

**Universidad Autónoma de Nayarit**

**Doctorado Interinstitucional  
en Derecho**



**Las inconsistencias del sistema  
procesal penal acusatorio mexicano. Una especial  
referencia al sistema probatorio.**

**Mtro. Daniel Federico Chowell Arenas**

**Directora: Dra. Irina Graciela Cervantes Bravo**

**Cotutor: Dr. Leandro Eduardo Astrain Bañuelos**

**Cotutor: Dr. Julio César Kula**



**Universidad Autónoma de Nayarit**

**Doctorado Interinstitucional  
en Derecho**



**Las inconsistencias del sistema  
procesal penal acusatorio mexicano. Una especial  
referencia al sistema probatorio.**

**Mtro. Daniel Federico Chowell Arenas**

**Directora: Dra. Irina Graciela Cervantes Bravo**

**Cotutor: Dr. Leandro Eduardo Astrain Bañuelos**

**Cotutor: Dr. Julio Cesar Kala**

## DEDICATORIAS

Después de más de casi tres años que dura el proceso del Doctorado y más de 162, 500 palabras que integran el texto, lo más complicado es dar un exacto y justo reconocimiento a las personas e instituciones que coadyuvaron en la forja y culminación de este proyecto vital, las palabras siempre serán pocas ante la gratitud que tengo ante ustedes y a quienes pudiese omitir en mi debilidad humana, pero tengan la certeza que tienen un pleno reconocimiento en mí.

Al Dios Padre Creador, vivo en mí, a pesar de lo pecador que soy, tu perfección y poder eterno me permite entender lo débil, lo frágil que soy sin Ti; Padre Creador, gracias por bendecirme perpetuamente y, agradeciéndote en lo que yo pueda valer ante ti, por permitirme terminar este trabajo.

A mi esposa Marcela Lilián, mi gran amor, acompañante e impulsora en este proyecto, quien me enseñó con su ejemplo que cada acción que efectuamos, genera vibraciones que se comunican en el universo y en la eternidad, y que tarde que temprano regresan a quien las creo, con una extraordinaria intensidad.

A Sam, a Lili y a Dany, motivos de amor pleno y sin igual, por toda la motivación que generan diariamente en mi vida, confiando en que por lo valioso que comprende su persona, han de ser lo que quieran alcanzar.

A mi Asesora de tesis, Doctora Irina Graciela Cervantes Bravo, gracias por su acompañamiento, comprensión y ejemplo, su personalidad trasciende y permanecerá en el trabajo académico que haya de emprender.

A mis lectores, Doctores Julio Cesar Kala y Leandro Eduardo Astrain Bañuelos, en mucho siempre he de agradecer sus consejos, aportaciones y el favor de haberme guiado y motivado para terminar el proyecto.

Al personal de la Universidad Autónoma de Nayarit, especialmente a Connie Gómez, gracias por todo el apoyo, y a los Doctores que integran el DID que en algún seminario me dieron sus aportaciones.

A los Doctores Francisco Galván González, Jean Eddy Saint Paul y Luis Fernando Macías García, quienes por amistad me brindaron sus recomendaciones y opiniones generosas que sirvieron para nutrir y mejorar el trabajo.

A mi madre Rocío, a Nidia y a Danielito, a mi hermano Manuel por la felicidad que avivan en mi ser.

A mis compañeros Gustavo, Martha, Karen, Brenda Susana, Brenda Fernanda y a aquellos que de alguna u otra forma me tuvieron paciencia y siempre brindaron sus talentos y gentileza para apoyarme.

## ÍNDICE

ÍNDICE.....	3
ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	12
INTRODUCCIÓN.....	13

### CAPÍTULO PRIMERO

#### HACIA LA REFORMA PROCESAL PENAL EN MÉXICO

1. Las reformas al marco constitucional y al debido proceso penal en América Latina.....	21
1.1. Reforma al Derecho constitucional y al debido proceso penal como reacción al quebrantamiento de los derechos fundamentales en los países latinoamericanos.....	22
1.2. El carácter político del proceso penal.....	24
2. Antecedentes y causas de la reforma al sistema de seguridad pública y de justicia penal en México.....	35
2.1. La reforma al proceso penal en México como emergencia de solución a la corrupción, la incompetencia institucional, la impunidad y el envejecimiento del orden procesal: casos emblemáticos.....	40
2.1.1. Respuestas simbólicas contra la criminalidad: El caso de Ciudad Juárez.....	42
2.1.2. Incapacidad material del Estado mexicano para atender las problemáticas de inseguridad pública y criminalidad.....	44
2.1.2.1. Incapacidad institucional de respuesta.....	47
2.1.2.2. Mando único policial.....	51
2.1.2.3. Insuficiencia de recursos económicos y carencia de evaluación en su aplicación.....	53
2.1.2.4. Ausencia de información.....	56
2.1.3. Impunidad.....	61
3. Aspectos sociopolíticos implícitos en la reforma.....	63
4. Los primeros pasos hacia la reforma procesal.....	70



4.1. Condena internacional en contra del Estado mexicano por violación a los derechos fundamentales.....	72
5. La imperativa urgencia del cambio hacia el sistema acusatorio.....	75
6. La ausencia de planeación en la reforma constitucional de 2008.....	77
6.1. Especulaciones de comunicación acerca del alcance del sistema penal acusatorio.....	78
6.2. ¿La justicia penal mexicana es más rápida con el sistema penal acusatorio?.....	83
6.3. Análisis de la efectividad de la investigación en el sistema penal acusatorio a partir de 2008.....	93
6.4. Reformas constitucionales al sistema de justicia penal en la última década del siglo XX.....	96
6.5. Mecanismos de solución del conflicto penal diversos al procedimiento penal ordinario.....	99
6.5.1. El procedimiento abreviado.....	100
6.5.2. Los criterios de oportunidad.....	106
6.5.3. La suspensión condicional del proceso.....	109

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO Y DE SEGURIDAD PÚBLICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO**

1. Evolución del Estado Legal al Estado de Derecho Constitucional.....	111
1.1. El Estado de Derecho.....	113
1.1.1. Fuentes del Derecho Procesal Penal.....	115
1.2. Características del Estado Legal.....	119
1.3. Características del Estado Constitucional de Derecho.....	123
1.3.1. El neoconstitucionalismo y los principios en el Derecho.....	127

1.3.1.1. ¿Qué son los principios?.....	130
1.3.1.2. Cualidades de los principios en cuanto a ser considerados normas fundamentales y sus diferencias con otras normas jurídicas.....	134
2. El Estado constitucional de Derecho en México.....	139
2.1. El Estado como garante de la seguridad pública y la justicia penal en México.....	143
2.2. Política criminal y la realidad.....	144
2.3. Política criminal y libertad personal.....	146
2.4. Política criminal y poder de definición de la violencia.....	149
2.5. Política criminal y transparencia.....	149
2.5.1. Etapa inicial.....	150
2.5.2. Segunda etapa.....	153
2.5.3. Tercera etapa.....	156
2.5.4. Cuarta etapa.....	157
2.6. La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.....	158
3. La teoría de los sistemas y los sistemas procesales penales.....	162
3.1. Concepto de sistema procesal penal.....	167
3.2. El Derecho Procesal Penal y su relación con los contenidos de los sistemas procesales penales.....	169
3.2.1. Concepto de Derecho Procesal Penal.....	170
3.3. Sistemas procesales penales en la historia.....	171
3.3.1. Sistema acusatorio clásico.....	173
3.3.2. Sistema inquisitivo.....	176
3.3.3. Sistema mixto.....	178
3.3.4. Diferencias existentes entre las culturas jurídicas y su relación con los sistemas procesales penales.....	181
3.3.5. La intervención del Ministerio Público en el sistema inquisitivo mixto en México..	186



3.3.5.1. Ejes de mejora en la política de persecución de los delitos en México.....	194
3.3.6. Principales modelos de derecho procesal penal en el sistema acusatorio.....	198
3.3.6.1. Sistema Common Law.....	198
3.3.6.1.1. Adversarial System o Prosecutorial System.....	199
3.3.6.1.2. Defectos del sistema adversarial de los Estados Unidos de América.....	200
3.3.6.1.3. Aspectos jurídicos trascendentales del sistema adversarial.....	201
3.3.7. Due Process of Law.....	202
3.3.8. El sistema continental europeo (Civil Law) .....	203
3.3.9. Pautas para entender las diferencias entre el <i>common law</i> y el derecho continental. 205	
3.3.9.1. Conformación histórica en las esferas jurídica y política .....	205
3.3.9.2. Divergencias jurídicas más indicativas entre los sistemas Common Law y Civil. 207	
3.3.9.3. Algunos aspectos de corte religioso a considerar.....	208
3.3.9.4. Elementos de orden procesal .....	211
4. Los principios en el Derecho Procesal Penal acusatorio en México.....	214
4.1. Los principios generales del proceso y el debido proceso.....	215
4.2. Los principios en el marco legislativo mexicano.....	218
4.2.1. Principios de la persecución penal.....	223
4.2.1.1. Oficialidad.....	223
4.2.1.2. Principio de aportación de parte.....	224
4.2.1.2.1. Fines del proceso penal.....	225
4.2.1.2.2. La verdad alcanzable en el sistema de justicia penal.....	226
4.2.1.3. Principio acusatorio.....	229
4.2.1.3.1. Separación de funciones.....	231
4.2.1.4. Principios de legalidad y de oportunidad.....	232
4.2.1.4.1. Principio de obligatoriedad de la acción.....	232

4.2.1.4.2. Principio de oportunidad reglado.....	233
4.2.1.5. Principio de contradicción.....	233
4.2.1.6. Carga de la prueba.....	235
4.2.1.7. Libertad procesal/derecho de libertad personal.....	236
4.2.2. Principios, derechos fundamentales y garantías procesales ante la persecución penal.....	237
4.2.2.1. Derecho a juicio oral.....	237
4.2.2.1.1. La oralidad en la CPEUM y en los instrumentos internacionales.....	239
4.2.2.1.2. Vestigios escritos del sistema inquisitivo en el CNPP.....	240
4.2.2.2. Derecho a juicio público, el principio de publicidad.....	241
4.2.2.3. Principio de inmediación.....	244
4.2.2.4. Principios de concentración y continuidad.....	245
4.2.2.5. Principio de igualdad.....	247
4.2.2.5.1. Igualdad ante la ley.....	248
4.2.2.5.2. Igualdad entre las partes en el proceso.....	250
4.2.2.6. Dignidad de la persona.....	251
4.2.2.7. Derecho a la intimidad y a la privacidad.....	251
4.2.3. Derechos y garantías procesales.....	252
4.2.3.1. Derecho al juicio previo.....	252
4.2.3.2. Derecho a ser juzgado en plazo razonable.....	253
4.2.3.3. Derecho a la defensa.....	254
4.2.3.4. Principio de la presunción de inocencia.....	255
4.2.3.5. Derecho a no declarar contra sí mismo o de no autoincriminación.....	257
4.2.3.6. Derecho a la formulación precisa de cargos.....	258
4.2.3.7. Derecho a los medios de impugnación.....	259



4.2.3.8. Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple o principio “ne bis in ídem o non bis in ídem” .....	260
4.2.3.9. Libertad probatoria.....	261
4.2.3.9.1. Libre valoración de las pruebas.....	262
4.2.3.10. Fundamentación y motivación.....	263
4.2.3.11. Deber de protección y solicitud de pago de la reparación del daño.....	264
4.2.4. Garantías y derechos procesales de la organización judicial.....	264
4.2.4.1. Derecho a un juez independiente.....	265
4.2.4.2. Derecho a un juez imparcial.....	265
4.2.4.3. Derecho a un juez natural.....	266
4.2.4.4. Ejercicio exclusivo de la función judicial.....	267
4.2.4.5. Principio o deber de objetividad. ....	267
4.2.4.6. Principio o deber de lealtad y buena fe.....	268
4.2.4.7. Deber de colaboración.....	269

### **CAPITULO TERCERO**

#### **LA PRUEBA EN LOS SISTEMAS PENALES ACUSATORIOS CONTEMPORÁNEOS ESPECIAL REFERENCIA AL MEXICANO.**

1. Importancia de la reforma del régimen probatorio en el sistema de enjuiciamiento penal mexicano.....	271
2. Respecto de la prueba y sus denominaciones.....	273
2.1. Acerca del concepto de prueba.....	273
2.2. El objeto de la prueba en el sistema penal acusatorio.....	278
2.3. El cognoscitivismo racional garantista.....	280
2.4. Concepción constructivista o persuasiva de la prueba.....	284

2.5. La prueba y sus diversas connotaciones en el sistema procesal acusatorio en México.....	287
2.5.1. Evidencia.....	287
2.5.2. Dato de prueba.....	288
2.5.3. Medios de convicción .....	293
2.5.4. Medios de prueba .....	295
2.5.5. Prueba .....	298
3. Principios generales más relevantes referentes a la prueba previstos en el sistema penal acusatorio en México.....	299
3.1. Principio de contradicción.....	301
3.2. Principio de inmediación.....	303
3.3. Principio de concentración.....	305
3.4. Principio de libertad probatoria.....	307
3.5. Principio de legalidad de la prueba.....	308
4. Las pruebas que pueden ser presentadas en el juicio oral según el medio que se utiliza.....	310
4.1. Testimonial.....	311
4.2. Documental.....	313
4.3. Pericial.....	314
4.4. Material, real o física.....	316
4.5. Demostrativa.....	317
4.6. Otras pruebas.....	318
5. Propuesta de sistematización de las reglas o exigencias metodológicas de la prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales.....	318
5.1. Concepto de reglas de pruebas.....	318
5.2. Funciones de las reglas de prueba.....	321
5.3. Reglas de preparación de la prueba.....	321



5.3.1. Reglas de ubicación, investigación y preparación de las pruebas.....	321
5.3.2. Reglas de preparación de la evidencia física o autenticidad.....	330
5.3.2.1. Prueba anticipada.....	336
5.3.3. Reglas del descubrimiento de la prueba.....	339
5.3.4. Reglas de ofrecimiento de los medios de prueba.....	342
5.3.5. Reglas de admisibilidad y exclusión de pruebas.....	346
5.3.6. Reglas de práctica de medios de prueba.....	364
5.4. Libertad probatoria.....	365
5.4.1. La necesidad de establecer modelos de racionalidad en la valoración de la prueba..	367
5.4.2. La sana crítica y la motivación.....	368
5.4.3. Reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos como parámetros de racionalidad que rigen la valoración probatoria.....	371
5.4.3.1. Las reglas de la lógica.....	372
5.4.3.2. Conocimientos científicos.....	374
5.4.3.3. Las máximas de la experiencia.....	375
5.4.4. Estándar probatorio más allá de toda duda razonable.....	377

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN LA REPÚBLICA MEXICANA**

1. A nueve años de la entrada en vigor del sistema penal acusatorio en México, ¿cuál es el estado de las condiciones que motivaron su implementación?.....	384
1.1. La descentralización política y económica.....	385
1.2. La impunidad, la corrupción y la ineficacia estructural y operativa.....	386
1.2.1. Impunidad.....	389
1.2.2. Corrupción.....	390

1.2.3. Ineficacia estructural y operativa de las agencias estatales responsables del combate a la criminalidad y la inseguridad pública.....	392
1.2.3.1. Ausencia de una auténtica política criminal.....	393
1.2.3.2. La policía y sus transformaciones.....	395
1.2.3.3. La procuración de justicia.....	399
1.2.3.4. El estatus de la impartición de justicia.....	400
1.2.3.5. La inacabada construcción de la etapa de ejecución penal.....	403
1.2.4. Las tareas pendientes de consolidación.....	406
2. El estado de las cosas en el sistema penal acusatorio en el Estado de Guanajuato..	410
2.1. La investigación de los delitos.....	411
2.2. El incremento de los delitos en la entidad.....	413
2.3. Los juicios orales.....	415
2.4. Propuestas para mejorar la actuación de los intervinientes en el sistema penal acusatorio en Guanajuato .....	418
2.4.1. Buenas prácticas y resultados positivos.....	418
2.4.2. Rubros que urge atender para optimizar el sistema penal acusatorio en Guanajuato y en el país en general.....	421
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>433</b>
<b>FUENTES CONSULTADAS .....</b>	<b>441</b>

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CIA	Central Intelligence Agency – Agencia Central de Inteligencia
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DEA	Drug Enforcement Administration – Agencia para el Control de Drogas
DOF	Diario Oficial de la Federación
FORTASEG	Programa de Fortalecimiento a la Seguridad
LGBCSNP	Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional De Seguridad Pública
POEG	Periódico Oficial del Estado de Guanajuato
PROPANED	Programa Nacional de Prevención del Delito
SUBSEMUN	Subsidio para la Seguridad Municipal
USAID	United States Agency for International Development – Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos de Norte América

## INTRODUCCIÓN

El eje central de la investigación es el sistema penal acusatorio en México y, de manera particular en el Estado de Guanajuato. En el trabajo se van analizando explicaciones de orden político criminal entrelazados con planteamientos constitucionales y de Derecho Procesal Penal para entender la orientación que debe tener el sistema penal acusatorio en el país y las dificultades que se han presentado para su adecuada implementación.

El planteamiento del problema que dio pauta a la presente investigación consiste a *grosso* modo en que, en el año 2008 entró en vigor en el país la reforma constitucional al sistema de seguridad pública y de justicia penal, introduciéndose el sistema procesal penal de enjuiciamiento oral y acusatorio como una consecuencia de que en el propio ordenamiento constitucional se cimentó un modelo de Estado de Derecho Constitucional inspirado en el principalismo como corriente de pensamiento y se requería el cambio del modelo de procesamiento penal para ajustarlo a estos nuevos parámetros delimitadores del poder y de la aplicación de la norma.

La problemática se presenta, como ha ocurrido desde el momento mismo de la independencia nacional, en el conflicto permanente de hacer compatible lo ordenado en la norma con la realidad que pretende regular y quien legítimamente la haga cumplir. Por lo tanto, con este trabajo se pretende ir estableciendo la naturaleza y alcance de las instituciones jurídicas y operativas del sistema penal acusatorio para que sea material y operativamente aplicable la reforma constitucional.

Además, este modelo constitucional, diseñado en democracias europeas, difícilmente se puede implementar en un país en el cual no se han solucionado los problemas endémicos económicos, sociales, políticos, culturales de las grandes masas poblacionales, potencializados exponencialmente por la crisis de inseguridad, violencia, criminalidad y corrupción por la incontrolable irrupción del crimen organizado en la vida social en toda la geografía nacional y la incapacidad institucional del Estado mexicano para presentar programas de acción que permitan válida, objetiva y justificadamente considerar que se avanza en su solución.

De esta manera, se proyectó la implementación de un sistema de enjuiciamiento penal con orígenes conceptuales, políticos, económicos, culturales, incluso religiosos, anglosajones, derivado de la familia del *common law*, y ello implicó una renovación paradigmática del modelo de justicia a aplicar en suelo mexicano con implicaciones que no satisfacen al colectivo ni a los políticos como la preferencia por el ejercicio de la libertad condicionada en vez de la prisión preventiva, el impulso de la justicia rogada, las salidas alternas y los mecanismos de descongestión procesal, el procedimiento abreviado mismo, etc.

Todos los tipos de procedimiento mencionados requieren de un Ministerio Público altamente calificado competencialmente y especializado en el sistema actual para que, de acuerdo con el esquema vigente, dirija y coordine material y funcionalmente a las policías y a los órganos periciales que le permitan determinar, con toda legitimidad y perspectiva jurídica el cumplimiento del objeto del proceso penal acusatorio y oral en cada caso, contribuyendo con ello en la prevención especial positiva que encierra su correcta actuación. De la misma manera se demanda establecer la carrera y servicios policial y pericial como los responsables materiales del procesamiento de los hechos cometidos que, de acuerdo con la ley, pudieren constituir delitos. Ninguno de estos pendientes de la agenda nacional se ha cumplido.

Las elevadas expectativas sociales de abatimiento o control de la violencia, la inseguridad y la criminalidad no se han satisfecho, y las razones para que ello ocurra fundamentalmente en la debilidad institucional y estructural de los integrantes del sistema de política criminal y por la inexistencia de un programa mismo de política criminal que dé orientación a su actuar. Una muestra de ello es la irrupción del Código Nacional de Procedimientos Penales en 2013.

No se puede negar que en algunas entidades federativas se ha avanzado más en la implementación y consolidación del sistema con una planeada y correcta aplicación de recursos en las esferas normativa, de capacitación, de equipamiento y estructuras materiales, así como, en algunos casos exigüos de socialización de la reforma. Sin embargo, se insiste, no se hizo con un programa de política criminal definido y articulado, ello generó que, incluso dentro de cada uno de los Estados de la república, los integrantes de los sistemas de seguridad pública y justicia penal avanzaran por su lado, en escasas ocasiones con prácticas interinstitucionales conjuntas, lográndose sistemas disímbolos en la realidad.

El doctorado inicio en la recta final del año 2015, a algunos meses del vencimiento de la *vacatio legis* para la implementación plena del sistema en todo el país en los órdenes federal y locales. El Estado de Guanajuato empezó a implementar su sistema en septiembre de 2011.

El entendimiento del sistema penal acusatorio y oral requiere de conocer la naturaleza y alcances de diversas instituciones que, admitiendo que en muchas ocasiones ello rebasa las pretensiones del presente trabajo de investigación, se deben analizar, documentar y proponer las clasificaciones y formas en que deben ser abordadas para su correcta y conducente aplicación. Estas son, principalmente, el neoconstitucionalismo, los principios de Derecho en general y los que informan al sistema, las diferencias entre el *common law* y el sistema continental en la vertiente del Derecho Procesal Penal, la importancia de la política criminal, el estado que guardan las instituciones integrantes del sistema de política criminal, la importancia del sistema probatorio, las reglas de prueba en el sistema acusatorio, así como la forma en que deben resolver los órganos jurisdiccionales en este tipo de sistema procesal.



El objetivo de la tesis se puede resolver respondiendo a tres preguntas: ¿Qué se quiere hacer? ¿Cómo se pretende alcanzar? y ¿cómo se puede analizar? Respondiéndose cada una con objetivos generales y objetivos particulares.

Respecto a ¿Qué se quiere hacer?, como primer objetivo general está el conocer las condiciones y causas que generaron la reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal de 2008 y los avances que presenta su implementación a diez años de su entrada en vigencia.

Su objetivo particular será conocer cuáles han sido las razones y causas internas y externas que constriñeron al Estado mexicano a generar la reforma y aquellas que no han permitido implementarlo o consolidarlo plenamente.

Uno más de los objetivos generales de esta tesis es analizar el marco teórico referencial de un Estado democrático de Derecho al que debe ajustarse un sistema penal acusatorio y oral.

Su objetivo particular es identificar los principios que orientan e identifican al sistema penal acusatorio en un Estado constitucional y sistematizarlos en virtud de que están esparcidos en la Constitución y en los ordenamientos secundarios.

Como objetivo general es determinar la importancia de la prueba y la nueva dinámica y desarrollo que adquiere en el sistema penal acusatorio.

Sus objetivos particulares serán conocer los elementos fundamentales que integran el sistema probatorio en el sistema penal acusatorio y oral y establecer las reglas de prueba.

En cuanto a la pregunta ¿qué se pretende alcanzar? Como objetivo general es la identificación y establecimiento de los elementos conceptuales fundamentales e inamovibles que dan su naturaleza al sistema penal acusatorio para garantizar el debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes en los procedimientos.

Objetivo particular será conocer cómo están operando las instituciones y procedimientos fundamentales que participan del sistema penal acusatorio.

Otro objetivo particular es conocer las expectativas originales, avances y limitaciones de las agencias que integran el sistema de justicia penal en la implementación y consolidación del sistema penal acusatorio.

Ante la cuestión consistente en ¿qué se quiere demostrar? Como objetivo general se establece que no se puede instaurar una reforma al sistema de enjuiciamiento penal sin un adecuado proyecto de planeación y sin las transformaciones a las estructuras a las que llega o con las que se involucran interna y externamente en la realidad.

Como objetivos particulares se establece que la reforma debe contar con el convencimiento de sus alcances y beneficios de quienes detentan el poder y contar con el apoyo presupuestal y acompañamiento político en tanto se cumplan las metas de su implementación de mediano y largo plazo.

Otro objetivo particular es advertir porqué se requiere contar con un coherente y consistente programa de política criminal con el cual se fortalezcan paralelamente todos sus integrantes y sus mecanismos de operación. Que en el caso de la implementación del sistema de seguridad pública y de justicia penal no ha acontecido en el país.

Uno más es acreditar que en algunas áreas del sistema no se ha logrado la implementación material y formal del mismo y que en otras faltan algunas acciones que desplegar en miras de su consolidación, estableciendo cuales son, en particular en el Estado de Guanajuato.

Un propósito científico de este trabajo de investigación es el convencer respecto a la necesidad de crear las bases dogmáticas del nuevo Derecho Procesal Penal mexicano diseñando y desarrollando con mayor claridad el sistema penal acusatorio. En el caso específico, se propone fundamentar este requerimiento en base al conocimiento que puede desprenderse de la aportación bibliográfica y estadística más actualizada que permita describir a los elementos esenciales que conforman el sistema penal acusatorio en México a partir de la reforma de 2008 y del estado real de su implementación y consolidación.

La hipótesis de la que se parte radica en demostrar que, es necesario consolidar un sistema de justicia penal y seguridad pública que responda a las exigencias del Estado democrático de Derecho que se proyecta desde la CPEUM, diseñando y desarrollando con mayor claridad el sistema penal acusatorio puesto que su implementación inicial ha resultado sistemática y conceptualmente inconsistente.

Que, si no se fortalece el sistema de investigación de los hechos constitutivos de delitos entonces prevalecerá la impunidad responsabilizándose de ello al sistema penal acusatorio dando pauta a la desnaturalización de las instituciones del sistema o una contrarreforma legislativa.

La justificación del tema la encontramos en que en México la criminalidad, la violencia, la impunidad son de los asuntos que mayormente preocupan a la sociedad. Con la reforma de 2008 al sistema de seguridad pública y de justicia penal, así como la reforma de 2011 en materia de Derechos Fundamentales se buscó la transformación de tales sistemas dentro de un marco de actuación de un modelo constitucional ajustado a un Estado de Derecho.

Habiéndose cumplido la *vacatio legis* para la implementación material del sistema se han advertido inconsistencias operativas, normativas, culturales entre las estructuras y formas de actuación de los diversos integrantes ante la carencia de un real y consistente programa de

política criminal por lo que resulta relevante sistematizar y optimizar los programas, las estructuras institucionales y el marco normativo para lograr la consolidación del sistema.

La metodología de investigación empleada en este trabajo esencialmente es documental y descriptiva de carácter explicativo y argumentativo, en la línea de la política criminal y, como se señaló, con incidencia y énfasis en el análisis del sistema de enjuiciamiento penal vigente en el país.

Esta investigación emplea el método documental pues tiene el propósito de describir y mostrar el conocimiento acerca de la real naturaleza y operación material del sistema procesal penal que ahora debe aplicarse en México, considerando para ello el apoyo doctrinal existente en trabajos gráficos previos, ello con la finalidad de obtener antecedentes, conceptos y aportaciones de diversos autores que permitieron el estudio y la fundamentación del conocimiento obtenido al final del trabajo de investigación.

Es descriptiva porque se pretende reseñar las características de las instituciones jurídicas que integran el sistema para entender su naturaleza y los objetivos que deben cumplir.

Por ello también será explicativa pues pretende establecer las causas de los resultados y variables que han venido integrando la reforma constitucional, su implementación y consolidación.

Finalmente, es argumentativa pues habiendo presentado un panorama general de la reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal, se intenta probar que existen bastantes tramos del andamiaje normativo, estructural y operativo que requieren ser reorientados, corregidos, complementados para lograr una adecuada consolidación del sistema penal acusatorio en México.

Los métodos antes referidos contribuyeron al cumplimiento de los objetivos metodológicos propuestos dado que fueron impactando en la confirmación de la hipótesis de trabajo pues, aunque se ha escrito mucho acerca de la reforma constitucional al sistema de seguridad pública y de justicia penal, la descripción del sistema que he logrado concretar, difiere un tanto de las opiniones de quienes triunfalmente asegurar que se ha implementado con éxito, pero también de aquellas que pretenden dar por finiquitado al sistema atribuyéndole defectos que en realidad no tiene, y que además invocan su eliminación. Por ello he podido concretar propuestas en aras de lograr su consolidación ajustándose a un modelo que ratifique la dignidad y libertades de los intervinientes en estos casos.

En primer término, se pretende analizar el modelo de enjuiciamiento penal acusatorio adoptado en México con la reforma constitucional del año 2008 que incidió en el sistema de seguridad pública y de justicia penal, revisando las causas -expresas y latentes- que motivaron dicha reforma, las condiciones que presentaban el sistema normativo y las

instituciones que deben participar en el sistema de enjuiciamiento penal antes de la reforma y lo que ha acontecido a partir de la entrada en vigor de esta.

La investigación pretende explicar las dificultades que se han presentado para la debida implementación del sistema penal acusatorio en el país y, en lo particular en el Estado de Guanajuato.

La implementación del sistema penal acusatorio se presenta cuando en el país existen condiciones conflictivas relacionadas con el colapso operativo y de credibilidad del sistema de justicia y de seguridad pública: Las instituciones responsables de la seguridad pública, de procuración y de administración de justicia deterioradas y colapsadas ante una emergencia nacional de criminalidad e impunidad, así como de delincuencia organizada desbordada y la idiosincrasia complaciente y deteriorada de la sociedad mexicana frente a la aplicación de la ley.

El modelo procesal acusatorio presenta mejores condiciones de respeto de los derechos fundamentales de todos los intervinientes en el proceso que el inquisitivo mixto. Sin embargo, se requiere modificar la cultura administrativa y operacional de los institutos vinculados al sistema, así como de las estrategias de comunicación y socialización adecuadas para la aceptación del sistema penal acusatorio.

Después se examinará el sistema de justicia penal acusatorio y de seguridad pública en México en el Estado constitucional de Derecho. Atendiendo a esta característica de orden constitucional, se revisa la evolución del Estado legal al Estado constitucional de Derecho, para establecer los parámetros dentro de los cuales se debe presentar el modelo adoptado en el enjuiciamiento penal. Estos deben ceñirse a los principios que orientan al sistema procesal acusatorio por lo que se repasan los modelos de enjuiciamiento que han existido. También se revisa la política criminal instrumentada en el Estado mexicano.

Una parte medular de la investigación consiste en sentar la base para el entendimiento del sistema probatorio, en particular las reglas y la valoración de la prueba.

En este tema sobre la prueba y su valoración, hay dos aspectos que deben analizarse y sentar las bases para delimitar su alcance. Por un lado, tenemos que en la etapa de investigación de los delitos en el sistema inquisitivo mixto, la averiguación previa se desnaturalizó al diseño de su concepción originaria y se convirtió en un procedimiento cuasi judicial, en el que el Ministerio Público tenía la calidad de autoridad con lo cual, usando y abusando de sus atribuciones, determinaba el derrotero de la indagación de los hechos recabando, desahogando y calificando, o descalificando, los medios de prueba que le servían para conseguir los fines de los interés que representa su propia agenda. En esta dinámica quedaban prácticamente al margen el inculpado y su defensor e incluso la propia víctima, así como en muchos casos el esclarecimiento verdadero de los hechos. Conceptualmente ello

cambió y el entendimiento de la prueba ahora se hace frente al órgano jurisdiccional competente.

Por otro lado, existe una parte de ejercicio del poder de los órganos jurisdiccionales no regulado, que es el concerniente al juicio de los hechos, el cual queda sujeto a un gran ámbito de discrecionalidad, cuando no de arbitrariedad, pues el juicio de hecho o la valoración de la prueba no puede verse como una libérrima manera de construcción de una verdad procesal ajena al control de los hechos, por lo que estimo que deben establecerse límites objetivos a dicha actividad, suficientemente claros, legitimados y justificados los cuales deberán estar en concordancia con el modelo de Estado que se proyecta desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los principios que regulan al sistema de justicia penal. Para ello existen las reglas de prueba. En el trabajo se busca hacer una propuesta de sistematización de estas reglas para su aplicación foral.

Después se presenta cuál es el estado del sistema penal acusatorio en la república mexicana y, en lo particular, en el Estado de Guanajuato, con propuestas sobre las cuales debe optimizarse su desempeño.

La investigación aporta la información estadística más reciente sobre el comportamiento de los institutos que conforman el sistema acusatorio y una sistematización de los principios procesales que le informan, así como un análisis pormenorizado sobre las reglas de prueba desde la preparación hasta su valoración y una serie de propuestas de orden político criminal y operativo para optimizar las mejores prácticas en el sistema en aras de su consolidación.

Se podrá advertir que la mayor parte de las fuentes consultadas son bibliográficas. Ese fue un reto personal. Realizar un trabajo actualizado y lo más completo posible, con elementos de investigación que en estas materias no se puede prescindir como lo son, y serán, los libros. Se perfectamente que las consultas de fuentes electrónicas son indispensables en un trabajo de investigación doctoral en la actualidad, y no faltaron, pero con el trabajo concluido puedo afirmar que se puede realizar un trabajo de esta naturaleza contando con el material bibliográfico necesario.

Al término de esta etapa, queda el amargor de lo inconcluso, que faltó profundizar en tal o cual tema, ahondar en alguna idea, en otras opiniones, pero con la apetencia de seguir buscando, pues siempre se va encontrando más información, nuevos autores. Sin embargo, hay que cerrar círculos con la certeza de que esta experiencia académica me ha de conducir a seguir investigando.



1.  $\int_0^1 x^2 dx = \frac{1}{3}$

2.  $\int_0^1 x^3 dx = \frac{1}{4}$

3.  $\int_0^1 x^4 dx = \frac{1}{5}$

4.  $\int_0^1 x^5 dx = \frac{1}{6}$

5.  $\int_0^1 x^6 dx = \frac{1}{7}$

6.  $\int_0^1 x^7 dx = \frac{1}{8}$

7.  $\int_0^1 x^8 dx = \frac{1}{9}$

8.  $\int_0^1 x^9 dx = \frac{1}{10}$

9.  $\int_0^1 x^{10} dx = \frac{1}{11}$

10.  $\int_0^1 x^{11} dx = \frac{1}{12}$

**CAPÍTULO PRIMERO**  
**HACIA LA REFORMA**  
**PROCESAL PENAL EN MÉXICO**

Somos la memoria que tenemos y la responsabilidad que  
asumimos, sin memoria no existimos y sin responsabilidad  
quizá no merezcamos existir. (Cuadernos de Lanzarote)

JOSÉ SARAMAGO.

**1. Las reformas al marco constitucional y al Debido Proceso Penal en América Latina.**

El 28 de mayo de 2008 se aprobó la reforma constitucional que originó la transformación del sistema de seguridad pública y de justicia penal en México, decretándose una *vacatio legis* de ocho años para su implementación completa en todo el territorio nacional. El 5 de septiembre de 2013 se decretó el establecimiento de una legislación procesal penal única para todo el país.

Para justificar la reforma se presentaron múltiples causas, sobresaliendo el seguimiento a la tendencia adoptada en América Latina de reformar el sistema constitucional, y en consecuencia el procesal penal, derivado de las sentencias dictadas en contra del Estado mexicano por la violación a los derechos fundamentales en temas vinculados a esta materia, todo ello dentro de un escenario de globalización económica mundial.

Resulta indispensable hacer un análisis de estas causas y factores para poder comprender cómo es que se fue presentando esta transformación del ordenamiento jurídico en la república mexicana, así como los primeros pasos materiales para lograr su implementación.

A partir de la década de 1980 se presentaron transformaciones radicales en los sistemas de Derecho constitucional y de Derecho Procesal Penal en América Latina. Se dio un giro completo de los ordenamientos procesales de corte inquisitivo, que tenían vigencia

en la región prácticamente desde la colonia, tradición que devenía de la adopción en casi todo el continente de habla hispana y portuguesa del régimen procesal penal español del Libro de las Siete Leyes, mejor conocido como Las Siete Partidas, hacia modelos de corte acusatorio.

Esta reforma al proceso penal tuvo diversas causas y explicaciones, destacándose dos discursos generales<sup>1</sup>, uno consistente en que fue una respuesta reactiva a las frecuentes violaciones a los derechos fundamentales de los pobladores de América Latina por parte de los detentadores del poder del Estado, dictadores o juntas militares o civiles y, otro, consistente en la aparente búsqueda de la democratización institucional de los sistemas de justicia débiles en estos países, producto de su perpetua inestabilidad política, ocurriendo ello dentro de un proceso de globalización económica mundial que remite a las reformas a un esquema de contradicción con el neoconstitucionalismo que las enmarca, lo cual explicaré sintéticamente a continuación.

### **1.1. Reforma al Derecho Constitucional y al Debido Proceso Penal como reacción al quebrantamiento de los derechos fundamentales en los países latinoamericanos.**

En la década de 1980 se iniciaron en América Latina movimientos de reforma en los sistemas de enjuiciamiento penal de los países que la conforman, ello como consecuencia de su incipiente democratización institucional, producto de la inestabilidad política que, en algunos casos, aún a la fecha, los caracterizan. No resultaba extraño que estos países se movieran entre gobiernos democráticos endebles, juntas y dictaduras militares, producto de golpes de Estado, entre guerras civiles reconocidas o no como tales, en las que se interrumpía el orden constitucional por medio de la fuerza y también se tenía continuamente la presencia de las fuerzas armadas en la escena pública.

---

<sup>1</sup> En la revisión de la literatura que ha surgido abundantemente en México a raíz de la reforma constitucional del año 2008 en materia de seguridad pública y del sistema de justicia penal se pueden encontrar propuestas de múltiples causas o explicaciones que generaron la reforma, a guisa de ejemplo Carbonell y Ochoa Reza proponen como causas generales las siguientes: a) el proceso de democratización presente en países de América Latina, luego de décadas de gobiernos dictatoriales o autoritarios; b) la crítica a sistemas políticos obsoletos; c) las presiones para modernizar al Estado en general; d) la reevaluación del papel de los derechos humanos; e) la percepción negativa sobre el sistema judicial y, en particular, sobre los juzgados penales: Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* México, Porrúa, Renace y UNAM, 2008, p. 1. Por mi parte me referiré a los dos discursos propuestos en un ejercicio de síntesis y cómo guía de la idea que presento.

En estas dictaduras prevalecía la represión penal en diversas manifestaciones como la desaparición forzada de personas, los asesinatos, la tortura, la incomunicación, los tratos crueles, inhumanos y degradantes contra la población, sobre todo las minorías y los considerados disidentes, lo que generó un sentimiento generalizado y reivindicatorio de justicia y defensa de la dignidad humana.

Para esa época, postergándose lo que se presentaba en otras latitudes desde 1948, se presenta un masivo reclamo y difusión de los derechos humanos por la intervención de diversas organizaciones no gubernamentales así como de los organismos internacionales de protección de estos derechos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, EEUU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos sita en San José, Costa Rica que patentizó la necesidad de cambiar la situación imperante en América Latina<sup>2</sup>.

Paradójicamente las nuevas constituciones latinoamericanas que se promulgaron a finales de la década de 1980, y que introdujeron instituciones jurídicas del derecho constitucional europeo, fueron implantadas por gobiernos militares<sup>3</sup> en cuyos textos se destacaron principios e instituciones que dieron pauta al neoconstitucionalismo de la región, apegándose a la estabilidad democrática y la vigencia de los derechos humanos así como la culminación del periodo de gobiernos militares, salvo excepciones como la venezolana o la cubana.

Debe señalarse que muchos de los injertos formalizados, al ser copiados literalmente de los textos europeos, resultaron inoperantes desde un inicio al no ajustarse a la cultura

---

<sup>2</sup> Struensee, Eberhard y Maier, Julio B. J., "Introducción", en Maier, Julio B. J., Ambos, Kai y Woischnik, Jan., (Coords), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Konrad – Adenauer – Stiftung, Argentina, AD HOC, Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2000, p. 27.

<sup>3</sup> Así, Villabella refiere que la constitución chilena fue aprobada por plebiscito en septiembre de 1980, entrando en vigor parcialmente en 1981 y de manera plena en 1990 a la culminación de la dictadura militar y que las constituciones de Honduras, El Salvador y Guatemala fueron concebidas por asambleas constituyentes convocadas y monitoreadas por las dictaduras de derecha, al igual que en Brasil en 1988 al tenor de la Enmienda constitucional número 26 de 1985, además en Villabella, Carlos Manuel, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Un nuevo paradigma?* Grupo Editorial Mariel, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A. C., Universidad de Guanajuato, Juan Pablos Editor, México, 2014, p. 65 y sigs.

constitucional regional, otros estimularon tensiones que dificultaron su implementación y otros fueron ignorados de plano, como ejemplo de ello fue el pretender generar un Estado social de derecho en realidades de extrema desigualdad social e inaplicación total de la vigencia de derechos de los ciudadanos.

A la par de estos movimientos deben destacarse sin duda los efectos de la mundialización neoliberal que incluyó para la región el incremento de la pobreza y la desigualdad social, lo que produjo un crecimiento en la tasa de delincuencia y, aún más, de la violencia en el ámbito de la vida civil, lo que en sí también implicaba un amplio espectro de violación a los derechos humanos, que exigió la necesidad de generar cambios sociales y normativos significativos.

## **1.2. El carácter político del proceso penal**

Como se ha indicado, a partir de los últimos diez años del siglo XX la mayor parte de los países de América Latina se han involucrado en procesos de reformas integrales a su sistema de justicia penal, haciéndolo paralelamente a la innovación de sus estructuras políticas y económicas buscando con ello la consolidación o estructuración de su democracia, entre otros fines. Desde entonces es posible prestar atención en la mayoría de los países latinoamericanos a la tendencia hacia una transformación radical de los sistemas de enjuiciamiento penal de carácter acentuadamente inquisitivos, vigentes en la región prácticamente desde el período colonial.

Las modificaciones al orden constitucional conllevaron reformas al ordenamiento procesal penal en las naciones latinoamericanas pues, por un lado, la atención y respuesta de parte del Estado a los temas de violencia y criminalidad siempre se encuentran presentes en el estado de ánimo colectivo de la población y por otro, no debe dejar de considerarse que existe una correspondencia entre la legislación constitucional y la legislación común en la materia. Inclusive, el Derecho Procesal Penal ha sido calificado como el *“termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de la Constitución”* o *“sismógrafo de la Constitución”*



del Estado”<sup>4</sup>. Esto pone de manifiesto, como así lo advierten Duce y Riego, que el Derecho Procesal Penal se trata de una “disciplina de alta contingencia política o muy estrechamente vinculada a la estructura política del Estado en que se sitúan”<sup>5</sup>. Por ello, al plantearse una reforma al sistema de enjuiciamiento criminal, debe examinarse el entorno político al que se corresponde.

Binder<sup>6</sup> señala que para conseguir una visión del proceso penal que sea completa requiere ser considerada desde la perspectiva político – criminal, ello para *saber cómo alcanzar ciertas finalidades político–criminales a través del proceso penal*, a lo que llama “eficacia” del poder punitivo. Esto lo refiere así al acotar que *la existencia de límites constitucionales al ejercicio del poder penal obliga a que las formas más directas y propias de la política criminal, esto es, la aplicación de las penas, se canalice necesariamente a través del proceso penal, como un modo de acotar y resguardar el uso de esa violencia del Estado*.

Damaska<sup>7</sup> al realizar un análisis comparativo y analítico de los diferentes sistemas de administración de justicia propone vincular su origen y desarrollo con las formas características que adopta el poder, pues advierte que ciertos comportamientos del Estado se asocian invariablemente con determinados tipos de organización del poder. Que, además, las ideas dominantes acerca del papel del Estado son las que informan las visiones sobre el propósito de la justicia y que esto último es pertinente para la elección de muchos arreglos del procedimiento. También sostiene que solo algunas formas del proceso judicial se adecuan a propósitos específicos ya que solo ciertas formas pueden justificarse en términos de la ideología prevalente.

---

<sup>4</sup> El primer calificativo pertenece a James Goldschmidt y el segundo a Claus Roxin, citados por Maier, Struensee, Eberhard y Maier, Julio B. J., *Op. Cit.*, nota 2, p. 18., al igual que Duce J. Mauricio y Riego R. Cristián, en *Proceso penal*, México, Jurídica de las Américas, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 26 y 27.

<sup>5</sup> Duce J. Mauricio y Riego R. Cristián, *Op. Cit.*, nota 4, p. 27.

<sup>6</sup> Binder, Alberto M., *Derecho procesal penal. T. II. Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*, AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 2014, pp. 11 y 12.

<sup>7</sup> Damaska, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1986, pp. 23 y sigs.

Considerando entonces la inescindible liga entre poder político y proceso penal, resulta menester establecer algunas consideraciones respecto a la política criminal y su vinculación con el Derecho Penal, y de este con el Derecho Procesal Penal y la Criminología pues todos aportan elementos de definición indispensables para el sistema de justicia penal y las orientaciones que éste adopta.

La política hace referencia a la forma de gobierno del Estado, y se vincula con la gestión, desde una determinada esfera de poder, de los asuntos públicos, presentándose a través de distintas manifestaciones en función de la actividad que sea el objeto de su administración. Una de esas formas es la política criminal que diseñará el planteamiento que el Estado establezca para tratar y hacer frente al fenómeno criminal<sup>8</sup>.

Por exigencia del principio de legalidad la existencia o no del delito solamente se dice en la ley, y debe puntualizarse que el concepto legal de delito exclusivamente es el que fundamenta y posibilita el inicio de un procedimiento penal y la imposición de una consecuencia jurídica –pena o medida de seguridad– y esta determinación legal la define el legislador en los códigos penales o en leyes penales especiales. Así pues, “decir qué es delito”, le corresponde al Derecho Penal.

Pero “decidir cuándo existe delito” es tarea del Derecho Procesal Penal como conjunto de normas escritas en los códigos o leyes de procedimientos penales. De esta forma en la que el *ius puniendi* sólo se actualiza por medio del enjuiciamiento penal, tenemos que el proceso penal es necesario para la actuación del Derecho Penal pues constituye el supuesto indispensable para la imposición de las penas y las medidas de seguridad.

---

<sup>8</sup> Múltiples son las definiciones de la política criminal, basta señalar la de Borja Jiménez: “aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad”, en Borja Jiménez, Emiliano, *Curso de política criminal*, Tirant lo Blanch, España, Madrid, 2003, p. 22. Para Zipf “...es un sector objetivamente delimitado de la Política jurídica en el ámbito de la justicia criminal...” mientras que para Délmas-Marty, es el “conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”, ambos citados en Zúñiga Rodríguez, Laura, *Política criminal*, COLEX, España, 2001, pp. 22 y 23.

Por otro lado, en realidad ni siquiera existe una definición única del término Criminología, sino un discurso contradictorio e interdisciplinario, una multitud ruidosa y heterogénea de perspectivas criminológicas a veces en franca competencia con lo que coincidimos con Santiago Gómez<sup>9</sup>. En algunas latitudes esas visiones y sus académicos pueden llegar en ocasiones a dialogar, compartir preocupaciones, conocimientos e inclusive establecer relaciones de dependencia o colaboración, pero ello es inexistente en México.

Por lo que se refiere a la Criminología pareciera que han terminado los intentos de construir “teoría criminológica”. Tanto la Criminología causal explicativa positivista, como los rompimientos epistemológicos que originaron las Criminologías interaccionista y crítica han finalizado los debates que los fundamentaron, dando por sentado que ya todo estaba dicho, o que no hay nada más que decir.

No obstante, hay que señalar que cuando se cuestiona el origen del penalismo, la respuesta generalmente se queda en el aire. Zaffaroni<sup>10</sup> sostiene que se inicia con los glosadores, aunque muchos se inclinan por señalar que fue con Beccaria. Que en la Criminología ocurre algo similar, pues si bien se afirma que fue con Lombroso en el siglo XIX mientras que los críticos señalan que fue con los llamados clásicos en el siglo XVIII.

En su disertación el profesor argentino afirma que “...*todo discurso penal autoritario (y totalitario) es una reiteración del discurso inquisitorial*”. Luego advierte que la inquisición fue confeccionando un sofisticado discurso penal en concordancia con la criminología, lo que fue calificado como el modelo integrado de criminología etiológica con derecho penal. Así, mientras *la Criminología explicaba el origen del mal, el derecho penal se ocupaba de cómo destruir el mal, cómo salvar a la humanidad, porque siempre el derecho penal autoritario invoca una emergencia. Que ello es así pues todo derecho penal autoritario toma una amenaza, la absolutiza, la magnífica y manifiesta que es necesario contenerla para*

---

<sup>9</sup> Santiago Gómez, Tilemy, “Criminología: limitaciones y rutas a futuro”, en Ordaz Hernández, David y Cunjama López, Emilio Daniel (Coords.), *Criminología reflexiva. Discusiones acerca de la criminalidad*, México, UBIJUS, 2011, p. 27.

<sup>10</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Origen y evolución del discurso crítico en el Derecho penal*, Argentina, EDIAR, Universidad Nacional de Rosario, 2009, pp. 27 y 28.

*que no desaparezca el género humano, como si fuera un mal cósmico.* Que ello ha acontecido desde la primera emergencia invocada por la inquisición, de tal suerte que, así como los primeros penalistas fueron los glosadores, los primeros criminólogos fueron los demonólogos (los especialistas en el demonio que estudiaban al mal).

Así pues, en el mundo occidental, incluyendo a los territorios colonizados en América, hemos vivido ochocientos años de emergencias con la producción de discursos y estrategias autoritarias y francamente discriminatorias y represivas. Por ello la Criminología ha estado siempre ideológicamente vinculada a las etapas marcadas por el poder central<sup>11</sup>.

Al plantearse la cuestión criminal desde la política, el Estado y la política criminal aparecen como consustanciales, como lo son el Derecho penal y la Criminología según se ha visto. Luego entonces, la política criminal es el poder de definición de los procesos criminales dentro de la sociedad y, consecuentemente de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal; por lo cual la política criminal ha de tener en consideración a la criminología al ser ésta la que realiza los análisis de las formas criminógenas y los procesos de criminalización, considerándolos como un sistema de control penal.

Roberto Bergalli señaló<sup>12</sup> que *“las relaciones que se establecen entre la violencia y el sistema penal, que están en el origen de éste, son las propias que justifican y legitiman la aparición del Estado moderno”*, ello considerando *“toda la tradición de ciencia política que ha explicado la Modernidad, a partir de la necesidad de concentrar la violencia en manos del Estado para mantener el orden social”*.

+La historia nos demuestra que los sistemas penales latinoamericanos no surgen en función de códigos o legislaciones, ya sean originarios o importados nos dice Zaffaroni<sup>13</sup>,

<sup>11</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Derechos humanos y sistemas penales en América Latina”, en *Criminología crítica y control social. El poder punitivo del Estado*, T. I, Argentina, Editorial Juris, 2000, p. 66.

<sup>12</sup> Bergalli, Roberto, “La violencia del sistema penal”, en *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, España, Bosch, 1996, pp. 7 y 8.

<sup>13</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. Cit.*, nota 11, p. 62.

que “desde los tiempos de la (primera)<sup>14</sup> colonización se presentan como un ejercicio de poder controlador, disciplinario militarizado ejercido sobre las mayorías y sobre los disidentes, lo cual se conserva hasta la fecha. Tal poder configurador, disciplinario, normalizador o verticalizante también le concede al Estado un ámbito muy amplio de arbitrariedad y selectividad.

Además, a ello deben sumarse los procesos de globalización económicos e ideológicos que surgen para atender principalmente las necesidades de los sistemas productivos de las potencias mundiales o centrales, lo que ha impactado en los sistemas de control social a nivel interno e internacional, obligando a los ordenamientos jurídicos completos de los países periféricos a adaptarse a él<sup>15</sup>. Así en distintas partes del mundo los contenidos penales sustantivos, procesales y de ejecución se han hegemonizado con una lógica transnacional, sobre todo en este siglo a partir de los atentados terroristas iniciados en los Estados Unidos de Norteamérica en 2001 y en España en 2004, hasta los más recientes en Francia en 2016, lo que ha llegado a autorizar la persecución de personas y la injerencia de policías y jueces más allá de las fronteras de sus competencias locales.

Desde los últimos años del siglo XX encontramos en los discursos de los políticos, de los actores sociales y de los intelectuales –del régimen o autónomos– las palabras “violencia”, “inseguridad”, “narcotráfico”, “terrorismo”, “Estado islámico”, como fundantes de las nuevas emergencias, sin considerar reflexivamente que en el fondo obedecen a las nuevas políticas de un modelo represivo y coherente con una política de control social internacional.

A finales de la década de los años 90 del siglo anterior en muchos países de occidente se pasó del paradigma de prevención del crimen al de la seguridad colectiva. El Estado más allá de los niveles de bienestar que otorgaba graciosamente, garantizaba la pertenencia a un

---

<sup>14</sup> En Argentina se dieron dos colonizaciones, la española al igual que en el resto del continente en el siglo XV y una segunda a principios del siglo XX.

<sup>15</sup> Al respecto se pronuncian Sánchez Sandoval y González Vidaurri considerando inclusive que las divergencias entre los sistemas jurídicos del *common law*, el romano-civilista, el germánico, el socialista y el islámico se han acortado y han venido operando de manera similar. González Vidaurri, Alicia y Sánchez Sandoval, Augusto, *Criminología*, México, Porrúa, 2005, p. 2 y sigs.



conjunto de valores que permitían cohesionar a la sociedad y a la par garantizaba la seguridad por lo cual monopolizaba el orden público y por lo tanto, el uso de la fuerza y de las medidas de contención, y dado que ante el crimen la humanidad solo ha presentado las medidas de su prevención o de reacción, entonces estas eran parte de la competencia estatal. Así se mostraba la modernidad y el falaz sentido de su ilustración.

El posicionamiento del “*seguritarismo*” –término y desarrollo presentado por Ciappi<sup>16</sup>–, se debe también al fracaso parcial de las políticas de *welfare* y de modernización de los servicios asistenciales, escolares, familiares y de trabajo, durante los años ochenta, también ha llevado a una reflexión sobre las estructuras penitenciarias y las funciones del control social del derecho penal que igualmente han migrado de la óptica preventiva al de la seguridad y con ello al manejo de grupos sociales según su riesgo criminal<sup>17</sup>, posicionando la prevención especial negativa sobre cualquier otra.

La principal problemática de girar el paradigma hacia la seguridad es que resulta un modelo local, cercano a las expectativas de los ciudadanos y no abstractamente vinculado a políticas generales, de transformación del hombre y de las instituciones sociales, con la vuelta a los conceptos *peligrosistas* de los etiquetados como delincuentes o disidentes y el desarrollo del derecho penal del enemigo.

Por ello, la problemática de la seguridad y el de la justicia inventada, o construida alrededor de ésta, son necesarias para la globalización y encuentran aliados imprescindibles u oportunos en emergencias como el terrorismo vinculado a movimientos religiosos como la yihad islámica o los desplazamientos multitudinarios de personas que huyen de los conflictos de guerra en sus países sea en Oriente Medio, África o centro y sud América.

---

<sup>16</sup> Ciappi, Silvio, “La construcción del ghetto. Apuntes de criminología crítica”, en *Periferias del imperio. Poderes globales y control social*. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia, Cendex, 2006, p. 116 y sigs.

<sup>17</sup> Ciappi cita a Pavarini en *Op. Cit.*, nota 16, p. 118, quien señaló que “*la gestión administrativa de las penas habla, desafortunadamente, otra lengua: ya no sólo la de castigar a los individuos, sino de manejar grupos sociales según su riesgo criminal; ya no es sólo la correctiva, sino la burocrática, de cómo optimizar los recursos escasos, en los cuales la eficacia de la acción punitiva ya no está en función de los telos externos del sistema (educar, intimidar), sino en función de las exigencias intra sistémicas (neutralizar, reducir los riesgos)*”.

Ante una constante y permanente inseguridad, la globalización ha respondido con un monólogo totalitario enérgico: el de la seguridad y protección del propio sistema de desarrollo, al cual la inseguridad de cada ciudadano debe integrarse para sentirse seguro<sup>18</sup>. *El resurgimiento de las clases peligrosas va a la par con la afirmación según la cual, el éxito de las políticas de integración y de choque contra la violencia y la degradación urbana y social, reside en la posibilidad de construcción de una comunidad cohesionada alrededor de valores predefinidos*<sup>19</sup>. En nuestra cotidianidad tales valores los establece la clase en el poder y los ciudadanos debemos sujetarnos a ellos por “nuestro beneficio”, pues incluso, en el caso de no someterse a ellos el ciudadano puede adquirir la calidad de “sospechoso”, corriendo hasta el riesgo extremo de ser abatido mortalmente por estos cuerpos guardianes de la ley y el orden, como ya ha ocurrido.

Así advertimos que la seguridad posee una propia justicia: aquella de la sumisión o de la guerra santa y justa, y aquellos que no son funcionales a la globalización, no les queda otra ruta que la globalización de la exclusión. Ahí, en ese poder configurador, disciplinario, normativizador o verticalizante es donde radica el ejercicio de poder más importante del sistema penal latinoamericano<sup>20</sup>, y en el cual las agencias policiales cumplen un papel muy significativo no sólo en su función reproductora de la violencia sino también por su capacidad selectiva primaria de criminalización.

Respecto a la globalización, Conversa señala que *con ella lo que finalmente se logra es la forma paradigmática del régimen como biopoder que penetra e invade todo el contexto social, por lo que el Imperio no sólo gobierna un territorio y a su población, también crea el mundo que habita*<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Conversa, Luigi Antonio, “Las justicias inventadas”, en *Periferias del imperio. Poderes globales y control social*. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia, Cendex, 2006, p. 220.

<sup>19</sup> Ciappi, Silvio, *Op. Cit.*, nota 16, p. 119.

<sup>20</sup> Al respecto véase, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. Cit.*, nota 11, pp. 63 y 64.

<sup>21</sup> Conversa, Luigi Antonio, *Op. Cit.*, nota 18, p. 221.

Así pues, en este tiempo el sistema de justicia en América Latina se presenta como uno de los asuntos más problemáticos en las agendas políticas nacionales e internacionales pues se argumenta que hay una crisis en el derecho y en el sistema de justicia en general.

El derecho ha sido el núcleo simbólico referencial del universo democrático a través del cual se organizó el poder y los Estados en el mundo desarrollado. *A través de los siglos y como consecuencia de sucesivas crisis de regulación el Estado se ha transformado, señala Ganón<sup>22</sup>, y se vuelve casi una obviedad que el derecho moderno, como principal medio o instrumento de regulación del Estado no solo ha cambiado, sino que ha fracasado*". Acorde con lo señalado previamente también concluye que la disfuncionalidad de la regulación social, la globalización, el fracaso del estado de bienestar y la expansión masiva de la desigualdad social aumentan las tensiones sociales y el Estado a través del derecho no puede garantizar la libre circulación de bienes y personas ni tampoco imponer sanciones.

Esta crisis del derecho no sólo se presenta en América Latina sino también en Europa. Ferrajoli señala que esta crisis se manifiesta en tres aspectos: a) Crisis de la legalidad, que se expresa en la ausencia o la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder, b) En la inadecuación estructural de las formas del Estado de Derecho a las funciones del *Welfare State* (Estado de bienestar), agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la *crisis del Estado Social*, c) El cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo...esta crisis equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de Derecho"<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Ganón, Gabriel E. H., "La lucha por el derecho o la reforma del sistema de (in)justicia", en *Criminología crítica y control social. Orden o justicia. El falso dilema de los intolerantes*. T. 2, Argentina, Editorial Juris, 2000, p. 125.

<sup>23</sup> Ferrajoli, Luigi, "Derechos y garantías. La ley del más débil", Madrid, España, Editorial Trotta, 2010, pp. 15 a 17.

Lo mismo se señala del sistema de justicia en general y, en especial el sistema de justicia penal<sup>24</sup>, por lo que han sido seriamente cuestionados concluyéndose que no son capaces ni viables para resolver antiguas carencias y anomalías, y tampoco de hacerle frente a las problemáticas actuales, menos en pensar en un futuro más adecuado en esta área de la administración gubernamental que debe estar sustentada en un marco jurídico moderno.

Hace ya tiempo, como se ha venido señalando, la Criminología crítica desarrolló un discurso que presentaba a todo el sistema de justicia penal en su conjunto como un instrumento que en realidad obedece a intereses muy diversos y dispersos a lo que se ha erigido en sus justificaciones y funciones declaradas. Para ello, basta documentar sus ineficaces y por siempre pospuestos objetivos y fines como la prevención del delito, la seguridad pública, la trata de personas en su diversas modalidades, las fosas comunes donde aparecen múltiples ejecutados o ajusticiados previamente desaparecidos de su entorno social, la reinserción social y sobre todo la impunidad aunque, como se ha señalado, ese distorsionado comportamiento del sistema de justicia penal y de seguridad pública no se constriñe a una época determinada sino que se presenta de manera constante en la historia de subcontinente latinoamericano.

Ganón advierte<sup>25</sup> que esta crisis del derecho no solamente debemos interpretarla como una crisis de regulación, sino también como una profunda crisis moral que pretende ser reconstruida idealmente a través de mensajes comunicativos provenientes del vocabulario punitivo, lo que a su vez puede resultar meramente simbólico, que le permita a la clase en el poder ocultar las raíces del problema y en vez de lograr un sistema más plural, democrático y humano se torne más autoritario y excluyente.

---

<sup>24</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal, parte general*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, p. 30: "Llamamos "sistema penal" al control social punitivo institucionalizado, que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normativizadora que genera la ley que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones para actuar. Esta es la general idea de "sistema penal" en un sentido limitado, abarcante de la actividad del legislador, del público, de la policía, de los jueces y funcionarios y de la ejecución penal".

<sup>25</sup> Ganón, Gabriel E. II., *Op. Cit.*, nota 22, p. 128.

En relación a las disfunciones y la crisis del derecho el profesor argentino concluye lapidariamente:

*“...en la mayoría de las ocasiones que se analiza la crisis del poder judicial, del sistema carcelario y de la sensación popular de inseguridad urbana se utiliza un enfoque acrítico y ortodoxo. La utilización de este enfoque permite aislar, reconducir, reducir y focalizar el presente periodo crítico tanto de la realidad histórica local como de la crisis global. Como consecuencia de la utilización de esta orientación analítica, se facilita intencionalmente o no la propuesta de soluciones tan milagrosas como aparentemente sencillas, como por ejemplo: la implementación del sistema acusatorio y/o del juicio por jurados, la modificación en la selección de jueces, la creación de la policía judicial, una mayor dureza en las penas, mayor cantidad de presos y prisiones, la disminución de las garantías procesales, la reducción del margen interpretativo del juez, etc...”<sup>26</sup>.*

Como se puede advertir, no es posible pensar en la actuación de la justicia, y de las diversas agencias que le integran, sin examinar los contextos político y social en la que se presenta y a los cuales tiene que responder. Ante el evidente proceso de globalización la justicia parece apartarse de sus propios espacios para privilegiar amenazas y problemas que provienen del entorno.

Dado que los países de Latinoamérica no han solucionado sus problemas económicos, sociales, políticos y culturales intercambian en el mercado globalizado contradicciones y conflictos, organizaciones y movimientos desestabilizadores generados por la necesidad y exigencia de contar con nuevos mercados de bienes y servicios, legales o ilegales.

Coetáneamente se ve acompañado del libre comercio de desechos sociales y de migraciones, con alternancia de poderes y nuevos órdenes institucionales y políticos, que en su conjunto inducen y caracterizan la política prioritaria de la seguridad opina Conversa<sup>27</sup>, en lo cual estamos de acuerdo.

En estos planteamientos de crisis del Estado y de globalización neoliberal, encontramos la explicación de por qué los regímenes autoritarios de Latinoamérica, incluido México con la democracia simulada que imperó durante el siglo XX, el fracaso de la alternancia política de inicios del siglo XXI y la nueva incursión del partido político hegemónico a partir del año 2012, se vieron forzados a implementar reformas legislativas en

<sup>26</sup> Ganón, Gabriel E. H., *Op. Cit.*, nota 22, p. 129.

<sup>27</sup> Conversa, Luigi Antonio, *Op. Cit.*, nota 18, p. 221.

sus respectivas constituciones y paralelamente al esquema de justicia penal y seguridad pública, adoptando entre otras medidas necesarias la transformación de sus sistemas penales procesales hacia el sistema acusatorio que es el que en la idea conceptual se ajusta al modelo neoconstitucional.

La idea esencial que se ha pregonado por parte de los reformadores ha sido la de suplir el añejo modelo procesal de corte inquisitivo por uno de carácter acusatorio, capaz de asegurar el respeto fundamental de los derechos fundamentales y, a la vez, de satisfacer estándares mínimos de eficiencia en la investigación y esclarecimiento de los delitos, la protección de las víctimas y ofendidos, el castigo de los delincuentes y que los daños causados por el delito sean reparados, lo que necesariamente debe incidir en el modelo probatorio de los hechos que la ley establezca que sean considerados delitos, pues es ahí precisamente en donde se dan los mayores casos de impunidad y de abuso de poder no sólo de parte de los policías y los agentes del Ministerio Público sino también de los órganos jurisdiccionales.

## **2. Antecedentes y causas de la reforma al sistema de seguridad pública y de justicia penal en México.**

En México, acorde al estado de las cosas de la política en el país, la histórica incapacidad del Estado mexicano para aplicar la ley, o aplicarla según su discrecional y abusivo arbitrio, así como una permanente violación a los derechos fundamentales de los actores involucrados en el sistema de justicia penal, –lo cual fue ampliamente exhibido por resoluciones de los organismos internacionales de protección de los derechos fundamentales de los gobernados–, además del clima político alrededor de la figura presidencial, fueron propiciando la posibilidad de reformar el sistema de justicia penal, sobre todo en su parte procesal y de seguridad pública, lo cual viene a explicar por qué, sin una dictadura formal (aunque sí una democracia ficta y arbitraria), vino a culminar con la reforma hacia el sistema penal acusatorio como en el resto de América Latina.



Los motivos internos y externos, y las justificaciones que se arguyeron para generar la reforma abundaron:

- a) la implantación en todo el continente americano del sistema de justicia penal que rige en los Estados Unidos de América como consecuencia de la globalización;
- b) la obligación de acatar las resoluciones de los organismos internacionales responsables de la salvaguarda y protección de los derechos fundamentales dirigidos al Estado mexicano, el cual sin tener formalmente una junta o dictadura militar sí cuenta con un régimen de gobierno autoritario, centralista, aunque formal y simuladamente federal y republicano, y una cultura política basada en el corporativismo y en lealtades de sumisión, que ha estimulado el desaliento y la escasa participación del ciudadano en los asuntos fundamentales de la vida pública;
- c) la democratización del derecho y del país mismo;
- d) la disminución de la impunidad exacerbada, de la corrupción y la ineficiencia operativa de las agencias estatales encargadas de la procuración, administración y ejecución de la justicia penal;
- e) el de implementar un control jurisdiccional en cada etapa del procedimiento, como si poner un juez en cada paso fuera suficiente; la modernización del ordenamiento procesal obsoleto, que incluye cuestiones dogmáticas pretendiendo la implementación de un sistema de justicia penal más democrático y transparente compatible con el Estado social y democrático de derecho que se proyecta desde la Constitución, es decir un modelo de corte acusatorio, con la separación real en las funciones de investigar, acusar, juzgar y ejecutar a los delitos y a sus responsables;



f) hasta intentar una verdadera revolución en el sistema probatorio, transitando de una concepción del proceso en el que regía el principio de permanencia de la prueba hacia un diseño en el que solo se considera prueba la que se presenta ante el órgano jurisdiccional del conocimiento, el cual goza de libertad en la valoración de la prueba y solo en función de ello se puede lograr una sentencia condenatoria de acuerdo con lo que establece la propia Constitución del país<sup>28</sup>.

En el fondo se concentran y subyacen las causas generales que se dieron en toda América Latina, que fueron revisadas previamente, es decir, la reacción ante las exigencias interna y externas por las constantes violaciones a los derechos fundamentales de los pobladores del país, y la aparente búsqueda de consolidación institucional de los sistemas de justicia encasillados dentro de un periodo de globalización que remite a las reformas a un esquema de contradicción con el neoconstitucionalismo que las enmarca.

La reforma constitucional que dio origen a la transformación legislativa en materia de seguridad pública y justicia penal en el país fue aprobada el 28 de mayo de 2008, la promulgación del decreto por el que se reformó integralmente el sistema de justicia penal en los Estados Unidos Mexicanos fue el 17 de junio de 2008 y la reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF en lo subsecuente) el 18 de junio de 2008 transformando al sistema procesal inquisitivo mixto en un sistema penal acusatorio y oral, buscando con ello brindar una mayor seguridad jurídica a los justiciables, más celeridad y certeza a los procesos penales y la búsqueda de una real justicia restaurativa a favor de las víctimas, entre otros fines<sup>29</sup>.

Así pues, el 19 de junio del año 2008, entró en vigor la reforma constitucional a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 (en materia de justicia penal); las fracciones XXI y XXIII del artículo 73 (respecto de las facultades del Congreso de la Unión); la fracción VII del artículo 115 (en materia municipal) y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 (en materia laboral), referidas fundamentalmente a los principios y garantías del debido proceso

---

<sup>28</sup> Artículo 20 apartado A, fracciones III y VIII.

<sup>29</sup> Medina Mora Icaza, Eduardo. "Prólogo", en Nava Córdova, Isaac. *Sistema acusatorio penal. Perspectiva en el ámbito federal*, México, UBIJUS, 2009, p. 11.

penal, normando el derecho de excepción para la delincuencia organizada, y otras reformas tanto al sistema de justicia penal como de seguridad pública, con una *vacatio legis* de ocho años.

Además, debe resaltarse que, mediante el Decreto presidencial de 5 de septiembre de 2013, se intervino en la reforma para establecer una legislación única en materia penal procesal en todo el país<sup>30</sup>.

El 10 de junio de 2011 se publicó en el DOF la reforma constitucional en materia de derechos humanos, innovación que incide de manera profunda en la manera de pensar, interpretar, tutelar y aplicar los derechos fundamentales en el país y de la misma manera en el sistema penal procesal.

Con las reformas antes señaladas podemos afirmar que en México ha cambiado la matriz o paradigma del derecho<sup>31</sup> debiendo migrar del Estado Legal de Derecho e inscribirse en el ámbito del Estado Constitucional de Derecho. Con esa nueva visión debía procederse también en el ámbito del Derecho Procesal Penal que se está implementando en todo el país.

Se trata de una reforma que plantea una transformación del sistema jurídico penal, procesal penal y de seguridad pública como no ha ocurrido en muchos años, tal vez en décadas<sup>32</sup>, incluso podríamos señalar que, conceptualmente, desde la Colonia, pues, aunque las reformas de la década de los años 90 del siglo pasado dieron un paso adelante y dos atrás no generaron mejorías en la efectividad del sistema de justicia penal global.

---

<sup>30</sup> Así como la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, la cual entró en vigor el 29 de diciembre de 2014 y la Ley Nacional de Ejecución Penal, cuyo dictamen fue aprobado por el Senado de la República el 14 de junio de 2016 y publicada en el DOF el 16 de junio de 2016.

<sup>31</sup> Rodolfo L. Vigo señala que "La filosofía del derecho y el derecho constitucional tienen mucho que decir en orden al referido reclamo de cambios, pero por supuesto que no se agota en esos ámbitos la tarea de pensarlos y proponerlos, dado que finalmente es un cambio de matriz o paradigma". Vigo L., Rodolfo, "Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional", en Rodríguez, Marcos del Rosario (coord.), *Nuevas Tendencias del Constitucionalismo en la actualidad*, México, UBIJUS, 2013, p. 685.

<sup>32</sup> Por señalar dos ejemplos el Código Federal de Procedimientos Penales fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1934 y el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato data de septiembre de 1955.

En mi consideración, la verdadera transformación que debe presentarse en el sistema procesal penal mexicano radica primordialmente en dos grandes e innovadores temas, y ambos tienen que ver con la verdad: a) en la solución del conflicto a través de los mecanismos alternativos de solución de controversias en un modelo de justicia restaurativa, y, b) en la esfera del sistema probatorio, desde la etapa de investigación y en las reglas de la prueba y su valoración por lo que se refiere a los asuntos que llegan ante la autoridad jurisdiccional y se dirimen en juicio oral.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias encuentran su fundamento en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –CPEUM en las siguientes referencias– y su objetivo central no es la búsqueda de la verdad, sino reparar en los medios para alcanzarla<sup>33</sup> y la búsqueda de la reparación del daño como mecanismos para restaurar el tejido social, teniendo como límite el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes en ellos.

En el tema sobre la prueba y su valoración hay dos aspectos que deben analizarse, y sentar las bases para delimitar su alcance. Por un lado, en la etapa de investigación de los delitos en el sistema inquisitivo mixto, la averiguación previa se desnaturalizó al diseño de su concepción originaria y se convirtió en un procedimiento cuasi judicial, en el que el Ministerio Público tiene<sup>34</sup> la calidad de autoridad con lo cual, usando y abusando de sus atribuciones, determina el derrotero de la indagación de los hechos recabando, desahogando y calificando, o descalificando, los medios de prueba –cual si fuera actividad jurisdiccional– que le sirven para conseguir los fines de los intereses que representa su propia agenda. En esta dinámica quedan prácticamente al margen el inculpado y su defensor e incluso la propia víctima, así como en muchos casos el esclarecimiento verídico de los hechos. Por ello, debe clarificarse cuál es el nuevo papel y lo que se espera de su desempeño de los responsables de la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal.

---

<sup>33</sup> Al respecto véase a Cervantes Bravo, Irina Graciela, “La justicia restaurativa como elemento fundamental del sistema penal acusatorio en Nayarit”, en *El sistema acusatorio oral de Nayarit a debate. Comentarios a la iniciativa de nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de Nayarit*, México, Fontamara, 2012, p. 51.

<sup>34</sup> Se utiliza el tiempo presente porque a la fecha del inicio de esta investigación prevalece el sistema inquisitivo mixto en muchas latitudes de la república mexicana tanto en sistemas locales como en el sistema federal mismo.

Por otro lado, existe una parte de ejercicio del poder de los órganos jurisdiccionales no regulado, que es el concerniente al juicio de los hechos, el cual queda sujeto a un gran ámbito de discrecionalidad, cuando no de arbitrariedad, pues el juicio de hecho o la valoración de la prueba no puede verse como una libérrima manera de construcción de una verdad procesal ajena al control de los hechos, por lo que también estimo que deben establecerse límites objetivos a dicha actividad, suficientemente claros, legitimados y justificados los cuales deberán estar en concordancia con el modelo de Estado que se proyecta desde la CPEUM y los principios que regulan al sistema de justicia penal.

### **2.1. La reforma del proceso penal en México como emergencia de solución a la corrupción, la incompetencia institucional, la impunidad y el envejecimiento del orden procesal. Casos emblemáticos.**

Como resultado de las deliberaciones realizadas por los legisladores, se logró un diagnóstico acerca de la problemática del sistema mexicano de justicia criminal, focalizándose en cuatro grandes polos: corrupción, incompetencia, impunidad y envejecimiento del orden procesal<sup>35</sup>.

De ninguna manera puede ignorarse que desde hace más de una década en México se ha venido presentando un grave panorama de inseguridad pública –que está relacionada estrechamente con la carencia de efectividad de las instituciones facultadas para sancionar a la criminalidad–, y de delincuencia desbordada<sup>36</sup>. Miles son los casos que se han dado a conocer y que ponen en relevancia la gravedad de este tema. Baste destacar a guisa de ejemplo los tres siguientes por haber generado, de alguna u otra forma, movimientos jurídicos, sociales, culturales y políticos relacionados con la reforma para la implementación del sistema penal acusatorio en México, y porque han sido muy visibles durante las décadas

<sup>35</sup> García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2009, p. 22.

<sup>36</sup> Distinguimos entre delincuencia y criminalidad, entendiéndolo por la primera como el conjunto de personas que comete delitos, y por la última a la totalidad cuantitativa de los delitos perpetrados en un espacio geográfico concreto, durante un periodo determinado.

en que paralelamente en los restantes países en América Latina se venían presentando las reformas a los sistemas de enjuiciamiento penal y que, a la par, nos establecen que se trata de un fenómeno permanente sin solución efectiva.

Así, el año de 1993 fue muy importante, aunque muchos de los que vivían en ese tiempo no lo recuerden. A partir de ese año por fin se reconoció por parte de las autoridades del Estado de Chihuahua la perpetración extendida de centenares de homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, pues aunque desde algunos años previos se denunciaban tales delitos por los ofendidos indirectos, ni se investigaban con eficacia tales hechos delictuosos ni se había oficializado el reconocimiento de los mismos por el gobierno estatal como un evento serial, llegándose inclusive a criminalizar a las víctimas, acontecimientos que fueron conocidos internacionalmente como las “muertas de Juárez”. A pesar de ello no tuvo una reacción inmediata por las autoridades respectivas pues fue hasta 1995 cuando se conformó una agencia especializada en delitos sexuales. En 1998 la Comisión Nacional de Derechos Humanos emitió la recomendación 44/98 “Caso de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez y sobre la falta de colaboración de las autoridades de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Chihuahua”. Cuatro años después se generó el Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados referente a este asunto, Dato”Param Coomaraswamy, presentado de conformidad con la resolución 2001139 de la Comisión de Derechos Humanos ante el Pleno de la Organización de las Naciones Unidas, informe sobre la misión cumplida en México, E/CN.4/2002/72/Add.1, tratándose el asunto ante este organismo mundial. Ante la opinión y la presión internacionales adversas por más de una década, así como la incapacidad del aparato de procuración y administración de justicia para dar resultados, el gobierno del Estado norteño instrumentó una estrategia de combate simbólico de tal delincuencia llegando a reconfigurar su sistema de justicia penal bajo el epitome de “nuevo sistema de justicia penal” con instrumentos normativos como el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua con el que entró en vigencia un modelo de procedimiento penal de corte acusatorio en dicha entidad federativa.

Una década después, el 27 de junio de 2004 la asociación “México Unido contra la Delincuencia A. C.” convocó en la ciudad de México, y en una veintena de ciudades más de



la república mexicana, a la “Marcha contra la inseguridad y contra la delincuencia” en la que participaron más de ochenta mil personas tan solo en la capital mexicana para manifestarse en contra de tales problemas por demás descarados e impunes que tenían en jaque a toda la sociedad. Ello provocó una tenue respuesta del gobierno mexicano a través del Consejo Nacional de Seguridad dándose a la tarea de dar respuestas simbólicas, en tan sólo un mes, a las demandas ciudadanas en base al supuesto cumplimiento de compromisos presidenciales asumidos por las autoridades, presentando un inverosímil y mercadológico palomeo a un “check list”, impuesto en moda por quienes dirigían entonces la presidencia de la república en aquél sexenio, en el marco de la XVI sesión de dicho organismo celebrada el 16 de agosto de 2004, aprobándose también el llamado “Programa Emergente de Acciones para Afrontar el Fenómeno Delictivo”.

Diez años más tarde, entre los días 26 y el 27 de septiembre de 2014, se dio la desaparición forzada de cuarenta y tres estudiantes normalistas de la Escuela Normal Rural Raúl Isidro Burgos de Ayotzinapa, Guerrero, el homicidio de otros nueve y veintisiete heridos. Aunque el entonces Procurador General de la República Jesús Murillo Karam haya construido un discurso con tono medieval declarando “la verdad histórica” por el supuesto esclarecimiento de los hechos, en los meses posteriores se fueron desmintiendo racional y científicamente sus argumentos sin que a la fecha se conozca con certeza qué ocurrió realmente.

### **2.1.1. Respuestas simbólicas contra la criminalidad: El caso de Ciudad Juárez.**

Hasta aquí los ejemplos de criminalidad que muestran los siguientes aspectos relevantes para nuestro estudio. En el caso de los feminicidios de Ciudad Juárez, por un lado, se manifiesta la lentitud e indiferencia de las autoridades para atender con prontitud, eficiencia y eficacia los delitos que afectan a la población, sobre todo si se trata de grupos sociales discriminados, marginados, restringidos o carenciados, como es el caso de las víctimas cuando se trata de mujeres. Por otro lado, se patentiza la forma en que desde el Estado se presentan propuestas de solución a esta problemática de dimensiones tan retóricas como mágicas para resolver de manera casi inmediata la emergencia. Así pues, el gobierno



de Chihuahua desplegó una gran propaganda posicionando que su nuevo sistema de justicia penal habría de resolver toda la conflictividad de inseguridad y criminalidad.

Se advierte que los medios masivos de comunicación se han convertido en los aparatos de propaganda del sistema penal y por su conducto se le han atribuido falsos valores de protección, realizando procesos de criminalización mediática en casos concretos, transmitiendo programas y mensajes extensos sobre la ley y el orden, construyendo nuevas categorías de desviación que presentan la victimización de personas provenientes de los mismos sectores sociales de los que emergen los etiquetados como delincuentes, lo que a su vez genera sentimientos antagónicos entre los propios integrantes de los grupos limitados y destruye sus vínculos en la comunidad.

A través de ellos se ha venido transmitido a la población que los procedimientos judiciales en el sistema de justicia penal ahora acusatorio, popularmente identificados como juicios orales, son una panacea o solución general para cualquier mal y resolverán de manera más ágil y transparente asuntos no sólo los que lleguen a ser judicializados sino también los de inseguridad pública, impunidad, criminalidad, etcétera, sin socializarse entre la población que de ninguna manera el 100% de los asuntos que llegan al conocimiento, por cualquier medio de comunicación formal o informal, a las policías o las instancias de investigación de delitos y procuración de justicia, pueden llegar a ser conocidos por el Poder Judicial, y aun siquiera que llegaran a estas instancias han de culminar con una sentencia condenatoria<sup>37</sup>. Sin

---

<sup>37</sup> Uno de los nuevos paradigmas del sistema penal acusatorio, consiste en que no todos los asuntos que llegan a judicializarse deben culminar en juicio oral, para ello existen mecanismos alternativos de solución de controversias, salidas alternas y terminaciones anticipadas de orden de política criminal dispuestas para descongestionar y no saturar el sistema judicial. Pero, además, deben considerarse todos los aspectos de eficiencia terminal en la investigación de parte de las instancias de procuración de justicia que nos indican que no se judicializa ni siquiera el 15% de los asuntos que llegan a tramitarse en sus circuitos en el mejor de los casos, y eso en tratándose de las procuradurías o fiscalías más eficientes en el país. Zepeda Lecuona examina a las instancias de procuración de justicia de toda la república en el modelo procesal anterior, y presenta el estado de sus estructuras, procedimientos, indicadores de gestión entre otros aspectos, de los que se desprende la saturación, ineficiencia, insuficiencias, impunidad y discreción a las que se enfrentan y que genera su deficiente actividad institucional con el consecuente incumplimiento de sus atribuciones. Estos aspectos no han cambiado por la simple entrada en vigor del sistema acusatorio (lo que mantiene la vigencia de la obra de Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y ministerio público en México*, México, Fondo de Cultura Económica, CIDAC, 2004), por lo que entonces no puede pensarse que el sistema *per se* llegue a cumplir con las expectativas de las que discursivamente ha sido imbuido. Respecto al papel de los medios masivos de comunicación como herramienta de divulgación utilizada por los detentadores del poder punitivo en las sociedades modernas se abundará más adelante.

embargo, se dejan sembradas las raíces por si la estrategia llegara a no funcionar, y entonces se responsabilizará de este nuevo fracaso del Estado exclusivamente al Poder Judicial y sus integrantes, como ya ocurrió con el llamado “caso Rubí<sup>38</sup>” en el Estado de Chihuahua.

Por otro lado, también se vislumbra la subordinación del Poder Judicial respecto del Ejecutivo, tal cual ocurría en la Colonia, pues al fin del día la inquisición era totalmente dependiente del monarca, del Estado. Y no se puede negar que, en muchas latitudes de la república mexicana, e inclusive en el sistema judicial federal, existe una subordinación del Poder Judicial ante el Ejecutivo supeditado de manera ostensible por la asignación de presupuesto.

### **2.1.2. La incapacidad material del Estado mexicano para atender las problemáticas de inseguridad pública y criminalidad.**

Este segundo caso patentiza la incapacidad de atención efectiva de las agencias del Estado mexicano, así como el pasmo y el colapso mismo de éste, ante la criminalidad y la inseguridad pública al igual que la pobre seriedad con la que intentan atajarles, lo que le ha llevado a presentar meras estrategias simbólicas<sup>39</sup>, fantasmagóricas, inconsistentes e insubsistentes periódicamente sin resultados de fondo ni permanentes.

Esa es una de las razones por las que no se llegan a materializar exitosamente estrategias y resultados de prevención especial positiva. Entre la población no existe confianza respecto al sistema de justicia penal por su incapacidad de brindar resultados que sean certeros, estrictos, rápidos. Entonces los mensajes que se deben transmitir desde aquél

---

<sup>38</sup> En diciembre de 2010 el Gobernador del Estado de Chihuahua, Cesar Duarte, anunció que había presentado una iniciativa de reforma al Congreso de esa entidad federativa, al sistema de justicia penal, pues consideraba que era muy poroso y dificultaba la persecución del delito. Este gobernador había sostenido en diversos foros que la absolución de Sergio Barraza del homicidio de Rubí Fraire obedeció a deficiencias estructurales del sistema acusatorio. Las reformas se concretaron y se destinaron a desnaturalizar el modelo acusatorio de estándares racionales dirigidos al manejo de medidas cautelares y prisión preventiva, para ser sustituidos por reglas fijas, como un claro modelo de desconfianza hacia la actividad jurisdiccional.

