evitan que puedan escucharse y dialogar. Sin embargo, una vez reconocidas y canalizadas adecuadamente las distintas emociones que expresan las partes y que las separan, su capacidad de tolerarse, escucharse y dialogar podrá permitir que el tercero que los asiste en la búsqueda de una solución pueda ayudarles a llegar a un acuerdo de manera más eficaz.

En ocasiones los actores de un delito producido en contra de una pareja, un hijo o pariente, no son conscientes de que el hecho producido se encuentra tipificado como tal, llegando a pensar, incluso, que por tener la calidad de esposo o cónyuge o existir algún tipo de vínculo consanguíneo o de afinidad con la víctima se le otorga el derecho de poder actuar como quiera, este pensamiento está muy arraigado a causas socio-culturales de diversas índoles; en otras situaciones, la comisión de un delito entre miembros de una familia sólo se produce por la falta de capacidad de resolver sus conflictos, por la falta de comunicación, por rencores pasados, que origina en las partes tal alejamiento que puede terminar en un ilícito. En consecuencia, el mal tratamiento y abordaje de conflicto humano y familiar puede terminar en la comisión de un delito. Así somos testigos de hombres o mujeres que por motivos de celos acaban asesinando a sus respectivas parejas; o de denuncias de omisión a la asistencia familiar por incumplimiento de la prestación de la pensión de alimentos.²⁹³

Hoy se regula legalmente que tanto el Fiscal, como el agresor y el agraviado por el delito, se pueden poner de acuerdo en cuanto a la aplicación o no aplicación de la pena. De esta manera, se consigue satisfacer el interés público que existe en torno a la efectividad y rapidez en la resolución de los conflictos sociales generados por el delito y, al mismo tiempo, se satisfacen los intereses reparatorios de la víctima.

Como señalamos anteriormente, la conciliación en el Principio de Oportunidad sólo será propicia en los supuestos de la comisión de delitos que no afecten gravemente el interés público y en los de mínima culpabilidad o participación del agente, en los cuales se exige para su

²⁹³ Véase. Díaz Honores Jenny, *El principio de oportunidad y la conciliación familia*, Perú, 2007. p. 59

procedencia un acuerdo entre imputado y víctima, respecto al monto de la reparación civil u otro alternativo.

La finalidad de la Diligencia de Acuerdo en el Principio de Oportunidad, reside en la fijación voluntaria de un monto de dinero por concepto de reparación civil, derivado de los daños y perjuicios causados por la comisión de un delito.

La discrecionalidad que tiene el titular de la acción penal reside en la necesidad de establecer condiciones legales, que deberán ser correctamente interpretada o determinada. En ese sentido, como ya lo mencionamos, su fundamento radica en la escasa relevancia social de la infracción o en la personalidad del agente infractor.²⁹⁴

Es en base a este principio, que las partes buscan un acuerdo a efectos de satisfacer intereses distintos: el agraviado buscará el resarcimiento del daño producido por la comisión del delito, a través de una compensación de tipo económica; mientras que el inculpado buscará una forma de reparar el daño ante el agraviado y la sociedad y evitar así que recaiga en su persona la persecución penal del delito cometido. Lo cierto es que al producirse un acuerdo sobre la reparación civil en las condiciones acordadas por la partes, ambos podrán sentir mayor tranquilidad frente al ilícito.²⁹⁵

El Principio de Oportunidad se refiere a que no es suficiente que se verifiquen los presupuestos indispensables para su ejercicio, sino que es necesario que el órgano encargado considere convenientemente su ejercicio, debido a que puede abstenerse cuando considere que el ejercicio

²⁹⁴ Véase. Salas Beteta Cristian, ob., nota 290.

²⁹⁵ Véase. Díaz Honores Jenny, ob., nota 293, p. 56.

de la acción puede causar males mayores (escándalo público para la paz, complicaciones internas, etc.), basándose en su propia valoración y, cuando así convenga a los intereses del propio estado, atendiendo al interés social.²⁹⁶

El fundamento del Principio de Oportunidad se resume en las diversas consideraciones como es la escasa relevancia social, que supone la comisión del delito, y en los que la pena carezca de significación; además de la pronta reparación civil a la víctima sin mayores dilaciones, que en muchos casos requiere; la personalidad del agente, con la finalidad de evitar efectos perjudiciales con tendencia criminógenos contra su persona, a consecuencia de una pena corta que le prive de su libertad; aunado a otros principios penales, es que emerge un espíritu despenalizador del nuevo sistema cautelar judicial.

El Principio de Oportunidad es considerado la contraposición teórica del Principio de Legalidad, mediante el que se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo archivando el proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito.

El Principio de Oportunidad, al ser principio, es una norma y ésta permite que las partes inmersas en un conflicto penal puedan regularlo por ellas mismas. El principio puede dar lugar a diversos métodos o mecanismos de composición de conflictos jurídicos, como la mediación y conciliación.

²⁹⁶ *Ibíd.*, p. 59.

El Principio de Oportunidad se ha introducido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 21, por reforma de junio de 2008, en donde se establece que: el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

4.1.1 SISTEMAS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Los dos sistemas de regulación del principio de oportunidad, son de forma abierta o libre y cerrada o reglada, como a continuación se explica.

4.4.2 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD ABIERTO O LIBRE

Este sistema es seguido por los países anglosajones, como por ejemplo Estados Unidos. La característica fundamental de este sistema, es que el Fiscal ejerce la acusación luego de negociar con el acusado o su representante legal, sin sujetarse a ninguna regla preexistente. Mediante este sistema, el Juez penal se sustrae del conocimiento de los hechos y su papel se limita a decidir sobre los términos de una negociación libre que no ha controlado.²⁹⁷

4.4.3 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CERRADO O REGLADO

Es propio de los países europeos, la característica de este sistema radica en que la ley prevé los supuestos sobre los cuales el Fiscal puede declinar la persecución penal y decidirse por el archivo del caso. Un ejemplo de ello, son las normas sobre arrendamiento, en casos de terrorismo, por

²⁹⁷ Véase. Salas Beteta, Cristian, ob., nota 290.

cuestiones de seguridad del Estado, o incluso, de manera general, se observan también en las disposiciones de ejecución penal, en un afán por viabilizar la rehabilitación del delincuente.²⁹⁸

En algunos casos el Principio de Oportunidad se basa en consideraciones relativas al hecho, ya sea a su mínima lesividad, antigüedad, poca relevancia, entre otras. También se basa en consideraciones relacionadas con el autor, como su edad (juvenil, senil), o la convivencia de aplicar una medida de rehabilitación o tratamiento. Por último, también obedece a consideraciones como la relación entre el autor y el hecho o entre el autor y su víctima, así como el interés del Estado.²⁹⁹

No cabe duda que la institución de la oportunidad reglada devuelve el protagonismo procesal al ofendido por el delito. Se trata de un mecanismo legal que pone en el mismo plano la búsqueda del resarcimiento de la víctima y la realización de la pretensión punitiva estatal. De allí que el Estado puede renunciar a castigar cuando se ha reparado al perjudicado por la comisión de un delito o, en caso contrario, aperture un proceso y aplique una sanción penal efectiva contra el delincuente que incumple con el compromiso de reparar a la víctima.³⁰⁰

Los casos legales en los que el Estado puede prescindir de la persecución penal. Estos casos legales normalmente se basan en criterios cuantitativos (insignificancia del hecho, escasa culpabilidad), cualitativos (determinados tipos de delitos o condiciones especiales del caso), de economía (multiplicidad de hechos imposibles de investigar o cuya investigación no

²⁹⁸ Ídem.

²⁹⁹ Ídem.

³⁰⁰ Véase. Palacios Darío, Dextre y Monge Guillergua, Ruth, “El principio de oportunidad en el proceso penal peruano”, Perú, FECAT, Marzo – 2003.

produce modificaciones sobre la pena esperable) o de mayor interés (colaboracionismo).

La ley constituye el marco infranqueable en donde se desenvuelve la aplicación de los Criterios de Oportunidad. Ésta es la opinión más aceptada en la doctrina del proceso penal. Sobre todo en la elaborada por autores en cuyo país rige la codificación propia del sistema europeo-continental.³⁰¹

La oportunidad reglada no quebranta el Principio de Legalidad. Por el contrario, se trata de una singular manifestación de este último, pues al aplicarse se hace uso de lo que la ley dispone. Se actúa dentro de las parcelas legales. Lo que se presenta realmente es una atenuación del Principio de Obligatoriedad de la acusación.³⁰²

4.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En el ámbito del proceso penal, el principio de legalidad se entiende como la obligación que tiene el Fiscal de promover necesaria e inmediatamente la acción penal, una vez llegada a su conocimiento la *notitia criminis*.³⁰³

Una de las características de la acción penal es su obligatoriedad, bajo el Principio de Legalidad, que no es otra forma, de proceder ineludiblemente

³⁰¹ Ídem.

Entre los Principios Generales del Derecho que se concretizaron en el Código Napoleónico figuraba el Principio de Legalidad. Desde aquel momento, este Principio de naturaleza técnica informa la estructura, la norma de operación y el contenido mismo de las normas o grupos normativos del derecho europeo continental como totalidad. Así, el Derecho Penal y Procesal Penal están vinculados también al Principio de Legalidad.

³⁰² Ídem.

³⁰³ Ídem.

con la viabilidad del ejercicio de la acción penal hasta su sanción; también lo es, que este criterio de oportunidad es su excepción.

En el Estado mexicano, el principio de legalidad se basa en que el órgano persecutor debe ejercitar la acción penal cuando se reúnen los elementos legales establecidos por la ley de su ejercicio, en este caso los señalados por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD (COLISIÓN DE PRINCIPIOS)

El Principio de Oportunidad rige en aquellos procesos en los cuales el interés predominante es el del individuo. Este principio aparentemente colisionaría con el principio de legalidad, en vista de que el interés que está en juego, es generalmente público. Sin embargo, esto no significa desconocer la existencia de aquéllos delitos, en los cuales el ejercicio de la acción penal es privado y en otros casos en que el interés público a la persecución del delito es mínimo, por ser mínima o insignificante la afectación a los bienes jurídicos (también llamados de “bagatela”). En todo caso, son razones político criminales las que han llevado al legislador a establecer algunos criterios de oportunidad, en base a los cuales el Fiscal Provincial puede abstenerse de ejercitar la acción penal. Debiendo aplicarse siempre dentro del marco de lo prescrito legalmente, es por ello que no colisiona con el principio de legalidad, tan solo mitiga dicho principio.

La legalidad señala (indiscrecionalidad) que al tenerse conocimiento de un hecho delictuoso resulta necesario promover acción penal para luego aplicar una sanción; no obstante este principio es considerado una

excepción al de legalidad, empero el de oportunidad puede justificarse de modos distintos, “por un lado, partiendo de un enfoque que favorece un flujo político de gobierno sobre la justicia penal, por otro, en el interés de la verificación de la justicia material, en contraste con un formalismo legal”, y que “hoy en día el Principio de Obligatoriedad o Legalidad debe ceder a un Principio de Oportunidad en el segundo sentido, es decir, a favor de la justicia material. Lo cual nos lleva a la conclusión de que en realidad el Principio de Oportunidad si bien, es contrario al de Legalidad, no es menos cierto que éste, no quebranta en sí el ejercicio de la acción penal, ya que el Fiscal Provincial, al abstenerse de ejercitar la acción penal está cumpliendo con la norma penal adjetiva y actuando legalmente.