<sup>39</sup> En el sexenio de Felipe Calderón se le llamó Cruzada (como si fuera un tema contra los modernos apóstatas de la fe) Nacional Contra la Inseguridad y la Delincuencia y fue presentada en el marco de la XXI Sesión del Consejo Nacional de Seguridad Pública, para restablecer la paz, el orden y la tranquilidad, así como prometió “ganar la guerra al crimen organizado”. En tiempo de Enrique Peña Nieto se le denominó Estrategia Nacional de Seguridad Pública y está enmarcada en seis líneas tan estratégicas como siempre anheladas.

no efectúan una función orientadora y motivadora que lleve a la población a cumplir voluntariamente con la norma. En todo caso, al igual que en América Latina, en México no se logra esta motivación sino en la búsqueda de “chivos expiatorios” y a través de la captura eventual de ellos lograr la estabilidad social evitando la venganza social y la tranquilidad de la conciencia social.

Resultan constantes los casos en los cuales ocurre en alguna de las entidades federativas un evento criminal en el cual las procuradurías o fiscalías generales de justicia son incapaces de resolver de manera inmediata o satisfactoria apegados a la ley o la verdad de los hechos, generando zozobra o hartazgo social entre la población con la consecuente presión contra la clase gobernante. Entonces el titular del Poder Ejecutivo respectivo solicita el auxilio del gobierno federal con la reiterada respuesta de que la Procuraduría General de la República habrá de atraer la investigación del asunto. Con ello, por un lado, tan solo se traspolo el reclamo social, pero no soluciona el conflicto. Por el otro debemos cuestionarnos ¿históricamente cuál ha sido la efectividad de esa instancia federal en el esclarecimiento de los hechos que atrajo? La realidad dice que es nulo. Si esta instancia es incapaz de dar cuentas claras de los asuntos de su competencia en los que supuestamente está especializada, mucho menos han de ser eficientes en la indagación de hechos delictivos en los cuales sus agentes no saben ni cómo iniciar la investigación y, por otro lado, se trata de asuntos con el contenido político social al que previamente me he referido.

De esta suerte es que debe buscarse el origen, el conocimiento de las causas, que han culminado con esta grave y recurrente situación.

En principio, tenemos que los servidores públicos responsables de estas áreas no siguen un orden, sistema, método en el análisis y desarrollo, sino que actúan por simples improvisaciones. Inclusive, se puede mencionar que algunos de ellos son improvisados. Se sabe de funcionarios que nunca han tenido experiencia ni en la administración pública ni en la específica función de procurar o administrar justicia. Ello resulta grave pues al desconocer la dinámica de los procedimientos, o son presa fácil de colaboradores con rancio estatus dentro de la estructura administrativa, que adquieren su confianza y les proponen respuestas



que de suyo no han funcionado previamente, tan es así que el estado de las cosas no es socialmente satisfactorio pero paradigmáticamente se proponen hacer más de lo mismo ya fracasado; o se proponen realizar su función coloquialmente “según su leal saber y entender”, que de entrada no es producto ni de la experiencia ni del aprendizaje especializado. Así encontramos funcionarios que adquieren el rango o cargo por cuestiones políticas, familiares, de relación personal o profesional, pero sin mayor experiencia en las áreas que asumen. A guisa de ejemplo, en materia de seguridad preventiva municipal cada tres años se renueva la administración y con esa periodicidad se cambia la titularidad del responsable primario, cuando no también el personal operativo, de esas áreas ante la inexistencia del servicio policial de carrera. En la titularidad de las procuradurías o fiscalías se han presentado colaboradores del titular del Ejecutivo que previamente se han dedicado a otras áreas del derecho, ejemplos de notarios públicos que han manejado los asuntos respectivos del gobernador o académicos, con o sin experiencia previa en los cargos, que estando ahí o no saben cómo atender los asuntos o prefieren no actuar para no poner en riesgo su prestigio personal.

Con estos funcionarios, identificados con la clase gobernante, el Estado enfrenta al delito y adopta el papel de “acusador” para salvaguardar la tranquilidad y la seguridad de las “buenas personas”, de las “buenas conciencias”, que son quienes generalmente detentan dentro de la estructura social y política el poder económico, pero que no generan estrategias ni resultados reales que permitan solucionar la criminalidad en su extensión real.

El primer paso para entender un problema es la selección del método de su estudio. En estas materias es indispensable evitar los análisis conspirativos que se focalizan en explicar lo que está ocurriendo a partir de conductas de personas o de grupos. Se ha vuelto a capturar al narcotraficante Joaquín Guzmán Loera por tercera ocasión. Aún con él recluido en Centros Federales de Reinserción Social de alta seguridad, en la actualidad, como en los casos anteriores, el narcotráfico se ha continuado extendiendo en mercados y manifestaciones de violencia. No deja de advertirse que, aun y cuando es relevante la captura de un líder criminal tan significativo, en realidad, el enfoque en el fondo es equivocado, pues el crimen organizado no son personas sino la forma de hacer las cosas, en donde las personas van y

vienen como una red, empero el fenómeno no se acaba si no se ataca a la forma en que se hace. Esto es así porque el enfoque conspirativo tiene muchos adeptos porque es fácil, simplista y útil para construir culpables, pero no soluciona el problema.

Tampoco es serio ver lo que está pasando en estas materias en el país de forma aislada. Por ello, es necesario tener en cuenta el pasado, el entorno y algunos referentes comparativos, los factores de globalización entre otros, pues lo que hagan las personas y los grupos es solo uno más de los componentes del contexto.

El crimen organizado es un complejo asunto de manejo de mercados de bienes y servicios ilegales y no solo de violencia por el control de los mismos –esta únicamente es uno de sus componentes–. Entonces, los fenómenos criminales de mercado, y especialmente las prohibiciones penales que pretenden prevenirlos o erradicarlos, no se pueden analizar y enfrentar sin tomar en cuenta su dimensión económica y no sólo se trata de utilizar a las fuerzas armadas para combatirlos, pues ello solo crea un escenario de batalla en calles, ciudades, rancherías y serranías, de violencia contra violencia, pero no conduce a resolver el problema de fondo, y con el riesgo de dejar militarizado al país o de tener que soportar los abusos que cometen los soldados en contra de la población civil.

No se trata de caer en un discursivo reduccionismo economicista marxista o de cualquier otro marco, sino de aproximarse a una criminalidad económica y a los efectos de la prohibición tomando en cuenta su naturaleza, o sea, de reconocer una dimensión elemental de la realidad, lo que con poca frecuencia y éxito se ha logrado.

#### **2.1.2.1. Incapacidad institucional de respuesta.**

Una de las respuestas para entender la incapacidad de las instancias de seguridad pública preventiva, o ciudadana –o como se les quiera adjetivizar– para encubrir un discurso en un sentido o en otro, de procuración o de administración de justicia para atender sus encomiendas constitucionales y legales, está en la debilidad de su capacidad instalada de respuesta tanto en recursos materiales y sobre todo de personal capacitado. Esto por un lado

se encuentra en el olvido que históricamente le ha dado el gobierno para destinar recursos para la conformación y consolidación de estas estructuras y por otro, en la carencia de esquemas reales y serios en la evaluación de los recursos que se les destinan. Ambos aspectos habrá que atenderse también en el sistema penal acusatorio.

La historia de la violencia y la criminalidad en México no es reciente y no se le puede atribuir en exclusiva a un régimen político sexenal o a otro, aunque algunos por sus torpezas y otros por su involucramiento en aquellas actividades de manera activa u omisiva tendrán mayor responsabilidad.

Por ejemplo, podemos señalar que la relación y asociación de los narcotraficantes con los cuerpos de seguridad pública y nacional tiene más de tres décadas. Así, tenemos que a principios de los años ochenta del siglo XX se produjo la explosión del consumo de cocaína en Estados Unidos de América y también se fortaleció el vínculo de los cárteles del narcotráfico en su sociedad con los grupos del poder de los países productores y conductores de la droga hacia el destino del norte.

Ese fue el resultado de la más ambiciosa operación realizada en los últimos años de la guerra fría por el gobierno estadounidense: el aprovisionamiento de armas a la *contra* nicaragüense, ordenado por el presidente Ronald Reagan el primero de diciembre de 1981, a través de una orden secreta que autorizaba a la CIA para organizar un plan de ayuda militar en una fuerza contrarrevolucionaria en Nicaragua y vencer al entonces naciente gobierno del Frente Sandinista de Liberación Nacional según nos refiere Fernández Menéndez<sup>40</sup>. De acuerdo con el testimonio de Víctor Harrison, agente de la CIA que trabajaba en aquellos años en México y que posteriormente colaboró con la DEA, ante un jurado en San Diego, California por el caso Camarena señaló que la CIA y la Dirección Federal de Seguridad del gobierno mexicano actuaban en el suministro de armas a la *contra* nicaragüense, apoyándose en la organización de los narcotraficantes Félix Gallardo, Caro Quintero y Ernesto Fonseca. De ahí en adelante se puede rastrear los lazos recientes entre narcotraficantes y miembros de las fuerzas de seguridad mexicanas.

---

<sup>40</sup> Fernández Menéndez, Jorge, *Narcotráfico y poder*, Rayuela editores, México, 1999, pp. 19 y sigs.



Después, cuando la Dirección Federal de Seguridad desapareció envuelta en el escándalo del homicidio del agente norteamericano antidrogas Enrique Camarena, así como en el del periodista Manuel Buendía, muchos de sus elementos permanecieron dirigiendo el tráfico de drogas y otros se reubicaron incluidos sus contactos, a la entonces Policía Judicial Federal.

Inclusive en ese tiempo salió a luz que algunos mandos militares que participaron en la lucha contra el narcotráfico, como el General Jesús Gutiérrez Rebollo, comenzaron a tejer relaciones y aprendieron el modus operandi de los delincuentes, mostrando que los militares no son impermeables a la corrupción.

Entonces, debemos estar de acuerdo que nos encontramos con escenarios prácticamente recientes. Luego podemos preguntarnos ¿cuál era entonces el estado que guardaban las instancias encargadas de las tareas de atención a esta y otras manifestaciones de la criminalidad?

En el Programa Nacional de Seguridad Pública 1995–2000 del Poder Ejecutivo Federal<sup>41</sup> se admite que durante el sexenio 1989–1994, la inversión en infraestructura policial preventiva, sin considerar a las corporaciones de policía judicial (ahora con diverso nombre de Agencia Federal de Investigación o Agencia de Investigación Criminal), fue de 1.00 peso nuevo (sic) anual por habitante de la república. De acuerdo con el porcentaje de participación en el producto interno bruto del país (PIB por sus siglas), el gasto de infraestructura policial en todo ese período representó solo el 0.008 por ciento dejando de considerar gasto administrativo y salarios de las corporaciones policiales. Con ese presupuesto estaremos de acuerdo que no hay posibilidad de conformar ni mucho menos consolidar infraestructura y acciones frente a la delincuencia.

---

<sup>41</sup> Poder Ejecutivo Federal, *Programa Nacional de Seguridad Pública 1995-2000*, Secretaría de Gobernación, México, 1996, p. 12.

En otro rubro, hasta 1995 encontramos que en los 2,426 municipios de las entonces 31 entidades federativas, había 749 municipios con número oscilante entre 1 y 10 elementos de policía; 77 municipios tenían entre 1,001 y 5,000 policías y 10 municipios contaban entre 5,001 y 13,100 elementos. El resto, 1,559 municipios tenían con fuerza policial entre 11 y 1,000 policías<sup>42</sup>; sin elementos humanos, ya no exigamos capacitados o especializados o profesionalizados, ¿cómo se puede prevenir la incidencia de conductas delictivas o antisociales?

Cuando se conformó el Sistema Nacional de Seguridad Pública<sup>43</sup> se dieron pasos relevantes en el fortalecimiento de las estructuras encargadas de prevenir delitos, procurar y administrar justicia pues los recursos provenientes del Sistema Nacional habían de destinarse en exclusiva, sin poderse emplear para cualquier otra tarea, a las materias de coordinación contempladas en el artículo 10 de la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Con ello se pudo construir algo en relación a un incipiente sistema de servicio policial de carrera, la modernización tecnológica de las instituciones de seguridad pública, la sistematización, suministro e intercambio de todo tipo de información sobre seguridad pública, operativos conjuntos, la regulación de los servicios privados de seguridad, las relaciones con la comunidad y el fomento de la cultura de la prevención, y también llegaron recursos para las procuradurías de justicia y los poderes judiciales. En el fondo todos los recursos eran para cumplir con los fines y propósitos de la federación sobre la materia en los territorios de los estados y los municipios.

Con el tiempo el Sistema Nacional se fue convirtiendo más bien en una estructura administrativa de control de recursos y de posicionamiento político, perdiendo de vista la efectividad de la aplicación de los recursos para un combate serio y eficiente en contra de la inseguridad pública y la delincuencia; entre otros aspectos porque nunca se logró instrumentar un efectivo mecanismo de evaluación sobre la aplicación de los recursos y sus efectos en la disminución delictiva y de infracciones, aun y cuando siempre existió el eje

---

<sup>42</sup> Sandoval Ulloa, José G., *Introducción al estudio del Sistema Nacional de Seguridad Pública*, México, JM Impresión y diseño, 2000, p. 18.

<sup>43</sup> El 11 de diciembre de 1995 se publicó en el DOF, la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

respectivo, pero sus reglas continuamente fueron ambiguas y discrecionales por lo que se emplearon de acuerdo a las conveniencias e intereses de quienes debían aplicarlas. En alguna de las sesiones del Consejo Nacional de Seguridad Pública, ante un esquema de la propia sesión que no daba mucha participación, ni protagonismo, al Presidente de la República, el mandatario de entonces, Felipe Calderón Hinojosa, despojó al Secretario Ejecutivo del Sistema de la conducción de la misma y se la dio al Secretario de Seguridad Pública, subordinando al Sistema ante éste, por lo que se fue desnaturalizando aún más su función.

#### **2.1.2.2. Mando policial único.**

Cuando se aborda el tema de la inseguridad en México y el resto de América Latina, se trata por lo general el asunto de las corporaciones que deben intervenir (si es la policía civil, el ejército o algún cuerpo mixto, como las llamadas gendarmerías), o el tipo de mando que debe tener, como el muchas veces propuesto “mando único”, luego “mando mixto”, que también se promueve como una panacea sin que se advierta sobre su conceptual y fáctica inoperancia.

De acuerdo al marco jurídico surgido como consecuencia de la reforma al artículo 21 de la CPEUM, y con la entrada en vigor de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (DOF 02/01/2009), se plantea un nuevo escenario en el cual los tres niveles de gobierno tendrán que adecuar el marco de la organización interna de sus policías y las facultades que las mismas habrán de tener, a lo que han denominado “nuevo modelo policial”.

Quizás uno de los aspectos más importantes del modelo policial propuesto es el establecimiento de la nueva jerarquía de puestos y funciones, la cual establece cuatro categorías y 13 grados, mismos que son equivalentes, grado con grado, hasta el nivel de General de Brigada con los establecidos para el Ejército mexicano. Esta jerarquía instaure como base de la organización una célula básica de tres, sin aclarar nada más acerca de la cantidad de elementos que correspondería estar al mando de cada nivel de la jerarquía. Al efecto, de una presentación realizada por la Secretaría de Seguridad Pública Federal,

denominada "Nuevo Modelo Policial" instituye la forma de organización de dicha corporación. Quien concibió esta distribución carece del conocimiento sobre la forma de organización establecida en base al sistema terciario, que es la base de organización de la mayoría de ejércitos, incluido el mexicano.

Hay que señalar que muchas policías en el mundo, tienen como base esta forma de organización. Sin embargo, lo que ninguna de esas instituciones hace es presentar una forma de organización como la establecida en el nuevo modelo. Para empezar, en ningún ejército o policía del mundo, que utilice el sistema terciario de organización, dejaría que el equivalente a un teniente coronel, es decir, un inspector general, estar a cargo de 29,524 elementos, resultado de la suma de los elementos que se proyecta con el número de categorías y grados antes señalados. Bajo este esquema la mayoría de policías municipales les sería imposible garantizar el quinto grado de la escala jerárquica que señala la Ley General del Sistema de Seguridad Pública. Esta propuesta determina un esquema simbólico, demagógico e irrealizable económicamente por el gasto corriente que habría de generar.

Por lo que hace al asunto del primer contacto de la ciudadanía con la autoridad en los casos de inseguridad pública, violencia, criminalidad, etcétera, que ocurren todos los días y en todas las localidades de la geografía nacional, tenemos que poner en cuestionamiento lo siguiente: No es difícil saber que las policías preventivas, por las circunstancias que sean, no acuden a todos los eventos que se les reportan a los números telefónicos de emergencia o de prevención. Si en estos momentos en que las corporaciones de policía dependen de los ayuntamientos municipales, y que, ante la falta de atención al llamado de emergencia, la ciudadanía puede recurrir ante el presidente municipal o autoridad encargada, pero no recibe atención, es fácil y de sentido común concluir que ante la nueva jerarquía burocrática no habría posibilidad alguna de plantear la queja respectiva y la ciudadanía afectada quedaría en peor zozobra y con mayor impunidad.

### **2.1.2.3. Insuficiencia de recursos económicos y carencia de evaluación en su aplicación.**

En México, se publicitan mucho las estrategias de captura (cuando no, en ocasiones, la ejecución extrajudicial) de grandes capos o a los mandos medios de sus organizaciones delictivas. Empero, escasa atención se da al acopio de recursos para poder brindar resultados sustentables a mediano y largo plazo en el ámbito de la seguridad, asevera con acierto Flores–Macías<sup>44</sup>.

Por otro lado, tenemos que, en toda la región de América Latina, el país con peor recaudación tributaria es México, con el 11% del PIB. Las estrategias y acciones en diversas áreas de la administración pública, entre ellas todo lo relacionado con la seguridad pública, procuración y administración de justicia, se han venido subsidiando con los ingresos por la venta de petróleo e hidrocarburos. Sin embargo, hoy los precios de estos productos están en la peor cotización de la historia.

En otros países, iniciando por Colombia –país que ha mejorado exponencialmente en la seguridad de sus habitantes–, a partir del año 2002 se adoptó una medida política poco apreciada consistente en el cobro del Impuesto para Preservar la Seguridad Democrática a las élites económicas, destinado exclusivamente para el gasto en seguridad pública, que comprende tanto al ejército como a las fuerzas policiales civiles. En un principio tuvo rechazo, pero de cualquier forma se cobró y la sociedad se involucró estableciendo una comisión de seguimiento y supervisión con representantes del gobierno, del propio sector empresarial y de la sociedad civil. Esto se ha renovado en las reformas fiscales de 2006, 2009, 2012 y 2014 y el caso colombiano hoy es reconocido como exitoso en la mejora de la seguridad pública. Otros países como Costa Rica y Honduras han implementado estas medidas.

Esto no se ha planteado en México, y no se tiene a la vista que se realice próximamente, por un lado porque esta incapacidad recaudatoria del Estado también oculta

---

<sup>44</sup> Flores–Macías, Gustavo A., “Fortalecimiento del Estado en Latinoamérica: seguridad pública e impuestos”, en *Foreign Affairs Latinoamérica*, ITAM, 15 de octubre 2015–15 de enero de 2016. Vol. 15 Núm. 4, p. 64 y sigs.



un manejo discrecional de una gran multitud de personas que no tributan, pues son el mercado conveniente como manejo de las masas en los tiempos electorales en favor de los partidos políticos y, por otro, es tan elevado su número que un Estado tan débil y anómico como el mexicano es incapaz de hacer cumplir la ley de manera absoluta sin que se pueda presentar un estallido social.

También señala que aun y cuando en los últimos años se ha duplicado el presupuesto de seguridad pública en México en relación al año 2006, lo cierto es que ello ha generado un costo de oportunidad para mejorar otras áreas que en materia preventiva han de incidir para la disminución de la delincuencia como lo son salud y educación<sup>45</sup>.

Paradójicamente la aplicación desmedida de recursos sin un control adecuado en su evaluación y sin una política criminal coherente y bien definida tampoco ha ayudado a mejorar las estrategias y acciones frente a la inseguridad pública y la delincuencia.

Durante los últimos años el presupuesto federal se incrementó en proporciones babélicas, advierte Palacios Pámanes<sup>46</sup>. Al hacer un estudio sobre ejecución penitenciaria entre los años 2002 y 2009, encontró que durante 2002 la Secretaría de Seguridad Pública recibió un presupuesto de 7 mil 320 millones 140 mil pesos. En el año 2009 el recurso que se le autorizó fue de 32 mil millones 838 mil 380 pesos, lo que implica un 449% de incremento. Y se pregunta si con ello se disminuyeron los delitos. La respuesta es que no. Los delitos, denunciados, que no son los cometidos realmente, de lo que me ocuparé más adelante, se incrementaron de 1,516,027 en 2002 a 1,540,689 en 2008, con cantidades superiores a los 1,500,000 entre 2003 y 2006 y teniendo un pico de 1,715,974 en 2007.

En cuanto a la sobrepoblación penitenciaria, ésta es del 30.79% pasando de 154,732 personas apresadas en el año 2000 a 223,520 en febrero de 2009, lo que significa que 30 de cada 100 presos no tienen cama en donde dormir. Por su parte, Elías Carranza señala que, en

---

<sup>45</sup> Idem.

<sup>46</sup> Palacios Pámanes, Gerardo Saúl, "La caída del sistema", en Ordáz Hernández, David y Cunjama López, Emilio Daniel (Coords.), *Criminología reflexiva. Discusiones sobre la criminalidad*. México, UBIJUS, 2011, pp. 238 y 239.



1992, México tenía 101 personas presas por cada 100 mil habitantes, en tanto que, en 2014, llegó a la cantidad de 214 presos por cada 100 mil habitantes<sup>47</sup>. Estos números revelan que incrementar el número de presos (a través de leyes penales antiliberales marcadas por las políticas de globalización que han aumentado la frecuencia de uso y duración de las penas privativas de libertad) no es la medida conveniente ni apropiada para disminuir el índice delictivo.

Así, en esos resultados, también encontramos la incoherencia del discurso político criminal pues, mientras por un lado se modifican los conceptos de readaptación social por el de reinserción social (prevención especial positiva), en el campo práctico, de la realidad, nos encontramos ante un derecho penal del enemigo, la anulación social del enemigo (prevención especial negativa).

Por otro lado, en el aspecto del personal empleado en los distintos segmentos del sistema de justicia penal Zepeda Lecuona<sup>48</sup> encontró que en Europa y Estados Unidos de Norteamérica la mayor carga de trabajo se da sobre las instancias policiales pues comprende el 81.1% de los servidores públicos de todo el sistema; luego el 13.9% son empleados del sistema penitenciario, en tanto que en las instituciones que comprenden propiamente las instancias de justicia penal se tiene que en los tribunales se ocupa el 3.2% del personal y en las fiscalías el 1.8% . Lo que nos habla claramente de una política criminal de extremo control social sobre la población.

En lo que nos interesa, el mismo investigador señala que en México no se pudo tener acceso a información desagregada sobre este asunto. Lo mismo ocurrió cuando requirió información sobre los recursos financieros destinados al sector.

---

<sup>47</sup> Carranza, Elías, "México: Impacto del Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales en el sistema penitenciario", ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal: Los grandes retos y perspectivas del nuevo sistema procesal penal acusatorio y oral en México, realizado del 30 de noviembre al 3 de diciembre de 2015, y organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla y la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (AMPEC/ALPEC), en la Ciudad de Puebla de los Ángeles, Puebla, México.

<sup>48</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo. *Op. Cit.*, nota 37, pp.163, 164, 166 y sigs.

Esto nos lleva a otro aspecto que dificulta la generación de acciones conducentes y justificables para atender el asunto de la criminalidad y la inseguridad pública, que es la nula cultura o tradición registral de datos vinculados al tema.

#### **2.1.2.4. Ausencia de información.**

Para evitar la improvisación y utilizar un determinado método de estudio se requiere de información. De información completa, plena, confiable, pronta, cercana o inmediata a los hechos que se van a examinar y valorar para proponer acciones objetivas, legítimas y justificadas. Sin embargo, con esto tampoco se cuenta en el país.

Así, a manera de ejemplo tenemos que, para evaluar la efectividad del gasto en seguridad se requiere de un índice que no solo mida cuánto se gasta en la materia de seguridad pública, sino que también determine qué se obtiene como reducción de la actividad delictiva a cambio del gasto ejercido.

La elaboración del índice en sí no representa problema. La Asociación Civil "México Evalúa", que es un Centro de Análisis de Políticas Públicas, elaboró y publicó un sistema de índices de indicadores en seguridad pública y al señalar el índice de gasto referido previamente, menciona que no puede hacer los cálculos correspondientes por el hecho de que cada entidad federativa contabiliza sus egresos en forma diferente y, por ello, el volumen de gastos entre los diferentes Estados puede variar de manera significativa o de plano ser imposible su localización porque las partidas pueden asentarse con diferente nomenclatura o denominación<sup>49</sup>. En la misma obra se presentan tablas de estadísticas y cifras para los índices e indicadores sobre la materia, apareciendo varios rubros sin información dado que no fueron proporcionados por la fuente emisora<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> México Evalúa. Centro de Análisis de Políticas Públicas. *Sistema de índices e indicadores en seguridad pública*, México, Cía. Impresora y Editora ANGEMA, S. A. de C. V., 2010, pp. 119 y 120.

<sup>50</sup> Idem., pp. 129 a 131.

Kala<sup>51</sup> destaca la escasa tradición de registro y análisis en el diseño de las políticas de seguridad pública como un problema que se pretendía atajar desde el articulado de la entonces Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

También alerta sobre las situaciones que obstaculizan el correcto análisis estadístico del evento criminal, como lo son la publicación de los llamados *indices delictivos* –que en realidad son índices denunciativos pues lo que se cuantifica es el número de denuncias sin procesar su trámite ante la autoridad investigadora– sin que se construyan medidas que permitan identificar la contribución real que genera este tipo de información, y que en realidad conduce a generar opiniones erróneas (que sirven más para el manejo político de esa información).

Asimismo, plantea que el uso de metodologías de medición de información con puntuaciones absolutas entre entidades con poblaciones diferentes solo genera imágenes distorsionadas de la realidad.

Una muestra de ello lo representan las encuestas de victimización que desde el año 2002 realizaba el ICESI<sup>52</sup>, las que se practicaban en las entidades federativas tomando como muestras simbólicas solamente a personas en dos ciudades de cada Entidad Federativa, lo que generaba resultados engañosos y manipulables, pues no es lo mismo las entidades federativas que tienen más de diez municipios con poblaciones superiores a los cien mil

---

<sup>51</sup> Kala, Julio César, "Fenomenología de la delincuencia", en *Ciudades seguras*, t. IV, México, Universidad Autónoma Metropolitana, CONACYT, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 8, 11, 18 y 19.

<sup>52</sup> El ICESI es el Instituto Ciudadano de Estudios sobre Inseguridad, dirigido por Luis de la Barrera Solórzano, que vino realizando indicadores tendientes a medir cifras sobre el incremento y decremento de los delitos en el país, la cifra negra de la delincuencia y la percepción ciudadana a través de encuestas victimológicas. Estas encuestas, eran pagadas con recursos del Sistema Nacional de Seguridad Pública de manera "*institucionalizada*" desde la sesión del 21 de agosto de 2008, pero fueron cuestionadas por la oscuridad en su metodología respecto a su diseño, levantamiento, análisis y publicación y se le retiraron los fondos públicos. Después el propio Consejo Nacional de Seguridad Pública determinó que el INEGI las levantará. La primera de ellas fue la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2011, que fue combatida arduamente en medios de comunicación y en círculos políticos por el director del ICESI, cuestionando los cambios en los cuestionarios y la metodología en la recolección de datos, que concluían con un informe "*a modo*" para el Estado mexicano y las entidades federativas. En suma, total desconfianza de los resultados de ambas instituciones por el trasfondo y manipuleo político que encerraban su metodología y resultados.

habitantes, que entidades federativas que solo tienen dos o tres ciudades de esas dimensiones, inclusive dentro de cada Estado de la república las condiciones de criminalidad varían de municipio a municipio.

El Instituto para la Economía y la Paz (IPM)<sup>53</sup> elaboró un documento denominado “*Índice de Paz 2016 un mapa de la evolución de la paz y los factores que la impulsan*”, en el que se indica que existen tres factores que inciden en la carencia de confiabilidad de las estadísticas oficiales sobre la delincuencia en México consistentes en que: a) La mayor parte de los delitos no se denuncian, b) el informe de delitos de la policía es poco exacto y, c) es necesario mejorar el reporte y el análisis de los datos.

Por su parte, el CIDAC, en el año 2013 produjo la investigación denominada “*Reporte de hallazgos para el seguimiento y la evaluación de la implementación y operación del nuevo sistema de justicia penal en México*”<sup>54</sup>, en el cual establece que en su trabajo encontraron limitaciones en el acceso a la información puesto que hay poca información pública disponible acerca del desempeño de cada entidad federativa en la implementación del modelo procesal acusatorio. Que, en los sitios web de los órganos responsables de la implementación, tanto a nivel nacional como en el estatal se encuentra información sobre diversos tópicos como lo son los cambios organizacionales, acciones referentes a la capacitación, obras de infraestructura, difusión y otras, por ejemplo, pero que no es exhaustiva, ni se actualiza de forma periódica, aparte de que es muy dispar la información que presenta cada estado.

El propio CIDAC en conjunto con el Proyecto Justicia y la USAID, elaboraron en 2014, el “*Reporte sobre los hallazgos respecto a los avances de la implementación y operación de la reforma en México*”<sup>55</sup> concluyendo que enfrentaron obstáculos y encontraron

<sup>53</sup> El Institute for Economics and Peace tiene oficinas en Sydney, Nueva York, Ciudad de México y Bruselas y se dedica a actividades orientadas a cambiar el enfoque mundial acerca de la paz. El documento es ubicable en <http://www.visionofhumanity.org/#/page/our-mpi-findings>. La cita se localiza en la página 3 del Resumen Ejecutivo.

<sup>54</sup> CIDAC, “*Reporte de hallazgos sobre el seguimiento y la evaluación de la implementación y operación del nuevo sistema de justicia penal en México*”, México, 2013, consultable en: <http://www.cidac.org>

<sup>55</sup> CIDAC, PROYECTO JUSTICIA, USAID, “*Reporte de hallazgos 2014 sobre los avances de la implementación y operación de la reforma penal en México*”, p. 21, consultable en <http://proyectojusticia.org/wp-content/uploads/2015/02/HallazgosReformaPenalMarzo2015.pdf>

limitaciones para realizar su investigación referente al acceso a la información pública que era menester recabar de las autoridades correspondientes. Que, en el reporte del año previo, el de 2013 antes referido, de 1,486 solicitudes de información solamente recibieron un 10% de respuestas útiles. Que en el trabajo de 2014 modificaron la metodología de captación y solicitud de información para no tener los mismos problemas enviando sólo 195 solicitudes con un total de 6,040 interrogantes sobre documentos que las entidades necesariamente deben contar. El resultado fue que únicamente entre el 25 y el 30% de las respuestas fueron aceptablemente útiles; que el 41.2% de las dependencias requeridas no respondieron o se negaron a responder arguyendo diferentes motivos y en tres Estados no les dieron ninguna respuesta.

En mayo de 2016 las instituciones CIDAC y USAID presentaron “*Hallazgos 2015. Evaluación de la implementación y operación. A ocho años de la reforma constitucional en materia de justicia penal*”<sup>56</sup> en el cual reportan que, ejerciendo el derecho de acceso a la información, solicitaron a través de los portales de transparencia y acceso a la información de las instituciones de las diversas instancias federales y estatales relacionadas con la implementación del sistema penal acusatorio registros documentados para elaborar ese reporte.

El resultado de respuestas fue menor que en el reporte del año anterior y de ellas el 20% se contestaron aceptablemente para ser consideradas útiles y el resto no fueron contestadas porque las entidades señalaron que estaban clasificadas con categoría de reservadas, porque no contaban con ella o se declararon incompetentes para atenderlas.

Además detectaron aspectos técnicos que entorpecen el proceso de solicitud de información como lo son: *i) limitación en el número de caracteres de las preguntas, ii) falta de vías claras en los portales para interponer recursos de revisión o quejas ante la autoridad correspondiente; iii) sitios que no funcionan correctamente con ningún navegador, iv) falta de un formato homogéneo de solicitud de información en todas las páginas web, v) en*

---

<sup>56</sup> CIDAC, USAID, “*Hallazgos 2015. Evaluación de la implementación y operación. A ocho años de la reforma constitucional en materia de justicia penal*”, p. 10, consultable en <http://www.cidac.org> y <http://www.proyectojusticia.org>



*diversas entidades federativas la autoridad que resuelve los recursos funge como juez y parte, vi) la información brindada era totalmente distinta a la solicitada, vii) la información resultaba de difícil acceso, pues no era posible abrir los anexos proporcionados a través de plataformas electrónicas.*

Con la inminente entrada en vigor del sistema penal acusatorio en todo el territorio nacional al culminar la *vacatio legis* de ocho años, y de frente a los resultados que se exhiben en este informe, de los que se desprende que para el mes de abril de 2016 solamente en diez entidades federativas estaría operando totalmente el sistema penal acusatorio, en la presentación del informe la titular de la SETEC, María de los Ángeles Fromow Rangel, confrontó a sus autores y pretendió impedirlo.

En 2017, nuevamente el CIDAC y la Fundación Friedrich Naumann, presentaron "HALLAZGOS 2016: Seguimiento y evaluación de la operación del sistema de justicia penal en México", en el cual se presentan resultados nuevamente desalentadores, aunque los autores de manera bondadosa señalan que hubo un incremento favorable en las respuestas, al establecer que a nivel local, se presentaron 254 solicitudes de información a través de las plataformas de transparencia. Que el porcentaje de respuesta positiva fue del 42%, diciendo que ahí es lo relevante pues es un incremento significativo comparándolo con el año anterior que solo fue del 20%. Que el 29% restante no alcanzaron a ser respondidas (que en esos casos pidieron una prórroga para contestar) y que en el otro 29%, ocurrió algún problema técnico con las plataformas y el restante de las solicitudes fueron denegadas.<sup>57</sup>

Este panorama de carencia de información completa, confiable y oportuna, ausencia de un método de trabajo y sin funcionarios capacitados y especializados resulta muy complicado establecer políticas objetivas, científicamente evaluables y socialmente justificables para atender con seriedad, y con un propósito real, y no simbólico, el asunto criminal en México.

---

<sup>57</sup> CIDAC, Fundación Friedrich Naumann, "HALLAZGOS 2016: Seguimiento y evaluación de la operación del sistema de justicia penal en México", p. 14, consultable en <http://www.cidac.org>

### 2.1.3. Impunidad.

El tercer asunto señalado, la desaparición de los estudiantes de la Normal de Ayotzinapa, nos presenta un caso de impunidad que pretendió enterrarse, quemarse y arrojarse en bolsas de plástico al río de los medios de comunicación, para que no quedaran huellas de la incapacidad estatal para dar respuestas, más allá de discursos que evocan a la “*verdad histórica*” obtenida ante una todavía inquisitiva instancia federal de procuración de justicia, como ocurre en miles de casos en la república mexicana.

La impunidad, de acuerdo con el Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia, CESIJ por sus siglas, es un fenómeno multidimensional y factorial que implica la actuación de autoridades en materia de seguridad y de justicia. De acuerdo con la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas por impunidad se entiende “*la inexistencia de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas*”<sup>58</sup>.

En 1998 la Secretaría de Gobernación señaló que en México el 90% de los delitos quedaba sin castigo. Entre 1996 y 2003 el CIDAC divulgó que la impunidad promedio era del 96%<sup>59</sup> y en 2007 fue de 98.76% para todos los delitos<sup>60</sup>. El antes referido Instituto para la Economía y la Paz (IEP), señaló que según cifras oficiales en 2014 no se denunciaron 92.8 por ciento de todos los delitos<sup>61</sup>.

En 2016 se presentó el Índice Global de Impunidad IGI en donde se afirma que en la ONU se analizó la información de 193 de sus Estados Miembros y otros 14 territorios que

---

<sup>58</sup> Datos citados en Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia CESIJ Universidad de las Américas de Puebla, *Índice Global de impunidad IGI 2015*, México, UDLAP, Consejo Ciudadano de Seguridad y Justicia, CESIJ, 2015, p. 22.

<sup>59</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo, *Op. Cit.*, nota 37, p. 13.

<sup>60</sup> México Evalúa Centro de Análisis de Políticas Públicas, *Op. Cit.* nota 49, p. 55.

<sup>61</sup> Institute for Economics and Peace, *Op. Cit.*, nota 53, p. 3.

generan información estadística comparable, y 59 de ellos se incluyeron en el Índice Global de Impunidad por contar con información estadística suficiente y actualizada en materia de seguridad, justicia y derechos humanos concluyendo que los cinco países con mayor impunidad fueron Filipinas, México, Colombia, la Federación Rusa y Turquía<sup>62</sup>.

Para el caso mexicano se pueden extraer las siguientes conclusiones: México alcanza uno de los peores desempeños en el Índice Global de Impunidad, ubicándose en el lugar 58 con un índice de 75.7, situación similar a Colombia (75.6) y sólo por debajo de Filipinas, el peor país ubicado (80). Que, los problemas de estructura y funcionamiento en el sistema de seguridad e impartición de justicia explican la impunidad en México, lo que agudizan la inseguridad, la violencia y la corrupción. Y que, la impunidad relacionada con violación a los derechos humanos equivale a 33% del índice de impunidad para México, cuando la general es de 17% y de 20% para el continente americano.<sup>63</sup>

La impunidad afecta distintas esferas de la vida social, la dinámica institucional y el desarrollo económico de los países. Según el índice de competitividad global que publica el Foro Económico Mundial, la competitividad económica se mide a partir de doce columnas, una de ellas es el desempeño y características de las instituciones. Como México recibe la calificación más baja en este rubro dentro de las doce columnas señaladas, entonces ubica al país en el lugar 109 de 140 países. Los factores que afectan este rubro son tres principalmente, a) ética y corrupción (somos el lugar 121 de 140), b) el peso de la regulación gubernamental (lugar 123 de 140), y, c) el desempeño del sector público y la influencia indebida (107 en 140 en ambos casos). Los elementos que se consideran marcados por la impunidad son el pago de sobornos, prácticas corruptas, falta de independencia judicial e ineficacia sistémica del marco legal.<sup>64</sup>

Como puede advertirse de las escasas mediciones, más o menos confiables, con las que se cuenta hay un grave incremento de la impunidad a pesar del crecimiento de los recursos aplicados en materia de seguridad pública, procuración, administración y ejecución de justicia. La inyección de recursos etiquetados, y sin la posibilidad de manejo discrecional por las autoridades estatales, ha servido, solo en algunos casos dentro del territorio nacional, para ir superando las históricas carencias estructurales que vinieron deteriorando a las

<sup>62</sup> Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia CESIJ, *Op. Cit.*, nota 58, pp. 9 y 53.

<sup>63</sup> Índice global de impunidad México IGI-MEX 2016, México, CESIJ, Universidad de las Américas Puebla. Consejo Ciudadano de Seguridad y Justicia, Puebla, 2016, Pp. 23 y 25, consultable en [www.udlap.mx/cesij](http://www.udlap.mx/cesij)

<sup>64</sup> Ídem

instituciones, aunque en otras no, pues a pesar de ello la criminalidad ha seguido incrementándose como previamente se analizó. Esa mencionada debilidad estructural apenas nos permite dar alguna explicación acerca del ineficiente combate a la criminalidad puesto que las agencias del Estado tenían que cumplir con esta función con recursos humanos y materiales muy limitados y obsoletos, frente a una delincuencia que cuenta irrestrictamente con herramientas más sofisticadas y que tienen la capacidad de generar mayor daño por su potencialidad y lesividad. Ello solo es una parte de la problemática.

### 3. Aspectos sociopolíticos implícitos en la reforma.

Se ha señalado que los modelos procesales penales y los sistemas de justicia de la materia encuentran vínculos o relaciones con la forma en que se organiza el Estado. De esta manera, siguiendo a Duce y Riego<sup>65</sup>, se puede afirmar que no se puede desvincular su análisis del contexto histórico político en el cual están insertos.

Para Bergalli <sup>66</sup> *la deslegitimación del modelo social ha acarreado la del sistema político y así, la de los aparatos del Estado. Que el punto más agudo de esta crisis se puede constatar en el desplome de representación que afecta a los actores de la mediación entre el nivel de la sociedad civil y el del Estado.*

Hace veinte años Héctor Aguilar Camín escribió<sup>67</sup> que uno de los propósitos siempre anhelados y postergados por los gobiernos de México ha sido la creación de un “país de leyes”, en donde se cumplan estas cabalmente, pues cumplir la ley “a medias” es no cumplirla del todo. Que esto, en parte, obedece a un fracaso notorio y redundante en la historia nacional consistente en la incapacidad de hacer coincidir las leyes con la realidad.

---

<sup>65</sup> Duce J, Mauricio y Riego R, Cristián, *Op. Cit.*, nota 4, p. 28.

<sup>66</sup> Bergalli, Roberto, “Protagonismo judicial y representatividad política (en la crisis del Estado democrático de derecho”, en *Criminología crítica y control social. Orden o justicia.2. El falso dilema de los intolerables*, Argentina, Editorial Juris, 2000, p. 110.

<sup>67</sup> Aguilar Camín, Héctor, “Diálogo de sordos: La ley y la costumbre”, en *Nexos, núm. 221*, mayo 1996, México, pp. 7, 18 y 20.



A partir del triunfo de los liberales con la Constitución de 1857 se siguió el camino de ajustar las costumbres a las leyes victoriosas: democráticas, republicanas, federalistas, productivas cuando en la realidad México no ha dejado de ser un país monárquico (digamos centralista, como nos lo indica en la actualidad la exponencial multiplicación de leyes generales), precapitalista y corporativo.

Ante esta circunstancia, la primera costumbre adoptada por el Estado mexicano fue, y ha sido, la negociación del cumplimiento o el incumplimiento de las leyes, ante una porción muy extendida de la población mexicana que vive en una especie de *pacto de ilegalidad consentido*, lo que hace imposible proceder de acuerdo con el contenido exacto de las leyes, sin que ello lleve a un estallido social al país. El propio autor puntualiza que el gobierno tendría que empezar por controlarse a sí mismo como fuente de ilegalidad, corrupción e impunidad.

Esto no ha sido resultado de un consustancial trámite histórico para el Estado, sino que también esconde un propósito político: el preservar en su poder un instrumento discrecional para el ejercicio de la autoridad frente a los intereses ciudadanos o movimientos particulares, el control social absoluto frente a las emergencias locales o nacionales.

Entonces, tener a la costumbre como legalidad negociada y a la ley como un espacio de acuerdos, excepciones, discreciones e influencias, es uno de los pilares de la cultura política de México.

Ernesto López Portillo Vargas considera que la relación entre el sistema político mexicano y el Estado de derecho es disfuncional y la impunidad es un pasivo de aquél<sup>68</sup>. Este autor, como muchos mexicanos más, esperaba que la alternancia política en los cargos de elección popular viniera a ser un contrapeso a la impunidad, esto por la diversidad de intereses y manejo de recursos de los grupos en el poder público que pudieran contener a las diferentes fuerzas políticas.

---

<sup>68</sup> López Portillo Vargas, Ernesto, "Para releer la impunidad", *El Universal*, 9 de julio de 2007, México, consultado en [eluniversal.com.mx/editoriales/38043.html](http://eluniversal.com.mx/editoriales/38043.html).



Ello no ocurrió así porque a final de cuentas tal acceso a recursos públicos y los intereses diversos de los actores políticos no contiene a la corrupción. Aconteció que, por encima de las diferencias ideológicas o pragmáticas, los políticos actúan por encima de la ley, entonces la impunidad compromete a unos y a otros y precisamente mediante la negociación logran la estabilización política y social.

En suma, sostiene que la ley para el político es un bien disponible como un recurso de negociación, ya que él (o ella) es parte de una red de intereses que en mayor o menor medida se beneficia manipulando la norma al igual que los grupos políticos antagonistas. Es así que ante el conflicto se negocia alrededor de la impunidad, y si esta colapsa entonces todos pierden. Concluye que la construcción del Estado de Derecho no puede fundarse desde la clase política. Tal vez en ello también tengamos la explicación del porqué la clase política aprueba toda reforma o contrarreforma que le permita mantener su estatus aun cuando vaya en contradicción a su plataforma partidaria o ideario político.

Para Gamboa Rocabado, este incumplimiento de la norma y la incapacidad para aplicarla se encuadra en un colapso estatal, pues el Estado mexicano, al igual que otros Estados latinoamericanos, presentan una grave crisis enmarcada dentro de procesos francamente anómicos<sup>69</sup> ello como consecuencia de que la noción del “Estado como eficacia de la ley” se encuentra en decadencia, lo cual significa que manifiesta un conjunto de desequilibrios dentro del orden político, ello porque las estructuras estatales están dejando de representar el imperio de la ley y la integración social, violando con esto también las garantías fundamentales de libertad y protección de los derechos que poseen los ciudadanos.

Con estos elementos puede concretarse que la incapacidad de hacer cumplir la ley de manera universal puede deberse a la polarización en las condiciones sociales y económicas a las que se enfrenta el Estado y no solo a su estructura institucional. No deja de advertirse que el gobierno en México, al igual que otros países latinoamericanos y los Estados Unidos de

---

<sup>69</sup> Gamboa Rocabado, Franco “Los límites de lo intolerable. Autoritarismo y Estado en México”, en *Metapolítica*, año 19, núm. 91, octubre-diciembre 2015, México, BUAP, pp. 8 y sigs.

América es demasiado pobre y por ello no puede realizar grandes transformaciones señala Przeworski<sup>70</sup>, atribuyendo ello a la incapacidad de gravar a los ricos. Que estos encuentran más eficiente el comprar de manera privada diversos servicios, entre ellos el acceso a la justicia y a los de policía, a los de salud o de educación etcétera, que la carga tributaria recaer en la clase media por lo cual puede recibir los servicios estatales y los pobres simplemente se encuentran fuera del espectro de la atención estatal.

En México la desinstitucionalización es la muestra más indudable de la anomia y además expresión de la injusticia en donde cualquier persona puede perpetrar un delito en contra de otra, o también puede ser afectada por las arbitrariedades de aquellos que son más poderosos e influyentes.

En tales términos “*la desinstitucionalización en México representa lo socialmente ilegítimo, marcando las pautas para sacar ventaja del incumplimiento de las normas y para manipular las instituciones estatales, con el fin de conseguir intereses estrictamente particulares*” nos refiere Gamboa Rocabado<sup>71</sup>.

Ante el clima de impunidad y corrupción que se extiende en todo el país y en las tres esferas de gobierno hay quienes sostienen que ello refleja una ausencia total de Estado<sup>72</sup>. Para otros como Curcó Cobos, se trata de algo peor, pues estamos ante *un Estado cuya presencia es ambigua, esquivada y ambivalente*<sup>73</sup>; un Estado petrificado e indiferente ante el delito, pero

---

<sup>70</sup> Przeworski, Adam, “El Estado y el ciudadano”, en *NEXOS*, núm. 254, febrero 1999, México, pp. 39 a 44.

<sup>71</sup> Gamboa Rocabado, Franco, *Op. Cit.*, nota 69, pp. 8 y sigs.

<sup>72</sup> Con motivo de la extendida serie de homicidios, de violencia y de inseguridad pública que se presentó en el territorio nacional como consecuencia de la guerra contra el crimen organizado emprendida por el gobierno de Felipe Calderón, se comenzó a hablar en los espacios públicos y de comunicación masiva a nivel nacional e internacional de un “Estado fallido” o “Estado ausente” en México. Esto se vino negando sistemáticamente por el gobierno federal. El viernes 09 de enero de 2009 en una reunión con embajadores y cónsules mexicanos en Palacio Nacional les instruyó “a defender la imagen y los intereses de la nación en el exterior, así como a divulgar “*la realidad de lo que es y de lo que ocurre en México*” y en el mismo evento el entonces Procurador General de la República Eduardo Medina Mora dijo que en el combate al crimen organizado “*México no es un Estado fallido*”. Consultable en *México al mundo*, Sergio Jiménez y Silvia Otero, El Universal, Política @eluniversal.com.mx, sábado 10 de enero de 2009.

<sup>73</sup> Curcó Cobos, Felipe, “Más allá de Ayotzinapa”, en *Foreign Affairs Latinoamérica*, México, ITAM, 15 de octubre 2015 – 15 de enero 2016, Vol. 15, Núm. 4, p. 72.

implacable para confeccionar delitos y delincuentes en las personas o grupos que le afectan<sup>74</sup>. De esta manera el Estado pone al ciudadano entre dos espadas: Por un lado, le niega a la víctima su protección y, por otro, le obstaculiza cualquier intento de defenderse por sí mismo.

Acorde al estado de las cosas de la política en el país, la histórica incapacidad del Estado mexicano para aplicar la ley, o aplicarla según su discrecional y abusivo arbitrio, así como una permanente violación a los derechos fundamentales de los actores involucrados en este sistema, que fue ampliamente exhibido por resoluciones de los organismos internacionales de protección de los derechos fundamentales de los gobernados, fueron propiciando la posibilidad de reformar el sistema de justicia penal, sobre todo en su parte procesal y de seguridad pública en las últimas tres administraciones federales, lo cual viene a explicar por qué sin una dictadura formal (aunque sí una democracia ficta y arbitraria) vino a culminar en la reforma hacia el sistema penal acusatorio como en el resto de América Latina.

Tras su paso por la gubernatura del Estado de Guanajuato y de la presidencia de la República<sup>75</sup> hoy sabemos que Vicente Fox no fue un hombre con visión de Estado, que no es un hombre culto ni preparado, más bien es banal, demagógico y oportunista. Al tomar posesión como presidente de México contaba con amplio apoyo popular cercano al 80%, con la aceptación de un amplio sector del poder económico y con cierta condescendencia de sus adversarios políticos, sin embargo, desde la transición comenzó a cometer errores de gran magnitud.

Uno de sus primeros errores al asumir la presidencia fue colocar en el primer plano de la agenda nacional la solución inmediata al conflicto de Chiapas con el Ejército Zapatista

---

<sup>74</sup> Casos se tienen muchos, dentro de los más emblemáticos y recientes la persecución penal de diferentes líderes de los grupos de autodefensas en Michoacán, los que originalmente se habían conformado por integrantes de distintas poblaciones de esa entidad federativa ante la falta de atención por parte de las autoridades ante la criminalidad cruenta y cotidiana que padecían. O la integración de investigaciones por un supuesto fraude en contra de Emilio Álvarez Icaza, Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la rendición del reporte del grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) en el caso Ayotzinapa que desmentía la hipótesis ("verdad histórica") de la Procuraduría General de la República, acerca de que los estudiantes de la Normal rural habían sido quemados en el basurero de Cocula, Guerrero.

<sup>75</sup> La primera de 1995 a 1999 y la segunda del 1º de diciembre de 2000 al 30 de noviembre de 2006.

de Liberación Nacional (EZLN), procediendo a cumplirle demandas que ni siquiera se habían requerido, y después se solicitó el diálogo, mostrando el gobierno federal debilidad y perdió la capacidad de ejercer el poder.

Por otro lado, muy a su estilo demagógico y mercadológico, pretendió maquillar, volver invisible, el grave conflicto con el crimen organizado. Desde que fue electo dijo que “*el narcotráfico era un problema meramente policial*”; y los hombres que comisionó originalmente a las áreas de seguridad, Francisco Molina y José Luis Reyes Vázquez, después sostuvieron lo mismo, incluso con mayor énfasis, a la vez que informaban que retirarían al ejército de la lucha contra el narcotráfico según lo refiere Fernández Menéndez<sup>76</sup>. Además, señala que Molina declaró que *el narcotráfico no constituía un desafío para la seguridad nacional*, por lo que se encendieron las luces de alerta en todo el país y también en los Estados Unidos de América.

En la visita de septiembre de 2000 que realizó Vicente Fox a los Estados Unidos de Norte América ahí se le hizo ver la magnitud de este otro error, la importancia del problema y la manera en que estaban tejidos los hilos de la colaboración del país norteamericano con otros del continente en éste y otros temas. Incluso antes de su toma de posesión no solamente se decidió que continuaría la participación del ejército en las tareas referidas (¿en dónde se decidió esto? desde luego que en Washington) sino que, además, el Procurador General de la República sería un militar: Rafael Macedo de la Concha. Baste lo anterior a guisa de ejemplo para entender la injerencia norteamericana en la toma de decisiones en esta materia en México y el resto del continente.

Contrario a lo que aconteció con Vicente Fox, en el caso de Felipe Calderón este último tomó protesta como presidente de la República a hurtadillas, entrando por la puerta trasera del Congreso en un acto que duró tres minutos, “*haiga sido como haiga sido*”<sup>77</sup>, con

---

<sup>76</sup> Fernández Menéndez, Jorge, *El otro poder. Las redes del narcotráfico, la política y la violencia en México*, México, Nuevo Siglo, Aguilar, 2001, p. 22.

<sup>77</sup> El propio Calderón dijo esa frase a la periodista Denise Maerker en una entrevista el día 5 de junio de 2006. lo que delineó su estilo de gobernar, en el que sólo importaban los resultados sin importar las vías para conseguirlos.

un margen de legitimidad y credibilidad ínfimo<sup>78</sup>. Durante la campaña electoral para obtener la presidencia de la República se había promocionado como “el presidente del empleo”, prometiendo trabajo para los electores. Dadas las variables macroeconómicas mundiales a la baja, y los Estados Unidos de América, mayor socio comercial de nuestro país, también en grave situación financiera, durante ese tiempo era evidente que no iba a cumplir con aquellas promesas de campaña, por lo que migraron los objetivos de su política hacia lo que realmente fue su guerra santa: la guerra contra el crimen organizado, que generó más de sesenta mil muertos, junto con otros veintiséis mil desaparecidos<sup>79</sup> en todo el territorio nacional.

Como ocurriera en los gobiernos de Ernesto Zedillo Ponce de León y de Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa lanzó el 22 de enero de 2007, dentro del marco de la XXI sesión del Consejo Nacional de Seguridad Pública, una Cruzada Nacional contra la Delincuencia con la que prometió ganar la “guerra” al crimen organizado.

El término es similar al utilizado en las dos administraciones públicas federales anteriores con el cual bautizaron sus promesas de combate a la criminalidad y la inseguridad pública<sup>80</sup>, como si el combate a la delincuencia organizada del México de fines del siglo XX e inicios del XXI fuera igual a aquellas guerras feudales libradas entre los siglos XI hasta el XIII con la función religiosa declarada de recuperar la Tierra Santa (Jerusalén) por parte de los reinos cristianos de Europa, la cual entonces estaba en poder de los ejércitos musulmanes de Asia Menor y Mediterráneo Oriental; aunque en el fondo encerraba funciones latentes de orden económico y político. En suma, Calderón relanzaba otra gubernamental estrategia mediática de combate simbólico a la criminalidad, contra los herejes y apostatas, que generó la cantidad de muertes previamente señaladas, cifra que supera con mucho a cualquier otra guerra del siglo anterior o dictaduras sangrientas como la chilena (1973 a 1988) o la argentina (1976 a 1982).

---

<sup>78</sup> Obtuvo el 35.89% de la votación contra el 35.31 del segundo lugar, Andrés Manuel López Obrador.

<sup>79</sup> Dato presentado por Gamboa Rocabado, Franco, *Op. Cit.*, nota 69, p. 9.

<sup>80</sup> El 26 de agosto de 1998, Ernesto Zedillo lanzó la Cruzada Nacional contra el Crimen y la Delincuencia y, en enero de 2001, Vicente Fox emplazó a la Cruzada contra el Narcotráfico y el Crimen Organizado.



#### 4. Los primeros pasos hacia la reforma procesal penal en la república mexicana.

Debe puntualizarse, que al igual que en el resto del continente, la pretensión de modificar el modelo de justicia procesal penal en épocas recientes, siempre fue promovida desde el gobierno norteamericano, intentando implementar un modelo penal acusatorio similar al suyo, y encontramos que en México desde la administración de Fox ya se venía moldeado esta emergencia.

Los primeros intentos se realizaron desde el año 2002 con la visible injerencia de la USAID<sup>81</sup>, agencia norteamericana dependiente del Departamento de Estado norteamericano, y de manera más evidente con una fallida iniciativa presidencial de 2004 para reformar el sistema procesal penal originada por el Programa para el Fortalecimiento del Estado de Derecho (PRODERECHO), lo que implica que también fue financiado por la USAID<sup>82</sup>.

Al revisar el Plan Nacional de Desarrollo 2001 – 2006 de la administración de Vicente Fox encontramos el capítulo de Orden y Respeto, en las hojas 146 a la 151, y específicamente en el punto 7.3.7. Seguridad Pública refiere que en el país se presenta “... *la inobservancia de leyes, leyes obsoletas, falta de equidad en la administración pública...*” y plantea una reforma integral del sistema de seguridad pública, pero sin hacer ninguna mención al sistema de enjuiciamiento penal<sup>83</sup>.

Atendiendo a lo que previamente fue señalado, es claro que ante su precaria legitimación democrática y para obtener el reconocimiento del gobierno norteamericano, Calderón hubo de cumplir con pendientes impuestos en la agenda bilateral por este país.

<sup>81</sup> Siglas como se conoce a la United States Agency for International Development, Agencia para el Desarrollo Internacional de Los Estados Unidos con sede en Washington, D. C.

<sup>82</sup> Un recuento breve y completo de las iniciativas sobre la reforma procesal penal y los actores que intervinieron en sus sucesivos intentos la encontramos en Moreno Hernández, Moisés “Fortalezas y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales”, en Moisés Moreno Hernández y Miguel Ontiveros Alonso (Coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, CEPOLCRIM, AMPEC y UBIJUS, 2015, pp. 62 a 65.

<sup>83</sup> Plan Nacional de Desarrollo 2001 – 2006, consultable en [fs.planeacion.seg.gob.mx/planeacion/mediano\\_plazo/pnd\\_2001\\_2006.pdf](http://fs.planeacion.seg.gob.mx/planeacion/mediano_plazo/pnd_2001_2006.pdf).

En el Plan Nacional de Desarrollo de la administración de Felipe Calderón<sup>84</sup> se menciona que *“...es necesario que el sistema jurídico responda a las realidades sociales, económicas y políticas del país...”*. En el denominado Eje 1. Estado de Derecho y seguridad, se propone un Objetivo 4 intitulado “Modernizar el sistema de justicia penal encaminado a lograr un marco normativo que garantice justicia pronta y eficaz” en el que se propone *“el cambio de un sistema inquisitorio a uno acusatorio mediante el establecimiento de la oralidad en juicios penales y el mejoramiento de las competencias técnico-operativas de las agencias del ministerio público, principalmente en los procesos de averiguación previa e integración de expedientes”*.

En la estrategia 4.4. “Promover la implementación gradual de juicios orales”, se contemplan los beneficios que traería esta reforma, tanto la posibilidad de contradicción de pruebas y argumentos de la contraparte, la reducción de tiempos y la transparencia de los actos judiciales. Empero en la estrategia 4.5., en la cual se vuelve a tocar el punto de los juicios orales, se especifica que otro mecanismo propuesto es *“que la prueba confesional se rinda con toda la información sobre sus consecuencias, de manera libre y ante una autoridad judicial que garantice el pleno respeto a los derechos fundamentales. Mediante un examen judicial sobre la veracidad y legalidad del reconocimiento de responsabilidad, se podrá impartir justicia con mayor celeridad”*.

Resulta entonces evidente que la función declarada era implementar el sistema acusatorio, pero con pausa. Evidentemente que no se puede realizar un cambio radical inmediato, pero desde el enunciado inicial está la señal del objetivo: gradualmente, despacio. Además, en el siguiente objetivo, se busca otorgarle nuevamente un papel primordial a la confesión como mecanismo procesal para lograr uno de los fines del proceso consistente en impartir justicia con celeridad, con lo cual obviamente se contrapone con la intención de la implementación de un sistema garantista, que si bien no prescinde totalmente de la confesión, si la limita de manera extrema y justificada precisamente por los abusos que en el pasado,

---

<sup>84</sup> Plan Nacional de Desarrollo 2007 – 2012, consultable en [pnd.calderon.presidencia.gob.mx7pdf/PND\\_2007\\_2012.pdf](http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx7pdf/PND_2007_2012.pdf).

digamos que todavía en el presente, se han generado a través de este mecanismo y que, inclusive, podríamos decir, es uno de los argumentos para cambiar el sistema procesal, entonces no hay congruencia conceptual entre ambos enunciados.

Por otra parte, en el Objetivo 8 se plantea “Recuperar la fortaleza del Estado y la seguridad en la convivencia social mediante el combate frontal y eficaz al narcotráfico y las expresiones del crimen organizado. En la Estrategia 8.1 se propone *“aplicar la fuerza del Estado, en el marco de la ley, para recuperar los espacios que han sido secuestrados por las bandas de narcotraficantes y otras organizaciones delictivas”*”.

Se puede advertir claramente el cambio de tono. Mientras en la implementación del sistema acusatorio debía aplicarse una estrategia pausada, de segundo plano; en el combate al crimen organizado se emplearía toda la fuerza del Estado en un combate frontal y eficaz. Y así se realizó. Aquella estrategia se desplegó sin mayor rapidez, inclusive sin una planeación adecuada, dejando la mayor parte de los esfuerzos en las entidades federativas. En cambio, en la lucha contra el crimen organizado si se desplegó toda la potencia de la federación sin lograr el objetivo, dejando incluso mayores problemas en este rubro y un gran clima de violencia e inseguridad en toda la república.

#### **4.1. Condena internacional en contra del Estado mexicano por violación a los derechos humanos.**

Los discursos de las emergencias nacionales<sup>85</sup> de las dictaduras latinoamericanas no fueron ajenos en la historia mexicana. Aun y cuando desde 1929 no hubo en la historia nacional una dictadura (militar) de facto, sin embargo, el país fue gobernado por un solo partido político, una “familia revolucionaria”, cuyo sistema político se ha caracterizado por su autoritarismo, centralismo y presidencialismo<sup>86</sup>, y el Estado ha utilizado la violencia

---

<sup>85</sup> Discursos sobre “la protección de la seguridad nacional”, el combate al “enemigo interno, la protección de la “soberanía internacional”, la lucha “anticomunista” o la defensa de los “asuntos internos” que arguyeron frecuentemente los agentes estatales al vulnerar los derechos humanos de muchos ciudadanos.

<sup>86</sup> Al respecto Moguel Ortiz, Silvia del Carmen y Alonso Bernal, Alma Isela, “Impacto de la reforma de los derechos humanos en la judicatura de Campeche”, en Baruch F. Delgado Bernal (Coord.), *Reforma*

contra la población civil, particularmente quienes reivindican causas sociales, valiéndose para ello del ejército, los cuerpos policíacos y grupos paramilitares.

Algunos ejemplos de estas violaciones a derechos fundamentales los tenemos en *la disolución del movimiento magisterial en 1958; la represión del sindicato de ferrocarrileros en 1959 y el encarcelamiento de sus líderes por más de diez años por los cargos de "disolución social"; la matanza de trece campesinos y estudiantes que protestaban contra el gobernador de Guerrero, en Chilpancingo, en 1960; la represión contra los navistas (seguidores de Salvador Nava, opositor al gobierno) en San Luis Potosí, en 1961; la ejecución del líder campesino Rubén Jaramillo, de su esposa embarazada y de sus tres hijos en 1962; la represión por parte de la policía del movimiento de médicos en demanda de mejores ingresos y condiciones laborales en 1965<sup>87</sup>; la represión y matanza de estudiantes y otros ciudadanos en Tlatelolco en 1968, etcétera. Por décadas estos hechos no fueron atendidos por las instancias del sistema de justicia penal mexicano al invisibilizarlos o palmariamente ignorarlos.*

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en el ámbito internacional y regional latinoamericano se construyeron instancias y normas cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de los instrumentos diseñados para proteger y garantizar los derechos fundamentales. Entre ellos se encuentra la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

El Estado mexicano es suscriptor de esta Convención y como tal su principal obligación es la *Pacta Sunt Servanda*, es decir, cumplir con lo estipulado. En el artículo 62.3 de la Convención<sup>88</sup> se otorga a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la competencia

---

*constitucional en Derechos Humanos. El impacto en la impartición de justicia local*, México, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Flores, 2014, p. 7.

<sup>87</sup> *Ídem*, p. 8.

<sup>88</sup> *Convención Americana sobre Derechos Humanos*: Artículo 62. 1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos.



para conocer de cualquier caso que le sea sometido respecto a la interpretación y aplicación de las disposiciones de aquella. Debe advertirse que México reconoció la jurisdicción de la Corte el 16 de diciembre de 1998<sup>89</sup>.

No obstante, el corto tiempo en el cual México admitió esa jurisdicción ya se han resuelto siete diversos casos en los que la Corte Interamericana ha pronunciado sentencias de condena en su contra como responsable en la violación a derechos fundamentales de las personas que se presentaron ante dicha instancia supranacional. Los casos referentes al sistema de justicia penal<sup>90</sup> son los siguientes<sup>91</sup>:

- a) Caso Alfonso Martín del Campo Dodd, del 3 de septiembre de 2004 por detención ilegal y tortura, hechos acontecidos en mayo de 1992 en el entonces Distrito Federal atribuibles a la Policía Judicial.
- b) Caso Radilla Pacheco, de 23 de noviembre de 2008 por desaparición forzada de personas, hechos acaecidos el 25 de agosto de 1974 en Atoyac, Estado de Guerrero, imputados a elementos del ejército mexicano.
- c) Caso González y otras, conocido como “campo algodoner”, de noviembre de 2001, por la desaparición y posterior muerte de tres jóvenes mujeres en un campo algodoner de Ciudad Juárez, Chihuahua, englobado dentro del antes referido asunto de los homicidios sistemáticos y masivos en agravio de mujeres en esa ciudad fronteriza, atribuible al Estado por la falta de medidas de prevención y de protección, de discriminación y la carencia de acceso a la justicia hacia las víctimas de esos delitos.
- d) Caso Fernández Ortega, de 22 de marzo de 2002, por violación y tortura de la indígena Me<sup>’</sup>phaa Inés Fernández Cantú en la comunidad Barranca Tecuani, Municipio de Ayutla de los Libres del Estado de Guerrero, en el marco de una violencia institucional castrense imputable a militares.
- e) Caso Rosendo Cantú y otras, por hechos del 16 de febrero de 2002, por violación y tortura de la indígena Me<sup>’</sup>phaa Valentina Rosendo Cantú en términos similares al caso anterior, también ocasionados por militares.
- f) Caso Teodoro Cabrera y Rodolfo Montiel, hechos ocurridos el 2 de mayo de 1999, consistentes en tratos crueles, inhumanos y degradantes mientras se encontraban detenidos por personal militar.

---

Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

<sup>89</sup> Decreto Promulgatorio publicado en el DOF el 24 de febrero de 1999.

<sup>90</sup> Existe el caso Castañeda Gutman del 6 de agosto de 2008 relativo a materia político electoral.

<sup>91</sup> Consultables en Gallegos Isais, Gerardo Antonio y Valadez Díaz, Manuel, “El control difuso constitucional en el Estado de Durango. Estado de la cuestión”, en Baruch F. Delgado Bernal (Coord.), *Reforma constitucional en Derechos Humanos. El impacto en la impartición de justicia local*, México, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Flores, 2014, pp. 115 a 126. Rivero Evía, Jorge, “Justicia universal y soberanía estatal. Reflexiones desde el nuevo paradigma constitucional de los Derechos Humanos en México”, en Baruch F. Delgado Bernal (Coord.), *Reforma Constitucional en Derechos Humanos. El impacto en la impartición de justicia local*, México, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Flores, 2014, pp. 394 a 403.



## 5. La imperativa urgencia del cambio hacia un sistema penal acusatorio.

Se optó por el modelo acusatorio, al igual que en el resto de América Latina, porque se pensó que era el que se ajustaba al nuevo paradigma neoconstitucional, pues ahora se debe entender que un proceso penal moderno es un proceso constitucionalizado que esté acorde al Estado democrático de derecho que se proyecta desde la Constitución y que, en teoría, permite responder mejor a los objetivos de la justicia material.

Al referirse a la tendencia que se impuso en los países de América Latina de conferir a sus sistemas de justicia penal de una filosofía esencial, articulada en base a determinados principios, incluyendo la adopción del modelo procesal acusatorio, Moreno Hernández detalla que ello ha obedecido no tanto al convencimiento que es la mejor opción procesal, sino a *la gran injerencia que ciertos organismos internacionales han tenido en el desarrollo de los procesos de transición*<sup>92</sup> —como USAID, el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo—, adoptando el modelo procesal penal característico de los sistemas jurídicos anglosajones.

También habrá que precisar que el movimiento de reforma hacia los sistemas acusatorios en el mundo occidental tiene apenas poco más de un cuarto de siglo. En Italia, que fue el modelo exportado hacia América Latina, se mantuvo vigente el Código Rocco de 1931 que contenía un modelo de justicia inquisitiva mixta hasta la instauración del Código Vassalli de 1989<sup>93</sup>. Este último código sirvió de molde a Guatemala en 1992 para iniciar con el movimiento de reformas en el continente americano, aunque en este proceso no ha dejado de estar presente el modelo de enjuiciamiento criminal de los Estados Unidos de América, el cual *marcha triunfalmente arrollando cualquier otra iniciativa ante la crisis e incompetencia de los políticos para reformar con imaginación el proceso penal en sus propios países* nos dice Gómez Colomer citando a Schünemann<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Moreno Hernández, Moisés, *Op. Cit.*, nota 82, p. 60.

<sup>93</sup> Barrios González, Boris, *Ideología de la prueba penal*, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2014, p. 23.

<sup>94</sup> Gómez-Colomer, Juan-Luis, "Prólogo", en Moisés Moreno Hernández y Miguel Ontiveros Alonso (Coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, CEPOLCRIM, AMPEC y UBIJUS, 2015, p.18.

Esta tendencia también se presenta en los propios países europeos como España, Italia y Alemania. Moreno Hernández relata<sup>95</sup> que esta influencia norteamericana ha penetrado en distintos países europeos, como es el caso de Alemania, por la crisis en sus procedimientos debido a la existencia de procesos muy voluminosos, por su acumulación cuantitativa y el largo tiempo de duración en su trámite, lo que ha puesto en entredicho su limitada capacidad para resolverlos debido a una excesiva formalidad puesto que además, se pondera en primer lugar la “veracidad” sobre la efectividad y la rapidez de su solución. Por ello en la nación teutona introdujeron en su procedimiento penal los llamados “acuerdos informales” que se asemejan en su trámite a los *plea bargaining* norteamericanos.

Para Jordi Nieva Fenoll, quien examina las bases comunes de cualquier institución de lo que constituye el derecho procesal penal, a lo largo de la historia de la humanidad el proceso penal ha oscilado entre dos modelos: el inquisitivo y el acusatorio, adquiriendo estas designaciones por los dos elementos estructurales que les dan esencia, y diferencia: el juez y la acusación; y que las restantes características que se les atribuyen, a uno o a otro, son simplemente falsas y polémicas. Que, en todo caso, los problemas y males que manifiestan los sistemas de cara a cumplir con sus fines, estriba en la forma en que lo trabajan sus operadores<sup>96</sup>, lo cual resulta muy certero a la realidad nacional.

En todo este contexto histórico, económico, político, sociológico, administrativo y de violación a derechos fundamentales se puede empezar a comprender porque México sin contar con una dictadura formal, a diferencia de las dictaduras o juntas militares materiales de la mayor parte del resto de los países latinoamericanos, también se vio obligado a reformar su Constitución e implementar el sistema penal de corte acusatorio.

---

<sup>95</sup> Moreno Hernández, Moisés, *Op. Cit.*, nota 82, p. 57.

<sup>96</sup> Nieva Fenoll, Jordi, *Fundamentos de Derecho procesal penal*, Argentina, EDISOFER, Editorial B de f. 2012, pp. 2 y 3.

## 6. La ausencia de planeación en la reforma constitucional de 2008.

El 19 de junio del año 2008 entró en vigor la reforma constitucional a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73 fracciones XXI y XXIII, 115 fracción VII y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, introduciendo innovaciones al sistema de justicia penal como de seguridad pública, con una *vacatio legis* de ocho años.

El sistema penal acusatorio en el país cobró vigencia de manera tropicada y carente de una planeación adecuada con una política criminal coherente a los objetivos que en la reforma originaria se proyectaban<sup>97</sup> y que revela una ausencia de sistematicidad evidente. Ante ello el gobierno federal propuso como una solución el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) el cual ha resultado en diversos aspectos todavía más alejado de tales objetivos.

Acontecieron casos de implementación previos a la reforma de 2008, como son los de Chihuahua y Oaxaca en 2007, y en otros se vinieron presentando paulatinamente. Aunque a la fecha el sistema procesal acusatorio se encuentra presente en todas las entidades federativas y en el propio sistema federal, esto no es de manera completa, pues en muchos de ellos hay un retraso significativo en el comienzo de su implementación<sup>98</sup>. Esto no implica necesariamente un mejor sistema o una mejor operación, pero sí resulta importante para que los operadores cuenten con mejores capacidades personales e institucionales en las atribuciones que legalmente le son conferidas y con ello lograr la concreción del sistema y una mejor justicia.

De esta manera, lo que en principio se consideró que sería una gran reforma y origen de un sistema de justicia moderno culminó siendo “una mezcla de opiniones, principios y

---

<sup>97</sup> Moreno Hernández afirmó que el proceso de implementación de la reforma fue “heterogéneo y desordenado, propiciado por la multiplicidad de códigos de procedimientos penales y por la falta de planeación, que hacían prever un inevitable caos e incluso un posible desastre del nuevo sistema” Moreno Hernández, Moisés, *Op. Cit.*, nota 82, p. 45.

<sup>98</sup> En el reporte de Hallazgos 2015 de CIDAC y USAID se establece que, para el mes de abril de 2016, es decir a menos de dos meses de que se cumpliera el término de la *vacatio legis*, únicamente en diez entidades federativas el sistema penal acusatorio operaba en forma plena (tanto en todo el territorio como por todos los delitos).” CIDAC, PROYECTO JUSTICIA, USAID, *Op. Cit.*, nota 56, p. 97.

*prejuicios procesales, de tal forma que cada Estado generó su propia convicción de lo que es acusatorio, adversarial y/o democrático*<sup>99</sup>, según lo refiere Gómez-Colomer.

A ello habrá que sumar que, si bien se supuso que la *vacatio legis* de ocho años sería suficiente para lograr la implementación en todo el país en los ámbitos federal, local y militar, lo cierto es que durante mucho tiempo las autoridades responsables de los tres poderes en los ámbitos correspondientes no actuaron con suficiente oportunidad, interés ni diligencia. Esto se presentó por múltiples causas, entre ellas la incompreensión de lo que se pretendía; la lentitud y dispersión de los tiempos y trabajos legislativos; la carencia de recursos para la reforma –que implica al menos capacitación, reformas legislativas, equipamiento, infraestructura y difusión–; el desinterés de los titulares del Poder Ejecutivo de las entidades federales que culminaban su encargo y que no les importó atenderlo pues ya no sería su responsabilidad dar cuenta del estado de la implementación; por, las no pocas, disputas entre los poderes judiciales y las procuradurías de justicia u otros encargados del Poder Ejecutivo, e inclusive con estudiosos y supuestos expertos en los temas, por imponer sus criterios e intereses particulares, y aprovechar la ocasión para hacer crecer su propia institución o persona sin importar si con ello contribuía al desarrollo del sistema; entre las coyunturas y emergencias políticas de los titulares de los ejecutivos que ante el reclamo social por la impunidad o la inseguridad daban marcha atrás con los trabajos para lograr un sistema acusatorio ajustado a los objetivos declarados de la reforma, entre otras razones, se vino postergando la concretización del sistema en todo el país.

#### **6.1. Especulaciones de comunicación acerca del alcance del sistema penal acusatorio**

Así, podemos concluir que nuestro país no es ajeno a la crisis del Derecho y del Estado. Kala, expone<sup>100</sup> que *en el horizonte de la justicia penal nacional es posible distinguir a simple vista rasgos de la crisis de Estado, la política criminal que orientó las reformas*

---

<sup>99</sup> Gómez-Colomer, Juan-Luis, *Op. Cit.*, nota 94, p.17.

<sup>100</sup> Kala, Julio Cesar, “El horizonte de la justicia penal”, en *La justicia en los Estados. Pasado, presente y futuro*. México, Poder Judicial del Estado de Guanajuato, 2010, p. 153.

constitucionales en materia penal de 18 de junio de 2008 muestra claramente los problemas que Ferrajoli identifica en los modelos normativos de los Estados contemporáneos<sup>101</sup>.

Asimismo, se puede afirmar, acorde con lo señalado por Ortiz Ortiz, que hay una crisis del Derecho Penal y de la ciencia del derecho penal, en relación al *ius puniendi*, como producto de la deslegitimación que también en esta área tiene el Estado<sup>102</sup>.

Se puede afirmar que el Estado de derecho y el sistema de justicia penal en México han colapsado por distintas causas y contradicciones, principalmente por la disolución de los paradigmas de su racionalidad (los de igualdad, universalidad, legalidad, accesibilidad, resocialización, de *última ratio*, proporcionalidad, etcétera).

En el mismo tenor debemos preguntarnos e indagar si ante el quebranto de legitimidad del Estado y del derecho, la reforma al sistema de justicia penal y de seguridad pública va dirigida a recuperar ese consenso ya perdido o a la consecución de resultados más satisfactorios acordes a la demanda social de seguridad y tranquilidad. Inclusive, ello da pauta a cuestionar si en realidad existe un sistema de justicia penal en el país.

En primer término, compartimos con Luhmann<sup>103</sup> su postura respecto del derecho como sistema social:

*“... el sistema jurídico está en sus propias operaciones, siempre ocupado en la ejecución de la auto-reproducción (autopoiesis) tanto del sistema social general como de sí mismo. Para hacerlo utiliza formas de comunicación que, debido a su cualidad exotérica, no pueden ser tan abstractas que pierdan por completo un significado normal y comprensible. Esto no sólo significa que el sistema jurídico cumple una función para la sociedad ...sino también que el sistema jurídico participa en la construcción de la realidad que efectúa la sociedad... Así, como todo sistema autopoietico<sup>104</sup>, el Derecho sigue dependiendo en gran medida de su entorno...”*

---

<sup>101</sup> Estos son: i) la insubordinación de la ley a los principios constitucionales, ii) inflación legislativa que afecta el principio de legalidad, y, iii) disfunción producida por la jerga jurídica, generadora de grandes márgenes de discrecionalidad para los jueces, lo que produce la pérdida de certeza, de eficiencia y de garantías.

<sup>102</sup> Ortiz Ortiz, Serafín, “El sistema penal preventivo”, en Fernando Tenorio Tagle (Coord.), *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal. Ensayos en honor a Massimo Pavarini*, México, INACIPE, 2015, p. 323.

<sup>103</sup> Luhmann, Niklas, “El derecho como sistema social”, en Gómez-Jara Díez, Carlos, *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada, España, Editorial Comares, 2005, p. 72.

<sup>104</sup> Un sistema autopoietico es un sistema que “produce y reproduce sus propios elementos mediante la interacción de sus elementos”.



Siguiendo al pensamiento de Luhmann, al analizar las contradicciones y los conflictos en la definición de las sociedades modernas, la autora Mónica Elivier Sánchez González, nos dice que una de las posiciones que guardan las contradicciones en los sistemas sociales es que “abren la puerta al sistema inmunológico” cuya responsabilidad principal es procurar y proveer para el sistema de respuestas inmediatas para responder frente a cualquier perturbación del entorno y su reproducción<sup>105</sup>.

Empleando el marco teórico de referencia, se puede argumentar que el gobierno mexicano asumió, como respuesta inmunológica ante la crisis en materia de seguridad pública y de justicia penal, el transformar, como un primer acto, el sistema respectivo con la reforma de 2008, introduciendo en la cultura jurídica nacional al sistema penal acusatorio.

Después, el gobierno federal, siguiendo el talante y la cultura política del partido político que le identifica, y con base a la cual gobernó casi todo el siglo XX, a partir del año 2012, en el que retomó la administración pública federal, comenzó a generar una centralización de los cuerpos normativos, al igual que en la esfera de otras áreas de la vida pública nacional, y con ese motivo comenzó a expedir normas generales de aplicación obligatoria en todo el país, como un evidente mecanismo de control centralizado. Ello dio origen, entre otros instrumentos jurídicos, al CNPP<sup>106</sup>.

En la opinión de diversos expertos el CNPP es una herramienta necesaria para armonizar y culminar la implementación del sistema penal acusatorio en México<sup>107</sup> y, para otros, es un instrumento carente de congruencia estructural y sistematización, distante de los objetivos planteados en la reforma de 2008<sup>108</sup>.

Así tenemos que Moisés Moreno insiste en señalar que, debido a la presencia de diferentes actores, con visiones e intereses también diversos, se generaron corrientes de

---

<sup>105</sup> Sánchez González, Mónica Elivier, “Contradicción y conflicto en la definición de la sociedad moderna”, en *Metapolítica*, México, BUAP, año 19, núm. 91, octubre-diciembre 2015, p. 71.

<sup>106</sup> Aprobado por el cuerpo legislativo el 5 de febrero de 2014 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014, que necesariamente entrará en vigor en todo el territorio nacional el 18 de junio de 2016.

<sup>107</sup> Entre ellos Gómez-Colomer, Juan Luis, *Op. Cit.*, nota 94, p. 13.

<sup>108</sup> Moreno Hernández, Moisés, *Op. Cit.*, nota 82, pp. 69 y 74.

opinión variopintas que a su vez propiciaron que la actividad del poder legislativo no resultara fácil y además no se concretaron acuerdos respecto a los temas clave de la reforma, incluyendo el mismo modelo procesal a seguir, sus orientaciones, su congruencia y su funcionalidad. También, apuntó que “...durante el proceso legislativo, no siempre se coincidió en la idea de considerar la realidad socio-cultural, política, económica y jurídica de la nación mexicana, para que la reforma fuese efectivamente una respuesta a sus necesidades y las expectativas de la nación mexicana...” lo cual estima que no sólo es restrictivo de la actividad legislativa sino también de la judicial, pues también encontramos resoluciones jurisdiccionales que más bien parecen corresponder a otras realidades<sup>109</sup>. Esto último se ha reproducido paradójica y exponencialmente en los ámbitos judiciales desde la reforma al artículo 1º. Constitucional del año 2011, con la incorporación –y el desconocimiento a cabalidad– de los contenidos y mecanismos de aplicación exacta, de los principios que comprenden el control difuso de la convencionalidad y de constitucionalidad, de interpretación conforme, el pro persona y la progresividad de los derechos humanos, entre otros, lo que ha generado una situación en la que los juzgadores irracionalmente resuelven según su leal saber, entender o creer los asuntos de su competencia y no bajo las reglas de la sana crítica que les son constitucionalmente obligatorias.

Por otro lado, no debe olvidarse que el llamado sistema penal en México, al igual que en el resto del continente, tiene la función de control, de poder disciplinario de los sectores sociales a los cuales va dirigido –en la mayoría de las ocasiones las clases sociales carenciadas y los personajes o grupos identificados como disidentes–, y encuentra su aparato de propaganda y difusión en los medios masivos de comunicación, lo que le permite introducir o internalizar en la población, desde las primeras etapas de la vida, la atribución de falsos o ilusorios valores de protección del sistema hacia sus personas<sup>110</sup>.

Así pues, quienes ejercen el poder dentro de la sociedad construyen la realidad a través de los medios de comunicación, utilizando entre otros instrumentos o estrategias, a los aparatos normativos, en el caso el sistema penal.

---

<sup>109</sup> Moreno Hernández, Moisés, *Op. Cit.*, nota 82, p. 66.

<sup>110</sup> Al respecto se puede seguir a Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. Cit.*, nota 11, pp. 63 y 64.

En el tema que nos ocupa, como ya lo había señalado anteriormente, el sistema penal acusatorio se promovió desde sus inicios como una panacea<sup>111</sup> al estado de las cosas en el país, como la gran estrategia para acabar con la impunidad delictiva, la violencia generalizada, la inseguridad pública y cuya principal bandera lo constituye el juicio oral<sup>112</sup> arguyendo que son menos costosos, más rápidos, más transparentes –lo que también permitiría combatir la corrupción– y al ser más democráticos posibilitarían una mejor aplicación y cumplimiento de los principios, derechos y garantías procesales. Este discurso es engañoso y encierra verdades a medias, que, desde la óptica del otro lado, se puede afirmar que enclaustra falsedades a medias.