Dentro de un proceso penal garantizador, se han establecido mecanismos con la finalidad de lograr una pronta justicia, sin dilaciones innecesarias, teniendo en cuenta el interés público, cuando se trata de delitos de escasa gravedad, aunado a que el sistema judicial en nuestra sociedad es incapaz de controlar eficientemente todos los casos penales, por una sobre carga laboral en los órganos jurisdiccionales; por razones de política criminal facilitando la reinserción del imputado hacia la sociedad, evitando efectos criminógenos, teniendo en cuenta además que al derecho penal debe acudir sólo como una última razón “*ultima ratio*”, cuando han fracasado los otros órganos de control, y la sanción penal debe ser perseguible cuando es estrictamente necesario, ya que lo que se busca es asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad. Con este Principio de Oportunidad se procura una mayor economía procesal y la obtención de una rápida indemnización a la víctima³⁰⁴.

³⁰⁴ Véase. Melgarejo Barreto Pepe, Manual del principio de oportunidad, Perú, Jurista editores, 2002, p. 40.

Los criterios de oportunidad son la excepción al principio de legalidad empero, que no colisionan entre sí, sino que se considera como una mitigación a este principio, por cuanto el interés público a la persecución de determinados delitos es mínimo, por ser de insignificancia, los llamados delitos de bagatela.

En la doctrina española es donde esta postura doctrinaria tiene mayor aceptación. Así, el Maestro De Diego Diez indica que la oportunidad no arbitraria, sino “reglada” (esto es, concebida no como una facultad libre del Fiscal, sino sujeta a normas preestablecidas cuyo acatamiento puede ser controlado por el órgano jurisdiccional), no supone contradicción alguna con la legalidad.

En forma similar opina Moreno Catena para quien la legalidad no impide ni contradice la posibilidad de implantación de una oportunidad reglada en el proceso penal, sobre todo para la persecución de los delitos menos graves.³⁰⁵

4.4 NO COLISIÓN DE PRINCIPIOS

Los autores que advierten la supuesta contradicción entre el principio de legalidad y la utilización de los criterios de oportunidad dando pautas de oportunidad, no colisionan con el principio de legalidad.

Desde esta perspectiva, el uso de los Criterios de Oportunidad se encuentra incluido en el Principio de Legalidad. Suponen la atribución al Fiscal, por parte del ordenamiento jurídico, de un margen de disponibilidad de la acción

³⁰⁵ Véase. Palacios Darío, Dextre y Monge Guillergua, Ruth, ob., nota 300, p. 50.

penal, configurado por una pluralidad de soluciones, todas ellas válidas en la medida que se adecuan a la legalidad. El Ministerio Público se halla sujeto a la ley, tanto si ejercita la acción penal, como cuando se abstiene de hacerlo.

El contraste entre un Principio de Legalidad formalista y la oportunidad ha sido resaltado por Goldschmidt, para quien el Principio de Legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva y, frente a ello, el Principio de Oportunidad puede justificarse de dos modos distintos, “por un lado partiendo de un enfoque que favorece un flujo político de gobierno sobre la justicia penal, por otro, en el interés de la verificación de la justicia material en contraste a un formalismo legal”, y que, “hoy en día el Principio de Legalidad tienen que ceder a un Principio de Oportunidad en el segundo sentido, es decir, a favor de la justicia material”.³⁰⁶

4.5 EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad surge en Europa a partir de la Primera Guerra Mundial por el aumento de delitos menores pero de frecuente comisión, se buscaron formas para resolver sin dilación el gran número de casos y evitar el congestionamiento procesal. Una de las soluciones que se introdujeron fue la aplicación del principio de oportunidad, con el cual se negociaba con el acusado, según el caso, una condena o sanción sin necesidad de abrir el proceso.

El Principio de Oportunidad tiene sus orígenes en Alemania en la “Ley Emminger” (04 de Enero de 1924 –artículo 153-) en la cual se faculta al Ministerio Público a

³⁰⁶ Ídem.

abstenerse del ejercicio de la acción penal cubriendo determinados supuestos como son: el Reparar el daño ocasionado, otorgar prestaciones de utilidad pública y cumplir determinadas obligaciones que haya contraído el inculpado.³⁰⁷

Hoy se regula legalmente que tanto el Fiscal, el agresor y el agraviado por el delito, se pueda poner de acuerdo en cuanto a la aplicación o no aplicación de la pena (sanción). De esta manera, se consigue satisfacer el interés público que existe en torno a la efectividad y rapidez en la resolución de los conflictos sociales generados por el delito y, al mismo tiempo, se satisfacen los intereses reparatorios de la víctima.

4.6 CRITERIOS PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Los criterios de oportunidad son aplicados por el Ministerio Público, para que bajo determinados presupuestos establecidos en la propia norma pueda ofrecer al imputado medidas alternativas, cuando generalmente se tratara de delitos leves, a través del instituto denominado de la “conformidad” o de la llamada “negociación sobre la declaración de la culpabilidad”.

Para la aplicación del principio de oportunidad, debe tenerse el consentimiento expreso del inculpado para acogerse al Principio de Oportunidad, manifestar su voluntad de reparar el daño ocasionado u otorgar una reparación civil al ofendido; de lo contrario se procederá con el ejercicio de la acción penal. No se puede condicionar la aplicación del

³⁰⁷ Véase. Melgarejo Barreto, Pepe, ob., nota 304, p. 45.

Principio de Oportunidad al reconocimiento de culpa, toda vez que se estaría violando el derecho de defensa y el de presunción de inocencia.

Dentro del proceso se deben tener ciertos criterios para aplicar este principio, siguiendo una serie de pautas en las que el Fiscal, una vez recibidos los actuados, verificará que existan suficientes elementos probatorios de comisión delictiva y de vinculación del implicado o denunciado en su comisión, así como que el Principio de Oportunidad será propicio y limitado en:

- La comisión de delitos que no afecten gravemente el interés público
- Delitos de mínima culpabilidad o participación del agente (falta de merecimiento o necesidad de pena).
- Debe tenerse el consentimiento expreso del inculcado para que se aplique el principio de oportunidad (convenio público o privado ante notario sin necesidad de ratificación por las partes).
- Se haga la reparación del daño de acuerdo a las posibilidades del inculcado y a las necesidades de la víctima u ofendido.³⁰⁸

4.7 FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINALES DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Los criterios de oportunidad tienen razones de política criminal, además han llevado a los legisladores a establecer criterios, ya que existe una crisis generalizada de la justicia penal, por la congestión procesal y penitenciaria, siendo un mecanismo institucionalizado para evitar un juicio prolongado o una sanción.

³⁰⁸ Salas Beteta, Cristian, ob., nota 290.

- Permiten evitar la persecución de determinados ilícitos y sobreseer por razones de oportunidad.
- Los pocos logros en el sistema penal. El sistema penal no ha podido implementar nuevas formas para que oportunamente, puedan procesarse todos los casos penales bajo su competencia, ni ha logrado un buen funcionamiento de los centros penitenciarios.
- La no dilación procesal. Conforme los principios de eficacia y celeridad procesal, se trata de buscar celeridad, así como mejores y prontas soluciones a un conflicto penal que no tiene relevancia, resolviendo con justicia el caso.
- Economía Procesal. La terminación de los procesos debe ser pronta.
- Lesividad. Las conductas que en realidad hayan causado daño o generen un riesgo concreto a un bien jurídico que se encuentra tutelado por el Estado.
- El principio de *última ratio*, donde el derecho penal se aplica como último recurso o de estricta necesidad.
- Mínima Intervención, donde el derecho penal sólo debe intervenir en las conductas muy graves que ataquen a los bienes jurídicos más importantes. Y en donde el aparato judicial sólo conozca y resuelva los conflictos más graves.
- La Insignificancia es por la afectación superficial del bien jurídico.
- Evitación de los efectos criminógenos de las penas privativas de la libertad y la resocialización del delincuente a través del sostenimiento voluntario sobre un proceso de readaptación cuyo cumplimiento queda condicionado al sobreseimiento.
- Contribuir a la consecución de una justicia material por sobre la formal.³⁰⁹

³⁰⁹ Fellini, Zulita, ob., nota 280, p. 316

4.8 BENEFICIOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad genera beneficios y ventajas desde tres puntos de vista:

Desde el punto de vista de la Administración de Justicia. La aplicación del principio de oportunidad permite disminuir la carga procesal de los despachos de los magistrados; atender con mayor disposición los delitos graves que originan una alta lesión social y es de interés público su persecución penal y su punición. Además, permite resolver delitos de escasa relevancia social y lograr la paz social. De otro lado, al tratarse de delitos menores cuyas penas no superan los 4 años de pena privativa de libertad, no se producen penas efectivas y los procesos solo retardan la reparación pronta y oportuna de la reparación civil, lo cual se puede lograr con la aplicación de este principio de oportunidad.

Desde el punto de vista de la Víctima. El principio de oportunidad permite que la víctima o los agraviados reciban una justa reparación civil y en un tiempo corto, ya que en caso de pago fraccionado el plazo no podrá exceder de 9 meses según el artículo 2 del Código Procesal Penal. Además permite que el derecho penal llegue a sus destinatarios y que se trate con mayor justicia a la víctima.

Desde el punto de vista del Agente. A través de la aplicación del principio de oportunidad el agente también se ve beneficiado, dependiendo del caso, en dos circunstancias:

Antes de promovida la acción penal. El agente se beneficia con la abstención del fiscal de ejercer la acción Penal y, en consecuencia, no es posible que otro fiscal promueva la acción penal por una denuncia basada en los hechos y el mismo delito, una vez reparado el daño.

Después de promovida la acción penal y antes de la acusación fiscal. El agente se beneficia con abstención del fiscal de formular acusación y la abstención del juez de emitir sentencia, ya que el juez sólo expedirá auto de sobreseimiento al existir acuerdo sobre la reparación civil. Empero, adicionalmente, el agente también se ve beneficiado al evitar ser sometido a la persecución pública por la instancia jurisdiccional por la comisión del delito, pudiendo reintegrarse a la sociedad.³¹⁰

Eficiencia del sistema. La aplicación del Principio de Oportunidad debe permitir reducir la sobre carga laboral en instancia jurisdiccional dejando que el órgano judicial conozca conductas delictuosas graves donde resulte necesario hacer uso de las medidas coercitivas facultadas por ley, así mismo debe evitarse el sobrepoblamiento de internos en centros penitenciarios, como ocurre en la actualidad en los diversos lugares del País.

4.9 REQUISITOS PARA QUE APLIQUE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Los presupuestos o criterios de oportunidad, doctrinalmente distinguidos son: la Falta de Necesidad de Pena y Falta de Merecimiento de Pena.

³¹⁰ Véase, Díaz Honores Jenny, ob., nota 293, p. 45.

Para la aplicación de este principio, el Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal cuando concurren ciertos requisitos exigidos por la norma, pudiendo ser estos concurrentes o excluyentes entre sí, tales como:

1. Afectación Grave del Agente

Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito (culposo o doloso) sancionado con pena privativa de libertad no mayor de 4 años, y la pena resulte innecesaria.³¹¹

Ejemplos comunes de ello es el caso del conductor imprudente que transita a excesiva velocidad por una vía, despistándose, atropellando a un peatón y colisionando contra un muro, provocando la muerte tanto del peatón como la de su hijo, que iba a bordo del vehículo. Siendo tal la afectación del agente que en este tipo de supuesto no se exige el pago de una reparación civil.³¹²

Se dan en aquellos casos en que el imputado ha sido afectado gravemente ya sea física o psicológicamente a consecuencia del delito que él mismo provocó, consecuentemente ya no sería necesario aplicar una pena.³¹³

El delito cometido puede ser de carácter doloso o culposo.

Como precisa Torres *Caro*, las consecuencias del delito para el autor del mismo deben ser especialmente relevantes, de tal manera que éstas deben verificarse, ya sea, como daño corporal, esto es, con un grave daño a su

³¹¹ Véase. Salas Beteta, Cristian, ob., nota 290.

³¹² Idem.

³¹³ Idem.

salud o integridad física o de, índole económico, es decir, con un evidente perjuicio en su patrimonio; o también, de carácter psicológico o emocional, evidenciado con un notorio sufrimiento o angustia.

El daño grave puede recaer tanto sobre el autor como sobre una tercera persona vinculada directamente a él. Por ejemplo: el sujeto que al incendiar el automóvil de otro, se quema gravemente el cuerpo quedando minusválido, o el caso en el que un conductor, al retroceder negligentemente su vehículo, atropella a su hijo menor de edad que lo iba a despedir. En la primera hipótesis planteada, la conducta delictiva afecta directamente al autor, en tanto que, en el segundo caso, se puede afirmar que el autor también resulta afectado, pero no de forma “directa” en la medida que se ha afectado, involuntariamente, un bien jurídico ajeno: la vida o la salud de su hijo.

Para los efectos de aplicación del Criterio de Oportunidad bajo análisis quedan descartadas las consecuencias que el imputado quiso causarse así mismo o al menos previó como posibles. Como por ejemplo: la automutilación o de utilización de artefactos explosivos a sabiendas de su impericia o del riesgo excepcional que genera su utilización empírica.

Lo más importante es llegar a la conclusión de que la grave afectación que el delito ha producido en el propio denunciado o implicado hace innecesario acudir a la sanción penal. Se debe considerar que las razones que fundamentan y legitiman la aplicación de la pena, vinculadas tanto a la compensación jurídico-penal por el delito perpetrado y al grado de culpabilidad del agente en su comisión, cuanto a la prevención general y especial, resultan inaplicables en el presente caso: la pena, en virtud al

padecimiento del imputado por su propia conducta, resultaría manifiestamente desproporcionada.

2. Delito Insignificante

Que el delito sea insignificante o no sea frecuente, que a su vez, estos no afectarán gravemente a la sociedad o interés público (también son llamados delitos de bagatela o de poca monta la pena privativa de libertad debe estar conminada en su extremo mínimo, por no más de dos años).³¹⁴

El Delito de Bagatela es aquél que por su poca frecuencia o insignificancia no constituye una seria afectación al interés público, no repercutiendo trascendentalmente sus efectos, por ende, en la Sociedad. Aquí tenemos a delitos como las lesiones leves, la apropiación ilícita, el hurto simple, la estafa, entre otros.³¹⁵

La comprensión de los delitos insignificantes o de bagatela, como uno de los presupuestos necesarios de hacer frente a la pequeña criminalidad masificada o a aquella que no produce una grave afección a los bienes jurídicos penalmente tutelados. Se trata de una forma de descongestionar la labor de la administración de justicia, dirigiéndola, en cambio, a la efectiva persecución y sanción de la criminalidad más grave. Por otro lado, la abstención del ejercicio de la acción penal en el caso de delitos de bagatela es un mecanismo a través del cual se procura tratar proporcionalmente los conflictos sociales generados por el delito. En estos casos resulta innegable que la apertura automática de una investigación penal –en aras de asegurar el Principio de Obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal– sería totalmente desproporcionada y dejaría de lado los intereses reparatorios de

³¹⁴ Idem.

³¹⁵ Idem.

la víctima para satisfacer sólo los intereses del Estado en la persecución del delito y la aplicación del *ius puniendi*.”

3. Mínima Culpabilidad

Cuando se presenten circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena, vinculadas entre otros factores, a los móviles y finalidad del autor, a sus características personales, a su comportamiento luego de la comisión del delito, con exclusión de la confesión. Se tendrá en consideración, además, aquellos supuestos vinculados a las causas de inculpabilidad incompletas, al error (de tipo y de prohibición vencibles y comprensión culturalmente condicionada disminuida) y al arrepentimiento sin éxito; la contribución a la perpetración del delito será mínima en los supuestos de complicidad secundaria (en estos casos no se exige que la pena mínima sea dos años, sino pueden ser de mayor gravedad).³¹⁶

Cuando conforme a las circunstancias del hecho y las condiciones personales del denunciado, el Fiscal aprecie la concurrencia de atenuantes como el Error de Tipo, el Error de Comprensión Culturalmente condicionado, la Tentativa, la Atenuación de la Pena, la Responsabilidad Restringida, la Complicidad; y advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución, teniendo en cuenta, además, que el hecho no se encuentre sancionado con más de 4 años de pena privativa de libertad.³¹⁷

Es decir, cuando se presenten circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena, vinculadas entre otros factores, a los móviles y

³¹⁶ Idem.

³¹⁷ Ídem.

finalidad del autor, a sus características personales, a su comportamiento luego de la comisión del delito, con exclusión de la confesión. Se tendrá en consideración, además, aquellos supuestos vinculados a las causas de inculpabilidad incompletas, al error (de tipo y de prohibición vencibles y comprensión culturalmente condicionada disminuida) y al arrepentimiento sin éxito; la contribución a la perpetración del delito será mínima en los supuestos de complicidad secundaria (en estos casos no se exige que la pena mínima sea dos años, sino pueden ser de mayor gravedad).³¹⁸

4. Reconocimiento de Culpabilidad

Que el imputado preste su consentimiento expreso en el delito que se le ha investigado preliminarmente, o se le viene investigando judicialmente; es decir, que sea consciente de su culpabilidad para que pueda aceptar su participación en el hecho delictivo (de no existir delito ni la responsabilidad del imputado, la investigación deberá archivarse de modo definitivo).³¹⁹

Tratándose de casos en los que se produce una mínima afectación a los bienes jurídicos o cuando el imputado ha manifestado una escasa responsabilidad en su comisión, el Fiscal y el autor del delito pueden decidir sobre la apertura del proceso. Ambos se hallan facultados para negociar, tomando en cuenta los intereses reparatorios de la víctima, acerca del no ejercicio de la acción penal a cambio de la tácita aceptación de los hechos atribuidos al imputado. No cabe duda que de esta manera se abre en el campo penal un cierto espacio para el consenso.

³¹⁸ Ídem.

³¹⁹ Ídem.

La procura del consenso, en tales casos, es un imperativo ético-jurídico, que entre nosotros viene apoyando por dos parámetros constitucionales, que son: 1) La obtención del consentimiento del imputado para someterse a una sanción constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad o el ejercicio de la libertad y desenvolvimiento de la propia personalidad,... y 2) El reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de sanción implican una actitud socializadora que facilita la reinserción social, reclamada como fin de la pena,... que no debe ser perturbada ni por el inicio o continuación del proceso ni por la “estigmatización” de la audiencia de juzgamiento.³²⁰

5. Exclusión de Funcionarios Públicos

En ningún caso puede aplicarse estos supuestos con funcionarios públicos en ejercicio de su cargo. Es decir, está expresamente excluido el imputado que sea funcionario público y el delito cometido haya sido cuando se encontraba en ejercicio de una función pública; tal son los casos de los efectivos policiales, alcaldes, prefectos, subprefectos entre otros, cuando aquellos se encuentran en actividad de sus funciones y cometen, por ejemplo, actos arbitrarios, apropiaciones indebidas de recaudos que se les ha confiado en razón de su función, entre otros. Sin embargo, no se daría en el supuesto en que un alcalde fuera de su oficina al encontrarse con su enemigo le propina golpes, ocasionándole lesiones a su víctima, porque éste sería procesado por el delito de lesiones, pero no por abuso de autoridad.³²¹

³²⁰ Véase. Palacios Darío, Dextre y Monge Guillergua, Ruth, ob., nota 300, p. 51.

³²¹ Véase. Salas Beteta, Cristian, ob., nota 290.

6. Obligación de Pago

Que, el imputado haya cumplido con el pago total de la reparación civil, esto es la restitución del bien, o en su caso el pago de su valor, y además la indemnización por los daños y perjuicios; o en todo caso, se hayan puesto de acuerdo el referido imputado con la parte agraviada. Debe entenderse que en materia penal siempre existe una sanción penal por el hecho delictivo, además de una reparación civil, y el titular de la acción penal es el señor Fiscal (quien puede abstenerse de ejercitar por el Principio de Oportunidad), mientras que en la reparación civil es precisamente la parte civil, que puede reclamar o renunciar sólo en este extremo. Cabe precisar que en los casos de falta de necesidad de pena no es necesario la exigencia del pago de la reparación civil.³²²

Lo importante respecto a la reparación civil es que las partes estén conformes con el monto y no provoque, sobre todo en el agraviado, inconformidad con la administración de Justicia.³²³

4.10 PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN PERÚ

En el presente apartado se realizará una investigación en relación al procedimiento de aplicación del Principio de Oportunidad en Perú.

En adelante el nuevo Código Procesal Penal de Perú nos acerca al procedimiento del Principio de Oportunidad, tanto a nivel Fiscal como Judicial. Marcándose claramente los Criterios de Oportunidad que nuestra

³²² Ídem.

³²³ Véase. Díaz Honores Jenny, ob., nota 293, p. 45.

legislación adopta, sumándose a los tres supuestos previamente explicados (No Afectación Grave del Agente, Delitos de Bagatela y Mínima Culpabilidad del Agente) una taxativa relación de delitos, para los cuales se exige condiciones especiales, a fin de ubicárseles dentro de los alcances para la aplicación de la oportunidad.³²⁴

El consentimiento que brinde el imputado debe ser entendido como la voluntad de éste para reconocer los daños y perjuicios causados a la víctima, y que se materializa con el pago de una reparación civil. Voluntad, que hasta ese momento, resulta expectativa, pues aún restará escuchar la posición de la víctima, en el sentido de si acepta o no la propuesta económica que el imputado o el Fiscal formulen.

Entonces, debemos ser precisos y señalar que no todo consentimiento del imputado implica el reconocimiento de culpabilidad.³²⁵

Pues al no prestar su consentimiento éste tiene todo el derecho de continuar un debido proceso a efectos de ejercer su defensa y demostrar su inocencia.³²⁶

En Perú, el Principio de Oportunidad se encuentra establecido en el artículo dos del Código de Procedimientos Penales y **el trámite del Principio de Oportunidad se inicia de la siguiente manera:**

El Fiscal al tomar conocimiento de un hecho ilícito (sea por sí mismo, por denuncia de parte o informe policial) y apreciando suficientes medios

³²⁴ Véase. Salas Beteta, Cristian, ob., nota 289.

³²⁵ Ídem.

³²⁶ Véase. Díaz Honores, Jenny, ob., nota 293, p. 46.

probatorios que acrediten su existencia, así como la vinculación del imputado con su comisión, y los supuestos previstos en el Artículo 2º del Código Procesal Penal, de oficio o a solicitud del imputado:

1. Dispondrá la pertinencia para el inicio del trámite del Principio de Oportunidad, citando al investigado y al agraviado con el fin de realizar una diligencia de acuerdo, cuyo desarrollo constará en acta.

* Si el agraviado no asiste a la diligencia: el Fiscal podrá determinar el monto de la reparación civil que corresponda.

* Si el imputado y la víctima no llegan a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil: el Fiscal fijará el plazo, que no podrá exceder de 9 meses.

* Si los involucrados arriban a un acuerdo y éste consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente: No será necesario llevar a cabo la Diligencia de Acuerdo.

Una vez arribado el acuerdo y satisfecha la reparación civil: el Fiscal expedirá una disposición de abstención.

La disposición de abstención impide (bajo sanción de nulidad) que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos.

* Si se hubiera fijado un plazo para el pago de la reparación civil: se suspenderán los efectos de la disposición de abstención hasta su efectivo cumplimiento.

* Si el obligado no cumpliera con el pago de la reparación civil: se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile.

* Si el imputado cumpliera con cancelar el total del monto de la reparación civil o el acuerdo al que haya arribado con la víctima: se procederá a cerrar el caso, archivándolo definitivamente.³²⁷

Si el acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por Notario no será necesario que el Juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del Principio de Oportunidad.

Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el Juez podrá, a petición del Ministerio Público, o de la parte agraviada, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos ya establecidos, en un plazo no mayor de diez días.

El acta que se suscribe ante el Fiscal no tiene efectos ejecutorios. Ya que, en caso de incumplimiento del acuerdo contenido en él, el Fiscal o el agraviado no pueden solicitar su ejecución a nivel judicial, sino, simplemente, proceder conforme a sus atribuciones, es decir, formalizar la denuncia penal correspondiente.

FACULTAD ADICIONAL DEL FISCAL

Aquí debemos de hacer un alto, pues el numeral 5) del artículo segundo bajo tratamiento, nos presenta una singular innovación, que consiste en la facultad que se otorga al Fiscal para que (en la Disposición de Abstención) imponga una sanción adicional al imputado, independientemente de la reparación civil a la que éste se hubiere comprometido, solicitando su

³²⁷Véase. Salas Beteta, Cristian, ob. nota 290.

aprobación al Juez competente. Medida que encuentra su justificación en el grado de responsabilidad del agente y en la tutela del interés público.

De tal manera que, señala el código, si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente: (1) el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y (2) la aplicación de las reglas de conducta como: la prohibición de frecuentar determinados lugares, prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez, comparecencia mensual, entre otras previstas en el artículo 64º del Código Penal solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados.³²⁸

CRITERIOS DE OPORTUNIDAD ADICIONALES

Como lo hicimos notar, líneas adelante, el legislador ha optado por especificar los tipos penales a los cuales el Fiscal puede aplicar el Principio de Oportunidad, independientes a los tres supuestos tratados anteriormente. Estableciendo, asimismo, las condiciones especiales que deben de presentar para su procedencia.

Es así que, el numeral 6) del artículo segundo del nuevo código adjetivo penal señala que procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122º (Lesiones Leves), 185º (Hurto Simple), 187º (Hurto de Uso), 189-Aº primer párrafo (Hurto de Ganado), 190º (Apropiación Ilícita), 191º (Sustracción de Bien Propio), 192º (Apropiación Ilícita - Formas Atenuadas), 193º (Apropiación de Prenda), 196º (Estafa),

³²⁸ Ídem.

197° (Defraudación), 198° (Fraude de la Gestión de Persona Jurídica), 205° (Daños), 215° (Libramiento Indebido), y Delitos Culposos. Excepto: cuando haya: pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito (que sea de igual o mayor gravedad, o afecte bienes jurídicos indisponibles).³²⁹

En estos casos:

El Fiscal de Oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio.

* Si ambos convienen el mismo: el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal.

* Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero: el Fiscal promoverá la acción penal.

Procediéndose conforme al trámite ya desarrollado.³³⁰

PROCEDIMIENTO A NIVEL JUDICIAL

Si la acción penal ya hubiera sido promovida, el Juez previa audiencia, *podrá* a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado dictar auto de sobreseimiento -con o sin las reglas fijadas en el numeral 5 imposición de penas adicionales- hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos.

El auto de sobreseimiento no será impugnado, excepto:

³²⁹ Ídem.

³³⁰ Ídem.

(1) En cuanto al monto de la reparación civil si ésta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima], o

(2) Respecto a las reglas impuestas si éstas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

Tratándose de los delitos previstos y sancionados en los artículos 122º (Lesiones Leves), 185º (Hurto Simple), 187º (Hurto de Uso), 189-Aº primer párrafo (Hurto de Ganado), 190º (Apropiación Ilícita), 191º (Sustracción de Bien Propio), 192º (Apropiación Ilícita - Formas Atenuadas), 193º (Apropiación de Prenda), 196º (Estafa), 197º (Defraudación), 198º (Fraude de la Gestión de Persona Jurídica), 205º (Daños), 215º (Libramiento Indebido), y Delitos Culposos, en los que no haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito (que sea de igual o mayor gravedad, o que afecte bienes jurídicos indisponibles), basta la presentación del acuerdo reparatorio en un instrumento público o documento privado legalizado notarialmente, para que el Juez dicte auto de sobreseimiento.³³¹

4.11 PAISES QUE APLICAN EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En Europa: Alemania, Italia, Inglaterra, Portugal, España, y Austria³³².

Alemania

Se aplica el principio de oportunidad cerrado. La ley Enminger (04 de mayo del año 1924) faculta al Ministerio Público a abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos en que la culpa sea leve y carezcan de importancia las consecuencias

³³¹ Ídem.

³³² Melgarejo Barreto, Pepe, ob., nota 304, p. 48.

dañosas, de tal manera que su persecución no afecte el interés público, cuyos asuntos correspondan aplicar el Principio de Oportunidad.³³³

El principio de oportunidad en los delitos perseguibles mediante acción privada, el Estado pone de manifiesto su desinterés en hacerse cargo de su persecución, si el Fiscal estimara que existe un interés público, podrá iniciar el proceso.

Alemania cuenta pues, con una experiencia de años sobre la aplicación del principio de oportunidad con amplias facultades discrecionales otorgadas al Fiscal.

El Artículo 2° del Código Procesal penal de Perú se ha inspirado en el Código de Procedimiento Penal Tipo para Iberoamérica y en la Ordenanza Procesal Penal Alemana. Tiene como objeto de regulación la abstención del Fiscal para ejercer la acción penal en los delitos públicos. El Fiscal puede abstenerse de ejercitar la acción penal sólo invocando las tres pautas de oportunidad contenidas en el mentado artículo segundo, siempre y cuando el imputado esté de acuerdo con su aplicación. Este último requisito se explica por el hecho de que la abstención por oportunidad requiere un juicio mínimo de presunta responsabilidad penal en el imputado, sustentado en la existencia de elementos de convicción suficientes que justifiquen el procesamiento penal, lo que de hecho afecta el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En Alemania el Fiscal tiene absoluta libertad sobre el uso de los Criterios de Oportunidad tratándose de ilícitos de carácter patrimonial, cuya pena no sea

³³³ Ídem.

mayor a un año, en los demás casos requerirá siempre la aprobación del tribunal.

Italia

En Italia existe el (patteggiamento) proceso abreviado para evitar el juzgamiento o concluir antes lo iniciado. Se basa en el acuerdo realizado entre el Ministerio Público y el Imputado sobre la posible pena, siempre que existan circunstancias atenuantes que lo permitan y cuando la pena no sea superior a los 4 años de pena privativa de la libertad, el Juez puede dictar sentencia sin debate oral, con la posibilidad de reducción de la pena a imponerse.³³⁴

El principio de oportunidad en Italia (Istruzione senza dibattimento - instrucción sin debate o discusión) consiste en que antes de que se produzca la apertura del juicio oral el Ministerio Fiscal y el imputado pueden llegar a un acuerdo sobre la forma de la pena (sanción), y solicitar al Juez que concluya el proceso y que se sustituya la pena de prisión por otra de libertad controlada o de multa.

El *giudizio abbreviato* y el *patteggiamento* en la legislación procesal penal italiana.

Inglaterra

Institucionaliza un mecanismo denominado “*Guilty Plea*” para evitar un juicio o una condena mayor.

³³⁴ Ibídem, p. 50.

Permite el acuerdo externo entre las partes, al margen de la intervención del Fiscal, inicialmente los interesados sólo acuden con sus abogados sin requerir la presencia de un árbitro, para un acuerdo extrajudicial y si éste fracasara recién solicitan la presencia del Fiscal, quién tiene la facultad de proponer fórmulas conciliatorias para evitar un proceso.³³⁵

Portugal

Se atribuye al Ministerio Público la competencia exclusiva para promover el proceso penal con carácter obligatorio (legalidad procesal: *nullua poena sine iudicio*) en la persecución de los delitos públicos.

El principio de oportunidad se aplica en la pequeña y mediana criminalidad, bajo ciertas hipótesis. Establece la posibilidad de archivar el proceso cuando al hecho punible le corresponde dispensa o exención de pena, poniendo a disposición del Ministerio Público y del Juez los mecanismos necesarios a efectos de resolver gran parte de los “Delitos de Bagatela”³³⁶

España

En España rige el principio de legalidad y el principio de oportunidad, autorizando al Fiscal para que pueda desistir la continuación del expediente y se aplica bajo determinadas circunstancias previstas en la ley (oportunidad reglada). El Principio de Oportunidad que responde única y exclusivamente a una política criminal que se utiliza en delitos de menor criminalidad y de poca importancia, e incluso se permite que la policía trate

³³⁵ *Ibídem*, p. 55.

³³⁶ *Ibídem*, p. 59.

que las partes arriben a una conciliación, la misma que debe ser aprobada por el Ministerio Público y el Juez.³³⁷

El uso de los Criterios de Oportunidad en la legislación alemana

La institución conocida por el ordenamiento procesal penal español como conformidad del acusado (Art. 655° L.E.Crim.) o como confesión del procesado (Art. 688°) constituye una manifestación del Principio de Oportunidad que responde única y exclusivamente a razones de política criminal.

En Austria el principio de oportunidad aplica en el arrepentimiento activo del inculpado y los hechos no son merecedores de pena.

Francia: el archivo de la persecución penal.

“En América”³³⁸ los países que cuentan con el principio de oportunidad son:

“Estados Unidos de Norte América. Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Salvador, Guatemala, Perú, Chile, Uruguay y Venezuela”³³⁹

Estados Unidos de Norte América

³³⁷ Ibídem, p. 62.

³³⁸ Ortiz Úrculo, Juan Cesáreo, “El principio de oportunidad”, marzo-2007.
<http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL76.PDF>.

³³⁹ Maier, Julio B.J – Worschnik, Kai Juan (Coord.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Argentina, Ad-hoc, 2000, p. 585.

El poder discrecional del Ministerio Público es muy amplio, no es regulado. Entre el 75% y 90% de casos se resuelven bajo criterios de oportunidad. Mediante el denominado “Plan Bergaming”. Se plantea como instrumento de simplificación, que consiste en un mecanismo institucionalizado por el cual se trata de evitar un proceso prolongado o una condena mayor a la prevista, por acuerdo entre las partes en la causa penal seguida contra el imputado, quien se declara culpable y conforme con los cargos que se le formulen renunciando al derecho de que se le siga un proceso e incluso a la posibilidad de que salga absuelto PLEA BARGAINING es la declaración de culpabilidad y se manifiesta de las siguientes formas:

- Voluntaria. Cuando es evidente la culpabilidad.
- Estructuralmente Inducida. Cuando la confesión es consecuencia de la previsión de una pena más grave para quienes insisten en la celebración de la vista de la causa, o porque es sabido que los jueces imponen una pena más benigna a quienes reconociendo su culpabilidad, renuncian al juicio contradictorio.
- Negociada. Consiste en el acuerdo entre el Fiscal y el acusado o su abogado antes de la vista de la causa, el que puede versar sobre el delito o la pena o, en su caso, sobre ambos. Llevado a cabo dicho acuerdo, el Fiscal recomendará al Juez ser indulgente.

Colombia

Código de Procedimientos Penales. Art. 38°, modificado por Ley N° 81, Art. 6°. 1993.

Regula la figura jurídica de la conciliación en los delitos que admiten desistimiento y aquéllos que permiten la preclusión de la investigación por indemnización integral de perjuicios.

Por la cual se busca un acercamiento entre el autor del hecho delictivo y los perjudicados, el mismo que se aboca estrictamente a lo económico, restableciéndose el derecho y la terminación del proceso.

Tiene su fundamento en el descongestionamiento de los Despachos Judiciales.

Argentina

Encontramos la “Suspensión del Procedimiento a Prueba”, que es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor del imputado, quien se somete durante un plazo a cumplir satisfactoriamente con determinadas obligaciones legales que le son impartidas por el Tribunal, las mismas que una vez cumplidas, darán lugar a la extinción de la acción penal.