Por otro lado, debe señalarse que, con la adopción del modelo acusatorio en México se evocan en los discursos político y académico modelos de proceso penal de otras latitudes atribuyéndoles cualidades no verificadas. En teoría, y sólo desde esa posición, suponemos que los países del sistema continental europeo cuentan con sistemas procesales penales más adecuados para combatir la criminalidad y garantizar la realización justa del Derecho Penal material. No obstante, tenemos la referencia por Moreno Hernández<sup>113</sup> que en países como Alemania, Italia y España se han volcado a implementar el sistema acusatorio por las crisis existentes en sus procedimientos penales atribuibles a la existencia de procesos muy voluminosos, y por la gran aglomeración y dilatada duración de los mismos, poniendo en entredicho su eficacia. Que esto se presenta así, por la limitada capacidad del sistema de justicia penal para resolver los asuntos de su competencia, ello por ser altamente “formal” y porque se exige la “veracidad” por sobre la “efectividad” y la “rapidez”.

---

<sup>111</sup> García Ramírez señala que “No basta traer modelos foráneos para establecer, como arte de magia el “paraíso perdido”, si hubo semejante paraíso, ni es legítimo izar banderas providenciales –así, la proclamación de una panacea: el juicio oral, que se halla poblado de bondades; ya constaban en el texto constitucional precedente –que prometen o sugieren la derrota de la impunidad y la corrupción, más el restablecimiento de la seguridad pública. Nada de esto puede ser efecto, ni remotamente, de la oralidad de los juicios orales”. García Ramírez, Sergio, *Op. Cit.*, nota 35, Prólogo XIX.

<sup>112</sup> Aunque como ya señale con anterioridad, lo mismo se había hecho en Chihuahua como una estrategia de combate simbólico a la criminalidad ante la incapacidad del Estado para atender la problemática de los homicidios seriales de mujeres.

<sup>113</sup> Moreno Hernández, Moisés, *Op. Cit.*, nota 82, p. 57.

## 6.2. ¿La justicia penal mexicana es más rápida con el sistema penal acusatorio?

Como puede advertirse, no se ha comunicado todo lo que en realidad encierra este nuevo concepto. Los llamados juicios orales no son menos costosos, pues el desarrollo de las audiencias implica una serie de gastos y costos que anteriormente no se requerían, como son el mantenimiento de las salas de audiencia en óptimas condiciones para su desahogo, su equipamiento, su nueva infraestructura arquitectónica, la presencia de diversos servidores públicos indispensables para que pueda realizarse materialmente la audiencia, la de personal de seguridad en cada una de ellas, la necesaria movilidad que deben tener los jueces en las distintas sedes a las que son asignados para atender las audiencias, y que ello implica dotarles de equipamiento básico como vehículos y aparatos de radiocomunicación o telefonía para sus traslados y comunicación, la transcripción de audiencias<sup>114</sup> que requiere literalmente de un ejército de secretarios u oficiales judiciales dedicados a ello, la implementación del equipo de gestión administrativa, entre otros nuevos y muchos gastos y costos.

De la información obtenida en el Poder Judicial del Estado de Guanajuato, el costo promedio por causa ingresada alcanza a ser de \$18,311.00 y el costo promedio por audiencia desahogada es de \$6,238.00. También habrá que considerar que se ha llegado a reportar causas penales con un diferimiento de audiencias de hasta un 52%, sobre todo en las audiencias intermedias que, como se señaló, es el promedio más elevado de hasta un 52% y del 22% en las de formulación de imputación, lo que incrementa el costo real de cada causa<sup>115</sup>. Habría que considerar el mecanismo del cobro de costas a la parte que injustificadamente o reiteradamente difiera las audiencias.

¿En realidad dura poco un juicio oral? La respuesta no es afirmativa ni única, puesto que lo que se conoce como audiencia de juicio oral puede durar días o semanas, dependiendo de la naturaleza o tipo de delito, la complejidad que planteen las partes según sus estrategias para la presentación de alegatos y desahogo de medios de prueba, etcétera. Pero simplemente

---

<sup>114</sup> El artículo 67 del CNPP tras su párrafo segundo prevé en nueve fracciones los autos y resoluciones que deben constar por escrito.

<sup>115</sup> Información obtenida en la página <https://infogram.com/lpe25wrwkq92z7tym216mw1m5pnilw5d220w>

para cumplir con los términos y plazos previstos en el CNPP, y poder arribar apenas a la audiencia de juicio oral desde la solicitud de la formulación de imputación se requieren no menos de 93 días, es decir, de 19 semanas.

Esto es así puesto que la audiencia inicial, en su etapa preliminar puede durar hasta 48 horas, o inclusive hasta 144 horas, si hay solicitud de ampliación de plazo constitucional, (arts. 16 párrafo décimo y 19 de la CPEUM<sup>116</sup>, y 313 párrafo cuarto CNPP<sup>117</sup>); en la etapa

---

<sup>116</sup> CPEUM: Artículo 16. Nadie puede ser molestado [...]. 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. [...]. Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso. El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad. Todo [...].

<sup>117</sup> CNPP: Artículo 313. Oportunidad para resolver la solicitud de vinculación a proceso. Después de que el imputado [...]. La audiencia de vinculación a proceso deberá celebrarse, según sea el caso, dentro de las setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas siguientes a que el imputado detenido fue puesto a su disposición o que el imputado compareció a la audiencia de formulación de la imputación. [...].



complementaria puede durar de 2 a 6 meses la investigación complementaria (art. 321 CNPP<sup>118</sup>) más 15 días para la acusación (art. 324 CNPP<sup>119</sup>).

La etapa intermedia requiere en su etapa escrita de un día para notificar la acusación a las partes (art. 336 CNPP); el Ministerio Público debe realizar el descubrimiento probatorio en favor de la defensa en un plazo de 5 días (art. 337 CNPP); la coadyuvancia en la acusación tiene distintos plazos y términos (art. 338): Dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la acusación la víctima u ofendido, por escrito, pueden, entre otras posibilidades, ofrecer medios de prueba; si lo hace, el Ministerio Público debe notificar al acusado y su defensor dentro de las 24 horas de recibir el ofrecimiento de medios de prueba; el defensor y el imputado pueden comparecer en un plazo no mayor de 48 horas al día siguiente de la notificación; 3 días a la defensa para que sus peritos accedan al material que integra la carpeta de investigación; dentro de los siguientes 10 días a la solicitud de la coadyuvancia, la parte respectiva hará el descubrimiento de los medios de prueba que pretende llevar a juicio y hacer peticiones (art. 340 CNPP); el diferimiento de la audiencia intermedia por solicitud de la defensa hasta por 10 días (art. 341 CNPP).

En la audiencia intermedia en su fase oral, el juez de control cita a la audiencia respectiva, la que debe celebrarse en un plazo no menor a 10 días ni superior a 20 (art. 341 CNPP); hasta 30 días de suspensión del proceso para el tema de los acuerdos reparatorios (art. 188 CNPP).

---

<sup>118</sup> CNPP: **Artículo 321. Plazo para la investigación complementaria.** El Juez de control, antes de finalizar la audiencia inicial determinará previa propuesta de las partes el plazo para el cierre de la investigación complementaria. El Ministerio Público deberá concluir la investigación complementaria dentro del plazo señalado por el Juez de control, mismo que no podrá ser mayor a dos meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda los dos años de prisión, ni de seis meses si la pena máxima excediera ese tiempo o podrá agotar dicha investigación antes de su vencimiento. Transcurrido el plazo para el cierre de la investigación, ésta se dará por cerrada, salvo que el Ministerio Público, la víctima u ofendido o el imputado hayan solicitado justificadamente prórroga del mismo antes de finalizar el plazo, observándose los límites máximos que establece el presente artículo. En caso de que el Ministerio Público considere cerrar anticipadamente la investigación, informará a la víctima u ofendido o al imputado para que, en su caso, manifiesten lo conducente.

<sup>119</sup> CNPP: **Artículo 324. Consecuencias de la conclusión del plazo de la investigación complementaria.** Una vez cerrada la investigación complementaria, el Ministerio Público dentro de los quince días siguientes deberá: I. Solicitar el sobreseimiento parcial o total; II. Solicitar la suspensión del proceso, o III. Formular acusación.

En la etapa de juicio, específicamente en el auto de apertura del mismo, se establece la fecha para el inicio de la audiencia de juicio oral, la que deberá tener lugar no antes de 20 días ni después de 60.

A ello habrá que sumar el tiempo que pueda emplearse en caso de que se interpongan medios de impugnación, y que en ese sentido se puede señalar que es una práctica muy extendida, en ocasiones injustificada, por los litigantes, dígame defensores y ministerio público.

Otra dificultad que puede retrasar el avance del juicio es la posibilidad de contar, o no, con la cantidad suficiente de juzgadores, pues cuando se celebran los juicios orales, a los integrantes del Tribunal de Enjuiciamiento se les sustraen del resto de actividades como jueces de control, en tanto no se resuelva el asunto en el fondo, y las audiencias pueden llegar a celebrarse en semanas. La consecuencia es la postergación de las que requieren control judicial.

Como se advierte, el juicio oral no es tan rápido como se publicita. Una de las ideas centrales sobre las cuales gira la justificación de adoptar el modelo acusatorio en México es precisamente para que se imparta justicia con prontitud. Paralelamente podemos preguntarnos: ¿qué ocurre cuando no hay celeridad en la administración de justicia? Aparte de la impunidad, encontramos prisiones con sobrepoblación en espera de que les sea resuelta su situación jurídica provisional o definitiva.

Elías Carranza ha descrito el tema de la sobrepoblación penitenciaria<sup>120</sup> en América Latina y el Caribe de manera pormenorizada<sup>121</sup>. Señala que el fenómeno del preso sin condena sigue siendo endémico en la región. Sostiene que los países de sistema procesal

---

<sup>120</sup> Por sobrepoblación penitenciaria entendemos, de acuerdo con Elías Carranza, "el exceso de personas privadas de libertad por sobre la capacidad de alojamiento oficialmente prevista" y se mide esa sobrepoblación por medio de la densidad carcelaria por cien plazas (el número de personas privadas de libertad, dividido por el número de plazas previstas, por cien).

<sup>121</sup> Véase Carranza, Elías, "Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe" en *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Elías Carranza (Coord.), México, Siglo XXI, ILANUD, 2001.

anglosajón tienen menos porcentajes de presos sin condena que los países que heredaron el sistema continental europeo. En su primer análisis, que abarca veinte años, de 1978 a 1999, determina que en México el porcentaje de presos sin condena es de un 42%. Ese mismo porcentaje fue referido al tomarse datos para dar a conocer el panorama del sistema de justicia penal inquisitivo mixto en el país para dar paso a la reforma constitucional de 2008, entre otros por Carbonell<sup>122</sup> quien señala que el 40% de los presos no ha recibido una sentencia condenatoria que los declare culpables. Zepeda Lecuona<sup>123</sup> establece que, en septiembre de 2013, el 43% del total de los internos en centros penitenciarios estaba sin sentencia, *se presumían inocentes ante la Constitución, pero dormían en prisión*, y se había demostrado que el 40% de las personas sujetas a prisión preventiva podrían estar en libertad hasta el momento de su juicio sin que existiera un riesgo de que se fugaran o de que representaran riesgo alguno para la sociedad. Al examinar la cantidad de población penitenciaria en prisión preventiva por delitos del fuero común, en el periodo comprendido entre el año 2006 al 2015, establece que a nivel nacional se ha presentado un leve descenso del 44.46% al 40.36%, atribuyendo ello a las bondades de aplicar los mecanismos alternos de solución de controversias.

Aunque en apariencia desde la CPEUM se ha limitado el uso de la prisión preventiva<sup>124</sup> como mecanismo de contención de la población etiquetada como socialmente riesgosa<sup>125</sup>, en realidad la normatividad misma nos indica que ello no es cierto<sup>126</sup> y de facto existe la posibilidad de seguirla empleando con ese fin, pretendiendo justificar su procedencia

---

<sup>122</sup> Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en México*, México, Porrúa, RENACE, UNAM, 2010, p. 20.

<sup>123</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo, "La operación del Nuevo Sistema de Justicia Penal en México: lo que dicen las evidencias" en Miguel Carbonell (coord.), *La nueva justicia penal*, México, Centro de Estudios Carbonell, 2016, pp. 46 a 52.

<sup>124</sup> El párrafo segundo del artículo 19 constitucional establece los casos en los cuales el Ministerio Público puede solicitar al Juez de Control la prisión preventiva y cuando éste último ordenará su imposición de manera oficiosa. Estas disposiciones encuentran su consonancia en los artículos 165 y 167 del CNPP.

<sup>125</sup> Por poner en riesgo el desarrollo de la investigación, o la seguridad de las víctimas, los testigos o la comunidad según el propio artículo 19 CPEUM y los diversos 168, 169 y 170 CNPP.

<sup>126</sup> Se afirma ello pues la propia CPEUM en el artículo 18 admite que la prisión preventiva es procedente en los casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad, lo que también se repite en el artículo 165 del CNPP. En el artículo 167 del CNPP se establecen todos los delitos por los cuales expresamente se tiene que fijar prisión preventiva oficiosa a los procesados. Si consideramos que el listado de delitos calificados como graves, y aquellos cuya pena en su término medio aritmético supera los cinco años, encontraremos que son la gran mayoría en las legislaciones federal y de las entidades federativas, y a ello debemos sumar la tendencia legislativa de ir incrementando la punibilidad de manera asistemática, entonces debemos concluir que la prisión preventiva forzosa se puede aplicar prácticamente en todos los asuntos que se llegan a judicializar.

bajo un régimen de excepcionalidad con el discurso justificativo de equilibrar los derechos del imputado y la defensa social, aunque ello sea contrario a preceptos tutelares de derechos humanos como lo son los artículos 1, 2 y 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 26 y 27 de la Convención de Viena<sup>127</sup>.

Por cuanto hace a la transparencia y democratización de la justicia con la implantación de los juicios orales tenemos que hacer algunas reflexiones.

He destacado que el sistema penal, y quienes detentan su poder, manejan como una de sus herramientas principales, a los medios de comunicación para construir la verdad que pretenden establecer. Además, compartiendo la opinión de Zaffaroni<sup>128</sup>, ha de señalarse que la criminología actual describe *la operatividad real de los sistemas penales en términos que nada tienen que ver con la forma en que los discursos jurídico penales presuponen que operan*, lo cual es atribuible a que *la programación normativa se basa sobre una "realidad" que no existe y el conjunto de agencias que debiera llevar a cabo esa programación opera en forma completamente diferente*.

En cuanto a las perspectivas declaradas y atribuidas a la reforma procesal penal, se ha señalado que los juicios orales acabarán con los vicios del sistema previo, que posibilitaban la reproducción de la criminalidad, así como la impunidad y la inseguridad pública. Dicho enunciado encierra una falacia de generalización inadecuada, pues con él se pretende trasladar a una verdad universal e incuestionable (la realización justa del Derecho penal material, la paz y tranquilidad sociales) determinadas conclusiones (el abatimiento de la criminalidad, la inseguridad pública y la impunidad) que se generan a partir de un contexto concreto (la implementación de un nuevo sistema de justicia penal cuyos resultados no se han probado).

---

<sup>127</sup> Rodríguez Onofre, Karen Marisol, "Prisión preventiva. La inconstitucionalidad del segundo párrafo, del artículo 19 constitucional" en *Temas actuales de Derecho Constitucional*, Pérez Alonso, Eduardo y Olguín Torres, Antonio (coords), México, Universidad de Guanajuato, 2016, Pp. 454 y 458.

<sup>128</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, segunda edición, Bogotá, Colombia, Temis, 1990, pp. 3 y 4

Esta postura puede ser explicada en términos de Luhmann<sup>129</sup> cuando refiere que” el *Derecho procesa de una manera que ningún otro sistema puede hacer, las expectativas normativas capaces de mantenerse a sí mismas en situaciones de conflicto*”.

El mismo autor refiere que el Derecho no puede garantizar que las expectativas no habrán de ser defraudadas. Pero, lo que sí se puede garantizar, es que se mantengan como expectativas y que todo ello pueda saberse y comunicarse con anticipación. Esto debe entenderse así, y no de otra manera, ya que solo el Derecho puede determinar qué es legal y qué es ilegal, y además es un sistema cerrado y absolutamente autónomo a nivel de sus operaciones y de las consecuencias que tiene para las subsiguientes operaciones del sistema<sup>130</sup>.

Muñoz Conde comparte la postura de Luhmann y advierte *que la regulación de la convivencia social supone un proceso de comunicación e interacción entre los miembros de una comunidad que se consume a través de una relación estructural llamada expectativa*<sup>131</sup>. Por lo tanto, la convivencia se regula a través de un sistema de expectativas derivado de la norma o de un conjunto de normas. Empero, al no cumplirse la norma, y consecuentemente ser frustrada la expectativa, surge el problema de cómo solucionarla, o en el caso de que sean inevitables esas frustraciones entonces, de cómo deben ser canalizadas para asegurar la convivencia. Luego entonces, la solución se efectúa a través de la sanción, es decir, con la declaración de que se ha frustrado la expectativa y la reacción frente a ella. De esta manera se demuestra su carácter contra fáctico pues su vigencia no se modifica por ser incumplida, sino que su incumplimiento y ulterior sanción confirman su necesidad y vigencia.

En base a tales argumentos es que afirmo, sin demeritar su necesidad e importancia, que la reforma, y el CNPP, están soportados argumentativamente en una falacia de generalización inadecuada, y no ha sido comunicada en su total extensión a la población los alcances y posibilidades que material y jurídicamente puede tener.

---

<sup>129</sup> Luhmann, Niklas, *Op. Cit.*, nota 103, pp. 73 y 74.

<sup>130</sup> Ídem.

<sup>131</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social*, Jerez, España, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 22 y 23.



En realidad, esto no debe ser tan sorprendente ni novedoso, pues en el fondo el nuevo paradigma consistente en solucionar el conflicto penal en vez de prisionar para después juzgar, y una vez juzgado, mantener al delincuente en prisión, es en cierta medida lo que enmarca la esencia de la reforma. Lo inaudito es que, después de todo el tiempo transcurrido, no se haya presentado a la sociedad el abanico de alcances y alternativas que contiene el sistema; que no se han logrado implementar, con seriedad, y en otras ni siquiera en su diseño, muchas de las instituciones y estrategias que van aparejadas a los juicios orales dentro del llamado sistema penal acusatorio; y que se continúe con las mismas prácticas forales, aunque con normas procedimentales nuevas o diferentes, todo ello como una muestra más que el Derecho (Procesal Penal) vigente establece las expectativas y su incumplimiento no las modifica, con lo cual se mantiene el sistema.

Por lo que se refiere a la parte declarativa, es decir, la de comunicación, se señala que “...los juicios orales habrán de resolver la problemática del sistema de justicia penal...”, entonces, el sistema de justicia penal se está ocupando de la ejecución de su auto reproducción y dirige a uno de sus sectores, el judicial, su eficacia y confirma la falacia anteriormente referida.

Esto es así, pues a pesar de que en todo momento se ha hecho creer que los juicios orales resolverían los graves problemas que tiene el sistema de justicia penal, lo cual es una de las banderas de la reforma de 2008, en el Dictamen del Senado que dio origen al CNPP se establece al juicio oral como un instrumento procesal de *ultima ratio*, que solamente se aplicará para el 5 o el 10 por ciento de los asuntos que se lleguen a judicializar; también se ha referido que es para los asuntos más importantes o graves, dejando la solución de los restantes a los mecanismos que eviten que se llegue a esa instancia o que coadyuven a despresurizar los sistemas judiciales mediante las salidas alternas o negociadas, las formas abreviadas o los criterios de oportunidad. Entonces, los juicios orales no tienen los alcances ni los fines que en el discurso político criminal se les quiere atribuir.

Cuando se refirió el tema de la impunidad<sup>132</sup>, detallé que para 2014, última medición, el 92.8% de los delitos no se denuncian en el país, llegando a ser en una época inclusive hasta del 98.76%. Entonces, si no hay denuncia de hechos, no se podrán realizar las siguientes etapas del procedimiento de investigación del delito. Hasta aquí, solamente uno de cada cien delitos que se cometen en México llega a ser conocido por la autoridad correspondiente.

En el sistema inquisitivo mixto, en el cual el Ministerio Público era autoridad absoluta, que tenía todos los elementos para investigar los delitos a plenitud, sin estar bajo la supervisión judicial ni con la necesidad material de apertura de la averiguación previa para la defensa o el imputado, el porcentaje de atención de los asuntos que se ventilaban en los circuitos ministeriales solamente era del 36.05%, es decir, que solamente una de cada tres investigaciones era concluida, de acuerdo a lo que investigó Zepeda Lecuona<sup>133</sup>. Esto no quiere decir que se judicializaran, sino que tenían tres salidas reales: a) incompetencia, b) archivo definitivo o, c) consignaciones (ejercicio de la acción penal), ante tribunales. Estas últimas que integraban un porcentaje de 11.4%, es decir una tercera parte. De ellas el 5% fue sin detenido; el 3.1% fueron presentados y el 3.3 % con persona detenida, es decir, con persona capturada en flagrancia. En suma, puede señalarse que solamente un poco más del 11% de los asuntos tramitados ante el Ministerio Público, llegaron al conocimiento de un órgano jurisdiccional.

Con tales cifras podemos concluir que el poder selectivo criminalizador que realizan los jueces dentro del sistema penal es más aparente que real, con una capacidad selectiva muy secundaria<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Supra Pp. 61 a 63.

<sup>133</sup> Zepeda Lecuona realizó el análisis más completo y científico del comportamiento de las instancias de procuración y Administración de justicia a finales del siglo XX en México, teniendo los resultados respectivos en su obra Crimen sin castigo. El análisis respectivo se detalla en Zepeda Lecuona, *Op. Cit.*, nota 37, pp. 155 a 283.

<sup>134</sup> Zaffaroni señala que “el verdadero o principal ejercicio del poder del sistema penal, se apunala con el pequeñísimo número de personas que son seleccionadas y criminalizadas por el sistema penal formal latinoamericano, que es el que pasa por las instancias jurisdiccionales y carcelarias”, aunque quienes conservan el control selectivo primario, además de reproductor de la violencia son las agencias policiales. Además, que “dada la altísima selectividad del sistema penal latinoamericano, el número de delitos criminalizados es casi despreciable por ínfimo respecto de la totalidad incalculable de delitos que se cometen...”. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. Cit.*, nota 11, p. 64.

En un comparativo de "efectividad de la investigación criminal" entre ambos sistemas, el inquisitivo mixto y el acusatorio, empleando información del Censo Nacional de Procuración de Justicia Estatal del INEGI 2014, Zepeda Lecuona establece que a nivel nacional hay una efectividad de carpetas de investigación del 22.39%, mientras que la efectividad en averiguaciones previas en el mismo periodo fue del 16.00%<sup>135</sup>. La información se presenta respecto de los Estados en los cuales ya se había implementado, total o parcialmente, el sistema acusatorio. Es necesario interpretar y poner en contexto estos datos.

No debemos entender el concepto "efectividad de la investigación criminal" como cualquier actuación ante un juez de control, sin continuar con los procedimientos correspondientes hasta resolver el conflicto penal. Así tenemos por ejemplo, el caso consistente en que el Ministerio Público acude ante el órgano judicial de control a solicitar fecha y hora para llevar a cabo una formulación de imputación, con lo cual se estima en los circuitos ministeriales como judicialización, y como salida de los asuntos de su cartera; pero una vez acordada la fecha de la audiencia, puede decidir que no se lleve a cabo para plantear un mecanismo alternativo de solución de controversias o simplemente decide no formular imputación y, entonces, el asunto estadísticamente continua apareciendo en el terreno del Poder Judicial cuando en realidad no se ha producido ninguna actuación jurídica.

Por otro lado, no explica el alcance de efectividad de la investigación, pues en la primera etapa del procedimiento, la de investigación, que comprende la inicial y la complementaria, y que va desde la presentación de la denuncia, querrela o equivalente, pueden desahogarse múltiples audiencias, con fines diversos, y esta etapa no termina hasta que se" haya cerrado la investigación<sup>136</sup>", lo cual ocurre en tres vías posibles: a) por

<sup>135</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo R., "La operación del...", *Op. Cit.*, nota 123, p. 36.

<sup>136</sup> Artículo 211 CNPP. De suyo, esta idea es plenamente cuestionable pues la investigación en realidad ni inicia siempre como se señala en este código, y, en esencia, tampoco ahí termina. No se puede señalar el inicio de una investigación, pues ello dejaría fuera los actos de investigación previos a la denuncia, querrela o equivalente, como es el caso de las investigaciones encubiertas de los agentes policiacos por determinados delitos. En el texto del CNPP se establece que, la investigación inicial, culmina cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación. Si no se le vincula a proceso, entonces el Ministerio Público puede seguir investigando y puede llegar a otras diversas determinaciones, entonces esta idea también resulta incompleta. Tampoco explica las posibilidades del sobreseimiento o de la suspensión condicional del proceso. En realidad, la investigación no termina en donde lo prescribe el CNPP. Así, al respecto, se tiene la posibilidad de que el coadyuvante ofrezca medios de prueba para complementar la acusación del fiscal tres días después de

sobreseimiento, total o parcial; b) por suspensión del proceso, y; c) con la formulación de la acusación<sup>137</sup>, y ,al menos con la segunda y tercera posibilidades, no se ha cumplido con el objeto del proceso.

### **6.3. Análisis de la efectividad de la investigación en el sistema penal acusatorio a partir de 2008**

En base a los datos con los que se cuentan a la fecha es que procedo a hacer un somero análisis acerca de la efectividad que ha manifestado el sistema de investigación de delitos en el país, y en lo particular en el Estado de Guanajuato, para que las cifras en blanco y negro no queden como una mera fotografía, sino como una radiografía que refleje la situación real que ha dejado la actividad de las agencias responsables del esclarecimiento de los delitos, el Ministerio Público, independientemente de su variante de Fiscalía General o Procuraduría General de Justicia en el sistema penal acusatorio. Debo señalar que las fuentes son pocas, debido a lo escaso que ha sido la vigencia del sistema, los problemas de documentación de información que se ha venido mostrando y la renuencia a la evaluación que existe en estas instancias de poder estatal.

En el Índice global de impunidad México IGI-MEX 2016<sup>138</sup>, presentado en febrero de 2016, con resultados obtenidos del año 2013, en lo que denominan "cadena impune y prisma de impunidad" con el que miden e identifican el camino desde que se inicia una carpeta de investigación hasta que se pronuncia una sentencia de condena presentan que ese año a nivel nacional fueron iniciadas 1 millón 679 mil 702 carpetas, que se determinaron 1 millón 254 mil 854, lo que representó un 74% y se inculparon a 850 mil 185 personas, pero que solo lo mitad se judicializaron, es decir, se pusieron a vista de un órgano jurisdiccional para iniciar una causa penal. En total, de los imputados y/o procesados, solo una tercera parte, el 32%, tuvo una sentencia condenatoria. Lo anterior significa que, si el sistema de justicia funcionara adecuadamente, sólo el 4.4% de los delitos originalmente registrados fueron graves y tuvieron un culpable pagando una condena. Que según datos reportados en el ENVIPE 2014, de los delitos denunciados, solamente se inició carpeta de investigación en 62.7% de estos, en 49.9% no sucedió nada pues no se encontró probable imputado o evidencia suficiente para acreditar la comisión del hecho considerado delito por la ley; en el 23.3% se reportó estar en trámite la indagación.

---

la notificación de ésta según, se prevé en la fracción III del artículo 338 del propio CNPP, con lo que literalmente se continúa investigando después de que se había cerrado esa posibilidad.

<sup>137</sup> Artículo 324 y sigs., del CNPP.

<sup>138</sup> Índice global de impunidad México IGI-MEX 2016, *Op. Cit.*, nota 63, Pp. 57 y 58.



En el documento intitulado "Índice estatal de desempeño de las procuradurías y fiscalías"<sup>139</sup>, Zepeda Lecuona examina la capacidad instalada, desempeño, resultados y la percepción acerca de las instancias responsables de investigar los delitos en las distintas entidades federativas en la vigencia del sistema penal acusatorio, obteniendo los siguientes datos que resultan significativos para nuestra investigación. Que, en 2105 se iniciaron 791 mil 826 carpetas de investigación de competencia local (no se consideraron 70 mil investigaciones de delitos federales). De estas cifras, solo el 6.3% se judicializaron, es decir, 50 mil 37 asuntos. Que, del 18.1% de las investigaciones que se determinaron, 3.5% correspondió a salidas alternas y 2.3% a sobreseimientos, al menos una tercera parte correspondió a asuntos resueltos por aplicación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Entonces el cuestionamiento es ¿en dónde tiene y que respuesta ha dado al resto de los asuntos el Ministerio Público? La realidad es que no informa qué solución ha dado al conflicto penal mediante los mecanismos alternativos de solución de problemas o el uso de los criterios de oportunidad.

En el reporte de "Hallazgos 2016, seguimiento y evaluación de la operación del sistema de justicia penal en México", presentado en el año de 2017 con resultados del año previo, se advierte<sup>140</sup> que los asuntos en trámite con el procedimiento del sistema penal acusatorio fueron 82,244 carpetas judicializadas, de ellas 22,727 culminaron en audiencias de control, 14,294 en la audiencia intermedia, 7,538 por otras razones, solamente 5,972 en juicios orales y quedaron en trámite 48,050. Vistos los números señalados, más de la mitad de los asuntos judicializados se mantuvieron en trámite, luego entonces, aparentemente el procedimiento no es tan ágil como se presuponía que iba a ser. No se sabe el seguimiento o cumplimiento que se dio a los asuntos resueltos ante los jueces de control, y el porcentaje de juicios solo corresponde al 7.26%. Faltaría por desagregar el sentido de las sentencias pronunciadas.

Finalmente, por lo que hace a la información nacional, en el "Índice global de impunidad México 2018 IGI - MEX", presentado en el mes de marzo de 2018, se mostró nuevamente la llamada cadena impune y prisma de esta metodología de investigación, con los siguientes resultados: Que se esperaría en un escenario ideal que la cadena impune fuera una cadena (sic) ligeramente escalonada en orden descendiente. Sin embargo, existen grandes diferencias entre los escalones hablan de ineficiencias e inconsistencias que conducen a que

<sup>139</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo, "Índice estatal de desempeño de las procuradurías y fiscalías", Pp. 3 y 18 consultable en [www.impunidadcero.org](http://www.impunidadcero.org)

<sup>140</sup> "Hallazgos 2016, seguimiento y evaluación de la operación del sistema de justicia penal en México", *Op Cit.*, nota 57, p. 94.



sólo un porcentaje mínimo de los delitos cometidos reciban alguna sanción. Se cuenta que en la anualidad se iniciaron 1,532,403 carpetas de investigación, lo que generaron 172,695 causas penales abiertas en primera instancia abiertas y se dictaron 45,769 sentencias condenatorias, es decir el 3%<sup>141</sup>, lo que implica una disminución en todos los rubros en comparación con los años anteriores.

Por lo tanto, no se deben comprometer al juicio oral, ni mucho menos a los jueces, finalidades que materialmente no están en su competencia ni capacidad operativa ni jurídica de atención. Esto es así, pues todo lo que pueden hacer los jueces depende de lo acertado que sea la legislación y lo adecuada y certera que haya sido la investigación, como lo indica Campuzano Caballero<sup>142</sup>.

Como puede irse advirtiendo, el discurso que envuelve a los juicios orales, y al Poder Judicial con cualidades que material, operativa, jurídica y culturalmente no le son atribuibles o ejecutables, no se justifica, empero es un discurso elaborado desde los otros dos poderes, Ejecutivo y Legislativo, pues permite ir perfilando que, si se llega a presentar un posible fracaso, ya se cuenta a quien asignárselo y reprochárselo.

Hay que recordar que en materia de justicia penal se presentaron reformas constitucionales en la última década del siglo XX que, ante su poca eficacia y eficiencia operativa, sobre todo de las instancias dependientes del Poder Ejecutivo, con posterioridad dio pauta a una contrarreforma.

---

<sup>141</sup> "Índice global de impunidad México 2018 IGI - MEX", CESIJ, UDLAP, "Índice global de impunidad México 2018 IGI-MEX, La impunidad subnacional en México y sus dimensiones", Puebla, México, 2018, consultable en [udlap.mx/blog/2018/03/igimex2018](http://udlap.mx/blog/2018/03/igimex2018), Pp. 46 y 47.

<sup>142</sup> Campuzano Caballero, María Claudia, "Los juicios orales, ¿mejora en la justicia?", en Fernando Tenorio Tagle (Coord.). *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal. Ensayos en honor a Massimo Pavarini*. México, INACIPE, 2015, p. 67.

#### **6.4. Reformas constitucionales al sistema de justicia penal en la última década del siglo XX**

Como ha quedado documentado, el año 1993 fue marcado por acontecimientos significativos en relación a la seguridad pública y el combate a la criminalidad, en especial la organizada, según he referido con antelación<sup>143</sup>. En ese contexto, se enmarcó la reforma constitucional de 1993 implementándose las siguientes reformas: 1) Se precisaron los términos de la detención sin orden judicial, lográndose con ello: a) el control judicial respecto de los casos de flagrancia y urgencia y, b) el reconocimiento de la presencia de la delincuencia organizada como un asunto que requería atención inmediata; 2) Se trató de mejorar el llamado caso urgente, con lo cual el Ministerio Público, bajo determinados lineamientos, podía ordenar la detención del probable imputado, en tratándose de delitos graves; 3) Se precisaron los contenidos fundamentales de las categorías del delito que el Ministerio Público debería documentar para lograr una orden de aprehensión, siendo estos los "elementos del tipo penal" y la "probable responsabilidad penal del inculpado"; 4) Se estableció, el derecho del acusado a una defensa adecuada, soportado ello en tres premisas: a) La invalidez de la confesión obtenida sin la presencia del defensor; b) La observancia restringida de algunos derechos y garantías procedimentales del acusado durante la etapa de la averiguación previa; y, c) La prevalecía del derecho de defensa sobre la garantía de precario término; 5) Se implementó una postura más benéfica y equilibrada para que el imputado pudiera gozar de libertad bajo caución: solamente no podría disfrutar de ella en tratándose de delitos graves así calificados por la ley, y; 6) Se creó un apartado especial para unificar los derechos del ofendido y la víctima.

Las reformas de 1993 y 1994 revelaron la ineficacia e ineficiencia de las instituciones de procuración de justicia en el país para perseguir a la criminalidad, y desde entonces, una y otra vez, se han venido planteando argumentos para justificar la tendencia a la laxitud en

---

<sup>143</sup> *Supra* p. 40. Además, el 24 de mayo de ese año, fue asesinado en el estacionamiento del aeropuerto de Guadalajara, el Cardenal Juan Jesús Posadas Ocampo. La versión del gobierno federal consistió en que el purpurado fue abatido en un enfrentamiento entre sicarios del narcotraficante Joaquín Archivaldo Guzmán Loera (a) "El Chapo" y otros pertenecientes al cártel de los Arellano Félix. El 9 de junio de ese año fue capturado por primera ocasión Guzmán Loera en Guatemala.

los requisitos exigidos en materia probatoria dentro de la etapa de investigación. Estas falacias empleadas para flexibilizar la averiguación previa, son:

1. Que era innecesaria la prueba del cuerpo del delito, con lo cual se concedían órdenes de aprehensión sin acreditarlo.
2. El concepto mismo de elementos del tipo penal. Antes de 1993 se daba por acreditado el cuerpo del delito únicamente con los elementos objetivos del tipo penal, excluyéndose los elementos subjetivos y los normativos.
3. La calidad de la prueba en el proceso penal. Se argumentaba que los datos “suficientes” que se requerían para comprobar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad exigidos por la CPEUM eran excesivos.

En 1996 nuevamente se reformaron los artículos 16, 20, 22 y 73 de la CPEUM, destacándose dos modificaciones fundamentales: 1) El combate a la criminalidad organizada y, 2) Delimitar la garantía procesal a la libertad bajo caución, estableciendo una excepción: la segunda parte del primer párrafo de la fracción I del artículo 20, que confiere al juez la facultad para negar dicha libertad en delitos no graves si el inculcado se encuentra en alguna de las siguientes hipótesis: a) cuando haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley, o; b) cuando su libertad, por su conducta precedente o por circunstancias y características del delito cometido, implique un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

A pesar del avance logrado, en 1997, ante la afanosa insistencia del sector de la procuración de justicia, se presentó una iniciativa de reforma que sostenía nuevamente el exceso de requisitos en la carga probatoria sobre los elementos del tipo penal, sin admitirse la ausencia de capacidad desde la selección, formación, preparación de los agentes de investigación y sus agentes auxiliares, la falta de profesionalización, la ineficacia y carencias de dichas instituciones en la investigación de los delitos, que en realidad era lo que generaba la inoperancia del sistema y la subsistencia de la impunidad.

Así, en marzo de 1999, se aprobaron reformas que de suyo representaron un retroceso conceptual en las dogmáticas penal y penal procesal pues se volvió al concepto de cuerpo del

delito como requisito para solicitar y otorgar una orden de aprehensión y/o un auto de formal prisión.

En suma, en el pasado reciente tenemos que las reformas se generan en el plano normativo sin que exista correspondencia en el operativo, en la realidad –como ha ocurrido a lo largo de la historia del México independiente– con escasos logros en el abatimiento de la impunidad y en el control de la delincuencia. Dado que la carencia de resultados se presentaba principalmente en la esfera de la investigación de los delitos y en un ejercicio de la acción penal eficiente, es decir, en dependencias directas del Poder Ejecutivo, es que se presentó poco a poco la contrarreforma, en vez de capacitar, profesionalizar y mejorar las capacidades de respuesta de las entidades encargadas de la procuración de justicia. Previendo esa circunstancia, en esta nueva reforma del siglo XXI, se asigna inmediatamente al Poder Judicial la responsabilidad de su exitosa implementación y ejecución, cuando, como ya fue señalado, esto representa una falacia de comunicación, pero se adelanta un probable fracaso con un responsable definido: el Poder Judicial.

Analizando los factores de saturación, ineficiencia, impunidad y discreción de los institutos encargados de la procuración y la administración de justicia del modelo inquisitivo mixto, Zepeda Lecuona concluye que:

*“El sistema penal mexicano tiene en la procuración de justicia un punto crítico o “cuello de botella”. Al no contar, con otros sistemas, con un filtro previo, las procuradurías deben enfrentar toda la demanda de servicios de la población, desde las consignaciones de hechos (declaraciones en asuntos generalmente no delictivos) hasta los homicidios y secuestros, lo que implica un gran desafío presupuestal y organizacional para el uso eficiente de los escasos recursos con que cuentan”<sup>144</sup>.*

En la actualidad se sigue presentando el mismo punto crítico, con un sistema procesal penal diverso. La diferencia es que ahora existen positivizados los mecanismos alternativos de solución de controversias, los procedimientos abreviados y los criterios de oportunidad que, en teoría, permitirán superar ese punto crítico, o cuello de botella, buscando, además, solucionar el conflicto penal sin tener que tramitar un procedimiento penal ordinario, ni llegar a la audiencia de juicio oral. Me referiré brevemente a dichos mecanismos procedimentales.

---

<sup>144</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo, *Op. Cit.*, nota 37, p. 212.

## **6.5. Mecanismos de solución del conflicto penal diversos al procedimiento penal ordinario.**

Toda jurisdicción tiene, y sigue, diversos principios de actuación, que varían dependiendo del objeto o de la fase del proceso de que se trate. En México, acorde al sistema inquisitivo mixto, se requería invariablemente celebrar un proceso para obtener la materialización del derecho sustantivo en discusión, ello atendiendo al principio de oficialidad o de necesidad.

En el mismo sistema inquisitivo mixto imperaba el principio de legalidad y el titular de la acción penal, el Ministerio Público, no tenía otra vía que ejercerla, pues la ley lo obligaba a hacerlo en el caso concreto. En el sistema acusatorio se privilegia el principio de oportunidad. Este último principio reconoce un criterio libre al titular de la acción penal que le permite decidir si es oportuno, o no, someter la pretensión ante un órgano jurisdiccional.

Ha de advertirse que, este principio de oportunidad debe verse como una posibilidad, no como la esencia que caracteriza al sistema acusatorio. El contar con un catálogo de posibilidades de solución de los conflictos penales por vías diferentes al proceso, consistente en salidas negociadas o formas abreviadas, puede presentarse en cualquier sistema procesal si se busca despresurizarlo, siempre y cuando cumplan con esa función.

En realidad, su implementación obedece al reconocimiento de que el sistema acusatorio y los juicios orales *per se*, son incapaces de procesar, mediante el procedimiento ordinario, todos los asuntos judicializados para ser resueltos en la etapa propia de la audiencia de juicio oral, que es aquella en la cual se concretan los principios, derechos y garantías procesales que le caracterizan y se resuelven las cuestiones esenciales del conflicto penal<sup>145</sup>.

No obstante, hay quienes consideran que no puede considerarse exitoso el modelo porque el porcentaje de asuntos que se resuelvan en juicio oral sea muy bajo y el mayor

---

<sup>145</sup> Esto puede verse con amplitud en Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, T. II, México, Jurídica de las Américas, 2008, pp. 503 y 504.



número culmine por las salidas” alternas” o “negociadas”, pues ello, puede llevar al sistema a su desprestigio y fracaso<sup>146</sup>.

Revisaré brevemente ahora tres de los novedosos mecanismos procedimentales que se presentan en la reforma: a) el procedimiento abreviado, b) los criterios de oportunidad y, c) la suspensión condicional del proceso; figuras que requieren de la necesaria participación del ministerio público o del juez de control. El análisis se reduce a estas tres figuras para comenzar a plantear la discusión acerca de su génesis conceptual, su naturaleza jurídica y los cuestionamientos y prácticas –reales o imaginados– que se han dado a su alrededor, para con ello presentar lo que no se ha exteriorizado ampliamente por los autores de la reforma, de cara a entender los alcances ciertos del sistema penal acusatorio –y que no es necesaria ni cercanamente la panacea anunciada–, y los obstáculos de facto que pueden hacerlos inviables o improcedentes en la realidad, como una más de esas omisiones de comunicación o que no colmen las expectativas de la sociedad sobre el sistema de enjuiciamiento penal. No repararé en detalles sobre los términos, plazos, trámites, requisitos, condiciones, etcétera, de cada figura en sus aspectos procedimentales por no ser el motivo del presente capítulo.

### 6.5.1. El procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado es una forma anticipada de terminación del proceso<sup>147</sup>, que puede adoptarse cuando el imputado reconoce ante el juez de control su participación en el delito y el Ministerio Público ha aportado medios de convicción<sup>148</sup> suficientes.

<sup>146</sup> Al respecto véase Moreno Hernández, Moisés, *Op.cit.*, nota 82, pp. 80 y 81.

<sup>147</sup> El procedimiento abreviado se regula en los artículos 201 al 207 del CNPP.

<sup>148</sup> Los medios de convicción, según el artículo 203 CNPP, son “los datos de prueba que se desprendan de los registros contenidos en la carpeta de investigación”. En el diverso artículo 261 del mismo CNPP, se distingue entre datos de prueba, medios de prueba y pruebas –no incluye medios de convicción–, y en referencia al primero de los señalados define que es “la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado”. Entonces debería interpretarse que es lo mismo dato de prueba y medio de convicción pues no hay distinción entre continente y contenido. En los artículos 201, 203 y 205 CNPP se manejan de manera indistinta según se trata de requisitos de procedencia, de admisibilidad o estándares para valorar la autorización del procedimiento.

Alicia Azzolini<sup>149</sup>, así como Horvitz Lennon y López Masle<sup>150</sup>, refieren que el procedimiento abreviado se contempla en Italia desde 1988 en el Código Procesal Penal, los dos últimos también mencionan al código de Portugal de 1987, como mecanismo de celeridad procesal, buscando la combinación entre eficacia y garantías<sup>151</sup>, prisionalización y solución del conflicto.

Existen autores nacionales que plantean una postura adversa al procedimiento abreviado, como Jesús Zamora Pierce quien abiertamente se opone a esta novel institución procesal<sup>152</sup>, por no atender, según su postura, a los principios que informan al sistema acusatorio, refiriéndose como tales a los de inmediatez, publicidad e igualdad procesal, además porque no reglamenta ni garantiza el pago de la reparación del daño, ni el derecho a la defensa, esto como violación al debido proceso, ni a no autoincriminarse, en perjuicio del imputado, como una violación al principio de presunción de inocencia, como una regresión inquisitiva del valor primordial de la confesión entre otras desventajas.

En recientes fechas, octubre de 2015 y junio de 2016, los magistrados y jueces federales celebraron dos congresos nacionales, de carácter privado, en donde concluyeron con dudas y falta de consensos en muchos temas relevantes acerca del sistema penal acusatorio<sup>153</sup>. En el caso de los procedimientos abreviados, no dejaron claro si podía dictarse, o no, sentencias absolutorias si hay errores de parte de las fiscalías, arguyendo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ordenado en todos los casos valorar pruebas. También se ha argüido que el sentido de la sentencia no debe ser necesariamente de condena, ello porque restringe la función primaria y exclusiva de los órganos judiciales que es sentenciar.

---

<sup>149</sup> Azzolini, Alicia, "Las salidas alternas al juicio en el CNPP", en Moisés Moreno Hernández y Miguel Ontiveros Alonso (Coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, CEPOLCRIM, AMPEC y UBIJUS, 2015, pp. 162 y 163.

<sup>150</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Op. Cit.*, nota 145, pp. 504 y 505.

<sup>151</sup> Binder, citado por Duce y Riego, señala que "...los modelos procesal penales no son sino una síntesis culturalmente condicionada de la dialéctica que se da entre eficiencia y garantía...", Duce J. Mauricio y Riego R., Cristián, *Op. Cit.*, nota 4, p. 29.

<sup>152</sup> Zamora Pierce, Jesús, "Los peligros del procedimiento abreviado", en *El mundo del abogado*, México, diciembre, 2011.

<sup>153</sup> Fuentes, Víctor, "Evidencian dudas en oralidad", publicada en Agencia Reforma, Ciudad de México, 1 de agosto de 2016.

Estos artilugios argumentativos están en el universo de los abogados con formación en un derecho penal continental, enclavados en modelos procesales de corte inquisitivo, puro o mixto, que no han querido entender que los procesos penales, tanto en Europa como en América Latina, han cambiado en su estructura con la incorporación paulatina de elementos compositivos en el proceso, colocándose en las legislaciones un nuevo modelo referencial basado en el consenso y la negociación<sup>154</sup>.

La implementación de este tipo de figuras jurídicas tiene que entenderse en dos planos, uno de carácter social y otro de orden jurídico penal. En el primero de los referidos y, como se ha señalado anteriormente, como consecuencia de la crisis del Estado y del derecho, también han perdido legitimidad las regulaciones amparadas en modelos de autoridad y el concepto de lo público. Por ello, se ha ido imponiendo un gran avance en la solución de conflictos a través de medios alternativos que buscan legitimar elementos de transparencia, igualdad y mayor participación ciudadana.

En el segundo plano, el jurídico, se han innovado<sup>155</sup> procedimientos de intervención autocompositivos y heterocompositivos<sup>156</sup> del conflicto que resulta ser menos costosos, más flexibles e informales como la conciliación, la mediación y el arbitraje. Horvitz y López puntualizan<sup>157</sup> que *"en el plano jurídico penal, la introducción progresiva de fórmulas negociadas al interior del proceso penal respondería al rechazo del modelo intervencionista y expansionista del derecho penal en el doble plano de la legitimidad y la eficacia"*. Sabemos que ante la crisis del derecho penal se han propuesto la descriminalización, la

---

<sup>154</sup> Al respecto véase Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Op. Cit.*, nota 145, p. 503.

<sup>155</sup> Con la reforma de 2008 se positivizaron en el párrafo cuarto del artículo 17 de la CPEUM los mecanismos alternativos de solución de controversias y el 29 de diciembre de 2014 entró en vigor la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, aunque estos ya tenían vigencia en la mayor parte de las Entidades Federativas previamente a la reforma.

<sup>156</sup> Ovalle Favela señala que "La autocomposición no consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, sino por el contrario, en la *renuncia a la propia pretensión o en la sumisión a la de la contraparte*. Y señala que las especies de autocomposición son el desistimiento, el perdón del ofendido, el allanamiento y la transacción. En tanto que en la heterocomposición la solución del conflicto es calificada de imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia." Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, HARLA, 1991, pp. 15 a 23.

<sup>157</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Op. Cit.*, nota 145, p. 504.

desjudicialización de tipos penales, la desprisonalización, la diversificación, la negociación e inclusive, su desaparición, opción última que no tiene futuro más allá del discurso político criminal que le da origen. Entonces, dentro de las instituciones propuestas para generar una contracción procesal en la carga laboral de los tribunales y abreviar el tiempo de duración de los procesos, se inscribe el procedimiento abreviado y es, en los términos de esa lógica, que debe entenderse y ejecutarse, y no pretender ajustar su materialización y práctica con instituciones diversas ya superadas, aunque se les asemeje, como se trata del añejo procedimiento sumario que existía en los códigos de procedimientos penales mexicanos.

Así, el procedimiento abreviado no es un procedimiento ordinario sino un procedimiento no contencioso<sup>158</sup>, no es un juicio<sup>159</sup>, en el que el espacio de debate —el contradictorio—, se reduce al pacto de acogerse a él, que subyace en el acuerdo de voluntades entre las partes.

Se trata de una tramitación en la que se evita que el asunto final sea decidido en el juicio oral, y con ello se prescinde del desahogo de pruebas, considerando que en la etapa de investigación se han obtenido datos de convicción bastantes no solo para corroborar la imputación, sino para sustentar una acusación.

Una vez autorizado el abreviado y admitida la responsabilidad por parte del imputado, la consecuencia es la condena. La única excepción es cuando se haya violentado un derecho absoluto, por ejemplo, la existencia de datos de prueba de origen ilícito como puede ser la transgresión a inviolabilidad de las comunicaciones o del domicilio.

De facto es evidente que hay algunos aspectos de su concepción y regulación que llevan a confusiones. Aunque la pena es la base del acuerdo, el abreviado no es sinónimo de reducción de la misma. Esto es así dado que, por un lado, deben satisfacerse el resto de los

---

<sup>158</sup> Una forma anticipada de terminación del proceso.

<sup>159</sup> Al no ser un juicio, estadísticamente su resultado no debe ser cuantificado con las resoluciones producidas en los juicios orales pues, de ser así, se producirán impresiones e interpretaciones erradas de supuesta efectividad del Ministerio Público, ya que se engrosaría el rubro de sentencias condenatorias.

componentes y lo que interesa al final de la audiencia es que se haya debatido sobre la pena exclusivamente.

En el CNPP, el abreviado se regula con normas poco claras y su tramitación no es un tema sencillo. Baste hacernos los siguientes cuestionamientos, no contemplados en la ley, para advertir lo que he señalado: El abreviado ¿está planteado sólo para emitir sentencias de condena o cabe la absolución? ¿Cuál debe ser el contenido de la acusación que el ministerio público debe exponer al juez de control para que éste pueda emitir una sentencia fundada y motivada? ¿El juez debe prejuzgar para autorizar su trámite? Una vez autorizado el trámite ¿puede desautorizarse? Y si es el caso, ¿por qué razones? ¿Cómo es el régimen de individualización de la pena? La admisión de la participación del imputado en el hecho considerado delito por la ley ¿es volver a concederle a la confesión el valor de prueba plena? Lo que trasladaría nuevamente, retrógradamente, la centralidad del proceso penal de la audiencia de juicio oral a la fase de investigación.

Puede advertirse que las respuestas no son sencillas y los respondientes sostienen posturas antagónicas.

Quienes le favorecen señalan aspectos como los siguientes: Que permite consolidar los principios del consenso y respeto de la autonomía de la voluntad de las partes en la solución del conflicto penal; por otro lado, como el sistema judicial es incapaz de atender y resolver todos los asuntos que las instancias acusadoras le presentan, el abreviado constituye una herramienta significativa para aligerar el colapso generado por la saturación de asuntos que se encuentran, sin trámite ni solución inmediata o próxima, en los circuitos de aquél; que es una estrategia de “defensa social”, que permite sancionar pronto a los culpables de la comisión de delitos y la absolución, en el mismo sentido, de los que sean inocentes, evitando, en consonancia, los efectos corrosivos del trámite prolongado de un proceso ordinario, entre ellos el tiempo que gasta una persona procesada en prisión preventiva en espera de la resolución final de su asunto y el desgaste emocional y económico para su familia y allegados.



Por otro lado, hay autores que se oponen a las salidas negociadas en el ámbito del derecho penal, esto desde perspectivas teóricas o de principios generales. Kala señala que “enfrentar la impunidad, a través del debilitamiento de garantías, no es más que relajar el binomio eficiencia–eficacia del aparato público en detrimento del soberano”<sup>160</sup>.

La mayor parte de los que se oponen, lo hacen desde tales posiciones doctrinarias, sustentando el debilitamiento de los derechos procesales fundamentales del imputado; el retorno de la confesional como reina de las pruebas; porque aligera la punición que se impone al sentenciado; etcétera, pero hay otro aspecto en el cual poco se pronuncian y es significativo presentar. Es un argumento de Langbein, citado por Horvitz Lennon y López Masle<sup>161</sup>, en el cual el primero compara el *plea bargaining* del sistema procesal penal norteamericano con la tortura, estimando que dicha figura procesal penal norteamericana se ajusta a las consideraciones del abreviado.

Así, Langbein señala que en los Estados Unidos se fuerza al acusado contra quien se ha establecido causa probable a confesar su culpabilidad, y agrega:

“Para asegurarnos, nuestros medios son más considerados; no usamos el potro, la bota española ni otros instrumentos de tormento para dañar sus piernas” (...) pero hacemos terriblemente costoso para un acusado reclamar el ejercicio de su derecho a la garantía constitucional del juicio previo. Lo amenazamos con imponerle una sanción sustancialmente más elevada si se protege a sí mismo ejerciendo su derecho y, posteriormente, es declarado culpable. Es esta diferencia en la gravedad de las penas impuestas lo que torna coercitivo al *plea bargaining*...”.

De esta manera, encontramos que el resultado del abreviado no es simplemente una ventaja en la reducción de la pena, sino la implícita amenaza al imputado de quedarse con el acuerdo o sufrir una pena mayor, argumento no sostenido por sus detractores. Al final, lo que debe quedar claro es que este procedimiento está diseñado para la despresurización del sistema judicial, ante su probada incapacidad de atender al 100% todos los casos que se pueden llegar a judicializar por la instancia investigadora y responsable de ejercer la acción penal y, en tanto no se encuentre otra fórmula, no debería ser materia de tantos cuestionamientos lejanos de su entendimiento tanto por los doctrinarios como por los impartidores de justicia, acostumbrados a dictar sentencias en automático sin entender que

<sup>160</sup> Kala, Julio César, *Op. Cit.*, nota 100, p. 155.

<sup>161</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Op. Cit.*, nota 145 pp. 511 y 512.

aplicar la ley en los procedimientos no contenciosos en los que tienen atribuciones, también es cumplir con su función jurisdiccional.

### 6.5.2. Los criterios de oportunidad

Los criterios de oportunidad son un sistema de selectividad implementado en la reforma de 2008 con el cual, el legislador dotó al Ministerio Público de la facultad de dejar de perseguir a los probables responsables de determinados delitos, cuando existan circunstancias tasadas por la ley o libremente apreciadas por los responsables del ejercicio de la acción penal<sup>162</sup>,

Se conocen dos modelos para la aplicación de los criterios de oportunidad: el primero de ellos establece la oportunidad como regla que instaura una discrecionalidad plena y absoluta de parte del Ministerio Público, como lo es el caso del sistema procesal penal de EEUU, y el segundo, contempla a la oportunidad como excepción, y acorde al principio de legalidad, admite una discrecionalidad limitada por parte del Ministerio Público, como en el caso de Alemania.

En términos generales, en los sistemas penales latinoamericanos que han implementado su reforma procesal penal conforme al sistema acusatorio, como es el caso de Chile, el principio de oportunidad es estimado como una facultad procesal que tienen los fiscales del Ministerio Público, para no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, basada en criterios de oportunidad para los casos que tienen asignadas penas menores o aquéllos en los cuales no se haya afectado de manera grave el interés público.

---

<sup>162</sup> Los criterios de oportunidad están regulados en los artículos 256 al 258 del CNPP.

Para algunos sectores académicos o intervinientes en el sistema<sup>163</sup>, la inclusión de los criterios de oportunidad en el párrafo séptimo del artículo 21 de la CPEUM<sup>164</sup> es una cuestión que contraviene los principios que deben regir e informar a un Derecho Penal y Derecho Procesal Penal que concuerden con un Estado social y democrático de derecho, pues le devuelve al Ministerio Público una potestad de decisión de naturaleza judicial, y en ese sentido es una determinación que se entendía superada con la reforma de 2008.

Para otros, partidarios de la postura político criminal en favor de la despresurización judicial, consideran que los criterios de oportunidad constituyen un relevante avance en ese aspecto. En su génesis, regulación e implementación prevalece el criterio y voluntad del Poder Legislativo. A tal efecto, se toma en consideración, y como justificación legitimante, el principio de insignificancia o de “bagatela”, el cual se encuentra íntimamente ligado al de *última ratio* del derecho penal, que en sí encierra un importante bagaje garantista.

Para sostener ello, se conjuga un doble discurso, por un lado, se arguye que no sólo procura una desestimación de conductas delictivas por su baja punibilidad o la supuesta afectación mínima de los bienes jurídicos de víctimas u ofendidos del delito y, por otro, constituye un factor que viene a favorecer en la optimización del sistema de justicia procesal penal al despresurizarlo y generar una mayor racionalización selectiva de las conductas que no se hace necesario perseguir por parte del Ministerio Público en el ejercicio del poder punitivo.

En este aspecto podemos preguntarnos, si la idea es despresurizar no sólo los procesos sino también el sistema de denuncias ante el ente investigador, para evitarle una situación de inoperatividad por la aglomeración de investigaciones a que se ve sometido, con todas sus

---

<sup>163</sup> García Ramírez advierte que la oportunidad pone o quita, a discreción, en los platillos de la balanza que pende de la mano de la justicia... Por otro lado, bajo este principio, que nominalmente sirve a la equidad y por esta vía a la justicia, también pueden consumarse desviaciones lamentables. García Ramírez, Sergio, *Op cit.* nota 35, p. 39. Nader Kuri, señala que “nos adherimos a quienes dudan de las bondades del principio... en mala hora si tales casos y condiciones puedan derivar de la voluntad de la autoridad... el principio de oportunidad linda milimétricamente con la impunidad y la corrupción...” Nader Kuri, Jorge, “El principio de oportunidad”, en *Sistema Penal*, México, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, UBIJUS, número 4, octubre-diciembre 2008, 2009, p. 66.

<sup>164</sup> CPEUM: Artículo 21 párrafo séptimo

deficiencias estructurales y técnicas a las que igualmente se ve expuesto y, consecuentemente con escasos resultados eficientes en el cumplimiento de sus atribuciones, si en todo caso el propio Poder Legislativo mejor debiere despenalizar las conductas que estime se inscriben en las leyes con esa calidad de poca importancia.

Resulta demasiado ingenua, o perversa, esta idea, con disertación argumentativa de progresista, consistente en dotar al Ministerio Público de esta facultad y considerar que, en todos los casos procedentes, los integrantes de dicha institución que tengan a su cargo la investigación funcional de los hechos delictivos actuarán ajustándose plenamente a los principios de objetividad y buena fe y que solamente aplicarán los criterios de oportunidad en los casos que no representen una grave alarma social.

Es más real la interpretación utilitaria, que sostiene la naturaleza antidemocrática y regresiva de estos criterios, que nuevamente otorgan al Ministerio Público extensas facultades para decidir sobre el ejercicio, o no ejercicio, de la acción penal, en los supuestos que se han inscrito legalmente para su procedencia, desplazando con ello las funciones de los órganos jurisdiccionales y contraviniendo con esto el principio de legalidad procesal. Baste realizar la operación numérica respecto al número de asuntos que se inician materialmente en sede ministerial, contra los que se judicializan y en los que se emplea algún mecanismo alternativo de solución de controversias y tomar en cuenta los asuntos en que no es procedente el uso de los criterios de oportunidad porque la naturaleza del hecho no lo permite, por ejemplo, los casos que llevan aparejada prisión preventiva oficiosa, y podremos concluir rápidamente que en la realidad se viene abusando de su utilización en el Ministerio Público en demérito de las víctimas y ofendidos de los delitos.

Aunque no se puede soslayar la imposibilidad fáctica que tiene el Ministerio Público para investigar y perseguir todos los hechos de los que tiene noticia y que por ello ingresan a su sistema, y que, además, se requiere implementar mecanismos de selección y actuación que permitan un mejor funcionamiento del sistema, lo cierto es que no se puede dejar al libre y total albedrío del Ministerio Público disponer absolutamente de la acción penal, pues se cuenta con una amplia experiencia de arbitrariedad y abuso de parte de esta institución en el

manejo de sus asuntos al ser manipulados de manera caótica, informal e irracional, a pesar de contar con normatividad al respecto, pues esta resulta muy cómoda para el uso de los operadores del sistema ministerial.

### **6.5.3. La suspensión condicional del proceso**

La suspensión condicional del proceso es el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o a varias de las condiciones que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que, en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal.<sup>165</sup>

Legislativamente se ha contemplado una autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso. Esta autoridad tiene que dar puntual seguimiento al cumplimiento que el imputado, a quien se ha suspendido el trámite ordinario de la causa que debía instruirse en su contra, de a las condiciones impuestas y el plan reparatorio acordado. A ocho años de la entrada en vigor de la reforma, se desconoce de la presencia y actuación de estas autoridades de seguimiento al que están obligadas a supervisar, aunque formalmente se encuentran en la estructura organizacional y nómina quincenal del Ministerio Público. En consecuencia, es entendible la desconfianza y malestar de las víctimas y ofendidos del delito ante el vacío e insatisfacción de justicia en torno a su asunto

---

<sup>165</sup> Se regula en el CNPP en los artículos 191 al 200.



**CAPÍTULO SEGUNDO**  
**EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO Y DE SEGURIDAD**  
**PÚBLICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO**

"Invochiamo il potere di punire per difendere la nostra  
Sicurezza. Ma come ci difendiamo dal potere di punire?"  
(Lo spirito del garantismo)  
DARIO IPPOLITO.

**1. Evolución del Estado Legal al Estado de Derecho Constitucional.**

El sistema penal acusatorio es un modelo de enjuiciamiento penal que por sus características se inscribe dentro de los principios orientadores de un Estado de Derecho Constitucional o principalista. En este capítulo analizo cómo es que se llega a su abordaje desde las reformas al marco conceptual y jurídico de la Constitución de un Estado Legal a un Estado Constitucional, al proyecto de Estado mismo y las consecuentes reformas que inciden en un esquema procesal penal *ad hoc* a este modelo de Estado en nuestro país.

En el iuspositivismo, caracterizado por la idea de la objetividad de la ciencia, se establecieron como criterios rectores los principios de legalidad y de validez procedimental, por lo tanto, era necesaria la identificación del derecho y de la ley; por su parte, la Constitución política de los Estados es una magna carta de buenas intenciones y meramente de conformación política de las partes integrantes del Estado mismo, ello fue identificado con un Estado Legal.

En la Europa de la posguerra, a mediados del siglo XX<sup>166</sup>, se plantea la modificación del esquema jurídico del Estado, generándose la corriente jurídica y filosófica que se conoce como neoconstitucionalismo en la que se concede a la Constitución el carácter de norma directiva fundamental y fundadora de los derechos fundamentales de las personas humanas y no un mero manifiesto de buenas intenciones, cuyas leyes adquirirían validez simplemente por seguir el proceso legislativo previamente establecido.

---

<sup>166</sup> Con la Constitución Política del Estado italiano de 1947 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

El neoconstitucionalismo teórico se puede concebir, siguiendo a Romero Martínez, como” –aquel conjunto de ideas ordenadas que tienen como objetivo el describir e interpretar de manera generalizada el proceso de transformación de un sistema jurídico legalista y centralista a un sistema jurídico no formalista y de textura abierta, característico de los Estados constitucionales de derecho–<sup>167</sup>.

Con esta nueva concepción se establecerá la idea de un control de constitucionalidad de las leyes, el cual operaría como un examen de conformidad de esas leyes con la Constitución, lo que permite la inaplicación, en casos concretos, de aquellas normas jurídicamente válidas, por su origen legislativo, pero ilegítimas en su aplicación material<sup>168</sup>.

Así pues, después de la Segunda Guerra Mundial, los países con tradición jurídica del sistema *Civil Law* fueron invadidos con las ideas de la doctrina del neoconstitucionalismo y se concretaron como plataformas principales las siguientes: El establecimiento de la supremacía constitucional, la inclusión de los principios como derechos fundamentales en las constituciones políticas de sus países, su reconocimiento como normas jurídicas y la creación de tribunales constitucionales.

De entonces a la fecha se puede afirmar que hay una nueva forma de ver al Derecho pues se ha transitado del Derecho por reglas al Derecho atendiendo a los principios; del silogismo y la subsunción –del principio legal–, a la ponderación –de los principios– y; de la aplicación mecánica del Derecho, a la razonabilidad y a la argumentación. De esta suerte, se procederá a pormenorizar en el análisis de estos temas.

---

<sup>167</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 21.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 8.

## 1.1. El Estado de Derecho.

En el devenir de la historia se ve implicado la evolución del término Estado de Derecho, gestándose primariamente la idea liberal consisten en que el Estado funge como mero guardián del cumplimiento de la ley<sup>169</sup>.

De acuerdo con Gascón Abellán, el Estado de Derecho es una ideología jurídica ya que no es consustancial al concepto de Estado ser “de derecho”. Así, Estado de derecho es” aquél en el que el poder actúa conforme a Derecho, o a la ley en sentido amplio, a normas jurídicas pre constituidas, y responde a la idea de gobierno *sub leges y per leges*: el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres”<sup>170</sup>.

Esta forma de Estado emerge de la Revolución Francesa, entre cuyos logros programáticos se estableció el garantizar la libertad, la igualdad y la fraternidad entre los ciudadanos, acabando con los privilegios que gozaban la nobleza y el clero.

Este programa político se lleva a cabo, según Gascón Abellán<sup>171</sup>, por un lado, mediante el reconocimiento de un catálogo de derechos y libertades de los ciudadanos, las Declaraciones de Derechos, y, por otro, mediante una determinada forma de organizar el Estado: separación de poderes y sumisión del poder al derecho para la garantía de los derechos.

La subordinación del poder al derecho se construye sobre una concepción unitaria de la soberanía como poder *legibus solutus*, es decir, libre de ataduras legales, de tal manera que la ley, expresión material de esa soberanía, queda al margen de cualquier control o límite.

---

<sup>169</sup> Vigo L. Rodolfo señala que hay que distinguir tres grandes paradigmas en la historia jurídica y política de occidente: Estado de Derecho pre-moderno; Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional. Vigo L. Rodolfo, *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*. México, Porrúa, Universidad Panamericana, 2016, p. 1. En el presente trabajo no trataré el Estado de Derecho pre-moderno.<sup>2</sup>

<sup>170</sup> Gascón Abellán, Marina y García Figueroa Alfonso J., *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Perú, Palestra, 2003, p. 15.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 16.

Esa ley es una norma caracterizada por ser general, abstracta e impersonal, que establecen rasgos formales que garantizan su justicia y, demandan el sometimiento a ella. De esta manera, en un principio en Europa el Estado de derecho se configura como Estado legal o Estado legislativo, lo que representa solamente la sumisión de la administración pública y del poder judicial a la ley como garantía de justicia.

En todo momento histórico, en un tiempo y territorio determinados, se interrelacionan multiplicidad de realidades que representan a los intereses y valores de las diversas fuerzas políticas y sociales en las sociedades modernas. Es por ello que existe heterogeneidad en el Derecho, y que tiene su representación material en los diversos principios que se integran en las Constituciones políticas (sean de Estado nacional o de uno local), los cuales en muchas ocasiones se perciben como conflictivos. Zagrebelsky advierte que ese pluralismo de fuerzas al ser admitidas en la competición para poder afirmar sus propias pretensiones en las estructuras de un Estado democrático y pluralista, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes<sup>172</sup>. Todo esto lo podemos entender, y no se puede negar, en el marco de la continua evolución que se ha venido presentando en las distintas ramas del Derecho, derivadas, en gran medida, de las innovaciones que han surgido con las reformas a la CPEUM y la tendencia a la aplicación supranacional de normas acorde a las corrientes de pensamiento garantista, en el gran marco de un mundo globalizado, inter y super comunicado en el que existe un gran intercambio multicultural.

De esta manera, el Estado de Derecho puede ser analizado bajo diversas perspectivas, limitándome a señalar (para no extender más el tema dentro de esta investigación que, en lo que corresponde a la misma, lo tiene por satisfecho) que puede ser contemplado como una visión ideológica en el campo de la ciencia política o como una pretensión de seguridad jurídica en el ámbito de la ciencia del Derecho.

Finalmente, y derivado del pluralismo político–social que sostiene que existe en la ley, Zagrebelsky afirma que los ordenamientos actuales también son el resultado de una

---

<sup>172</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*, Marina Gascón (Trad.), Madrid, España, Trotta, décima edición, 2011, p. 37.

multiplicidad de fuentes<sup>173</sup>, con lo que estoy acorde. Atento a ello, procedo a presentar brevemente cuáles han sido, y como se han transformado, las fuentes del Derecho en el sistema procesal penal mexicano.

### 1.1.1. Fuentes del Derecho Procesal Penal.

En el Estado legal se presentaban bien delimitadas las funciones de los tres poderes frente a la ley. El poder legislativo hacía la ley; el poder ejecutivo la ejecutaba y; el poder judicial la aplicaba. El siglo XIX fue la centuria del poder legislativo; el XX del ejecutivo y en el XXI parece perfilarse que el poder judicial asume un protagonismo más relevante pues los grandes temas terminan confiados a él. Hoy la preocupación y la pregunta, como ha sido a través de todo este tiempo, es ¿Cómo controlamos a los grandes controladores?

Al igual que en todo el ordenamiento jurídico, respecto a las fuentes del Derecho procesal penal debemos advertir que también se ha venido presentando una plausible transformación. Las distinciones y matices que las diversas doctrinas han aportado sobre este tema hacen que haya una multiplicidad de significados sobre el término “fuentes del derecho”, tornándolo complejo, confuso y difícil de puntualizar.

De acuerdo con la connotación más común, por fuente del Derecho se entiende que es aquello que: le da vida, lo hace existir o lo produce (al Derecho)<sup>174</sup>, según nos dice Colín Sánchez<sup>175</sup>.

Desde un punto de vista meramente descriptivo y no normativo, Carbonell propone que convencionalmente puede entenderse por fuentes del derecho “todos los hechos y actos que, de acuerdo con las normas sobre producción jurídica de un ordenamiento determinado,

---

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>174</sup> El contenido del paréntesis es nuestro.

<sup>175</sup> Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, México, Porrúa, 1980, p. 8.



crean o pueden crear relaciones jurídicas con efectos *erga omnes*<sup>176</sup>, lo cual, siguiendo a Aguiló Regla, comprende los elementos de la definición más extendida y acertada<sup>177</sup>.

Colín Sánchez puntualiza que las fuentes del Derecho Procesal tradicionalmente podían ser clasificadas en fuentes de producción y fuentes de conocimiento. Que las primeras se refieren a la “*voluntad que dicta las normas jurídicas*”, y las segundas, a “*la forma que el Derecho objetivo asume en la vida social*”.

En cuanto a las fuentes del conocimiento, el legislador mexicano en un Estado Legal venía reconociendo a la ley, la costumbre, los usos, la equidad y la jurisprudencia.

Entonces se afirmaba en aquel tiempo que “*la única fuente real del derecho procesal penal es la ley*”<sup>178</sup>. El derecho procesal penal, como el resto de los sistemas normativos, era estrictamente un derecho de formulación legal.

De acuerdo a nuestra organización política, la CPEUM ha sido la fuente principal del procedimiento, porque ha marcado las directrices esenciales sobre las que debe procederse para llegar a actualizar la norma penal; es por ello que la denominada Carta Magna es la pauta imperativa de donde se configuran las instituciones procesales penales.

En atención al ordenamiento normativo también deben considerarse como fuentes del Derecho Procesal Penal al Código Nacional de Procedimientos Penales, las leyes orgánicas del Ministerio Público y del Poder Judicial, así como las de las instituciones públicas que participan en los diversos procedimientos en el ámbito penal pues organizan a los actores esenciales del procedimiento y les establecen sus atribuciones<sup>179</sup>, los tratados internacionales, cuando han sido ratificados por los órganos legislativos también quedan incorporados a la legislación interna, y en consecuencia, son considerados fuente del Derecho.

---

<sup>176</sup> Carbonell, Miguel, *Constitución. Reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Porrúa, UNAM, 1999, p. 10.

<sup>177</sup> Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, España, Ariel Derecho, 2012, p. 67.

<sup>178</sup> Galdana Pérez Morales, Mónica, *Materiales de derecho procesal penal*, Murcia, España, D. M., 2009, p. 36.

<sup>179</sup> Colín Sánchez, Guillermo, *Op. Cit.*, nota 175, pp. 8 y 9.

La costumbre no es fuente del Derecho de procedimientos penales. En todo caso puede contribuir a interpretar la ley, pero nunca con el carácter de fuente.<sup>180</sup>

La jurisprudencia había sido aceptada por algunos autores como fuente del Derecho, otros rechazaban esta aseveración, como Colín Sánchez<sup>181</sup>, sosteniendo que no es función de los tribunales legislar, sino aplicar el Derecho. De diversa manera sostiene Mónica-Galdana Pérez Morales que “en definitiva, aunque la Ley reina, es la jurisprudencia quien gobierna”.<sup>182</sup>

Dentro del paradigma del neoconstitucionalismo la Constitución es entendida como fuente del derecho en sentido pleno, es decir, como origen inmediato de derechos y obligaciones. De ser una fuente formal de derecho, pasó a ser una norma suprema que se proyecta sobre las atribuciones del conjunto de operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social con lo que, además, se destruye el dogma liberal estadual respecto de la fuerza absoluta de la ley, pues ya no es sólo la norma suprema dirigida a disciplinar en forma directa la labor legislativa y a ser aplicada por los jueces exclusivamente a través del filtro de la ley<sup>183</sup>.

Actualmente también debemos considerar que el derecho se conforma más allá de los Estados nacionales, pero se aplica dentro de los mismos. Así, la última palabra en México respecto a la interpretación de una norma o el sentido de un dispositivo normativo ya no se encuentra solamente en el Congreso de la Unión sino en los tribunales y organismos internacionales con los que el Estado mexicano ha decidido someterse a sus resoluciones, como la CIDH.

---

<sup>180</sup> Al respecto se coincide con Colín Sánchez. Guillermo, *Op. Cit.*, nota 175, p. 9., y Galdana Pérez Morales, Mónica, *Op. Cit.*, nota 178 p. 37.

<sup>181</sup> Colín Sánchez, Guillermo, *Op. Cit.*, nota 175, p.10.

<sup>182</sup> Galdana Pérez Morales, Mónica, *Op. Cit.*, nota 178, p. 38.

<sup>183</sup> Concepto atribuido a Núñez Leiva, J. Ignacio, citado por Rendón García, Lisbeth Elisa en Pérez Alonso, Eduardo y Olguín Torres, Antonio (Coords), *Neoconstitucionalismo en la Constitución Mexicana en Temas actuales de Derecho Constitucional*, México, Universidad de Guanajuato, 2016, p. 384.

Tampoco es posible establecer una jerarquía detallada y firme de las fuentes del derecho, puesto que ello varía en los casos a resolver. En esta nueva concepción la sociedad, las instituciones como los colegios de abogados, por ejemplo, o los grupos particulares (el derecho de los pueblos indígenas) dentro de un Estado sustraen competencia jurígena al Estado y les permite dictar o controlar la vigencia de una importante variedad de peculiares normas jurídicas<sup>184</sup>.

De esta manera, ahora se puede encontrar definiciones particulares de las fuentes del derecho como “los argumentos usados por los jueces para dictar sentencias válidas”<sup>185</sup>, lo que obliga a una mirada circunstanciada y judicial para conocer el registro de las mismas pues ya no solo se pueden limitar a la ley, la jurisprudencia y la costumbre

También constituyen fuente del Derecho las normas que se van generando desde otros órdenes y sistemas jurídicos como el *ius gentium*, el *ius cogens*, el derecho indígena, etc.

Lo hasta aquí mencionado obedece a que actualmente el derecho no se despliega solo con normas sino en base a principios, esto debido a que el derecho ya no se identifica con el normativismo sino con el principalismo.

Hay autores que afirman que todos los derechos humanos son principios<sup>186</sup> y no normas como se concebían, y “concedían”, en el Estado Legal. Por su parte, Ferrajoli distingue entre constitucionalismo iusnaturalista y constitucionalismo iuspositivista, y considera que ambas posturas, aunque contrapuestas, tienen en común el concebir a gran parte de las normas constitucionales, en particular a los derechos fundamentales, como principios ético-políticos; que adoptan una diferencia cualitativa y estructuralmente sólida

---

<sup>184</sup> Vigo L. Rodolfo, *Op. Cit.* nota 31, p. 665.

<sup>185</sup> Definición de Aarnio, citado por Vigo L. Rodolfo, *Ídem*.

<sup>186</sup> “La distinción entre valores, principios y derechos responde a los distintos grados de generalización de las normas constitucionales, y en muchas ocasiones temas como la libertad y la igualdad tienen la doble connotación de principios y derechos”. Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Tomo I. 5ª. Ed. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2004. p. 28.

de principios y reglas, aquellos aplicables a través de la argumentación y la ponderación –por su virtual conflictualidad– y estas mediante la subsunción<sup>187</sup>.

De esta suerte, el objetivo más elevado de los jueces constitucionales y supranacionales es que prevalezcan los derechos humanos. En los términos expresados, la constitucionalización del derecho equivale<sup>188</sup> a su “humanización” en el sentido de que el derecho llega a ser caracterizado como un esfuerzo institucional para hacer triunfar los derechos humanos, no solo en relación con el Estado, sino en relación con cualquier otro poder, y el resto de los ciudadanos, sobre todo en materias tan relevantes para la vida en sociedad como son las del Derecho procesal penal.

## **1.2. Características del Estado Legal.**

El constitucionalismo se gesta en Inglaterra y en las revoluciones liberales en Francia y en las colonias norteamericanas de los siglos XVII y XVIII apoyándose en el derecho natural como derecho supremo, pretendiendo sustituir al gobierno de los hombres por el de las leyes, llegándose a establecer que no podría explicarse el funcionamiento legítimo, válido y efectivo del Estado y sus agentes sin el sometimiento irrestricto a la ley.

La Constitución, en el sentido que tiene actualmente, se genera en Francia al racionalizarse los principios liberales opuestos al antiguo régimen y tomando como fundamento la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Como resultado de ello, quedó establecido que en cualquier sociedad debería existir la garantía de los derechos y la separación de los poderes, con lo cual surgió el Constitucionalismo y la cultura de respeto a la ley.

El Estado liberal tenía entonces en la ley su plataforma, por lo que podemos afirmar que este es un tipo de Estado legislativo en el cual el Derecho y la Ley eran lo mismo. Por

---

<sup>187</sup> Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismos principalista y garantista”, en Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Un debate sobre principios constitucionales*, Perú, Palestra, 2014, p. 91 y 99.

<sup>188</sup> Vigo L. Rodolfo. *Op. Cit.*, nota 31, p. 669.

esta razón los derechos humanos se entendían como límites al ejercicio del poder, los cuales solamente se podían interpretar a la luz del principio de legalidad y, de acuerdo con la escuela positivista clásica, sujetos por el estricto culto al texto legal.

Este modelo de Estado, se corresponde en esencia a los postulados de un Estado de libre mercado, con raigambre burguesa y capitalista, en donde al Estado se le establece una función de policía, y cuya función primordial es la de vigilar que se cumpla irrestrictamente la ley por todos los factores de la producción.

Jurídicamente, el Estado Legal es un sistema de razonamiento basado sólo en reglas, identificándose con el formalismo jurídico en donde hay una sinonimia entre derecho y ley (en este modelo institucional el derecho era solamente el contenido en la ley y le llamábamos código o ley); en donde la justificación de las decisiones es interna, esto es, que sólo se sustenta en el silogismo jurídico, y cuya obligación moral de cumplimiento surge por el simple hecho de la existencia de leyes que hayan sido emitidas por el Estado tras un proceso legislativo sin importar su contenido. Por esta última razón, el sistema jurídico es considerado completo y coherente, valioso, adecuado y justo, y, por lo tanto, el criterio de justicia se ve relacionado con el de vigencia<sup>189</sup>.

Esta postura se le identifica con el positivismo jurídico, en ella se presenta una posición avalorativa del Derecho y admite la separación entre éste y la moral.

Los presupuestos conceptuales del Estado legislativo de derecho son: a) la delimitación de la actividad de los órganos del poder estadual por la legalidad; b) la garantía por parte de la ley de los derechos públicos subjetivos, que adquieren tal cualidad tan solo por el acto de su positivización c) y la teoría de la forma o control constitucional de toda actividad del Estado. Gil Rendón señala “[...] Así, desde un ámbito estrictamente formal lo jurídico sería aquella conexión sistemática, estructural y jerarquizada de normas generales y

---

<sup>189</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, *Op. Cit.*, nota 167, pp. 1 y sigs.



abstractas como característica primordial del Estado y del Derecho, llevando esta idea a identificar irremediabilmente al Estado y al derecho como dos caras de la misma moneda<sup>190</sup>.

Con las aportaciones del positivismo, y de Kelsen en lo particular<sup>191</sup>, que pusieron en primera línea de consideración que la máxima expresión del Derecho es la ley, los derechos se convirtieron exclusivamente en lo que decía el legislador. Al no poder confrontar el caso con otros valores jurídicos diversos a aquellos que rigurosamente establecía la ley para el caso específico, el medio para la garantía de los derechos (la propia ley), se convertía, en fin. Por ello, en este modelo estadual los derechos fundamentales se entienden objetivamente como límites al ejercicio del poder del Estado, empero, de igual manera, solo pueden ser interpretados bajo el principio de legalidad.

Así pues, los valores esenciales a los que debía servir el Estado de Derecho liberal, a través de su orden jurídico, eran los derechos individuales primordialmente, la libertad individual, la propiedad privada, la seguridad jurídica, la igualdad y la participación de los ciudadanos en la integración de la voluntad estatal.

De esta manera la dimensión valorativa de la legitimidad se empataba con su dimensión sociológica, es decir, había una adecuación entre la validez del Derecho y los intereses de los estratos sociales que, de acuerdo con las condiciones históricas, estaban en condiciones y posiciones de poder lo que les permitía crear y establecer lo que era el Derecho.

A esto se agregaban dos ideas relativas a la concepción del Estado y la presunción de racionalidad: a) Que el Estado no creaba un orden específico, sino que tan solo establecía condiciones mínimas para que los sistemas económico y social se desarrollaran de manera autónoma con lo cual se traería el bienestar a la sociedad y; b) Como la ley era el resultado de un proceso en el cual el órgano legislativo consolidaba la voluntad de las mayorías, ello concebiría la mejor de las leyes posibles y, consecuentemente indiscutible.

---

<sup>190</sup> Gil Rendón, Raymundo. (s.f.) “*El Estado Constitucional de Derecho y los Derechos Humanos*”. Obtenido el 11 de marzo de 2014, desde [www.tfffa.gob.mx/investigaciones/pdf/estadoconstitucionaldederechoylosderechoshumanos.pdf](http://www.tfffa.gob.mx/investigaciones/pdf/estadoconstitucionaldederechoylosderechoshumanos.pdf), p. 4.

<sup>191</sup> Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, Roberto J. Vernengo (Trad.), México, Porrúa, 2007, p. 364.

Sin embargo, el poder de configuración política en manos monopólicas de los legisladores, potencializó un tipo de Estado en el que la voluntad de éstos daba forma y contenido a los derechos sin ningún control. La ley se afianzó como el máximo referente del ordenamiento jurídico y los derechos eran tan sólo aquellos que graciosamente otorgaban los órganos de representación legislativa. En ese tenor, al no existir confrontación con cualquier otro valor que no fuera el legal, el medio para garantizar los derechos era la propia ley, con lo que se convertía en fin de sí misma, consecuentemente el sistema perdió sentido y se resquebrajó.

En realidad, la legislación se utilizaba para reflejar los intereses de quienes detentaban el poder, los que podían acceder a él y hacerse representar. Esta situación permitió el absolutismo del Poder Legislativo y los integrantes de la sociedad que podían tener mayoría en los Congresos o Parlamentos usualmente concibieron leyes contrarias a los más elementales principios y valores de los seres humanos que solo cumplían con los procedimientos formales de creación llegando a considerar como verdaderos Estados de Derecho a los Estados Fascista y Nacional Socialista en Italia y Alemania respectivamente, que confluyeron para la consecución de la II Guerra Mundial y las atrocidades cometidas en dicha conflagración. Esta tesis del Estado Legal se superó a partir de los juicios de Nuremberg en donde se condenó a los jefes nazis por "cumplir la ley" y violar el derecho.

Paralela e históricamente, en la sociedad se vinieron presentando cambios culturales como resultado de los procesos de industrialización, de aspectos demográficos y de condiciones laborales que se fueron imponiendo a las clases trabajadoras, las cuales comenzaron a protestar y a movilizarse en contra de los dueños del capital y del gobierno. Con ello, la declarada legitimación que ostentaba la ley, anclada como se refirió más en su origen procedimental que en su contenido, también condujo a tales movimientos sociales a buscar una reivindicación y reconocimiento de sus derechos más allá de, y en, la propia ley. Esto originó el reconocimiento de que existe una distinción entre la ley y el derecho, y; el surgimiento de escuelas de interpretación de la ley que tuvieron como objetivo privilegiar la justicia material sobre la formal, estableciéndose que la ley no es inmutable, por lo que puede

ser modificada ajustándola a la realidad que debe regular, a las costumbres y a valores de los integrantes de la sociedad en la cual se pretende aplicar.

Así pues, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial se comenzó a pensar en el sometimiento de los poderes públicos a principios y valores absolutos para que el ejercicio del poder y aquel Estado que les respetaren pudiera ser calificados como legítimos y no arbitrarios. Para lograrlo se debía controlar formal y materialmente el contenido de las normas que expidiera el legislador, sujetándolas a valores y principios superiores. La fórmula encontrada fue que la Constitución dejó de ser un instrumento meramente político, y de ser la norma reguladora del procedimiento legislativo, se transformó en un instrumento jurídico vinculante con eficacia directa capaz de contener al Poder Legislativo, conformando para ello tribunales constitucionales independientes.

### **1.3. Características del Estado Constitucional de Derecho.**

Tal cual fue señalado previamente, al término del segundo conflicto bélico mundial del siglo pasado, y con la caída de los regímenes totalitarios o represores en Europa occidental del siglo XX, se buscó modificar este escenario que se presentaba en el Estado legal, lo que únicamente podría lograrse al sujetar materialmente el contenido de las normas que expidiera el Poder Legislativo. Entonces, se comenzó a conceptualizar a la Constitución no solo como la “carta magna” o “guía suprema” o simple ordenamiento que regulara el procedimiento legislativo, sino como una norma de naturaleza especial que fuere capaz de someter materialmente en sus disposiciones al legislativo —ello se buscaría al consagrar un conjunto de principios y de valores de todo el ordenamiento, creando así un conjunto de garantías—, y otorgar a un tribunal constitucional independiente el papel de garante de las normas previstas en la Constitución, reivindicándole su dignidad a la ley.

Se puede afirmar que un Estado Constitucional de Derecho es aquel sistema donde, junto a la ley, existe una Constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello

carácter normativo<sup>192</sup>; de tal manera que la ley queda sometida a la Constitución, la cual se convierte en su parámetro de validez.

Entonces, la Constitución en los Estados democráticos actuales es una norma jurídica que no sólo establece la separación y funciones o competencias de las entidades públicas, sino que también identifica un sistema de principios, que, al tener contenido sustantivo, fungen como criterios rectores de las acciones en el ámbito público y privado<sup>193</sup>.

De esta manera, el fundamento del Estado Constitucional se encuentra en la concepción de un ordenamiento jurídico constitucional que debe ser respetado por todos los poderes públicos, y cuyo contenido se integra por principios, derechos y valores consagrados como medios de defensa y base del propio orden jurídico, así como el respeto a la dignidad de las personas. Lo que se pretende ya no es la eficacia de los derechos en la medida y los términos marcados por la ley, sino la eficacia en términos y medida determinados en la Constitución.

Como el reconocimiento constitucional de los derechos en términos generales es amplio e impreciso, los alcances y contenido de aquellos en el Estado Constitucional los hacen valer los jueces (constitucionales u ordinarios) y no los legisladores. Por ello, corresponde al juez declarar las irreductibles antinomias entre la ley y la Constitución, promoviendo su anulación, y denunciar las lagunas existentes, promoviendo, a la vez, su integración<sup>194</sup>.

Luigi Ferrajoli ha señalado que el constitucionalismo rígido les ha concedido a los derechos humanos carácter normativo introduciendo con ello un sistema de límites y vínculos para la legislación. Así se pronuncia señalando que el constitucionalismo, que resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la

<sup>192</sup> Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, J., *Op. Cit.*, nota 170, p. 21.

<sup>193</sup> Al respecto véase a Romero Martínez, Juan Manuel, *Op. Cit.*, nota 167, pp. 7, 18 y 24.

<sup>194</sup> En este aspecto, véase a Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *Op. Cit.*, nota 170, pp. 35 y sigs.



legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico<sup>195/196</sup>.

Así pues, en el ámbito teórico, al modificarse la naturaleza de la Constitución política de los Estados, se creó la justicia constitucional y se desarrolló una compleja interpretación jurídica en la que los tribunales constitucionales consiguieron una mayor jerarquía que el legislador al imponer a éste: a) el respeto a contenidos no explícitos en el texto constitucional; b) que el propio tribunal constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, quedara fuera del control de las resoluciones que emita y; c) que sus disposiciones no se sujeten a una presunción de validez tan solo por su origen legislativo democrático sino por la racionalidad de su contenido.

Finalmente, debe establecerse que para hacer posible la existencia de un Estado constitucional de Derecho es fundamental, en primer término, que exista una Constitución rígida que contemple valores, principios y derechos fundamentales. Lo anterior implica por un lado que, si se quiere modificar la Constitución se requiere de un procedimiento más gravoso que aquel que permita reformar una norma de menor jerarquía. Por otra parte, al ser la norma de mayor jerarquía, no puede ser sustituida o modificada por cualquier otra norma<sup>197</sup>. No obstante, para algunos autores<sup>198</sup> se estima que una especial rigidez no es una condición de supremacía constitucional, aunque contribuyen a fortalecer su vigor frente a los poderes constituidos.

En segundo lugar, se requiere que exista una garantía de orden jurisdiccional que permita salvaguardar la supremacía constitucional cuando alguna norma de menor rango transgreda sus principios o reglas. Prieto Sanchís señala que la garantía judicial no es más

---

<sup>195</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, España, Trotta, 2010, p. 66.

<sup>196</sup> Cabe mencionar que en los estudios de Ferrajoli no se ubican en el ámbito del papel del análisis de los principios en los Estados constitucionales, empero sus postulados apoyan a las teorías del neoconstitucionalismo al revisar los mecanismos de efectividad de los derechos fundamentales en el ámbito jurídico.

<sup>197</sup> En estos puntos se puede seguir a lo propuesto por Lancheros Gámez, Juan Carlos, "Del Estado Liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana". Obtenido el 12 de abril de 2014 en [dikaion.unisaba.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1549/2125](http://dikaion.unisaba.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1549/2125).

<sup>198</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*, México, Ubijus, IIDH, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2016, p. 23.



que una consecuencia de tomarse en serio la fuerza normativa superior de la Constitución y, si esta es una norma, entonces su exigibilidad puede hacerse valer ante los órganos jurisdiccionales<sup>199</sup>.

Un tercer aspecto a considerar es que se debe reconocer la fuerza vinculante de la Constitución. Así, al privilegiar el carácter de norma superior de la Constitución, se condiciona la actuación de las autoridades públicas y de los propios particulares sin que sea necesaria la existencia de alguna norma adicional que así lo establezca. Esto es así, pues, se reitera, la Constitución ya no es concebida como un ejercicio de retórica política o expresión de un catálogo de buenas intenciones, sino como una norma jurídica<sup>200</sup>.

Un cuarto rasgo tiene que ver con la interpretación extensiva de la Constitución que permite llenar los vacíos de sus propias disposiciones y del ordenamiento jurídico en general.

Es por ello que los operadores jurídicos que deben aplicarla no están restringidos para interpretarla razonablemente y generar un desarrollo legal y una ejecución presupuestal adecuados que permitan hacer efectivos los principios y derechos que en ella se consagra. Romero Martínez señala que el fenómeno jurídico no puede entenderse en su totalidad sin ser relacionado con el derecho ideal, con el deber ser, lo que explícitamente marca una necesaria relación entre el discurso jurídico y el discurso moral<sup>201</sup>.

No debe soslayarse que pueden surgir problemas cuando en la aplicación de la Constitución se ofrezca una solución diferente a la prevista por la ley; en tal hipótesis el sistema jurídico ofrece dos técnicas: a) la interpretación conforme, que consiste en escoger aquellas normas de la disposición legal que mejor se adecuen al texto constitucional, prescindiendo de las no conformes o incompatibles; y, b) la cuestión de inconstitucionalidad, que debería resolverse por un juez al estimar que ninguno de las posibilidades legales son compatibles con la Constitución, instando ante el que sea el tribunal constitucional.

---

<sup>199</sup> Ibidem, p.19.

<sup>200</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>201</sup> Romero Martínez, Juan Manuel. *Op. Cit.*, nota 167, p. 25.

Derivado de los valores y principios fundamentales que prescribe la propia Constitución surge un quinto atributo que se relaciona con la aplicación directa de la Constitución por su fuerza vinculante y la extensión de sus efectos sobre las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, como también de aquellas entre los ciudadanos entre sí en el ámbito contractual y extracontractual para dotarlas de justicia y equidad.

Por último, la supremacía de la Constitución obliga a ordenar todas las normas de inferior jerarquía a su contenido y serán admisibles estrictamente las interpretaciones acordes a ella. En consecuencia, cuando no se pueda interpretar una norma con los postulados de la Constitución, deberá ser declarada inconstitucional por la autoridad competente o no deberá ser aplicada por los operadores jurídicos del sistema.

Dado que el sistema de enjuiciamiento penal es una de las atribuciones estatales más significativas en las relaciones entre el Estado y los particulares –por ser la vía a través de la cual se tiene que concretar el valor de la justicia en esta materia así como el combate a la impunidad, entre otros fines–, debe imbuirse necesariamente al sistema de justicia penal de estas nuevas orientaciones constitucionales tal como Vigo lo advierte al señalar que el sistema procesal penal es una de aquellas áreas que más significativamente fue impactado con la constitucionalización e internacionalización de derecho<sup>202</sup>.

### **1.3.1. El neoconstitucionalismo y los principios en el Derecho.**

El constitucionalismo ha evolucionado al ritmo que las sociedades lo han hecho. En particular, el modelo del Estado Constitucional siempre ha sido dinámico y la historia demuestra que no se ha presentado una forma exclusiva, o unificada, de ordenar la división de los poderes y los derechos fundamentales, que son las partes integrantes mínimas de toda Constitución<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> Vigo L, Rodolfo, *Op. Cit.*, nota 31, p. 682.

<sup>203</sup> Villabella, Carlos Manuel. *Op. Cit.*, nota 3, p. 9.

Para Ferrajoli el constitucionalismo se puede entender como sistema jurídico y como teoría del derecho. Entendido como sistema jurídico equivale a un conjunto de límites y vínculos sustanciales, además de formales, rigidamente impuestos a todas las fuentes normativas por parte de normas supra-ordenadas; y como teoría del derecho, a una concepción de validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionalmente establecidos<sup>204</sup>.

La argumentación jurídica principalista encuentra su fundamento en el contexto del denominado neoconstitucionalismo, pasando de la interpretación de la ley del Estado Legal de Derecho a la argumentación.

El término “neoconstitucionalismo”, fue acuñado en la academia en la década de los años setenta del siglo XX, empleándose para abarcar caracteres disímiles que evolucionaron en el derecho constitucional europeo desde la segunda posguerra<sup>205</sup>. El vocablo se ha empleado en los ámbitos de la teoría del Estado y del Derecho y en el Derecho constitucional, aunque no ha tenido una explicación unívoca, para algunos autores puede ser concebido como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista<sup>206</sup>.

Es necesario señalar que algunos autores cuestionan si existe el neoconstitucionalismo o si bien se trata de una etiqueta vacía, término o concepto, que permite explicar bajo nuevas argumentaciones cuestionamientos acerca de la teoría y la práctica del Estado constitucional. Además, también consideran que en Latinoamérica se tiene poco estudio acerca de ello<sup>207</sup>. Empero establecen que en el paradigma neoconstitucional los órganos jurisdiccionales adquieren gran relevancia, pues el orden jurídico se debe garantizar a través de su actuación y de las normas que regulan su proceder.

---

<sup>204</sup> Ferrajoli, Luigi, Constitucionalismos principalista y garantista, en Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Un debate sobre principios constitucionales*, Perú, Palestra, 2014, pp. 81 y 82.

<sup>205</sup> Villabella, Carlos Manuel, *Op. Cit.*, nota 3, p. 49.

<sup>206</sup> Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.*, nota 204, p. 82

<sup>207</sup> Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, México, Centro de Estudios Carbonell A. C., 2015, pp. 1 y 2.

Para Prieto Sanchís, el neoconstitucionalismo es una corriente de pensamiento con pocos militantes y sus impulsores son de pensamiento muy heterogéneo entre sí. También opina que el neologismo nombrado “neoconstitucionalismo” resulta gravemente ambiguo y extremadamente vago pues son poco claros los rasgos que han de coincidir para ostentar legítimamente tal título. No obstante, advierte que no es difícil encontrar espacio de discusión en que no aparezca esta posición por ser una postura crítica frente al positivismo, incluso que se debería hablar de neoconstitucionalismos en plural. Posteriormente, señala que todas las formas de entendimiento del neoconstitucionalismo presentan una esencia común que es el modelo de Estado constitucional de Derecho<sup>208</sup>.

Por otro lado, sostiene, que el mismo neoconstitucionalismo ha sido incapaz de generar una concepción estándar o unitaria acerca de los principales problemas del derecho o de las prácticas jurídicas y por ello se ha dicho que el neoconstitucionalismo es un “auténtico cajón de sastre al que se adscriben, o son adscritas, las más heterogéneas y hasta contradictorias posiciones”<sup>209</sup>, lo que es compartido por otros autores, entre ellos Ferrajoli para quien la expresión “neoconstitucionalismo” no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del derecho, sino que es poco más que un sinónimo de estado liberal de derecho<sup>210</sup>.

En términos generales, el neoconstitucionalismo se caracteriza como un proceso de profunda transformación del Estado constitucional en distintos niveles, a saber: a) resume novedosos ejes metodológicos para el análisis de las normas jurídicas –como lo es la interpretación fundamentada en reglas de ponderación y razonabilidad–, b) plantea una ideología jurídica pospositivista –la que reivindica la carga moral del derecho y la trascendencia de los principios–, c) expone un tipo de Constitución diversa –ya no como carta política sino jurídica, generadora de derechos y obligaciones– y consecuentemente, d) también expone un modelo de Estado distinto, y da pauta a una cultura jurídica constitucional más democrática, transparente, tolerante e incluyente.

---

<sup>208</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Op. Cit.*, nota 198, pp. 13 a 15.

<sup>209</sup> Ídem, pp. 24 y 25.

<sup>210</sup> Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.*, nota 204, p. 87.

### 1.3.1.1. ¿Qué son los principios?

Dado que la plataforma de contenido del Estado constitucional se sostiene en principios consagrados como medios de defensa y base del orden jurídico, debo examinar lo que se ha señalado acerca del concepto y cualidades de lo que entendemos por el vocablo o concepto “principio”.

El concepto “principio” resulta controvertido tanto en la doctrina del derecho público como en la teoría del derecho, comprendidos los propios defensores del principalismo. Incluso, se les ha catalogado como uno de los más recientes artificios elaborados por los juristas, que sirven como malabarismos conceptuales que se utilizan para tratar de argumentar, con cierta racionalidad, cualquier finalidad ideológica o encubrir las más desatinadas operaciones hermenéuticas, esto pues no constituyen una doctrina coherente ni unitaria y resulta ser un membrete que puede designar muy diversas cosas<sup>211</sup>.

Por principio se puede entender: a) las normas que se supone son axiológicamente las más relevantes, por ejemplo, la libertad o la justicia, b) las normas más generales o que inspiran vastos sectores del ordenamiento jurídico (por ejemplo el principio de culpabilidad en el Derecho penal), c) las normas que revelan los fines de la acción estatal (ejemplo de ello el bienestar social), d) las normas más vagas que cuentan con un supuesto de hecho indeterminado de su aplicación (por ejemplo, la igualdad), o, e) las normas que recogen algunos tópicos interpretativos (“lo accesorio sigue la suerte de lo principal”)<sup>212</sup>.

Los principios generales del Derecho, o principios jurídicos —no se emplea esta última denominación—, se encuentran reconocidos como parte del derecho positivo mexicano y tienen su origen en el Derecho civil. La CPEUM, en el párrafo cuarto del artículo 14, establece que “en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

---

<sup>211</sup> Al respecto véase Prieto Sanchís, Luis, *Op. Cit.*, nota 198, pp. 81 y 82.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 83.



En la dogmática nacional e internacional encontramos muchos enfoques y significados de los principios generales del Derecho. En la doctrina nacional encontramos autores que se han preocupado por conceptualizar a los principios generales del Derecho. Así, a guisa de ejemplo, encontramos a De Pina Vara quien al respecto señala que

“(…) los principios generales del derecho son la materia de que el legislador se sirve para la elaboración de las leyes. Estos principios aparecen como el complejo de ideas y creencias que forman el pensamiento jurídico de un pueblo en un momento dado de la historia. No hay derechos sin principios. Se podría decir que los principios generales del derecho son las direcciones o líneas matrices según las cuales se desarrollan las instituciones jurídicas. Cualquier principio de derecho supone una concepción acerca de lo que se estima como justo formulada en una regla de derecho”<sup>213</sup>.

Por su parte, Arellano García al respecto menciona que:

“(…) los principios generales de derecho se pueden definir como aquellas directrices y postulados, producto de la reflexión lógica-jurídica, que orientan a la realización de valores jurídicos, principalmente justicia, seguridad y/o bien común”<sup>214</sup>.

Para los fines de nuestra investigación y de manera más restringida, Romero Martínez puntualiza que los principios:

“(…) son aquellas guías o normas fundamentales del sistema jurídico impregnadas de un denso contenido moral, que representan la cultura y valores construidos por la sociedad. Así, los principios no se asumen como supuestos de hecho sino como ideales generales de dichas construcciones, por lo cual su aplicabilidad a casos concretos siempre presenta un carácter de amplia indeterminación”<sup>215</sup>.

Además, por lo que se refiere a los principios constitucionales que, desde una óptica reducida<sup>216</sup>, son “aquellas cláusulas, directrices o bases que estructuran la conformación, funcionamiento, organización, desarrollo y permanencia del Estado democrático, los cuales se contienen en diversas disposiciones de la Constitución tanto en su parte orgánica como dogmática”<sup>217</sup>.

---

<sup>213</sup> De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 419.

<sup>214</sup> Arellano García, Carlos, *Teoría general del proceso*, México, Porrúa, 2002, p. 59.

<sup>215</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, *Op. Cit.*, nota 167, p. 48.

<sup>216</sup> Desde un ámbito extenso, los derechos fundamentales también son supuestos indispensables para la integración y desarrollo de los Estados Constitucionales de Derecho.

<sup>217</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, *Op. Cit.*, nota 167, p. 53.

De los autores que han adquirido mayor reconocimiento recientemente, Dworkin, citado por Vigo, define a los principios como:

"[...]—estándares, que no son normas, y que han de ser observados, no porque favorezcan a aseguren una situación económica, política o social, que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la igualdad o alguna otra dimensión de la moralidad—"<sup>218</sup>.

El mismo profesor argentino, menciona que, para Alexy, los principios son:

"[...] mandatos de optimización" dado que mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas; mientras que las normas son "mandatos definitivos" que al mandar una conducta determinada o definida es posible el cumplimiento pleno de las mismas<sup>219</sup>.

La caracterización de los principios como razones para juicios o mandatos de ponderación se presenta recientemente como la más fructífera y con mayores seguidores, según la cual los principios son normas que pueden entrar en colisión y que han de ponderarse entre sí; en ese sentido son argumentos a favor de juicios normativos y no normas que ordenen directamente la conducta<sup>220</sup>. En efecto, los principios, al no determinar —fuera de la posibilidad analítica de que se presente una oportunidad para ello— cuáles son las condiciones en las que debe (o puede) realizarse la conducta prescrita en su consecuente, no pueden evitar que, en muchas circunstancias, se dé una oportunidad para realizar el contenido de un cierto principio y, también y al mismo tiempo, el contenido de algún otro principio que resulte incompatible con el primero, nos advierte Ferrajoli<sup>221</sup>.

Entonces, al ser considerados los principios como mandatos de optimización, entonces se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diversos grados y la medida de su cumplimiento depende tanto de las posibilidades reales como también de las jurídicas, a diferencia de las normas que no son directrices que sí requieren de un exacto nivel de cumplimiento<sup>222</sup>.

Si entendemos que la norma jurídica se integra por tres elementos, a saber: a) un supuesto de hecho o determinación fáctica, b) un nexo deóntico o enlace de deber ser, y, c)

<sup>218</sup> Vigo, Rodolfo L. *Op. Cit.*, nota 169, p. 101.

<sup>219</sup> *Ibidem*.

<sup>220</sup> Al respecto Sieckmann, Jan-R., *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 28.

<sup>221</sup> Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.*, nota 204, p. 41.

<sup>222</sup> Al respecto Prieto Sanchís, Luis, *Op. Cit.*, nota 198, pp. 90 y 91.

la consecuencia jurídica, tenemos que los principios son normas que carecen, o presentan fragmentariamente, del primer elemento. Por ello, no se puede saber con certeza cuándo han de aplicarse y, por lo tanto, como lo afirma Prieto Sanchís, las reglas son normas cerradas y los principios normas abiertas<sup>223</sup>.

Lo señalado en el párrafo anterior resulta importante en el trabajo de investigación pues los principios, al ser considerados normas abiertas, expresan derechos, y resultan justiciables o propios de la actividad jurisdiccional. En cambio, si consideramos a los principios como mandatos de optimización, entonces manifiestan intereses, lo que los inscribe en el ámbito de la política o de la legislación. Si se pretende aplicar un principio abierto, se invoca a un derecho y la tarea de "cerrarlo" es una actividad típica de los órganos jurisdiccionales pues se trata de concretar el supuesto de hecho al que le resulta aplicable una norma ya existente con anterioridad. Por su parte, procurar la aplicación de una directriz es defender un interés o programa político, pues esto supone que se pronuncie una norma que establezca los medios para alcanzar un fin valioso.

La importancia de estos señalamientos para la tesis radica en que, por lo novedoso del sistema penal acusatorio, y las contradicciones que tiene el modelo implementado, se requiere de la integración de una teoría o dogmática procesal penal impulsada desde los principios que le dan identificación a la reforma de 2008 pues, hasta la fecha, se carece de estas columnas y marco de actuación que eviten el desbordamiento del sistema en ambigüedades o incongruencias que le desnaturalicen. En la parte del sistema probatorio, resulta fundamental avocarse a la tarea previamente señalada y no puede realizarse ello, si no se cuenta con las distinciones conceptuales y operativas tratadas en el presente apartado.

Entonces, si los principios constitucionales son directrices elementales para mantener la vigencia de la Constitución, podemos considerar que aquellos mínimamente son los siguientes: soberanía, derechos humanos, separación de poderes, régimen federal, sistema representativo, renovación de poderes vía democrática en elecciones libres, protección de la

---

<sup>223</sup> *Idem*, p. 92.

seguridad y paz públicas, educación básica laica y obligatoria, juicio de amparo (de garantías) y separación de Estado y de Iglesias.

Como se ha visto, en los recientes años, los principios jurídicos han merecido la atención de muchos autores, que han reflexionado acerca de su relevancia para la construcción de una teoría del Derecho y su importancia en el razonamiento jurídico. Y si consideramos que en la realidad el sistema procesal penal acusatorio apenas se está construyendo en la república mexicana; que este esquema procesal tiene una significativa raigambre de un Estado constitucional de Derecho, y con ello, aparentemente de corte principalista; entonces resulta indispensable atender en esta parte de la investigación, aunque sea de manera sintética, aspectos sobre cuáles son sus principales características de los principios, cómo operan y cómo se distinguen de las reglas de derecho. También es importante destacar inicialmente que, unos son los principios que rigen la estructura de la Constitución y otros los principios generales de Derecho.

#### **1.3.1.2. Cualidades de los principios en cuanto a ser considerados normas fundamentales y sus diferencias con otras normas jurídicas.**

Ricardo Guastini<sup>224</sup> ha distinguido, en primer término, que los principios, en cuanto a la posición que tienen frente al sistema jurídico, cuentan con las siguientes cualidades:

- a) Se estiman normas fundamentales que caracterizan al sistema jurídico de que se trata, (aunque puede referirse también de uno de sus subsistemas –por ejemplo, el Derecho procesal penal–), ello considerando que por sí mismos permiten identificar la fisonomía del sistema al ser uno de sus elementos primordiales;
- b) Otorgan una justificación ética–política, es decir, axiológica a otras muchas otras normas integrantes del sistema, y;
- c) Al ser considerados en la cultura jurídica como axiomas o normas justas o correctas, entonces no se les exige ninguna justificación ética o política.

---

<sup>224</sup> Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, España, Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, pp. 74 a 77.

Otra característica, es que se estima que los principios son normas estructuralmente indeterminadas, considerando para ello el contenido de las normas y/o su estructura normativa.

Para Guastini un principio es una norma estructuralmente "indeterminada". Aun y cuando toda norma jurídica es indeterminada, en el caso de los principios esa indeterminación es muy peculiar y puede asumir dos caracteres diferentes: a) el carácter "derrotable" y, b) el carácter genérico.

El referido autor nos señala que, el carácter "derrotable" o "inderrotable" versa sobre el aspecto de que los hechos regulados, produzcan o no una consecuencia jurídica que la propia norma establezca. Si establece de manera completa y exhaustiva la consecuencia jurídica prevista, entonces será una norma "inderrotable" y, como tal, estaremos en presencia de una regla. Por otro lado, cuando no se establecen todos los hechos condicionantes, o no se prevén todas las excepciones, estamos frente a una norma "derrotable", es decir, un principio.

Por su parte, Zagrebelsky señala que la palabra "norma" alude a que algo deba ser o producirse; en particular, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Y que, al separarse los conceptos de ley, derechos y justicia, resulta importante distinguir lo que son las reglas de lo que son los principios. Así, establece que, en el derecho actual, las normas legislativas prevalentemente son reglas, en tanto que, las normas constitucionales sobre los derechos y sobre la justicia son principios; por tanto, distinguir los principios de las reglas significa distinguir la Constitución de la ley<sup>225</sup>.

Por otro lado, la generalidad de la norma determina si es una regla (cuando es precisa y susceptible de ser aplicada a los casos concretos de manera inmediata) o es un principio (si requiere la formulación de otras normas que le concreten, la actualicen o le den ejecución, sin lo cual no será apta para resolver casos concretos). Esa acción consistente en la

---

<sup>225</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *Op. Cit.*, nota 172, pp. 109 y 110.

concreción, actualización o ejecución se puede presentar de maneras diversas o incluso alternativas, pero no siempre las mismas.

Otra metodología para distinguir los principios y las reglas la explica Romero Martínez<sup>226</sup>, quien señala que aun y cuando los principios como las reglas comparten el ser normas jurídicas imprecisas y ambiguas --más los primeros--, tienen diferencias estructurales que modifican su forma de aplicación y cumplimiento. El principio tiene carácter abierto pues no puede enlazarse a una consecuencia jurídica preestablecida, ello por su estructura flexible que le permite aplicarse en supuestos variados e incluso divergentes. En cambio, las reglas sí tienen carácter cerrado y por ello concluyen una consecuencia causal a la subsunción del supuesto jurídico que contemplan. Así, las reglas se aplican a través de la operación de la subsunción, y los principios desde la optimización, con el método de la ponderación para resolver la colisión cuando se presenta, entre dos o más principios.

Para Dworkin, citado por Romero Martínez<sup>227</sup>, las reglas jurídicas son proposiciones que obligan, prohíben o permiten determinada conducta, y su diferencia con los principios es de tipo aplicativo, ya que las reglas tienen una orientación silogística. Si se cumplen las circunstancias estatuidas por ésta, debe aplicarse la consecuencia prevista. Pero, que los principios no establecen consecuencias y tienen que ponderarse unos con otros, y no exigen una particular determinación.

La colisión entre principios se resuelve a través de la ponderación, esta operación conlleva a que uno de los principios no se aplique, empero no es expulsado del sistema jurídico. En cambio, cuando se da un conflicto entre las reglas, se da una justificación de la decisión de tipo interno y una de ellas se declara inválida y puede ser expulsada del sistema jurídico o declarada una excepción a la regla que prevaleció.

Finalmente, se concluye que lo que hace que una norma sea una regla o un principio no es su enunciado lingüístico, sino precisamente la forma de resolución de sus eventuales

---

<sup>226</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, *Op. Cit.*, nota 167, pp. 49 y 50.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 43.



conflictos: Si choca con una determinada norma cede siempre o triunfa siempre, entonces estaremos en presencia de una regla; en cambio, si al colisionar con otra norma condesciende o triunfa según los casos, estaremos ante un principio. Así, las normas serán reglas si una se aplica como excepción a otra, y serán principios si depende de una ponderación de las condiciones del caso en particular<sup>228</sup>.

La importancia de la ponderación en el Derecho contemporáneo se explica por el vasto contenido material de principios y de derechos fundamentales que se han inscrito en la Constitución y en el ordenamiento jurídico en toda su extensión, desde la posguerra del segundo gran conflicto mundial hasta la fecha, algunos de ellos inclusive con directrices contradictorias, en donde el modelo tradicional de resolver estos desencuentros resulta ineficaz. Prieto Sanchís afirma que "la conservación íntegra de la Constitución exige ponderar porque sólo así es posible conservar en pie de igualdad abstracta normas o derechos que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural que, sin embargo, se requiere unida y consensuada respecto a la Constitución"<sup>229</sup>.

Zagreblesky puntualiza que con la palabra "norma" se indica que algo debe ser o producirse. También señala que si el Derecho actual se compone de reglas y principios como expresión de las normas se debe distinguir unas de otras y al respecto propone que las normas legislativas son prevalentemente reglas, en tanto que las normas constitucionales respecto de derechos y de justicia son principios, lo que permite distinguir a la Constitución de la ley.

En esta distinción, detalla que los principios desempeñan un papel constitutivo del orden jurídico, en tanto que las reglas se agotan en sí mismas, con lo que se entiende que no constituyen elementos con fuerza constitutiva fuera del campo que ellas mismas significan. Así pues, concluye que "las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, o podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas", en tanto que los principios "directamente no nos dicen nada

---

<sup>228</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Op. Cit.*, nota 198, pp. 95 y 96.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 99.

a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas”<sup>230</sup>.

A este tipo de constitucionalismo Ferrajoli lo etiqueta como principalista y argumentativo, identificable con el realismo y el “neopandectismo”, de clara matriz anglosajona, antagonista del positivismo jurídico y de la separación entre derecho y moral. También advierte que al ser los métodos de la ponderación y la argumentación la herramienta fundamental del operador jurídico, la concepción del derecho se torna en una “práctica social” confiada a los órganos jurisdiccionales, los que al final del día son quienes hacen el derecho<sup>231</sup>. Esta postura fortalece las tesis de nuestra investigación pues incide en la idea que el modelo procesal adoptado tiene profundas raíces sajonas que no se han difundido ni comprendido adecuadamente en nuestra realidad para la adecuada concepción y materialización del sistema penal acusatorio vigente y requiere de una justa ordenación conceptual y material.

Ahondando en el tema de la ponderación, se ha cuestionado y reprochado que el juzgador carece de parámetros mínimos empíricos o estructuras jurídicas que lo conduzcan en la ponderación y argumentación con base en los principios jurídicos –sobre todo si son funcionarios con poca experiencia profesional o vivencial, y formados en estructuras burocráticas judiciales en donde se aplica o aplicaba un sistema de corte legalista, en los cuales es muy común el uso de “plantillas” (coloquialmente llamados “*machotes*”) –; por la carencia de una jerarquía de principios que determine el peso o medida que deben corresponderle a los principios que colisionan y deben ser ponderados. Dagdug Kalife, advierte que en el CNPP se establece de forma asistemática y arbitraria un capítulo de derechos fundamentales en el procedimiento penal<sup>232</sup>; la inexistencia de objetividad en la fijación del grado de afectación e importancia de los principios en tensión (en decenas de resoluciones los juzgadores anteponen los intereses de los imputados sobre los de las víctimas u ofendidos del delito por una mal entendida diferencia con el Ministerio Público como

<sup>230</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *Op. Cit.*, nota 172, pp. 109 y 110.

<sup>231</sup> Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.*, nota 204, p. 99.

<sup>232</sup> Véase Dagdug Kalife, Alfredo, *Manual de Derecho procesal penal. Teoría y práctica conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, INACIPE, UBIJUS, 2016, p. 38.

órganos técnicos del procedimiento); la ausencia de un nivel de previsibilidad de los resultados o expectativas de la ponderación, y; la afectación que puede representar la ponderación a los principios democráticos de solución de controversias.

Las anteriores afirmaciones encuentran coincidencia con Ferrajoli cuando este tratadista se refiere a los conflictos entre principios y ponderación, en donde critica abiertamente la idea consistente en que los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no de aplicación o, lo que es peor, que pueden ser ponderados con principios morales inventados por los jueces, pues ello genera evidentemente un peligro para la independencia de la jurisdicción y para su legitimación política, lo que crea la posibilidad de anular la separación de poderes<sup>233</sup>. Por lo tanto, sostiene que el paradigma garantista del constitucionalismo rígido requiere que el poder judicial sea lo más limitado posible y vinculado por la ley y por la Constitución pues los jueces no tienen el papel de balancear normas, si no las circunstancias de hecho que justifican, o no, la aplicación, o no, de las mismas<sup>234</sup>.

Otro problema con la alternativa de la ponderación, que está diseñada para los casos de colisión de principios como se ha indicado previamente, es que lleva a la limitación de un derecho fundamental, aunque esto amparado con un fin constitucionalmente legítimo. Además, en este estándar de análisis, la ponderación, requiere que el juzgador acompañe a su argumento decisorio los test de proporcionalidad y los argumentos claros respecto a su posición y resolución. En capítulo posterior, al tratarse el tema de la valoración probatoria a la luz de la sana crítica, como se exige ahora desde la propia Constitución, se retomará este relevante tema particularizando sobre estos puntos pues me resulta concluyente que es un punto de la actividad jurisdiccional en el que no se ha logrado transformar las antiguas prácticas justificatorias en las decisiones judiciales inmovilizadas a formulismos sacramentales.

## **2. El Estado constitucional de Derecho en México.**

---

<sup>233</sup> Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.*, nota 204, pp. 150 y 151.

<sup>234</sup> *Ibidem*, pp. 165 y 166.

Como notas características del Estado constitucional de Derecho en México, encontramos que la CPEUM, en el artículo 133 establece la supremacía formal respecto de cualquier otra norma prescribiéndose 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. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

A partir de la última década del siglo XX a la fecha, se han venido presentando reformas estructurales normativas y materiales en la consolidación de este modelo de Estado constitucional de Derecho en el país. Como muestra se tiene la conformación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos; la ampliación de las facultades del Poder Judicial de la Federación, y en repetición de las entidades federativas; la integración de los Consejos de los Poderes Judiciales; el surgimiento del Instituto Federal Electoral y la convalidación de la autonomía del Banco de México, entre otros, y con reformas en materia de derechos humanos y de amparo en el año 2011, de seguridad pública y del sistema de justicia penal en 2008 y en 2013.

En el artículo 25 constitucional, se regula un eje metodológico materialista en el que se puntualizan a los poderes del Estado los mandatos acerca de qué y cómo deben decidir, y no sólo la tradicional forma de organizarse, lo que constituye el punto referencial de la actuación de todo el Estado mexicano. Al respecto se señala:

“Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución...”.

Como puede colegirse, el mandato de supremacía formal previsto en el artículo 133, cuenta con determinados principios (que, si bien expresamente no son intitulados como tales, sí lo son al otorgárseles carácter de mandato de optimización a tales preceptos constitucionales) como referentes para su despliegue programático.

Romero Martínez señala que algunos constitucionalistas han afirmado que los pilares de la CPEUM, que se pueden identificar con los principios constitucionales, básicamente son siete: soberanía, derechos humanos, separación entre poderes públicos, sistema

representativo, régimen federal, juicio de garantías y la supremacía del Estado sobre las iglesias<sup>235</sup>.

Deberá estarse de acuerdo que la CPEUM cuenta con un modelo garantista desde el momento en que contiene un catálogo de derechos fundamentales, así como los institutos jurídicos que establecen un sistema de límites y vínculos sustanciales para su tutela y preservación.

Para esclarecer a que nos referimos cuando se aborda el concepto “garantismo” como aquellos medios de defensa de los derechos fundamentales contra las agresiones de otros individuos o poderes públicos, tenemos que hacer mención necesaria, aunque sea de manera sucinta a uno de los autores de mayor influencia y prestigio sobre el tema en el mundo jurídico latino, específicamente a Luigi Ferrajoli<sup>236</sup>. Este nos señala que “garantía” es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo. Que, en su sentido originario en el derecho romano, en concreto en el Derecho civil, debe entenderse como un tipo de instituto dirigido a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales<sup>237</sup>.

Por otro lado, acota que la ampliación de su significado y la implementación del neologismo “garantismo” para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales es de reciente data. Dicha ampliación se produjo en el ámbito del Derecho penal, de manera concreta en la segunda mitad de los años setenta del siglo XX, ello como una respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que en ese tiempo habían adelgazado el de por sí endeble sistema de garantías procesales en este ámbito. Además, afirma que la conceptualización de este tipo de garantismo se puede extender a todo el campo de los derechos subjetivos y a todo el conjunto de poderes, sean estos públicos o privados, estatales o internacionales<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, *Op. Cit.*, nota 167, pp. 53 y 54.

<sup>236</sup> Se hace esta distinción pues otros autores reconocidos en el tema evocan a Ferrajoli. Así, Marina Gascón Avellán en Gascón Abellán, Marina y García Figueroa Alfonso J., *Op. Cit.*, nota 170, p. 27 y sigs. y Romero Martínez, Juan Manuel, *Op. Cit.*, nota 169, pp. 33 y sigs.

<sup>237</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010, p. 60.

<sup>238</sup> *Ibidem*, pp. 61 y 62.

De esta manera, el garantismo<sup>239</sup> implica el establecimiento de medios de defensa de los derechos fundamentales contra las agresiones de otros individuos o poderes públicos, a fin de maximizar su realización y minimizar su afectación por aquello de la inevitable limitación temporal de los derechos en caso de colisión entre ellos, entonces debemos concluir que a la CPEUM se le puede ubicar en la categoría de ser garantista.

En el sistema jurídico nacional existe una buena cantidad de instituciones jurídicas tanto de orden sustantivo como procedimental, y mecanismos que se contemplan en la propia CPEUM, que sirven para prevenir violaciones y resguardar el orden jurídico, garantizando la prevalencia y efectividad de los derechos fundamentales y de la propia Constitución<sup>240</sup>. Para evitar las antinomias, convive un sistema garantista híbrido de control de regularidad constitucional difuso y concentrado que exige a los órganos jurisdiccionales el vigilar por la supremacía de las disposiciones contempladas en la Constitución.

Se puede afirmar entonces que el garantismo permite la protección y vigencia de la Constitución y de las libertades individuales. Las garantías que previamente mencioné son mecanismos necesarios que propician la efectividad o el respeto de la Constitución y los derechos fundamentales en el terreno jurídico en el caso de ser transgredidas por otros individuos o por los poderes públicos, lo que, a su vez, lo convierte en el soporte de la seguridad jurídica.

De lo planteado, también se puede afirmar que formalmente el modelo de Estado constitucional de Derecho que rige en la república mexicana es el coincidente con un Estado constitucional de Derecho. No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver

---

<sup>239</sup> En la elaboración de este párrafo se adopta la afirmación de Marina Gascón Avellán, "*La teoría general del garantismo: rasgos principales*", citada por Romero Martínez, Juan Manuel, *Op. Cit.*, nota 167, p. 32.

<sup>240</sup> Así se cuenta con el juicio de amparo (artículos 103 y 107), las controversias constitucionales (artículo 105, fracción I), acciones de inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II), la queja ante organismos autónomos protectores de los derechos humanos (artículo 102, apartado B), el juicio político (artículo 110), mecanismos de control concentrado y difuso de la Constitución (artículo 133), juicio de revisión constitucional electoral (artículo 99, párrafo cuarto, fracción III), y, juicio para la protección de los derechos político electorales de los ciudadanos (artículo 99, párrafo cuarto, fracción V).



la contradicción de tesis 293/2011<sup>241</sup>, aprobada por unanimidad de diez votos, concluyó que las restricciones y limitaciones de derechos humanos previstos en la CPEUM prevalecen sobre lo dispuesto en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Lo anterior marca un claro retroceso en la ampliación del espectro de salvaguarda y protección de los derechos fundamentales. También robustece la idea consistente en que el Estado mexicano adopta las tendencias jurídicas relevantes por apariencia, cuando no de manera obligada, como una función declarada más que por convicción en el fortalecimiento del Estado de Derecho y del respeto a los derechos fundamentales de los habitantes del país. Estas vacilantes posturas y reacciones inmediatamente evidencian la crisis del Estado mexicano y la obsesión de las clases en el poder para conservar el *status quo*, actuando siempre de la misma forma, ajustando o simulando su actuar ante las variantes de la normatividad diversa.

## **2.1. El Estado como garante de la seguridad pública y la justicia penal en México.**

En el artículo 21 de la CPEUM<sup>242</sup> se establece el término de seguridad pública, definido como una función a cargo de los distintos órdenes de gobierno, que comprende desde la prevención de los delitos, la investigación y persecución de los mismos, así como la sanción de las infracciones administrativas.

Existe una ley general que regula el artículo 21, la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública<sup>243</sup>, en la cual se amplía el alcance de los fines de la seguridad pública, comprendiéndose también el salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos y comprende la prevención especial y general de los delitos, la investigación para hacerla efectiva, la sanción de las infracciones

---

<sup>241</sup> Tesis P./J. 20/2014 (10<sup>o</sup>). *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril 2014, p. 202.

<sup>242</sup> Su última reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

<sup>243</sup> La más reciente Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública data del 02 de enero de 2009 —en la reforma de 2008 en materia de seguridad pública y del sistema de justicia penal se establecieron 6 meses a partir de la entrada en vigencia de tal reforma constitucional para que se hicieran las adecuaciones a la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Pública— y la más reciente reforma que ha tenido es del 29 de octubre de 2013.

administrativas, así como la investigación y la persecución de los delitos y la reinserción social del individuo. De esta manera, se advierte que sus fines comprende a todas las instancias que tienen que ver con el sistema de seguridad pública preventiva y del sistema de justicia penal, sus orientaciones, y enmarca la política criminal declarada del Estado mexicano para brindar seguridad a los habitantes de la república.

De esta suerte, al plantearse a la cuestión criminal desde la política, se concluye que su solución tiene que ver con el poder de definir respuestas dentro de la sociedad y, por lo mismo, de administrar y de organizar (en el caso la cuestión criminal). Ahora bien, la política criminal no es única, sino que puede haber varias, distintas incluso; ello, en función de la manera en la que está repartido el poder y las posibilidades y perspectivas que cada una de las agencias que integran el sistema tengan para actuar en el cumplimiento de sus atribuciones y sus fines. En el capítulo anterior revisé las relaciones entre la política criminal, el derecho penal, el derecho procesal penal y la criminología, destacando como estas ciencias o conocimientos no pueden pensarse como algo autónomos y válidos en sí mismos, pero que en la suma, —en la óptica de la cuestión criminal desde la política—, requieren ser considerados un todo para estructurar el sistema de control social formal más severo que hay en la sociedad, y por ello se requiere contar con un grupo de normas, instancias, instituciones y operadores sociales, más o menos coherentes.

Con lo señalado en el párrafo precedente, me interesa delimitar brevemente la política criminal que se debe presentar en el Estado mexicano<sup>244</sup>, es decir, en un Estado que, al ser de Derecho, social y democrático debe tener como fundamento la igualdad, la libertad y la transparencia.

## **2.2. Política criminal y la realidad.**

La política criminal debe partir de la realidad, sin embargo, debemos concluir que el principio de igualdad en que se funda el Estado mexicano no es una realidad, sino que cuando

---

<sup>244</sup> En el capítulo I se hizo un análisis más extenso de la situación que guardan las distintas agencias y operadores que conforman el sistema de justicia penal en México.

mucho conforma un programa. Es innegable que en nuestro país hay discriminación y de la misma forma hay una desigual distribución de la criminalización, es decir, del poder de definir lo criminal, lo delincencial<sup>245</sup>.

Dada la ya manifestada distribución desigual de la criminalización, el sistema de justicia penal puede ser considerado como un sistema de control social formal criminalizador y criminógeno que genera amplios márgenes de violencia, lo que obliga a su constante revisión, para intentar preservar y hacer vigente el principio de igualdad.

La construcción teórica de la igualdad se puede plantear como un principio o como un derecho<sup>246</sup> que demanda ciertos enfoques, reivindicaciones y contenidos sustantivos en las sentencias, y cuando se ignoran dichas demandas se presentan la discriminación y la exclusión que atentan contra la dignidad esencial de la persona.

Como principio, la igualdad debe emplearse como una guía hermenéutica en la elaboración, interpretación y aplicación del derecho. Como derecho, conforma una herramienta subjetiva para acceder a la justicia al brindar a las personas la titularidad para reclamar, por distintas vías, la realización efectiva de la paridad en el ejercicio del resto de los derechos.

Se considera que la igualdad es un concepto relacional y para dotarlo de contenido deben tomarse en consideración puntos de referencia, ya que para establecer si hay una violación al derecho a la igualdad se requiere un juicio de comparación que se efectúa entre personas, desde perspectivas de su situación particular y del contexto en general, el cual debe

---

<sup>245</sup> A guisa de ejemplo, revisando la conformación de la población de los Centros de Reinserción Social del Estado de Guanajuato al mes de enero de 2018, encontramos que el 33.78% de la población está procesada o condenada por el delito de robo, el 20.47% por homicidio, el 13.71% por delitos contra la salud, lo que integra el 67.96%, lo que nos permite concluir, aunque sea provisionalmente, que se sanciona penalmente a sectores de la población desfavorecidos social y económicamente. Otro tanto encontramos en que a los jóvenes se les excluya del sistema penal de mayores, pero al mismo tiempo se constituya un derecho penal juvenil que antes sólo incluía a quienes habían cumplido 16 o 18 años —edad mínima para la construcción formal de la imputabilidad—, según la legislación correspondiente, pero hoy se amplifica el espectro clientelar hasta los jóvenes que han cumplido los 12 años.

<sup>246</sup> Al respecto se puede consultar en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, 2013, p. 29 y sigs.

ser interpretado desde el punto de referencia de los derechos humanos y la autonomía de las personas –reconociendo siempre la validez de una pluralidad de proyectos posibles–.

### **2.3. Política criminal y libertad personal.**

El programa político criminal debe estar dirigido a establecer el máximo de espacios de libertad a las personas en su relación con el sistema. En estos términos, el poder penal no puede configurarse de tal manera que excluya el ejercicio de los derechos de una persona o lo elimine como tal.

La seguridad pública no se puede convertir, con el pretexto de situaciones de emergencia, en una violación constante a los derechos fundamentales o en una informadora de una política criminal destinada a su aprecio o apego. No hay una equivalencia entre seguridad (orden) y libertad pues aquellos son sólo presupuestos para una mayor amplitud de la última y, por tanto, no pueden ser configuradas de manera que la restrinjan.

Un claro ejemplo de ello lo tenemos con el papel que han desplegado las fuerzas armadas (Ejército, Marina y Fuerza Aérea Mexicanas) en su intervención en materia de seguridad pública en el país.

Desde la década de los años 70's del siglo XX, las intervenciones de las fuerzas armadas en materia de seguridad interior han evolucionado con la propia concepción de seguridad nacional en el ordenamiento y doctrina del Estado mexicano. Una vez que pasaron los años de la guerra fría, en donde la misión de las fuerzas armadas era la de enfrentar posibles amenazas generadas por Estados extranjeros y otros sujetos de derecho internacional, se les incursionó en la tarea de enfrentar amenazas emergentes de naturaleza no estatal como el narcotráfico, el terrorismo, la trata de personas e incluso hasta en temas vinculados con el cambio climático en épocas más cercanas.

Las fuerzas armadas tienen como mandatos constitucional y legal primordiales la defensa exterior y seguridad interior del país, así como preservar la integridad territorial, la

independencia y soberanía de la nación. Por disposición legal, los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina son partes integrantes del Consejo de Seguridad Nacional (establecido desde 2004) y en el Consejo Nacional de Seguridad Pública (instituido desde 1996 como heredero de la Coordinación de Seguridad Pública de la Nación establecida en 1994).

Durante la última década del siglo pasado y las primeras dos del siglo XXI, ante el crecimiento desmesurado cualitativa y cuantitativamente de la violencia criminal de todo tipo, sumado a la crisis de la confianza institucional y corrupción en las instituciones de seguridad pública y procuración de justicia tanto a nivel local como federal, los presidentes de la república desde el periodo de Carlos Salinas de Gortari hasta el más actual de Enrique Peña Nieto, pasando también por las administraciones panistas de Vicente Fox y de Felipe Calderón, ordenaron el despliegue de la fuerza armada permanente, tanto en funciones y misiones relativas a la seguridad interior, verificación en materia de armas y explosivos, así como de apoyo a las funciones civiles en materia de seguridad pública.

No obstante, se debe señalar que: a) desde la década de los años cuarenta, se les había insertado en campañas de erradicación de cultivos ilícitos, b) en la década de los años setenta, la llamada Operación Cóndor incluyó un despliegue vasto de elementos para combatir al narcotráfico, particularmente en el noroeste del país y, c) durante la administración de Vicente Fox, las fuerzas armadas fueron movilizadas en operaciones de corto plazo para restablecer las condiciones de seguridad en algunas localidades (el llamado operativo México seguro). Sin embargo, en esa época todas las intervenciones tenían dos características básicas: 1) la misión estaba estrechamente delimitada y, 2) las intervenciones eran de corto plazo (salvo las campañas permanentes de erradicación de cultivos). Eso cambió abruptamente a partir de 2006 con la administración de Felipe Calderón: a) las operaciones dejaron de tener plazos perentorios y la presencia de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública se convirtió en algo permanente en muchos Estados de la república, b) en múltiples casos las fuerzas armadas llegaron a suplir, no necesariamente complementar, a las corporaciones policiales preventivas municipales y estatales y, c) el mandato dejó de estar acotado.

Ese nuevo modelo de intervención, iniciado como se señaló, en la administración de Felipe Calderón y ha sido continuado bajo la administración de Enrique Peña Nieto, aunque con él se creó un conflicto político legal de compleja solución: a) en la ausencia de corporaciones policiales locales y estatales competentes, las fuerzas armadas no pueden retirarse sin que se conforme un riesgo social consistente de dejar indefensa a la población frente al crimen organizado; b) la presencia de las fuerzas armadas (o de la Policía Federal) ha reducido en muchos casos los incentivos de los actores políticos locales y estatales para construir corporaciones policiales propias. Además del problema político, el modelo de intervención previamente señalado, generó un problema constitucional y legal.

Hasta la fecha, ha existido justificación constitucional para la participación de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública sostenida por criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sin embargo, las permanentes violaciones en materia de derechos humanos por el actuar del personal castrense, así como interpretaciones divergentes del marco constitucional y la falta de un marco legal secundario han generado un clima de inseguridad jurídica sobre el cómo, cuándo y cuánto tiempo pueden operar las fuerzas armadas en apoyo o sustitución a las autoridades civiles. Recordemos que el 90% de las condenas internacionales al Estado mexicano por violación a derechos fundamentales han sido por la intervención ilegal de personal militar. Por ello, los altos jefes militares vienen pugnando por una nueva ley en materia de seguridad interior que allane la intervención en las tareas mencionadas sin que implique responsabilidades para ellos.

Figuras como la respuesta inmediata a situaciones de supuesto riesgo, evaluado unilateralmente por el propio personal militar, que puede ser enfrentado empleando personal y armamento, además del uso ilimitado de la fuerza con el que en ese momento se cuenta, ha generado más de un episodio de violación a derechos fundamentales, cuando no, también, la comisión de atroces delitos<sup>247</sup>, y por ello los militares exigen contar con un marco legal que

---

<sup>247</sup> Entre otros, en la comunidad de San Pedro Limón en el municipio de Tlataya, del Estado de México el 30 de junio de 2014 en donde, según la Comisión Nacional de Derechos Humanos, militares ejecutaron a veintidós personas, o la balacera desde un helicóptero de la Marina Armada de México el 09 de febrero de 2017 en Tepic, Nayarit, o la familia de Reynosa, Tamaulipas abatida por personal militar el 5 de abril de 2018 al ser confundida con delincuentes.



posibilite su impunidad en respuesta a la supuesta solución a la situación de emergencia en seguridad que originara su intervención, amén de un inexplicable sentimiento de inseguridad que ahora arguyen tener, entre otros aspectos similares son los que están impulsando en ese proyecto de ley.

Definitivamente eso es un riesgo para la población civil, aparte de que con más de medio siglo materialmente en tareas de seguridad pública no pueden justificar ni explicar su ineficacia en muchas de las tareas que les han sido encomendadas o que se han autoimpuesto.

#### **2.4. Política criminal y poder de definición de la violencia.**

En un Estado constitucional de Derecho debe existir una socialización del poder de definición dentro del conflicto penal.

El modelo de proceso penal en un Estado constitucional de Derecho debe solucionar el conflicto penal regresando a las partes involucradas la solución del mismo, intensificando las formas previstas en los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Paradójicamente, en la esencia misma del sistema de justicia penal radica su deslegitimación, ello en la medida que siempre implica una explícita violencia sobre las personas y, consecuentemente, una contradicción con la finalidad buscada, que es la no violencia. Por lo tanto, la violencia ejercida debería ser la mínima necesaria en sí misma. Esto excluiría la violencia en sus manifestaciones duras, irracionales, como por ejemplo la pena privativa de libertad, dígase vitalicia, perpetua, los métodos de investigación que implican tortura o incomunicación, el arraigo como medida cautelar personal, entre otros.

#### **2.5. Política criminal y transparencia.**

El sistema requiere de mayor transparencia en la evaluación y rendición de cuentas sobre indicadores de gestión objetivos y justificables.

La reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal de 2008, formalmente ha sido implementada en todo el país desde el 18 de junio de 2016. En ocho años se han dado avances y retrocesos en su culminación normativa, operativa, presupuestal, de manera significativa en la materialización y funcionalidad de las audiencias que se despliegan en los distintos procedimientos contemplados en el Código Nacional de Procedimientos Penales, así como en el nivel de capacitación y especialización de sus operadores.

Para no incurrir en los vicios del pasado, sobre todo en la posibilidad de regresar a esquemas superados, se hace indispensable establecer la evaluación y rendición de cuentas del estado real de los avances y prospectivas del sistema de justicia penal sobre indicadores de gestión objetivos y justificables.

Esta tarea de mejora y medición del sistema penal acusatorio, con el objetivo de hacerlo más democrático y establecer un orden subyacente real que le oriente para cumplir con sus fines, se puede dividir en cuatro fases: Una inicial, relacionada con la oralidad, la transparencia y la celeridad de las audiencias; la segunda, debe versar sobre la racionalidad de la respuesta penal y la mejora de la calidad de las decisiones; la tercera, con la mejora en la utilización de los recursos, la explicitación de metas y la incorporación de indicadores a los operadores del sistema y; la cuarta, referida al mejoramiento de la investigación penal.

#### **2.5.1. Etapa inicial.**

Debemos estar de acuerdo que el sistema penal acusatorio y oral se decidió su implementación cuando la criminalidad en todas sus manifestaciones ya estaba instalada y desbordada, no pudiendo negarse que las distintas agencias de seguridad, procuración y administración de justicia estaban rebasadas y ya no la podían abordar y combatir eficazmente; entonces, no puede presuponerse que con solamente su operatividad pueda lograrse su disminución, o su administración con resultados palpables en términos de temporalidad inmediata.

Con la perspectiva de que la reforma pueda sostenerse en tanto se comprende de mejor manera su naturaleza y alcances, y no se produzca una regresión derivada de ansiedades políticas, debe explicitarse que la reforma procesal penal encierra en sí tres reformas: La propiamente procesal, la cual además requiere, primaria y sucesivamente, de la modernización del Estado mexicano y la indispensable mejora del sistema de investigación del delito en sus facetas preventiva y operativa. Se requiere cuestionar si existe voluntad y tiempo para encararlas todas en términos de eficacia y de legitimidad ya que, para ser exitosa la reforma debe serlo desde las perspectivas jurídica y económica, lo que en ocasiones se confronta con la racionalidad cultural y la ciudadana, ajustadas o acostumbradas, a otra lógica, dinámica y expectativas.

Por ello, aparte de la instauración formal y material del sistema de audiencias bajo el cual se desarrolla la oralidad como metodología básica, y con la experiencia lograda desde su instauración –desde 2007 en el Estado de Chihuahua previo a la reforma constitucional a la fecha– se puede advertir que: a) se requiere de la estructuración de un modelo de debate y ejercicio del contradictorio más interactivo, menos riguroso y sacramental como el que a la fecha se despliega; b) nuevos modelos de audiencia, puesto que todo tipo de audiencias se desarrolla bajo la misma lógica formal, pudiendo generar otros que permitan mejores resultados que, entre otros aspectos, no colapsen las agendas del sistema de gestión ni desaprovechen los escasos recursos humanos de los operadores del sistema que se han especializado en la materia; c) se logre un efectivo acceso del ciudadano y los medios de comunicación a las audiencias que legalmente puedan presenciar, y; d) la búsqueda y aplicación de soluciones tempranas al conflicto penal.

Al respecto, brevemente se puede acotar que la publicidad, que en términos sencillos significa que las actuaciones dentro de un procedimiento penal deben realizarse “a puertas abiertas”, implica que cualquier persona pueda ingresar a la sala de audiencias y observar lo que en ella ocurre, erigiéndose entonces en un mecanismo de control ciudadano y de las partes para fiscalizar el adecuado comportamiento de los jueces, el ejercicio idóneo de la defensa y del contradictorio y, que los juicios se desarrollen conforme al debido proceso.

No obstante, no debe perderse de vista que el fundamento y el régimen de control de todas las instituciones procesales adquieren su razón y sentido en relación al juicio. Sus funciones, en el sentido político y en el técnico, las podemos circunscribir a que las partes y las instituciones procesales existen para preparar el juicio, para desarrollarlo o para asegurar su control, lo que debemos entender como una centralidad estratégica del juicio oral.

En el sistema de audiencias, el proceso de depuración de la información es el criterio que gobierna todo el tema de la producción de la prueba, lo cual es uno de los aspectos medulares de esta investigación. La idea del contradictorio es que la mejor forma de depurar información es que todas las versiones puedan ser objeto de cuestionamientos por parte de aquel a quien perjudica. Como el juez recibe información cuya calidad no puede corroborar, en aras del contradictorio, permite que las partes demuestren los déficit, errores o distorsiones que presenta su contraparte, por ello, lo que se requiere controlar es el modo y el contenido específicos de la producción de prueba ante el juez o tribunal.

Debemos reconocer que, en los países en los cuales se ha inspirado el sistema procesal penal acusatorio y oral actual, y consecuentemente en las naciones en las que se ha implementado recientemente, el parámetro para determinar la mejor solución posible al conflicto penal se establece en términos utilitarios, esto es, a partir del resultado probable que el caso respectivo tendría en un juicio ordinario.

Por otro lado, debe reiterarse que existen dudas respecto al tratamiento que se viene presentando en el rubro de la solución temprana en la investigación de los delitos con la aplicación de los criterios de oportunidad, pues las Procuradurías o Fiscalías Generales de Justicia en el país, son renuentes a informar de estas actividades y a la fecha no se cuenta con instrumentos ciertos de los que se desprenda la información y conocimiento de la manera en que se están aplicando los criterios de oportunidad.

### 2.5.2. Segunda etapa.

Previamente he destacado porqué el modelo del sistema penal acusatorio, al igual que cualquier otro sistema de procesamiento criminal, resulta insuficiente e incapaz de atender al 100% de los asuntos que ingresan a sus circuitos. La racionalidad de la respuesta penal tiene que ver con este aspecto potencializándose el debido proceso. Morales Brand, señala que “una reducción progresiva de la intervención penal como instrumento de control social, no debe significar de ninguna manera la modificación en el proceso individualizado de criminalización con todas las garantías formales del derecho liberal”<sup>248</sup>.

Por su parte, Astrain Bañuelos advierte que el garantismo penal, como discurso jurídico, tiende a minimizar la violencia penal, a través de la conformación de un programa constitucional que define los principios a los que se deben constreñir las facultades punitivas del Estado<sup>249</sup>.

Para que la respuesta penal sea más racional, se requiere establecer y seguir una serie de garantías en los siguientes niveles: a) garantías del imputado ante la arbitrariedad del Estado, b) las de las víctimas ante el daño causado con el delito y, c) las del imputado frente a la venganza privada. Ello, nos conduce a considerar algunos axiomas del sistema garantista, dentro del propio sistema penal, que establecen límites al poder punitivo del Estado, a saber, para los fines propuestos, al menos los siguientes:

#### A) De legalidad, previsto en el artículo 14 de la CPEUM.

- Implica la descripción típica de la conducta a sancionarse como presupuesto jurídico y la punibilidad.
- Reserva de ley, consistente en que la ley penal debe ser creada exclusivamente por el legislador con anterioridad al hecho.
- Taxatividad, en cuanto que, la ley penal debe ser definida de manera clara, unívoca e indudable.
- Procedimental, para poder interferir en derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal.

---

<sup>248</sup> Morales Brand, J. L. Eloy, *Derecho penal. Análisis crítico*, México, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2016, p. 51.

<sup>249</sup> Astrain Bañuelos, Leandro Eduardo, *El Derecho Penal del Enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 80.

B) De intervención mínima, regulado en los artículos 1º, 14, 17 y 21, que comprende tres vertientes:

- La imposición de las penas mínimas necesarias.
- De última *ratio*, consistente en elevar a la categoría de delito solo los hechos punibles que realmente sean graves, provoquen una verdadera inseguridad pública y que no puedan ser atendidos mediante alguna otra estrategia de control.
- La implementación de mecanismos alternativos de solución de controversias, tanto para el juicio como para las penas.

Este aspecto contempla el principio de oportunidad, en el que la autoridad estatal prescinde del ejercicio de la acción penal por cuestiones de política criminal sobre temas de prevención del delito, necesidad y conveniencia de la aplicación de las penas.

C) De lesividad u ofensividad, previsto en los artículos 20, 21 y 22 primer párrafo de la CPEUM, que establece que solamente puede ser considerada como delito la conducta que lesione o ponga en peligro a un bien jurídico.

D) De carácter fragmentario, consistente en que no cualquier lesión a un bien jurídico interesa al Derecho Penal, sino solo aquellas acciones que impliquen mayor peligrosidad desde la perspectiva social.

E) De proporcionalidad, dirigido a legisladores y a juzgadores, implica, en primer término, considerar la relación de ajuste adecuado entre la gravedad de la pena con la relevancia del bien jurídico que se tutela, y, en segundo plano, conlleva que el juez al individualizar la pena debe imponer aquella que resulte idónea atendiendo a las circunstancias del caso específico y la culpabilidad del responsable penal.

F) De culpabilidad, considerando las categorías que la dogmática penal establece para tener por acreditada la culpabilidad, actualmente vigente también en la República Mexicana en el Código Nacional de Procedimientos Penales, interpretado a contrario *sensu* en la fracción III del artículo 405-consistentes en verificar que el sujeto sentenciado tenga la capacidad de culpabilidad (comprender el carácter ilícito del hecho y la autodeterminación para conducirse conforme a tal comprensión), la consciencia de antijuridicidad y la inexigibilidad de otra conducta, lo que enmarca el Derecho Penal de acto que enmarca nuestra legislación.

G) De dignidad humana, cimiento del Estado Constitucional, pues admite que la persona humana es un fin en sí mismo y el Estado se integra para servirla.



Respecto a la mejora de la calidad de las decisiones judiciales, ello implica que tales resoluciones sean procesal y materialmente conforme a derecho, además de contar con una mejora en el razonamiento justificatorio de la decisión.

El derecho, además de ordenar a los jueces motivar sus decisiones, también contempla preceptos que establecen cómo deben cumplir los jueces esta obligación. Mas estos preceptos no tienen la claridad suficiente para despejar todas las dudas existentes al respecto<sup>250</sup>.

La justificación o motivación de una sentencia judicial, es un razonamiento que pretende mostrar que la decisión es razonable, lo que impone a los jueces la obligación de mostrar o probar que sus decisiones son conforme a reglas jurídicas.

Gascón Abellán, señala que uno de los rasgos que definen al Estado constitucional de Derecho es la orientación a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley. También establece que, el reconocimiento constitucional de derechos se verifica generalmente en términos amplios e imprecisos, por ello son usuales las dudas acerca del alcance y contenido de los derechos en los diversos supuestos en los que pueden acontecer. Aunque originariamente esa labor debería ser atribución legislativa, el propio carácter supra mayoritario o supra legal de los derechos determina que, finalmente serán los juzgadores – constitucionales u ordinarios–, los que hagan valer la Constitución desplegando esa función<sup>251</sup>. Por lo tanto, es indiscutible la necesidad de que los jueces en el país desarrollen adecuada y realmente esa razonabilidad justificatoria en las argumentaciones que integran sus resoluciones, pues no puede soslayarse que en el foro judicial se mantiene de manera muy extendida la práctica de recurrir a formulismos sacramentales o fórmulas dogmáticas (llamados coloquialmente pautas, machotes, formatos, plantillas) para acreditar el hecho considerado como delito, o al delito mismo, y la responsabilidad en grado de probabilidad o plenitud, según sea la etapa procesal en que se encontrare la causa penal, tal como ocurría en el sistema inquisitivo mixto.

---

<sup>250</sup> Hernández Marín, Rafael, *Razonamientos en la sentencia judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 101.

<sup>251</sup> Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *Op. Cit.*, nota 170, p. 23.

Por lo tanto, una vez instalado materialmente el sistema penal acusatorio en el país, ahora se requiere, entre otras condiciones, una mejora cualitativa en las resoluciones jurisdiccionales que permitan cumplir con la finalidad del proceso regulada en el artículo 2 del CNPP:

**Artículo 2o. Objeto del Código**

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

Como aspectos concomitantes en la búsqueda para lograr la mejora en las decisiones judiciales, también debe corregirse la formación y control de selección de quienes aspiran a ser jueces para garantizar juzgadores con perfil, conocimientos, habilidades y destrezas que garanticen la emisión de resoluciones de mejor calidad. Para garantizar juzgadores con perfil, conocimientos, habilidades y destrezas que garanticen la emisión de resoluciones de mejor calidad, no basta con instrumentar intrincados y moldeables procesos “legitimadores” de selección –matizados de transparencia e imparcialidad– para justificar la elección de tal o cual persona o grupo de personas, generalmente ligadas a los núcleos duros de control y poder fáctico dentro de los plenos o consejos del Poder Judicial, para garantizar juzgadores con perfil, conocimientos, habilidades y destrezas que garanticen la emisión de resoluciones de mejor calidad.

**2.5.3. Tercera etapa.**

En la implementación de la reforma constitucional de seguridad pública y justicia penal se pensó solo en cumplir con el plazo de inicio y, en la generalidad, con contar formalmente con los elementos mínimos para su inicio. Pero no se trabajó con una visión de planeación estratégica que permitiera lograr el objetivo de procurar y administrar justicia óptimamente, atendiendo también a las necesidades y expectativas de los usuarios respecto del nuevo sistema, ni replantear el paradigma relativo a lo que se debe entender y esperar de la justicia penal, por ello está colapsado en muchos Estados de la república y existe la percepción de que genera mayor impunidad y corrupción que el sistema procesal anterior.

Para no constituirse en una estrategia simbólica, es fundamental optimizar racionalmente los recursos humanos, materiales, tecnológicos con los que cuenten todas y cada una de las instancias que intervienen en el sistema. Para ello se requiere establecer metas e indicadores de gestión válidos y justificables que permitan transparentar que se está trabajando de hecho y conforme a derecho, por lo que, las instituciones deben publicitar periódicamente el resultado de sus actuaciones, generando instrumentos de comunicación accesibles a todos los interesados, práctica democrática administrativa en todas las instancias que integran el sistema de política criminal del Estado y los poderes judiciales.

#### **2.5.4. Cuarta etapa.**

Como cuarta etapa, debe establecerse una política institucional y organizacional orientada a la persecución penal estratégica que efectivamente garantice la ausencia de impunidad.

No por estar establecida como cuarta etapa debe ser la última, porque si no hay una persecución penal estratégica preventiva y operacional que efectivamente cumpla con sus metas e indicadores, el resto de las funciones dentro del sistema de justicia penal seguirá padeciendo de añejos vicios de operación y de la insatisfacción social, con el crecimiento incontrolado de la impunidad.

Como estrategias para la mejora de la persecución penal se ha de trabajar en la profesionalización de las instancias que participan en ella (policías, fiscales y peritos) en aspectos como el reclutamiento, la capacitación, el establecimiento del servicio profesional, la conformación de evaluaciones y rendición de cuentas objetivas y medibles; la (re)conformación, o en su caso, la creación de unidades de análisis criminal en sistemas policiales eficientes y transparentes.

## 2.6. La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional en materia de derechos humanos, innovación que incide profundamente en los paradigmas de pensar, interpretar, tutelar y aplicar los derechos fundamentales en el país. Dentro de los aspectos más significativos de estas transformaciones encontramos las siguientes:

Se renovó la denominación del Capítulo I del Título Primero de la CPEUM, eliminando el anterior concepto de garantías individuales, mediante la sustitución por el “De los derechos humanos y sus garantías”. La denominación derechos humanos es actual, y es la que se utiliza en el derecho internacional. Tal vez lo más adecuado hubiera sido establecer la denominación “derechos fundamentales”, por ser la usada por la doctrina dominante en la concepción del Estado constitucional de Derecho o Neoconstitucionalismo, superando la idea del Estado legislativo.

Con esta nueva conceptualización, tenemos que la CPEUM en su artículo 1º. en vez de otorgar los derechos fundamentales, ahora simplemente los reconoce. Así, se sostiene que toda persona *goza* de los derechos y de los mecanismos de garantía y protección previstos en la CPEUM y en los tratados internacionales que han sido suscritos por el estado mexicano, armonizándose con las corrientes actuales del Derecho Internacional.

En el mismo artículo, se establece la figura de la *interpretación conforme*<sup>252</sup>, al determinarse que todas las normas inherentes a los derechos humanos –independientemente del rango jerárquico que tengan– se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales, lo que conlleva como consecuencia material la formación de un bloque de constitucionalidad integrado por todos los ordenamientos nacionales y supranacionales acerca de la materia.

---

<sup>252</sup> CPEUM: Artículo 1º

También se adiciona el principio de interpretación *pro personae* en el párrafo segundo del mismo artículo. Este principio establece que, cuando existan diferentes interpretaciones posibles de una norma jurídica, o antinomia, se deberá optar por la que más salvaguarde al titular de un derecho fundamental. Los tribunales federales han emitido jurisprudencias diversas acerca de este principio de interpretación, se señalan a continuación algunos rubros y sus registros exclusivamente<sup>253</sup>:

JURISPRUDENCIAS PRO PERSONA: 1.- LIBERTAD ANTICIPADA. LA APLICACIÓN DE LA LEY NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL A SENTENCIADOS EN EL SISTEMA MIXTO NO ESTÁ RESTRINGIDA POR LOS ARTÍCULOS TRANSITORIOS CUARTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008 Y TERCERO DE LA LEGISLACIÓN CITADA (APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE RETROACTIVIDAD DE LEY BENÉFICA Y PRO PERSONA). REGISTRO: 2016600. 2.- INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA. Registro: 2014332, 3.- INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE COSA JUZGADA Y DE SEGURIDAD JURÍDICA, ES INAPLICABLE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 20/2014 (10a.) DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, PARA REINDIVIDUALIZAR LA SANCIÓN, SI YA EXISTE SENTENCIA EJECUTORIA. Registro: 2012676, 4.- FLAGRANCIA. EL ARTÍCULO 134, PRIMERA PARTE, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, AL PREVER LOS SUPUESTOS EN QUE EL INDICIADO PUEDE SER DETENIDO DENTRO DE LAS 72 HORAS POSTERIORES A LA COMISIÓN DEL HECHO DELICTIVO, ES INCONVENCIONAL Y DEBE INAPLICARSE POR CONTRAVENIR LOS DERECHOS DE LIBERTAD Y DEBIDO PROCESO. Registro: 2010937, 5.- PRINCIPIO PRO PERSONA COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DE DERECHOS HUMANOS. TEST DE ARGUMENTACIÓN MÍNIMA EXIGIDA POR EL JUEZ O TRIBUNAL DE AMPARO PARA LA EFICACIA DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. Registro: 2010166, 6.- AMPARO DIRECTO CONTRA SENTENCIAS CONDENATORIAS QUE

---

<sup>253</sup> Búsqueda principio "pro

persona" <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/ResultadosV2.aspx?Epoca=1e3e1fd000000000&Apendice=100000000000&Expresion=%22pro%20persona%22&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TATJ=1&Orden=1&Clase=TesisBL&bc=Jurisprudencia.Resultados&TesisPrincipal=TesisPrincipal&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&Hits=20> (consultado el 17 de abril de 2018). Búsqueda principio "pro homine" <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/ResultadosV2.aspx?Epoca=1e3e1fd000000000&Apendice=100000000000&Expresion=%22pro%20homine%22&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TATJ=1&Orden=1&Clase=TesisBL&bc=Jurisprudencia.Resultados&TesisPrincipal=TesisPrincipal&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&Hits=20> (consultado el 17 de abril de 2018).

IMPONEN PENA DE PRISIÓN DICTADAS ANTES DEL TRES DE ABRIL DE DOS MIL TRECE. EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE OCHO AÑOS PARA PROMOVERLO A PARTIR DE ESA FECHA NO VIOLA EL DERECHO HUMANO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL TRES DE ABRIL DE DOS MIL TRECE). Registro: 2006585, 7.- PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD. LA APLICACIÓN DEL PLAZO DE OCHO AÑOS PARA IMPUGNAR EN AMPARO DIRECTO SENTENCIAS CONDENATORIAS QUE IMPONEN PENA DE PRISIÓN, DICTADAS ANTES DEL TRES DE ABRIL DE DOS MIL TRECE NO VULNERA AQUÉL, TOMANDO EN CUENTA EL PRINCIPIO DE INTERDEPENDENCIA, ESPECÍFICAMENTE LA QUE SE DA ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS SENTENCIADOS Y DE LAS VÍCTIMAS U OFENDIDOS (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL TRES DE ABRIL DE DOS MIL TRECE). Registro: 2006591, 8.- PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL. Registro: 2006485, 9.- JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Registro: 2006225, 10.- PRINCIPIO PRO PERSONA Y RECURSO EFECTIVO. EL GOBERNADO NO ESTÁ EXIMIDO DE RESPETAR LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA PREVISTOS EN LAS LEYES PARA INTERPONER UN MEDIO DE DEFENSA. Registro: 2005717, 11.- ACCESO A LA JUSTICIA. EL ARTÍCULO QUINTO TRANSITORIO. PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DE AMPARO VIGENTE, AL REDUCIR EL PLAZO PARA PRESENTAR LA DEMANDA PROMOVIDA A PARTIR DEL 3 DE ABRIL DE 2013 CONTRA UN ACTO PRIVATIVO DE LA LIBERTAD EMITIDO CON ANTERIORIDAD A ESA FECHA, VULNERA DICHO DERECHO HUMANO, POR TANTO, EN EJERCICIO DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, DEBE INAPLICARSE. Registro: 2005562, 12.- PRINCIPIO PRO HOMINE O PRO PERSONA. SI EN UN CASO CONCRETO NO SE ACTUALIZA LA ANTINOMIA DE DOS NORMAS QUE TUTELAN DERECHOS HUMANOS PARA QUE EL JUZGADOR INTERPRETE CUÁL ES LA QUE RESULTA DE MAYOR BENEFICIO PARA LA PERSONA, AQUÉL NO ES ESTE NO DERIVA NECESARIAMENTE QUE LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS POR LOS GOBERNADOS DEBAN RESOLVERSE CONFORME A SUS PRETENSIONES. Registro: 2004748, 14.- CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. CUANDO LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO ADVIERTAN QUE EL RESPETO A LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE ACCESO A LA JUSTICIA, GARANTÍA DE AUDIENCIA Y TUTELA JURISDICCIONAL SE SUPEDITÓ A REQUISITOS INNECESARIOS, EXCESIVOS, CARENTES DE RAZONABILIDAD O PROPORCIONALIDAD, EN EJERCICIO DE AQUÉL, DEBEN ANALIZAR PREPONDERANTEMENTE TAL CIRCUNSTANCIA, AUN CUANDO NO



EXISTA CONCEPTO DE VIOLACIÓN O AGRAVIO AL RESPECTO. Registro: 2003521, 15.- DERECHOS FUNDAMENTALES. CUANDO DE MANERA SUFICIENTE SE ENCUENTRAN PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SE TORNA INNECESARIO EN INTERPRETACIÓN CONFORME ACUDIR Y APLICAR LA NORMA CONTENIDA EN TRATADO O CONVENCION INTERNACIONAL, EN TANTO EL ORDEN JURÍDICO EN SU FUENTE INTERNA ES SUFICIENTE PARA ESTABLECER EL SENTIDO PROTECTOR DEL DERECHO FUNDAMENTAL RESPECTIVO. Registro: 2003548

JURISPRUDENCIAS PRO HOMINE: 1.- SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL JUICIO DE AMPARO. DEBE ANALIZARSE ACORDE CON EL MARCO SOBRE DERECHOS HUMANOS RESGUARDADO POR EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. Registro: 2010623, 2.- PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL. Registro: 2006485, 3.- PRINCIPIO PRO HOMINE O PRO PERSONA. SI EN UN CASO CONCRETO NO SE ACTUALIZA LA ANTINOMIA DE DOS NORMAS QUE TUTELAN DERECHOS HUMANOS PARA QUE EL JUZGADOR INTERPRETE CUÁL ES LA QUE RESULTA DE MAYOR BENEFICIO PARA LA PERSONA, AQUÉL NO ES EL IDÓNEO PARA RESOLVERLO. Registro: 2005477, 4.- PRINCIPIO PRO PERSONA. DE ESTE NO DERIVA NECESARIAMENTE QUE LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS POR LOS GOBERNADOS DEBAN RESOLVERSE CONFORME A SUS PRETENSIONES. Registro: 2004748, 5.- PRINCIPIO PRO HOMINE Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. SU APLICACIÓN NO IMPLICA EL DESCONOCIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES. Registro: 2002861, 6.- ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. LAS GARANTÍAS Y MECANISMOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, TENDENTES A HACER EFECTIVA SU PROTECCIÓN, SUBYACEN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Registro: 2001213, 7.- ACTOS DE TORTURA. CUANDO LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES, CON MOTIVO DE SUS FUNCIONES, TENGAN CONOCIMIENTO DE LA MANIFESTACIÓN DE UNA PERSONA QUE AFIRME HABERLOS SUFRIDO, OFICIOSAMENTE DEBERÁN DAR VISTA CON TAL AFIRMACIÓN A LA AUTORIDAD MINISTERIAL QUE DEBA INVESTIGAR ESE PROBABLE ILÍCITO. Registro: 2001218.

De acuerdo con el contenido del párrafo tercero del multicitado artículo 1º<sup>254</sup>, se establece al Estado mexicano –entendiendo como tal a los tres órdenes de gobierno– la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Todas estas obligaciones deberán practicarse por las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.

En suma, con las modificaciones derivadas de esta reforma constitucional podemos afirmar que en México ha cambiado la matriz o paradigma del derecho<sup>255</sup> debiéndose abandonar el Estado legal de Derecho e inscribirse en el ámbito del Estado constitucional de Derecho aplicable en la república. Procederé a revisar el sistema procesal penal que se aplica actualmente, repasando los sistemas procesales penales que se han desarrollado a lo largo de la historia.

### **3. De la teoría de los sistemas y los sistemas procesales penales.**

En principio, si examináramos los sistemas procesales, resulta lógico comprender lo que se ha escrito acerca de la teoría de los sistemas y el sistema jurídico, y de manera más puntual con el sistema jurídico procesal penal, para determinar si tal categorización resulta aplicable al estudio, y si es concluyente y válido considerar que existan tales sistemas en función de esas teorizaciones.

En 1968 se edita la obra de Ludvig Von Bertalanffy, “Teoría General de los Sistemas”, introduciendo un nuevo paradigma en el pensamiento científico que ha influido en diferentes ámbitos científicos y tecnológicos<sup>256</sup>. En ella, se presentaron novedosas y

---

<sup>254</sup> CPEUM: Artículo 1º.

<sup>255</sup> Rodolfo L. Vigo señala que “La filosofía del derecho y el derecho constitucional tienen mucho que decir en orden al referido reclamo de cambios, pero por supuesto que no se agota en esos ámbitos la tarea de pensarlos y proponerlos, dado que finalmente es un cambio de matriz o paradigma”. Vigo L, Rodolfo, *Op. Cit.*, nota 31, p. 685.

<sup>256</sup> Al respecto el capítulo denominado “La Teoría General de los Sistemas”, desarrollado por Ernesto Mendieta Jiménez, en González, Samuel, et. al., *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y Práctica*, México,

fecundas ideas y principios que establecieron un grado superior de orden y de comprensión científicos y metodologías para analizar los procesos de autorregulación, la existencia de los sistemas y organismos con auto-orientación y las personalidades que se auto-dirigen. Fundamentalmente, esas ideas se dirigieron a las ciencias físicas, la biología y la psicología. También, se pensó que la investigación de los sistemas podía utilizarse de plataforma a un marco más apropiado para hacer justicia a las complejidades y propiedades dinámicas del sistema socio-cultural.

Mendieta Jiménez acota que, lo mismo sucedía en las ciencias sociales pues los fenómenos sociales también debían entenderse en términos de sistemas. Ello debía considerarse así dado que, los sistemas socioculturales están determinados por prejuicios, ideologías, grupos de presión, tendencias sociales, crecimiento y decadencia de civilizaciones, entre otras muchas otras. Empero, en este ambiente se acuñó la teoría de las organizaciones formales, la cual estaba enmarcada en una filosofía que aceptaba la premisa de que la única manera significativa de estudiar las organizaciones era como sistemas, que las trata como un sistema de variables dependientes<sup>257</sup>.

Por ello, se presentaba la posibilidad de operar complejidades, totalidades o sistemas, lo que reorientó al pensamiento científico. Así, con la teoría de los sistemas se presenta un enfoque de análisis que: a) identifica elementos de un todo llamado sistema, b) destaca interacciones entre ellos, c) reconoce influencia entre sí y sus consecuentes modificaciones y, d) establece que el producto del sistema materializa la efectividad de cada uno de los elementos, pero también de sus interacciones.

A su vez, Niklas Luhmann, considerado el gran teórico de la sociología de finales del siglo XX, después de sus estudios de Derecho en la Universidad de Freiburg, Alemania, a principios de la década de los años sesenta estudió administración y sociología en la Universidad de Harvard, donde fue discípulo de Talcott Parsons y recibió su influencia acerca de la teoría de los sistemas sociales. Luhmann se esforzó en la construcción de una gran teoría

---

Fontamara, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales A. C., Aquesta Terra, 2006, pp. 39 y sigs.

<sup>257</sup> Ibidem, p. 42.

capaz de dar cuenta de la sociedad y del extenso espectro de fenómenos sociales que tienen lugar en ella. Así, intentó una teoría unitaria que explicara a la sociedad moderna desde diversos ángulos y perspectivas marcadas por criterios de funcionalidad. Su teoría de la sociedad considera que la comunicación es la operación total sobre la que se construye la complejidad de la sociedad. Asimismo, concluye que, paralelos a la teoría de los sistemas se desarrollan otros dos ámbitos teóricos que tienen interconexión entre sí: la teoría de la comunicación y la teoría de la evolución.

La teoría de los sistemas de Luhmann es una construcción de un nivel de complejidad que tal vez pudiera ser adecuado para la comprensión de sistemas sociales que –como la sociedad moderna– implican grados muy elevados de complejidad<sup>258</sup>. Se debe entender precisamente que la función de la construcción de un sistema es para la reducción de la complejidad. También debe advertirse que en la base de su propuesta no existe un interés normativo. Su teoría de la sociedad permite comprender los procesos, estructuras y autodescripciones de la sociedad, pero no pretende indicar cómo deberían ser.

Para el profesor alemán, el Derecho es un sistema autopoiético<sup>259</sup>, lo que conlleva que sus operaciones sean autorreferentes, esto es, que las decisiones en el Derecho se refieren a otras disposiciones del propio sistema. Pero ello no lo excluye totalmente de sus relaciones con el resto de la sociedad o de otros subsistemas funcionales de la misma, y sólo determina que el sistema de Derecho tiene que definir sus límites y su entorno relevante. De lo señalado, se desprende que el propio subsistema del Derecho define qué es lo que acepta o rechaza de las proposiciones que vienen del entorno.

En realidad, los sistemas nunca han sido bien aceptados en los ámbitos jurídicos y criminológicos –se dice que no tienen buena prensa en estas áreas del conocimiento–, ya que la idea de sistema tiene la pretensión de beneficiar a quienes buscan en el mundo formas de

---

<sup>258</sup> Rodríguez M. Darío, *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*, en Luhmann, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, México, Herder, Universidad Iberoamericana, 2005, pp. 23 y sigs.