Como apreciamos, guarda similitud con la “Reserva del Fallo Condenatorio” al término de la instrucción, propio del proceso penal peruano. No obstante, la diferencia radica en que en la legislación argentina se aplica durante el proceso.

Para la aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba se requiere:

1. el consentimiento por parte del imputado del otorgamiento del beneficio;

2. la reparación, en lo posible, del daño provocado a la víctima; y la no comisión de un delito anterior.

Perú

Principio de Oportunidad en nuestro ámbito penal peruano, que recién ha incluido como norma rectora esta institución jurídica en su ordenamiento (Código Procesal Penal – Decreto Legislativo N° 638, que entró en vigencia parcialmente, a partir del 27 de abril de 1991, entre ellos el Artículo 2° referido al mencionado principio, el mismo que fuera modificado por las Leyes N° 27072 y 27664, del 23 de marzo de 1999, y del 08 de febrero de 2002, respectivamente.

La institución de la oportunidad, que responde a la voluntad del legislador dirigida a rediseñar el modelo de proceso penal peruano, tiene claras repercusiones en las características que tradicionalmente se asignaban a la acción penal. Entre éstas, principalmente, la referida a su carácter indisponible. Ahora bien, no cabe duda que una institución con las características de la oportunidad –cuya fuente de inspiración es el modelo de justicia criminal anglo americano- requiere para su operatividad que se dote al Fiscal de amplias facultades de negociación y, a su vez, precisa que la conformidad del imputado, con los hechos que se le atribuyen y con el monto de la reparación civil, tengan plena eficacia para evitar el inicio de un proceso penal en su contra.

Estas condiciones, cuya legalidad ha sido necesaria establecer, para que pueda hacerse efectiva la institución de la oportunidad, requieren, ineludiblemente, que se otorgue al Fiscal la facultad de disponer, aunque sea en forma limitada, de la acción penal. Sin embargo, es en este punto en donde se bifurcan las posturas doctrinarias. Para un determinado sector, la disponibilidad debe otorgarse sólo cuando los delitos que llegan a conocimiento del Fiscal han originado una mínima afectación a los bienes jurídicos o cuando la participación del imputado en su comisión revela una escasa culpabilidad. Otro sector de la doctrina está de acuerdo con aquellos requisitos, pero restringe sus alcances al sostener que la posibilidad de la acción se efectivice sólo ante delitos cuyos bienes jurídicos pueden ser reparados o resarcidos materialmente. En este último caso, por ejemplo, la disponibilidad de la acción penal tratándose de un delito contra el patrimonio como el hurto, en donde el imputado tendría la posibilidad de devolver el bien sustraído o pagar una reparación equivalente a su valor. En los demás casos, la disponibilidad de la acción estaría sujeta al control jurisdiccional.

En el ordenamiento procesal penal peruano, el Principio de Indiscrecionalidad de la acción no sufre menoscabo con la introducción de los Criterios de Oportunidad, es cierto que el artículo 2° del Código Procesal Penal no prevé ninguna forma de control jurisdiccional que limite la facultad que tiene el Fiscal para disponer de la acción, sin embargo, éste se halla sujeto –en los casos de aplicación de la oportunidad por falta de merecimiento de pena– a que la pena mínima no sea mayor a los dos años de privación de libertad o que no se trate de un delito cometido por funcionario público, para poder disponer del ejercicio de la acción penal.

En definitiva, en el modelo de proceso penal que nos rige, no obstante la introducción de las pautas de oportunidad, al Fiscal no se le otorga una

irrestricada capacidad de disponer de la acción penal en todos los casos y para todos los ilícitos penales. Su capacidad de negociación, de consenso con el imputado, se encuentra circunscrita a los delitos insignificantes o a los casos en donde es mínima la culpabilidad del que ha participado en un delito.³⁴⁰

“...El principio de oportunidad permite prescindir de la apertura de juicio y de la acusación penal a ultranza. Ello responde a una realidad poderosa y no debe tomarse como una fatalidad insuperable. Es un problema de cambio ideológico en la política criminal con beneficio para las partes y la propia sociedad...”³⁴¹

El principio de oportunidad que permite formas alternativas sobre la base irrestricada de voluntariedad de las partes y la abstención del Ministerio Público de iniciar o proseguir la acción penal.³⁴²

En 1987 el Comité de Ministros de los Estados Miembros dio a conocer la recomendación R. (87) 18, sobre los modos de simplificar y desburocratizar a la justicia penal, como primera medida es el adoptar el principio de oportunidad, los procedimientos simplificados y la transacción.

“... Se indica que el principio de oportunidad en y para el ejercicio de la acción, sea reglamentado y se adopte toda vez que existan, elementos de convicción determinantes de la culpabilidad. Se hace hincapié sobre “la gravedad de la infracción, las circunstancias y consecuencias del hecho, la personalidad del sospechable, cuáles podrían ser los efectos de una

³⁴⁰ Véase. Palacios Darío, Dextre y Monge Guillergua, Ruth, ob., nota 300, p. 65.

³⁴¹ Neuman, Elías, ob., nota 271, p. 88.

³⁴² Ibídem, p. 90.

eventual condena, la situación de la víctima a la que se garante en toda ocasión el daño causado...”³⁴³

El Consejo Europeo recomienda la adopción de otras medidas procesales siempre basadas en la posibilidad, cualquiera que fuese el delito, de que la víctima asuma el rol de parte querellante según su voluntad y, por el otro lado, la facultad que se concede al juzgador, en ciertas condiciones, para la suspensión del proceso y aun de la sentencia.

También sobre la base del Principio de Oportunidad el Consejo Europeo recomienda la descriminalización de conductas masivas e inexpresivas o, en ciertos casos, en conductas atípicas. En el primer caso se trata de procedimientos sumarios tendientes a la no aplicación de penas coercitivas o corporales sino de multas cuyas formas de pago, en ciertas oportunidades se conviene con el infractor.³⁴⁴

México

En este apartado se estudiara dicho principio en el Procedimiento Penal Mexicano.

Por lo que diversos estudios exponen que tanto en el Estado Mexicano, como en otros países, existe sobrecarga de trabajo en la procuración y administración de justicia. Aunado a que en los últimos años se ha incrementado la inseguridad y deficiencia en las instituciones encargadas de ello, se ha visto en la aplicación del Principio de Oportunidad Procesal Penal, una solución viable.

En el Estado Mexicano, existen diversos estudios emitidos por Juristas y por Instituciones como: la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el “Libro blanco de la reforma judicial, Una agenda para la justicia en México”; la Maestra Lucia Núñez Aguilar en su tesis de grado denominada “Alternativas

³⁴³ Ibídem, p. 105.

³⁴⁴ Ibídem, pp. 106-107.

de soluciones a la sobrepoblación de los centros penitenciarios en el Estado de México” adecuando el Código Penal al Artículo 18 Constitucional; el Maestro Guillermo Zapeda Lecuona en el libro “Crimen sin castigo, Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México”; el Doctor Sergio García Ramírez en su artículo “Comentarios a la iniciativa de reforma constitucional en materia Penal del 29 de marzo de 2004”, en el Boletín de Derecho Comparado 111; el Maestro Marcelo Bergman, en el libro “Seguridad Pública y Estado en México. Análisis de algunas iniciativas”, todos han expuesto la sobre carga de trabajo en la procuración y administración de justicia.

Pues bien, la problemática antes expuesta, nos lleva a buscar nuevas formas de solución de conflictos, tales como la mediación y conciliación; así como el mencionado Principio de Oportunidad.

El Principio de Oportunidad se presentó como una nueva tendencia del derecho procesal que se está estudiando tanto a nivel nacional como internacional, algunos juristas que participan son: el Doctor Sergio García Ramírez (UNAM), el Doctor Jorge Perdomo Torres (Universidad Externado de Colombia) y el Maestro Cristian Salas Beteta (Perú). He ahí la importancia del estudio de los problemas actuales.

En Latinoamérica como en el mundo se aplica el principio de oportunidad en el procedimiento penal como una de las soluciones a los problemas referidos.

La facultad de aplicar los criterios de oportunidad que se asigna al Fiscal responde a las exigencias del moderno Estado de Derecho y a la función de prevención especial que la pena y el Derecho Penal asumen en él.

El espacio de consenso está destinado primordialmente para la resocialización del autor del hecho y puede implicar, para respetar el principio de autonomía de la voluntad, el uso voluntariamente limitado de ciertos derechos y garantías fundamentales asegurados por el Estado Constitucional, tales como la igualdad de oportunidades, el de presunción de inocencia, el de verdad real, el de amplia defensa, contradictorio, el respeto estricto de todos los derechos y garantías fundamentales.³⁴⁵

Dentro de un estado Constitucional Garantista, en el marco de un proceso penal acusatorio garantista, el uso de los criterios de oportunidad estará a cargo del representante del Ministerio Público, como titular exclusivo de la acción penal pública; no obstante la discrecionalidad de éste estará circunscrita a la posibilidad de abstenerse en el ejercicio de la acción penal, dentro de los parámetros legales; a pesar, que el Ministerio Público no es un órgano jurisdiccional, porque no ostenta la posibilidad de aplicar el derecho objetivo. Sin embargo, se debe precisar que el uso de los criterios de oportunidad en un proceso penal acusatorio y garantista, además de las condiciones indicadas, deben orientarse a otorgar un rol de primer orden al imputado, el consentimiento expreso debe tomarse en cuenta, es decir, la aceptación por parte de aquél para acogerse al Principio de Oportunidad, o sea, manifestar la voluntad de reparar el daño ocasionado u otorgar una reparación civil al agraviado; ante lo cual, se procederá adelante con el trámite.

Actualmente, el Procedimiento penal tiene un horizonte de proyección mucho más amplio, sus fines cubren tanto la satisfacción de los intereses del Estado en la aplicación del *ius puniendi* como el resguardo del derecho a declarar la libertad del ciudadano inocente, la reparación de la víctima y la

³⁴⁵ Véase. Palacios Darío, Dextre y Monge Guillergu, Ruth, ob., nota 300, p. 87.

reinserción del imputado a la sociedad. La aplicación de los criterios de oportunidad en nuestro ordenamiento procesal penal armoniza, indiscutiblemente, con estos fines³⁴⁶.

Los legisladores se suman a la nueva corriente de tendencias reformistas en el ámbito del derecho procesal penal a nivel internacional, incidiendo en la introducción de un modelo acusatorio garantista o liberal, con las características que tienen los criterios de oportunidad.

El veintinueve de marzo de dos mil cuatro, el Ejecutivo Federal a cargo del Presidente de la República L. A. E. Vicente Fox Quesada (2000-2006), presentó ante la Cámara de Senadores un proyecto de reformas a diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia penal y otros ámbitos.

En lo concerniente a nuestro tema se presentaron reformas constitucionales donde encontramos la apertura constitucional hacia el sistema de oportunidad procesal, con el cual habría un nuevo párrafo en el artículo 16 de la Constitución Federal, sin lograr fuese aprobado por la Legislatura Federal.³⁴⁷

Pero de nueva cuenta el actual ejecutivo federal a cargo del Presidente de la República Lic. Felipe de Jesús Calderón Hinojosa presentó ante la Cámara de Senadores un proyecto de reformas a diversos preceptos de la

³⁴⁶ *Ibíd*em

³⁴⁷ Véase García Ramírez, Sergio, "Comentarios a la iniciativa de reforma constitucional en material penal del 29 de marzo de 2004", *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM, Año XXXVII, No. 111 septiembre – diciembre 2004, p. 1085.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismas que fueron aprobadas y publicadas por decreto del dieciocho de junio de 2008.

Por lo que nuestro tema de investigación: el Principio de Oportunidad en el Procedimiento Penal Mexicano, tiene un antes y un después de acuerdo con la reforma Constitucional del dieciocho de junio de 2008.