<sup>259</sup> En la conceptualización de Luhmann de sistema autopoiético, entiende que éste es un sistema que produce y reproduce sus propios elementos mediante la interacción de sus elementos.

controlarlo y supervisarlos<sup>260</sup>. Se piensa de esta manera dado que se admite que los sistemas organizan las cosas de manera ajena a ellos para alcanzar una organización en base a la razón y a la selección.

Así encontramos que Eugenio Raúl Zaffaroni considera que las posturas sistémicas reconducen al organicismo pues lo único que les importa es el sistema y su equilibrio, además que, resulta muy complejo tratar de entenderlas y no tienen consecuencias criminológicas expresas<sup>261</sup>.

Por otro lado, Dirk Baecker señala que, tanto el concepto de sistema como la idea de una teoría de sistemas se ligan con el intento de la sociedad moderna por controlarse y supervisarse a sí misma. La cuestión importante a resolver sería determinar cuáles son las ideas de control de las que habría de ocuparse la teoría de los sistemas<sup>262</sup>.

Así debe puntualizarse que el *ius puniendi* sólo se actualiza por medio del enjuiciamiento penal, por tanto, el proceso penal constituye el supuesto indispensable para la imposición de las penas y las medidas de seguridad. Ello nos puede llevar a la idea que estos ámbitos del Derecho penal en sus aspectos sustantivo y adjetivo, así como otras ramas del saber cómo el Derecho penal ejecutivo y otras disciplinas científicas como la Criminología, la Criminalística entre otras, se integran en un sistema o en una organización formal<sup>263</sup>.

Por ello, asumo que, para los sistemas sociales, en específico en aquellos con implicación en el mundo de la criminalidad, resulta más adecuado como método de análisis el concepto de organización que el de sistemas. Resulta oportuno acotar que, para Binder, dentro del concepto de sistema penal, se halla el conjunto de instrumentos y reglas de la política criminal<sup>264</sup>, porque en el Estado moderno la política criminal se despliega a través de

---

<sup>260</sup> Baecker, Dirk. "¿Por qué una teoría de los sistemas?", en Gómez-Jara Díez, Carlos, *Teoría de los sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada, Editorial Comares, 2005, p. 3.

<sup>261</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La cuestión penal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2013., p. 138.

<sup>262</sup> Baecker, Dirk, *Op. Cit.* nota 259, p. 3.

<sup>263</sup> Como la señalé anteriormente refiriendo lo que al respecto establece Ernesto Mendieta Jiménez, *supra*, cita 256.

<sup>264</sup> Binder, Alberto M., *Op. Cit.*, nota 6, p. 260.

la administración pública, la cual se compone de personas agrupadas en oficinas que responden a procedimientos de trabajo, es decir, a “organizaciones”, advirtiendo que el concepto de organización es esquivo<sup>265</sup>.

Finalmente, insisto en señalar que todas las organizaciones sociales son producto de la historia, de la realidad social de un tiempo y un lugar determinado –hoy podemos decir que vivimos en un tiempo y un espacio globalizados dominados por la economía del mercado y el desarrollo desenfrenado de las comunicaciones–, con fines y valores establecidos para una situación específica.

Por lo tanto, el conocer la historia de una organización nos conduce a entender su grado de progreso o retraso, también sus niveles de burocratización y su cultura, pues toda organización debe ser analizada siempre desde la perspectiva de un sistema cultural, como lo he venido proponiendo a lo largo de esta investigación.

Huamán<sup>266</sup> advierte que, Luhmann nunca pensó precisamente en el Derecho Penal cuando desarrolló sus trabajos de Teoría del Derecho y Sociología Jurídica. Empero, el equívoco del cual parten los penalistas formados en sistemas cerrados, es considerar que el sistema jurídico penal es un sistema totalmente autorreferencial. Que ello, es parcialmente cierto pues, aunque desde un punto de vista externo sí resulta ser autorreferencial ya que todas sus instituciones son producidas para asignar la función que a él le corresponde desempeñar dentro del sistema jurídico, lo cierto es que se encuentra ligado con el sistema al que debe su existencia y sin el cual no podría existir, el cual es el sistema constitucional.

Una vez hecho esta breve revisión de lo que se ha considerado la teoría de los sistemas y su posible aplicación a los sistemas jurídicos penales, y dado que, independientemente de estas conceptualizaciones de análisis de la sociedad y sus componentes, la doctrina y la tradición jurídica, académica y foral, ha distinguido los denominados sistemas procesales penales, procederé a hacer una exploración de los mismos.

---

<sup>265</sup> Ibidem., pp. 249 y sigs.

<sup>266</sup> Huamán Castellares, Daniel O., *El sistema jurídico penal. Fundamentos dogmáticos y criterios para una interpretación integrada del Derecho penal y procesal penal*, Perú, Editores del Centro, 2016, Pp. 43 y 73.



### 3.1. Concepto de sistema procesal penal.

Previo a la examinación de los denominados sistemas procesales penales, haré un apartado acerca de las posturas actuales sobre lo que se entiende por sistema procesal penal y su inescindible adscripción al Derecho procesal penal pues, desde mi óptica, es la manera en que se pueden entender las funciones que aquellos comprenden.

Revisando la literatura jurídica en el ámbito local, encontramos que por sistema procesal entendemos al “conjunto de principio (*sic*) y garantías que configuran tanto el rol de los actores, al objeto u objetos de debate en sede de justicia penal, así como, al esquema procedimental del Proceso Penal, respondiendo a una determinada ideología o filosofía (teóricas o pragmáticas)”<sup>267</sup>.

En este punto, considero oportuno precisar el papel que representan los integrantes del Poder Judicial dentro del llamado sistema de justicia penal, para determinar si, en efecto, son o no, integrantes sustantivos y operativos del mismo, o si juegan un rol diverso, tangencial o complementario. Para ello, retomo la opinión de Binder, quien ha venido analizando recientemente estos aspectos a la par de la implementación del sistema penal acusatorio en América Latina.

También debo acotar que existe una categoría identificada como sistema de política criminal. Al respecto, Binder considera que, existen organizaciones cuya finalidad fundamental es la de dar cauce a las acciones político criminales, u otras contiguas como las propias de las políticas de seguridad. Para este autor, la política criminal se materializa sólo con tres instrumentos propios o fundamentales que son la policía –en particular la de investigación–, el Ministerio Público –o fiscalía– y el sistema de ejecución de penas<sup>268</sup>. Todas ellas cuentan con procedimientos y reglas muy formalizadas.

---

<sup>267</sup> Benavente Chorrres, Hesbert, *Derecho procesal penal aplicado. Con juicio oral, derechos y principios constitucionales*. México, Flores Editor y Distribuidor, 2009, p. 24.

<sup>268</sup> Binder, Alberto M., *Op. Cit.*, nota 6, Pp. 252 y sigs.

La policía, tiene fuerte dependencia administrativa y con tendencia a una alta jerarquización. Es la responsable en el sistema de política criminal de recabar información (indispensable para prevenir o reprimir a la criminalidad<sup>269</sup>) y ello se despliega a través de los trabajos de inteligencia (investigaciones genéricas sobre las áreas o sujetos de intervención) o a través de la investigación criminal propiamente dicha (sobre eventos o personas individualizados que han generado el evento criminal).

El Ministerio Público o Fiscalía, es quien tiene las atribuciones constitucionales y legales para regular la actuación en la persecución penal, entonces el instituto a través del cual la política criminal obtiene el castigo o pena de quienes cometen delitos.

Finalmente, las instituciones carcelarias o de ejecución de penas, son el tercer instrumento *per se* de la política criminal que buscan controlar, disminuir, transformar o acabar (en nuestro medio a la luz del artículo 18 CPEUM la reinserción social, que perfectamente cabe conceptualmente dentro de las categorías antes apuntadas) con un determinado comportamiento criminal, aunque su finalidad esencial es evitar la reincidencia del delincuente.

Por lo que corresponde a los órganos jurisdiccionales, Binder afirma que no son un instrumento de la política criminal, pues, aunque estos realizan el juicio penal y aplican la pena (los jueces de ejecución), en realidad su función es la de controlar y autorizar la actuación de los demás intervinientes dentro del proceso, en tal aspecto, su actuación se relaciona con el sistema de garantías<sup>270</sup>.

El sistema procesal mixto existente en México, e inquisitivo exclusivamente en muchas partes de América Latina, hasta la introducción del sistema procesal penal acusatorio distorsionaba la actuación del juzgador, pues le atribuía actividades de investigación y persecución penales en aras de descubrir la verdad. En realidad, el juez está diseñado para ser imparcial y controlar el cumplimiento de las garantías procesales y el respeto a los

---

<sup>269</sup> Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública: Artículo 41.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 258.

derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso, evitando el abuso de poder y la violencia desmedida por los agentes del Estado en aras de la persecución penal de los delitos, por ello se puede afirmar que la política criminal no está diseñada para los jueces.

Además, tenemos que el Estado moderno controla al poder penal respecto a su potencialidad abusiva a través de una doble vía de autorización, una por medio del poder legislativo y, otra, con el judicial. Este control es acumulativo puesto que el judicial no puede ser solamente una constatación de la norma creada por el legislador, aunque primigeniamente se basa en ella en atención al principio de legalidad, lo cierto es que le agrega contenidos propios, por ejemplo, la racionalidad, la proporcionalidad, la taxatividad, los principios de última *ratio*, recientemente el control de convencionalidad, etcétera.

Hechas las observaciones anteriores podemos establecer que el sistema procesal penal no forma parte de la política criminal del Estado, pero es uno de los componentes necesarios para materializar al Derecho penal, es decir, el *ius puniendi* estatal. Para conceptuarlo tenemos que recurrir a lo que se ha dicho acerca de lo que es el Derecho procesal penal.

### **3.2. El Derecho Procesal Penal y su relación con los contenidos de los sistemas procesales penales.**

El Derecho procesal nace como ciencia jurídica autónoma aproximadamente en 1868 con Bülow con su publicación *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* en Giessen, Alemania<sup>271</sup>.

Se decía que el Derecho Procesal Penal era un derecho adjetivo, formal o instrumental, porque adjetiva, al derecho sustantivo, que en la especie es el Derecho Penal, al estipular la forma de los actos procesales, siendo su fin la actuación o realización del Derecho Penal material. La materialización de los principios del proceso penal, considerando que todo derecho fundamental coincide con un principio, hoy obliga a considerar que el

---

<sup>271</sup> Gómez Colomer, Juan-Luis, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, México, INACIPE, Universitat Jaume, 2008, p. 17.

derecho procesal es un derecho sustantivo pues sin él no es posible la aplicación de los referidos principios.

### 3.2.1. Concepto de Derecho Procesal Penal.

El Derecho Procesal Penal para Silva Silva constituye “la disciplina jurídica especial cuyo objeto de estudio consiste en la sistematización, exposición, análisis y crítica de la serie de actos jurídicos realizados por el tribunal, acusador, acusado y otros sujetos procesales, actos que se encuentran orientados teleológicamente y, mediante la aplicación del derecho penal sustantivo, tendientes a solucionar un conflicto cualificado en su naturaleza como penal. Implica además la sistematización, exposición, análisis y crítica de la organización, jerarquía y funcionamiento de los órganos que en el proceso penal intervienen (tribunal, acusador, acusado, defensor), la forma en que se distribuye el trabajo (competencia), así como lo atinente a la actuación y jurisdicción que dentro del proceso se concretan”<sup>272</sup>.

Para Núñez Vázquez “el Derecho Procesal Penal es, en general, la rama jurídica que trata de las normas instrumentales o de procedimientos que rigen a los órganos de persecución penal y a los jueces para la sanción de los delitos”<sup>273</sup>.

Javier Castro Jofré considera que el Derecho Procesal Penal es el “conjunto de normas jurídicas que regulan: la organización, atribuciones y competencia de los órganos que intervienen en la administración de justicia penal; la forma en que debe realizarse tanto la investigación como la determinación de existencia de un delito y de responsabilidad personal a través del juzgamiento penal y, eventualmente, la aplicación y ejecución de una sanción penal; con el fin de obtener la realización del derecho penal material”<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho procesal penal*, Colección de textos jurídicos universitarios, México. HARLA, 1990, pp. 14 y 15.

<sup>273</sup> Núñez Vázquez, J. Cristóbal, *Tratado del proceso penal y del juicio oral*. (2 tomos). Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 9.

<sup>274</sup> Castro Jofré, Javier, *Introducción al Derecho procesal penal chileno*, Chile, Legal Publishing, 2008, p. 7.

Según Bujosa Vadell puede conceptuarse al Derecho Procesal Penal “como el conjunto de normas de Derecho público que regulan la actividad jurisdiccional del Estado (Jurisdicción), el derecho fundamental de acceso a la misma (Acción), así como el cauce específico a través del que esa actividad se desarrolla (Proceso) por medio de la actuación de distintos sujetos y dirigida, en último término, a satisfacer de manera irrevocable pretensiones y resistencias amparadas en las normas del Derecho Penal”<sup>275</sup>.

El Derecho Procesal Penal surge entonces, como *un conjunto de normas jurídicas, correspondientes al Derecho público interno, en tanto regulan relaciones entre el Estado y los particulares, destinatarios de ellas (aunque no en exclusiva) que hacen posible la aplicación del Derecho Penal sustantivo, a los casos concretos, con el propósito de preservar el orden social*<sup>276</sup>.

Así pues, el proceso penal es, tal como lo es el civil, el mercantil, el laboral, el contencioso-administrativo, un instrumento esencial de la jurisdicción (del *ius dicere*), que, como se dijo, ofrece la singular preeminencia de constituir un elemento imprescindible, para la efectiva realización del derecho penal. Inclusive, se puede afirmar que el proceso penal es el único instrumento a través del cual puede aplicarse el derecho penal<sup>277</sup>.

### **3.3. Sistemas procesales penales en la historia.**

Históricamente, en el mundo occidental, se han concebido dos sistemas procesales penales para administrar justicia: el acusatorio y el inquisitorial. Sin embargo, existen otros que combinan aspectos de ambos.

---

<sup>275</sup> Bujosa Vadell, Lorenzo, et al. *Derecho procesal penal*, Salamanca, España, Solo Soluciones, CISE, 2009, p. 23.

<sup>276</sup> Hernández Pliego, Julio Antonio. *Programa de Derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1996, p. 3.

<sup>277</sup> Al respecto Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Segunda Edición, Barcelona, España, Marcial Pons, 2004, p. 31

Para diferenciar entre los sistemas procesales se debe privilegiar las funciones esenciales que desarrollan los distintos sujetos procesales en todo procedimiento penal, a saber:

- Investigación
- Acusación
- Defensa
- Juzgamiento
- Ejecución

En la historia de la humanidad, el proceso penal ha oscilado fundamentalmente entre dos modelos: el inquisitivo y el acusatorio, con sus diversas interpretaciones y combinaciones. Sus exposiciones han tenido diversas denominaciones como consecuencia exclusiva del diferente papel y ubicación que en los modelos tienen sus dos únicos elementos esenciales: el juez y la acusación, afirma Nieva Fenoll<sup>278</sup>.

Si el juez no acusa, sino que requiere de un acusador para mantener su imparcialidad, entonces es un modelo acusatorio. Si, al contrario, el juez acusa y juzga, estamos ante un proceso inquisitivo. El resto de las características que se ha atribuido a los distintos sistemas son simplemente falsas o polémicas.

Así, en el devenir del tiempo los sistemas procesales que se reconocen son los siguientes:

1. Sistema acusatorio clásico
2. Sistema inquisitivo
3. Sistema mixto
4. Sistema acusatorio garantista
5. Sistema acusatorio adversarial<sup>279</sup>.

---

<sup>278</sup> Nieva Fenoll, Jordi, *Fundamentos de Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Euros Editores S. R. L., B de F Ltda, EDISOFER S. L., 2012, p. 2.

<sup>279</sup> Benavente Chorres, Heshbert et al; *Op. Cit.*, nota 267, pp. 26 a 48.



En la actualidad existe un amplio consenso acerca de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso y las garantías procesales que se deben satisfacer, con los cuales no es compatible el sistema inquisitivo, por lo que la única posibilidad de cumplirlas es contando con un modelo acusatorio, cuya única diferencia, como he señalado previamente, es el de contar con un juez imparcial. Procederé a revisar de manera concisa los elementos que caracterizan a cada modelo procesal.

### **3.3.1. Sistema acusatorio clásico.**

Históricamente se estima que el sistema acusatorio clásico fue el primero en desarrollarse. La forma acusatoria corresponde a la concepción privada del Derecho penal, esto es, a un momento histórico en el que no se había distinguido todavía entre: 1) la pena como castigo y resarcimiento del daño, y 2) proceso penal y proceso civil. En ese inicial momento histórico de la civilización no existía aún una verdadera tipificación de actos que se consideraran delitos, sino simplemente una concepción unitaria para todos los casos en que una acción ocasionaba un daño a otra persona, siendo la consecuencia siempre la misma: el nacimiento de una concepción a resarcir.

Este modelo de enjuiciamiento penal es el más antiguo. Fue conocido en la Grecia clásica (499 a.C. – 355 a.C.) y también en la Roma Republicana (siglo 5 a.C. – siglo 1 a.C.). Muchos siglos después, adquiere vigor con el advenimiento de la Revolución Francesa y la ilustración. Hoy se le conoce técnicamente como sistema acusatorio contradictorio o adversarial y gira fundamentalmente en torno al juicio oral y público.

Las características de este sistema procesal penal las explica claramente Manuel Rivera Silva en los siguientes términos:

- A) En relación con la acusación:
  1. El acusador es distinto del juez y del defensor. Es decir quien realiza la función acusatoria es una entidad diferente de las que realizan la función defensiva y decisoria;

2. El acusador no está representado por un órgano especial;
3. La acusación no es oficiosa (allí donde no hay acusador o demandante, no hay juez);
4. El acusador puede ser representado por cualquier persona, y
5. Existe la libertad de prueba en la acusación.

B) En relación con la defensa:

1. La defensa no está entregada al juez;
2. El acusado puede ser patrocinado por cualquier persona, y
3. Existe la libertad de defensa.

C) En relación con la decisión o juzgamiento:

1. El juez exclusivamente tiene funciones decisorias.

En este sistema procesal, las funciones se expresan de la siguiente manera: la instrucción y el debate son públicos y orales.

Se establece que, en el sistema acusatorio, prevalece el interés particular sobre el interés social. Una legislación que siguiera al pie de la letra el sistema mencionado, empujaría al Derecho penal hacia los ámbitos del Derecho privado<sup>280</sup>, por lo que resulta elemental y fundamental en la comprensión del sistema acusatorio impulsado en nuestro país, ya que se requiere fortalecer el principio de impulso de parte de las acciones penales y ello, necesariamente el conocimiento de los interesados e intervinientes en el sistema procesal penal de sus reales alcances.

Esto viene a convalidar uno de los aspectos que he venido sosteniendo a la largo de la investigación acerca de la instrumentalización en el país de un modelo de enjuiciamiento

---

<sup>280</sup> Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, México, Porrúa, 1996, p. 182.

punitivo que, si bien era indispensable introducir para corregir las falencias del sistema anterior y hacerlo compatible con el modelo constitucional de Derecho, también lo es que tiene características estructurales de diseño que resultan, en apariencia, en contracorriente a las expectativas de justicia de la sociedad mexicana, esto por el deteriorado estado de las cosas en el panorama nacional respecto a los elevados niveles de criminalidad, inseguridad pública e impunidad. En tal medida, resulta indispensable y urgente realizar una sistematización adecuada, consistente y coherente en los distintos tramos del ordenamiento y de los procedimientos, que resulte claramente comunicable a la sociedad y que permita armonizar la norma con las expectativas de justicia de la población, sin que ello deforme el modelo de procedimiento obedeciendo a los intereses diversos que le pueden afectar como son los de orden político inmediato.

Además de las características señaladas, se pueden advertir los siguientes rasgos distintivos en los sistemas acusatorios:

1. En cuanto a su vinculación política se advierte que este tipo de proceso ha gozado de aceptación en regímenes políticos modernos construidos sobre el concepto de estado social y recientemente como el estado liberal.
2. Hay separación de funciones que son asumidas por distintos operadores jurídicos dentro del procedimiento.
3. De acuerdo con el principio acusatorio, el juicio penal y la intervención del órgano sentenciador se producen después del ejercicio de la acción penal.
4. Se entiende que el proceso penal debe tener lugar entre partes antagónicas con oportunidad de defensa al imputado, de ahí la denominación modelo acusatorio adversarial.
5. En relación al inculpado, éste cuenta con sus derechos fundamentales que deben ser respetados durante todo el procedimiento penal.
6. Hay libertad en la apreciación de la prueba. Así como las partes pueden utilizar cualquier medio de prueba (producción), el juez goza de libertad para apreciar la prueba (admisibilidad y valoración), sin sujetarse a un régimen legal.

Desde fines del siglo XIX el sistema acusatorio ha transitado del jurado clásico al sistema de escabinado (órgano judicial en el que el juzgamiento de los hechos y el derecho se comparte por jueces profesionales y jueces legos con igualdad de voto) o simplemente al de tribunales integrados exclusivamente por jueces profesionales. Esto permite el sistema de la sana crítica en la apreciación probatoria y exige del sentenciador un nivel mayor de convicción para la decisión penal.

#### 7. El juicio debe ser público y oral.

Para vigilar y controlar la actividad estatal y hacer diáfana la administración de justicia penal se permite que cualquier ciudadano concurra a presenciar el juicio, el que debe desplegarse oralmente por los sujetos procesales.

Cabe señalar que en la Revolución Francesa se democratizaron las instituciones políticas y se determinó que los juicios fueran a través de un jurado, es decir, un órgano judicial integrado por ciudadanos.

Algunos países de Europa continental han abandonado el modelo del jurado clásico por el de escabinado.

#### 3.3.2 Sistema Inquisitivo.

En relación al sistema inquisitivo Barragán Salvatierra refiere que "(s)us antecedentes datan del derecho romano, en la época de Dioclesiano, después se propagó por los emperadores de oriente en toda Europa hasta alcanzar institucionalidad en el siglo XII, bajo los auspicios de Bonifacio VIII y en Francia, en 1670, por el rey Luis XIV. Finalmente, pasó a casi todas las legislaciones europeas de los siglos XVI, XVII y XVIII"<sup>281</sup>.

---

<sup>281</sup> Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, México, Mc Graw Hill, 1999, p. 31.

El sistema inquisitivo surge de la legislación canónica constituyendo el modelo de proceso elaborado por la Iglesia, el cual introdujo los principios de la *inquisitio ex officio* y de la autonomía del Juez para la investigación de la verdad. Posteriormente, de la legislación canónica se trasladó a las legislaciones de la mayor parte de los Estados europeos.

El término Inquisición proviene del latín *inquitio* que significa acción de inquirir, indagar o investigar. La palabra se usa como sinónimo con otros alcances, siendo el más común el del tribunal eclesiástico o santo oficio llamado Inquisición, que investigaba y castigaba los delitos contra la fe.

Al parecer, la Inquisición tuvo su origen en un decreto que el Papa Lucio III instituyó en 1183 en Verona, ordenando a los obispos que eligieran personas honorables que, bajo juramento, se comprometieran a hacer conocer los nombres de los herejes. Sin embargo, el hecho que se estima creador de la Inquisición fue un decreto procedente del Concilio de Toulouse, en 1229, que estableció en tal ciudad un tribunal encargado de descubrir y castigar a los herejes.

Este sistema fue utilizado en un principio sólo con los infieles y luego se extendió contra la sociedad civil para la persecución y castigo de otros delitos.

Alcanzó su auge con el desarrollo científico del derecho en Italia con las obras de los posglosadores (Gandinus, Bartolus, Baldus y Angelus Aretinus). Luego fue trasladado al resto de Europa.

En España se introduce en el año 1232 en Aragón, y de ahí paso a Navarra y a Castilla. En Alemania se consolidó con la *Constitutio Criminalis Carolina* en 1532. En México, en la Nueva España, se instaló en 1547.

Las características principales del sistema procesal inquisitivo serían las siguientes:

1. En lo que se refiere a su vinculación política, este sistema procesal ha gozado de aceptación en regímenes absolutistas.

Fue de utilidad para las monarquías europeas donde la administración de justicia penal correspondía al rey y derivaba en un complejo juego de delegaciones.

En América Latina se introdujo con los conquistadores y se removió con la terminación de los regímenes dictatoriales durante la segunda mitad del siglo pasado.

2. En este sistema procesal, la etapa de investigación es la más importante y por ello todos, o casi todos, los roles son asumidos por el juez, el cual acumula las funciones de investigar, acusar y sentenciar.
3. En este sistema el sospechoso por delito se considera un objeto de la persecución penal, sobre el cual recae el rigor estatal con indiferencia de sus derechos fundamentales.

Lo que importa es el descubrimiento de la verdad, lo que se realiza a cualquier precio y por cualquier medio, por ello existe libertad del juez en la búsqueda, adquisición y valoración de las pruebas, independientemente de todo comportamiento de las partes.

4. Existe un sistema de prueba tasada o legal y, en consecuencia, el juez no puede formar libremente su convicción, sino que está sujeto a reglas que establecen cuales son los medios de prueba admisibles, la oportunidad en que deben rendirse y su valor probatorio. La confesión es el medio probatorio por excelencia pues no puede haber condena sin conocerse a plenitud la verdad histórica de los hechos.
5. El resultado de la investigación se acopia y se hace constar por escrito en un sistema de actas o expedientes que sólo conoce el juez y algunos de sus subalternos, ello en función de los principios de escrituración y secreto.
6. La función de juzgar recae en un funcionario público, normalmente con conocimientos técnicos sobre el derecho.

### **3.3.3. Sistema mixto.**

Se le conoce como sistema inquisitivo reformado o proceso acusatorio formal o mixto.



Se reconoce que su propuesta inicial se presenta en Francia<sup>282</sup>. Esta idea la explica

Miguelángel García Domínguez:

“La legislación de la Revolución francesa fue derogada por Napoleón, quien expidió el Código de Instrucción Criminal de 1808, el que desechó el sistema totalmente acusatorio, porque era un estorbo para el autoritarismo imperial. Entonces fue cuando se inventó el sistema mixto, que se esgrimió como una transición entre el inquisitorio y el acusatorio; el proceso tendría dos etapas: la preliminar, de tipo inquisitorio, llamado sumario o el período de instrucción que debería ser secreto y escrito, durante el cual el acusado no debería tener defensor; la otra, llamada plenaria o juicio, que era pública, se desarrollaba ante el “juez” en la cual el derecho a la defensa era permitido, por lo que era de tipo acusatorio.

En el proceso mixto, la etapa inicial, secreta y escrita, permitía la incomunicación del acusado y lo dejaba impotente e indefenso ante el poder sin freno del autoritarismo policiaco”<sup>283</sup>.

La denominación “sistema mixto” crea confusión entre los autores para decidir si, en realidad, es un supuesto diferente del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo o sólo una combinación de ellos. Como sistema autónomo lo consideran: José Hernández Acero: 3. SISTEMA MIXTO. En él se quiere ver una coparticipación de elementos que contienen los sistemas acusatorios e inquisitivo; pero no se debe excluir la idea del maestro Javier Pina y Palacios en el sentido de que, si en este sistema mixto un órgano estatal organizado, que representa a la acusación, como lo es el Ministerio Público, que no existía en los otros sistemas de enjuiciamiento, este sistema mixto compete con la autonomía sobre los otros dos sistemas”<sup>284</sup>. En la misma línea de explicación Rivera Silva señala: “III. El sistema mixto no

---

<sup>282</sup> De Pina, Rafael, *Manual de Derecho procesal penal*, Madrid, Ed Reus, 1934, p. 18: “El sistema mixto, que también ha sido llamado francés, porque su creación se debe a la legislación intermedia francesa de 1791, y por haber sido adoptada en la Instrucción criminal francesa de 1808, que comenzó a regir el 1º. de enero de 1811, de donde paso a los demás países europeos, con excepción de Inglaterra, es una combinación de elementos de los sistemas acusatorios e inquisitivos”. Naturalmente, se hizo necesario poner un poco de orden; y el encargado de hacerlo fue Napoleón Bonaparte. En 1808 hizo sancionar el código de instrucción criminal –que todavía rige en Francia–, en el que se combinaron, armoniosamente, los principios del sistema inquisitivo con los del acusatorio, dividiendo el proceso penal en dos etapas. En la primera, el procedimiento es escrito y secreto; y para recoger las probanzas, el juez cuenta con amplias facultades. En la segunda, es oral y público, y las partes tienen toda la libertad que necesitan para la defensa de sus derechos. La primera se cumple ante un juez unipersonal; la segunda, ante un jurado popular. Bajo el manto imperial de Napoleón, ese código se introdujo en la mayoría de los países del occidente europeo; y sus lineamientos generales se pueden reconocer, con toda claridad, en nuestras leyes actuales de procedimiento criminal, que los recibieron por conducto de las leyes españolas.

<sup>283</sup> García Domínguez, Miguelángel, “Diagnóstico del proceso penal mexicano”, en *Criminalia*, año LXX, núm. 3, septiembre – diciembre, México, Porrúa, 2004, p. 99.

<sup>284</sup> Hernández Acero, José, *Apuntes de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 2004, p. 62.

se forma, como muchos tratadistas creen, con una simple mezcla de los dos anteriores, predominado el inquisitivo en la instrucción y el acusatorio en la segunda fase del proceso. Así pues, se estima, que el sistema mixto tiene una característica que le permite plantarse como sistema autónomo frente a los otros dos y que éste reside en que la acusación está reservada a un órgano del Estado. Sintetizando las características del sistema mixto tenemos lo siguiente: a). la acusación está reservada a un órgano del Estado; b). la instrucción se acerca mucho a la del sistema inquisitivo, prevaleciendo, como formas de expresión, la escrita y secreta, y c). el debate se inclina hacia el sistema acusatorio, y es público y oral”<sup>285</sup>.

Como una combinación de modelos se pronuncia Barragán Salvatierra: Sistema mixto. “Se puede clasificar como compuesto y se encuentra constituido por elementos distintos que pueden coexistir a pesar de ser de naturaleza distinta, ya que en el fondo tiene por objeto, como ya se dijo, la explicación didáctica de un sistema general, hecho por abstracción de diversos factores de las diversas legislaciones que, formando un todo coherente, dieron el carácter de este sistema. En resumen, el sistema mixto está formado por los elementos que proporcionan los dos sistemas, por lo que sus características son las siguientes: acusación reservada a un órgano del Estado; instrucción escrita; debate público; debate oral”<sup>286</sup>.

Entonces, las características fundamentales del sistema procesal penal mixto son:

1. Florece con la Revolución Francesa y como reacción al absolutismo político y contra el sistema inquisitorial medieval.
2. Se empieza a considerar al imputado del delito como un individuo con derechos inherentes a su condición de persona que deben ser respetados durante el procedimiento penal.
3. Frente al poder omnipotente del rey y de los funcionarios reales, surge la necesidad de distribuir las funciones procesales en distintos sujetos.

---

<sup>285</sup> Rivera Silva, Manuel, *Op. Cit.*, nota 280., p. 184.

<sup>286</sup> Barragán Salvatierra, Carlos, *Op. Cit.*, nota 281., p. 37.

Asimismo, se presenta la separación de funciones y nace el Ministerio Público, que en su origen fiscalizaba la investigación del juez instructor y ejercía la acción penal.

El juicio jurisdiccional correspondía a un órgano colegiado denominado jurado.

4. En el proceso mixto la etapa de sumario está regida por el principio inquisitorial y la etapa de plenario está regulada por el principio acusatorio.
5. Rige el sistema de la libre apreciación de la prueba.
6. La etapa de sumario se caracteriza por ser secreta y escrita. La etapa de plenario es pública y oral.
7. En la Revolución Francesa se implantó el modelo de jurado clásico con el aporte de los juristas Dupurt, Thouret, Tronchet y Robespierre con un procedimiento oral y público y con la participación de jueces legos.

Esta participación de jueces legos se produce de dos maneras: El jurado de acusación (*jury d'accusation*) compuesto por ocho ciudadanos que decidía sobre la admisibilidad de una acusación en contra de un sospechoso de delito.

El jurado de juzgamiento (*jury de jugement*) compuesto por un juez de profesión y por doce ciudadanos (legos) más tres de reserva.

El juez de profesión dirigía el debate y se pronunciaba sobre el monto de la pena. El modelo es presidido por el principio acusatorio penal. Los doce legos decidían si el acusado era inocente o culpable de acuerdo con su íntima convicción.

#### **3.3.4. Diferencias existentes entre las culturas jurídicas y su relación con los sistemas procesales penales.**

Como lo señalamos en el capítulo precedente, encontramos que en el devenir histórico el enjuiciamiento criminal ha fluctuado esencialmente entre dos modelos procesales: el inquisitivo y el acusatorio, con sus diferentes variantes, interpretaciones y combinaciones. También afirmamos que han tenido distintas designaciones como corolario exclusivamente

del rol y ubicación que en los respectivos modelos asumen sus dos únicos elementos esenciales: el juzgador y la acusación.

El desconocimiento de los institutos que integran los esquemas procesales derivan en malos entendidos y la asignación de atributos que no corresponden a la realidad, sobre todo si –parafraseando a Zaffaroni–, “...la cuestión de la realidad, en éste<sup>287</sup> como en otros ámbitos, es algo muy problemático, en particular cuando vivimos una era *mediática*, en la que todo se construye<sup>288</sup>, o si se sufre de crisis de identidad y de valores y no se sabe a dónde ir para buscar puntos de referencia que le permitan definirse<sup>289</sup>, en una sociedad del siglo XXI encerrada en sus contradicciones y atavismos, como la mexicana, en la que, la construcción de pautas y la responsabilidad del fracaso caen primordialmente sobre los hombros del individuo, ya no en el sistema<sup>290</sup>.

En las materias vinculadas al conocimiento y solución del conflicto social derivado del delito, ha resultado muy conveniente para el discursante que esté en posición de poder para emitirlo, el atribuirle a la ligera y sin mayor conocimiento empírico, características de bondad o de maldad, de positividad o de negatividad, aunque en el fondo parece que estas categorías son meros efectos de decisiones que, no son verdaderamente democráticas sino producto de una imposición de fuerza. Esto ocurre con el sistema penal acusatorio al que se le han atribuido categorías y atribuciones que conceptual, filosófica, política, económica e inclusive religiosamente no le corresponden.

Se puede decir que las divergencias entre los sistemas jurídicos son mínimas y que son más temibles los malentendidos que se presentan entre las culturas, pues significan o

<sup>287</sup> Se refiere en lo particular a la Criminología.

<sup>288</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. Cit.*, nota 261., p. 13.

<sup>289</sup> Así se atribuye a Zygmunt Bauman al referirse a la sociedad actual, a la que adjetiva como “líquida”, citado por Umberto Eco, en Eco, Umberto, *De la estupidez a la locura, crónicas para el futuro que nos espera*, México, Lumen, 2016, p. 43.

<sup>290</sup> Bauman lo explica al señalar que “En la actualidad, las pautas y configuraciones ya no están “determinadas” y no resultan “autoevidentes” de ningún modo; hay demasiadas, chocan entre sí y sus mandatos se contradicen, de manera que cada una de esas pautas y configuraciones, ha sido despojada de su poder coercitivo o estimulante”. De esta suerte que el hecho de que “la estructura sistémica se haya vuelto remota e inalcanzable, combinado con el estado fluido y desestructurado del encuadre de la política de vida, ha cambiado la condición humana de modo radical y exige repensar los viejos conceptos que solían enmarcar su discurso narrativo” en Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, Pp. 13 y 14.

representan aquello que no se asume, que no se acopla al bagaje de soluciones de los problemas que se tienen en la sociedad tan solo porque no se conoce. Estas tergiversaciones se originan en representaciones colectivas muy diversas y se complican cuando no son explicitadas amplia, sencilla y correctamente. Por eso, es importante e inaplazable realizar el trabajo que explicita las diferencias entre los sistemas de enjuiciamiento penal, excluyendo de este esfuerzo los juicios morales, los prejuicios y los agravios que puedan existir entre los integrantes de tal o cual sociedad con su tradición jurídica diversa a otra.

El estudio de otros sistemas jurídicos permite comprender el sistema propio, lo que en sí es, cómo debería de ser y en lo que puede llegar a ser. Para arribar a ello, Garapon y Papadopoulos se preguntan ¿Cómo exportar una noción<sup>291</sup>, si está a tal punto ligada a una historia y una cultura? ¿Podemos proponerles a otros pueblos unirse a una concepción, si estos no han tenido la experiencia concreta y profunda de su historia?<sup>292</sup> Estas preguntas resultan muy importantes y actuales para atenderse en México y avanzar en el entendimiento del sistema acusatorio, pues en realidad hay matrices de este nuevo ordenamiento jurídico que no han sido comprendidas y pretendemos con este novel sistema de justicia penal atender los problemas del pasado, pero con las mismas concepciones culturales.

Tenemos la idea que las normas jurídicas deben contribuir a la mejora de la convivencia social generando soluciones concretas a los problemas que la realidad va revelando. En la actualidad el sistema jurídico evoluciona rápida e insensiblemente, sin detenerse a pensar o a hacer reconsideraciones de conjunto, sobre aspectos particulares y actúa sobre los principios, sin tomar en cuenta en muchas ocasiones las inadecuaciones entre las exigencias de la justicia y el estado presente de las cosas, así como de ciertas normas que se crean o asumen con tal motivo.

---

<sup>291</sup> En el caso de la investigación podremos preguntarnos ¿cómo importar una noción jurídica ligada a una historia y cultura diversas a la nacional?

<sup>292</sup> Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Colombia, LEGIS, 2008, p. 25. Para el abordaje de este tema acerca de la cultura jurídica se ha tomado como base esta obra.

La cultura es el mundo propio del hombre, producto de la creación humana: del pensar, del querer y del actuar y no solo es lo creado, lo formado y lo transformado, sino también es el acto de la transformación, el proceso de la actividad humana que se materializa en bienes.

Garapon y Papadopoulos señalan que<sup>293</sup> la cultura imprime a cada uno de sus miembros una costumbre fundamental, que continuará marcándolo, incluso, cuando ya no sea posible percibirla. Que esa es la razón por lo cual la cultura parece, en la realidad del Derecho, corresponder apenas a un imaginario y por ello trabaja inconscientemente, y es necesario comprenderla como un instituyente.

La cultura jurídica interna está constituida por las actitudes, las creencias, los razonamientos, las percepciones y los valores, más o menos explícitos, comunes a un grupo de profesionales del derecho<sup>294</sup>.

Los autores antes citados afirman que, para establecer los parámetros de cada cultura jurídica, después de la relación con el poder y con lo real, debemos revisar la relación del sistema estatal con la persona en lo individual<sup>295</sup>. Así, el sistema *common law* en su concepción originaria supone su relación con una persona libre, capaz de elegir lo que mejor le conviene y autónomo; en tanto que, en las culturas continentales, como el caso mexicano, se enfocan no en las personas sino en las instituciones. De esta manera empezamos a comprender por qué, entre otros aspectos, la víctima se fue dejando de lado en el sistema inquisitivo ante el monopolio estatal del ejercicio de la acción persecutoria de los delitos y de la violencia institucionalizada y lícita. En países pobres, como los latinoamericanos, resulta cuestionable estimar que sus habitantes son totalmente libres cuando tienen carencias estructurales significativas para lograr su desarrollo pleno como personas ante la incapacidad de poder satisfacer sus necesidades vitales mínimas.

---

<sup>293</sup> Ibidem, pp. 4 y 5.

<sup>294</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>295</sup> Ibidem, p. 49.



En lo que a la investigación compete, podemos señalar que cada cultura elige formular o esconder los diferentes momentos del proceso judicial. La cultura anglosajona tiende a formular las reglas bajo la modalidad de guías o códigos éticos, esto es, de cartas de comportamiento que se estiman muy relevantes en la práctica jurídica. Si en el país, hoy tenemos un sistema acusatorio, aunque sea estructurado bajo nuestros propios matices, lo cierto es que no deja de tener tal naturaleza y por ello cobra relevancia la existencia de reglas precisas que normen las instituciones procedimentales aplicables, como lo son las reglas de prueba o exigencias metodológicas de las prueba que se proponen desdoblar en este trabajo como aportación de conocimiento dado que, al revisar la bibliografía existente en el país sobre el tema, es prácticamente nula o, en el mejor de los casos, se encuentra sin desglosar en su entera extensión.

Con lo señalado seguimos considerando que en el *common law* solo se resuelve legítimamente un conflicto con relevancia jurídica si se han cumplido con las formas del procedimiento regular, al que se denomina *due process of law* o el *fair trial*, y en el que es más significativo la equidad en la administración de justicia que la propia justicia en sí misma; en tanto que en el Derecho continental, el Derecho es un proceso y por ello importa más el Derecho sustancial al que deben ajustarse los hechos que hipotéticamente encuadren en él.

De esta manera, ahora en el presente apartado de este trabajo de investigación, se presentará descriptivamente el aspecto referente al sistema probatorio en el sistema penal acusatorio mexicano referido mayoritariamente por autores que en reciente data han escrito sobre el nuevo esquema de enjuiciamiento procesal, así como una propuesta de regulación y clarificación de las reglas de prueba que ahora deben practicarse, lo cual, independientemente de lo mucho que se ha escrito en relación al sistema acusatorio, como previamente lo he señalado, es un tema poco trabajado a nivel de investigación en el país y menos aún con la normatividad vigente, lo que de suyo viene a ser una de las aportaciones de esta investigación.

Cabe recordar que este trabajo está inscrito en la línea de política criminal y el tema de la prueba y su problemática de suyo daría pauta para realizar un trabajo de investigación

exclusivamente sobre ella, esa es la razón por la cual no se ahondará en muchos aspectos de orden procesal, filosófico, epistemológico, por escapar a los alcances de esta investigación.

### **3.3.5. La intervención del Ministerio Público en el sistema inquisitivo mixto en México.**

Resulta oportuno mencionar, aunque sea brevemente la intervención del Ministerio Público en el sistema inquisitivo mixto durante el siglo XX hasta la implementación de la reforma de 2008.

A lo largo de la historia de la humanidad, las revoluciones se han gestado cuando en una determinada época se llega a una situación de ruptura con el tiempo pasado pues la comunidad ha ido cambiando en sus clases sociales, en su estructura económica y en su ideología mientras que el Estado, la estructura política y la clase dominante permanecen inalterables buscando cambios y controles en la estructura social o en los medios de producción de bienes y servicios<sup>296</sup> y al tiempo en que la revolución termina generalmente se produce un nuevo orden legal. Las revoluciones del siglo pasado tuvieron una génesis social, y de ellas se forjó un nuevo sistema de justicia penal.

En el México postrevolucionario no ocurrió algo diferente y el Constituyente Originario de 1917 incluyó en su programa constitutivo un bloque constitucional que regiría la política criminal. Así podemos afirmar que el sistema de justicia penal en el país es un legado de la revolución mexicana. El modelo original que se perfiló fue inspirado por un ideal democrático y liberal, así como en las posiciones triunfantes en la gesta revolucionaria y por ello, al final del conflicto bélico, se convino establecer originariamente un sistema penal acusatorio.

Venustiano Carranza<sup>297</sup> fue muy puntual en subrayar la situación de impunidad que despuntaba en el siglo XX en el sistema de justicia penal inquisitivo, el cual se caracterizaba por conjugar en la autoridad judicial las atribuciones de investigación de los delitos, de

<sup>296</sup> Lazo, Alfonso, *Revoluciones del mundo moderno*, Barcelona, Salvat, 1980, p. 4.

<sup>297</sup> Puede verse sobre este punto en particular el mensaje de Venustiano Carranza ante el Congreso Constituyente de Querétaro del 1º. de diciembre de 1916.

acusación y de decisión, y generaba un sistema penal donde predominaban los abusos en contra de la dignidad y a la libertad de los individuos. También prevalecía la ausencia de defensa, la tortura como medio procesal lícito para obtener la confesión, la omisión de formalidades esenciales para un debido proceso, entre otras notas propias de este sistema.

La primigenia disposición que adoptó el Constituyente Originario para impedir las arbitrariedades en contra de la libertad, fue separar las funciones de acusación y de juzgamiento, máxima del principio acusatorio sobre la cual descansa la columna vertebral de los derechos y garantías penales de un sistema procesal de esta naturaleza.

A su vez, el Ministerio Público se constituyó en la autoridad encargada de investigar y perseguir los delitos<sup>298</sup>. Esta función, entre otros aspectos, quedó determinada por la indagación y la presentación de los datos suficientes para demostrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de quien pudo haber participado o cometido los hechos delictuosos. A la autoridad jurisdiccional, por su parte, se le encomendó desahogar los medios de prueba obtenidos en la averiguación previa para establecer, previa audiencia del inculcado mediante su declaración preparatoria, si había lugar o no de instruir el proceso penal.

Aquí empieza la distorsión en la implementación de aquel sistema acusatorio inicialmente propuesto. Por regla general, el Ministerio Público solo se encargaría de averiguar los datos de los que se desprende la existencia del hecho delictuoso, para después presentarlos ante el juez para su desahogo, excepto aquellas diligencias de investigación que fueran urgentes o irrepitibles. Empero la legislación secundaria hizo de este procedimiento una fase meramente inquisitorial: Bajo el pretexto de que el Ministerio Público en esta etapa de investigación tiene la calidad de autoridad, entonces obtiene por sí y ante sí, –lo que en esencia constituye una actividad propiamente jurisdiccional con matices inquisitoriales– las fuentes de prueba que produce y desahoga en medios de prueba sin mayor control que el término de la prescripción o cualquier otra causa de extinción o que impida la prosecución de la acción penal. Además, las pruebas recabadas unilateralmente no tienen que repetirse

---

<sup>298</sup> Desde esa Constitución de 1917 se estableció: “La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel”.

ante el juez para que tengan validez plena o la que le brinde el sistema tasado de valoración de las pruebas que establece el sistema inquisitivo mixto.

No es difícil concluir que, si el Ministerio Público recababa las pruebas de manera unilateral bajo el único límite del principio de la buena fe en la fase indagatoria, encontraremos que la ley le concedió “patente de corso” para hacer y deshacer lo que quisiera en tal etapa procedimental con notorias adversidades y prácticamente nulas posibilidades para la defensa si pretendiera revertirlas en las etapas de instrucción o juicio.

En consecuencia, lo que la defensa realizaba durante el proceso era inútil. Si el inculcado aducía que la confesión había sido arrancada por medio de la violencia, la justicia en sus manifestaciones de órgano jurisdiccional o de criterio jurisprudencial replicaba: la “inmediatez” en la primera declaración es la que predomina sobre la retractación, ello por haberse obtenido ante una autoridad que actuaba de buena fe y sin aleccionamientos. Si exhibía las huellas materiales producto de la violencia, la justicia penal señalaba que ello no probaba que las lesiones hubieren sido cometidas para arrancarle directamente la confesión. Si aportaba elementos para acreditar que su detención fue ilegal, la justicia resolvía que aun y cuando probara que la confesión era ilícita por haberse obtenido a través de los medios señalados, lo cierto es que la misma adquiría valor preponderante porque existían otros datos que la corroboraban haciendo entonces inexistente el principio de presunción de inocencia, principio clave también en el sistema penal acusatorio.

Este relajamiento, flexibilidad, ligereza y prácticas viciadas en la investigación del delito impidió la profesionalización de los ministerios públicos y de sus órganos auxiliares desde su origen y nunca se conformó una verdadera y auténtica autoridad investigadora del delito.

Del análisis realizado, así como lo documentado en el capítulo I, podemos concluir que las diversas reformas que se han planteado al sistema de justicia penal y al sistema de seguridad pública desde hace más de veinte años a la fecha, y que culminan con la migración aparentemente plena a un sistema penal acusatorio, acabando con el sistema inquisitivo mixto

previo, solamente han sido simulacros temporales pues después de reformar e intentar implementar esquemas procesales más garantistas y ajustados a un Estado democrático de derecho invariablemente se presentan transformaciones a las previas reformas regresando a esquemas anteriores viciados por la práctica foral.

Aunque se declare lo contrario, el modelo de código procesal nacional y los conceptos tocantes a la estructura del delito, encubren actos de investigación tendientes a limitar la libertad de los gobernados por vía de la flexibilización del estándar probatorio exigible al Ministerio Público y a la policía. Podemos preguntarnos ¿para qué requerimos capacitar y profesionalizar a las policías y a los ministerios públicos si lo que se pide es un mínimo de exigencia probatoria para detener a una persona y luego de cumplir con reglas mínimas someterle a un proceso?

De acuerdo con las reformas de 2008 se plantearon considerables innovaciones para el fortalecimiento del Sistema Nacional de Seguridad Pública, y el correlativo sistema de seguridad de las entidades federativas también, en cuanto a las estructuras, procedimientos, perfiles, reglas de selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los policías, peritos y ministerios públicos, que deberían haberse implementado totalmente cuando mucho para el año 2009 en caso de los sistemas nacionales y en 2010 para los locales. La gran mayoría no se han cumplido originando debilidades en las tareas de prevención e investigación de delitos<sup>299</sup>. Lo mismo se puede señalar respecto a las innovaciones en el sistema penitenciario y de ejecución de penas que debieron haberse finiquitado para 2011. En este sentido podemos decir que estamos ante una reforma inacabada, incompleta y, por lo tanto, no puede ser efectiva. Pero el asunto no culmina ahí. La reforma aparentemente fue diseñada de manera integral y sistémica, por lo que, al fallar uno de los eslabones, falla el resto, y lo estamos comprobando pragmáticamente.

---

<sup>299</sup> Alejandro Gertz Manero, citado por Moreno Hernández, advirtió que “la Policía Federal Preventiva no podía ser más eficiente porque no tenía las facultades de investigación”, lo que no solo limita las tareas de investigación de los delitos sino también otros procesos policiacos significativos como lo son las tareas de inteligencia y prevención, en Moreno Hernández, Moisés, *Retos de la implementación de la reforma constitucional en materia de justicia penal (2008)*, México, Centro de Análisis y Desarrollo del Derecho, Universidad La Salle, 2011, p. 21.

Decíamos que el principio acusatorio implica la separación de las funciones de los diferentes actores que intervienen en el sistema de justicia penal. De entrada, el Ministerio Público en México tiene a su cargo a la policía no solo de manera funcional o direccional para la investigación de los delitos sino también de manera orgánica y operativa, lo que le impone atribuciones en otras áreas del sistema no solo las de acusar. De esta manera, el Ministerio Público, su titular y toda su estructura, es también corresponsable del combate a la impunidad y de la inseguridad pública, lo que igualmente tiene un propósito político discrecional en los procesos de criminalización, aunque le sume responsabilidades ante la sociedad y le reste eficacia y credibilidad en el cumplimiento de sus atribuciones originales.

Además no es algo secreto o desconocido el celo profesional y de posicionamiento en el merecimiento de mejores presupuestos y simpatías personales ante el titular del Poder Ejecutivo y los medios de comunicación, entre las Procuradurías de Justicia –ahora con el simple cambio de membrete al de Fiscalías pues siguen siendo las mismas personas y siguen actuando de la misma manera– y las Secretarías de Seguridad Pública, lo que viene a sumar en la carencia de coordinación en el marco de sus atribuciones y en el incumplimiento de sus compromisos frente a la sociedad.

En tanto el Ministerio Público sea sujeto obligado directo en el combate a la inseguridad pública y la impunidad delictiva ante los ojos de la sociedad, con las carencias estructurales que le caracterizan y la ausencia de coordinación operativa a la que me he referido previamente, su actuar no será sino meramente simbólico y se continuaran generando subterfugios para que “cumpla” con sus obligaciones legales aunque ello no abone en un mejor servicio de procuración de justicia ni en el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos que son sujetos de su actividad.

Por otro lado, nunca se completó la referida implementación de la reforma en materia de seguridad pública pues a la fecha siguen sin estructurarse las carreras policiales, periciales y ministeriales; no se ha logrado la certificación del 100% de las policías en el país, no se conforma la policía única; no se han mejorado las prestaciones de seguridad social de los elementos que integran los cuerpos policiales, etcétera, pero sobre todo no se avanza



significativamente en su capacitación y profesionalización. Luego, ante este cuadro de incumplimientos, no podemos pensar en una policía científica que investigue los delitos con márgenes deseables de cumplimiento al debido proceso exigibles para cualquier carpeta de investigación o, en su caso proceso penal, mucho menos si continúan dentro de la nómina del Ministerio Público a quien tienen que obedecer por esa simple circunstancia sin que ello les permita completar indagaciones científicas ajenas a las agendas de los titulares de las Procuradurías o Fiscalías.

Si contáramos en el país con una policía científica debidamente constituida y no de mero discurso, no dependiente de la agenda del Ministerio Público, y este de la del titular del Poder Ejecutivo –con la aprobación o no de su presupuesto anual para su operación–, podríamos aspirar a separar las funciones de investigación y de acusación que daría mayor especialización y certeza en el combate a la criminalidad y el abatimiento de la impunidad por parte de la policía y entonces el Ministerio Público podría avocarse a perfilar jurídicamente la acción penal en el caso de que hubiere realmente elementos para hacerlo.

Con el estado de cosas que tenemos actualmente y con las facilidades legislativas para flexibilizar el estándar probatorio en la etapa de investigación, las tareas de procuración de justicia aparentan ser eficaces. Su aparente efectividad<sup>300</sup> y agilidad, obedeciendo a la lógica de la laxitud en el estándar probatorio, es demagógica y simulada<sup>301</sup>. Puede ser que se detenga a cualquier persona a la que se etiquete como delincuente y después de tenerla incomunicada se presenten supuestos testigos que lo identificarán en base a un álbum fotográfico de “sospechosos” que se le parecerán morfológicamente. Aquí el asunto puede tener dos derroteros: La ineficacia de la policía no permitirá identificar y detener a los

---

<sup>300</sup> Se publicitan estrategias de atención a las denuncias penales en un minuto como si fueran servicios de comida rápida o de venta de embutidos en las tiendas de autoservicio o de los cajeros en los bancos, sin que se conozca públicamente que después de ese minuto pasan tres o cuatro horas para que un servidor público les indique cuáles son los requisitos o elementos que deben llevarse para la recepción de la denuncia o querrela al día siguiente o tres o cuatro días después; o de unidades especializadas que acuden hasta el domicilio de los ofendidos o víctimas del delito a iniciar la carpeta de investigación y pasados los días siguientes no hay esclarecimiento de los hechos.

<sup>301</sup> No es extraño que por twitter o cualquier otro medio electrónico de comunicación de tecnología avanzada, las instancias de procuración de justicia anuncien espectaculares detenciones violentando los principios de publicidad, los derechos de defensa y de dignidad de los detenidos, entre otros, y después de ese anuncio no se sepa cuál fue el término de la carpeta de investigación o de la formulación de imputación o solicitud de vinculación a proceso que debieron generarse con motivo de tales detenciones.

verdaderos delincuentes o los órganos jurisdiccionales conocerán de acusaciones soportadas en actos de investigación ilícitos por lo que tales datos de prueba serán declarados en ese sentido y los sometidos a la jurisdicción quedarán libres.

En todas estas reformas y “contrarreformas” se declara un esquema probatorio en la fase de investigación flexible o laxo en aras de un supuesto combate a la impunidad. Pero, como se ha planteado, no es sino un argumento falso.

En vez de fortalecer o redimensionar las Procuradurías de Justicia y a las policías de cara al cumplimiento de sus atribuciones en base a los principios informadores del sistema de justicia acusatorio y en base a la capacitación y la profesionalización en la investigación de delitos, evaluando, depurando y eficientando los indicadores de gestión para presentar resultados legítimos, objetivos y justificables, –que es el verdadero problema–, el Estado mexicano se ha salido siempre por la tangente y sucesiva y sistemáticamente ha venido reduciendo los estándares y exigencias probatorios así como los elementos y estructura del concepto del delito para flexibilizar las tareas de investigación del mismo, con lo cual, además, se comprimen los derechos fundamentales de los gobernados violentando las exigencias de un Estado democrático de derecho y su reflejo que deberíamos de encontrar en el sistema de justicia penal.

En otras latitudes la creación del Ministerio Público, y con ello la separación de funciones que le da distinción al sistema penal acusatorio, fue el eje de la reforma de la justicia penal<sup>302</sup>. En México tenemos un Ministerio Público centenario que fue concebido bajo otro sistema procesal, el cual también se fue desvirtuando y el Ministerio Público se convirtió en una autoridad muy poderosa pero también ineficiente y arbitraria. Por ello, este mismo Ministerio Público de 1917 no es el apto para actuar dentro del sistema penal acusatorio de la reforma del año 2008 y surge la necesidad de reinventarlo y dotarlo de las

---

<sup>302</sup> Así Carocca Pérez señala que “...se ha creado (en Chile) *ad ovo* un nuevo e importante organismo de persecución penal, el Ministerio Público, dotado de autonomía constitucional, que está llamado a convertirse en el eje del funcionamiento de la justicia criminal...En realidad, el establecimiento de esta institución en estas condiciones, sería por sí solo suficiente para configurar una profunda reforma a la justicia penal...” Carocca Pérez, Alex, *Manual del nuevo sistema procesal penal chileno*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008, p. 4.

personas debidamente capacitadas y profesionalizadas así como de los instrumentos y de las estructuras indispensables para que en la etapa de investigación se convierta en una unidad portadora de la primordial función de “control de la legalidad”<sup>303</sup> y en el resto del proceso sea una parte infundida de objetividad, buena fe y lealtad de acuerdo a los principios que orientan al sistema penal acusatorio. De no ser así, seguiremos en un círculo vicioso en donde paradójicamente una de las causas de la crisis en el sistema no puede ser la base para resolverla y continuaremos con prácticas distorsionadas “tropicalizando” el derecho en detrimento de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por estos mismos argumentos resulta inviable e indeseable que las propuestas de Fiscalías Generales de Justicia que ahora se proyectan por todo el país queden en manos de los mismos titulares de las actuales Procuradurías Generales de Justicia. Si se parte del presupuesto de que no existe confianza en la actuación de los actuales encargados de la procuración de justicia, ¿por qué se les tendría confianza en automático tan solo por el cambio de denominación de la institución, pero sin un cambio de las mismas personas y procedimientos que han llevado a ese estado?

Si el tema es que no se quiere una dependencia de parte del titular del Poder Ejecutivo, entonces resulta ilógico e incongruente que se mantenga al frente de la Fiscalía a quien previamente ha sido designado por el Ejecutivo.

Si la razón es que ahora las Fiscalías circunscribirán su actuación a la actividad de acusar ante los órganos jurisdiccionales o buscar una solución jurídica alterna al conflicto penal, no se explica por qué seguiría realizando actividades de orden policiaco preventivo o indagatorio, ni siquiera se justificaría que continuaran teniendo bajo su nómina a fuerza de tarea policiaca –aunque ello le reste poder personal al titular de la Fiscalía–.

En suma, debe plantearse una total transformación en la instancia responsable de la procuración de justicia, de otra suerte, pretender cumplir con las atribuciones legales y

---

<sup>303</sup> Gössel, Karl-Heinz, *El proceso penal ante el estado de Derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*, Perú, Grijley, 2004, p. 35.

orientaciones que establecen los principios que informan al sistema penal acusatorio vigente en el país con las mismas personas y con la misma forma de actuar de los actuales responsable de la procuración de justicia es llevar al fracaso la reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal.

En suma, debe plantearse una total transformación en la instancia responsable de la procuración de justicia, de otra suerte, pretender cumplir con las atribuciones legales y orientaciones que establecen los principios que informan al sistema penal acusatorio vigente en el país con las mismas personas y con la misma forma de actuar de los actuales responsable de la procuración de justicia es llevar al fracaso la reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal.

### **3.3.5.1 Ejes de mejora de la política de persecución de los delitos en México**

Por lo asumido en el apartado anterior, con la urgencia de corregir el trabajo institucional de los responsables de la persecución penal de los delitos y el impacto que ello genera en el abatimiento de la impunidad y la credibilidad en el sistema penal acusatorio, se proponen los siguientes cuatro ejes centrales de mejora en la política de persecución penal de los delitos en México: A) instaurar una renovada política de atención a víctimas; B) conformar reales estrategias científicas de análisis criminal; C) Diseñar un adecuado manejo del flujo de trabajo, y; D) Mejorar sus resultados institucionales frente a la ciudadanía para contribuir en la mejora de la percepción de la prevención general positiva.

#### **A) instaurar una renovada política de atención a víctimas**

Con las reformas constitucionales también se han producido avances significativos en el diseño de normas de derechos en favor de las víctimas y ofendidos de los delitos. Sin embargo, el representante social, el Ministerio Público, no se ha convertido a la par en un factor y actor más relevante en la protección y promoción de tales derechos.

Esta situación se constata en una carencia de institucionalidad del Ministerio Público al no tener unidades especializadas que se encarguen de diseñar y ejecutar políticas públicas en materia de promoción y protección de los derechos de las víctimas.

Pueden argumentar algunas Procuradurías o Fiscalías que formalmente cuentan con unidades especializadas para atender a las víctimas de delitos específicos, como en el caso de violencia de género. Empero, la realidad es que en el caso del Ministerio Público, el vínculo con las víctimas de la mayor parte de los delitos que se denuncian, ejemplo los patrimoniales en sus diversas manifestaciones que constituyen el gran universo de los asuntos que tiene que integrar, queda en manos del fiscal que atiende el caso y la persona víctima tan solo se convierte en un número de carpeta pues los fiscales no advierten que las víctimas son, por decirlo así, sus clientes y su opinión debe ser considerada para tomar decisiones acerca de la persecución penal de los casos particulares. Esta situación se presenta, por un lado, porque al tener un papel activo en la promoción de los derechos de las víctimas se entra en conflicto con la lógica de la persecución penal en donde prima esta sobre la insatisfacción de la víctima y, por otro, por la carencia de capacitación y sensibilización de los agentes investigadores respecto a las necesidades de las víctimas.

Por lo señalado, se requiere de la creación de estructuras internas del Ministerio Público que estén dedicadas exclusivamente a la determinación de políticas de atención a las víctimas y ofendidos del delito; el acompañamiento institucional de la víctima con un trabajo transversal que atienda la persecución del delito y las necesidades de la víctima; capacitación y sensibilización de los fiscales, la generación de protocolos que eviten la revictimización, y; el diseño de incentivos concretos que revaloren la importancia de la víctima.

#### B) conformar reales estrategias científicas de análisis criminal

En toda América Latina la eficacia y eficiencia de la labor policial se cuestiona, sobre todo por el permanente crecimiento de la violencia y la inseguridad pública producto de la criminalidad y la impunidad. Parte de esta situación estriba en la incapacidad de las instancias policiales de desarrollar estrategias científicas de análisis criminal pues no basta con tener fastuosas y apantallantes instalaciones de edificios conocidos como C4 o C5, sino procesos efectivos de análisis desplegados en ellas.

El análisis criminal es el estudio de los elementos involucrados en la comisión de un hecho considerado delito. La finalidad de ese proceso debe ser búsqueda, organización y análisis de datos delictivos en la que los analistas puedan encontrar información significativa que permita a los fiscales esclarecer los delitos, desintegrar las estructuras criminales, detener a los delincuentes y prevenir la ocurrencia de estos hechos.

### C) Diseñar un adecuado manejo del flujo de trabajo

Una función elemental en un sistema de persecución del delito es contar con la capacidad para manejar razonablemente los casos que conoce, y hacerse cargo del flujo de casos que recibe. El manejo y control de ese flujo de casos condiciona el adecuado funcionamiento del Ministerio Público, y del sistema de justicia penal en su conjunto. Por ello debe desarrollarse una política de control del mismo, que le permita dominar la carga de trabajar para contar con parámetros mínimos de racionalidad y de calidad, todo ello dentro de un marco de información transparente frente a la sociedad.

En el sistema penal acusatorio se establecieron el conjunto de instituciones y de criterios que permitían al Ministerio Público desplegar una política de control de sus cargas de trabajo, contando con los criterios de oportunidad, facultades de desestimación y aplicación de salidas tempranas de los asuntos puestos a su investigación. Sin embargo, el Ministerio Público ha sido incapaz y opaco en el manejo de estas facultades, especialmente aquellas que suponen desestimar prematuramente los casos que le son denunciados.

Si bien es cierto algunas procuradurías o fiscalías generaron Unidades de Decisión o Atención Temprana, también lo es que lo realizaron sin un sistema de organización laboral debidamente estructurado y con personal apropiadamente capacitado para que asumiera la desestimación jurídica de los casos que no requieren de investigación ministerial o tránsito a su judicialización, lo que ha generado errores, negligencia, inexperiencia y corrupción en detrimento de las víctimas y ofendidos del delito amén de mayor descrédito social de las instituciones respectivas. Por ello, es indispensable generar formas de sistematización, supervisión, capacitación, estandarización y mejora continua de estas unidades.

### D) Mejorar sus resultados institucionales frente a la ciudadanía para contribuir en la mejora de la percepción de la prevención general positiva

Tal como se ha señalado, se debe superar el esquema conceptual y operativo de las Procuradurías o Fiscalías Generales de Justicia que han existido en el país desde su gestación en 1917. Ello implica, entre otras muchas acciones, el retirarlas de las actividades de



seguridad pública preventiva como fuerza de tarea policial, para convertirlas, con modelos y personal con nuevos perfiles y mística de servicio, en verdaderas fiscalías avocadas a la persecución del delito ajustadas a las exigencias doctrinales y legales de un sistema penal acusatorio. No nos engañamos con que ello pueda ocurrir inmediatamente por el clima de inseguridad y de violencia que existe en el país, no obstante, debe aspirarse a ello. En tal medida, el Ministerio Público tendría como desafíos en materia de contribución a la mejora en la prevención general positiva los siguientes:

- La persecución eficaz y oportuna de los delitos
- La maximización del efecto simbólico de la pena y del proceso
- La persecución penal inteligente de los delitos

La persecución eficaz y oportuna de los delitos implica el cumplimiento cabal de las atribuciones del Ministerio Público en etapa de investigación y el ejercicio de la acción penal adecuadamente ante los órganos jurisdiccionales para la concreción de las penas cuando ello sea conducente. Esta tarea, al ser cumplida en su totalidad, permite la consecución de diferentes objetivos en materia de prevención general positiva y prevención especial positiva. Para lograrlo se requiere establecer criterios de evaluación de la capacidad de respuesta institucional.

La maximización del efecto simbólico de la pena y del proceso pues éste transmite un mensaje positivo en tres aspectos: la reafirmación del valor de la ley, que no existe impunidad y que se presenta una respuesta oportuna y correcta del Estado frente a los delitos.

Finalmente, para la persecución penal inteligente de los delitos, se requiere establecer objetivos precisos que sean permanentemente evaluados, que permitan concluir si a partir de las nuevas estrategias y acciones se van logrando los cambios fijados por la Fiscalía en sus metas.

Es importante establecer objetivos alcanzables como reducir el número de determinado tipo de delitos; mejorar la seguridad pública en un cierto lugar de la ciudad; mejorar la percepción que los ciudadanos tienen del propio sistema de justicia penal, entre otros.

A nueve años de haber entrado en vigor el sistema penal acusatorio en México se han presentado otras reformas constitucionales, también modificaciones a la normatividad secundaria y se ha implementado la operación y la infraestructura organizacional del sistema, en algunos lugares y ordenes gubernamentales de manera eficaz y otros transitan hacia ello. Es tiempo de hacer las evaluaciones que permitan corregir lo mal diseñado o implementado y generar estrategias y acciones que vengán a consolidar al sistema antes que la clase política que controla el poder en el país se le ocurra darle la espalda al sistema. En ello deberán estar comprometidos los académicos, los estudiantes de Derecho, los operadores del sistema, en

fin, todo aquél que considere que el sistema penal acusatorio tiene mayores posibilidades y expectativas dentro de un Estado Constitucional de Derecho en el que se hagan valer las libertades y los derechos de los habitantes de la República.

### **3.3.6. Principales modelos de Derecho Procesal Penal en el sistema acusatorio.**

En realidad, lo que se designa como sistema procesal no es, en rigor, sino la parte instrumental de cada una de las tres grandes familias jurídicas contemporáneas que hoy en día se reconocen en el derecho comparado: 1) la familia romano-germánica (o del *civil law*); 2) la angloamericana (o del *common law*), y 3) la de los países socialistas<sup>304</sup>. Con motivo de la investigación interesa fundamentalmente conocer el sistema *common law* y sus diferencias con el previo que existía en el país, el derivado del romano germánico.

#### **3.3.6.1. Sistema *Common Law*.**

El *common law* es producto de las Cortes Reales de Justicia, que surgieron después de la conquista normanda de 1066 en Inglaterra. Desde su inicio, el procedimiento ha tenido una singular importancia para la restitución del derecho en este tipo de enjuiciamiento criminal. Inclusive, se llega a considerar que lo esencial no es la solución que la justicia habrá de darle en un litigio, sino el acceso a las jurisdicciones mismas, contando para ello con la acción que lo permita.

Una de sus características fundamentales, de acuerdo con Garapon y Papadopoulos, es que existe una garantía política que protege a todos los ciudadanos de cualquier intromisión arbitraria del poder, lo que viene a asegurarles sus libertades fundamentales, iniciando con la de la propiedad, lo que en el mundo británico es como sus bases de los derechos del hombre<sup>305</sup>. Esto después se retoma y se incorpora en el mundo norteamericano a su Constitución.

---

<sup>304</sup> Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, México, HARLA, 1985, p. 12.

<sup>305</sup> Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *Op. Cit.*, nota 292, p. 31.

En los Estados Unidos se renueva el *common law* inglés debido al pragmatismo de la cultura jurídica norteamericana. En este sistema se da gran importancia a la argumentación y a la oratoria, lo cual no tiene parangón en el *civil law*, lo que permite generar una comunidad política de interpretación.

En el *common law* la regla jurídica debe aportar soluciones concretas a los problemas que la realidad va revelando, no reemplazando las reglas de conducta ni confundiendo con la moral tal cual ocurre en el *civil law*, por ello se puede decir que no reenvía a una técnica de interpretación sino a un método de diferenciación a partir de casos que ya han sido resueltos previamente<sup>306</sup>. Procederé de manera concisa a señalar algunos aspectos de las variantes de este sistema de enjuiciamiento y sus ventajas y desventajas.

#### **3.3.6.1.1. *Adversarial System* o *Prosecutorial System*.**

Este sistema se encuentra dominado por el principio dispositivo como consecuencia de que en el derecho sustancial angloamericano rige el principio de la libertad de estipulaciones o de “autonomía de la voluntad”, que influye en el proceso y se expresa a través del principio señalado<sup>307</sup>.

Un rasgo que caracteriza al sistema procesal *common law* es la intervención de los jurados en los juicios.

El enjuiciamiento criminal federal en Estados Unidos se fundamenta en un sistema “adversarial” o de partes. También se emplea la expresión *Prosecutorial System*, que en el fondo es decir lo mismo que *Adversarial System*. La variante consiste en que con la expresión *prosecutorial* se incide en la función principal del gobierno en el proceso penal, perseguir el delito por medio de su órgano *ad hoc*, el Ministerio Público o Fiscal, y acusar de su comisión a una persona. Este sistema es de origen inglés y formó parte del *English Common Law*. No

---

<sup>306</sup> *Ibid.*, pp. 36 y 37.

<sup>307</sup> Ovalle Favela, *Op. Cit.*, nota 304, p. 16.

obstante, el sistema inglés no era tan “adversarial” como lo es en la actualidad el sistema estadounidense.

Los habitantes de los Estados Unidos de América consideran que su sistema de enjuiciamiento criminal les lleva a resolver los asuntos de manera más justa y más acertada tomando en consideración la participación del jurado, en base a los siguientes razonamientos:

- En un sistema adversarial, las partes están en mejores condiciones de llevar los hechos y la información, que un investigador oficial en un sistema inquisitivo. Esto se resalta por el interés que tendrá cada una de las partes al momento de convencer al jurado acerca de la inocencia o culpabilidad del imputado.
- Como el juez no está involucrado en los hechos ni en su desarrollo, las pruebas serán más objetivas, sin prejuicios antes de la resolución del asunto.
- Atacante y atacado son tratados en el proceso como iguales.
- Se desarrollan mejor y de manera más adecuada los derechos y garantías consagrados en la Constitución y particularmente en el *Bill of Rights* que tienen aplicación en los procesos penales federales y estatales en los Estados Unidos de Norte América.

#### **3.3.6.1.2. Defectos del sistema adversarial de los Estados Unidos de América.**

- El excesivo poder de la policía.
- La inmensa discrecionalidad del fiscal al momento de decidir la acusación.
- El papel excesivamente pasivo del juez.
- El enorme poder de las partes para integrar el proceso.
- La carencia de límites en la negociación acerca de la culpabilidad y la pena a aplicar.
- La no fundamentación del veredicto del jurado.
- Las limitantes del recurso de apelación sobre todo frente a las sentencias absolutorias.

Al término de la Guerra Fría, se polarizaron los dos occidentes, es decir, Europa Occidental y Norteamérica, sobre todo por el temor de una “americanización”



global, pensando no solo en un dominio político sino, sobre todo, por una opresión cultural.

Si la justicia es un elemento de la cultura, se estima que el americanismo y su huella capitalista representará en términos de procesos judiciales un incremento desmedido atribuible al perfil contencioso marcado por la mercantilización generalizada del mundo, y de la cual el *common law* es uno de sus vectores<sup>308</sup>.

### 3.3.6.1.3. Aspectos jurídicos trascendentales del sistema adversarial.

- I. Desde el punto de vista institucional se destacan los siguientes elementos:
  - a) El jurado, que es la institución sobre la que realmente recae el sistema de enjuiciamiento criminal en Estados Unidos, es quien delibera y pronuncia el veredicto en todos los delitos castigados con penas superiores a seis meses de prisión, a la vista de las pruebas practicadas ante él, dicho veredicto no tiene que ser motivado salvo algunas excepciones muy escasas y raras.
  - b) El juez no instruye el proceso y se limita a dirigir de manera neutral el debate entre las partes frente al jurado.
  - c) El fiscal es el representante del gobierno en el proceso penal. El Ministerio Público estadounidense goza del monopolio de la acción penal y dirige formalmente la investigación del delito.  
Por lo anterior, la víctima no puede ser parte del proceso penal.
  - d) El abogado defensor defiende al acusado con un papel muy activo.
- II. En los aspectos procesales se destaca que:
  - a) el proceso debe estar sujeto a principios que se corresponden con los de un Estado de Derecho, entre los que se enfatiza el debido proceso, la equidad, la igualdad, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y la prohibición de la doble incriminación<sup>309</sup>.
  - b) El desarrollo del proceso es predominantemente oral y se concentra en dos fases o momentos principales: 1) la fase preliminar o preparatoria, con finalidades conciliatorias, de fijación del debate y de preparación de la audiencia final, que

<sup>308</sup> Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *Op. Cit.*, nota 292, xvii

<sup>309</sup> Gómez Colomer, Juan-Luis, *Op. Cit.*, nota 271, pp. 49 a 51, 53 y 54.

en los Estados Unidos de América se denomina *pre-trial* y se desarrolla ante un juez y en Inglaterra se concentra en la *summons for directions*, llevada a cabo ante el *master*; y, 2) una audiencia final, el *trial*, en la cual, en una sola sesión, se deben practicar las pruebas en forma pública, las partes deben formular sus alegatos, el jurado –en su caso– debe emitir su veredicto y el juez su sentencia.

- c) En materia probatoria, la evolución del *common law* no ha transitado de la valoración tasada hasta la libre apreciación, como en el *civil law*, sino que la orientación, para otorgar mayor libertad al juzgador, se ha dirigido hacia la supresión de las reglas limitadoras de la admisión de ciertas pruebas (*exclusionary rules* y *disqualifications*), impuestas por la intervención de los jurados.<sup>310</sup>

### 3.3.7. *Due Process of Law*.

El debido proceso debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio.

El debido proceso comprende un conjunto de principios tales como los de legalidad, del juez natural, de favorabilidad en materia penal, de presunción de inocencia y el derecho de defensa, los cuales indudablemente constituyen verdaderos derechos fundamentales.

También constituye el concepto articulador del sistema adversarial.

Tiene su origen en la Carta Magna inglesa de 15 de junio de 1215, cuando en su apartado 39 dispone que:

*“Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquiera otra forma, ni usaremos la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”.*

---

<sup>310</sup> Ovalle Favela, José, *Op. Cit.*, nota 304, p. 17.



De las palabras finales (*per legem terrae, by the law of the land*) se entiende indiscutiblemente por la doctrina de los Estados Unidos de América que surge por derivación, la expresión estadounidense de proceso debido.

Este principio cumple dos funciones primordiales: proteger al ciudadano y servir de fundamentación al régimen garantista.

- I. En cuanto a la función de tutela del ciudadano imputado en la comisión de un delito significa que en los EEUU juzgar penalmente con el *Due Process of Law* es proceder penalmente contra una persona que está protegida por el Estado frente al propio gobierno, de tal suerte que el principio le otorga la tutela más amplia posible frente a excesos o actuaciones indebidas de la policía o de la fiscalía, que son el gobierno. Lo anterior busca conseguir el equilibrio procesal, un juicio equitativo y un proceso ajustado a la ley.
- II. Hace a la función de servir de base a las demás garantías fundamentales del proceso.

Puede concluirse que el *Adversarial System* de enjuiciamiento criminal y el *Due Process of Law* serían como dos caras de la misma moneda. Sin lucha (*adversarial*) legalmente regulada en forma debida (*Due Process of Law*), no hay proceso<sup>311</sup>.

### **3.3.8. El sistema continental europeo (*Civil Law*).**

Alguna fracción del *civil law europeo* aún se encuentra regido por el principio dispositivo. Esto se expresa así porque, si bien ha habido una pequeña modificación, puesto que el impulso y desarrollo del proceso, así como la obtención del material probatorio, ya no se confían únicamente a la voluntad de las partes, sino que también corresponden al juzgador.

---

<sup>311</sup> Gómez Colomer, Juan-Luis, *Op. Cit.*, nota 271, pp. 60, 61.

Otro rasgo característico del sistema procesal romano-germánico europeo es el dominio progresivo del principio de la *oralidad*, en sustitución de la forma predominante escrita que distinguió los procesos europeos hasta el siglo XIX<sup>312</sup>.

El ocuparnos de analizar sistemas procesales diversos es referirnos a revisar culturas jurídicas diferentes, que requiere de un examen comparativo más profundo para entender entonces sus representaciones colectivas y el entendimiento de sus diferencias. Si, además, pretendemos importar un esquema procesal nacido y desarrollado en culturas diversas, resulta fundamental la explicitación de tales diferencias para conocer hasta donde puede ser asimilado en el suelo en el que pretende ser trasplantado.

Si la reforma en materia de seguridad pública y justicia penal no culmina en mayor seguridad y menor impunidad, mayor libertad y menos violencia, mejor justicia y paz para los ciudadanos, no valdrá el esfuerzo nacional por reformar el sistema de justicia penal y solo llegará a ser un simple cambio “*tropicalizado*” de estafetas, de membretes y de nuevos fracasos.

Por ello se ha hecho el presente desarrollo pues resulta indispensable conocer el origen y fundamentos de los sistemas procesales penales y no considerar que se está ante un sistema con patente de denominación insólita, y que se puede alargar según las conveniencias de quienes detentan el poder político según las conveniencias locales como ya aconteció en Chihuahua.

Por otro lado, si una de las funciones de la cultura jurídica es la producción de la verdad, y ello tiene que ver indisolublemente con el sistema probatorio, entonces el análisis para entender las diferencias más específicas entre los sistemas normativos del *common law* y el *civil law* que inciden en este tema, eje de la presente investigación, la abordaré en el siguiente capítulo. Ahora, se procederá a examinar los principios que informan al sistema penal acusatorio en México.

---

<sup>312</sup> Ovalle Favela, José, *Op. Cit.*, nota 304, p. 17.

### 3.3.9. Pautas para entender las diferencias entre el *Common law* y el Derecho continental.

Existen diferencias estructurales entre los sistemas *common law* y los de Derecho continental en el orden jurídico, político, religioso, filosófico y, en lo particular, desde lo procesal que requieren ser examinados, aunque sea de manera sintética, para entender el verdadero origen y naturaleza del sistema de enjuiciamiento criminal que se ha implantado en nuestro país. Se procede a realizar la revisión referida.

#### 3.3.9.1 Conformación histórica en las esferas jurídica y política.

La familia jurídica identificada con el *common law* tiene sus raíces en Inglaterra, así su posterior traslado y modificación en algunos aspectos en los Estados Unidos de América y en la *British Commonwealth of Nations* o Mancomunidad Británica de Naciones; en tanto que, el derecho continental o *Civil law* lo tiene fundamentalmente en Francia. Por ello en este apartado del trabajo se les tiene como referencias a estas naciones.

El *common law* adquiere su fortaleza con la Constitución inglesa de 1215. Inglaterra fue invadida por los normandos quienes otorgaron a la Corona la propiedad única sobre la tierra y, gracias a una conveniente distribución de lotes feudales, conformaron una aristocracia económicamente nacional y mejor organizada administrativamente. Ese régimen fiscal de propiedad se complementaba con el cobro de impuestos sobre la base de un exacto rigor catastral. A ello sumaron la estructuración de un poder político piramidal y la unidad del Derecho a través de las Cortes de Justicia que se centralizaron en la ciudad de Londres.

En esa misma Constitución dieron pasos hacia la democratización de las estructuras políticas cuando rechazaron el disociar el pago de impuestos de la representación política, afirmando su aforismo "*No taxation without representation*", que implica no contribución al enriquecimiento colectivo sin voz en el parlamento. Así, tenemos que Inglaterra desde finales del siglo XVII es un Estado liberal fundado en el Derecho y sus procedimientos representativos –aunque se volvió democrático hasta el siglo XIX–.

Se puede afirmar que el sistema *common law*, pese a ser flexible y eficaz en su funcionamiento, se conserva rígido, casi inamovible en sus grandes categorías conceptuales<sup>313</sup>. Así, todo el sistema acusatorio reconoce una divergencia irreductible entre el procedimiento contencioso individualizado, el cual se fundamenta en el principio del debido proceso (*due process*) y la igualdad de armas en la administración de la prueba, y el proceso político, fundado sobre el sufragio universal y la representatividad democrática. A pesar de ello, el *common law* ha tenido la mayor dificultad para construir puntos de intersección entre lo judicial y lo político<sup>314</sup>. No obstante, se afirma que, Inglaterra es un Estado de Derecho *puro*.

En Francia, la estructura de la sociedad feudal se superó con la Revolución Francesa, pero pronto migró a un poder central girando nuevamente hasta el absolutismo, por lo que, después, paulatinamente hubo que democratizar a un poder político con resabios de esencia absolutista y de liberar sociológicamente una sociedad marcada por las órdenes, las corporaciones y los privilegios, razones por las cuales no pudo desarrollarse rápidamente una sociedad civil autónoma ni contar con contrapoderes en el gobierno, por ello se puede afirmar que la Revolución Francesa pretendió concretar las etapas liberal y democrática a la vez.

Por otro lado, en el país galo, el control parlamentario, antecedente del Poder Judicial, pretendió detentar el Derecho y controlar el poder y se entregó a un solo órgano cuya única legitimidad era de orden político. Entonces, el derecho continental esencialmente es político y el objetivo de la ley no es tanto su aplicación real como su alcance simbólico. En este modelo, se considera que si la sociedad no es organizada por la voluntad de un dirigente entonces existe la amenaza de la emergencia, del caos y de la injusticia, por ello, para este modelo jurídico es relevante la existencia de la ley escrita, del código, en donde se plasma

---

<sup>313</sup> A mi entender, este es uno de los puntos neurales sobre los que se cimienta el sistema acusatorio y sobre los cuales deben reflexionarse y aplicarse en México los criterios que le dan esa identidad a este tipo de procesamiento penal, de otra manera, el pretender inventar características conceptuales y operacionales al sistema lo único que logra es deslegitimarlo y conducirlo a la ineficacia.

<sup>314</sup> Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *Op. Cit.*, nota 292, p. 133.

un Derecho que, aunque no siempre es efectivo, resulta ideal, inclusive se puede afirmar, cínico. Se dice entonces que en Francia se presenta un Estado de Derecho aproximado.

Otra diferencia se encuentra en que, el *common law* sirve para garantizar las relaciones de una sociedad civil independiente y dedicada al comercio, en tanto que el Derecho continental resulta desafiado en un estatus doméstico, en comparación con el poder político, que es la única fuente de legitimidad.

### **3.3.9.2 Divergencias jurídicas más indicativas entre los sistemas *common law* y civil.**

En aspectos jurídicos, encontramos que es complicado hacer comparaciones entre el *common law* y el derecho civil o continental pues ni tienen la misma forma ni la misma configuración; aquél es pragmático y reactivo, el último es sistemático y abstracto; el sistema inglés es un ciclo ininterrumpido de soluciones prácticas y el continental se presenta como un sistema de normas.

En cuanto a sus divergencias encontramos que en el *common law* lo esencial es, como se ha señalado, el debido proceso y lo medular no es conocer la solución que la justicia ha de darle a un litigio sino poder acceder a la vía jurisdiccional en igualdad de oportunidades, espacio en donde ha de seguirse un procedimiento que resulte justo ya que en este modelo procesal no es posible decidir sino observando las formas de un procedimiento regular (*due process of law o fair trial*) y la administración de justicia pesa o importa más que la justicia en sí misma.

En el Derecho continental lo medular consiste en que la ley siempre envuelve un sentido aun cuando no se aplique y está destinada a regular la vida de los hombres en sociedad bajo una perspectiva similar a la religiosa que comprende la búsqueda del bien o de la justicia y no solo la funcionalidad del sistema.

Así, mientras que en el Derecho continental se construyen sistemas normativos coherentes y muy cerrados, en los que toda cuestión debe encontrar una solución a través de

la interpretación de una regla jurídica preexistente; en el sistema del *common law* toda decisión se fundamenta a la luz de los hechos sobre los cuales se funda, es decir, los hechos no se fuerzan a ensamblar dentro de un principio abstracto pues en realidad es un método de solución de toda clase de asuntos<sup>315</sup>.

En cuanto a sus fuentes, los sistemas romano germánicos o de derecho civil tienen como fuente principal del derecho a la ley, y la codificación es su técnica más característica. En este sistema, la ley es del Derecho y los jueces son simplemente sus portavoces. Lo anterior no implica que la jurisprudencia no tenga un papel significativo pues las reglas, que por definición conceptual son generales, requieren ser aplicadas.

En el *common law* la jurisprudencia es la principal fuente del Derecho y en el fondo se encuentra la regla del precedente. Por ello, una vez que se ha resuelto el asunto, y se ha dictado sentencia, la misma debe ser invocada en todos los casos en los que se presenten hechos similares.

### **3.3.9.3 Algunos aspectos de corte religioso a considerar.**

El derecho es inherente a procesos históricos y culturales y es producto de la participación de todos los actores, instituciones y estrategias sociales, el aspecto religioso indudablemente que también es participe de ello. En el capítulo primero se comentó la influencia de la concepción católica en la visión de los delitos y su repercusión en el tratamiento de los mismos en un sistema penal acusatorio.

De principio puede señalarse que en el Derecho continental o civil, enmarcado en su fetichismo por la ley, se establecen normas reglamentarias del comportamiento de las personas en la sociedad pretendiendo darles forma comunitariamente aceptable –de lo que se desprende que es esencialmente prohibitivo y nos conduce a su origen latino y eminentemente religioso–, en el *common law* el derecho no se percibe como aquel instrumento que deba regir el comportamiento de los ciudadanos sino que es un método, se

---

<sup>315</sup> Al respecto consúltese a Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *Op. Cit.*, nota 292, pp. 45 a 47.



insiste, para solucionar los casos, pero ello no encierra ninguna dimensión moral –en la pretensión de gobernar las costumbres de las personas–.

Pitts<sup>316</sup>, al distinguir a los catolicismos europeos puntualiza que, en tanto el modelo católico español pondera y establece como ejes centrales a la muerte y a la condena, el modelo católico irlandés preconiza su elevada moral, y por su lado, el catolicismo francés ubica en el centro de su cosmogonía a la iglesia, que es la única que permite a las personas alcanzar su más elevado valor y salvarse. Pasado el tiempo el Estado ocupó el lugar de la iglesia y se privilegió al Derecho.

A México, desde tiempo de la Colonia, ha pasado en automático la regulación normativa española, integrada como tal por su individualidad jurídica cultural y con amplio matiz de catolicismo fundado en el reconocimiento ante todo del status y de los compromisos de las personas, pero con un grave déficit de modernidad y de apertura. Por ello, en la república mexicana los modelos penales sustantivos y procesales han servido como mecanismos de control social formal con amplia información de índole religiosa apegada a la doctrina católica en concepciones puntuales como la pena derivada de la comisión de los delitos y el procedimiento penal para materializarla, así como la necesidad de que toda conducta delictiva culmine con una penitencia. Inclusive, al igual que en otros países de origen latino y con cultura católica, el rito del proceso penal se parece a una misa, en tanto que en los países de origen sajón de la familia *common law*, se asemeja a una sesión parlamentaria.

También es pertinente señalar que dentro de las funciones de la cultura jurídica están el definir la forma de la producción de la verdad y la puesta en forma de la política que permita una adecuada coexistencia humana. Estas funciones, producir la verdad y la coexistencia humana, fueron durante un extenso tiempo patrimonio de la religión y al laicizarse las sociedades democráticas las competencias religiosas se fueron transfiriendo al derecho. Ejemplo de ello tenemos en que el rito del proceso en los países latinos de cultura con origen católico se parece a una misa en la que se obtiene la verdad como producto de una

---

<sup>316</sup> Ibidem, Pp. 49 y 50.

investigación la cual es el resultado de un proceso, de una elaboración colectiva. En tanto, en los países del *common law*, se parece más bien a una sesión parlamentaria en la que la verdad es el resultado de la sujeción a una prueba.

Campuzano Caballero agrega otro elemento de orden cultural que es importante considerar para poder confrontar el discurso formalmente declarado, consistente en que los juicios orales mejorarán todos los males en materia de seguridad, procuración y administración de justicia y que los jueces son quienes generan grandes problemas con el equilibrio de la justicia.

Así, señala que *“los juicios orales se basan en la economía, premisa indiscutible de la mentalidad teológica y pragmática del Reino Unido y del protestantismo, la cual difiere enormemente del cristianismo o pensamiento de la Europa Continental”*.

Es precisamente en este aspecto cosmogónico y religioso, en donde se ancla parte de la dificultad para el común y la mayoría de los mexicanos para entender el nuevo paradigma del sistema acusatorio. Campuzano Caballero en concreto puntualiza:

*“En el cristianismo existe el principio de que todos los pecados merecen penitencia. Si los delitos se revisten como pecados (no matarás, no robarás, etc., en términos de los mandamientos jurídicos en formas de mandatos o de prohibiciones que descansan por debajo de las palabras que componen los tipos penales), todos los delitos deben ser sancionados. En cambio, para los protestantes, éste [sic] principio no es básico ni fundamental, pues sólo serán llevados a juicio aquellos delitos en los que el Estado tenga la posibilidad superior al 50% de condena o los que por su impacto social deben ser llevados a juicio”<sup>317</sup>.*

Este argumento nos da una de las razones por las cuales, en el sistema procesal penal norteamericano, y en el anglosajón en general, el número de juicios ordinarios penales es muy reducido. Por otro lado, ante el ahorro que puede generarse, nos explica por qué se dan los arreglos entre el Estado y los delincuentes, en cuanto a que se da la confesión de parte imputada y la consecuente declaratoria de culpabilidad sin necesidad de juicio y, a cambio de ello, los probables imputados obtienen un beneficio, que por lo general es la reducción de la pena. Asimismo, pone a la vista el choque cultural y religioso que enfrenta el común de la gente en México, la que acostumbrada a que en todos los casos exista prisión preventiva o

---

<sup>317</sup> Campuzano Caballero, María Claudia, *Op. Cit.*, nota 142, Pp. 67 y 68.

definitiva por la comisión de un delito, en la actualidad no encuentre satisfacción al presentarse otras opciones diversas dentro de las cuales el sistema procesal penal atiende el conflicto penal.

Jurídicamente esto se identifica con el principio de oportunidad, que es uno de los basamentos del sistema acusatorio. La misma María Claudia Campuzano expone<sup>318</sup> que, dicho principio está fundado necesariamente en la conciencia del pueblo inglés en el sentido de que los procedimientos penales representan un alto costo económico y ello implica en ocasiones que se tenga que dejar de lado la protección o el dar una respuesta adecuada a los problemas que plantea la sociedad, aún en el caso de los crímenes (que en aquel país siguen siendo los delitos más graves, los de mayor entidad) si el Estado no tiene seguro ganar el juicio respectivo o si el imputado tiene información que al Estado le sirve para esclarecer delitos de mayor importancia, lo que conduce a la negociación a cambio de una pena atenuada o incluso la absolución.

#### 3.3.9.4 Elementos de orden procesal.

Con las ideas expresadas previamente podemos concluir provisionalmente que en el *common law* no es posible decidir sino observando las formas de un procedimiento regular (identificado con el *due process of law* o el *fair trial*) y en el que es más importante la administración de justicia equitativa que la justicia en sí misma, en tanto que para el derecho continental importa más el derecho sustancial<sup>319</sup>. La diferencia estriba en que para el *common law* el Derecho es un resultado, esto derivado de la importancia dada a los hechos, por ello se pone énfasis en el procedimiento; mientras que, en el Derecho continental, el Derecho es un proceso y por ello importa más el Derecho sustancial.

<sup>318</sup> Campuzano Caballero, María Claudia, "La oralidad en los procesos penales", en *Sistema penal. La reforma penal en México. Análisis, críticas y perspectivas*, México, UBIJUS, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2007, p. 186.

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 38.

La acción en el sistema penal acusatorio requiere de impulso de parte, por ello es indispensable un marco procedimental adecuado para actuar. El sistema acusatorio en México ha comenzado, en menos de una década de su entrada en vigor, con reformas a la reforma y claroscuros procedimentales en la centralización normativa nacional con el CNPP, lo que genera incertidumbre e inconsistencias sistémicas que afectan la esfera de los intervinientes en el procedimiento.

Asimismo, la máxima expresión de la cultura adversarial del sistema acusatorio es el principio de contradicción, de tal suerte que la operación del proceso y la intervención del juez, incluso la del Ministerio Público se confía a las partes y sus abogados y, por ello, si las partes dominan el proceso, tienen la posibilidad de renunciar a él<sup>320</sup>. En el sistema acusatorio del *common law*, el *trial* pone a prueba la firmeza y resistencia de los relatos de cada una de las partes.

El procedimiento acusatorio, concebido siguiendo la estructura procedimental medular del *common law*<sup>321</sup>, no debe tener instrucción previa<sup>322</sup>. Por ello lo que en el *common law* se conoce como *trial*, apertura tanto la instrucción como propiamente la etapa de juicio pues en esta se deben reunir las pruebas y resolver sobre su aceptación, así como las que han de presentarse en el juicio. Esto es muy relevante pues nos indica la función de la audiencia respectiva.

El sistema inquisitivo mixto, siguiendo la lógica del inquisitivo puro, funcionaba en torno a la sospecha sucesiva y permanente sobre la culpabilidad del imputado. Ello se manifiesta, por ejemplo, con el uso extendido de la prisión preventiva que operaba para detener al imputado con la finalidad de investigarlo y mantenerlo así hasta el juicio.

---

<sup>320</sup> Piénsese en el acceso al procedimiento abreviado, la suspensión condicional del proceso o en la acusación particular.

<sup>321</sup> Con las excepciones originadas en México como el auto de vinculación a proceso.

<sup>322</sup> De ahí podemos desprender la corrupción conceptual del auto de vinculación a proceso.

Al afirmar lo anterior, desprendemos otro elemento de la audiencia, y su función, referido a la verdad. Mientras en el inquisitivo mixto la verdad requiere de confirmación, en el acusatorio demanda su elaboración.

También podemos señalar que la justicia penal seguida a través del procedimiento penal ordinario en el *common law* ofrece diversas vías. Lo que se conoce como *full trial* o *trial by jury* y el abreviado. Con ellos se busca el cumplimiento del *due process of law*, que tiene las características intrínsecas de la solución jurídica al conflicto derivado de un hecho considerado por la ley como delito.

Pero también existen mecanismos y procedimientos jurídicos que buscan incidir en las tareas propias de la política criminal, conocidas como *crime control* y que se tramitan a través de los *summary trials*, con mecanismos procedimentales seguidos ante las conocidas como Cortes de Justicia Comunitaria, Centros de Innovación Judicial o Justicia Abierta, y que no dan lugar a un proceso. Estas instancias no se han propuesto en México, empero lo extendida que está la criminalidad en todo el territorio nacional, y la ausencia de propuestas para su atención más allá de las que ha fracasado en el pasado remoto y reciente, como la injerencia del ejército en tareas de seguridad pública, se podría presentar la propuesta de implementación de estas figuras jurídicas como una adecuada opción en la esfera de la política criminal para atender este pendiente en la agenda nacional.

En base a los señalamientos que he dado en este apartado, pretendo contribuir a una mejor comprensión acerca de la naturaleza y alcances reales del sistema penal acusatorio para que los cuestionamientos acerca de su viabilidad sean superados en base a información más objetiva y cercana a su real conformación.

Si la reforma no culmina en mayor seguridad y menor impunidad, mayor libertad, mejor justicia y paz para los ciudadanos, no valdrá el esfuerzo nacional por reformar el sistema de justicia penal y solo llegará a ser un simple cambio “*tropicalizado*” de estafetas, de membretes y de nuevos fracasos. Por ello no se puede continuar con la incompreensión del sistema en toda su extensión política, cultural, operacional y de difusión entre los ciudadanos.

Por ello se ha hecho el presente desarrollo pues resulta indispensable conocer el origen y fundamentos de los sistemas procesales penales y no considerar que se está ante un sistema con patente de denominación insólita, y que se puede alargar según las conveniencias de quienes detentan el poder político según las conveniencias locales como ya aconteció en Chihuahua.

En suma, uno de los objetivos principales de la reforma al sistema de justicia penal es el ajuste del sistema procesal penal a las exigencias del Estado constitucional que rige en nuestra nación a raíz de las reformas constitucionales de los años 2008, 2011 y 2013, pretendiendo brindar coherencia al ordenamiento nacional con los derechos fundamentales reconocidos en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por México.

#### **4. Los principios en el Derecho Procesal Penal acusatorio en México.**

El proceso penal, como se ha señalado, es el único instrumento válido para ejercer el *ius puniendi*, lo que le confiere su naturaleza de ser público e indisponible. También se ha señalado que cada Estado estructura sus procesos penales en base en las características de un sistema inquisitivo o acusatorio, ello en función de sus necesidades y expectativas, y consecuentemente la estructura procesal respectiva se dispone desde la propia Constitución.

En el derecho procesal, los principios procesales constituyen las bases necesarias que deben establecer el desarrollo lógico y justo de un proceso –con el solo fin de que este sea considerado como tal– por ello cumplen con la función de desenvolver y progresar la unidad y mecanismos del mismo. Así, podemos concluir que, de ellos se derivan las instituciones que permiten presentar al proceso como un todo orgánico y, al mismo tiempo, identificar su funcionamiento.

Los principios procesales tienen su origen en las directrices filosóficas, políticas, sociológicas e históricas de cada lugar y época determinados y se erigen en el punto de partida



de toda la ciencia procesal. Alvarado Velloso sostiene que los principios procesales son “las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófica–política de quien ejerce el poder en un tiempo y un lugar determinado”<sup>323</sup>.

Por otro lado, y toda vez que la ley no puede contemplar todo supuesto casuísticamente, los principios son la herramienta principal para la valoración subjetiva de un juez. Así pues, los principios permiten revelar el sentido de las normas y ahí radica su verdadera importancia.

#### **4.1. Los principios generales del proceso y el debido proceso.**

Antes de continuar resulta puntual señalar que el tema de los principios generales del proceso se relaciona necesariamente con el debido proceso. En nuestro sistema jurídico este principio está consagrado en el artículo 14 de la CPEUM y constituye una limitación al poder punitivo del Estado para imponer sanciones, de tal manera que, si no se celebra un juicio ante tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, el Estado pierde la legitimación para imponer penas.

El punto mencionado en el párrafo anterior se conoce como “debido proceso legal” (*due process of law*, en la doctrina, legislaciones y jurisprudencia de países anglosajones). Aun cuando se ha establecido que el sistema acusatorio sólo tiene como característica propia el que el sujeto que acusa es diverso al que juzga, cierto es que se le han atribuido otras características, en esencia no propias del sistema acusatorio *per se*, sino de lo que se identifica como debido proceso, lo cual tiene la influencia directa de la Quinta Enmienda de la Constitución Política de los Estados Unidos de América –originalmente la expresión se remonta al *lawful judgement* de la Carta Magna– que sólo significa que un proceso se ha celebrado de manera justa.

---

<sup>323</sup> Alvarado Velloso, Adolfo. *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?*. Bogotá, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2011, p. 17.

Dagdug Kalife refiere que, desde la mitad del siglo XX en los Estados Unidos de América, en términos generales se han presentado dos modelos para atender el fenómeno criminal, estos son el modelo de control social del delito (*crime control model*) y el modelo del debido proceso (*due process model*). El último modelo referido implica el deber de llevar a cabo un proceso penal privilegiando los derechos fundamentales mínimos, básicos e indispensables del procesado frente al Estado<sup>324</sup>.

El debido proceso es pues, un principio que para su análisis se debe partir de una premisa básica: el Estado ha previsto para la persecución penal y sanción del responsable, en la fase de criminalización secundaria, un procedimiento y un tribunal adecuados socialmente (legítimos). En consecuencia, a toda persona imputada por delito debe aplicársele tal procedimiento y juzgársele por ese tribunal. Además, deben respetarse las normas que regulan uno y otro<sup>325</sup>.

El debido proceso –garantía de audiencia y derecho de defensa– para Hidalgo Murillo es “el conjunto de principios procesales que regulan la acción de los distintos sujetos del proceso penal que, buscan, con la participación de un tercero, la solución de una controversia”<sup>326</sup>.

El debido proceso implica entonces que el procedimiento penal debe ser racional y que constituye un rito estatal que debe consultar de manera transversal todos los principios, derechos y garantías previstas en el ordenamiento jurídico procesal para concluir en una sentencia legítima.

Las formalidades legales tienen por objeto proteger o garantizar el debido proceso de ley y encontramos un estándar mínimo de su contenido en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; los principios que de ahí derivan son los de legalidad,

---

<sup>324</sup> Dagdug Kalife, Alfredo, *Op. Cit.*, nota 232, pp. 36 y 37.

<sup>325</sup> Castro Jofré, Javier, *Op. Cit.* nota 274, pp. 66 y 67.

<sup>326</sup> Hidalgo Murillo, José Daniel, *Debido proceso en el sistema acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor, Universidad Panamericana, 2011, p. 89.

contradicción, enjuiciamiento público, presunción de inocencia, objetividad y defensa integral en términos generales.

Por ello, el acusado es sujeto de derechos y debe ser escuchado durante todo el proceso y la libertad es la regla general y la detención es una excepción. Asimismo, la víctima ocupa una parte central en el proceso pues participa en las investigaciones, se le informa del desarrollo de su caso, participa directamente en las audiencias ante el juez y el sistema en general busca resarcir el daño que ha sufrido.

Este principio se encuentra expresamente previsto en el artículo 12 del CNPP:

**Artículo 12. Principio de juicio previo y debido proceso**

Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.

La idea de garantismo del proceso penal acusatorio contemporáneo, señala Barrios González<sup>327</sup>, no deviene de la estructura del CNPP, el cual solamente es un conjunto de reglas de procedimiento, sino del texto constitucional y los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por el Estado mexicano; por lo tanto, el trabajo de los jueces debe contemplar las normas existentes en tales instrumentos.

Una vez que ha sido destacada de manera breve la importancia del principio del debido proceso, procederé a revisar de manera sucinta los principios previstos en la legislación procesal penal para informar al sistema penal acusatorio, recordando que la regulación y la aplicación de ellos permiten distinguir históricamente exclusivamente a un sistema procesal de otro, y también que resulta muy difícil de que exista un sistema ideal o puro.

---

<sup>327</sup> Barrios González, Boris, *Manual práctico de litigación oral y argumentación conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, UBIJUS, 2016, p. 44.

#### **4.2. Los principios en el marco legislativo mexicano.**

Como se ha señalado previamente, el modelo inquisitivo y el acusatorio únicamente se distancian en que en aquél el juez acusa y juzga, y en el último tan solo juzga. Igualmente ha quedado establecido que, cual fuere el modelo procesal, en esencia son tres las etapas que se verifican en un procedimiento penal ordinario, a saber: la investigación, la instrucción y el juicio. No obstante, quienes se ha interesado en el sistema penal acusatorio y desde el texto constitucional, invariablemente le atribuyen distintos principios informadores al sistema.

Revisando la producción en materia jurídica sobre el sistema penal acusatorio, muy abundante y de dispar calidad científica, desde que se anunció la reforma constitucional hasta la fecha, encontramos infinidad de obras de todo tipo –tratados, manuales, monografías, guías, códigos y leyes comentadas, etcétera– en los que invariablemente el tema de los principios ocupan espacios y en los que no hay consenso uniforme sobre cuántos y cuáles son los principios que informan al sistema en su totalidad, así como tampoco hay una distinción entre los conceptos derechos, principios y garantías (procesales), los cuales llegan a confundirse o a manejarse en sinonimia, lo que daría pauta para una investigación por sí sola. No pretenderé atiborrar la investigación con páginas dedicadas a resolver todos los puntos señalados, sino tan solo realizar una propuesta que permita direccionar el conocimiento y alcances de los principios en el procedimiento procesal penal acusatorio de manera transversal en las distintas etapas que comprenden el procedimiento ordinario.

Antes de comenzar, debo recordar que si el proceso penal es un instrumento esencial de la jurisdicción entonces ofrece la singular distinción de constituir un elemento imprescindible para la efectiva realización del Derecho Penal. Esto es así de tal manera que para que el juez pueda imponer una pena debe “proceder”, es decir “hacer el derecho” actuando a través de un proceso para pronunciarse sobre los siguientes puntos:

- I. La certeza del delito y la individualización del delincuente a fin de imponerle una pena.

- II. La culpabilidad<sup>328</sup> del imputado para la aplicación de una medida de seguridad.
- III. La responsabilidad civil del encausado para efectos de la reparación del daño.
- IV. La ejecución de las sanciones civiles y penales<sup>329/330</sup>.

Para cumplir con dichas finalidades entonces encontramos que las áreas que se relacionan con el Derecho Procesal Penal son:

I. Organización en la administración de justicia penal.

Dentro de su función de organización se encuentran las normas que regulan el establecimiento, competencia y atribuciones de los órganos judiciales encargados de administrar justicia penal y también de los demás operadores estatales del sistema: Ministerio Público, Policía, Defensoría Penal Pública y elementos de Seguridad Pública estatales y municipales.

II. Persecución penal, juzgamiento y sanción.

Se trata de la regulación del objeto del procedimiento: El conflicto penal.

El Estado monopoliza el *ius puniendi* y señala el mecanismo en virtud del cual se lleva a cabo la investigación del delito, la determinación de la responsabilidad, el ejercicio de la acción penal, el juicio y la atribución de la sanción al responsable.

III. Ejecución penal.

Comprende las normas que regulan la ejecución de las sanciones que el Estado impone al infractor del Derecho Penal<sup>331</sup>.

De la misma manera en que el Derecho Procesal Penal estructura sus contenidos y las etapas de sus procedimientos es que se presentan los principios que les informan. Debe

<sup>328</sup> En el texto original de Núñez Vázquez se contempla el concepto "peligrosidad" que ha modificado adecuándolo a nuestra normatividad, *Op. Cit.*, nota 273.

<sup>329</sup> Núñez Vázquez, J. Cristóbal, *Op. Cit.*, nota 273, p. 9.

<sup>330</sup> Con la reforma de 2013 la ejecución de las sanciones está normada en un ordenamiento ex profeso, La Ley Nacional de Ejecución Penal que fue publicada en el DOF el 16 de junio de 2016 y entró en vigor al día siguiente, dejándola fuera del CNPP.

<sup>331</sup> Castro Jofre, Javier, *Op. Cit.*, nota 274, pp. 7 y 8.

apuntarse de manera sencilla que hay dos tipos de principios<sup>332</sup>: a) principios técnicos o científicos, que revelan la estructura del sistema mismo, por lo cual son inmutables y que, en el caso del sistema penal acusatorio mexicano, están previstos en el artículo 20 Constitucional, y; b) los principios políticos, que anclan su génesis en los aspectos ideológicos de la sociedad, razón por lo cual pueden ser variables, e incluso enfrentados, según sea la etapa del procedimiento en el cual se presenten. De esta suerte, no resultará extraño que encontremos principios que informan la etapa de investigación, con tintes de sistema inquisitivo y, los que informan dentro de la fase del proceso con mayor tendencia acusatoria.

En congruencia con lo apuntado, y dado que el CNPP establece de manera asistemática un capítulo de derechos fundamentales<sup>333</sup>, propongo presentar una sistematización de estas categorías siguiendo a Horvitz Lennon y a López Masle<sup>334</sup>, ajustando en ella a la normatividad prevista en la CPEUM y el CNPP estableciendo que en el artículo 20 de aquella y en el Título II del Libro Primero del segundo texto normativo se establecen del artículo 4 al 14 los que para los creadores de dicha norma son los “principios en el procedimiento” y del artículo 15 al 19 de los “derechos en el procedimiento”, a los que habrá de referirse dentro de la propuesta que se plantea a continuación.

En líneas generales tenemos que en los artículos 20 de la CPEUM como en el 4º. del CNPP se enuncian los principios esenciales que enmarcan la naturaleza jurídica expresa del sistema acusatorio mexicano.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

**Artículo 4º. Características y principios rectores**

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

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

---

<sup>332</sup> Esto corresponde a una clasificación de Pietro Castro, señalada por Alfredo Dagdug en Dagdug Kalife, Alfredo, *Op. Cit.*, nota 232, pp. 146 y sigs.

<sup>333</sup> Lo que se comparte con la opinión al respecto de Dagdug Kalife, Alfredo, *Ibidem.*, p. 38.

<sup>334</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Op. Cit.*, nota 145, p. 35 y sigs.



Por cuestión metodológica y secuencia procedimental se propone como orden de sistematización, la elemental presentación de los principios, derechos o garantías procesales que se exteriorizan en la etapa de investigación, propiamente hablando de la persecución penal, después las que se deben seguir en el procedimiento con presencia del órgano jurisdiccional y finalmente los derechos y garantías que debe revestir el órgano jurisdiccional. No se profundiza en el análisis de cada una de estas categorías por exceder a las pretensiones de la presente investigación.

#### **4.2.1. Principios de la persecución penal.**

##### 4.2.1.1. Oficialidad

##### 4.2.1.2. De aportación de parte

###### 4.2.1.2.1. Fines del proceso penal

###### 4.2.1.2.2. La verdad alcanzable en el sistema de justicia penal

##### 4.2.1.3. Principio acusatorio

###### 4.2.1.3.1. Separación de funciones

##### 4.2.1.4. Principios de legalidad y oportunidad

###### 4.2.1.4.1. Obligatoriedad de la acción

###### 4.2.1.4.2. Principio de oportunidad reglado

##### 4.2.1.5. Contradicción

##### 4.2.1.6. Carga de la prueba

##### 4.2.1.7. Libertad procesal/derecho de libertad personal

#### **4.2.2. Principios, derechos fundamentales y garantías procesales ante la persecución penal.**

##### 4.2.2.1. Derecho a juicio oral

##### 4.2.2.2. Derecho a juicio público, el principio de publicidad

###### 4.2.2.2.1. La oralidad en la CPEUM y en los instrumentos internacionales

###### 4.2.2.2.2. Vestigios escritos del sistema inquisitivo en el CNPP

##### 4.2.2.3. Principio de inmediación

##### 4.2.2.4. Principios de continuidad y concentración

- 4.2.2.5. Principio de igualdad
- 4.2.2.5.1. Igualdad ante la ley
- 4.2.2.5.2. Igualdad entre las partes en el proceso
- 4.2.2.6. Principio de dignidad de la persona
- 4.2.2.7. Derecho a la intimidad y a la privacidad

#### **4.2.3. Derechos y garantías procesales.**

- 4.2.3.1. Derecho al juicio previo
- 4.2.3.2. Derecho a ser juzgado en plazo razonable
- 4.2.3.3. Derecho a la defensa
- 4.2.3.4. Principio a la presunción de inocencia
- 4.2.3.5. Derecho a no declarar contra sí mismo o de no autoincriminación
- 4.2.3.6. Derecho a la formulación precisa de cargos
- 4.2.3.7. Derecho a los medios de impugnación
- 4.2.3.8. Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple o principio *ne bis in idem*
- 4.2.3.9. Libertad probatoria
- 4.2.3.10. Fundamentación y motivación
- 4.2.3.11. Deber de protección y solicitud de pago de la reparación del daño

#### **4.2.4. Garantías y derechos procesales de la organización judicial.**

- 4.2.4.1. Derecho de juez independiente
- 4.2.4.2. Derecho de juez imparcial
- 4.2.4.3. Derecho de juez natural
- 4.2.4.4. Ejercicio exclusivo de la función judicial
- 4.2.4.5. Principio o deber de objetividad
- 4.2.4.6. Principio o deber de lealtad y buena fe (probidad)
- 4.2.4.7. Deber de colaboración

Se procede a explicar sintéticamente esta propuesta de sistematización de los principios, derechos y garantías que orientan al sistema penal acusatorio en México.

#### **4.2.1. Principios de la persecución penal.**

##### **4.2.1.1. Principio de oficialidad.**

Este principio enuncia la idea medular de la persecución penal pública de los delitos, esto es, que el Estado puede y debe perseguirlos de oficio. De esta manera, cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la existencia de un hecho que revista carácter de delito, lo investigará por sí o con el auxilio de la policía y demás órganos bajo su conducción y mando y, en su caso, promoverá la persecución penal sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la investigación, salvo los casos previstos en la ley<sup>335</sup>.

Esta idea de oficialidad no exceptúa la posibilidad de que el ofendido pueda promover la persecución penal<sup>336</sup> o inclusive participar como parte, pero esa intervención no es obligatoria ni determinante por el carácter de la investigación de los delitos que es de orden público.

El principio de oficialidad tiene relevancia sobre la forma en que se da el inicio al procedimiento (por querrela o por denuncia) así como el ejercicio de la acción penal particular y sobre la disponibilidad por las partes del objeto de la controversia por el interés público al que previamente me he referido, así como por la posibilidad de que se planteen acuerdos reparatorios entre las partes<sup>337</sup>.

Se prescribe que la investigación, de los delitos, tiene por objeto que el Ministerio Público reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba

---

<sup>335</sup> Cotéjese artículo 212 del CNPP.

<sup>336</sup> En ejercicio de la acción penal particular prevista de los artículos 426 a 432 del CNPP.

<sup>337</sup> Al respecto se debe analizar el contenido de los artículos 186 a 190 del CNPP.

para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño<sup>338</sup>.

Existe la posibilidad de la reserva temporal de la investigación para los casos en los que no se puedan obtener datos de prueba para fundar y motivar la solicitud de una orden de aprehensión o de comparecencia o para formular imputación, pero se estima que con posterioridad se pueden allegar nuevos datos para continuar con la investigación<sup>339</sup>.

También se puede prescindir de la acción penal por razones de política criminal positivizados como criterios de oportunidad<sup>340</sup>.

Asimismo, se puede presentar el caso de que las partes acuerden resolver el conflicto a través de procedimientos expeditos y de consenso como es la suspensión condicional del procedimiento<sup>341</sup> o el procedimiento abreviado<sup>342</sup>.

#### **4.2.1.2. Principio de aportación de parte.**

Este principio descansa, fundamentalmente, en la autonomía de la voluntad particular y, por ello, determina que el tribunal no se interese por la averiguación autónoma de la verdad.

Hasta la reforma, el juez penal había tenido una participación activa en la fijación del objeto del proceso. Hoy se observa una constante tendencia a situar al juez penal en una posición de tercero imparcial, privándole de aquella iniciativa de fijación del objeto del proceso penal. Esto aparentemente iría en quebranto de la garantía constitucional respecto a la oficialidad, que exige una perfecta adecuación entre la reacción del Estado y la realidad de los hechos efectivamente producidos.

---

<sup>338</sup> Véase artículo 213 CNPP.

<sup>339</sup> Según lo dispuesto en el artículo 225 CNPP.

<sup>340</sup> Revisar artículos 256 a 258 del CNPP.

<sup>341</sup> Cotejar artículos 191 a 200 del CNPP.

<sup>342</sup> Comparar artículos 201 a 210 del CNPP.

A la inversa, hoy se observa que el ejercicio de la actividad de los jueces viene excediendo el principio dispositivo y de impulso o aportación de parte en cuestiones relativas a la prueba y su aportación.

Este principio al referirse a la búsqueda de la verdad del hecho acontecido inescindiblemente tiene relación con los fines del proceso.

#### 4.2.1.2.1. Fines del proceso penal.

El fin primordial del proceso penal es la actuación del *ius puniendi* estatal, que obedece o proviene esencialmente de la atribución exclusiva del Estado de la imposición de una pena: el Estado tiene el derecho, pero también el deber, de castigar las conductas delictivas de las que tenga conocimiento; y ese derecho-deber sólo pueden ejercerlo los jueces y los tribunales a través del proceso penal<sup>343</sup>.

En tiempos recientes se reconoce que deben corresponder al proceso penal otros fines: en particular, la protección de la víctima del delito y la rehabilitación/reinserción social del imputado<sup>344</sup>.

En el mismo sentido coinciden Carbonell y Ochoa Reza al señalar: “la tarea principal en la reforma del proceso penal mexicano debe ser la de incorporar el sistema de garantías necesario para salvaguardar los derechos de todas las personas involucradas: víctimas del delito, personas sujetas a proceso, sentenciados y funcionarios públicos (policías, agentes del Ministerio Público, jueces penales, peritos, intérpretes o traductores, abogados, encargados de los establecimientos penitenciarios, etcétera)”<sup>345</sup>.

Debe señalarse que el Estado tiene el monopolio de la fuerza con el fin de castigar al responsable de un delito. Para sancionarlo es exigible la existencia de un mecanismo racional

<sup>343</sup> Armenta Deu, Teresa, *Op. Cit.*, nota 277, p.32.

<sup>344</sup> Ídem.

<sup>345</sup> Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *Op. Cit.*, nota 1, p. 96.

y justo por cuya vía se realice el *ius puniedi*. Así, el procedimiento penal se establece como una condición de legitimidad<sup>346</sup>. Como tal se reconoce en la CPEUM en el artículo 14:

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En el CNPP se identifica como el “Objeto del proceso”:

**Artículo 2o. Objeto del Código**

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

#### 4.2.1.2.2. La verdad alcanzable en el sistema de justicia penal.

Castro Jofré señala que “el procedimiento penal tiene por objeto el descubrimiento de la verdad y debe perseguirse la obtención de la justicia”<sup>347</sup>.

Por su parte, Hernández Pliego<sup>348</sup>, citando a Eugenio Florián, señala que los fines del proceso penal pueden ser general o específicos.

El fin general del proceso penal, a su vez, se distingue en:

- a) Mediato que “se identifica con el del Derecho Penal (prevención y represión del delito) en cuanto está dirigido a la realización del mismo, que tiende a la defensa social, entendida en sentido amplio, contra la delincuencia”.
- b) El fin inmediato del proceso penal, es la aplicación de la ley abstracta e impersonal, al caso concreto y particular, lo que significa que el objeto general inmediato del proceso penal, se encaminará a demostrar, por una parte, la existencia del hecho delictivo y por otra, la responsabilidad del inculpado.

<sup>346</sup> Castro Jofre, Javier, *Op. Cit.* nota 274, p. 11.

<sup>347</sup> Ídem.

<sup>348</sup> Hernández Pliego, Julio Antonio, *Op. Cit.*, nota 276, pp. 14 a 17.



En un sistema procesal penal inquisitivo o mixto los fines específicos son la verdad histórica y la personalidad del procesado

a) *El descubrimiento de la verdad histórica (que revelará la existencia del delito y la responsabilidad del imputado).*

Se debe buscar la verdad de lo ocurrido en el pasado, es decir, la forma real en que ocurrieron los hechos delictivos que serán objeto principal del proceso penal.

b) En relación a la personalidad del delincuente, tiene que ver con la individualización de la sanción.

Con la formación académica que tenemos en América Latina derivada de la tradición del derecho continental europeo se enseña a buscar la coincidencia entre verdad y justicia. Empero el sistema acusatorio admite una redefinición del concepto de verdad, que no es necesariamente la que coincide con su correspondencia histórica.

El sistema inquisitivo se basa en la obligación del Estado de “buscar la verdad” y, a partir de ella, imponer las sanciones o mantener la inocencia de la persona investigada. En tales términos, la verdad se entiende como algo existente y que debe ser objeto de búsqueda. El investigado no tiene que aportar pruebas a su favor, sino que ha de limitarse a cuestionar la “verdad encontrada” por el Estado.

El modelo acusatorio, por el contrario, se fundamenta en la construcción de la verdad. Las partes llegan al juicio con visiones de la realidad, y será la confrontación entre tales visiones la que determine lo que se considera verdadero. Adquiere, por lo mismo, gran importancia el convencimiento del juez<sup>349</sup>.

Esta afirmación tiene mucho significado y consecuencias dentro del proceso penal, sobre su finalidad y la lógica de su sistemática, pues el alejamiento de la búsqueda de la verdad hacia la construcción de la realidad implica necesariamente que se elimina el monopolio de la verdad por parte del Estado.

---

<sup>349</sup> Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. *Op. Cit.*, nota 186, pp. 132 y sigs.

Aquí pues, en este aspecto es en el que se puede encontrar la razón esencial para reformar al sistema procesal penal mexicano pues en esa búsqueda de la verdad, que monopolizaba el Estado a través del Ministerio Público, la prueba se prostituía, nacía tendenciosa y tergiversada, pues el investigador practicaba actos y medios de prueba sin ningún control para encontrar la verdad de los hechos que había recibido en conocimiento.

Así, el Ministerio Público, sin intervención de las otras partes en la etapa de averiguación previa, realizaba diligencias y actos de investigación, practicaba los medios de prueba que consideraba convenientes y resolvía en su calidad de autoridad. Por ello las etapas de instrucción y de juicio ante el órgano jurisdiccional carecían de contenido, así como el sistema mismo de sentido.

A partir de la reforma de 2008 el sistema procesal penal mexicano se homologa con otros sistemas en los que el Ministerio Público en la etapa de investigación única y exclusivamente podrá realizar actos de investigación para obtener fuentes de prueba, lo que implica que nada de lo que practique el investigador tendrá valor probatorio para los efectos de una sentencia en tanto no pase por el control y convencimiento de los jueces correspondientes, de control o de tribunal de enjuiciamiento oral, de acuerdo con la construcción de la realidad que se pueda obtener, siempre respetando los derechos fundamentales de las partes intervinientes en el proceso penal que se esté desarrollando.

Con ello se debe distinguir entre la verdad obtenida conforme al sistema jurídico procesal y la verdad que puede surgir de otros sistemas de la sociedad.

La verdad que se obtiene en un proceso penal no es una verdad real, sino una verdad construida nos dice Reyna Alfaro<sup>350</sup>. El mismo autor cita a Thomas Mauet quien sostiene que “*A trial is a re-creation of reality*” (“un juicio es una recreación de la realidad”), y puntualiza que la verdad histórica es parte del pasado y no existe forma alguna de retornar a ella.

---

<sup>350</sup> Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Litigación estratégica y técnicas de persuasión aplicadas al nuevo proceso penal*, Perú, Grijley, 2009, p. 13.

Abunda, invocando a Cafferata Nores y a Julio Maier, que en ese sentido la doctrina procesal penal que mantiene la idea de la verdad material o verdad real como objeto del proceso penal reconoce que ella no es una verdad sustancial sino “correspondencia”, entendida como “adecuación de lo que se conoce de una cosa, con lo que esa cosa es”<sup>351</sup>.

La verdad forense contiene dos tipos de juicios, uno fáctico y uno jurídico: la verdad fáctica y la verdad jurídica. La primera es comprobable mediante la prueba, la segunda es comprobable mediante interpretación. La verdad procesal debe derivar de la actuación probatoria orientada a la averiguación de los hechos.

Según el espíritu del sistema acusatorio, el juez no debe producir prueba y debe limitarse a resolver lo que las partes le aporten para acreditar su pretensión y para ello deben a) ser capaces de probar su pretensión y, b) no deben alterarse los hechos de conformidad con los principios de lealtad y de objetividad<sup>352</sup>. En el siguiente capítulo, relacionado con el análisis de la prueba se abundará sobre este tema.

#### **4.2.1.3. Principio acusatorio.**

Debemos destacar que sobre este principio descansa la lógica de todo el sistema penal acusatorio y se desdobra en diversos principios, derechos y garantías<sup>353</sup>.

El juicio penal y la intervención del órgano sentenciador se producen después del ejercicio de la acción penal, esto porque el órgano jurisdiccional sólo puede intervenir en un asunto penal que se le ha sometido a su conocimiento a través de una acusación obedeciendo a la máxima “si no hay acusador, no hay juez”. Por ello, los requisitos de procedibilidad para que se inicie un procedimiento o los presupuestos procesales cambian de rumbo, ello

---

<sup>351</sup> Ibid.

<sup>352</sup> Artículos 128 y 129 CNPP.

<sup>353</sup> En este punto solamente se definirá provisionalmente su carácter para su posterior desarrollo individual según correspondan al apartado en que se ubicaron previamente, es decir en principios, derechos y garantías procesales. En este sistema existe un fenómeno de transversalidad y, en ocasiones excepcionalidad entre estas distintas categorías como se irá advirtiendo.

derivado de que la acusación se convierte en este sistema en el principal requisito para que se comience el proceso.

Este principio halla su basamento en el artículo 20 primer párrafo de la CPEUM, el cual establece que “el proceso penal será acusatorio y oral”, lo que le da énfasis a que la acusación es el primer presupuesto para que exista el proceso penal.

La existencia de los juzgados de control implica intervenciones judiciales anteriores al ejercicio de la acusación, lo que podría contradecir la máxima acusatoria. Sin embargo, la actividad judicial de tales tribunales se limita al control de los derechos fundamentales y las garantías procesales de los intervinientes en el procedimiento penal.

En éste modelo de enjuiciamiento, el órgano jurisdiccional, debe circunscribirse tan sólo a salvaguardar el respeto de los derechos fundamentales de cualquiera de las partes y de los intervinientes y de realizar el efectivo control del juicio, sin que de ninguna manera pueda tener injerencia en la investigación de los hechos delictivos, lo cual compete al Ministerio Público, además de que su esencial función radica en resolver la cuestión planteada a través de las pruebas desahogadas y los argumentos presentados en la audiencia principal<sup>354</sup>.

Como manifestación de la máxima acusatoria precitada, debe señalarse que el juez no puede pronunciarse respecto de la responsabilidad penal de personas o determinar la punibilidad de hechos que no forman parte del contenido de la acusación<sup>355</sup>, lo cual representa una vinculación entre el principio acusatorio con el de legalidad.

---

<sup>354</sup> Al respecto se puede ver en Herrera Bazán San Martín, Luis Simón. *Proceso Penal Mexicano*, México, UBIJUS, 2016, p. 59.

<sup>355</sup> Hidalgo Murillo sostiene que los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, a los que se suma el de igualdad procesal de las partes y economía procesal no son principios rectores –en cuanto exclusivos– del proceso acusatorio, sino de las audiencias –preliminares y de juicio– donde se desahogan y valoran medios de prueba. Por el contrario, el proceso acusatorio mexicano encuentra como principios rectores los referentes a: la delincuencia, al proceso, a la víctima, al imputado, a la prueba, al órgano jurisdiccional, a las decisiones jurisdiccionales y al sentenciado. Hidalgo Murillo, José Daniel. *Op. Cit.*, nota 326, pp. 76 y 77.

Este principio guarda relación con el de imparcialidad cuando se refiere a la administración e impartición de justicia puesto que, aún y cuando existe un control judicial sobre determinados actos de investigación, ello no determina que el juzgador de control forme parte de la misma y la acusación es una atribución y acto jurídico reservado en exclusiva al agente investigador.

El principio acusatorio a su vez se despliega en otros principios como lo son la separación de funciones, la oralidad, la publicidad, la libre apreciación de la prueba, la inmediación, la concentración, la contradicción, la igualdad procesal, el debido proceso legal, la libertad, entre otros, los que se irán mencionando brevemente dado que han sido o serán explicados como principios o en lo particular.

#### **4.2.1.3.1. Separación de funciones.**

Las funciones básicas del procedimiento penal son asumidas por distintos operadores jurídicos.

Se entiende que el proceso penal debe tener lugar entre partes antagónicas con oportunidad de defensa al imputado, de ahí la denominación modelo acusatorio adversarial.

Este es un principio que se encuentra contenido en los artículos 21 y 49 de la CPEUM. Asimismo, está comprendido en los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>356</sup> y 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>357</sup>.

---

<sup>356</sup> *Convención Americana sobre Derechos Humanos*: Artículo 8.- Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. [...].

<sup>357</sup> *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: Artículo 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Se encuentra estrechamente ligado con el principio de reserva, según el cual a cada órgano le está conferida una función específica. El principio de separación de funciones, implica que, en el ámbito de cualquier proceso de orden penal, las funciones realizadas por los órganos jurisdiccionales deben estar separadas de aquellas encaminadas a la investigación y acusación.

#### **4.2.1.4. Principios de legalidad y de oportunidad.**

Sin el principio de legalidad tampoco pudiere entenderse al sistema penal acusatorio ya que todo el proceso gira en torno a este dado que la base de procedencia para cualquier acción debe estar contemplada en la ley. El principio se encuentra previsto en los artículos 14 y 16 de la CPEUM y se puede afirmar regula a todos los principios del proceso penal y es fuente del debido proceso.

El principio de legalidad penal se traduce en una garantía que surge de la voluntad soberana, que legitima la norma, así como la división de funciones o de competencias de los órganos del Estado, entre las que se incluyen las estrategias o medidas de carácter político-criminal que implementa el Estado para prevenir y combatir con eficacia el fenómeno delictivo (*nullum crimen nulla poena sine lege*).

El principio de legalidad procesal penal, sirve de sustento para que los sectores o segmentos del sistema penal actúen de acuerdo con sus atribuciones y ejerciten el *ius puniendi*, lo que se materializa en los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14, 18 y 21 de la CPEUM y asimismo se prevén en los artículos 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

##### **4.2.1.4.1. Principio de obligatoriedad de la acción.**

De acuerdo con este principio, se dispone que la acción penal pública deberá ejercerse por el Ministerio Público en todos los delitos que se persigan de oficio; también deberá hacerlo en los delitos de querrela cuando ésta haya sido interpuesta legalmente; en este último



caso, la víctima u ofendido podrá actuar como coadyuvante del Ministerio Público con intervención directa en todos los actos procesales<sup>358</sup>.

#### **4.2.1.4.2. Principio de oportunidad reglado.**

Este principio se identifica con los llamados “criterios de oportunidad”, por los cuales el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la acción penal, limitarla a alguno o varios hechos o a alguna de las personas que participaron en ellos<sup>359</sup>.

Con este principio se prescinde de la aplicación exacta de la ley, ello en favor del imputado al dar culminación al proceso que se le sigue sin entrar a resolver el fondo del asunto, siempre y cuando prevalezca la reparación del daño sobre el esclarecimiento de los hechos y que el hecho considerado como delito por el que se sigue la causa no sea de significado social relevante o que carezca de impacto social. Por ello guarda su naturaleza en contradicción al principio de legalidad, aunque no es un referente totalmente contrario a él, esto pues pueden coexistir siendo el principio de oportunidad una excepción al de legalidad.

El principio de oportunidad adquiere vigencia con el reconocimiento de los mecanismos alternos de solución de controversias, las formas anticipadas de culminación del procedimiento, las soluciones alternas al proceso y, fundamentalmente, con la aplicación correcta de los criterios de oportunidad sin los vicios que se han presentado el enjuiciamiento mexicano de los cuales he dado cuenta con anterioridad.

#### **4.2.1.5. Principio de contradicción.**

La contradicción es el mecanismo más eficaz del proceso penal, pues con él se puede arribar al esclarecimiento de los hechos con la confrontación entre las partes durante todas las etapas del juicio. En este principio reside el verdadero litigio dado que las partes en

---

<sup>358</sup> Así se encuentra previsto en la fracción XVI del artículo 131 CNPP, en donde se señala que ejercerá la acción penal “cuando proceda”.

<sup>359</sup> Artículo 256 CNPP.

disputa, con sus intervenciones e impugnaciones, fundamentan por medio de argumentaciones sus pretensiones y sus resistencias<sup>360</sup>.

El proceso es una figura esencialmente dialéctica y el sentido de contradicción o audiencia bilateral se refiere a la postura antagónica que asumen las partes, esto es así aun cuando no se limita a la posición de la pretensión de la parte actora frente a la demandada, sino en general a la fijación de la litis, en la etapa postuladora, y a la tarea del juez en cuanto a que éste es un tercero ajeno a la relación en conflicto, quien habrá de resolver la controversia.

Este principio se contempla en el artículo 17 de la CPEUM y prohíbe a los particulares hacerse justicia por sí mismos, encomendando la tarea jurisdiccional a los tribunales, quienes se encuentran investidos del derecho a resolver las controversias.

Barrios González señala oportunamente que no hay que confundir el principio procesal del contradictorio o de contradicción con el principio lógico de contradicción (o de no contradicción), el cual es un principio clásico de la lógica y de la filosofía, según el cual una proposición y su negación no pueden ser ambas verdaderas en el mismo sentido y en el mismo tiempo, dado la cual una de ellas debe ser falsa<sup>361</sup>.

De acuerdo con éste, las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como a oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte<sup>362</sup>. Por ello, exige la igualdad de partes pues su finalidad es que ninguna de ellas se encuentre indefensa enfrente de la otra, inclusive tampoco ante el Estado que ejerce su derecho a punir las conductas delictivas.

Este principio inicia a operar a partir de que el Ministerio Público despliegue actos de investigación en los que deba tener injerencia la figura de la defensa y por ello se puede

---

<sup>360</sup> Al respecto se puede ver en Herrera Bazán San Martín, Luis Simón, *Proceso Penal Mexicano*, México, UBIJUS, 2016, p. 69.

<sup>361</sup> Barrios González, Boris, *Op. Cit.*, nota 322, p. 47.

<sup>362</sup> Se comprende en los numerales 4 y 6 CNPP.

presentar en distintas etapas del procedimiento y conlleva a que esta cuente con los siguientes derechos y facultades:

- I. Derecho a conocer la información, actuación, actos de investigación o datos de prueba que tiene el acusador en contra del indiciado, así como sus medios u órganos de prueba.
- II. Derecho de oponerse a la realización del juicio por no prestar suficiente mérito para que una persona sea juzgada.
- III. Derecho a presentar sus elementos de prueba y a acceder a los de la parte acusadora.
- IV. Derecho a oponerse a los datos o medios de prueba que se consideren ilícitos, ilegales, inexistentes o que llamen al perjuicio.
- V. Derecho a que los testigos de cargo declaren en su presencia.
- VI. Derecho a interrogar a sus testigos y a contrainterrogar a los testigos y peritos de la parte acusadora.
- VII. Obligación de la carga de la prueba cuando ejerza una defensa afirmativa (legítima defensa, estado de necesidad, temor fundado, etcétera).

El principio que se analiza en este apartado tiene excepciones normativas en el caso de las audiencias privadas solicitadas por el Ministerio Público cuando se refiera a la solicitud de técnicas especiales de investigación por ejemplo de intervenciones comunicaciones privadas, solicitudes de orden de aprehensión o de comparecencia, o en los arraigos, o de cateos.

Este principio se divide en dos partes, una subjetiva y la otra material o probatoria. La primera se ejerce durante la etapa de control de la investigación y en la etapa intermedia; y la segunda, se ejerce en la audiencia de juicio oral. También existe la contradicción extrajudicial, la cual consiste en que, si una de las partes desea tener un encuentro con el juez que no impliquen la existencia de una audiencia o un acto procesal, entonces la contraparte o su representante, también deben estar presentes<sup>363</sup>.

El principio de contradicción además fortalece la imparcialidad exigible al órgano jurisdiccional, ya que éste último deberá ajustarse en sus decisiones exclusivamente al contenido del debate o controversia y nunca de algún otro elemento que no sea materia del litigio o del acto procesal que se esté celebrando.

#### **4.2.1.6. Carga de la prueba.**

En la doctrina procesal moderna existe consenso, a pesar de tratarse de una institución jurídica polifacética, en el sentido de afirmar que las reglas de la carga de la prueba auxilian a los juzgadores para responder a aquellos casos en los que tiene dudas sobre la existencia de los hechos con relevancia jurídica para la resolución del caso concreto en controversia<sup>364</sup>. De

<sup>363</sup> Herrera Bazán San Martín, Luis Simón, *Op. Cit.*, nota 360, Pp. 69 y 70.

<sup>364</sup> Al respecto Escaler Bascomte, Ramón, *La carga de la prueba*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 23, 24 y 247.

ahí que sea acertado ubicarlas dentro de las disposiciones reguladoras de la sentencia y referirse a ellas como regla de juicio.

También está consolidado que su fundamento se encuentra en la clásica prohibición de *non liquet*, que en la CPEUM aparece en el artículo 17, el cual establece que "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 completa e imparcial."

La carga de la prueba se deposita en la parte acusadora al establecer que "corresponde a la parte acusadora la carga de la prueba para demostrar la existencia del hecho punible y la culpabilidad de quien intervino en él"<sup>365</sup>.

En los casos de acción penal pública, corresponde al Ministerio Público la carga de la prueba para demostrar la existencia de los hechos atribuidos al imputado, así como su culpabilidad<sup>366</sup>.

Cuando la acción penal haya sido ejercida por un acusador particular, corresponde a éste esa carga procesal.<sup>367</sup>

#### **4.2.1.7. Libertad procesal/derecho de libertad personal.**

El estado de libertad es uno de los signos característicos del sistema acusatorio y está consagrado como un derecho inherente y fundamental a todo individuo y en ese sentido las medidas cautelares restrictivas de la libertad tendrán carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al bien que se trata de resguardar.

La libertad del imputado es un derecho fundamental consagrado en el artículo 16 párrafo tercero de la CPEUM. También se establece en los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y en los artículos 8º, 9º, y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

---

<sup>365</sup> Artículos 20 apartado A fr. V CPEUM y 130 CNPP.

<sup>366</sup> Artículo 131 CNPP.

<sup>367</sup> Artículo 426 CNPP.

Con ello se determina que nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de orden de aprehensión fundada y motivada por autoridad judicial, salvo el caso de flagrancia.

La prisión preventiva solo se justifica para evitar peligros o riesgos procesales de destrucción u ocultación de pruebas, o que el procesado eluda la acción de la justicia.

El carácter provisional y excepcional de la prisión preventiva requiere que solamente habrá de conservarse en tanto los riesgos mencionados anteriormente subsistan y no se cuente con otro medio o mecanismo para evitarlos o eliminarlos. Si el riesgo se supera entonces es posible su supresión de acuerdo con el contenido del artículo 161 del CNPP.

#### **4.2.2. Principios, derechos fundamentales y garantías procesales ante la persecución penal.**

##### **4.2.2.1. Derecho a juicio oral**

La oralidad no constituye un principio en sí mismo o rector del sistema de enjuiciamiento, es un instrumento o facilitador de los principios políticos básicos y de las garantías que estructuran el propio sistema procesal penal que se encuentra establecido en el artículo 20 CPEUM señalando que "el proceso penal será acusatorio y oral", y a partir de este instrumento es que se pueden alcanzar los principios contemplados en el mismo dispositivo constitucional.

Se entiende por oralidad la forma procedimental que implica fundamentar la resolución judicial únicamente en el material aportado por las partes por medio de la palabra hablada, y especialmente en la prueba desarrollada oralmente ante el órgano jurisdiccional.<sup>368</sup>

El proceso acusatorio se desarrollará a través de la metodología de audiencias o actuaciones orales, salvo los casos de excepción previstos en el CNPP. Así, todas las audiencias son orales y se resuelve en audiencia oral con la citación de las partes. Lo que se pretende con esta metodología es obtener resoluciones de manera rápida y eficaz, así como la celebración de actos procesales de manera versátil, que garantice la no dilatación de los asuntos y la transparencia en el actuar de los intervinientes procesales.

---

<sup>368</sup> Armenta Deu, Teresa, *Op. Cit.*, nota 277, Pp. 65 y 66.

Todos los antecedentes acumulados en el procedimiento penal relevantes para el juicio deben exponerse en forma directa y oral en la etapa principal, constituyendo esto el fundamento de la resolución final. No obstante, no se eliminan en su totalidad los elementos escritos, pues algunos tienen como función establecer el debido soporte material a las evidencias, el anuncio de lo que se pretende ofrecer en el juicio oral, los que documentan el proceso o en los que constan actos de molestia para los gobernados.

En la audiencia de juicio oral el debate será oral, tanto en lo relativo a los alegatos y argumentos de todos los intervinientes, como en todas las declaraciones, recepción de los medios de prueba, las decisiones de los órganos jurisdiccionales y, en general, a toda intervención de quienes participen en él<sup>369</sup>.

Todos los medios de prueba (las actas, los dictámenes, los informes, las entrevistas, etcétera) deben presentarse de manera oral ante el tribunal de juicio oral. Lo mismo ocurre para los documentos, que en este sistema no son tales salvo los que tengan valor probatorio intrínseco (vgr. Un cheque falso).

La oralidad permite que la prueba se constituya y además se muestre en toda su eficacia ante el juez imparcial y ante la presencia de las partes procesales pues debe ser practicada y confrontada en forma oral y dialéctica traduciéndose ello en una metodología efectiva para ofrecerla, presentarla, practicarla, controvertirla y valorarla.

Los acuerdos probatorios también deben presentarse por lectura.

La sentencia sólo puede fundarse en aquello que el tribunal ha escuchado o visto, percibido a través de la exposición oral que los distintos comparecientes han efectuado en el proceso que materialmente se lleva a cabo en una audiencia pública.

Con base en la oralidad, y sumando a ello los principios de imparcialidad y control horizontal de los que deben estar investidos los juzgadores, estos últimos no pueden acceder materialmente al contenido de la carpeta de investigación, y han de resolver las controversias sujetas a su conocimiento en función de lo que logren establecer y el debate que generen las partes en las audiencias.

---

<sup>369</sup> Artículos 353, 396 y 397 CNPP.

#### 4.2.2.1.1. La oralidad en la CPEUM y los instrumentos internacionales

##### A) El principio de la oralidad en la CPEUM:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

- 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.

##### B) En los instrumentos internacionales de los que México es suscriptor:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"

- 8.2. f. que, durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad y entre otras, a la siguiente garantía mínima: f) "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. (Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, en vigencia desde 23 marzo de 1976).

- 14.1. que "...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial..."
- 14.3. e., que, durante el proceso, toda persona acusada de delito tendrá derecho, en plena igualdad y entre otras, a la siguiente garantía mínima: e) "a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948).

artículo XXVI "Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes, y a que no le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas."

La Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales. (Roma, 4 de noviembre de 1950, Consejo de Europa).



- artículo 6.1 "toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable...La sentencia debe ser hecha pública..."
- artículo 6.3.d. agrega que todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: d) "Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la convocatoria y el interrogatorio de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal (Reglas de Mallorca).

- La recomendación 25°.1 señala en forma directa, para no dejar ningún margen de duda, que "el imputado tiene derecho a un juicio oral".
- Las reglas contenidas en la parte 25°.2, y 29°.1 complementan la anterior, al disponerse que los debates serán públicos, y que todas las pruebas deben ser practicadas ante el tribunal sentenciador (con intermediación).

#### 4.2.2.1.2. Vestigios escritos del sistema inquisitivo en el CNPP

El artículo 67 del CNPP contiene una de las disposiciones del nuevo ordenamiento nacional que contiene elementos que en teoría deben ser superados con la entrada en vigor del sistema acusatorio e incide precisamente sobre la oralidad.

En este artículo se impone la obligación, dentro de las 24 horas siguientes a su emisión, de hacer constar por escrito distintos autos y resoluciones. Si bien se está de acuerdo que la mayor parte de ellos representa actos de molestia sobre los gobernados, lo cierto es que ello de alguna manera desnaturaliza, o si se quiere ver de otra manera "tropicaliza" o "mexicaniza"<sup>370</sup> al sistema acusatorio en algo esencial como lo es la oralidad misma.

Por otra parte, esta malsana tendencia a escriturar o fijar expedientes para todo, que no es sino el sustrato inquisitorial de sospechar que hay algo de la verdad que se busca dilucidar pero que permanece sospechosamente oculto, representa para la administración de justicia un gasto inesperado y muy costoso de horas/persona que han de estar transcribiendo horas y horas de audiencia. En las entidades federativas en las que ya está en vigor y funcionando el sistema acusatorio se ha comprobado que esta práctica resulta injustificada y muy costosa para el gasto corriente de la administración pues resulta necesario tener prácticamente un ejército de transcritores, mayor aún en número al personal sustantivo que debe resolver los conflictos penales puestos a su conocimiento.

---

<sup>370</sup> Al respecto podemos señalar que en el sistema acusatorio mexicano existen diversas instituciones procesales diseñadas "a modo" que contradicen los principios del sistema acusatorio en aras de proteger las funciones y disfunciones de algunas de las agencias que integran el sistema o reproducen funciones latentes de esos agentes y del sistema mismo en teoría superadas como lo son el auto de vinculación a proceso mismo o la posibilidad de abrir una etapa de investigación dentro de la etapa intermedia según el contenido del artículo 338 derivado de que solo autoriza la coadyuvancia en la acusación hasta ese momento según lo prevé el distinto artículo 336, entre otras instituciones más y que serían de un análisis propio.

#### 4.2.2.2. Derecho a juicio público, el principio de publicidad.

La publicidad hace referencia a la posibilidad de que las actuaciones sean presenciadas por los integrantes del grupo social a través de "audiencia pública"<sup>371</sup>. En el sistema procesal acusatorio la regla general es la publicidad real<sup>372</sup>. Así pues, como regla general todos los actos y audiencias son públicos. Cualquiera, jurídicamente legitimado, puede acceder a la investigación y cualquier persona puede asistir a las audiencias del procedimiento y el juicio. Pero no solo ello, sino también implica que el imputado, y su defensor, tiene derecho a conocer los datos y medios de prueba que obren en la carpeta de investigación, generándose así la igualdad procesal.

A través de este principio se transmiten los valores de justicia como son la transparencia y la ética de los intervinientes en el proceso. Además, facilita el control social sobre la administración de justicia, por lo que se erige como una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho.

Como en toda norma existen sus excepciones. Las referentes al derecho a la publicidad son las siguientes:

- a) Por causas de privacidad en la audiencia o para que los medios de comunicación puedan difundir la información<sup>373</sup>:
  - Se pueda perjudicar el normal desarrollo del proceso;
  - Existan razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores de edad o se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos;
  - Se estime que existen razones fundadas para justificarlo.
- b) Por no haberse dictado sentencia firme, ningún servidor público podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido.
- c) El Ministerio Público no podrá proporcionar a terceros no legitimados, datos relacionados con la investigación que practica, ordena o dirige, en protección del imputado, víctima o el ofendido, testigos y peritos, o de cualquier otro interviniente o persona, y de la eficacia de esas funciones.
- d) La víctima tiene derecho a no ser objeto de información por los medios de comunicación o presentada ante la comunidad sin su consentimiento, en resguardo de su identidad y otros datos personales.

<sup>371</sup> Armenta Deu, Teresa, *Op. Cit.*, nota 277, p. 67.

<sup>372</sup> Así se contempla en los artículos 20 primer párrafo y fracción IV de la CPEUM, 4 y 5 del CNPP.

<sup>373</sup> Artículo 5 CNPP.

- e) Durante la audiencia de debate del juicio oral, el tribunal podrá resolver excepcionalmente, aun de oficio, que se desarrolle a puertas cerradas, total o parcialmente, cuando:
- Se pueda afectar la integridad física o la privacidad de los miembros del tribunal, de alguno de los intervinientes, o de alguna persona citada para participar en él;
  - El orden público o la seguridad del Estado puedan verse gravemente afectados;
  - Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible.
- f) No se permitirá el acceso a la sala de audiencias durante la audiencia de debate a:
- Personas que se presenten en forma incompatible con la seriedad y los propósitos de la audiencia;
  - Miembros de las fuerzas armadas o de seguridad uniformados, salvo que cumplan funciones de vigilancia o custodia;
  - Personas que porten armas o elementos aptos para ofender o molestar, o distintivos gremiales o partidarios; e
  - Incapaces o menores de edad, salvo que estos últimos hayan sido ofrecidos y admitidos como testigos.

Los representantes de los medios de comunicación que expresen su voluntad de presenciar la audiencia, podrán hacerlo, pero la transmisión simultánea, oral o audiovisual, o la grabación de la audiencia con esos fines, requieren el consentimiento del imputado y de la víctima u ofendido si estuvieren presentes, así como la autorización previa del tribunal, quien en todo caso, mediante resolución fundada podrá restringir o prohibir la grabación, fotografía, edición o reproducción de la audiencia cuando pudieran actualizarse algunos de los supuestos contemplados en el artículo precedente o cuando se limite el derecho del inculcado o de la víctima u ofendido a un juicio imparcial y justo<sup>374</sup>.

En cuanto a este principio de publicidad también es menester hacer referencia a la reserva de la investigación seguida ante el Ministerio Público<sup>375</sup>. La víctima y el ofendido y su asesor jurídico en todo momento pueden acceder a los registros de investigación.

En caso del imputado y su defensor podrán tener acceso a los datos de la investigación inicial cuando se encuentre detenido, o sea citado para comparecer como imputado y se pretenda recibir su entrevista.

Herrera Bazán San Martín señala que la publicidad atiende dos aspectos fundamentales: a) La publicidad inter-partes, que es el libre Acceso de la información que deben tener las partes intervinientes en el proceso, lo cual tiene relación con el principio de

---

<sup>374</sup> Artículo 55 CNPP.

<sup>375</sup> Artículos 218 CNPP.

lealtad del Ministerio Público y la obligación del descubrimiento probatorio, para todos los litigantes, y; b) Publicidad erga omnes, que se refiere a la publicidad general que implica el libre acceso, conocimiento e información de terceros ajenos al proceso<sup>376</sup>.

A través de este principio se transmiten los valores de justicia como son la transparencia y la ética de los intervinientes en el proceso. Además, facilita el control social sobre la administración de justicia, por lo que se erige como una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho.

Relacionado con este principio de publicidad se encuentra la reserva de la investigación seguida ante el Ministerio Público<sup>377</sup>. La víctima y el ofendido y su asesor jurídico en todo momento pueden acceder a los registros de investigación.

En caso del imputado y su defensor podrán tener acceso a los datos de la investigación inicial cuando se encuentre detenido, o sea citado para comparecer como imputado y se pretenda recibir su entrevista.

Aun cuando se entiende que la investigación de los delitos es de orden público y de interés social por la obligación del Estado de evitar la impunidad y garantizar la seguridad de la sociedad, lo cierto es que si no se logra que el Ministerio Público se ciña a los principios de actuación de lealtad<sup>378</sup> y de objetividad<sup>379</sup>, las disposiciones que en este punto se comentan dejan un amplio margen de actuación discrecional a la autoridad investigadora, resabio de un sistema inquisitivo, porque es ella la que determina cuándo el imputado tiene esta calidad y en qué momento le entrevistará, contradiciendo al derecho de defensa material que se debe garantizar desde el inicio de la investigación salvo, como se dijo, se pueda afectar el éxito de la investigación.

---

<sup>376</sup> Herrera Bazán San Martín, Luis Simón, *Op. Cit.*, nota 360, p. 67.

<sup>377</sup> Artículos 218 CNPP.

<sup>378</sup> Artículo 128 CNPP.

<sup>379</sup> Artículo 129 CNPP.

#### 4.2.2.3. Principio de inmediación.

La inmediación consiste en que los órganos judiciales han de tomar conocimiento personal de las actuaciones en las audiencias y escucharán directamente los argumentos de las partes, con la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales, presidirán el debate y conocerán de primer mano los elementos aportados por la actitud, conducta o comportamiento del acusado y acusador<sup>380</sup>.

Por ello, la inmediación<sup>381</sup> exige que el Tribunal de sentencia forme su convicción del material probatorio reproducido en su presencia, junto a todos los demás sujetos del proceso, y se les brinde a éstos amplia participación, es por eso que los jueces tienen que estar presentes personalmente en la celebración de todas las audiencias.

Los jueces presidirán en su integridad el desarrollo de las audiencias, y por ningún motivo podrán delegar sus funciones, deben haber asistido al desahogo de las pruebas “con inmediación”, apreciando las declaraciones y observando directamente los demás medios de prueba. La inmediación, señala Dagdug<sup>382</sup>, es el elemento más adecuado para poder saber y conocer la autenticidad y eficacia valorativa de las pruebas.

Recordemos que solamente tiene valor de prueba la producida o introducida en el juicio. Las excepciones son la prueba anticipada<sup>383</sup> y los acuerdos probatorios<sup>384</sup> que de todas maneras han de introducirse mediante lectura.

Como consecuencia de este principio, el órgano jurisdiccional deberá resolver el asunto de acuerdo con las impresiones personales que adquiera del acusado y de los medios de prueba que sean presentados en la audiencia de juicio.

La inmediación implica no sólo la presencia ininterrumpida del tribunal de enjuiciamiento sino también la de algunas de las partes:

- Imputado.

---

<sup>380</sup> Herrera Bazán San Martín, Luis Simón, *Op. Cit.*, nota 360, p. 75.

<sup>381</sup> Artículos 4 y 9 CNPP.

<sup>382</sup> Dagdug Kalife, Alfredo, *Op. Cit.*, nota 234, p. 155.

<sup>383</sup> Artículo 304 del CNPP.

<sup>384</sup> Artículo 345 CNPP.

- Defensor.
- Ministerio Público o acusador particular en su caso.

La consecuencia de la inasistencia del juez o los integrantes del tribunal de enjuiciamiento es la nulidad de los actos procesales que se desarrollen en esa audiencia. Lo mismo para aquellos actos que, debiéndose realizar con intervención del juez o del tribunal por disposición de la ley, sean cumplidos ante subalternos en quienes se hubiera delegado tal función.

De esta manera, las actuaciones realizadas por el Ministerio Público durante la investigación solo pueden ser considerados datos de prueba, y los elementos de convicción desahogados en la audiencia de vinculación a proceso que sirvan para pronunciar este y las medidas cautelares, carecen de valor probatorio para fundar una sentencia, aunque sí pueden invocarse para fundamentar cualquier resolución previa a esta o para fundar la sentencia en el procedimiento abreviado.

#### **4.2.2.4. Principios de concentración y continuidad.**

Estos principios encuentran su mayor aplicación en la etapa de juicio oral, sin que, de ninguna manera, puedan dejarse de aplicar en otras audiencias. Con ellos se garantiza la unidad y celeridad del proceso<sup>385</sup>.

El principio de concentración aplicado al juicio oral exige que todos los actos necesarios para concluir el juicio se realicen preferentemente en una misma audiencia o en días consecutivos hasta su culminación.

El principio de continuidad alude a la exigencia de que el debate no sea interrumpido, es decir, que las audiencias se desarrollen de manera continua, sucesiva y secuencial<sup>386</sup> lo que garantiza el seguimiento del orden lógico de las fases procesales.

---

<sup>385</sup> Artículos 4, 7 y 8 CNPP.

<sup>386</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, Op.Cit., nota 145, p. 98.

Binder, citado por Herrera Bazán San Martín<sup>387</sup>, señala que el principio de continuidad es una forma de proteger los resultados de la oralidad, inmediación y contradicción pues permiten conocer la prueba, examinarla y derivar de ellos los elementos de juicio en forma directa por el tribunal de enjuiciamiento y las partes en forma ininterrumpida, por lo que es un elemento integrante del debido proceso.

La concentración y la continuidad exigen que el juicio oral se realice frente a todos los sujetos procesales, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma sucesiva, sin solución de discontinuidad, con el propósito de que exista la mayor proximidad entre el momento en que se recibe toda la prueba, la formulación por las partes de las argumentaciones y conclusiones sobre ella, la deliberación de los jueces y el dictado de sentencia, con la cercanía de lo que sucedió en la o las audiencias.

Al cuestionamos en que se distinguen estos dos principios, tenemos que el de la concentración se refiere a los sujetos y las pruebas, mientras que el de continuidad es referido a los actos procesales que deban ejecutarse durante el juicio.

Las audiencias deben realizarse de manera continua, sucesiva y secuencial preferentemente en un mismo acto; si ello no fuere posible se hará en actos consecutivos, sin perjuicio de que el juez que las dirija excepcionalmente las suspenda por el término y condiciones que la propia ley disponga. Asimismo, de estimarse necesario se pueden determinar recesos<sup>388</sup>.

Además, cuando se plantee una solicitud dentro de una audiencia aquella deberá resolverse en la misma antes de que se declare formalmente cerrada y de manera inmediata tras concluirse el debate<sup>389</sup>.

---

<sup>387</sup> Herrera Bazán San Martín, Luis Simón, *Op. Cit.*, nota 360, p. 74.

<sup>388</sup> Artículo 7 CNPP.

<sup>389</sup> Artículo 52 CNPP.



La audiencia del juicio oral se desarrollará en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión, pero habrá tantas audiencias sucesivas como sea necesario para resolver con la presencia ininterrumpida del tribunal de enjuiciamiento y de las partes que necesariamente deben estar presentes. Se considerarán sesiones sucesivas aquellas que tuvieren lugar en el día siguiente de funcionamiento ordinario del tribunal. La doctrina<sup>390</sup> perfecciona y amplía el concepto para señalar que es la necesidad de resolver lo que ya ha comenzado sin reserva de fraccionar el sentido de la audiencia.

El tribunal está facultado para establecer intervalos en el curso de los debates en los cuales las partes que intervienen en el juicio puedan satisfacer necesidades de descanso y alimentación, lo cual abona en una mayor capacidad de atención y de concentración de los intervinientes en el proceso en vista de un mejor desempeño de las funciones que les compete a cada uno de ellos, sin que lo anterior implique la suspensión del juicio oral

El presidente del tribunal ordenará los aplazamientos indicando la hora de continuación del debate<sup>391</sup>.

En el CNPP se establece la posibilidad de la suspensión de la audiencia de juicio de manera excepcional de acuerdo con los supuestos hipotéticos expresamente considerados, por un plazo máximo de diez días naturales y las previsiones para su reanudación<sup>392</sup>.

#### **4.2.2.5. Principio de igualdad.**

Para que el principio de contradicción pueda operar, es indispensable que exista igualdad de condiciones entre los litigantes, entre las partes procesales para que se les permita actuar en equilibrio e igualdad en para afirmar, probar, alegar e impugnar.

Este principio establece que todos los intervinientes en el procedimiento penal son iguales ante el ordenamiento jurídico y recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades. Así, no habrá privilegios, prerrogativas, canonjías en favor de ninguno de ellos.

---

<sup>390</sup> Herrera Bazán San Martín, Op. Cit., nota 360, p. 73.

<sup>391</sup> Artículo 351 CNPP.

<sup>392</sup> Artículo 351 CNPP.

La posibilidad de acceso a la justicia debe ser equitativa para las partes procesales, para lo cual se debe atender un proceso en el que se cumpla con el debido proceso y ante un juzgador imparcial, independiente, autónoma y objetivo. El principio se divide e igualdad ante la ley e igualdad entre las partes.

#### **4.2.2.5.1. Igualdad ante la ley.**

El principio de igualdad ante la ley establece, de inicio, que todas las personas son iguales ante la ley y deben ser tratadas conforme a las mismas reglas, por lo tanto, todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa<sup>393</sup>. Se regula en el artículo 17 de la CPEUM en el que se establece “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla...”, es decir, se contempla la igualdad ante el órgano jurisdiccional tanto para la víctima como para el imputado.

Este principio de igualdad está relacionado con todas las disposiciones en las que se señalan las potestades de las partes, se establecen derechos: de audiencia, de contradicción, de ofrecer prueba, de intervenir, etcétera.

También se encuentra regulado en el artículo 1º de la CPEUM por lo que, los jueces, el Ministerio Público y la policía deben tomar en cuenta las condiciones particulares de las personas y del caso, pero no actuarán con implicaciones discriminatorias sobre la base del origen étnico, nacionalidad, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra circunstancia, calidad o condición que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto menoscabar o anular las libertades y los derechos de las personas<sup>394</sup>.

El eje del principio de igualdad se establece en términos de la razón suficiente que justifique el trato desigual. La materialización de este principio, no solo se cumple brindando

---

<sup>393</sup> Artículo 10 CNPP.

<sup>394</sup> Este principio se encuentra regulado además en el artículo 1.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y en el artículo 8.4, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

identidad de oportunidades a las partes a fin de equilibrar el proceso, o de elementos de prueba, sino también de identidad en la aplicación de la ley, garantizando certeza en la aplicación del derecho, por ello los jueces deben preservar el principio de igualdad procesal

395

Por otra parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, consagra en su artículo 1º, el principio de igualdad y de no discriminación desde la perspectiva de género.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación haciendo eco a este dispositivo y con la intención de adoptar criterios jurisdiccionales basados en el derecho a la igualdad instauró el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género.

En el instrumento normativo operacional antes mencionado se señala que para dotar de contenido a la igualdad es necesario tomar puntos de referencia. Por lo señalado se dirá que la igualdad “es un concepto relacional y no una cualidad intrínseca, ya que si la determinación es que si hay una vulneración al derecho de igualdad supone un juicio de comparación que se realiza entre personas, leídas a partir de su situación particular y del contexto en general”, y se señala que este contexto debe ser interpretado tomando como referencia los derechos humanos y la autonomía de las personas<sup>396</sup>.

En este protocolo se indica<sup>397</sup> que lo que determina la pertinencia de aplicar la perspectiva de género no es el hecho de que esté involucrada una mujer... que en todo caso habrá que hacer un análisis orientado a detectar relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad<sup>398</sup>.

---

<sup>395</sup> Artículo 10 CNPP.

<sup>396</sup> Protocolo para juzgar con perspectiva de género, *Op. Cit.*, nota 246, p. 32.

<sup>397</sup> *Ídem*, Pp. 76 y 77.

<sup>398</sup> El protocolo establece un método para facilitar la aplicación de la perspectiva de género en la función de juzgar y establece mecanismos (listas de verificación) con los cuales aplicar el método.

#### **4.2.2.5.2. Igualdad entre las partes en el proceso.**

Con este principio se les garantiza a las partes condiciones de igualdad y pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la CPEUM, en los tratados y en las leyes<sup>399</sup>.

Es un derecho fundamental reconocido en el artículo 20 apartado A, fracción V de la CPEUM, y comprende los derechos del imputado y de la víctima u ofendido, contenidos en los apartados B y C de dicho artículo.

De igual forma se encuentra regulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.1: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”.

Este principio establece garantías mínimas para el imputado en el proceso penal<sup>400</sup>, como son: que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad, a declarar o a guardar silencio, a ser oído dentro del proceso de la misma forma y manera en que lo sea la víctima, a conocer los hechos y motivos de su detención, a que se le reciban testigos y demás pruebas que ofrezca, a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda; a la preparación de la defensa adecuada; a ser asistido por un defensor; interrogar a los testigos de cargo; no ser obligado a declarar en su contra, etcétera.

La víctima tiene derecho a recibir asesoría jurídica, ser informado de los derechos que goza desde la CPEUM y en el desarrollo del procedimiento, coadyuvar con el Ministerio Público, que se le reciban datos o elementos de prueba, a intervenir en el juicio, se le repare el daño, a recibir atención médica y psicológica, a protección personal, etcétera<sup>401</sup>.

Las únicas excepciones al principio de igualdad se da en las audiencias privadas en las que el fiscal solicita al juez de control, exclusivamente ellos, mandamientos de cateo, arraigo, ordenes de aprehensión o comparecencia, o intervención de comunicaciones o

---

<sup>399</sup> Artículo 11 CNPP.

<sup>400</sup> CPEUM artículo 20 apartado B, y 113 CNPP.

<sup>401</sup> CPEUM: artículo 20 apartado C, 109 CNPP.

georreferenciación; solicitudes que deben estar plenamente justificadas y cumplir con los requisitos que gozan las medidas cautelares en sus principios y extremos, con lo cual no se violenta ni el derecho de defensa ni el principio de presunción de inocencia.

#### **4.2.2.6. Dignidad de la persona.**

Toda persona tiene derecho a que se respete su dignidad humana, su seguridad y su integridad física, psíquica y moral.

Por lo tanto, nadie puede ser sometido a incomunicación, intimidación, torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. La restricción de las comunicaciones sólo podrá ordenarse conforme a las disposiciones legales<sup>402/403</sup>.

La dignidad de la persona humana está contenida en los preámbulos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y Declaración Americana de los Derechos y de los Deberes del Hombre, en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en otros instrumentos reconocidos por el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

Asimismo, el principio encuentra fundamento positivo en la legislación secundaria en materia penal, por ejemplo, en la Ley general para prevenir y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

#### **4.2.2.7. Derecho a la intimidad y a la privacidad.**

Se respetará siempre el derecho a la intimidad del imputado y de cualquier otra persona que intervenga en el procedimiento, en especial la libertad de conciencia, el domicilio, la correspondencia, los papeles y otros objetos privados, así como las

---

<sup>402</sup> Artículos 16 CPEUM y 4 CNPP.

<sup>403</sup> Se contempla en diversos artículos, a saber 1, párrafo tercero, 16 y 22 CPEUM, 4, 10, 109 fracción VI, 113, 266, 268, 269 y 420 del CNPP.

comunicaciones privadas de toda índole y se protegerá la información que se refiere a su vida privada y los datos personales<sup>404</sup>.

Sólo con autorización judicial se podrá:

- Intervenir la correspondencia.
- Las comunicaciones telefónicas y electrónicas.
- Incautar los papeles u objetos privados.

Cuando se trate de grabación de comunicación entre particulares, los jueces podrán admitir como medio de prueba, sólo aquellas que sean aportadas de manera voluntaria por alguno de los que participen en ellas sin poder prescindir del análisis técnico de su contenido y el desahogo testimonial de quien la aporta al proceso.

#### **4.2.3. Derechos y garantías procesales.**

Como se ha venido sosteniendo, durante las diversas etapas históricas y la evolución del Derecho procesal penal, su naturaleza se ha venido conformando en términos de determinadas bases o principios que le rigen y le otorgan estructura, y sirven para delimitar cada una de sus etapas. En todo el procedimiento ordinario, así como en los mecanismos alternativos de solución de controversias y la terminación anticipada del proceso, existen principios, derechos y garantías procesales que deben ser observables para establecer que el proceso sea justo y equitativo, cumpliendo con ello con lo establecido en la CPEUM, así como en lo previsto en los artículos 8º. de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

##### **4.2.3.1. Derecho al juicio previo.**

Este principio se traduce en la obligación de que para pronunciarse una sentencia legítima en el procedimiento penal se deben observar todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico constitucional procesal para que sea legítima.

---

<sup>404</sup> Artículo 15 CNPP.

Es, a la vez, una garantía procesal consagrada en el artículo 14 de la CPEUM, identificable con el debido proceso, y relacionada con el artículo 20 en sus apartados A, B y C.

Esta garantía procesal del principio del debido proceso se desarrolló previamente, y se establece en el artículo 12 del CNPP:

“Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen”.

Igualmente, los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos disponen que: “Todo ciudadano a quien se le imputa un delito tiene derecho a exigir la realización de un juicio público ante un Tribunal imparcial, que resuelva por medio de una sentencia si concurren o no los presupuestos de aplicación de una sanción penal (pena y/o medida de seguridad).

#### **4.2.3.2. Derecho a ser juzgado en plazo razonable.**

Este derecho tiene que ver con la justicia pronta. Al respecto se establece que toda persona tiene derecho a ser juzgada y a que se resuelva en forma definitiva acerca de la imputación que recae sobre ella en los plazos que se establecen en la fracción VII del apartado B del artículo 20 de la CPEUM<sup>405</sup>.

En este artículo se señalan los plazos para que el imputado sea juzgado, estableciéndose que será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

Así mismo está consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se dispone: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las

---

<sup>405</sup> Artículo 16 CNPP.



debidas garantías y dentro de un plazo razonable...”, y en el 14.3.c del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho “a ser juzgado sin dilaciones indebidas”.

Esta garantía procesal implica que nadie puede ser sometido a proceso alguno de modo indefinido y/o que el Estado tiene la obligación de dar origen a normas claras y precisas que lo garanticen.

#### **4.2.3.3. Derecho a la defensa.**

En el ámbito del proceso, la defensa es reconocida como un derecho a reaccionar frente a un ataque anterior, de carácter jurídico, que específicamente en el proceso penal está constituido por la imputación o atribución a una persona sobre la comisión de un hecho delictivo.

En consecuencia, el derecho de defensa adquiere una importancia fundamental, por cuanto se traduce en el derecho del imputado a ser oído y a que lo que exteriorice, cuando decida hacerlo, sea tomado en cuenta por el juez para formar su resolución.

Si consideramos que la resolución jurisdiccional se caracteriza porque es producto de la interacción de los que resultarán afectados por la decisión, se comprende la exactitud de la afirmación de que sin defensa no hay proceso justo o debido, porque es la que asegura la participación de los interesados en la producción de la decisión.

La defensa como principio constitucional se reconoce en el artículo 20, apartado B, fracción VIII<sup>406</sup> de la CPEUM:

“Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera...”.

---

<sup>406</sup> También en los artículos 17, 18 y 113 del CNPP.

También se regula en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La defensa es un derecho en toda etapa del proceso, irrenunciable y su violación produce la nulidad absoluta de sus actuaciones y consecuentemente puede intervenir en todos los actos procesales y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas.

Una vez adquirida la condición de imputado, tendrá en relación con este derecho:

- a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
- b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;
- c) No se utilice el silencio en su contra.
- d) No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse.
- e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado con el que pueda comunicarse libre y privadamente.
- f) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer ante las autoridades.
- g) Ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el supuesto de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él.
- h) Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan y los derechos que le asisten; en los actos iniciales de investigación se le hará conocer sus derechos fundamentales y tiene derecho de acceder a los registros de la investigación.
- i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer.
- j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas.
- k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediatez de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el que pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario, aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que deban dar información sobre los hechos objeto del debate.
- l) Renunciar a los derechos señalados en los incisos b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En su decisión requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.