La investigación del Principio de Oportunidad en el Procedimiento Penal Mexicano, se realiza desde dos ángulos, es decir antes y después de la reforma Constitucional del dieciocho de junio de 2008, así como primeramente se denotan los matices del Principio de Oportunidad que se encuentran en el Código de Procedimientos Penales vigente en la Entidad, así como el ya establecido Principio de Oportunidad en el Código de Procedimientos Penales, aprobado y publicado por decreto 266 en la Gaceta de Gobierno, mismo que entrará en vigor de forma sucesiva.

5. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ANTES DE LA REFORMA DEL DIECIOCHO DE JUNIO DE 2008.

Ada Pellegrini es precisa al señalar que en el modelo procesal penal clásico de América Latina se aferraba rigurosamente al Principio estricto de Legalidad (obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal pública), sin excepciones. También la doctrina defendió de modo intransigente el Principio de Obligatoriedad, por encima de cualquier demostración especulativa (fin de las teorías absolutas para justificar la pena y acogimiento de las teorías utilitarias), o empírica (imposibilidad de perseguir

todos los delitos y métodos ocultos de selección que en la práctica se empleaban).³⁴⁸

El Agente del Ministerio Público tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal, como órgano del Estado encargado de la persecución de los delitos, pero también es para él un deber el realizarlo. Tal y como lo menciona el artículo 16 constitucional.³⁴⁹

“En México el Ministerio Público es titular en la acción penal y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no le faculta para decidir libremente sobre ella”³⁵⁰

México se rige bajo el principio de legalidad y de acuerdo al tema de investigación respecto al principio de oportunidad, en el Estado mexicano se ejercita la acción penal bajo el más estricto control de legalidad.³⁵¹

El derecho mexicano sigue el principio de legalidad al ejercitar la acción penal, aunque en la realidad procesal, en ocasiones los Agentes del Ministerio Público o procuradores generales ejercitan la acción sin elementos jurídicos por cumplir con intereses políticos o de otra índole.

³⁴⁸ Véase. Barragán Salvatierra, Carlos, ob., nota 222, pp. 58-59.

³⁴⁹ Por las reformas al artículo 21 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, en fecha dieciocho de junio de dos mil ocho, se establece que el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinara los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

³⁵⁰ Pallares, Eduardo, ob., nota 221, pp. 58-59.

³⁵¹ Por las reformas al artículo 21 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, se establece que el Ministerio Público podrá considerarse criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

En México rige el principio de legalidad, el cual está establecido en el artículo 16 de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El artículo 21 refiere que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público. Sus resoluciones sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley (Amparo).

Los juristas Sergio García Ramírez y Victoria Adato Green refieren que el Ministerio Público mexicano debe disciplinar el ejercicio de la acción penal al principio de legalidad, no al de oportunidad. Hay salvedad en el régimen procesal militar y en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que ha introducido un cuestionable sistema de negociación.³⁵²

Sergio García Ramírez en su comentario a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004, expone que dicha iniciativa se halla en la apertura constitucional hacia el sistema de oportunidad, el cual se encontraría en un nuevo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Argumentan que se deben precisar las hipótesis sobre las cuales aplicaría el Principio de Oportunidad, para estar acorde con el principio de legalidad, así como precisar las facultades legales para quien va a aplicar el Principio de Oportunidad. También se han de observar los derechos de la víctima u ofendido como los derechos del inculpado.³⁵³

³⁵² Véase. García Ramírez, Sergio y Adato Green, Victoria, *Prontuario del proceso penal mexicano*, 11 a. ed, México, Porrúa, 2004, t. I, p. 51.

El fiscal del Ministerio Público y el Juzgador, en los casos expresamente previstos por las leyes, podrán aplicar criterios de oportunidad que fomenten el cumplimiento de los principios de procuración e impartición de justicia. Este texto es el que en la reforma se pretendía incluir y es similar al actual artículo 250 de la Constitución de Colombia.

³⁵³ *Ibíd*em, pp.1146-1150.

La fracción I del artículo 35 de la Ley Federal de Delincuencia Organizada establece una verdadera facultad de gracia en manos del Ministerio Público, sin asidero alguno en el artículo 21 constitucional. Así, el órgano de la acusación sustrae al tribunal la potestad de resolver sobre las consecuencias de un delito cometido. Tampoco se ajusta al régimen de legalidad la reducción judicial de penas cuando el inculpado aporta indicios o pruebas que conduzcan a la condena de otras personas.³⁵⁴

Algunos juristas indicaban que es necesario reformar la Constitución y algunos otros estiman que la redacción actual permitiría su empleo mediante reformas legislativas, aunque faltaría su ley reglamentaria.³⁵⁵

6. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO EN LA CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN LA REFORMA DE DIECIOCHO DE JUNIO DE 2008

Alberto Binder afirma que los sistemas procesales modernos tienden a abandonar una versión estricta del Principio de Legalidad procesal, según el cual todas y cada una de las infracciones penales que se cometen en la sociedad deben ser perseguidas y castigadas. La vigencia irrestricta de este principio ha causado no sólo la sobrecarga endémica de los tribunales penales, sino que produce además un efecto de impunidad selectiva, que funciona de hecho y generalmente en detrimento de los sectores más humildes de la sociedad.³⁵⁶

³⁵⁴ Véase. Carbonell, Miguel, (Coord), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, 2004, serie doctrina jurídica, No. 188, p. 83.

³⁵⁵ Véase. Caballer Juárez, José Antonio et al., *El libro blanco de la reforma judicial: una agenda para la justicia en México*, México, Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 369.

³⁵⁶ *Ibíd*em, p. 65.

Al igual de lo que acontece en el derecho hispano, con la introducción de una institución tan novedosa como la oportunidad, la mayoría de ordenamientos procesales basados en la legalidad acogen el uso de la discrecionalidad fijándose diversos límites.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó una agenda para la justicia en México, en la cual hace algunas consideraciones necesarias para la reforma constitucional e incorporar el Principio de Oportunidad, así como también da su voto favorable para la justicia alternativa para la solución de conflictos.

Ahora bien el ejecutivo federal a cargo del Presidente de la República Lic. Felipe de Jesús Calderón Hinojosa presentó ante la Cámara de Senadores un proyecto de reformas a diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismas que fueron aprobadas y publicadas por decreto del dieciocho de junio de 2008.

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que éste cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave, así calificado por la ley, y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

La autoridad judicial, a petición del ministerio público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público

acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el ministerio público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del ministerio público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privaría de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del ministerio público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

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

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con estos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

El artículo 17 establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La federación, los estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

En cuanto a nuestro tema, el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

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

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor de los reglamentos gubernativos y de policía fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa que se imponga por infracción de los reglamentos gubernativos y de policía, no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

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

El ejecutivo federal podrá, con la aprobación del senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la corte penal internacional.

La seguridad pública es una función a cargo de la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad Pública y conformarán el sistema nacional de seguridad pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:

A) la regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones.

B) el establecimiento de las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificada y registrada en el sistema.

C) la formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.

D) se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito, así como de las instituciones de seguridad pública.

E) los fondos de ayuda federal para la seguridad pública, a nivel nacional serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines.

7. MATICES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL CÓDIGOS DE LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA MEXICANA CON LAS REFORMAS DEL DIOCIOCHO DE JUNIO DEL 2008.

CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA CON LAS REFORMAS DEL 18 DE JUNIO DEL 2008.

| ESTADO | FECHA DE PUBLICACIÓN | FECHA DE ENTRADA EN VIGOR | ÚLTIMA REFORMA | APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD |
|-------------------------|-----------------------------|----------------------------------|-----------------------|--|
| Baja California | 19/10/2007 | 01/02/2010 | 20/02/2009 | Artículo 79 del C.P.P. B. C |
| Chihuahua | 09/08/2006 | 01/01/2007 | 01/04/2009 | Artículo 83 del C.P.P. Chihuahua |
| Durango | 05/12/2008 | | Sin reforma | Artículo 94 del C.P.P.D |
| Estado de México | 09/02/2009 | 01/08/2009 | Sin reforma | Artículo 110 del C.P.P.E.M |
| Morelos | 22/11/2007 | 30/10/2008 | Sin reforma | Artículo 88 de C.P.P.M |
| Nuevo León | 28/03/1990 | 30/03/1990 | 20/02/2009 | No existe |
| Oaxaca | 09/09/2006 | 09/09/2007 | 31/08/2007 | Artículo 196 del C.P.P.O |
| Yucatán | 17/05/2010 | 01/03/2011 | Sin reforma | Artículo 141 del C.P.P.Y |
| Zacatecas | 15/09/2007 | 05/01/2009 | 31/12/2008 | Artículo 90 del C.P.P.Z |

La ley de varios Estados de la República contempla matices del Principio de Oportunidad, para hacer más ilustrativa la presente investigación, daremos una breve explicación del principios de oportunidad con un Estado de la república como es el Estado de México.

Los matices del Principio de Oportunidad en el Estado de México son:

El artículo 58 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, establece que si se trata de un delincuente primario, de escaso desarrollo intelectual, de indigente situación económica y de mínima peligrosidad, podrá el órgano jurisdiccional, en el momento de dictar sentencia, reducir hasta la mitad de la pena que le correspondería conforme a este Código. Si el inculpado al rendir su declaración preparatoria confiesa espontánea, lisa y llanamente los hechos que se le imputan, o en el mismo acto ratifica la rendida en indagatoria, el juzgador reducirá en un tercio la pena que le correspondería conforme a este Código. Si el inculpado de un delito patrimonial, paga espontáneamente la reparación del daño antes o en la celebración de la primera audiencia de ofrecimiento de pruebas, el órgano jurisdiccional podrá reducir la pena hasta en una mitad. La sentencia que reduzca la pena en términos del primero y segundo párrafo deberá ser confirmada por el tribunal de alzada correspondiente, para que surta efectos. Entretanto, la pena se entenderá impuesta sin la reducción autorizada por este artículo. La reducción a que se refiere este artículo no se concederá en delitos de secuestro, homicidio doloso con modificativas que lo califiquen o lo agraven, violación y robo que ocasione la muerte

Por lo tanto por economía procesal, desde que el inculpado al rendir su declaración preparatoria confiesa espontánea, lisa y llanamente los hechos que se le imputan, o en el mismo acto ratifica la rendida en indagatoria o

por delito patrimonial no agravado, paga espontáneamente la reparación del daño antes o en la celebración de la primera audiencia de ofrecimiento de pruebas; desde ese momento y bajo la aplicación del principio de oportunidad debería terminar el Proceso Penal.

En el precepto citado, se pueden observar matices del principio de oportunidad, pero sin que este principio estuviera institucionalizado en la Constitución Federal.

Por su parte el artículo 70 establece la conmutación de penas; el 70 bis establece la sustitución de la sanción privativa de libertad; el 71 la suspensión condicional de la condena; 79 la remisión judicial de la pena; 91 perdón del ofendido.

Los artículos mencionados, contemplan beneficios que puede tener el sentenciado, como se puede observar los beneficios son aplicables al final del proceso, cuando hay una sentencia. Sólo el perdón del ofendido se puede realizar en cualquier momento hasta antes de sentencia.

El Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México establece en su artículo 97 el principio de legalidad y la competencia del Ministerio Público.

Ahora bien, los artículos 116 y 117 nos presentan un gran matiz del Principio de oportunidad al establecer la reserva y el archivo de la averiguación previa de acuerdo a la estima jurídica del Ministerio Público, que deberá ser aprobada por el Procurador o Subprocurador o Auxiliares de estos.

También encontramos en el artículo 155 del mismo ordenamiento en cita, la instancia conciliatoria, la cual es obligación del ministerio público el agotarla. Si se llegase a avenir a las partes en caso de obtener la conciliación, se tendrá como asunto concluido y se archivara.

El Estado de México cuenta con el Centro de Mediación y Conciliación, que depende del Poder Judicial del Estado y se rige bajo su reglamento. En donde el artículo 1.1: el objeto del reglamento que es el regular el servicio de la mediación y la conciliación extrajudicial para la pronta, pacífica y eficaz solución de la controversias. Artículo 1.2: que la mediación y la conciliación son medios alternativos, auxiliares y complementarios de la función jurisdiccional y que no sustituyen el servicio de los órganos jurisdiccionales. Artículo 1.3: que la mediación es el trámite en el que uno o más mediadores intervienen en una controversia entre partes determinadas, facilitando la comunicación entre ellas con el objeto de construir un convenio; y la conciliación es el proceso en el que uno o más conciliadores, asisten a las partes en conflicto, para facilitar las vías de diálogo, proponiendo alternativas y soluciones al conflicto. 1.4: La mediación y conciliación pueden llevarse a cabo aun antes de iniciar cualquier proceso judicial, con la única condición de que los particulares manifiesten su voluntad de hacer uso de dichos medios alternos de solución de controversias. Una vez iniciado un juicio civil o penal, las partes podrán someter su conflicto a mediación o conciliación, sujetándose a los términos previstos en las leyes adjetivas correspondientes. En materia civil, familiar y mercantil, las partes podrán someter a mediación o conciliación la regulación del cumplimiento de la sentencia ejecutoriada. En materia penal, la ejecución de la sentencia sólo podrá ser regulada en cuanto a la reparación del daño; también podrá hacerse uso de la mediación o conciliación para restaurar las relaciones humanas y sociales afectadas por el delito y el artículo 1.4 titulado

Oportunidad, a la letra dice: La mediación y conciliación pueden llevarse a cabo aun antes de iniciar cualquier proceso judicial, con la única condición de que los particulares manifiesten su voluntad de hacer uso de dichos medios alternos de solución de controversias.

Una vez iniciado un juicio civil o penal, las partes podrán someter su conflicto a mediación o conciliación, sujetándose a los términos previstos en las leyes adjetivas correspondientes.

En materia civil, familiar y mercantil, las partes podrán someter a mediación o conciliación la regulación del cumplimiento de la sentencia ejecutoriada.

En materia penal, la ejecución de la sentencia sólo podrá ser regulada en cuanto a la reparación del daño; también podrá hacerse uso de la mediación o conciliación para restaurar las relaciones humanas y sociales afectadas por el delito.

El último párrafo establece un cierto matiz de Oportunidad, mas no establece firmemente las hipótesis bajo las cuales se puede aplicar el Principio en cuestión, a pesar de que por su naturaleza y por la cultura de la sociedad, el principio ha de establecerse de forma reglada. Siendo este artículo en el reglamento el único que hace referencia al Principio de Oportunidad.

Es de reiterar que, ni los medios alternativos de solución de conflicto ni el Principio de Oportunidad, estaban institucionalizados en la Constitución Federal.

En el estado de Coahuila el Código de Procedimientos Penales de esta entidad, en Marzo de 2007, en su artículo 265 establecía:

La procedencia en la vía de falta penal. La vía de falta penal procederá cuando concurren las condiciones siguientes: 1) se trate de delito cuya pena máxima de prisión no exceda de tres años sin incluir atenuante que reduzca la sanción; 2) no se trate de delito que la ley excluya del beneficio procesal de penalidad alternativa; 3) el inculpado no se haya acogido a la vía de falta penal en dos ocasiones respecto de las que aún no transcurran los términos de reiteración ficta a que se refiere el código penal con relación a los delitos que las motivaron; y 4) haya por los menos indicio del cuerpo del delito y de la intervención del inculpado. Para ello será suficiente denuncia o querrela cuyos hechos los comprenda.

La vía de falta penal también procederá cuando concurren varios delitos, pero sólo respecto de los que se satisfagan las condiciones del párrafo anterior.

El ministerio público verificara si se cumplen los requisitos de los párrafos anteriores. De ser así, citará a la persona inculpada a una audiencia. Al iniciar la audiencia, el Ministerio Público, o en su caso, el juez, preguntará a la persona inculpada si antes se ha sometido a la vía de falta penal, y, en su caso, en cuántas ocasiones, cuándo, dónde, y ante qué autoridad del Ministerio Público o judicial, según el caso.

Si el Ministerio Público ejercita acción penal sin antes citar a la persona inculpada no obstante que en autos constaba su domicilio y, además, se cumplan los requisitos del primer párrafo de este artículo, el juez mandará aclarar el pedimento a fin de que el Ministerio Público cite a la persona

inculpada para los efectos de la falta penal. En caso contrario, el juez continuará la causa. El juez procederá de igual forma cuando quede firme la reclasificación de un delito constitutivo de falta penal, pero en este caso la vía de la falta penal se resolverá ante la propia autoridad judicial. En este caso la multa se entregará al fondo para la administración de justicia.

Será revocable la falta penal y, en su caso, la determinación de no ejercicio de la acción penal o el auto de sobreseimiento, cuando por cualquier causa se llegue a conceder la vía sin cumplirse con todos los requisitos para su procedencia, o porque luego aparezca que los hechos constituyen delito que amerite una pena mayor, o porque exista simulación o falsedad de la falta penal. En tales casos, se citará al inculcado a una audiencia ante el propio Ministerio Público o el juzgador, según corresponda, quienes resolverán lo que proceda dentro de los cinco días siguientes. En los casos en que el juzgador deba resolver, éste procederá a petición del Ministerio Público, del ofendido, de la víctima o de los abogados de estos. En el caso de que se revoque el auto de sobreseimiento, el juez de oficio reiniciará la causa con base en la acción penal que antes la motivo.³⁵⁷

En la ciudad de Xalapa Enriquez, Veracruz, el martes 25 de septiembre de 1990 se emitió un acuerdo del gobernador en turno en el cual crea la figura del Ministerio Público Conciliador con la finalidad de que las partes en conflicto lleguen a soluciones conciliadas, por lo que desde ese momento el Ministerio Público deja de ser una institución persecutoria de delincuentes y de ejercicio de la acción penal, para constituirse además de otras funciones que tiene, en defensor de los intereses de la sociedad, mediante la

³⁵⁷ <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/6/98/266.htm?s=>, marzo-2007.

procuración de la conciliación en la confrontación de intereses de la misma comunidad.³⁵⁸

En el ámbito de un proceso penal garantizador, el derecho de defensa, como derecho subjetivo del imputado, funciona durante toda la sustanciación del proceso.

Para concluir el **principio de oportunidad**, es una delegación de capacidad política decisoria, que se le otorga al Poder Judicial o al Poder Ejecutivo, por intermedio de los jueces o los fiscales, o de ambos, a mérito de una creación de ley, para evaluar, frente a determinadas conductas delictivas, la posibilidad de desincriminar total o parcialmente conductas [...] y colaboración para conocer y sancionar otras conductas delictivas, que se valoran mucho más importantes que la primera, en función del bienestar general.³⁵⁹

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 21 establece que el ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

Así mismo en el nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, próximo a entrar en vigencia, establece en sus artículos 110, 111, 112, 113, 114 y 239.

³⁵⁸Véase. Colegio de profesores de derecho procesal facultad de derecho de la UNAM, ob., nota 176, pp. 127-129.

³⁵⁹Véase. Goldstein, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, Argentina, Astrea, 1993, pp. 761-762.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Tras la carga de trabajo en la Procuración de Justicia y Administración de Justicia, la Legislatura Federal y Estatal tuvo a bien modernizar y actualizar el Procedimiento Penal Mexicano, dentro de las grandes reformas que se llevaron a cabo, encontramos el Principio de Oportunidad Procesal.

SEGUNDA: El Principio de Oportunidad se espera sea de gran ayuda para el Ministerio Público y para el Juez, para dar pronta solución a los problemas planteados por la ciudadanía.

TERCERA: El Principio de Oportunidad surge en pro de dar un mejor servicio a la población, de acuerdo a la economía procesal sin dilación alguna a la víctima del delito o a sus familiares, significando un ahorro de tiempo y dinero para los involucrados, favoreciendo incluso al imputado en razón de no estar en un proceso largo, tardado y tortuoso, así como ahorro de recursos materiales y humanos.

CUARTA: El Principio de Oportunidad reglado no supone contradicción alguna con el Principio de Legalidad, trata de una singular manifestación del primero de manera restringida, sin libre arbitrio del Ministerio Público o Juez.

QUINTA: El principio de oportunidad le permite al Agente del Ministerio Público de manera excepcional, suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal en las causales expresamente señaladas por el legislador, bajo el debido control de la legalidad.

SEXTA: El principio de oportunidad permite:

1. Celeridad en el proceso, para llegar a una solución entre ofendido e inculpado, evitando el ingreso de este último a la cárcel y se satisfagan los intereses de ambos.
2. Indemnización a la víctima.
3. Se aplica el Principio de Oportunidad para dar mejor, pronta y expedita procuración e impartición de justicia, con calidad y accesible.

Hassemer indica que: “tanta legalidad como sea posible, y tanta oportunidad como (desde el punto de vista actual político y económico) sea necesaria.”³⁶⁰

³⁶⁰ Winfried Hassemer, La persecución penal: legalidad y oportunidad, noviembre – 2007, <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/hassem10.htm>.

PROPUESTA

PRIMERO: El “Principio de Oportunidad”, fundamentalmente constituye una puerta de acceso que permite resolver las conductas tipificadas como delito de escasa relevancia social en instancia preliminar, impidiendo que los mismos lleguen a instancia jurisdiccional, donde también es factible su aplicación.

SEGUNDO: Elaborar la Ley reglamentaria del Principio de Oportunidad, la cual establezca claramente:

A. Limitar las atribuciones del Ministerio Público para aplicar el Principio de Oportunidad.

B. Establecer los criterios de aplicación del Principio de Oportunidad en la comisión de delitos que no afecten gravemente el interés público, delitos de mínima culpabilidad o participación del agente. (falta de merecimiento o necesidad de pena o pena de tres meses a cuatro años de prisión).

C. Establecer la forma en cómo se llevará el procedimiento de aplicación del principio de oportunidad.

D. Establecer la forma y cláusulas claras del convenio entre ofendido e inculpado (público o privado ante notario) que en caso contrario de incumplimiento de dicho convenio, se seguirá el proceso contra el inculpado.

E. Debe tenerse el consentimiento expreso del inculpado para que se aplique el principio de oportunidad. La reparación del daño, de acuerdo a las posibilidades del inculpado y a las necesidades de la víctima u ofendido. Esto en relación con la tercera vía.

F. Establecer los delitos en los cuales se pueda aplicar el Principio de Oportunidad, tomando en cuenta que no afecten gravemente el interés público, que sean de mínima culpabilidad o participación del agente; tales como lesiones culposas, omisión de auxilio, bigamia, matrimonio ilegal, sustracción de menor, incumplimiento de obligaciones alimentarias, robo simple, abigeato, delitos que ocurrieron en el exterior, delitos políticos, por razones de seguridad del Estado o intereses superiores a la persecución penal. Por colaboración con la justicia, bajo el criterio de mayor interés.

FUENTES DE INFORMACIÓN

1. ACUÑA MÉNDEZ, Francisco, *La controversia constitucional en México*, México, Porrúa, 2004.
2. AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de Inocencia: Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio*, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2009.
3. ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional*, Harla, México, 1997.
4. BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho procesal penal*, México, McGraw-hill, 1999.
5. BAZDRESCH, Luis, *Garantías constitucionales, curso introductorio actualizado*, 3a. ed, México, Trillas, 1988.
6. BINDER, Alberto M, *“Introducción al Derecho procesal penal”*, 2 ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
7. BOVINO, Alberto, *“Principios políticos del procedimiento penal”*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
8. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1984.
9. CABALLER JUÁREZ, José Antonio et al., *El libro blanco de la reforma judicial: Una agenda para la justicia en México*, México, Poder Judicial de la Federación. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2006.