#### **4.2.3.4. Principio de la presunción de inocencia.**

Este principio se origina en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, como producto y reclamo popular en la Revolución Francesa que provocó en la Europa continental un siglo reformista (XIX) procurando proteger a los individuos en contra del poder punitivo estatal arbitrario y sus excesos, pretendiendo garantizar un mínimo de

respeto a la dignidad humana<sup>407</sup> y tiene por objeto en lo particular garantizar a toda persona inocente que no se le privará de su libertad ni tampoco será penalmente condenada, sin que existan suficientes elementos probatorios que permitan acreditar absolutamente su culpabilidad y que permitan destruir dicha presunción.

Toda persona se presume inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su responsabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en la en la CPEUM, y el CNPP. En caso de duda, se estará a lo más favorable para el inculpado. En la aplicación de la ley penal es inadmisibles la presunción de culpabilidad<sup>408</sup>.

Es un principio constitucional consagrado en el artículo 20, apartado B, fracción I: “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

En igual sentido se pronuncian los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El principio de presunción de inocencia es un principio político sobre el cual está estructurado todo el proceso penal moderno. Refleja el estatus básico de un ciudadano sometido a proceso. El inculpado llega al proceso con un estatus que debe ser destruido por el Ministerio Público y en ello reside la construcción de la culpabilidad. Si obra contra él prueba incompleta, no es procedente condenarlo, sino absolverlo.

Los principios constitucionales del acusatorio y del debido proceso, abrigan al principio de presunción de inocencia, por ello el acusado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le atribuye haber cometido un delito, es decir, no tiene la carga de probar su inocencia<sup>409</sup>.

---

<sup>407</sup> Maier, Julio B. J., *El proceso penal contemporáneo*, Lima, Perú, Palestra, Instituto de Ciencias Penales, Universidad Privada Antenor Orrego, 2008, p. 163.

<sup>408</sup> Artículos 20 apartado A, fracción VIII, y apartado B, fracción I, del CPEUM y 13 del CNPP.

<sup>409</sup> Herrera Bazán San Martín, Luis Simón, *Op. Cit.*, nota 360, p. 85.

Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

Corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba sobre la responsabilidad penal.

La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para pronunciar sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable.

Por ello, del principio de presunción de inocencia se desprenden:

- La carga de la prueba corresponde a la parte acusadora.
- La existencia del principio *in dubio pro reo* al momento de sentenciar.
- En caso de duda el asunto debe ser resuelto a favor imputado.
- Aplicación restrictiva de prisión preventiva salvo lo necesario para cumplir con los fines del proceso de acuerdo con los principios de legalidad y de razonabilidad.
- Derecho a ser oído en cualquier momento.
- Restricciones a la publicidad.

Ligado al principio de presunción de inocencia y al derecho a la defensa se encuentra el derecho a no autoincriminarse.

En la propia CPEUM encontramos dos figuras contrarias al principio de presunción de inocencia, las cuales son la prisión preventiva oficiosa y el arraigo que restringen derechos fundamentales antes del dictado de una sentencia de condena.

#### **4.2.3.5. Derecho a no declarar contra sí mismo o de no autoincriminación.**

La no autoincriminación es un derecho constitucional consagrado en el artículo 20, apartado B, fracción II, el cual establece que el imputado tendrá derecho:

“A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio”.

En igual sentido este derecho se prevé en los artículos 8.2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Este principio establece garantías mínimas dentro del proceso como son: ser informado sin demora de sus derechos y de los cargos que existen en su contra, en un idioma que comprenda; preparación de la defensa; ser asistido por un defensor; interrogar a los testigos de cargo; no ser obligado a declarar, etcétera<sup>410</sup>.

#### **4.2.3.6. Derecho a la formulación precisa de cargos.**

La formulación expresa y precisa de cargos es un derecho constitucional consagrado en el artículo 20, apartado B, fracción III que señala que el imputado tendrá derecho: *"A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten..."*. En el caso de la delincuencia organizada hay una excepción pues en tal caso la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La proyección de este derecho fundamental del imputado<sup>411</sup> alcanza momentos pre procesales, como en la detención material<sup>412</sup> por flagrancia o cumplimiento de la orden de aprehensión, momentos en los que los agentes de la detención tienen la obligación de informar sobre los derechos al imputado y las razones de su detención, o en actos previos a la propia acusación<sup>413</sup>, correspondiendo esta obligación a los agentes de policía<sup>414</sup>, Ministerio

---

<sup>410</sup> Artículos 18 y 113 CNPP.

<sup>411</sup> Artículo 113 de CNPP.

<sup>412</sup> Artículos 308 al 310 CNPP.

<sup>413</sup> Como es el caso de la formulación de imputación, artículo 311 CNPP, y auto de vinculación a proceso, artículos 313 a 318 de CNPP.

<sup>414</sup> Artículo 152 CNPP.

Público<sup>415</sup>, juez<sup>416</sup>, así como en la acusación<sup>417</sup>, en el auto de apertura del juicio oral<sup>418</sup> y en los alegatos de apertura del juicio oral<sup>419</sup>.

Asimismo, el derecho a conocer el contenido exacto de la acusación se regula en los artículos 8.1 y 8.2.b de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En atención a esta garantía la autoridad persecutora tiene la obligación procesal de individualizar, describir, detallar y concretizar el hecho delictuoso del que se acusa al imputado, debiendo ejercer la acción penal y fundamentar la acusación.

#### **4.2.3.7. Derecho a los medios de impugnación.**

Las partes tendrán derecho a impugnar las omisiones y decisiones del ministerio público y de los jueces y tribunales a través de los medios y en la forma que las leyes procesales respectivas establezcan.

El régimen de recursos tiene una importancia fundamental dentro del sistema procesal penal, porque está en relación directa con los principios que la inspiran y resulta particularmente descriptivo de la organización del poder del Estado<sup>420</sup>.

Desde una perspectiva no histórica, pero si funcional, las organizaciones judiciales se basan o en un ideal jerárquico o en un ideal paritario o coordinador<sup>421</sup>, por lo que "existe una obvia conexión entre el ordenamiento vertical del poder y la revisión jerárquica".

---

<sup>415</sup> Artículos 129, 131, 308, 311 a 313 CNPP.

<sup>416</sup> Artículo 145 CNPP.

<sup>417</sup> Artículo 335 CNPP.

<sup>418</sup> Artículo 347 CNPP.

<sup>419</sup> Artículo 391 CNPP.

<sup>420</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Op. Cit.*, nota 145, p. 347.

<sup>421</sup> Así lo concibe Damaska, citado por Horvitz Lennon y López Masle, *Ibidem.*, p. 348.

En los sistemas procesales inquisitivos o inquisitivos mixtos el recurso se concibe claramente como una instancia de control de las decisiones de los tribunales inferiores y en el sistema procesal penal acusatorio se concibe como un derecho de quien legítimamente pueda instarlos y pueda resultar afectado por la resolución judicial<sup>422</sup>.

Los medios de impugnación son los instrumentos legales puestos a disposición de las partes y destinados a contravenir una resolución judicial, que produce un perjuicio (gravamen) al recurrente, para provocar su reforma o su anulación, en el mismo proceso en el que fue dictada<sup>423</sup>.

Este derecho también se establece en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece el derecho del imputado a: "... recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior". También está previsto en el artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

#### **4.2.3.8. Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple o principio *ne bis in idem* o *non bis in idem*.**

La CPEUM establece este principio en el artículo 23 señalando que: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia".

Del mismo modo se encuentra establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8.4, y en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. No es sólo una garantía procesal sino un principio político de seguridad jurídica que prohíbe la doble persecución por un mismo hecho. Esta prohibición, integra en su contenido dos principios fundamentales:

- 1) El de la cosa juzgada.

---

<sup>422</sup> Artículo 456 CNPP.

<sup>423</sup> Bujosa Vadell, Lorenzo y Carrizo González – Castell, Adán, *Op. Cit.*, nota 275, p. 351.



2) El de litispendencia.

#### **4.2.3.9. Libertad probatoria.**

La CPEUM garantiza la libertad probatoria al establecer en el artículo 20, A fracción II que: “Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;...”.

En el CNPP se garantiza la libertad probatoria al establecer que los hechos y circunstancias de interés para la solución justa del caso, podrán probarse mediante cualquier medio probatorio que no esté prohibido legalmente.

Son inadmisibles los medios de prueba manifiestamente impertinentes o inútiles, o con los que pretenda acreditarse hechos notorios<sup>424</sup>.

Así, los medios de prueba sólo tienen valor si han sido hallados, obtenidos, procesados, trasladados, producidos, reproducidos y aportados por medios lícitos y desahogados en el proceso del modo que autoriza el CNPP<sup>425</sup>.

En el sistema oral, el juez debe recibir toda la prueba en forma directa y en presencia de las partes. En el sistema escrito se facilita la delegación de tareas, y se dificulta la intervención de las partes.

Será nula toda prueba que haya sido obtenida o incorporada al proceso con violación a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en las leyes o en Tratados Internacionales en los términos del artículo 133 de la CPEUM. De esta suerte, no tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas, o violación de los derechos fundamentales

---

<sup>424</sup> Artículo 356 CNPP.

<sup>425</sup> Artículo 263 CNPP.

de las personas, ni la conseguida a partir de información originada en un procedimiento o medio ilícito<sup>426</sup>.

Las partes pueden hacer valer la nulidad del dato o medio de prueba en cualquier etapa del proceso. Si la ilicitud de la prueba se advierte desde el momento en que ésta se ofrece, será inadmisibile; cuando a pesar de su ilicitud la prueba haya sido admitida, bastará con que el juez externe las razones de su ilicitud para que la misma sea ineficaz y se considere nula.

En el artículo 359 del CNPP se prevé que:

“El Tribunal de enjuiciamiento valorará la prueba de manera libre y lógica, deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado”.

Toda valoración de la prueba debe ser fundada y motivada expresando claramente las razones o motivos que se tuvieron para concederle o negarle valor probatorio. Las pruebas deben valorarse de manera conjunta, integral y armónica<sup>427</sup>.

#### **4.2.3.9.1. Libre valoración de las pruebas**

Las pruebas son tomadas en cuenta como la esencia del proceso penal pues son la base y motivo que le permiten al juez, al valorarlas jurídicamente, dictar el derecho individualizando la pena<sup>428</sup>.

Para acreditar los hechos considerados como delitos y la responsabilidad penal del imputado cuenta con la acción más amplia para emplear los medios de convencimiento que estime conducentes según su criterio, en tanto no sean contrarios a derecho.

---

<sup>426</sup> Artículo 357 CNPP.

<sup>427</sup> Artículo 265 CNPP.

<sup>428</sup> Herrera Bazán San Martín, Proceso Penal Mexicano, *Op. Cit.*, nota 360, pp. 90 y 91.

El juzgador al apreciar o valorar los medios de prueba, tanto los que están regulados en la ley, como los que no lo están, goza de plena libertad para formarse convicción sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal, apreciando las pruebas mediante un ejercicio de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, fundando y motivando en su resolución el motivo por el que les concede tal o cual valor.

Toda valoración de la prueba debe ser fundada y motivada expresando claramente las razones o motivos que se tuvieron para concederle o negarle valor probatorio. Las pruebas deben valorarse de manera conjunta, integral y armónica.<sup>429</sup>

No abundaré en el análisis de este punto pues se tratará en el siguiente capítulo de la investigación.

#### **4.2.3.10. Fundamentación y motivación.**

Las autoridades ministerial y judicial están obligadas a fundamentar y motivar en los hechos sus decisiones<sup>430</sup>.

Este principio se refiere a que la motivación de la sentencia es la fuente de legitimación del juez y de su decisión. Da certeza jurídica, pues permite que la decisión pueda ser objetivamente valorada, mostrando los fundamentos de la decisión judicial y evitando así la arbitrariedad. Asimismo, implica la obligación al juez de justificar los medios de convicción en los que sustenta su decisión.

La simple relación de las pruebas, la mención de los requerimientos, argumentos o pretensiones de las partes o de afirmaciones dogmáticas o fórmulas genéricas o rituales no reemplazan en ningún caso la fundamentación ni la motivación.

Esta garantía se encuentra contenida en el ámbito supranacional en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

---

<sup>429</sup> Artículo 265 CNPP

<sup>430</sup> Primer párrafo del artículo 16 CPEUM.

#### **4.2.3.11. Deber de protección y solicitud de pago de la reparación del daño.**

El Ministerio Público debe garantizar la protección de las víctimas u ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso, con la obligación de los jueces de vigilar su buen cumplimiento<sup>431</sup>.

El Ministerio Público debe solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido la pueda pedir directamente<sup>432</sup> pues de conformidad con la fracción IV, del apartado C, del artículo 20 de la CPEUM, la reparación del daño ahora constituye un derecho de la víctima más que una pena aplicable al sentenciado.

#### **4.2.4 Garantías procesales de la organización judicial.**

Tal como se ha establecido en este capítulo, una de las características *sine qua non* del sistema penal acusatorio es la diversidad de atribuciones entre el órgano acusador y el jurisdiccional. También he señalado los excesos en los que incurría el Ministerio Público en la etapa de investigación en la que desplegaba actuaciones violatorias o invasivas de los derechos fundamentales tanto de imputados como de víctimas y ofendidos. Así, con la reforma de 2008, se implementó el control de garantías procesales desde la etapa de investigación, depositándose tal atribución en el Poder Judicial, específicamente en los jueces de control.

Además, con la reforma al artículo 1º. Constitucional se amplió la esfera de atribuciones de los órganos jurisdiccionales y el juzgador puede aplicar el control difuso de constitucionalidad reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para vigilar el cumplimiento y ejercicio de los derechos fundamentales de los imputados y las víctimas y ofendidos de los ilícitos penales en la etapa de investigación en audiencias que han de observar todos los principios procesales.

Asimismo, también existe el control de legalidad procesal para evitar que el Ministerio Público incumpla con la normatividad adjetiva contenida en el CNPP<sup>433</sup>.

---

<sup>431</sup> Artículo 131 f. XII del CNPP.

<sup>432</sup> Artículos 109 f. XXIV, 131 fracciones XII, XV y XXII del CNPP.

<sup>433</sup> Herrera Bazán San Martín, Luis Simón, *Op. Cit.*, nota 360, p. 93.

#### **4.2.4.1. Derecho a un juez independiente.**

En el ejercicio de su función, los jueces deben actuar con independencia de los otros poderes u órganos del Estado, de toda injerencia que pudiere proceder de los demás integrantes del Poder Judicial y de la ciudadanía en general.

La independencia personal del juez tiene dos dimensiones:

- a) Independencia externa: Exige que el juez no dependa de ninguna otra autoridad del Estado.
- b) Independencia interna: Independencia respecto de todo organismo superior dentro del Poder Judicial.

En caso de interferencia en el ejercicio de su función, proveniente de otro poder del Estado, del propio Poder Judicial o de la ciudadanía, el juez o tribunal deberá informar sobre los hechos que afecten su independencia al Consejo del Poder Judicial del Estado o, en su caso, al Pleno del Supremo Tribunal de Justicia.

El órgano correspondiente deberá adoptar las medidas necesarias para que cese la obstrucción, independientemente de las sanciones que correspondan al responsable de la misma.

#### **4.2.4.2. Derecho a un juez imparcial.**

Este derecho es un presupuesto de la justicia. En el ejercicio de la función jurisdiccional debe garantizarse tanto la imparcialidad subjetiva como la objetiva.

La imparcialidad subjetiva se refiere a la ausencia de interés en el asunto.<sup>434</sup> En caso de que el juzgador o integrante del órgano jurisdiccional tuviera algún interés en el asunto que resolverá, debe excusarse de conocerlo, o se puede promover su recusación.

---

<sup>434</sup> En los artículos 36 a 38 CNPP se contemplan las causales y tramitación de la excusa y en los numerales 39 a 42 CNPP de la recusación.

La imparcialidad objetiva se refiere a tres aspectos fundamentalmente:

- El juez conoce de los hechos por primera vez en el juicio. sea juez de control o juez que integre tribunal de juicio oral.  
Los jueces que en el mismo caso hayan intervenido en las etapas anteriores a la del juicio oral, no podrán integrar el tribunal que conozca del juicio oral<sup>435</sup>.
- El juez actuante no se haya manifestado previamente sobre existencia del hecho considerado como delito ni sobre su probable responsabilidad penal.
- Los jueces no deben intervenir en la actividad probatoria.

La imparcialidad y la independencia son garantías constitucionales contenidas en los artículos 17, párrafo segundo y 20 apartado “A”, fracción VI de la CPEUM, asimismo, en los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

La imparcialidad le impide al juez realizar actuaciones propias de las partes, como proponer, obtener o aportar pruebas, desacreditar en audiencia a un testigo u otros medios de prueba. Los jueces no deben dejarse influenciar por ningún otro interés que no sean la interpretación de las normas vigentes y la veracidad de las pruebas aportadas.

#### **4.2.4.3. Derecho a juez natural.**

Se establece que nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

En el derecho constitucional alemán se utiliza la expresión “juez legal” en vez de “juez natural” pues la ley es la que señala y establece el tribunal. En México como en Chile se usa “juez natural”.

El derecho a un juez natural es una garantía constitucional consagrada en el artículo 14 de la CPEUM. De igual forma se encuentra estipulado en los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

---

<sup>435</sup> Artículos 20 apartado A, fracción IV de la CPEUM y 350 del CNPP.

Este principio tiene relación con el principio de jurisdiccionalidad (la existencia de tribunales previos), el Juez que conozca de un caso no debe tener relación con la investigación que lleve a cabo el Ministerio Público. En la investigación el único Juez que conoce de los actos que se lleven a cabo en la misma es el juez de control<sup>436</sup>.

#### **4.2.4.4. Ejercicio exclusivo de la función judicial.**

Sólo a la autoridad judicial le corresponde el juzgamiento de las causas, así como la reapertura de las terminadas por decisión firme. Los otros órganos del Estado en ningún caso podrán interferir en el desarrollo del proceso<sup>437</sup>.

En el artículo 21 de la CPEUM se establece que: *“la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”*.

#### **4.2.4.5. Principio o deber de objetividad.**

Por cuanto hace al deber de objetividad desde el inicio del proceso y a lo largo de su desarrollo las autoridades deberán considerar en sus decisiones, tanto las circunstancias perjudiciales para el inculpado, como las favorables a él<sup>438</sup>.

De acuerdo con este principio la investigación debe ser objetiva, diligente y completa y referirse tanto a los elementos de cargo como los de descargo para garantizar el respeto de los derechos de las partes y el debido proceso.

De esta manera, si es procedente, el Ministerio Público solicitará el sobreseimiento, el desistimiento de la acción penal o la sentencia absolutoria y tiene el deber de no ocultar cualquier elemento que resulte conveniente para los intereses de los demás intervinientes en los procedimientos que pueden presentarse en el sistema.

---

<sup>436</sup> Artículos 252 CNPP.

<sup>437</sup> Artículo 134 CNPP

<sup>438</sup> Artículos 128 y 129 del CNPP



Asimismo, el imputado y su defensor, la víctima o el ofendido podrán solicitar al Ministerio Público la práctica de todos aquellos actos de investigación que estimen convenientes para el esclarecimiento de los hechos.

#### **4.2.4.6. Principio o deber de lealtad y buena fe (probidad).**

Respecto a la lealtad<sup>439</sup> debe decirse que es un valor que está presente en todas las actuaciones e implica que no deben tenerse cartas ocultas, sorprenderse a la otra parte en el juicio con informaciones o pruebas que no se le dieron a conocer previamente, evitar planteamientos dilatorios, engañosos, meramente formales o cualquier abuso a las facultades que les otorga la ley. Este valor se expresa de diferentes formas:

- Lealtad con la administración de justicia. Implica una serie de obligaciones o deberes por parte de cada uno de los sujetos procesales que, sin que afecte su rol o pretensión, deben entender su función como deber de ayudar al juez a llegar a la verdad para dictar un fallo en forma justa y acertada (no inventar pruebas o tergiversarlas).
- Lealtad con las partes. No pruebas ocultas, no hacer citas o referencias incompletas o fuera de contexto.
- Lealtad con la prueba. No darle un sentido contrario a la prueba y no argumentar sobre algo que no se ha probado.
- Lealtad con el descubrimiento de la prueba.

La buena fe es un valor que se materializa en deberes éticos, en la forma de ser y actuar que impide que se genere un sistema de desconfianzas mutuas entre los operadores de justicia.

En un sistema inquisitivo más que el valor de buena fe opera el de mala fe, por ello se imponen una serie de formalismos y ritualismos que generalmente conducen a dejar constancias escritas de todo lo sucedido (actas y constancias).

La buena fe se manifiesta en no hacer citas o referencias incompletas, no alegar hechos que no fueron materia de la prueba o en no promover recusaciones infundadas.

---

<sup>439</sup> Artículo 107 del CNPP.

#### **4.2.4.7. Deber de colaboración.**

Todas las autoridades están obligadas a prestar la colaboración que los jueces requieran en el ejercicio de sus funciones y deberán cumplir y hacer cumplir lo dispuesto por estos<sup>440</sup>.

Los actos de colaboración entre el Ministerio Público o la policía con autoridades federales o de otras entidades federativas se sujetarán a las previsiones contenidas en la CPEUM, a las propias leyes y los convenios de colaboración que existan.

Con este análisis podemos concluir que los principios y derechos en el procedimiento que el CNPP plantea desordenada e indistintamente en los artículos del 4 al 19 pueden ser sistematizados y presentados de manera lógica/procedimental para su mejor entendimiento y aplicación.

Ahora bien, los principios, derechos y garantías procesales tienen la característica de la transversalidad y se presentan a lo largo de todo el procedimiento, sea el ordinario o los especiales que se enmarcan en el CNPP, y dependiendo del circuito procesal de que se trate puede tener ópticas diversas e incluso puede tener finalidades diversas en atención al acto e interviniente procesal que se trate de aplicar.

De acuerdo con los objetivos del presente trabajo de investigación, en el capítulo siguiente se hace el análisis del esquema probatorio que se regula en el proceso penal acusatorio en México.

---

<sup>440</sup> Artículo 74 del CNPP.



**CAPÍTULO TERCERO**  
**LA PRUEBA EN LOS SISTEMAS PENALES ACUSATORIOS**  
**CONTEMPORÁNEOS. ESPECIAL REFERENCIA AL MEXICANO.**

"Quod natura non dat Salmantica non preestat".  
Proverbio latino esculpido en piedra en el edificio de  
las escuelas menores de la Universidad de Salamanca.

**1. Importancia de la reforma del régimen probatorio en el sistema de enjuiciamiento penal mexicano.**

Después de nueve años en que se reformó constitucionalmente el sistema procesal penal mexicano, a la fecha no se ha comprendido cabalmente el espíritu real del cambio, lo que es, lo que debe ser y en lo que puede llegar a convertirse.

En términos generales todos los sistemas procesales penales se estructuran sobre la base de tres grandes etapas: Investigación, intermedia y plenario.

Tenemos que preguntarnos entonces, ¿Por qué era importante modificar el sistema procesal penal? La respuesta está en la renovación de la estructura probatoria, en la prueba, porque en el proceso penal la práctica y la valoración de la prueba constituye su actividad principal<sup>441</sup>.

En México en la investigación de los delitos el Ministerio Público en la etapa de averiguación previa practicaba actos de prueba y desahogaba medios de prueba sin ningún control con lo cual, las pruebas que sustentaban la acusación nacían corrompidas, con ello se vaciaba de contenido la etapa de juicio y todo el sistema procesal se había vuelto un sin sentido.

---

<sup>441</sup> Nieva Fenoll, Jordi, *Op. Cit.*, nota 96, p. 224.

En otros países el investigador de los delitos solo investiga para obtener fuentes de prueba, es decir, indicadores de probabilidad que se generó el hecho delictivo y acerca de quién pudo haberlo cometido.

Con la reforma de 2008 que implementa un sistema acusatorio, se homologa el sistema procesal mexicano con el de la mayoría de los Estados de América Latina, los países occidentales afines al *Common Law* y otros Estados europeos occidentales como Italia y Alemania. En ellos encontramos en común que en sus sistemáticas de enjuiciamiento penal cada etapa procesal tiene una finalidad específica: en la etapa de investigación se realizan actos de investigación para obtener fuentes de prueba; en la intermedia se introducen a través de los medios de prueba y en el plenario se producen. El Ministerio Público bajo este esquema puede investigar lo que quiera y cómo quiera, pero respetando los derechos fundamentales de todos los intervinientes en los diversos procedimientos.

Por ello la principal característica del proceso penal acusatorio que se está complementando en México está pautado por una reforma probatoria: de una noción del proceso en el que regía el principio de permanencia de la prueba, se ha transitado a un diseño en el que sólo es prueba la que se inmedia ante los jueces que integran el tribunal de enjuiciamiento o de juicio oral.

Para comprender al sistema penal acusatorio implementado en México, y en lo particular lo referente al sistema de pruebas, es importante entender cuáles son las diferencias estructurales entre el sistema jurídico que había tenido aplicación en el país y los prevalecientes en las culturas y tradiciones jurídicas de los Estados nacionales de los que se ha imitado el sistema actual. Por lo tanto, aunque en el capítulo anterior se analizaron los modelos de procesamiento penal que se han presentado en la historia de la humanidad, en la siguiente parte de la investigación, se explicitarán sumariamente las diferencias más relevantes entre el *common law* y el sistema continental o *civil law* para entender cómo tuvo origen y desarrollo la conformación de estos sistemas, dirigidos fundamentalmente a sentar las bases que nos permitan conocer la modificación que en materia probatoria acarrea el nuevo modelo de procesamiento, y con ello pretender lograr entendimiento acerca de cómo

debe interpretarse y aplicarse el sistema procesal penal en México en estos temas, además de tener en prospectiva qué es lo que puede esperarse del sistema de enjuiciamiento en general, esto último para no crear falsas expectativas entre la sociedad, lo que bien, de suyo, permite dar justificación a este trabajo de investigación.

## 2. Respecto de la prueba y sus denominaciones

### 2.1. Acerca del concepto de prueba.

A diferencia de otras instituciones, conceptos y figuras jurídicas, que solo tienen relación con el ámbito del Derecho del cual emanan y tienen vigencia, la noción de prueba, tiene relación no sólo con todas las áreas del mismo e, inclusive, trasciende al ámbito jurídico y prácticamente tiene amplia aplicación en todas las facetas de la actividad humana<sup>442</sup>.

Cuando se analiza el tema de la prueba, encontramos una gran variedad de conceptos de ella, por lo que, muchos autores estiman que es polisémico<sup>443</sup> o poliédrica<sup>444</sup>. Como muestra de esta cualidad la Real Academia Española de la Lengua<sup>445</sup> ha señalado cómo algunos de sus significados más importantes, en lo que a nuestra materia compete:

- Acción y efecto de probar.
- Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.
- Indicio, señal o muestra que se da de algo.
- Ensayo o experimento que se hace de algo, para saber cómo resultará en su forma definitiva.

---

<sup>442</sup> Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, T. I., sexta edición, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, 2012, p. I.

<sup>443</sup> Canelo Rabanal, Raúl B., *La prueba en el Derecho procesal. Su valoración testimonial, documental, pericial y sucedáneo*, Lima, GRIJLEY, 2017, p. 114. Rivera Morales, Rodrigo, *La prueba: un análisis racional y práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 27 y 31. Pelaéz Bardales, José Antonio, *La prueba penal*, Lima, GRIJLEY, 2014, pp. 55 y 57, entre otros.

<sup>444</sup> Maier, Julio B. J., *El proceso penal contemporáneo*, Perú, PALESTRA, Instituto de Ciencias Penales Universidad Privada Antenor Orrego, 2008, p. 522.

<sup>445</sup> Diccionario de la Lengua Española, tomo 8, P - quisco, vigésima segunda edición, Buenos Aires, Planeta, 2001, p. 1257.

Por esta característica indefinida es que resulta difícil entender su función en el proceso, aunque por el mismo hecho de ser polisémico, se utiliza en tres sentidos primordiales: a) en sentido genérico, refiriéndose a los tipos de fuentes y de medios probatorios que se usan o aceptan en el Derecho, b) versa acerca de los medios probatorios a través de los cuales se producen elementos de juicio a favor de una determinada conclusión y, c) al elemento concreto como resultado aportado en el juicio por la práctica probatoria. Prácticamente no hay obra general, temática o monográfica acerca de la prueba en la que no se establezca una relación de definiciones y conceptos acerca de la misma.

Así pues, la conceptualización de la prueba se enmarca necesariamente dentro de la posición que se asuma respecto al conocimiento de la realidad<sup>446</sup>, aunque tradicionalmente, el estudio de la misma en el ámbito penal, se vincula al análisis de las funciones que a ella corresponden<sup>447</sup> o a su finalidad<sup>448</sup>.

De acuerdo con Natarén Nandayapa<sup>449</sup> las reformas a la CPEUM de 2008 contienen dos cambios muy importantes en materia de prueba penal, los cuales son la reducción de los parámetros probatorios que debe cubrir el Ministerio Público para obtener una orden de aprehensión, así como la vinculación a proceso y, en segundo término, se establece que sólo será prueba la que se desahogue durante la audiencia de juicio oral, la cual será la base para que el órgano jurisdiccional pueda decretar una sentencia.

Así pues, desde la CPEUM encontramos que *prueba es el producto del medio de prueba que, desahogado en presencia del juez por las partes, le permite comprobar el hecho*

---

<sup>446</sup> Peláez Bardales, José Antonio, Op. Cit., nota 443, p. 55.

<sup>447</sup> Arocena, Gustavo A, "Verdad y prueba en el procedimiento penal", en *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013, p. 447.

<sup>448</sup> Al efecto Florencio Mixán Mass, citado por Peláez Bardales, Op. Cit., nota 443, p. 61, señala que: "No existe aún acuerdo sobre aquello que debe ser considerado como determinante del concepto prueba. Unos destacan como lo esencial únicamente el medio o el resultado o la actividad o el motivo y otros, prefieren conceptualarla como experimentación etc., En cambio, sí existe consenso en lo concerniente a su finalidad: En cuanto al ¿para qué es? En efecto en el campo procesal todos coinciden que la prueba sirve para alcanzar la certeza de haber descubierto la verdad; o, en su caso, por correlación de opuestos, la falsedad o el error".

<sup>449</sup> Natarén Nandayapa, Carlos F., y Ramírez Saavedra, Beatriz Eugenia, *Introducción a la prueba en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, UBIJUS, Instituto de Formación Profesional Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2009, p. 9.



no partes del hecho- delictivo y la culpabilidad del acusado<sup>450</sup>, ello en base a lo dispuesto en la fracción III del apartado A del artículo 20 que establece que para los efectos de una sentencia sólo ha de considerarse prueba aquellas que han sido desahogadas en la audiencia de juicio.

En estos términos, la prueba es solamente aquel elemento o dato objetivo, que se introduzca legalmente en el proceso y sea susceptible de producir en el convencimiento de los sujetos procesales un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva.

Con la intención de concretarnos a estas disposiciones que dan orientación a la prueba en el sistema penal acusatorio mexicano, y evitar la inclusión injustificada en este trabajo de conceptos, opiniones y citas de autores que han analizado la prueba desde otras perspectivas legales y circunstancias sociales correspondientes a otras latitudes y épocas, me concretaré a examinar a autores que en el país o en el mundo latino que cuentan con sistemas procesales penales análogos han tratado sobre el tema.

Debe advertirse que hay dos elementos sustanciales que sirven de punto de partida para elaborar un concepto de prueba judicial, los cuales son: a) La actividad procesal con un objetivo, tanto de las partes como del órgano jurisdiccional, encaminada a determinar la veracidad de las afirmaciones que sobre los hechos efectúan las partes, y b) la finalidad que se persigue, la cual es conducir al juzgador a la convicción sobre la existencia o no del hecho considerado delito por la ley y sobre la intervención o participación de quien lo haya realizado<sup>451</sup> y sobre los cuales se han seleccionado a autores que refieren su concepto de prueba para un sistema penal acusatorio.

Considero que con la primera parte de lo mencionado en el párrafo precedente se cumple con la obtención del aspecto objetivo o formal y, con la segunda se consigne con el resultado subjetivo pues se alcanza la veracidad de las afirmaciones o negaciones formuladas

---

<sup>450</sup> Hidalgo Murillo, José Daniel, *Hacia una teoría de la prueba para el juicio oral mexicano*, México, Flores Editor y distribuidor, 2013, p. 406.

<sup>451</sup> Bujosa Vadell, Lorenzo et al., *Op. Cit.*, nota 275, p. 252.

por las partes, sobre la base de los motivos o razones, de acuerdo a su contenido sustancial, que se desprendan de los medios de prueba que se hayan desahogado en el juicio.

Para Midón<sup>452</sup>, la prueba es la verificación de las afirmaciones formuladas en el proceso, la demostración de tales proposiciones con el propósito de convencer o persuadir al juez de que los hechos afirmados y controvertidos se corresponden con la realidad.

Maier señala que en general llamamos prueba a todo aquello que, en el procedimiento, representa el esfuerzo por incorporar los rastros o señales que conducen al conocimiento cierto o probable de su objeto<sup>453</sup>.

Núñez Vázquez dice que de acuerdo con el léxico, la voz "prueba" significa, en general, la razón, argumento, instrumento, u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa; y, desde el punto de vista forense, importa la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce como eficaces la ley<sup>454</sup>.

Por su parte, López Masle<sup>455</sup>, es una verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos o fuentes de prueba de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías.

De manera sintética, Gascón Abellán, nos dice que la prueba es la descripción de los hechos formulada en el proceso<sup>456</sup>.

---

<sup>452</sup> Midón, Marcelo Sebastián et al., "Concepto de prueba, jerarquía y contenido del derecho a la prueba", en *Tratado de la prueba*, Chaco, Argentina, Librería de la Paz, 2007.

<sup>453</sup> Maier, Julio B. J., *Op. Cit.*, nota 398, p. 522.

<sup>454</sup> Núñez Vázquez, J. Cristóbal, *Op. Cit.*, nota 273, p. 323.

<sup>455</sup> López Masle Julián, "La prueba", en Horvitz Lennon, María Inés y López Masle Julián, *Op. Cit.*, nota 145, p. 65.

<sup>456</sup> Gascón Abellán, Marina, *Cuestiones probatorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 22.

Herrera Bazán San Martín<sup>457</sup> propone que la prueba jurídica consiste en dirigir la convicción del juzgador, tendiente a demostrar la veraz existencia de un hecho o acto jurídico a través de los medios legales existentes, que comprueben la verdad histórica y jurídica.

Campos Cantú<sup>458</sup> señala que la prueba se trata de una actividad procesal desarrollada por las partes y por el juzgador, dirigida a lograr la convicción en la mente de este último, respecto de la veracidad de las proposiciones fácticas formuladas por aquellas, convencimiento que se alcanzará a partir de los datos y motivos que se deriven de los distintos medios de prueba practicados.

Zeferín Hernández señala que, en términos generales, la prueba en materia penal es un instrumento utilizado por las partes procesales (todas) para proporcionar al órgano jurisdiccional información de lo acontecido; constituye, así, un instrumento de conocimiento que ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en proceso<sup>459</sup>.

Para Dagdug Kalife, la prueba es aquella actividad procesal, consistente en la obtención, práctica y valoración, que va encaminada, en primer lugar, a conocer los hechos que se investigan y, con posterioridad, a sustentar y acreditar las afirmaciones de las partes en un proceso, con el fin de lograr el convencimiento psicológico del juez de haber encontrado la verdad<sup>460</sup>.

Finalmente, Rivera Morales<sup>461</sup>, establece que es obvio que denominar a la prueba con el carácter judicial implica que ella sólo tiene aplicación dentro del proceso. En este sentido propone que la prueba judicial es aquella que se desarrolla en el proceso con la garantía de los derechos procesales y que forma convicción en el juez debido a que le ha permitido verificar los hechos a que se refiere.

<sup>457</sup> Herrera Bazán San Martín, Luis Simón, *Op. Cit.*, nota 354, p. 265.

<sup>458</sup> Campos Cantú, Hugo A., *La prueba prohibida*, México, UBIJUS, 2017, pp. 41 y 42.

<sup>459</sup> Zeferín Hernández, Iván Aarón, *La prueba libre y lógica. Sistema penal acusatorio mexicano*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2016, pp. 17 y 18.

<sup>460</sup> Dagdug Kalife, Alfredo, *Op. Cit.*, nota 232, p. 509.

<sup>461</sup> Rivera Morales, Rodrigo, *Op. Cit.*, nota 443, p. 32.

La gran mayoría de los autores recientes toman como base para elaborar los conceptos anteriores a Devis Echandía<sup>462</sup> y a Sentís Melendo<sup>463</sup>.

Los conceptos anteriormente señalados de la prueba nos conducen a cuestionarnos ¿qué es lo que ha de probarse?, es decir a establecer cuál es su objeto y después su finalidad.

## **2.2. El objeto de la prueba en el sistema penal acusatorio.**

En lo que ha de probarse en un proceso penal concurre discrepancia y confusión entre los distintos tratadistas. Existen diversos aspectos que conducen a tales diferencias y ello conlleva al poco entendimiento de la materia. Así, de múltiples formas se abordan los aspectos acerca del objeto de prueba, su necesidad o tema, la carga de prueba. Para los fines de esta investigación revisare sucintamente el objeto de prueba para poder acceder al análisis de su finalidad, los demás aspectos exceden al objetivo de este trabajo.

De acuerdo con Devis Echandía por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, lo cual conforma una noción puramente objetiva y abstracta que no se reduce a los problemas específicos de cada proceso, ni a las pretensiones e intereses de las partes intervinientes. Que, por otro lado, la necesidad o *thema probandum* es lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, es decir, sobre los hechos respecto de los cuales recae el debate o la cuestión voluntariamente planteada y que deben ser acreditados pues ello constituirá el presupuesto de los efectos jurídicos que se persiguen lograr por ambos contendientes<sup>464</sup>.

---

<sup>462</sup> Devis Echandía señala que "Prueba judicial es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o certeza sobre los hechos". Devis Echandía, Hernando, *Op. Cit.*, nota 442, p. 25.

<sup>463</sup> Sentís Melendo conceptúa a la prueba como "la verificación de afirmaciones formuladas por las partes, relativas, en general, a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes las cuales se llevan a proceso por determinados medios", citado por Rodrigo Rivera Morales en Rivera Morales, Rodrigo, *Op. Cit.*, nota 443, p. 29.

<sup>464</sup> Devis Echandía, Hernando, *Op. Cit.*, nota 442, p. 135.

Campos Cantú, siguiendo la opinión de otros tratadistas<sup>465</sup>, concluye que el objeto de la prueba son las afirmaciones o negaciones sobre los hechos, los enunciados sobre estos, los que el juzgador habrá de comparar con otras afirmaciones proporcionadas mediante la actividad probatoria practicada, para así formar su convicción respecto de aquellas, concluyendo si acaecieron o no en la realidad<sup>466</sup>.

Por su parte, Canelo Rabanal, establece que las doctrinas procesales ubican dos posturas sobre el objeto de la prueba, los cuales versan sobre: a) los hechos controvertidos o, b) las afirmaciones señaladas en el proceso<sup>467</sup>. Este autor se decanta por la primera de las posturas, estableciendo que los hechos controvertidos son aquellos alegados por una parte y refutados por la otra.

Además, existen autores quienes dicen que lo que se prueba no son los hechos en general sino solo las afirmaciones que sobre ellos vierten las partes en el proceso.

*De manera personal estimo que los hechos no se prueban, los hechos solo existen o existieron, y lo que en realidad constituye el objeto de la prueba son las afirmaciones o versiones que se hayan referido a ellos.*

Definida la prueba e identificado cuál es su objeto, menester es enfocarse a cuál es su finalidad. Múltiples también son las perspectivas sobre ello. Habré de centrarme en aquellas que establecen que su finalidad es la búsqueda de la verdad y a la que decide que se trata sobre todo del convencimiento del órgano jurisdiccional, por ser las concepciones de la prueba propias del cognoscitivismo y la concepción persuasiva, posturas que para nosotros guardan la mayor cercanía e impacto en un sistema penal acusatorio como en implementado en nuestro país por estar íntimamente ligadas a la concepción del proceso y sus objetivos.

Encontramos que, son dos los enfoques principales en el Derecho procesal penal contemporáneo: a) el cognoscitivismo racional garantista, basado en que en el proceso se

---

<sup>465</sup> A Camelutti, Sentís Melendo y Serra Domínguez, entre otros.

<sup>466</sup> Campos Cantú, Hugo A., *Op. Cit.*, nota 458, p. 44.

<sup>467</sup> Canelo Rabanal, Raúl B., *Op. Cit.*, nota 443, pp. 167 y sigs.

debe de administrar justicia, por ello uno de sus principales objetivos es establecer la verdad y que ésta sea rasgo esencial de la decisión, y, b) el decisionismo procesal, llamado por algunos como garantismo procesal ya que reducen las garantías a la actividad de las partes dentro del proceso, y aseveran que el objetivo medular del proceso es resolver el conflicto entre las dos partes contendientes, por lo que la prueba es básicamente una herramienta de persuasión y su función es de carácter retórico<sup>468</sup>.

Estas tendencias, respecto a la concepción y finalidad de la prueba, tienen sus diferencias en atención a la epistemología que se adopte, según lo plantea Gascón Abellán<sup>469</sup>. Al efecto, señala que, en la medida en que la prueba judicial se dirige a comprobar la verdad o la falsedad de las afirmaciones sobre hechos relevantes para el asunto que se dirime –los cuales acontecieron en el pasado y los cuales obviamente no fueron presenciados por el órgano judicial–, la concepción de la prueba que se sustente se vincula al modo en que se entiendan la naturaleza, posibilidades y límites del conocimiento empírico, esto es a la epistemología que se adopte. Así, para tal efecto, en un principio hay dos tipos de epistemología y dos concepciones de prueba: las que se caracterizan por guardar una cierta relación entre los conceptos de verdad y prueba (o entre enunciado verdadero y enunciado probado), las cuales son las referidas en el párrafo anterior como concepción cognocitivistica y concepción persuasiva.

### **2.3. El cognoscitivismo racional garantista.**

Antes del análisis particular del cognoscitivismo racional garantista, vale la pena mencionar que, paralelas a esta posición se cuenta con las posturas que afirman que la finalidad de la prueba es averiguar la verdad del caso que se presenta.

Siguiendo a Urbano Martínez<sup>470</sup>, la finalidad de la prueba está vinculada a los fines del proceso. Así, el CNPP en el artículo 2 señala que la finalidad del proceso consiste en

---

<sup>468</sup> Al respecto se puede revisar a Rivera Morales *Op. Cit.*, nota 443, pp. 36 y sigs.

<sup>469</sup> Gascón Abellán, Marina y García Figueroa. *Op. Cit.*, nota 170, p. 350.

<sup>470</sup> Urbano Martínez, José Joaquín, *La nueva estructura probatoria del proceso penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008. pp. 28 y sigs.

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

A partir de una postura, Urbano Martínez puntualiza que, los fines del proceso apuntan a la aproximación razonable a la verdad, en el entendido que debe existir armonía entre los hechos referidos por las partes en sus enunciados y aquellos acaecidos y que esa correspondencia suministra el fundamento para la convicción con base en la cual el juez toma sus decisiones<sup>471</sup>.

Así, en el sistema penal acusatorio los fines del proceso y de la prueba misma no apuntan a la consecución histórica de la verdad sino a lograr en el juez el conocimiento, lo más fiable posible, que los hechos que se le presentaron sean la verdad que las partes en igualdad de derechos y oportunidades le pretendieron hacer valer y en base a ello soportar su decisión.

Esa verdad no es absoluta, como tampoco construida libre y arbitrariamente por las partes al interior del proceso. Debe ser una verdad equilibrada que se armonice con la necesidad de fundamentación fáctica que en cada caso se le plantea a la jurisdicción, pero también con el imperativo de respetar unos límites operacionales, temporales y normativos ineludibles<sup>472</sup>.

Se piensa que la esencia de toda cultura judicial se define como una producción de la verdad. Foucault, citado por Garapon y Papadopoulos<sup>473</sup>, señala que la verdad es el resultado de referir la oposición entre el régimen de la prueba y el de la investigación, que sólo es histórico, habiendo marcado cada uno, a su manera, las grandes culturas judiciales continental y anglosajona, lo que distingue un modo de producción de la verdad de la

<sup>471</sup> *Idem*, pp. 28 y sigs.

<sup>472</sup> *Idem*, pp. 28 y sigs.

<sup>473</sup> Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis. *Op. Cit.*, nota 292, pp. 15 a 17.



construcción de una subjetividad. Así, la prueba se ubica en la articulación del derecho y el hecho.

Mientras que en la cultura continental o jurídica romana se busca la sustancia de la verdad, ello a través de la articulación de un relato oficial inserto en la resolución de un juez –pues éste resulta ser el representante del Estado, el cual es considerado como la fuente única y última de la verdad–; en el *common law* se encuentra en la dinámica de la confrontación de dos relatos, en donde prevalece el que resulte más verosímil, ello tras la repartición equitativa de los riesgos entre las partes y la adaptación de sus herramientas procedimentales a la complejidad de lo real<sup>474</sup>.

Muñoz Conde señala que “la primera misión del juez consiste, en reconstruir los hechos tal como aproximadamente se dieron en la realidad. Esta labor de reconstrucción sólo puede ser aproximada, ya que es imposible reproducir el hecho acaecido en todos sus detalles”<sup>475</sup>.

Arocena señala que la prueba constituye el medio más idóneo para la reconstrucción conceptual y acreditación de un hecho acaecido en el pasado<sup>476</sup>.

En cuanto al procedimiento procesal penal en específico tenemos que en el *common law*, existe el denominado *trial*, el cual es el espacio de tiempo, lugar y acción en el que el *thema probandum* adquiere todo su contenido y se mueve en el procedimiento hasta lograr la resolución del caso y la aplicación de la justicia. Inclusive, se puede afirmar que el término *trial* etimológicamente nos remite a la idea de prueba. En este sistema de enjuiciamiento, a cuya lógica directriz obedece el acusatorio impuesto en México, la verdad no brilla por sí misma, sino que subsiste solo una vez que las partes hayan expuesto todas las hipótesis de sus respectivas teorías del caso, en otras palabras, es aquello que subsiste como una evidencia (inclusive así se le denomina en inglés). Así pues, el *trial* es el momento culmen en el cual

---

<sup>474</sup> Idem p. 125.

<sup>475</sup> Muñoz Conde, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004., p. 39.

<sup>476</sup> Arocena, Gustavo A., *Op. Cit.*, nota 447, p. 448.

son probadas la solidez de las pruebas, la credibilidad de los testigos y la veracidad de las tesis<sup>477</sup>, buscando así la veracidad y no necesariamente la verdad. Esto encuentra explicación, según lo advierto, en que la veracidad es un estado subjetivo, que es lo buscado en el convencimiento del órgano jurisdiccional, en tanto que la verdad se refiere a lo que es, y tiene, un contenido objetivo, intrínseco al ser. Para distinguir los conceptos de veracidad y verdad ubicamos que en el Diccionario de la Lengua Española de la voz “veracidad” se dice que es la cualidad de veraz. Por “veraz” se señala: que dice, usa o profesa siempre la verdad. En tales extremos, se establece como una cualidad personal. Por su parte, por cuanto a la voz “verdad” se entiende: f. Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente/2. Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa. /3. Propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna. /4. Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente/5. Cualidad de veraz<sup>478</sup>.

Quienes defienden al sistema penal acusatorio establecen como premisa que las debilidades de la percepción humana a través de los sentidos –y el estado de sanidad que puedan tener–, de la memoria y de las expresiones conducen a que el descubrimiento de la verdad material de los hechos sea imposible. Como consecuencia de lo anterior se señala que el corazón del procedimiento acusatorio es separar la verdad formal de la verdad sustancial.

Por ello, el principio de contradicción es muy importante, pues demanda que todos los elementos de prueba y todos los argumentos jurídicos sean intercambiados en los términos necesarios para que la contraparte pueda responderlos, y luego ser debatidos atendiendo a reglas precisas y ejecutables por las partes.

Arocena, al tratar la trascendencia de la prueba en materia penal, advierte que es el medio más seguro para descubrir la verdad. Asimismo, refiriendo a Balcarce, la verdad es entendida como un concepto metafísico, y empíricamente a ella sólo podemos aproximarnos. No obstante, tales limitaciones (que surgen de las leyes del conocimiento, de las reglas constitucionales y de las formalidades procesales) la búsqueda de la verdad debe ser el eje

---

<sup>477</sup> Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *Op. Cit.*, nota 292, pp. 90 y 91.

<sup>478</sup> Diccionario de la Lengua Española., Tomo 10. Tamboril-zuzón, Buenos Aires, Planeta, 2001, pp. 1552 y 1553.

conductor del procedimiento y que en éste lo que ha de perseguirse es la mejor aproximación posible, basado ello en los elementos de comprobación que estén disponibles en el caso concreto, a la verdad “histórica” o “empírica” de los hechos o acontecimientos relevantes en el contexto de determinado procedimiento penal<sup>479</sup>.

Como lo señalé al inicio de este capítulo, estas posturas son de orden epistemológico y se cuenta con dos variantes predominantes, ello dependiendo de su relación con los conceptos de verdad y de prueba: La cognoscitivista y la persuasiva.

Gascón Abellán señala que la concepción cognoscitiva de la prueba reviste un carácter objetivista y crítico. Que el objetivismo se presenta porque ha de entenderse que la objetividad del conocimiento reside en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente y, es crítico porque considera seriamente las limitaciones del conocimiento<sup>480</sup>. Con ello, entendemos que los hechos son independientes al individuo que los pretende aprehender, y se pueden llegar a conocer, aunque sea de manera relativa o imperfecta.

Entonces, de acuerdo con esta epistemología, la prueba se entiende como un instrumento de conocimiento, como una actividad encauzada a conocer o indagar la verdad sobre los hechos que son controvertidos o litigiosos, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento que sólo es probable. Por ello, la valoración de la prueba debe ser una actividad racional pues se busca comprobar la verdad de los hechos con los elementos que se desprendan de las pruebas que se hayan presentado y estén disponibles.

#### **2.4. Concepción constructivista o persuasiva de la prueba.**

Esta propuesta entiende que la objetividad del conocimiento depende de nuestros esquemas de pensamiento y de juicios de valor. En tratándose de la prueba esta postura posterga la indagación de la verdad por otras finalidades. Según Gascón Abellán, estas propuestas epistemológicas se vinculan a la teoría del sistema adversarial y, en términos

---

<sup>479</sup> Arocena, Gustavo A., *Op. Cit.*, nota 447 p. 450 y 454.

<sup>480</sup> Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *Op. Cit.*, nota 170, pp. 350 y 351, de la misma manera en Gascón Abellán, Marina, *Op. Cit.*, nota 456, pp. 18 a 21.

amplios a las posiciones ideológicas del proceso civil que conceptúan a éste como un instrumento para la resolución de conflictos<sup>481</sup>. Esto tiene su lógica en cuanto a que si lo que se pretende es una solución práctica a una controversia, con un resultado formal, operativo y satisfactorio para las partes, entonces no será indispensable averiguar y conocer la verdad de los hechos litigiosos.

Por lo señalado, se dice que esta concepción epistemológica es persuasiva pues su finalidad es, valga la reiteración, persuadir para obtener el resultado favorable, inclusive también puede presentarse la situación de no discutir si el conocimiento del juzgador es correcto o incorrecto. además, el litigante o el juez pueden sostener en sus discursos los denominados axiomas (expresiones válidas sin necesidad de prueba), y a través de las reglas de transformación pueden introducir y deducir otras expresiones que también resultarían válidas<sup>482</sup>.

En suma, la actividad argumentativa de esta postura en el proceso no pretende examinar aquello que concierne a la verdad o a la falsedad, sino más bien aquello que sea opinado, aparte e independiente del valor que de facto ostente. Autores como Campos Cantú, concluyen que la finalidad de la prueba en cualquier clase de proceso es la convicción judicial<sup>483</sup>, por responder a la naturaleza y realidad de la prueba judicial. Devis Echandía, menciona diversos autores en el mismo sentido<sup>484</sup>.

Por lo tanto, habrá que distinguir entre el enunciado verdadero y el enunciado probado. Un enunciado fáctico es verdadero si los hechos que se describen existen o han existido en un mundo independiente y es correcta la descripción que haga si corresponde con la realidad. Será probado si lo enunciado se ha confirmado con las pruebas disponibles.

---

<sup>481</sup> *Idem*.

<sup>482</sup> Rivera Morales, Rodrigo, *Op. Cit.*, nota 443, p. 35.

<sup>483</sup> Campos Cantú, Hugo A., *Op. Cit.*, nota 458, p. 48.

<sup>484</sup> Devis Echandía, Hernando, *Op. Cit.*, nota 442, pp. 231 a 236.

Este sistema, de acuerdo con Rivera Morales<sup>485</sup>, aunque es necesaria su aplicación en los juicios de valor, constituye un riesgo para la garantía de la sentencia justa, ello en atención a que la retórica, fundamentalmente es subjetiva y actúa sobre los aspectos psicológicos del sujeto que se trata de persuadir y convencer.

Ponce Martínez, Hernández Martínez y Rocha Licea, señalan que el CNPP se inscribe, con muchas fallas metodológicas, dentro de la tradición racionalista de la prueba<sup>486</sup>. Que para esta postura la prueba es el resultado: la valoración de los medios de prueba o evidencia realizada por el juzgador.

Se tiene que estimar que en el sistema procesal penal acusatorio mexicano, para tener por probado un hecho, se necesita que la información se vaya filtrando, esto por la necesaria presentación o desahogo ante la presencia del juez que la valorará o la ponderará (en atención al principio de inmediación) y por la posibilidad de que la contraparte la refute (atendiendo al principio de contradictorio), todo ello en función de la referida adscripción a este modelo racionalista bajo el cual se estima que un hecho no se ha probado si no se han pasado por esos filtros.

A mi parecer, la actividad probatoria busca producir en el ánimo del juzgador o integrantes del órgano jurisdiccional una convicción que le permita sostener su resolución basado en un convencimiento psicológico, en relación con las posiciones que le fueron formuladas a través de la teoría del caso de los sujetos procesales.

De esta manera, las fuentes de prueba (el origen de la información de los hechos) se irán incorporando al proceso a través de los diversos medios de prueba (la forma en que esas fuentes son incorporadas al proceso) frente al juez correspondiente observándose diversos parámetros probatorios. Solo así podemos entender que, el esclarecimiento de los hechos es una actividad que surge cuando cada uno de los sujetos procesales cumple adecuadamente con su función en el proceso, ya que únicamente a partir de enunciados fácticos (que es en

---

<sup>485</sup> Rivera Morales, Rodrigo, *Op. Cit.*, nota 443, p. 35.

<sup>486</sup> Ponce Martínez, Jorge *et al.*, *Código Nacional de Procedimientos Penales anotado*, México, Radbruk E&A, 2016, p. 395.

realidad esa nueva metodología de audiencias orales lo que ha generado el cambio en la tramitología de las causas penales) expresados a través de la denominada teoría del caso, apuntalada en elementos objetivos, contenido jurídico y actividad probatoria, las partes en contienda pueden llegar a forjar el tan anhelado convencimiento del órgano jurisdiccional.

## **2.5. La prueba y sus diversas connotaciones en el sistema procesal penal acusatorio en México.**

En el sistema penal acusatorio la correcta conceptualización de la prueba y la especificidad de su enunciación encierran un especial significado en atención a su alcance probatorio e inclusive por la etapa procesal en que se producen. Por ello, hoy no se pueden referir a las evidencias, datos de prueba, medios de convicción, medios de prueba y pruebas con sinonimia indiscriminada.

También resulta importante acotar que durante la etapa de investigación se realizan actos de investigación, y en el juicio oral se realizan actos de prueba.

De esta manera es necesario distinguir entre actos de investigación o datos de prueba (que no son prueba), elementos materiales de prueba y evidencia física o medios de prueba (que tampoco son prueba) y prueba (la que es practicada ante el Juez)<sup>487</sup>.

Por ello, de manera sucinta, estableceremos las diversas acepciones de la prueba en el sistema penal acusatorio.

### **2.5.1. Evidencia.**

La evidencia es la fuente material que de manera eventual podrá ser introducida al proceso como dato o medio de prueba. Es de naturaleza material pues es un indicio que puede ser apreciado por medio de los sentidos y que para los fines del proceso penal debe tener relación con el hecho que la ley considera delito. Esto último, su utilidad para los fines del

---

<sup>487</sup> Contenido en el artículo 261 CNPP.

proceso, le da la característica de evidencia, ya que no todo objeto encontrado en la escena del crimen contiene dicha característica.

Ha de señalarse que los redactores del CNPP se encontraron con el problema acerca de cómo denominar a la información que se iba obteniendo en la investigación del hecho considerado delito. En la tradición del *common law*, se emplea el término *evidence*, evidencia. Los legisladores en México no supieron cuáles eran las implicaciones y alcances del término en el proceso, así que optaron por denominarlas datos probatorios y medios o elementos probatorios<sup>488</sup>.

Para conservar su utilidad debe seguir determinados lineamientos de autenticación y conservación desde su localización, descubrimiento o aportación hasta que llegue como prueba ante el órgano jurisdiccional competente.

### **2.5.2. Dato de prueba.**

Estamos de acuerdo con Hidalgo Murillo quien atinadamente señala que, como nuevos son viejos los conceptos de dato y medio de prueba. Viejos porque ya se ha hecho uso de ellos en otros lugares. Nuevos porque pueden hallar una particular conceptualización para el sistema penal acusatorio mexicano desde la CPEUM<sup>489</sup>.

El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado o más sencillamente es la referencia a toda fuente de información aún no desahogada ante el juez.

Tienen como finalidad recolectar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para comprobar las proposiciones de las

---

<sup>488</sup> Al respecto véase en Ponce Martínez, Jorge et al., *Op. Cit.*, nota 480, p. 395.

<sup>489</sup> Hidalgo Murillo, José Daniel, *Op. Cit.*, nota 450, p. 235.



partes y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control en las etapas preliminares del procedimiento. Por lo tanto, al referir datos de prueba, entonces nos imponemos a un antecedente que se referencia en la carpeta de investigación.

El dato de prueba también debe reunir las cualidades de ser idóneo, pertinente y suficiente.

Es idóneo si responde a la idea previa de algo requerido. Lo anterior significa que su finalidad debe ser la de acreditar en las etapas primeras del proceso la existencia de un hecho que las leyes penales consideran que son delito y la probable participación del imputado, nunca para justificar su plena intervención. En relación al juicio, el dato de prueba como razón exacta de algo es el de probabilidad del hecho y el partícipe, esto es, que la persona, el instrumento empleado y los efectos del hecho son idóneos y el dato de prueba es necesario para acreditarlo<sup>490</sup>.

Será pertinente si se ajusta a una determinada situación o contexto, de tal suerte que debe existir una relación entre el hecho a probar y el dato de prueba en sí. Hidalgo Murillo dice que es pertinente el dato de prueba cuando es adecuado, cuando tiene fuerza para probar lo que ha de probar<sup>491</sup>.

La suficiencia estriba en que los datos de prueba sean los estrictamente indispensables para acreditar la existencia del hecho y la probable participación del imputado en él<sup>492</sup>.

El dato de prueba tiene un valor ponderativo limitado, el de solo servir para dar por acreditado el hecho delictivo y la probable intervención del imputado en su comisión, lo que justifica su menor estándar en comparación con lo que debe presentarse ante un Tribunal de enjuiciamiento para pronunciar una sentencia. De esta manera el dato de prueba servirá para el dictado de órdenes de aprehensión, medidas cautelares y autos de vinculación a proceso.

---

<sup>490</sup> *Idem.*, p. 95.

<sup>491</sup> *Idem.*, p. 97.

<sup>492</sup> Herrera Bazán San Martín, Luis Simón, *Op. Cit.*, nota 354, p. 146.

Esos datos de prueba y los medios de prueba desahogados ante el Juez de control para resolver el plazo constitucional no podrán emplearse para el dictado de la sentencia que resuelva en la audiencia de juicio oral ante el Tribunal de enjuiciamiento.

La ponderación de los datos de prueba para el dictado del auto de vinculación a proceso resulta importante pues con ello el juez de control analiza si existe suficiencia probatoria y razonabilidad jurídica para continuar el proceso. Este examen judicial es propio de los sistemas acusatorios, ya que por regla general resulta indispensable que el órgano jurisdiccional, antes del juicio analice si hay elementos de prueba suficiente y necesarios para llegar a esta etapa procedimental. En el sistema jurídico procesal anglosajón esto mismo se le identifica como vista preliminar, consistente en que la fiscalía debe establecer la causa probable de que se cometió el delito y el imputado fue quien lo realizó, y en esa etapa el juez ponderará si hay elementos probatorios necesarios para llegar a juicio<sup>493</sup>.

También debo apuntar que se estima que la redacción del artículo 261 del CNPP en el que se define lo que es un dato de prueba, resulta desafortunada atendiendo a las siguientes consideraciones.

En primer lugar, establece que los datos de prueba son toda la información que se obtiene en la investigación, en cualquiera de sus dos etapas, y su objetivo es el establecimiento razonable de la existencia del hecho que la ley estima que es delito y la probable participación del imputado. Considero incorrecta la definición porque dicho objetivo solamente se puede concretar con la intervención del juez de control en cualquiera de las siguientes modalidades: control objetivo de la investigación para el establecimiento de medidas cautelares o para autorizar técnicas especiales de investigación. Empero, el Ministerio Público pudiere llegar a obtener otros datos de prueba en la investigación complementaria que le ayude a confirmar los anteriores y que en las siguientes etapas del procedimiento pudiere llegar a utilizar. De esta manera, siguiendo la denominación del artículo 261 esta información no poseería esta denominación.

---

<sup>493</sup> Al respecto, Zeferín Hernández, Iván Aarón, *Op. Cit.*, nota 459, p. 40.

En segundo término, los artículos 19 de la CPEUM y el 316 del CNPP refieren los requisitos para el dictado del auto de vinculación a proceso, de los que se desprende que en los antecedentes de la investigación que expone el Ministerio Público deben haber datos de prueba que establezcan las dos categorías a las que me he referido, es decir, la existencia razonable del hecho delictivo y la probable participación del imputado, por lo que, para el dictado del referido auto se requiere hacer ponderación de los datos de prueba.

Ciñéndonos al artículo 261 del CNPP, para que los datos de prueba sigan teniendo esa calidad, no deberían de haber sido desahogados ante el órgano jurisdiccional unitario. Entonces surgen varias interrogantes: ¿Qué ocurre cuando el imputado o su defensor ofrecen datos de prueba en su favor durante el plazo constitucional y estos se desahogan ante el Juez de control? ¿Estos datos de prueba se convierten en medios de prueba?, de acuerdo con el artículo 315 del CNPP, en el plazo constitucional, si el imputado o su defensor ofrecen elementos probatorios en tratándose de delitos que ameriten la imposición de prisión preventiva oficiosa u otra personal, deben hacerlo como medios de prueba siguiendo lo conducente que se prescribe para su desahogo en la audiencia final de juicio, entonces, ¿el auto de vinculación a proceso se resuelve con pruebas o con datos de prueba?

Este aspecto relevante consistente en ofrecer medios de prueba por parte de la defensa o del imputado, o ambos, en la ampliación del plazo constitucional estriba en que ello genera un conflicto entre lo que prescriben los artículos 314 y 315 del CNPP y la separación de funciones de investigación y juzgamiento establecidas en los artículos 17 y 21 de la CPEUM. El problema está en que, en las referidas disposiciones constitucionales se consagra una de las características torales del sistema acusatorio mexicano antes mencionada; empero, en la disposición expresa de las normas secundarias, se faculta al defensor o imputado a aportar medios de prueba en la ampliación del plazo constitucional atendiendo a las reglas establecidas para el desahogo de prueba ante el Tribunal de enjuiciamiento en el juicio oral, pero en el caso se hace ante el juez de control.

Como el artículo 20, apartado A en su fracción III, de la CPEUM prescribe que solamente será prueba lo que se desahoga ante el Tribunal de enjuiciamiento, entonces los datos de prueba desahogados ante el juez de control ni son pruebas ni son datos de prueba *per se*, lo que nos conduce a concluir que no siempre el auto de vinculación a proceso se resuelve tomando como base probatoria los datos de prueba, con lo que se viene a demostrar esta inconsistencia legislativa, quedando por resolver por qué el dato de prueba no debería ser desahogado ante un órgano jurisdiccional de control.

Otro aspecto relevante al ofrecerse medios de prueba por parte de la defensa o del imputado, o ambos, en la ampliación del plazo constitucional estriba en que se pone en desventaja al acusador. Esto es, el acusador en la formulación de imputación y solicitud de vinculación a proceso, únicamente tiene la posibilidad de presentar ante el juez de control datos de prueba –meras referencias de fuentes de información–. Ninguna de estas fuentes es apreciada personalmente por el órgano jurisdiccional, sino que solamente las escucha expuestas por el acusador. Por su parte, el defensor y el imputado se les permite inmediatez medios de prueba, los que en términos del propio CNPP, al desahogarse se convierten en pruebas, ello en virtud de haber sido recibidas y desahogadas directamente por el juez. Ante la condición humana de los jueces y la tradición que han tenido de producir prueba, ello pudiere representar una desigualdad entre las partes procesales.

Un problema más que se presenta, aun y cuando el artículo 314 del CNPP lo resuelve aparentemente con claridad, es si los medios de prueba ofrecidos en la duplicidad del plazo constitucional deben ser remitidos para ser recogidos, recopilados o reproducidos ante el Ministerio Público, por ser la autoridad constitucionalmente competente en la etapa de investigación para tal fin, ello de acuerdo con lo estipulado en el artículo 21 de la CPEUM. El hecho de que se desahoguen ante el juez de control, según los artículos 314 y 315 del CNPP, son contrarios al principio de separación de funciones que, en el sistema acusatorio, es una de los dos fundamentales para distinguirlo del inquisitivo en razón de que con ello el juez vuelve a investigar y ello se opone a los artículos 17 y 21 de la CPEUM.

Como puede fácilmente desprenderse de estos comentarios a los datos de prueba, la ejecución de normas e institutos jurídicos ajenos al sistema penal acusatorio, como el auto de vinculación a proceso y sus componentes, sin que su finalidad fuera fortalecer al sistema mismo, solamente acarrea problemas de implementación e interpretación que contraponen a principios informadores del sistema y a los intervinientes en el conflicto penal.

### 2.5.3. Medios de convicción.

El término “medios de convicción” se contempla en el artículo 20, apartado A, fracción VII de la CPEUM, lo cual es reiterado en diversos artículos del CNPP como en los numerales 201 y 203<sup>494</sup>, inscritos dentro del trámite del procedimiento abreviado. Lo paradójico es que no se les conceptualiza a estos medios de convicción en el artículo 261, en el cual se conceptualiza a los datos y medios de prueba, así como a la prueba misma, sino en el 203.

Así, tenemos que, en la CPEUM, se prevé que, una vez comenzado el proceso penal se podrá determinar su culminación anticipada en los supuestos y modalidades que establezca la ley. Para que ello proceda se requiere que el imputado admita ante la autoridad jurisdiccional competente, voluntariamente y en conocimiento de las consecuencias que ello acarrea, su participación en el delito y que haya medios de convicción suficientes para confirmar la imputación.

En el artículo 201 del CNPP, que establece los requisitos de procedencia del procedimiento abreviado y la verificación que de ellos debe hacer el juez de control, específicamente en la fracción II, inciso e) se prescribe que el imputado aceptará ser

<sup>494</sup> Art. 201. **Requisitos de procedencia y verificación del juez.** Para autorizar el procedimiento abreviado, el Juez de control verificará en audiencia los siguientes requisitos: III. Que el imputado: e. Acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación. Art. 203. **Admisibilidad.** En la misma audiencia, el Juez de control admitirá la solicitud del Ministerio Público cuando verifique que concurren los medios de convicción que corroboren la imputación, en términos de la fracción VII, del apartado A del artículo 20 de la Constitución. Serán medios de convicción los datos de prueba que se desprendan de los registros contenidos en la carpeta de investigación.

sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular acusación.

Lo significativo es que en el primer párrafo del artículo 203 se señala que serán medios de convicción los datos de prueba que se desprendan de los registros contenidos en la carpeta de investigación.

Al estar contemplada esta definición en el procedimiento abreviado, se concluye que en este procedimiento los datos de prueba son denominados medios de convicción, sin que ello amerite un ejercicio valorativo de las pruebas, pero le permite al juez de control analizar y ponderar la suficiencia de esos medios de convicción para decretar una responsabilidad penal y la razonabilidad y congruencia de tales elementos. Esta atribución el juez de control la ejerce en dos momentos: En primer término, como presupuesto para poder dar trámite al procedimiento abreviado, y en segundo, al establecer la responsabilidad penal del imputado y aplicar las penas que den lugar según lo hayan pactado previamente las partes.

En base a lo señalado, concluyo que los medios de convicción no tienen como finalidad material la valoración jurisdiccional para la continuación del proceso, sino la conducción para su terminación anticipada. En cambio, los datos de prueba son referencias que conducen en su mayoría a la continuación del proceso.

En relación a la connotación y alcances de los medios de convicción, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en tesis aislada:

**Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que "existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación", previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** En el precepto constitucional citado se establecen, entre otras cuestiones, que puede decretarse la terminación anticipada del proceso penal, si el imputado reconoce ante la autoridad judicial voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito, y si "existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación". Ahora bien, la locución "medios de convicción suficientes", no puede confundirse, interpretarse o asignarle, como sentido, que deba realizarse un ejercicio de valoración probatoria por parte del juzgador para tener por demostrada la acusación formulada por el Ministerio Público, porque la labor del Juez de Control se construye a figurar como un ente intermedio que funge como órgano de control para que se respete el debido proceso y no se vulneren los derechos procesales de las partes, y es quien debe determinar si la acusación contra el imputado contiene lógica argumentativa, a partir de corroborar que existan suficientes medios de convicción que la sustenten; es decir, que la aceptación del acusado de su participación en la comisión del delito no sea el único dato de prueba, sino que está relacionada con

otros que le dan congruencia a las razones de la acusación. De no considerarse así, no tendría sentido contar con un procedimiento abreviado, pues éste se convertiría en un juicio oral un tanto simplificado, otorgándole la misma carga al juzgador de valorar los datos de prueba para comprobar la acusación y premiando al imputado con el beneficio de penas disminuidas. En esta posición, al Juez de Control le corresponde verificar que efectivamente se actualicen las condiciones presupuestales para la procedencia de la resolución anticipada de la controversia, entre ellas, la de analizar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción invocados por el Ministerio Público en la acusación. En ese sentido, en el supuesto de que no existan medios de convicción suficientes para corroborar la acusación, es decir, que no tenga sustento lógico en otros datos diversos a la aceptación del acusado de haber participado en la comisión del delito, el juzgador estará en posibilidad de rechazar la tramitación del procedimiento abreviado. Consecuentemente, la decisión sobre la procedencia del procedimiento referido no depende del ejercicio de la valoración de los medios de convicción con los que el Ministerio Público sustenta la acusación para afirmar la acreditación del delito y la demostración de la culpabilidad del acusado, pues el Juez de Control no tiene por qué realizar un juicio de contraste para ponderar el valor probatorio de cada elemento y, a partir de este resultado, formarse convicción sobre la culpabilidad o inocencia del sentenciado, ya que ello está fuera de debate, porque así lo convinieron las partes. De esta manera, la locución referida deberá entenderse como la obligación del juzgador de revisar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción, reseñados por el Ministerio Público para sustentar la acusación, y uno de los requisitos previos a la admisión de la forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio. (*Décima Época, registro 2012313, Primera Sala, Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 33, agosto 2016, tomo II, Tesis: 1ª. CCXII/2016 [10ª]. Constitucional, página 783*).

Se puede decir que, esta categoría de medios de convicción, es producto de una construcción legislativa cuyos alcances son elásticos y con ellos se puede ajustar a la introducción de datos de prueba o actos de investigación en institutos jurídicos que se han generado para el proceso penal en nuestro país, distantes a las instituciones procesales originarias en el sistema del *common law*. Resultan ser como el *by pass* que se emplea en la medicina, que no es sino la implementación de un mecanismo que suple a un órgano original con funciones y características individuales similares.

#### **2.5.4. Medios de prueba.**

Midón señala que, si probar es llevar al ánimo del órgano jurisdiccional la convicción de que nuestras afirmaciones corresponden a la realidad, entonces requeriremos de elementos que nos conduzcan a lograr ese resultado<sup>495</sup>. Que dichos elementos son las fuentes y los medios de prueba. De esta manera, es necesario saber qué es cada uno de estas categorías y cómo se les distingue.

<sup>495</sup> Midón, Marcelo Sebastián, *Op. Cit.*, nota 452, p. 51.

Para el CNPP los medios o elementos de prueba son la fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos<sup>496</sup>.

Del concepto anterior se desprende que los medios de prueba son fuentes de información que permiten reconstruir los hechos, porque precisamente tales medios de prueba no son prueba en sentido estricto, sino tan solo el instrumento o medio a través del cual se presenta la prueba en la etapa de juicio. Las fuentes de prueba se obtienen en la etapa de investigación a través de los actos de investigación.

Las fuentes de prueba son de donde emana la prueba y por sí mismas carecen de valor probatorio, ya que esto lo adquieren hasta que se introduzcan al proceso como medio de prueba. El propio Midón señala que las fuentes representan lo pre-procesal, lo pre-existente, lo preconstituido, en tanto que los medios son lo procesal, aquello que se constituye en el proceso, es decir, la exteriorización de las fuentes o su manifestación en autos<sup>497</sup>.

Para Taruffo, medio de prueba, es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa<sup>498</sup>. De manera más explícita señala que los medios de prueba constituyen datos cognitivos e información a partir de los cuales se puede derivar la verdad de los hechos en litigio, si se sacan las inferencias apropiadas a partir de ellos y tales inferencias conducen a la verdad de los hechos motivo de la disputa<sup>499</sup>. Que solamente ha de considerarse que estamos ante un medio de prueba si es relevante y admisible.

Encontramos que Nieva Fenoll considera que los medios de prueba son todas aquellas actuaciones procesales que pueden realizarse en averiguación de un hecho, y que arrojan un resultado que será objeto de valoración judicial<sup>500</sup>.

---

<sup>496</sup> Párrafo segundo del artículo 261 CNPP.

<sup>497</sup> Midón, Marcelo Sebastián, *Op. Cit.*, nota 452, p. 54.

<sup>498</sup> Taruffo, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 15.

<sup>499</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>500</sup> Nieva Fenoll, Jordi, *Op. Cit.*, nota 96, p. 232.



Los medios de prueba, siguiendo a López Masle, son un procedimiento formal para la incorporación de elementos probatorios, que está regido por ciertas garantías, y que tiene su razón de ser en la necesidad de controlar los instrumentos de los que se vale el juzgador para adquirir el conocimiento de los hechos<sup>501</sup>.

Entonces, podemos decir que los medios de prueba también son fuentes de información que permiten reconstruir los hechos. Que no son prueba, sino que son la herramienta a través de la cual se presenta una prueba en la etapa de juicio. De esta manera, serán propios de las primeras etapas procesales, primordialmente de la etapa intermedia.

Para Taruffo, los términos específicos de elemento o medio de prueba y prueba como resultado son bastante vagos y requieren ser interpretados atendiendo al contexto en que se empleen<sup>502</sup>. Que, para el *common law*, la distinción entre *evidence*, que son los elementos o medios de prueba, y el *proof*, prueba, carece de sentido y que solamente permite distinguir entre los datos, la información, las circunstancias, los documentos, los enunciados y los conocimientos que pueden utilizarse como premisas de la decisión vinculada con los hechos litigiosos, por un lado, y las conclusiones que se obtienen o los resultados que se generan a través de las inferencias extraídos de los medios de prueba significativos, por el otro, que dan como resultado enunciados sobre la existencia de los hechos litigiosos y la verdad acerca de ellos.

Dado que los medios de prueba han de ser incorporados a la audiencia de juicio oral, entonces debe tener un procedimiento de incorporación previsto en la ley, lo que incluye su anuncio, descubrimiento, ofrecimiento y admisión. Uno de los objetivos de este trabajo estriba en la presentación de los elementos de estas etapas de incorporación en el nuevo sistema penal acusatorio previsto en el CNPP como ha de establecerse en el presente capítulo.

<sup>501</sup> En Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Op. Cit.*, nota 145, p. 67.

<sup>502</sup> Taruffo, Michele, *Op. Cit.*, nota 498, p. 34.

### **2.5.5. Prueba.**

El análisis respecto al concepto de prueba fue tratado en el previo punto 2.1. Por lo que, solo debe señalarse como un aspecto novedoso que la CPEUM establece lo que debe entenderse por prueba<sup>503</sup>.

La prueba es todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresado al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación, según el CNPP<sup>504</sup>.

Los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el Tribunal de enjuiciamiento o de juicio oral con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlos en pruebas dirigidas a alcanzar la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.

En suma, tenemos que la prueba es una información que se hace llegar al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento por medio de personas, métodos, instrumentos o circunstancias (los medios de prueba que se prevén en la ley: testimonial, documental, pericial y prueba material); información que puede ser cierta o probable para que el Tribunal de enjuiciamiento, de manera libre y lógica, obtenga un conocimiento cierto o posible respecto de un hecho determinado con el cual ha de resolver la litis que le planteen las partes desde su teoría del caso.

Esos medios de prueba serán desahogados bajo determinados principios que se prevén tanto en la CPEUM, como en el CNPP y en los tratados y convenciones que resulten aplicables en el territorio nacional. En el caso de las pruebas, los principios que le son obligatorios e irreductibles en el sistema penal acusatorio para que surtan efectos procesales

---

<sup>503</sup> Artículo 20, apartado A, fracción III establece que, para los efectos de sentenciar, sólo se considerarán como pruebas aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.

<sup>504</sup> Último párrafo del artículo 261 del CNPP.

en forma íntegra son los de contradicción e inmediación. Como todo principio tienen su excepción, aunque esta se encuentra en la ley. En el caso de la contradicción su excepción son los acuerdos probatorios y para la inmediación tenemos la prueba anticipada.

Las pruebas tienen como fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

De acuerdo con todo lo señalado en los capítulos precedentes, la estructura probatoria del sistema penal acusatorio se debe fundamentar desde los principios de un Estado constitucional y de derecho en los que se privilegien la dignidad humana, con el consecuente cumplimiento de sus exigencias sustanciales, y la democracia pluralista, en los que se cumplan las exigencias metodológicas que el modelo impone.

En el capítulo precedente se revisaron los principios que informan al sistema penal acusatorio en general y, por lo tanto, son aplicables en el presente. Por ello, sin abundar en su análisis, al momento de referirme a ellos en lo particular sólo se harán breves anotaciones aplicables a la prueba.

### **3. Principios generales más relevantes referentes a la prueba previstos en el sistema penal acusatorio en México.**

La práctica y la valoración de la prueba constituyen la actividad central del proceso<sup>505</sup>. La prueba tiene su génesis y fundamento en los principios generales que la informan<sup>506</sup>. Estos principios son el referente positivo para el conocimiento, interpretación y aplicación de las normas de Derecho penal y de Derecho procesal penal.

---

<sup>505</sup> Nieva Fenoll, Jordi, *Op. Cit.*, nota 96, p. 224.

<sup>506</sup> Barrios González, Boris, *Ideología de la prueba penal*, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2014, p. 89.

La trascendencia de analizar y tratar los principios probatorios en el proceso penal, es contribuir a conocer la estructura esencial del proceso y la incidencia de la prueba en la valoración del Derecho de las partes procesales.

Los principios de la prueba establecen las bases rectoras y orientadoras del debate adversarial en el procedimiento procesal penal acusatorio. Este conjunto de prescripciones jurídicas esenciales enmarca las facultades y derechos de todos los intervinientes en el proceso penal y especialmente determina el ejercicio del derecho fundamental de la defensa técnica y material en el Estado social de derecho<sup>507</sup>.

Este conjunto de prescripciones enmarca las facultades de los intervinientes en el proceso penal y son fundamentales para el ejercicio de la defensa material y técnica.

Además, el atender y conocer el alcance de los principios en el proceso penal resulta vital para conocer la estructura misma del proceso y los postulados fundamentales de la política procesal del Estado mexicano, la que tiene que quedar bien estructurada y definida para evitar una reforma judicial de soluciones improvisadas que presentaría contradicciones profundas.

Barrios González advierte que, cualquiera que sea la tendencia que se siga en la enseñanza del Derecho Procesal o el esquema procedimental para la solución del conflicto penal, se debe orientar por los principios generales y fundamentales de la prueba y del Derecho Procesal ya que actúan como información orientadora en el proceso, en primer término, como elaboración de la norma y, en segundo, como interpretación y aplicación por lo que influyen en el momento de resolver el conflicto y son el verbo de la interpretación<sup>508</sup>.

---

<sup>507</sup> *La prueba en el sistema penal acusatorio, Módulo IV, para Defensores Públicos*. Colombia, USAID, Defensoría del Pueblo, s.f., p. 9.

<sup>508</sup> Barrios González, Boris, *Op. Cit.*, nota 506, p. 94.

Procede ahora exponer los principales principios que orientan a las pruebas en el sistema acusatorio mexicano<sup>509</sup>. No se hace una revisión de todos los principios que los tratadistas procesales presentan en sus obras por exceder los límites de esta investigación. También es importante destacar que algunos de estos principios han de analizarse dentro de esta misma investigación<sup>510</sup> en los aspectos específicos sobre la iniciativa, práctica o valoración de la prueba al examinarse esos temas. Se ha señalado que, en materia de pruebas, los principios fundamentales e insalvables son el de contradicción y el de inmediatez, por ello se plantea su presentación en primer término.

### 3.1 Principio de contradicción.

El principio de contradicción establece la posibilidad de acceso a la justicia para que, en igualdad de condiciones, el imputado pueda ser oído dentro del proceso. Esto obedece a que hay una unidad conceptual entre los principios de igualdad, contradicción e inmediación. Esa unidad de los principios nos lleva a entender que las pruebas aportadas y practicadas en el proceso deben ser conocidas y controvertidas, al menos en las mismas oportunidades, por las partes, en oportunidades efectivas, reales, cuantificables y no formales o ficticias, razón por la cual han de rechazarse las pruebas secretas<sup>511</sup>.

---

<sup>509</sup> Debe advertirse que, los autores de obras relativas a las pruebas, refieren una multiplicidad de principios, sin embargo, el objetivo de nuestro análisis no alcanza para incluirlos a todos, sino que, se hará referencia a aquellos que medularmente enmarcan a la prueba en el marco normativo nacional y son necesarios en la atención de nuestras hipótesis de investigación. A guisa de ejemplo Dagdug Kalife señala como principios informadores de la prueba los siguientes: Del principio de necesidad de la prueba, lo que se prueba son las afirmaciones que se hacen de los hechos, del que afirma es probar, las pruebas deben ser producidas por las partes, las pruebas deben ser producidas al amparo de los principios informadores que rigen las audiencias, de libertad de la prueba, de la legitimación de la obtención de la prueba, de pertinencia, idoneidad y utilidad de la prueba, las máximas de la experiencia, así como los hechos públicos y notorios no necesitan ser probados, el derecho no está sujeto a prueba, de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, de adquisición o de comunidad de la prueba, de igualdad de oportunidades de la prueba, de preclusión, de dirección del juez en la producción de la prueba, de unidad, de eficacia jurídica, de lealtad y probidad, ello en Dagdug Kalife, Alfredo, *Op. Cit.*, nota 232, pp. 498 a 509.

<sup>510</sup> Como tales los principios de licitud de la prueba, de iniciativa probatoria de las partes, de la práctica de la prueba en el juicio oral o el de la libre valoración de la prueba.

<sup>511</sup> Barrios González, Boris, *Op. Cit.*, nota 506, p. 119.

En un aspecto práctico, las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia.

Este principio permite a las partes oír a sus contrapartes y generar la controversia (artículo 4 CNPP); al inculpado le permite conocer quién le acusa, lo que le da derecho a enfrentarlo y a sus medios de prueba, con lo que se le faculta, entre otros actos, a oponerse a la admisión de las pruebas de su contraparte y a presentar sus propias pruebas de descargo (artículos 262 y 344 CNPP), esto es, viene a suministrar un espacio para el reconocimiento de múltiples derechos del procesado<sup>512</sup>.

Además, le otorga al inculpado el derecho a conocer todos los actos de investigación y de prueba (artículo 337 CNPP), materializándose para la defensa en el derecho a estar informado y recibir de parte del Ministerio Público todos los elementos probatorios e informes sobre los hechos y hallazgos contenidos en la carpeta de investigación correspondiente, sin que se le pueda ocultar nada que pueda resultar favorable para los intereses<sup>513</sup>, debiendo descubrir todos estos elementos y entregarlos o ponerlos materialmente a su disposición una vez hecha la acusación.

Se trata de que la parte contra la cual se aporta, postula u opone la prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla de manera directa y controvertirla, en caso de que ello fuere procedente, ya que, de lo contrario, sería una prueba secreta y, como tal, ilícita y proscrita en la moderna justicia penal acusatoria que alcanza hasta la protección por vía de convencionalidad. Entonces, para que una prueba sea válida se requiere que haya sido producida con audiencia o intervención de la contraria, de modo que ésta haya tenido posibilidad de controlarla y ofrecer su consecuente descargo.