10. CAFFERATA NORES, José I, "*Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normatividad supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*", Artes Gráficas, Buenos Aires, 2000.
11. CALZADA PADRÓN, Feliciano, *Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 2005.
12. CARBONELL, Miguel, *Elementos del derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004.
13. _____, (Coord), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, 2004, serie doctrina jurídica.
14. CARPIZO, Jorge, y CARBONELL Miguel, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 2003.
15. CASTILLO DEL VALLE, Alberto del, *Defensa jurídica de la constitución en México (derecho procesal constitucional mexicano)*, México, Educación Cumorah, 2004.
16. CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 12a. ed., Porrúa, México, 2002.
17. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho mexicano de procedimientos penales*, México, Porrúa, 1986.
18. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés et al, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S. A., 1999.

19. DÍAZ ARANDA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, México, Porrúa – UNAM, 2003.
20. DÍAZ HONORES, Jenny, *El principio de oportunidad y la conciliación familia*, Perú, 2007.
21. EDWARDS, Carlos Enrique, *Garantías constitucionales en materia penal, libertad personal. Principio de legalidad, garantías procesales. La pena y su ejecución. Aplicación de los tratados internacionales*. Argentina, Astrea, 1996.
22. FELLINI, Zulita, “La tercera vía para la resolución de los conflictos”, Ponencia presentada en el Congreso Internacional. Las ciencias penales en el siglo XXI, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004.
23. FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho” en Carbonell, Miguel, (ed.) *Neoconstitucionalismo (S)*, México, Trotta, 2003, colección Estructuras y Procesos.
24. _____, “Aspectos generales del garantismo” trad. de Marina Gascón Abellán en Sotomayor Acosta, Juan Oberto (coord.), *Garantismo y derecho penal*, Bogota, Themis, 2006.
25. _____, *Derecho y razón: teoría general del garantismo penal*, 2ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1997.
26. _____, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004.

27. _____, "Jurisdicción y democracia", trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en Sotomayor Acosta, Juan Oberto (coord.), *Garantismo y derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006.
28. _____, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trota, 2005.
29. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La función constitucional del ministerio público*, México, Porrúa, 1999.
30. _____, Héctor, *Ministerio público*, México, Porrúa, 2001.
31. GALINDO CAMACHO, Miguel, *Teoría del Estado*, 3a. ed, México, Editores Mexicanos Unidos, 1983.
32. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 62ª ed, México, Porrúa, 2010.
33. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1989.
34. GARCÍA RESTREPO, Luis E, *Elementos de lógica para el derecho*, 2a. ed, Colombia, Temis, 2003.
35. GARMENDIA GARDUÑO, Jorge. *El ministerio público en la investigación de los delitos*, México, Editorial Limusa, 1988.
36. GASCÓN ABELLÁN, Marina, "La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli 'Derecho y razón'" en Sotomayor Acosta, Juan Oberto (coord.) *Garantismo y derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006.

37. GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1983.
38. GONZÁLEZ OBREGÓN, Cristal, *Manual Práctico del Juicio Oral*, México, UBIJUS, 2008.
39. GUASTINI, Ricardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico" en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (S)*, México, Trotta, 2003.
40. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A, *Programa de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1996.
41. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2002, tomo I.
42. _____, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Chile, Jurídica de Chile, 2008, t. II.
43. IZQUIERDO MUCIÑO, Martha E. *Garantías individuales y sociales*, 2a. ed, México, UAEM, 2000.
44. KELSEN Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1983.
45. LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, trad. De Manuel Acosta, México, Hispánicas, 1987.
46. LEODOÑO SANTANA, Carlos M. *Derecho procesal penal*. Colombia, Temis, 1982.
47. LOURDES SOUZA, María de, *Uso alternativo del derecho*, Bogotá, UNIBIBLOS, 2001.

48. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones de Derecho procesal penal* Ediciones Aka, Madrid, 1999.
49. MAIER, JULIO B.J – WORSCHNIK, KAI Juan (Coord.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Argentina, Ad-hoc, 2000.
50. MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2000.
51. MELGAREJO BARRETO, Pepe, *Manual del principio de oportunidad*, Perú, Jurista editores, 2002.
52. MONTERO AROCA, Juan, “*Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
53. MORALES MARTÍNEZ, Salvador Ismael, *Práctica forense penal. Averiguación previa – instrucción - pre-instrucción - ministerio público*, México, OGS y Filiberto Cardenas Jr, 1999.
54. MORESO, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales, en Carbonell, Miguel, (ed.) *Neoconstitucionalismo (S)*, México, Trotta, 2003, colección Estructuras y Procesos.
55. NEUMAN, Elias, *La mediación penal y la justicia restaurativa*, México, Porrúa, 2005.
56. _____, Elías, *Mediación y conciliación penal*, Argentina, De palma, 1997.

57. ORONOS SANTANA, Carlos M., *Tratado del Juicio Oral*, México, Pacj, Agosto 2009.
58. OCHOA SÁNCHEZ, Miguel Ángel, et al., *Derecho positivo mexicano*, 2a. ed, México, Macgraw-Hill, 2002.
59. OSORIO Y NIETO, César Augusto, *La averiguación previa*, México, Porrúa, 1997.
60. PALACIOS DARÍO, Dextre y MONGE GUILLERGUA, Ruth, *El principio de oportunidad en el proceso penal peruano*, Perú, FECAT, Marzo – 2003.
61. PALAVICINI, Félix I. *Historia de la constitución de 1917*, México, Concejo editorial del gobierno del Estado de Tabasco, 1987, t. I.
62. PALLARES, Eduardo, *Prontuario de procedimientos penales*, México, Porrúa, 1989.
63. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal penal Colombiano*, Colombia, Universidad externado de Colombia, 2005.
64. PÉREZ PALMA, Rafael, *Fundamentos constitucionales del procedimiento penal*, México, Cárdenas, 1974, t. I.
65. PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed, México, Oxford, 2006.

66. PORRUA PÉREZ, Francisco, *Teoría del Estado*, 14a. ed, México, Porrúa, 1980.
67. POZZOLO, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo” en Carbonell, Miguel (ed), *Neoconstitucionalismo (S)*, México, Trotta, 2003.
68. PRIETO SANCHIS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (S)*, México, Trotta, 2003, colección Estructuras y Procesos.
69. QUINTANA ROLDÁN, F. Carlos, *Derecho municipal*, México, Porrúa, 1995.
70. RAMÍREZ MARÍN, Juan, *Seguridad pública y constitucional*, México, Porrúa, México, 2003.
71. RUIZ, Eduardo, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, 1902.
72. SALAS BETETA Cristian, “Definición del principio de oportunidad”, Apuntes, Perú, marzo -2007.
73. SALAS BETETA Cristian, *El principio de oportunidad, Nociones y fundamentos*, Apuntes, Perú, octubre -2007.
74. SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, 8a. ed, México, Porrúa, 2003.
75. SOTO PÉREZ, Ricardo, *Nociones de derecho positivo mexicano*. México, Esfinge, 1996.

76. VÁZQUEZ Rodolfo y ZIMMERLING, Ruth (coords), Robert Alexy. *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales, México, Fontamara, 2005.*

HEMEROGRAFÍA

1. BAILON VALDOVINOS, Rosalio, *El derecho penal. Diccionario*, México, Pac, 2000.
2. BORJA, Rodrigo, *Enciclopedia de la política a-g*, 3a. ed, México, Fondo de cultura económica, 2002.
3. CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 6a. ed., México, Porrúa, 1999, t. III.
4. CARBONELL, Miguel, *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa, 2002.
5. _____, "La garantía de los derechos sociales", *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, num. XXII, Enero 2005.
6. CARRILLO AHUMADA, Faustino, *Formulario del proceso penal en el Estado de México, México*, Editorial Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, 2004.
7. CÓDIGO MODELO DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO PARA LOS ESTADOS DE LA FEDERACIÓN.

8. COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM, *Derecho procesal*, México, Harla, 1997, vol. 4.
9. COLÓN MORÁN, José, *Formulario de procedimientos penales para el poder judicial del Estado de México*, México, UAEM, 1993.
10. DE LA ROSA CORTINA, José Miguel “Oralidad, justicia alternativa y el Ministerio Fiscal Español, dentro de las ponencias en “Curso de Formación Especializada ‘Los retos del proceso penal acusatorio en la era de la globalización”, celebrada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 12 al 16 noviembre de 2007.
11. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal y de términos usuales en el proceso penal*, México, Porrúa, 2004, t. II.
12. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Comentarios a la iniciativa de reforma constitucional en material penal del 29 de marzo de 2004”, Boletín mexicano de derecho comparado, México, Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM, Año XXXVII, No. 111 septiembre – diciembre 2004.
13. _____, Sergio, “En búsqueda de la tercera vía: la justicia restarurativa”, *Revisa de Ciencias Penales, Inter criminis*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, número 13, segunda época, abril-junio, 2005.
14. _____, y ADATO GREEN, Victoria, *Prontuario del proceso penal mexicano*, 11 a. ed, México, Porrúa, 2004, t. I.

15. GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, Argentina, Astrea, 1993.
16. GÓMEZ LARA, Cipriano, “Conciliación”, Colegio de profesores de derecho procesal de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México. Biblioteca diccionarios jurídicos temáticos, Harla, vol., 4, 1997.
17. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa, 1984.
18. MARTÍNEZ CISNEROS, Germán, La Etapa del Juicio Oral, *Jueces Ilustrados*, septiembre 2009.
19. _____, “Las Raíces del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal”, *Jueces Ilustrados*, México, 2009, abril 2009, núm. 1, pp. 17 – 24.
20. ORTIZ MARTÍNEZ, Carlos, “Negocio jurídico procesal”, Colegio de profesores de derecho procesal de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México. Biblioteca diccionarios jurídicos temáticos, Harla, vol., 4, 1997.
21. PASTRANA AGUIRRE, Laura Aida, “Perspectivas de la mediación”, *Iustitia Et Securitas Revista sobre estudios jurídicos y sociales*, México, Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública, UAEM, año 2, enero-junio de 2006.
22. PINA VARA, Rafael de, *Diccionario de derecho*, México, Porrúa, 2000.

23. RIBÓ DURAN, Luis, *Diccionario de derecho*, 2ª. ed, España, Bosch, 1995.
24. RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista” *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, num. XXII, Enero 2005.
25. URIBE ARZATE, Enrique, “Principios constitucionales y reforma de la constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006.
26. _____, “Quid y telos de la justicia constitucional”, *Iustitia Et Securitas Revista sobre estudios jurídicos y sociales*, México, Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública, UAEM, año 2, enero-junio de 2006.

INTERNET

1. COLABORADORES WIKIPEDIA, “legitimidad penal”, Wikipedia la enciclopedia libre, febrero 2009, http://es.wikipedia.org/wiki/Legalidad#Legalidad_penal
2. ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo, “El principio de oportunidad”, marzo-2007.
<http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL76.PDF>
3. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Constitución”, junio 2008, <http://www.rae.es/> Real

4. SALAS BETETA Cristian, "El principio de oportunidad en el nuevo código procesal penal", marzo -2007, [http://ofdnews.com/comentarios/1526_0_1_0_C/..](http://ofdnews.com/comentarios/1526_0_1_0_C/)
5. SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, sentencia C-285/97, febrero, 2005, http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC285_97.HTM.
6. WINFRIED Hassemer, La persecución penal: legalidad y oportunidad, noviembre – 2007, <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/hassem10.htm>.
7. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/6/98/266.htm?s=>, marzo-2007.