---

<sup>512</sup> Urbano Martínez, José Joaquín, *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2012, p. 191.

<sup>513</sup> Al efecto también deben considerarse el principio de objetividad y el deber de lealtad que se regulan en los artículos 128 y 129 CNPP.

Así pues, en lo medular, este principio se trata de una manifestación de la garantía del debido proceso<sup>514</sup>, que no se agota con la pura bilateralidad entre pretensiones y defensas, sino que se extiende naturalmente a la prueba. De esta manera, y así como no es factible concebir un proceso sin debate adversarial, de la misma manera es inaceptable que se origine una prueba sin el riguroso controlador de la contraparte.

La facultad de confrontación se materializa en el CNPP de las siguientes formas:

- a) En el contrainterrogatorio (artículo 372), que puede comprender la impugnación de testigos.
- b) Las oposiciones u objeciones a la admisibilidad de pruebas, a la declaración inicial, al interrogatorio y contrainterrogatorio, y a los alegatos de conclusión (artículos 374 y 399).
- c) El derecho a solicitar u ofrecer pruebas de refutación (artículo 390).
- d) El derecho de impugnación cuando no se admitan, excluyan o rechacen pruebas (artículo 467 f. XI).

### 3.2 Principio de inmediación.

Este principio consiste en la presencia del órgano jurisdiccional en la práctica de las pruebas. Señala que debe existir un contacto y una relación entre el juez y todos los elementos subjetivos y objetivos del proceso; es decir, el juez debe realizar una interacción constante entre las partes y los medios probatorios<sup>515</sup>.

El juzgador desconoce los hechos que originan el proceso, el litigio, porque no los ha presenciado previamente, sino que va a conocerlos valiéndose de las fuentes de prueba, cosas o personas. Del conocimiento que adquiera depende la justicia del fallo. Se puede decir<sup>516</sup> que una sentencia es justa no solo cuando en ella el juez aplica la norma debida, sino cuando los hechos que el juzgador deriva aquel derecho han ocurrido y de la manera como los declara reproducidos.

<sup>514</sup> Midón, Marcelo Sebastián, *Op. Cit.*, nota 452, p. 90.

<sup>515</sup> Canelo Rabanal, Raúl B., *Op. Cit.*, nota 443, pp. 300 y 301.

<sup>516</sup> Midón, Marcelo Sebastián, *Op. Cit.*, nota 452, p. 117.

Este principio establece el contacto directo entre el imputado y el juzgador y la intervención directa del último en todas las etapas del juicio, desde la presentación de las teorías del caso de las partes, pasando por la práctica probatoria y los alegatos de cierre, hasta la decisión<sup>517</sup>.

Muñoz Conde, citando a Hassemer, señala que “los principios de inmediación y oralidad en el juicio oral son, un modelo conforme al cual la Ordenanza Procesal Penal establece y organiza con el mayor énfasis la comprensión escénica, que, en definitiva, es la esencia del juicio oral”<sup>518</sup>.

De esta forma la inmediación impone el contacto directo del juez con las partes e intervinientes en el proceso, de manera muy específica con testigos y peritos. El mismo Muñoz Conde, puntualiza que “si no se cumple con esta exigencia, antes de proceder a la valoración de la prueba, realmente hay una carencia total de actividad probatoria y, por tanto, una vulneración de la presunción de inocencia, por infracción grave de una de las garantías básicas del proceso penal”<sup>519</sup>.

Urbano Martínez señala que la inmediación procesal tiene tres manifestaciones básicas: a) La inmediación alegatoria o presentación de los alegatos y pedimentos directamente ante los jueces; b) la inmediación probatoria o exhibición y práctica de la prueba ante los juzgadores, y; c) la inmediación decisoria o pronunciamiento de las providencias o resoluciones por los jueces en audiencia ante las partes<sup>520</sup>.

En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá existir delegación para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en la ley, podrá

---

<sup>517</sup> Urbano Martínez, José Joaquín, *Op. Cit.*, nota 512, p. 191.

<sup>518</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Op. Cit.*, nota 475, p. 56.

<sup>519</sup> *Ibidem.*, p. 57.

<sup>520</sup> Urbano Martínez, José Joaquín, *Op. Cit.*, nota 512, p. 190.



tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control.

Así pues, al desdoblar este principio debe concluirse que solamente podrá estimarse como prueba si reúne dos requisitos:

- a) Que se haya producido o incorporado en forma oral, pública, sujeta a contradicción y de manera concentrada en el juicio (artículos 261, 357 y 372 CNPP).
- b) Que se haya producido o incorporado ante el juez de control o tribunal de enjuiciamiento oral (artículos 9, 56, 261, 342, 357 y 372 CNPP).

También encontramos<sup>521</sup>, que, en la doctrina, se distinguen dos dimensiones del principio de inmediación: a) una subjetiva, en virtud de la cual el órgano jurisdiccional debe ver y oír la prueba por sí mismo, lo cual nos lleva a que la sentencia se apoye en lo que el juez ha percibido en el juicio oral; ajustándose a lo previsto en la CPEUM<sup>522</sup>, y b) una objetiva, en virtud de la cual los medios de prueba practicados deben ser directos o inmediatos y no indirectos o mediatos, cuestionándose a las pruebas de referencia.

Finalmente, debe destacarse que la inmediación tiene dos excepciones: la prueba anticipada (artículos 304 a 306 del CNPP) y las pruebas de referencia (artículo 386 CNPP).

### **3.3. Principio de concentración.**

En los modelos de justicia acusatorios, el principio de concentración se vincula al de la inmediación y, al lado de los de contradicción y publicidad a través de la oralidad, se instituyen en los fundamentos del modelo, lo cual se expresa en que la producción y validación de las pruebas debe realizarse en el juicio oral, el cual es el momento procesal para la contradicción en igualdad de condiciones<sup>523</sup>.

<sup>521</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>522</sup> Artículo 20, apartado A, fracción III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.

<sup>523</sup> Barrios González, Boris, *Op. Cit.*, nota 506, p. 137.

Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso, el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto.

Como es necesario que la prueba se forme ante la presencia del juez y toda la actuación debe ser en lo posible continua, en una sola etapa, en esta debe darse toda la actividad procesal reservada a generar las resoluciones judiciales.

Este principio se vincula con la economía procesal pues tiende a aglutinar la mayor cantidad posible de actividad probatoria en el menor número posible de actos, procurando, dentro de lo posible la segmentación temporal entre unos y otros. Además, este principio se da en todo tipo de audiencia en cualquiera de las etapas del procedimiento ordinario y encontramos su fundamento en diversas disposiciones<sup>524</sup>.

Múltiples son las razones que pueden justificar la concentración de la prueba: economía de gastos, de actividades y de tiempo; la visión inmediata de todo el espectro probatorio; agilidad y espontaneidad mayores para el acceso a la verdad material<sup>525</sup>; la mejor atención por parte de los integrantes del órgano jurisdiccional en el conocimiento de los hechos y de los medios de prueba con los que las partes tratan de acreditar sus enunciados.

La desconcentración en el desahogo de los medios de prueba atenta contra los principios de defensa y de contradictorio pues en menoscabo de la lealtad procesal se puede dar el escenario consistente en que las partes o los testigos puedan llegar a conocer las respuestas de otros testigos o peritos antes de que sean ellos interrogados. Asimismo, la desconcentración perjudica a las partes que buscan cumplimentar el desahogo de sus pruebas

---

<sup>524</sup> Entre otros, artículos 8, 344 y 348 CNPP.

<sup>525</sup> Midón, Marcelo Sebastián, *Op. Cit.*, nota 452, p. 118.

dentro de los términos y plazos de ley y recompensa a los litigantes maliciosos, mañosos o simplemente morosos.

### **3.4. Principio de libertad probatoria.**

Este principio permite que todos los hechos y circunstancias aportados para la adecuada solución del caso sometido a juicio, podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado de conformidad con las reglas del procedimiento establecidas, que sean conducentes, pertinentes y oportunas además de que no sean violatorias de los derechos humanos o ilícitas.

De esta suerte, se presenta la posibilidad que se pueda probar con novedosos medios de investigación en tanto se satisfagan las exigencias anteriormente señaladas.

Estas disposiciones las encontramos en los artículos 356, 359 y 383 CNPP.

Este principio puede desdoblarse en dos aspectos: Libertad de los medios de prueba y libertad del objeto de prueba.

En cuanto a la libertad de los medios de prueba se puede señalar que las partes tienen la plena libertad de invocar los medios de prueba que estimen convenientes para la defensa de sus derechos.

De esta suerte, la ley no puede limitar los medios admisibles, sino que se debe dejar al juzgador la calificación de si lo solicitado o aducido tiene relevancia probatoria<sup>526</sup>.

Respecto a la libertad del objeto de prueba se puede señalar que, este rubro recae sobre la permisibilidad de probar todo hecho que haya de influir en el convencimiento del juez. Su límite se encuentra en la licitud de lo que se trata de probar. De igual forma, limita con lo que resulta imposible probar ya que no es factible pedir la prueba de lo imposible.

---

<sup>526</sup> Devis Echandía, Hernando, *Op. Cit.*, nota 442, p. 124.

### **3.5 Principio de legalidad de la prueba.**

De acuerdo con este principio se establece la exigencia de que la incorporación de los medios de prueba al proceso se haga de manera tal que se cumpla con las formas que regulan la admisión de los medios de prueba según el acto y naturaleza de la prueba.

El principio se relaciona de medio a fin con los principios de publicidad, contradicción y lealtad.

Entendiendo que la incorporación del medio de prueba al proceso debe ser a través de un acto procesal, éste debe cumplir con tres condiciones: al sujeto, a la forma y al contenido<sup>527</sup>.

a) El elemento del sujeto o los sujetos, se refiere a las personas que han de realizar o hacer cumplir el acto procesal. Implica considerar en dichas personas su capacidad y legitimidad para actuar.

b) La forma, conlleva que el acto debe adecuarse al procedimiento que previamente debe estar contemplado en la ley para la presentación y admisión de la prueba correspondiente. En ello se comprenden tiempos, plazos y formas legales según lo exija el acto procesal.

c) El contenido atiende a la voluntad y a la finalidad del acto.

El principio de legalidad también debe abarcar a los medios de prueba y al objeto de prueba.

En relación a la legalidad de los medios de prueba se tiene que deben ser lícitos e invocados por quien procesalmente esté legitimado y, además, deben reunir dos clases de requisitos que son extrínsecos e intrínsecos.

---

<sup>527</sup> Al respecto se puede ver en Barrios González, Boris, *Op. Cit.*, nota 506. p. 105.

Los requisitos extrínsecos implican que los medios de prueba deben ser incorporados al proceso 1) atendiendo a la formalidad prevista en la ley y, además, 2) debe ser aportado por quien se encuentre legitimado para ello en el propio ordenamiento aplicable.

En cuanto a los requisitos intrínsecos, implica que los medios de prueba deben ser útiles, pertinentes y conducentes, amén de carecer de vicios (derivados del dolo, error o fuerza), lo cual, puede ser considerada como una restricción a la libertad probatoria.

En caso de que no se atiende a estos requerimientos el proceso se viciaría y contaminaría con pruebas que nada aportarían al esclarecimiento de los hechos.

Derivado de lo señalado en los párrafos precedentes, se puede derivar que el imputado gozará entonces de las siguientes garantías procesales:

- Contar con un juicio acusatorio y oral, en el que se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación (artículos 20 CPEUM y 4 CNPP).
- Solicitar, conocer y controvertir los datos y medios de prueba (artículos 20 apartado B fracción IV CPEUM y 113, 259, 262, 263, 337 y 356 CNPP).
- Lograr el control de la legalidad formal y material de los actos de investigación y los actos de prueba (artículos 352, 357 CNPP).
- Pedir la exclusión, rechazo, inadmisibilidad de los medios de prueba por ilegales, inútiles, repetitivos, impertinentes u orientados a probar hechos que no lo requieren (artículos 259, 264, 346 y 357 CNPP).

#### **4. Las pruebas que pueden ser presentadas en el juicio oral según el medio que se utiliza<sup>528</sup>.**

En casi todas las constituciones contemporáneas se consagran la tutela efectiva de los derechos fundamentales y el debido proceso, incluido el derecho de defensa. Como un instrumento de este derecho a la defensa, las partes cuentan con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Se trata en esencia, de un derecho fundamental a probar. De esta manera, las partes presentan el derecho a proponer cualquier medio de prueba que consideren convenientes para acreditar los hechos que fundamenten sus pretensiones o resistencias procesales<sup>529</sup>.

El primer problema probatorio es establecer qué medios de prueba deben ser admitidos e incorporados al proceso. De acuerdo con la libertad probatoria, en teoría se puede utilizar cualquier medio de prueba para que apoyen la decisión que haya de tomar el juzgador al resolver el conflicto en el fondo.

Siguiendo a Taruffo, todos los sistemas procesales envuelven normas y criterios que tienen por objeto establecer una selección preliminar de los medios de prueba que se pueden presentar. La finalidad de ello es evitar que las partes presenten medios de prueba que no deberían ser admitidos y que el juez ordene la adquisición de aquellos que son inadmisibles o que no vale la pena considerar<sup>530</sup>.

Muñoz Conde, señala que la función indiciaria de cada uno de los medios de prueba viene condicionada por el hecho que se trata de probar<sup>531</sup>.

---

<sup>528</sup>No se explicará el método de investigación y preparación, descubrimiento, ofrecimiento, admisión, introducción y práctica de todos y cada uno de los medios de prueba pues ello rebasa las pretensiones del presente trabajo limitándome a señalar su concepto, características principales y los artículos que les regulan en el CNPP.

<sup>529</sup> Artículo 356 CNPP.

<sup>530</sup> Taruffo, Michelle, *Op. Cit.*, nota 498, pp. 37 y 38.

<sup>531</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Op. Cit.*, nota 475, p. 40.

Los medios de prueba son un fenómeno multifacético cuya naturaleza y definición varían de acuerdo con distintos factores históricos, culturales y jurídicos. Entonces, de acuerdo con la interpretación dominante del principio de relevancia, cualquier cosa que tenga algún significado o cierta utilidad en la búsqueda de la verdad sobre los hechos litigiosos puede ser usada como medio de prueba<sup>532</sup>.

Según el medio utilizado para presentarse en el juicio, el medio de prueba, de acuerdo con el CNPP, puede ser:

1. Testimonial
2. Pericial
- 3.- Documental
- 4.- Material, real o física
- 5.- Demostrativa
- 6.- Otras Pruebas

#### **4.1. Testimonial.**

Ha de distinguirse entre testimonio, testigo y prueba testifical o testimonial.

El término testimonio es una palabra equívoca que significa tanto el documento en el que se da fe de un hecho, como la declaración rendida por un testigo. En un sentido más amplio, es el relato oral o escrito, espontáneo o provocado, acerca de un hecho que se desea conocer o comprobar y que para los juristas es la declaración de una persona idónea que, llamada a juicio, dice lo que sabe sobre los hechos que se indagan y de cuya demostración depende la decisión de la causa<sup>533</sup>.

Testigo es la persona natural que como fuente de un hecho o hechos declara en el proceso sobre su percepción y conocimiento de hechos y circunstancias pasadas.

---

<sup>532</sup> Taruffo, Michele. *Op. Cit.*, nota 498, p. 59.

<sup>533</sup> Midón, Marcelo Sebastián, *Op. Cit.*, nota 452, p. 527.

Así tenemos que esta prueba es la identificada con la declaración de testigos sobre hechos de su conocimiento personal.

Por su parte, la prueba testifical –medio de prueba– es el acto dirigido a verter en el proceso ese hecho pasado mediante la declaración del testigo<sup>534</sup>.

Entonces, por prueba testimonial definimos aquella que es suministrada mediante las declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados o de los que han visto u oído sobre estos<sup>535</sup>.

Dado que el sistema acusatorio tiene su medio principal en la oralidad, se entiende que ahora el medio de prueba por excelencia es la testimonial, sin embargo, Muñoz Conde advierte<sup>536</sup> que de todos los elementos de prueba el más difícil y complejo, y el de valor más dudoso respecto a la conclusión, es la prueba testifical. Por regla general se presenta en la audiencia de juicio oral y, excepcionalmente, en audiencia preliminar como prueba anticipada.

La prueba testimonial efectivamente presenta muchos problemas como lo son el tiempo que transcurre entre la generación del hecho y la presentación del testigo ante la instancia judicial, la disminución de las facultades perceptivas de los testigos por cuestiones personales o exteriores como la luminosidad, ruidos, condiciones ambientales, etcétera, por problemas fisiológicos sensoriales derivados de deterioro orgánico o de edad, por presiones sociales, por intimidación de los probables delincuentes, etc.

Por esas razones se ha tratado de regular su admisibilidad desde el punto de vista subjetivo<sup>537</sup>.

---

<sup>534</sup> Rivera Morales, Rodrigo, *Op. Cit.*, nota 443, p. 186.

<sup>535</sup> Midón, Marcelo Sebastián, *Op. Cit.*, nota 452, p. 529.

<sup>536</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Op. Cit.*, nota 475, p. 40.

<sup>537</sup> Rivera Morales, Rodrigo, *Op. Cit.*, nota 443, p. 187.



La regulación de la prueba testimonial la encontramos en los artículos 360 a 367, 371 a 379 del CNPP.

#### **4.2. Documental.**

En Taruffo encontramos la explicación de porqué desde la Edad Media, las pruebas escritas se han utilizado como el medio principal para dar certeza a las transacciones jurídicas, entendidas como exigencias comerciales, en los negocios financieros, en los contratos y, desde luego, en los procesos judiciales. Esto obligó a que los sistemas jurídicos establecieran reglas para regular las transacciones jurídicas y la presentación o práctica de pruebas escritas en los procesos judiciales.

Por documento, señala el mismo autor, se define como cualquier escrito que represente un hecho o que contenga una declaración acerca de un hecho. Por ello, no se le puede dar el mismo tratamiento a las pruebas escritas de los documentos no escritos<sup>538</sup>.

Lo anterior tiene referencia a que el documento puede ser considerado como toda expresión de persona conocida o conocible, objeto, cosa o instrumento con carácter representativo o declarativo. De acuerdo con el artículo 380 de CNPP es todo soporte material que contenga información sobre algún hecho.

El carácter representativo o declarativo debe ser respecto de hechos o circunstancias que dan cuenta de la existencia de una conducta punible o de la responsabilidad de su autor o participe en ella.

Debe ser recogida por escrito o cualquier otro medio mecánico, informático o técnicamente impreso, que es pertinente en los términos previstos por el CNPP, tales como libros, fotografías, videos, disquetes, a manera de ejemplo.

---

<sup>538</sup> Taruffo, Michele, *Op. Cit.*, nota 498, pp. 75 y 76.

La fuente de prueba identificada como documental con la que se pretende llevar al proceso elementos de realidad, relacionados con un hecho ocurrido que puede ser constitutivo de delito consiste en las imágenes, sonidos, palabras captadas mediante aparatos de filmación, grabación, o cualquier otro medio que lo permita, en tanto que el medio probatorio será la forma de incorporación y su reproducción ante el órgano jurisdiccional en la audiencia de juicio.

Debe considerarse que los documentos escritos pueden ser utilizados de dos formas diversas: a) cuando se emplea como una forma de expresar algunos enunciados, entonces consideraremos que tiene una función representativa en relación con sus contenidos. Así, cumplirán una función similar a las pruebas testificales al enunciar el pensamiento de alguien con respecto de algo; b) cuando se utiliza como objeto material, o cosa que lleva una inscripción, lo que en estricto sentido es un medio de prueba real porque es la propia cosa material la que se usa como prueba, no las declaraciones.

La regulación de las pruebas documentales se encuentra en los artículos 380 a 387 del CNPP.

#### **4.3. Pericial.**

Cuando los conocimientos o cultura de los jueces no es suficiente o adecuada para ocuparse de los rasgos técnicos o científicos de los hechos litigiosos se requiere complementarlos. Esa es la razón por la cual todos los sistemas procesales han de utilizar algunas formas de prueba pericial.

La peritación es una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las personas.

El perito es una persona con conocimientos especializados, científicos, técnicos o artísticos, sobre un hecho relacionado con el caso. El mismo que emitió el informe técnico durante la indagación e investigación y que ahora presenta y sustenta ante el juez, en audiencia pública.

La base de la opinión pericial, deberá estar contenida en un informe técnico, que en su estructura deberá expresar al menos lo siguiente:

- los principios en los que se fundamentó el perito;
- las reglas de procedimiento que siguió;
- el método que utilizó;
- su grado de confiabilidad;
- los instrumentos que usó;
- las observaciones que hizo, y
- las conclusiones a las que llegó.

Sobre estos aspectos de singular importancia, se ocuparán las partes de interrogarlo en el juicio oral para verificar su conocimiento e idoneidad.

La prueba pericial se desahoga en la audiencia de debate a través de la testimonial, por ello las reglas para el desahogo de esta última se le hacen extensivas.

En la doctrina se discute si el informe pericial es o no es un auténtico medio de prueba, en razón de que, realmente la peritación no se avoca a establecer la existencia de hechos o circunstancias pertinentes y relevantes en el proceso, sino que se determina para dictaminar sobre antecedentes o elementos fácticos ya comprobados en el juicio por otros medios probatorios<sup>539</sup>.

La pericial tiene su regulación en los artículos 368 a 370 del CNPP.

---

<sup>539</sup> Al respecto, Nuñez Vásquez, J. Cristobal, *Op. Cit.*, nota 273, Pp. 350 y 351.

#### **4.4. Material, real o física.**

Bajo la etiqueta de pruebas reales o demostrativas se suele agrupar muchos tipos de pruebas. El rasgo que identifica o caracteriza a esta pluralidad de medios probatorios es que se trata de sucesos, comportamientos, situaciones u objetos que son o pueden ser percibidos de manera directa por el órgano jurisdiccional<sup>540</sup>.

La identificación de prueba real, material o física, consiste en que tal medio probatorio se trata de algo que se puede aprehender empíricamente.

Así, las pruebas materiales, reales o físicas son las cosas u objetos que se recolectaron en los actos de indagación o investigación, y se clasifican en evidencia única y evidencia no única.

a) La evidencia única tiene características muy particulares que la individualizan y permiten reconocerlas e identificarlas fácilmente entre las otras.

Esta evidencia, por regla general, debe estar sometida al procedimiento de cadena de custodia<sup>541</sup>.

En caso contrario, quien aporte la evidencia debe probar su autenticidad y mismidad, por medio del testimonio de una persona familiarizada con el elemento, como en el caso de las armas y vehículos marcados con señales y números de series, que el testigo pueda vincular con los hechos.

---

<sup>540</sup> Taruffo, Michelle, *Op. Cit.*, nota 498, p. 102.

<sup>541</sup> La cadena de custodia, definida en el artículo 227 CNPP como "es el registro de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o hallazgos, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión. Con el fin de corroborar los elementos materiales probatorios y la evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fecha de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado, igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos". Su regulación se encuentra dispersa en distintos artículos: 131, 217, 229, 230, 232, 233, 235, 263, 271, 277, 289, de CNPP.

b) La evidencia no única: Es un elemento u objeto que ha estado expuesto a modificaciones, alteraciones o manipulaciones, o que no tiene características particulares que los diferencien de los demás.

En este evento es preciso demostrar que se trata de la misma evidencia que fue recolectada originariamente y, por tanto, debe estar sometida a cadena de custodia para establecer su mismidad. Por ejemplo, las sustancias controladas y los fluidos corporales, entre otros, son elementos que requieren que el testigo que las recolectó y analizó, garantice su autenticidad y su mismidad al momento de presentarse en el juicio.

La regulación de la prueba material se encuentra en el artículo 383 del CNPP.

#### **4.5. Demostrativa.**

La etiqueta de demostrativa la adquiere el medio de prueba sobre aquello que puede mostrar algo relevante.

Se refiere a personas u objetos materiales que pueden ser perceptibles a través de los sentidos.

Estos medios de prueba pueden ser reales si se trata de una persona o cosa que se presenta directamente, por ejemplo, un arma.

O pueden ser ilustrativas: que es el caso cuando corresponde a la reproducción de una evidencia real que facilita su presentación en el juicio, por ejemplo, la fotografía de esa arma.

Las formas más comunes que presentan este tipo de medio de evidencia demostrativa son los diagramas o croquis, las cintas de audio o vídeo, las evidencias gráficas, los gráficos organizacionales o los gráficos cronológicos y los mapas.

Será admisible la presentación de evidencias demostrativas siempre que resulten pertinentes y relevantes para el esclarecimiento de los hechos o para ilustrar el testimonio del experto.

Este tipo de medios de prueba siguen la regulación de las pruebas documentales o materiales.

#### **4.6. Otras pruebas.**

De acuerdo al principio de libertad probatoria<sup>542</sup>, podrán utilizarse otras pruebas además de las previstas en tanto no se afecten los derechos fundamentales.

Tal como se ha señalado, el sistema probatorio en el sistema penal acusatorio mexicano es novedoso en sus exigencias metodológicas. Como parte de la contribución de este trabajo, a continuación, se presentará una sistematización de dichas exigencias metodológicas o reglas de prueba a la luz de la normatividad prevista en el CNPP.

### **5. Propuesta de sistematización de las reglas o exigencias metodológicas de la prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales.**

#### **5.1. Concepto de reglas de prueba.**

Habiendo precisado qué es la prueba, distinguiéndola de los datos y medios de prueba y de los elementos de convicción, y señalando cuáles son los principales principios que le rigen específicamente, así como la conceptualización general de los medios de prueba que se prevén en el CNPP, se procede a analizar el camino que sigue la prueba desde la etapa de investigación hasta su valoración ante el Tribunal de enjuiciamiento, para lo cual han de seguirse las reglas de prueba.

---

<sup>542</sup> Artículos 356 y 388 CNPP.

Cuando se habla de la valoración de la prueba, atendemos necesariamente a un punto vinculado con la convicción judicial que, a su vez es el punto culminante de la actividad probatoria. Si, además, consideramos que uno de los fines primordiales del sistema penal acusatorio no es comprobar los hechos, sino conseguir su esclarecimiento, entonces debe concordarse que en dicha actividad han de seguirse determinadas reglas de prueba que, en mi entender requieren ser sistematizadas pues se encuentran disgregadas en el CNPP, lo que se procurará hacer en este trabajo.

En las Constituciones en donde se establece un Estado social, democrático y de derecho, como lo es la CPEUM, se consagran los principios de tutela efectiva y de debido proceso, incluyéndose como una de sus vertientes el derecho de defensa. Debe recordarse que el proceso penal no es un simple instrumento jurisdiccional acrítico y mecanicista<sup>543</sup>, sino un sistema que implica garantías procesales que viabilizan la referida tutela judicial efectiva.

Del derecho de defensa aparentemente se desprende el derecho de las partes a la posibilidad de emplear todos los medios que resulten pertinentes, conducentes y útiles en aras de lograr su defensa eficaz. En realidad, se trata de un derecho fundamental. Empero, no se trata de un derecho absoluto y requiere de configuración legal y, por ende, debe de ser regulado mediante la ley. Se ha de tratar de una regulación muy específica, puntual y delicada que no afecte su esencia, su núcleo conceptual. De esta suerte, su alcance en el ámbito del ejercicio procesal se somete al principio de legalidad. Sin embargo, al tratarse de un derecho fundamental con génesis constitucional, su interpretación debe ser extensa y flexible para favorecer su vigencia máxima, sobre todo si consideramos que en el proceso penal la práctica y valoración de la prueba constituye prácticamente siempre la actividad central del proceso.

Debe puntualizarse que, la decisión que debe asumir el órgano jurisdiccional acerca de los hechos probados, en realidad no es absolutamente libre. El derecho la somete, señala Ferrer Beltrán<sup>544</sup>, a una serie de reglas que regulan tanto la decisión final, en algunos casos, como el proceso por el que puede llegarse a esa decisión. Este autor señala que hay tres tipos que regulan la actividad de las pruebas: a) reglas sobre la actividad probatoria; b) reglas sobre los medios de prueba y; c) reglas sobre el resultado probatorio.

---

<sup>543</sup> Rivera Morales, Rodrigo, *Op. Cit.*, nota 443, p. 159.

<sup>544</sup> Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, España, Marcial Pons, 2007, p. 35.

De acuerdo con este autor, el primer tipo de reglas incluye las que establecen el momento en que se inicia la fase de prueba y en el que finaliza, entre sus actividades principales los momentos procesales en que pueden y/o deben proponerse las pruebas para su admisión, a quienes les corresponde hacer esa petición, etcétera. En el segundo, se determinan los medios de prueba que son admisibles y los que se excluyen, entre otras actividades. Finalmente, en el tercer tipo de reglas se señala al órgano jurisdiccional qué resultado debe extraer a los medios de prueba o bien, como ocurre en el sistema penal acusatorio en México, se le concede la libertad jurídica para que valore los elementos de juicio que tenga disponibles.

Dado que tanto en la CPEUM como en el CNPP se estableció que el desahogo y valoración de la prueba será libre y lógica<sup>545</sup>, lo cual en apariencia es una actividad o metodología sencillas, en realidad debe conocerse el contenido y alcances de estos métodos para su adecuada interpretación y aplicación en la práctica.

En mérito de lo señalado es que se deben establecer determinadas reglas destinadas a regular el tema de las pruebas desde su preparación hasta su valoración por parte del órgano jurisdiccional, para darle coherencia. De ahí, la importancia de las reglas o exigencias metodológicas de la prueba, para tener seguridad sobre el lugar, tiempo y modo de obtención de la prueba y todo el camino procedimental que sigue la prueba hasta su valoración.

Las reglas de prueba son el conjunto de normas que regulan la preparación, descubrimiento, ofrecimiento, admisibilidad, rechazo, exclusión, práctica, contradicción y valoración de medios de conocimiento con el fin de asegurar su legalidad, pertinencia, conducencia, y, en general, su confiabilidad, para llevar al conocimiento del juez los hechos y la responsabilidad penal y civil del procesado.

Al revisar el CNPP, encontramos que estas reglas, al igual que los principios que informan al sistema penal acusatorio, se encuentran dispersas en este ordenamiento. Por ello, se propone la siguiente sistematización de las mismas, como uno de los aportes de esta investigación al entendimiento del sistema penal acusatorio vigente en nuestro país. Procederé a realizar el siguiente planteamiento.

---

<sup>545</sup> Artículos 20 apartado A f. II CPEUM y 259, párrafo segundo, 265,356 y 402 CNPP.



## **5.2. Funciones de las reglas de prueba.**

Las funciones de las reglas de prueba son:

- a) Garantizar la confiabilidad de la prueba.
- b) Excluir prueba de poco valor o que viola garantías procesales.
- c) Proteger los derechos de las partes, especialmente del acusado.
- d) Evitar confusión del juzgador o que utilice criterios ajenos a la justicia para decidir los casos.
- e) Controlar el poder de los jueces para decidir los casos, estableciendo guías para la evaluación del valor probatorio.

## **5.3. Reglas de preparación de la prueba.**

El proceso penal debe ser un proceso verídico, valga decir que exista la veracidad del sentido de las pruebas, no la verdad de la aspiración o la predilección de la teoría.

Siguiendo el concepto señalado de las reglas de prueba encontraremos que en la etapa de investigación se busca y se prepara la prueba; en la etapa intermedia se descubre la prueba, es decir se da a conocer y se entrega a la contraparte, e igualmente se ofrecen los medios de prueba y; en la etapa de juicio se admite, se rechaza, se excluye, se practica, se contradice y se valoran los medios de conocimiento con el fin de asegurar su legalidad, pertinencia, conducencia y, en general, su confiabilidad, para llevar al conocimiento del juez los hechos y la responsabilidad penal y civil del procesado.

### **5.3.1. Reglas de ubicación, investigación y preparación de las pruebas.**

En la etapa de investigación, los agentes del Ministerio Público, que tiene la conducción de policías y peritos<sup>546</sup>, analizan y procesan información, la cual surge de

---

<sup>546</sup> Las atribuciones del Ministerio Público se encuentran previstas en los artículos 127 a 131 CNPP y las de los policías en el artículo 132 CNPP aparte de la normatividad interna que se establece en la Ley Orgánica del Ministerio Público y sus reglamentos, así como las leyes que regulan a la seguridad pública en los tres órdenes de gobierno.

diferentes fuentes y lugares que materialmente son evidencias físicas (objetos como huellas, rastros, manchas, armas, dinero, documentos, fotografías, grabaciones, mensajes, etc.) o información (que procede de personas humanas) que se denominan datos de prueba como se ha visto previamente.

La etapa de investigación comprende a) en la fase inicial desde la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación y, b) complementaria, que comprende desde la formulación de imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación<sup>547</sup>.

El objeto de la investigación consiste en que el Ministerio Público reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño<sup>548</sup>.

En esta etapa el Ministerio Público obtiene la fuente de la información que a la postre se convertirá en medio de prueba, por ejemplo, un testigo. Las informaciones se recaban mediante entrevistas, declaraciones de eventuales testigos, entrevistas a probables imputados, informes de investigaciones de campo o técnicas científicas que también constituyen datos de prueba pues todo lo que se haga fuera de juicio no será prueba sino mero dato de prueba.

Debe señalarse que un dato de prueba puede entrar al juicio para a) refrescar memoria o, b) impugnar credibilidad para evidenciar algo que el testigo dijo antes en sentido contrario<sup>549</sup>.

En cuanto al procedimiento abreviado<sup>550</sup> se resuelve con los datos de prueba, la parte inculpada renuncia a su derecho a un juicio ordinario, acepta su participación en los hechos, renuncia a controvertir pruebas y a ofrecer medios de prueba.

---

<sup>547</sup> Artículo 211 CNPP.

<sup>548</sup> Artículo 213 CNPP.

<sup>549</sup> Artículo 376 CNPP.

<sup>550</sup> Artículos 201 a 207 CNPP

La investigación concluye con la obtención de medios de prueba que le permite al Ministerio Público acreditar la existencia del hecho considerado delito por la ley y quién lo realizó o participó en él.

La investigación criminal es una de las tareas del sistema de justicia penal que requiere del mayor rigor metodológico científico con personal apto y altamente calificado pues la incapacidad de lograr investigaciones del delito eficaces y exitosas preservando los derechos fundamentales de los actores del drama penal puede convertirse en el talón de Aquiles del sistema penal acusatorio, como a la fecha ha ocurrido.

Así pues, la investigación de los delitos es una disciplina en la que debe procederse con metodología científica y se orienta hacia el reconocimiento, identificación e individualización de los autores y partícipes de una conducta considerada por la ley como delito y que permite establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que se desarrollaron los hechos.

Entonces, la investigación de los delitos debe entenderse como un sistema metodológico y técnico de recopilación de información proveniente del lugar de los hechos, de las víctimas y los testigos y de un análisis de registros existentes.

Dentro del sistema penal acusatorio, la investigación de los delitos es la observación, descripción y análisis de una situación, para establecer las circunstancias de su ocurrencia, admitiendo obtener información útil que permita determinar los autores o partícipes del delito, pero siempre teniendo en cuenta la práctica de audiencias judiciales en las que se han de vigilar la preservación de los derechos fundamentales de los intervinientes y los principios del debido proceso.

Con la investigación criminal se persigue conocer la verdad del acontecer empírico de un hecho considerado por la ley como delito aportando información legalmente obtenida, oportuna, precisa, confiable y probable, sobre objetos o evidencias físicas auténticas producto

de la aplicación de un procedimiento sistemático, conforme a presupuestos éticos y legales que se imponen a los agentes investigadores.

En términos aceptados se considera que una investigación se considera culminada cuando responda totalmente a las siguientes preguntas:

- ¿Qué delito se cometió?
- ¿Cuándo se cometió?
- ¿Cómo se cometió?
- ¿Dónde se cometió?
- ¿Por qué se cometió?
- ¿Qué bienes se afectaron?
- ¿Quién lo cometió?

Los actos de investigación son aquellos actos realizados durante la etapa de investigación por los intervinientes, o la policía, que tienen por objeto obtener y recoger los elementos de prueba que serán utilizados en forma mediata para verificar las proposiciones de los litigantes durante el juicio y en forma inmediata para justificar, con grado de probabilidad, las resoluciones que dictará el juez de garantía<sup>551</sup>, durante las etapas preliminares del proceso<sup>552</sup>.

Así pues, los actos de investigación son, en primer lugar, los actos que realizan el Ministerio Público y la policía, preventiva o de investigación criminal y su finalidad será conjuntar los elementos probatorios indispensables para organizar una acusación o desvirtuarla y que, si es el caso acusar, integrar todos los elementos probatorios que pretendería producir e introducir en el juicio oral para verificar los enunciados respecto a la existencia del delito y la participación plena del imputado en su realización.

Los actos de investigación, búsqueda y preparación de pruebas presentan tres modalidades: a) las autónomas que no requieren de orden previa, b) las que requieren orden del Ministerio Público y, c) las que requieren orden previa del juez de control:

- a) Actos de investigación, búsqueda y preparación de pruebas autónomas que no requieren de orden previa.

---

<sup>551</sup> Ello en Chile, en nuestro país, Juez de control.

<sup>552</sup> López Masle, Julián, en Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. *Op. Cit.*, nota 147, p. 68.

- Recepción de denuncias (artículos 223 y 224 CNPP).
- Entrevista de testigos (artículo 132 f. X CNPP).
- Inspección del lugar del hecho (público o privado) (artículos 131 y 251 f. I CNPP).
- Inspección externa y preliminar del cadáver (artículo 251 f. VI CNPP).
- Inspección de lugares distintos al hecho (público) (artículo 251 f. II CNPP).
- Aseguramiento de objetos (artículos 229 a 249 CNPP).
- Entrevista al investigado (acerca de su identidad) (artículo 114 CNPP).
- Inspección de personas. Incidental a la detención (artículos 268 a 270 CNPP).
- Inspección de vehículos (artículo 251 f. V CNPP).

El CNPP prevé otras posibilidades en el artículo 251 como la revisión corporal, la aportación de comunicaciones entre particulares, el reconocimiento de personas, la entrega vigilada y las operaciones encubiertas.

- b) Actos de investigación, búsqueda y preparación de pruebas que requieren orden del Ministerio Público (artículo 251 CNPP).
  - Operaciones técnicas y peritajes (sin oposición) (artículo 272 CNPP).
  - Revisión corporal del imputado y examen del ofendido (artículo 269 CNPP).
  - Reconocimiento fotográfico o por videos (artículos 276 a 281 CNPP).
  - Grabación de comunicaciones de las víctimas (artículo 276 y 291 a 297 CNPP).
  - Aseguramiento y análisis de bases de datos.
  - Incautación y decomiso de objetos (artículos 250 CNPP).
  - Exhumación de cadáveres (artículo 252 f. I CNPP).
  - Vigilancias y seguimientos<sup>553</sup>.
  - Vigilancia pasiva.
  - Análisis de estructuras criminales.
  - Operaciones encubiertas y entregas vigiladas.

---

<sup>553</sup> Se mencionan estos actos de investigación como muchos otros que se pueden presentar, recordando que las partes están facultadas para ofrecer pruebas en un esquema de libertad probatoria plena para la solución del caso mediante cualquier medio probatorio que no esté prohibido legalmente ni violente derechos fundamentales como lo previenen los artículos 262 y 263 CNPP.

- c) Actos de investigación, búsqueda y preparación de pruebas que requieren orden del juez de control<sup>554</sup>
- Exhumación del cadáver (oposición) (artículo 252 f. I CNPP).
  - Allanamiento y registro. Cateo (artículos 282 a 289 CNPP).
  - Inspecciones corporales (artículos 269 y 270 CNPP).
  - Prueba anticipada (artículos 304 a 306 CNPP).
- d) Actos de investigación con control previo del juez de control.

Todo acto de investigación que afecte un derecho fundamental o genere actos de molestia deberán llevarse a cabo con respeto a la dignidad de la persona en cuestión<sup>555</sup>. En ese sentido siempre se deberán preservar los siguientes valores:

- La dignidad humana.
- La intimidad
- La libertad
- El buen nombre
- Mixto (La no autoincriminación y la intimidad).

La persona humana es consciente de sus actos, causa eficiente y dueña de los mismos, que mediante ellos se hace y se integra a sí misma y transforma el mundo en que vive y que se perfecciona actuando con otras personas y para beneficio de éstas, afirma Adame Goddard<sup>556</sup>. Además, nos señala que todo ello muestra la dignidad, jerarquía o supremacía que tiene la persona humana respecto de todos los demás seres corpóreos, que no tienen esas posibilidades. Entonces, por ese principio de prioridad de la persona sobre las cosas se dice que la persona es un bien mejor que ha de ser preferido a cualquier cosa por valiosa que ésta sea.

---

<sup>554</sup> Estos actos están regulados genéricamente en el artículo 252 CNPP.

<sup>555</sup> Artículo 266 CNPP.

<sup>556</sup> Adame Goddard, Jorge, *Filosofía social para juristas*, México, Mc. Graw Hill, UNAM, 1998, pp. 104 y 105.

El mundo procesal, integrante del mundo axiológico del derecho en general, no debe ser ajeno a ello y consecuentemente en las investigaciones de los hechos que se consideran delitos debe hacerse valer en todo momento la dignidad de los intervinientes evitando toda coerción que le transgrede. Lo anterior se logra si las investigaciones son integrales y objetivas, atendiendo a los requerimientos tanto del imputado como los de la defensa y revelando todos los actos que existan en la carpeta de investigación.

Respecto a la intimidad de los intervinientes debe señalarse que toda persona tiene derecho al respeto a la misma. En tal virtud nadie podrá ser molestado en su vida privada. No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Los actos más comunes de molestia a la intimidad de las personas se presentan a) sobre las personas, al darles seguimiento pasivo, al hacerles registros en su persona o tomas de muestras sobre componentes de su propio cuerpo; b) en los domicilios al realizarse allanamientos ilegales, registros o vigilancias, y, c) sobre las comunicaciones telefónicas, correspondencia, comunicaciones privadas, Informáticas (sobre bases de datos, Internet, etc) o sobre archivos y documentos.

El acto de molestia sobre los imputados debe realizarse con respeto a la dignidad de la persona en cuestión y el juez de control debe controlar el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales, resolver sobre los derechos del imputado y la defensa, así como vigilar que se respeten y protejan los derechos de las víctimas u ofendidos según se establece en el artículo 266 CNPP<sup>557</sup>.

Existen tres principios que deben observarse para intervenir los derechos fundamentales de las partes en el procedimiento de investigación, a saber: a) legalidad, b) necesidad y c) ponderación.

---

<sup>557</sup> Artículo 266. Actos de molestia. Todo acto de molestia deberá llevarse a cabo con respeto a la dignidad de la persona en cuestión. Antes de que el procedimiento se lleve a cabo, la autoridad deberá informarle sobre los derechos que le asisten y solicitar su cooperación. Se realizará un registro forzoso sólo si la persona no está dispuesta a cooperar o se resiste. Si la persona sujeta al procedimiento no habla español, la autoridad deberá tomar medidas razonables para brindar a la persona información sobre sus derechos y para solicitar su cooperación.

#### a) Legalidad

La actividad probatoria, como ejercicio de la función jurisdiccional, implica la subordinación al ordenamiento jurídico, que afecta y condiciona su procedencia y eficacia.

Se debe entender el ordenamiento jurídico como sistema que parte de la Constitución Política (art. 1 CPEUM), e integra los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad, además de las disposiciones legales y reglamentarias que desarrollan el derecho procesal acusatorio.

Este sometimiento a la legalidad implica la satisfacción del derecho fundamental al debido proceso<sup>558</sup> para el imputado con sus derechos fundamentales de:

- Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial.
- Solicitar, conocer y controvertir las pruebas.
- Alcanzar el control de la legalidad formal y material de los actos de investigación y los actos de prueba.
- Solicitar la exclusión, el rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba por ilegales, inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos que no los requieren.

El principio de legalidad constituye igualmente un criterio para la valoración probatoria que, aunque es descrito únicamente para los elementos materiales probatorios y evidencia física, es perfectamente aplicable a todos los medios de conocimiento.

La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la CPEUM, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en México y en las leyes, presentado los siguientes elementos:

- Solicitud escrita del ministerio público al juez de control

---

<sup>558</sup> Artículo 12 CNPP.



- Especificar el objeto de la actuación.
- Identificación de la persona, bien o lugar objeto de la actuación.

#### b) Necesidad

Para justificar la necesidad se debe emitir un juicio de razonabilidad y en tal tesitura la medida ordenada debe corresponder a la alternativa menos gravosa para el logro del fin buscado dentro del abanico de opciones con un nivel de efectividad probable.

Así pues, es indispensable que se examine:

- La gravedad de la conducta delictiva investigada.
- La existencia de motivos razonables que justifiquen la medida.
- La evaluación de otras medidas de intervención.
- Se intente conseguir la evidencia por otros medios.

#### c) Ponderación

- El sentido de la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de la actividad del Estado.
- Adopta la forma de dos mandatos: La prohibición de exceso y la prohibición de defecto (frente a las libertades fundamentales).
- La ponderación es el método para aplicar el juicio de proporcionalidad.
- El objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido protección constitucional.

También deben existir motivos fundados para la afectación de los derechos fundamentales como son los siguientes:

- La existencia de una investigación.
- La inferencia razonable de la autoría o la participación del imputado en los hechos.
- La necesidad de la medida.
- La proporcionalidad entre los hechos investigados y la medida que se pretenda aplicar.

- Los motivos fundados deben estar respaldados en informaciones o evidencias físicas.

### **5.3.2. Reglas de preparación de la evidencia física o autenticidad.**

Dentro de la investigación se van recabando datos de prueba que deben ser preparados para poder presentarlos ante las instancias jurisdiccionales correspondientes en diversas audiencias. Por tal motivo deben prepararse las evidencias físicas garantizando su autenticidad para que, en su oportunidad, pueda ser considerado medio de prueba.

Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia, en el que se tienen en cuenta los siguientes factores:

- Identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío.
- Lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio realice.
- Registro del nombre e identificación de las personas que han tenido el contacto con esos elementos<sup>559</sup>.

Es importante señalar que identificar no es lo mismo que autenticar. Identificar es reconocer la evidencia para determinar su naturaleza, ejemplo de ello es cuando el testigo dice qué es lo que se le pone de presente. Autenticar es establecer que lo presentado es genuino, que es justamente lo que el ponente sostiene que es. Equivale a persuadir al juzgador sobre la mismidad del elemento y su relación con el caso. Una y otra se establecen en el juicio oral por medio del testigo o testigos respectivos, al momento del interrogatorio, y son condiciones previas de admisibilidad.

La autenticidad se acredita con a) la cadena de custodia, b) auto de autenticación, o, c) peritos.

---

<sup>559</sup> Artículos 26, 263 y 227 CNPP, además, encuentra referencia en los numerales 131, 217, 229, 230, 232, 233, 235, 271, 277, 289 CNPP.

a) Cadena de custodia

Tanto en la doctrina especializada, así como en la normativa, se refiere a la cadena de custodia con heterogénea terminología; así, por ejemplo, se alude a ésta como sistema, documento, procedimiento, manejo, escrito, historia, etc.

Independientemente de los aspectos semánticos, la importancia de esta institución reside en garantizar la autenticidad o mismidad del elemento relacionado con un hecho de interés criminalístico, que, en la oportunidad procesal, y acorde a los elementos del delito, permita confirmar o descartar un comportamiento reprochable en el ámbito jurídico penal. Asimismo, ésta permite estar al tanto en cualquier estado del proceso dónde se encuentra el elemento de prueba, quién lo tiene, el nombre del perito, gabinete científico o técnico, dónde se está efectuando el análisis, etc.<sup>560</sup>

Aproximándonos a establecer un concepto de cadena de custodia, entendemos que ésta, es el sistema establecido por la normativa jurídica, cuyo propósito radica en garantizar la integridad, conservación, inalterabilidad, naturalidad, originalidad, autenticidad y mismidad, de todos los elementos materiales que puedan ser aportados como pruebas, mismos que deberán ser entregados a los laboratorios criminalísticos o forenses por parte de la autoridad correspondiente con el propósito de analizar y obtener, por los expertos, técnicos o científicos, un concepto pericial. Precisamente, a través del principio de mismidad se garantiza que dichos elementos que se presentan como prueba, son exactamente los mismos que se recolectaron en el lugar de los hechos.<sup>561</sup>

En otro concepto tenemos que en el Manual de cadena de custodia de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Guanajuato se dice que la cadena de custodia es el procedimiento de control y registro del curso seguido por los indicios o evidencias desde su

---

<sup>560</sup> SEGOB, *Mecanismo de protección y preservación de evidencia: Cadena de custodia*, México, SEGOB, Gobierno Federal, 2012, Pp. 19 y 20.

<sup>561</sup> Ídem.

descubrimiento hasta que la autoridad competente ordene su disposición final, según se trate de averiguación previa, investigación, carpeta de investigación o proceso penal<sup>562</sup>.

Debe comprenderse que en la comprensión de la cadena de custodia existen muchos detalles técnicos, operativos, normativos, etcétera, cuyo desarrollo rebasa las pretensiones del presente trabajo por lo que solo se presentarán aspectos que dan una visión general de la misma como preparación de la evidencia física o autenticidad de la misma.

Los elementos de la cadena de custodia son los siguientes:

- Un indicio considerado como el objeto de existencia clara y manifiesta del que no se puede dudar.

El indicio es la evidencia física, evidencia material o material sensible significativo.

Los indicios proceden:

- a) del lugar de los hechos;
  - b) de la víctima; y
  - c) del probable responsable o autor.
- Los componentes del procedimiento son: La ubicación del indicio, su fijación, recolección, embalaje, traslado, manejo, análisis pericial y su presentación al debate.
  - El objetivo de la cadena de custodia es evitar que el indicio se vicie, altere, contamine, dañe, remplace o se destruya.
  - La vida del procedimiento es desde su ubicación hasta su final valoración.

---

<sup>562</sup> El Manual de Cadena de Custodia de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Guanajuato se publicó en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato el 10 de agosto de 2012 bajo el Acuerdo 5/2012.

A partir de que el ministerio público y la policía tienen conocimiento de una *notitia criminis*, se iniciará una serie de actos de investigación como parte de la persecución penal, en aras del descubrimiento de la verdad material de los hechos.

El punto de partida de la legalidad de los medios de prueba a través de la cadena de custodia se inicia a partir del momento de la custodia o aseguramiento del sitio del suceso.

La custodia del lugar de los hechos garantizará que ningún extraño, eventualmente con algún interés obscuro, tenga la posibilidad de alterar, sustraer, contaminar o adulterar algún indicio material con la finalidad de entorpecer las investigaciones y el descubrimiento de la verdad material de los hechos.

Para asegurar la sobrevivencia de indicios es que se lleva el procedimiento de la cadena de custodia, el cual consta de varias etapas.

1.- Resoluciones y actos previos. Los cuales deben existir antes de llevar a cabo el estudio o reconocimiento de la escena del crimen.

2.- Hallazgo y custodia del escenario. Donde es indispensable aislar adecuadamente la escena del crimen, brindando entre otras cosas una custodia inmediata del sitio para evitar contaminación o pérdida de elementos probatorios.

3.- Inspección preliminar y búsqueda de indicios. Es necesario contar con técnicas de rastreo adecuadas que permitan la detección de indicios de interés.

4.- Fijación de evidencia. Es una etapa importante en la ubicación exacta y fijación del estado de los indicios que facilita la reconstrucción de los hechos, por medio de recursos audiovisuales y documentales.

5.- Recolección de los indicios. Donde es fundamental realizar el levantamiento de materiales que sirvan como prueba del hecho delictivo, bajo procedimientos que no contaminen ni alteren con factores externos, la evidencia.

6.- Embalaje de la evidencia. Es donde mediante el adecuado empaque lacrado y etiquetado, se debe individualizar y garantizar la integridad del elemento probatorio.

7.- Transporte y entrega de la evidencia. Es necesario que el indicio cuente con una custodia segura hasta su destino y en la medida de lo posible, de forma inmediata, para evitar alteraciones en el mismo.

8.- Análisis pericial. Durante esta fase se debe describir detalladamente el estado en el que se reciben los indicios y garantizar resultados válidos y confiables.

9.- Devolución o destrucción. Según lo ordene la autoridad competente, se deben devolver o destruir los indicios, de acuerdo a los requerimientos legales que cada uno de estos procedimientos implica.

#### b) Autenticación

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es.

La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una "cosa real". Por lo general se piensa en la autenticidad aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías.

Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe quedar establecido que cumple adecuadamente con la petición de autenticidad del proponente.

El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina *per se* su valor probatorio. El oponente puede controvertir su validez y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión.

El requerimiento de autenticidad sin embargo no se limita a objetos tangibles ya que también es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Así pues, la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

El juez decide cuando una evidencia ha sido suficientemente autenticada. El criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

b) Perito

Finalmente, la autenticidad de una evidencia se logra por medio de un perito. Como fue señalado anteriormente, los peritos son personas que cuentan con una experiencia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio.<sup>563</sup>

El perito comparece a juicio para aportar conocimiento experto que se encuentra más allá del conocimiento del juzgador y que es considerado necesario para decidir el caso.

El rol del testimonio experto es entregar la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado, con el objeto de explicar sus significados en términos comunes y exactos dirigidos a generar la convicción del juzgador.

El dictamen escrito no exime al perito del deber de concurrir a declarar en la audiencia de juicio. El perito hará una exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial. De ser necesario se ordenará la lectura del dictamen pericial. Se exhibirá el dictamen al perito, se le preguntará si corresponde al que ha emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del dictamen. Se le pedirá que explique las operaciones periciales que ha realizado.

Si el perito declara que no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del dictamen para hacer memoria. Será lo mismo si surge alguna contradicción con la declaración anterior.

---

<sup>563</sup> El tema de los peritajes se puede revisar en los artículos 272 a 275 y 368 a 370 CNPP y les son aplicables todas las disposiciones generales del interrogatorio y del contrainterrogatorio.

Los peritos podrán consultar documentos, notas escritas y publicaciones durante el interrogatorio.

Durante el contra interrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos.

Los peritos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.

### 5.3.2.1. Prueba anticipada.

Otro mecanismo para la preparación de la evidencia física es la prueba anticipada, la cual procede por singulares circunstancias previstas en la ley<sup>564</sup>, y que se presenta como una excepción al principio de inmediación porque se forma antes del juicio oral y ante el juez de control y no ante el tribunal de juicio oral o de enjuiciamiento.

A) Desde el momento en que se inicie una investigación preliminar, hasta antes de la celebración de la audiencia del juicio oral, se podrá practicar anticipadamente ante el juez de control, cualquier medio de prueba pertinente<sup>565</sup>, siempre y cuando:

1. Sea solicitada por alguna de las partes, mediante escrito en el que expresará las razones por las que considere indispensable que la prueba deba realizarse con anticipación a la audiencia del juicio oral a la que pretenda incorporarse;

2. Se expresen en la solicitud los motivos fundados<sup>566</sup> de que existen riesgo de pérdida o de alteración del medio probatorio; y

3. Se practique en audiencia pública ante el juez de control observando los principios de contradicción, oralidad y concentración y las reglas previstas para la práctica de pruebas en la audiencia de juicio oral. El juez de control debe realizar un doble juicio de admisibilidad, uno positivo y otro negativo.

---

<sup>564</sup> Artículos 304 a 306 CNPP.

<sup>565</sup> La pertinencia en este caso tiene que ver con que la prueba solicitada debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con la responsabilidad del imputado.

<sup>566</sup> El CNPP agrega que deban justificarse motivos de extrema necesidad.



El positivo: a) El solicitante debe acreditar que existan motivos fundados y de extrema necesidad para la práctica de la prueba antes del juicio oral y, b) Que la prueba se practica para evitar su pérdida o alteración.

El negativo: La prueba anticipada solicitada a pesar de su urgencia y necesidad no debe cumplir ninguno de los requisitos negativos siguientes: a) no debe causar grave perjuicio indebido, b) ni generar confusión, c) ni ostentar escaso valor probatorio, d) ni ser dilatoria del procedimiento.

B) Como objeto de prueba anticipada han de considerarse la declaración del testigo, perito u oficial de la policía que manifestaren:

- La imposibilidad de concurrir a la audiencia de debate del juicio oral, por tener que ausentarse a lugar lejano.
- Vivir en el extranjero, o
- Existir motivo que hiciere temer su muerte, su incapacidad física o mental que le impidiese declarar, su estado de persona en condición de vulnerabilidad o algún otro obstáculo análogo.
- Cuando la víctima o el ofendido de un delito sexual o de secuestro sea un menor de edad, el Ministerio Público podrá solicitar que se reciba su declaración como prueba anticipada.

C) El procedimiento para el desahogo de la prueba anticipada será el siguiente:

El juez de control:

- Recibe solicitud.
- Toma en cuenta la naturaleza del medio de prueba.
- Ordenará su recepción anticipada si considera que no puede ser diferida para la audiencia del juicio.
- Fundamentalmente porque la demora genere un grave riesgo de pérdida.
- En caso de urgencia, la prueba anticipada deberá desahogarse dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento en que se reciba la solicitud.

- Admitida la prueba anticipada, el juez citará a las partes para que ejerzan con inmediación y contradicción, todas las facultades probatorias previstas para la audiencia del juicio.
- En caso de que el inculpado estuviere detenido y quisiere asistir, será remitido para la práctica de la diligencia con las medidas de seguridad necesarias.
- Si no quisiere acudir, será representado por su defensor.
- Si aún no existiera inculpado identificado, el juez designará un defensor público para que intervenga en la audiencia.

D) El registro y conservación de la prueba anticipada deben realizarse siguiendo los siguientes actos:

El contenido de la audiencia se hará constar en un acta que contendrá la fecha, hora y lugar de la misma; en ella se transcribirán todos los detalles que sean necesarios para tener una idea exacta de la forma en que se desarrolló; también incluirá las observaciones que realicen los intervinientes y será firmada por estos y por el juez.

Los intervinientes firmarán al margen y al calce del acta, el juez lo hará solo al calce, identificando con toda claridad su nombre y función y se entregará el registro correspondiente a las partes.

A solicitud de parte o de oficio, la diligencia se podrá grabar de manera auditiva o audiovisual, cuyo soporte, debidamente resguardado, integrará el acta en la que se haga constar el medio utilizado y la identificación de resguardo.

En el CNPP se señala que una vez concluida el acta, el juez de control ordenará que las actuaciones, los objetos y los documentos se conserven de acuerdo con las medidas que el propio CNPP disponga.

La prueba anticipada se incorporará a la audiencia del juicio como medio de prueba por lectura realizada por el oferente de la prueba o por reproducción del soporte en el que se grabó de manera auditiva o audiovisual.

En caso de que los motivos que en su momento justificaron la práctica de la prueba anticipada no subsistieran en la fecha de la audiencia oral, la prueba se desahogará en dicha audiencia.

### **5.3.3. Reglas del descubrimiento de la prueba.**

Previamente al juicio oral los objetos y otros elementos de convicción deben ser exhibidos al inculpado y a su defensor, esta tarea es el descubrimiento de la prueba. El descubrir los medios de prueba comprende el dar a conocer a la contraparte lo que la otra tiene para acreditar los hechos materia de su teoría del caso como entregar la información y la evidencia física con la que se cuenta.

El descubrimiento se da en la etapa intermedia. Con la acusación se anexan todos los actos de investigación y sus resultados, los hallazgos, de manera completa, es decir, el 100%<sup>567</sup>. Lo hace el Ministerio Público y su destinatario es su contraparte. En el evento de presentarse escrito de acusación, el Ministerio Público deberá suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado. Esto se hace para lograr la igualdad y el equilibrio procesal.

Cabe destacar que los datos de prueba que el Ministerio Público no descubra no le serán admitidos en la audiencia de juicio oral como medio de prueba.

El descubrimiento probatorio de acuerdo con el artículo 337 CNPP es:

El descubrimiento probatorio a cargo del Ministerio Público, consiste en la entrega material a la defensa, de copia de los registros de la investigación, como del acceso que debe dar a la defensa respecto de las evidencias materiales recabadas durante la investigación. La entrega de las copias

---

<sup>567</sup> Artículo 335 f. VII y X CNPP.

solicitadas y el acceso a las evidencias materiales referidas, deberá efectuarlo el Ministerio Público inmediatamente que le sea solicitado por la defensa. Por su parte, el descubrimiento probatorio a cargo de la defensa, consiste en la entrega material al Ministerio Público de copia de los registros con los que cuente y que pretenda ofrecerlos como medios de prueba para ser desahogados en juicio. La defensa sólo estará obligada a descubrir aquellos medios de prueba que pretenda llevar a juicio como prueba.

El descubrimiento probatorio ha sido una institución propia del proceso angloamericano, empezando la discusión doctrinal sobre este apenas en los años sesenta. Su introducción en el proceso penal en América Latina es reciente, y el modelo mexicano fue imitado del colombiano.

El descubrimiento de prueba intenta facilitar a las partes la adquisición del conocimiento de las fuentes elementos de prueba que posee cada una de ellas para el adecuado desarrollo del juicio oral.

Su objetivo fundamental se encuentra en evitar que se introduzcan pruebas en sede jurisdiccional sobre las cuales no se pueda integrar un contradictorio adecuado, sobre todo para el acusado, quien se halla en desventaja frente al Ministerio Público quien cuenta con todos los medios y prerrogativas para estudiar el hecho considerado delito.

Así pues, el descubrimiento probatorio es un medio de equilibrio entre las partes para un correcto ejercicio del contradictorio y obviamente del derecho a la defensa.

El descubrimiento probatorio se relaciona directamente con los principios que a continuación se mencionan y cuya vigencia reafirma: Debido proceso, igualdad, imparcialidad, legalidad, defensa, lealtad, contradicción y objetividad.

El descubrimiento probatorio por parte del Ministerio Público es un deber de distinción Constitucional que se prevé en el artículo 20 Apartado "A" fracciones II, III, IV y IX.

Existen momentos procesales básicos en los que se presenta el descubrimiento probatorio, sin ser los únicos.

- a) Cuando el Ministerio Público remite al juez el escrito de acusación con sus anexos, al cual pueden acceder los intervinientes.
- b) En el desarrollo de la audiencia intermedia<sup>568</sup>.

Las anteriores fases procesales no son las únicas aptas para el descubrimiento probatorio, toda vez que, por excepción, el órgano jurisdiccional tiene la facultad de autorizar un descubrimiento posterior, preservando siempre la garantía de contradicción y con el tiempo que razonablemente estime necesario.

Tal contingencia se presenta, por ejemplo, en el caso de los llamados medios de prueba nueva. Para este caso es indispensable acreditar que la falta de descubrimiento obedeció a causas no imputables a la parte que quiere hacer valer la prueba.

El descubrimiento probatorio entonces consiste en que el Ministerio Público y la defensa suministren, exhiban o, pongan a disposición de la contraparte todas las evidencias y elementos probatorios de que dispongan.

El Ministerio Público cumple el deber de suministrar los registros de investigación<sup>569</sup>, las evidencias y elementos probatorios de varias maneras, entre ellas:

- A) Imprescindiblemente y en todos los casos, “descubriéndolos”, esto es, informando a la defensa, en las oportunidades procesales respectivas, con plena lealtad y con sujeción al principio de objetividad, lealtad y buena fe sobre la existencia, naturaleza y ubicación de todos y cada uno de los elementos probatorios y evidencias; máxime si dicho representante social va a utilizarlos para sustentar la acusación y si podrían generar efectos favorables para el acusado.
- B) Entregándolos físicamente cuando ello sea racional y materialmente posible, como con resultados de un informe pericial o policial; la copia de algunos documentos o algunos elementos o muestras de los mismos.
- C) Facilitando a la defensa el acceso real a las evidencias, elementos y medios probatorios en el lugar donde se encuentren, dejándolos a su alcance, si fuere el caso, de modo que pueda conocerlos a cabalidad, estudiarlos, obtenerlos en la medida de lo racionalmente posible y derivar sus propias conclusiones, de cara a los fines de la gestión defensiva.

---

<sup>568</sup> Artículo 344 CNPP.

<sup>569</sup> Por registros de investigación el CNPP en su artículo 337 entiende: “...todos los documentos que integren la carpeta de investigación, así como fotografías, videos con o sin audio, grabaciones de voz, informes periciales y pruebas periciales que obren en cualquier tipo de soporte o archivo electrónico. Con el objeto de obtener copia de registros que obren en soportes electrónicos, la defensa proporcionará al Ministerio Público los medios necesarios para ello...”.

El defensor cumple con su deber al entregar materialmente al Ministerio Público la copia de los registros con los que cuente y que pretenda ofrecerlos como medios de prueba para ser desahogados en juicio.

Sin entrar en detalles, en Colombia se presenta el descubrimiento a la inversa.

#### **5.3.4. Reglas de ofrecimiento de los medios de prueba.**

El ofrecimiento de los medios de prueba es la *“actividad realizada por las partes, la cual radica en la presentación ante el órgano jurisdiccional de los testimonios, documentos, periciales, objetos y todo aquello tendiente a acreditar o desacreditar el hecho típico”* señalan Zaragoza Ortiz y Castillo Espinoza<sup>570</sup>.

Estos medios probatorios deben ser pertinentes y útiles para que sean admitidos a proceso.

El ofrecimiento de prueba del Ministerio Público se hace en el escrito de acusación en el que tiene la obligación de descubrir aquello que le sirva para acreditar sus afirmaciones. El Ministerio Público no debe ofrecer como medio de prueba la declaración del inculpaado.

En el sistema acusatorio el que afirma debe probar y todo lo que se afirma se debe probar. Por ello, se puede decir que las partes ofrecen en su escrito el medio de prueba (testimonial, pericial, documentos, etc.) para acreditar qué medio de prueba es y deben señalar para qué les sirve ese medio probatorio en la acreditación de los hechos.

La defensa ofrece medios de prueba para acreditar sus afirmaciones, no se ofrecen testigos para controvertir, por lo tanto, los testigos de la defensa no pueden ser los mismos que los del Ministerio Público.

---

<sup>570</sup> Zaragoza Ortiz, Julián y Castillo Espinoza, María Cristina, *Las pruebas en el sistema acusatorio*. México, Flores Editor y Distribuidor, 2013, p. 170.

El ofrecimiento de los medios de prueba requiere de algunas formalidades:

- a) El Ministerio Público lo debe hacer en el acto de la acusación, en la etapa intermedia.
- b) Se debe ofrecer el medio de prueba individualizándolo o personalizándolo.
- c) Se tiene que señalar el tema de prueba, el núcleo central de para qué se presenta. Esto es, para conocer la pertinencia, la autenticidad y la admisibilidad del medio de prueba, y si no se señala para qué se ofrece, el juez de control debe declararlo inadmisibile.

Tres aspectos esenciales deben presentar la evidencia para ser aceptada: 1) pertinencia, 2) autenticidad y, 3) admisibilidad.

Para que una evidencia pueda ser considerada en el juicio oral debe ser previamente fundamentada ante el juez. La fundamentación es requerida en interés tanto de la eficiencia como de la equidad.

A fin de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad.

La equidad además manda que el adversario tenga derecho a conocer las bases de la evidencia que se ofrece, antes de que la prueba sea practicada, para ejercer libremente el derecho a la contradicción.

1) La pertinencia es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso. La evidencia debe pasar dos test para ser pertinente.

El primero, relativo a la ley sustancial impone que la evidencia se refiera a:

- Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y
- A la identidad y la responsabilidad penal del acusado.

El segundo ordenado por:

- la lógica,
- la experiencia y
- el comportamiento humano
- debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean probables (probabilidad de la verdad).

La pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de control al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia intermedia, con la finalidad de que este la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión del hecho considerado por la ley como delito y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del inculpado.

También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.

2) La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es.

La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una "cosa real".

El juez decide cuándo un objeto de evidencia ha sido suficientemente autenticado, aunque el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

Generalmente se piensa en la autenticidad aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías.



Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe ser establecido que adecuadamente cumple con la petición de autenticidad del proponente.

El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina *per se* su valor probatorio. El oponente puede controvertir su validez, y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión.

El requerimiento de autenticidad sin embargo no se limita a objetos tangibles pues también es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Esto es que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

3) Admisibilidad. La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible, y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. No obstante, ello, la pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba. La admisibilidad específica de cada tipo de evidencia depende de sus normas particulares, que condicionan su ingreso al proceso.

Por ejemplo, al solicitarse la admisión de una evidencia fundada en una de las excepciones de la prueba de referencia, es indispensable antes de admitirla, el comprobar los supuestos de hecho que se alegan: A guisa de ejemplo la pérdida de memoria corroborada pericialmente, la prueba del secuestro, la desaparición forzada, etc.

d) El medio de prueba que no se ofrezca por las partes en la audiencia intermedia no podrá recabarse en la audiencia de juicio. A respecto hay dos excepciones: 1. La defensa puede presentar como testigo de descargo al imputado en la audiencia de juicio oral<sup>571</sup> y, 2. La prueba sobreviniente<sup>572</sup>, aquella cuyo conocimiento de existencia sólo se obtiene en la

---

<sup>571</sup> Artículos 377 a 379 CNPP.

<sup>572</sup> Artículo 390 CNPP.

audiencia de juicio oral y que el hecho de no haberse conocido no se haya debido a la negligencia de su oferente ya que a nadie puede beneficiar su propia negligencia.

e) Prueba para impugnar credibilidad. Se usa esta prueba cuando alguien declara algo en el juicio que es contrario a lo que había declarado antes<sup>573</sup>.

### **5.3.5. Reglas de admisibilidad y exclusión de las pruebas.**

Para que una evidencia pueda ser considerada en el juicio oral debe ser preliminarmente fundamentada ante el juez.

La fundamentación es solicitada en interés tanto de la eficiencia como de la equidad. Por otro lado, y con la finalidad de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad.

La equidad además propicia que el adversario tenga derecho a conocer las bases de la evidencia que se ofrece, antes de que la prueba sea practicada, para ejercer libremente el derecho a la contradicción.

Como fue señalado anteriormente, para ser aceptada la evidencia presentada debe demostrar tres aspectos fundamentales: pertinencia, autenticidad y admisibilidad.

La pertinencia tiene que ver con la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso. La autenticidad versa acerca de que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. Por su parte la admisibilidad específica de cada tipo de evidencia depende de sus normas particulares, que condicionan su ingreso al proceso.

Las restricciones a la actividad probatoria tienen un doble sentido de protección procesal: Tutelan al justiciable de que no se admitan pruebas ilícitas o ilegales en su contra y, por otro lado, preservan el debido proceso, esto porque resguardan la posibilidad de un juicio justo.

---

<sup>573</sup> Artículo 376 CNPP.

La admisión de los medios de prueba es vinculante para el tribunal de enjuiciamiento, el cual los conocerá a partir del auto de apertura a juicio.

Los efectos de la admisión de los medios de prueba son los siguientes<sup>574</sup>:

a) Se fija al litis probatoria, ello al delimitar cuáles han de ser los medios de prueba que habrán de desahogarse en la audiencia de juicio oral;

b) Se individualizan los medios de prueba, lo que implica que se identifique personalmente a testigos y peritos y de manera individualizada a las pruebas materiales;

c) Se fijan cuáles son los acuerdos probatorios para tener por acreditados determinados hechos o sus circunstancias;

d) Se hace referencia a la prueba anticipada, para que sea reproducida en la audiencia de debate, y;

e) Se cierra la fase de preparación de juicio.

La admisibilidad de los medios de prueba tiene que ver con las siguientes categorías:

1. Licitud y legalidad, 2. Pertinencia, 3. Conducencia, 4. Conocimiento personal de los hechos, 5. Capacidad testimonial, 6. Existencia de privilegios, y 7. Autenticidad de la evidencia física.

#### 1. Licitud y legalidad.

La ilicitud de la prueba y su admisibilidad en el proceso penal, tiene que ver y se compromete con la legitimidad misma del sistema.

En un Estado de Derecho no se pueden admitir medios de prueba prohibidos por el ordenamiento jurídico pues quien pretenda combatir el delito no puede cometer otros con esa finalidad. Actuar o pensar al contrario va en contra de la racionalidad humana y de los valores de justicia aceptados en la sociedad. Si los agentes del Estado encargados de procurar y administrar justicia actuaran en base de medios de prueba ilícitos o ilegales la finalidad de su actuación carecería de sentido.

---

<sup>574</sup> Zeferín Hernández, Iván Aarón, *Op. Cit.*, nota 459, p. 72

En los términos apuntados se presentan los fundamentos políticos de la exclusión de la ilicitud que a saber son:

- Disuadir y desalentar al órgano persecutor de violar las protecciones constitucionales del imputado.
- Velar por la integridad del Poder Judicial.
- Impedir que el Estado o sus órganos se beneficien de sus propios actos ilegales.

La actividad probatoria, como ejercicio de la función jurisdiccional, implica la subordinación al ordenamiento jurídico, que afecta y condiciona su procedencia y eficacia. Entendiéndose el ordenamiento jurídico como el sistema que parte de la CPEUM (artículo 1 constitucional), e integra los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad, además de las disposiciones legales y reglamentarias que desarrollan el derecho procesal.

La CPEUM señala en el artículo 20 Apartado” A” fracción IX que cualquier prueba obtenida con violación a derechos fundamentales será nula.

Así pues, como principio general se establece que todo acto realizado con violación a derechos humanos será nulo y no puede ser ni convalidado ni saneado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por la autoridad jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento.

Asimismo, los actos ejecutados en contravención a las formalidades previstas en el CNPP podrán ser declarados nulos, salvo que el defecto haya sido saneado o convalidado, de acuerdo con lo señalado en la ley<sup>575</sup>.

En lo señalado en los dos párrafos precedentes se establece la diferencia entre prueba ilícita y prueba ilegal.

La prueba será ilícita y consecuentemente nula porque se han violado derechos fundamentales en su acopio, hallazgo, producción, incorporación o desahogo, el

---

<sup>575</sup> Artículo 97 CNPP.

denominador común para la noción de prueba ilícita, en cualquier sistema, es la violación de garantías fundamentales ocurrida dentro de la etapa de instrucción (sic)<sup>576</sup> con ocasión de la actividad de la investigación llevada a cabo por los órganos de persecución penal<sup>577</sup>.

La prueba será ilegal si las formalidades para su acopio, producción, incorporación o desahogo previstas en la ley no se cumplen.

Benavente Chorres e Hidalgo Murillo afirman que la prueba ilegal puede anularse cuando no es posible sanearla, esto es, cuando es imposible conocer la verdad que deben demostrar por ausencia de un elemento de su complementariedad. En cambio, que la prueba ilícita debe anularse porque queda en duda si el acto se realizó, al proceder de la violación de los derechos, de la persona sobre el cual se realizó o se obtuvo la información<sup>578</sup>.

La exclusión de la prueba ilícita supone la imposibilidad de admitirla y valorarla, es decir, su inutilizabilidad en el procedimiento o su nulidad absoluta.

Así pues, la prueba ilícita es la obtenida con violación a los derechos fundamentales, con lo que se violenta el principio de legalidad en sentido amplio.

El CNPP se refiere a la licitud probatoria en el artículo 263, que a la letra reza:

Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.

La consecuencia de la ilicitud de la prueba es su nulidad según se dispone en los artículos 264 y 97 CNPP:

Artículo 264. Nulidad de la prueba. Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación a los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad. Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o tribunal deberá pronunciarse al respecto.

Debido a las consecuencias que en relación con sus efectos producen, resulta importante distinguir a la prueba ilícita de la prueba ilegal o irregular. Así, en lo particular tenemos que, la regla de exclusión y su efecto reflejo sólo se debe enseñar respecto de las pruebas ilícitas.

<sup>576</sup> En el sistema procesal penal de Chile.

<sup>577</sup> López Masle, Julián, en Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Op. Cit.*, nota 145, p. 168.

<sup>578</sup> Benavente Chorres, Hesbert e Hidalgo Murillo, José Daniel, *Manual de derecho procesal penal mexicano. Para conocer y utilizar el código único*, México, Flores Editor y Distribuidor, INMEXIUS, 2014, p. 117.

En tanto que, la prueba ilegal o irregular queda sujeta al régimen de nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en algunos casos, su subsanación y convalidación<sup>579</sup>.

De lo anterior se deriva que en nuestro sistema jurídico penal acusatorio, las pruebas ilícitas están sometidas a las reglas de exclusión bajo el esquema de la nulidad de pleno derecho, sin que al respecto exista discrecionalidad judicial para convalidarlas.

Así lo confirma el contenido del artículo 101 CNPP que en términos generales establece que los actos procesales con defectos absolutos no son convalidables<sup>580</sup>.

En esa tesitura los medios de prueba ilícitos o los ilegales que no hayan sido convalidados deben ser excluidos de la audiencia de debate como se dispone en el artículo 346 CNPP<sup>581</sup>.

De esta manera, sostengo que los medios de prueba ilícitos, o los ilegales que no hayan sido convalidados, deben ser excluidos de la audiencia de debate<sup>582</sup>.

#### 1.1. Reglas de exclusión de prueba ilícita en Estados Unidos de Norteamérica

---

<sup>579</sup> Gascón Abellán, Marina, *Op. Cit.*, nota 456, p. 136.

<sup>580</sup> Artículo 101. Declaración de nulidad Cuando haya sido imposible sanear o convalidar un acto, en cualquier momento el Órgano jurisdiccional, a petición de parte, en forma fundada y motivada, deberá declarar su nulidad, señalando en su resolución los efectos de la declaratoria de nulidad, debiendo especificar los actos a los que alcanza la nulidad por su relación con el acto anulado. El Tribunal de enjuiciamiento no podrá declarar la nulidad de actos realizados en las etapas previas al juicio, salvo las excepciones previstas en este Código. Para decretar la nulidad de un acto y disponer su reposición, no basta la simple infracción de la norma, sino que se requiere, además, que: I. Se haya ocasionado una afectación real a alguna de las partes, y II. Que la reposición resulte esencial para garantizar el cumplimiento de los derechos o los intereses del sujeto afectado.

<sup>581</sup> Artículo 346. Exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos: I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser: a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones; b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o c) Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos; II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales; III. Por haber sido declaradas nulas, o IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo. En el caso de que el Juez estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio. Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el Juez excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.

<sup>582</sup> Tal como se previene en el artículo 346 CNPP.

Gascón Abellán sustenta<sup>583</sup> que la regla de exclusión de prueba ilícita se inscribe directamente en el derecho constitucional al debido proceso, lo que implica que es una garantía implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya posición preferente e inviolabilidad demanda que los actos que los transgredan carezcan de eficacia probatoria en el proceso, y su admisión presumiría una infracción del derecho a un proceso con todas sus garantías y a la igualdad de las partes en el juicio.

No obstante, las reglas de exclusión de las pruebas ilícitas por lesión de los derechos fundamentales no se explican en sentido absoluto, estricto e incondicionado ni en México, ni en otras latitudes y realidades iberoamericanas como tampoco en países europeos con afinidad normativa al *Common law*, pues gradualmente se han ido estableciendo excepciones que han atenuado su aplicación.

Ello obedece a múltiples causas como la ampliación de la presión social a las agencias que integran el sistema de justicia penal ante el aumento, a su vez, de la delincuencia o de la inseguridad ciudadana en su generalidad; la incapacidad y ligereza populista de los titulares de los Poderes Ejecutivos estatales o federales en su postura auto contemplativa y omisiva de combate simbólico a la delincuencia con estrategias de prevención general negativa; las creencias de algunos juzgadores quienes resuelven acudiendo a una motivación determinada y al principio de proporcionalidad, con lo que otorgan eficacia a las pruebas conseguidas ilícitamente, o; a la colonización jurídica del sistema de justicia criminal norteamericano como parte de las estrategias de expansión y control global de esta nación, entre otras.

Miranda Estrampes advierte que la doctrina se divide entre dos posturas diametralmente opuestas. Los que parten de una concepción amplia de ilicitud probatoria, sostienen la “inutilizabilidad” procesal de toda aquella prueba obtenida de manera ilícita, y, los que restringen esa inefectividad a aquellas pruebas conseguidas con violación de derechos y libertades fundamentales<sup>584</sup>.

Así, estas excepciones a la regla de exclusión encuentran su génesis y fundamento en la jurisprudencia norteamericana, primero a nivel federal a partir del caso *Boyd v. United States* U.S. 616 (1886) e incorporado a los sistemas estatales en la centuria siguiente en *Mapp v. Ohio* U. S. 383 (1914). En este país se han presentado los siguientes argumentos para la aplicación de tal regla de exclusión: 1) Disuadir (*deterrence*) o desalentar a los agentes estatales de la persecución penal de violar los derechos fundamentales de las personas; 2) Evitar que los tribunales se conviertan en cómplices de la violación de derechos fundamentales recibiendo la evidencia obtenida ilegalmente, y; 3) Impedir que el Estado se

---

<sup>583</sup> Gascón Abellán, Marina, *Op. Cit.*, nota 456, Pp. 141 a 143.

<sup>584</sup> Miranda Estrampes, Manuel, *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*, México, UBIJUS, 2013, Pp. 112 y 113.

beneficie de sus propios actos ilícitos, con la consecuente erosión de la confianza ciudadana en las instituciones estatales<sup>585</sup>.

Las posturas que afirman la ineficacia probatoria de la prueba ilícita tienen dos vertientes, la que establece que el tope de la prueba ilícita debe establecerse en la admisión del medio probatorio y la que debe ponerse en la valoración de la prueba.

Un problema más a resolver en tratándose de la declaración de ineficacia de la prueba ilícita es la de determinar sus alcances, uno principal u otro secundario<sup>586</sup>.

El efecto principal se refiere a la exclusión del elemento probatorio obtenido ilícitamente. Esto consiste en que la declaración de ineficacia de la prueba ilícita no afecta propiamente al medio de prueba mediante el cual se haya pretendido incorporar el elemento probatorio, sino a este último en sí mismo. A guisa de ejemplo, si se excluye como prueba ilícita la sustancia venenosa con la que se consiguió perpetrar el homicidio, por haber sido recogida durante un ingreso ilegal a un domicilio privado sin contar con el consentimiento de quien podía otorgarlo para su ingreso o sin orden de cateo, entonces entenderemos que no sólo será prohibida la producción como medio probatorio de tal sustancia, sino también cualquier otro medio probatorio que se intentara emplear para incorporarla a la audiencia de debate de juicio oral, por ejemplo la referencia de tal sustancia por parte de testigos.

Un efecto secundario en cuanto a sus alcances es el correspondiente a la exclusión de los elementos probatorios derivados, que da origen a la teoría de los frutos del árbol envenenado o *fruits of the poisonous tree*, originada en el caso *Silverthorne Lumbre Co. V. United States*, 251 U. S. 385, 392., que, en esencia, lleva a determinar si, aparte de los elementos probatorios conseguidos ilícitamente deben seguir la misma suerte los elementos probatorios obtenidos de manera derivada de aquellos.

En lo esencial, esta teoría de los frutos del árbol envenenado presupone y sostiene una relación causal, de tal manera que descarta la posibilidad de que la exclusión se aplique a aquellos casos en los que tal relación causal este quebrantada. Ahora, de manera sucinta me referiré a las excepciones de esta teoría, las cuales son tres que afectan a la prueba indirecta y una a la prueba directa (la buena fe).

#### A. Posturas o doctrinas que afectan a la prueba indirecta

##### a) Doctrina de la fuente independiente.

Esta funciona cuando la prueba derivada tiene independencia de la prueba ilícita de la que se origina, se rompe el vínculo causal y se mira la primera como de fuente independiente. Como al acto ilegal o a sus consecuencias se puede llegar por medios de prueba legales que no tienen conexión con la prueba ilícita entonces no tiene razón invocar esta excepción. Esto

<sup>585</sup> López Masle, Julián, en Horvitz Lennón, María Inés y López Masle, Julián, *Op. Cit.*, nota 145, p. 173.

<sup>586</sup> *Idem*, p. 218 en adelante.



es así pues si la prueba cuestionada ha podido ser conseguida a partir de dos fuentes, de las cuales una es ilegítima y la otra legítima, aquella puede no viciar la prueba, pues es posible que no haya conexión causal entre ambas, y la excepción de la fuente independiente justamente consiste en afirmar dicha desconexión causal. Casos: *Silverthorne Lumber Co. V. United States*, 251 US 385 (1920), *Segura v. United States*, 468 US 796 (1984), *Murray v. United States*, 487, US 533 (1988).

b) Doctrina del descubrimiento inevitable.

El descubrimiento inevitable permite la admisibilidad de la evidencia conseguida mediante otra prueba o procedimiento lícito que estuviera ya en curso o desarrollo pues, de todas maneras, se hubiera logrado por otros medios probatorios o vías legales independientes y legítimos de la original conducta ilícita. Si esto es así no resulta conducente establecer una regla de excepción. Casos: *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

Gascón Abellán puntualiza que esta excepción al basarse en meras conjeturas o hipótesis la hace inadmissible desde la perspectiva de la presunción de inocencia, la cual requiere ser desvirtuada con datos plenamente obtenidos y acreditados de manera lícita<sup>587</sup>.

c) Doctrina del vínculo atenuado o nexo causal atenuado.

En estos casos si el nexo causal o vínculo entre la prueba ilícita y la que deriva de ella se presenta de manera atenuada, que puede considerarse inexistente, por falta de intermediación entre el acto original que se consiguió de forma ilegal y los últimos, entonces se acepta que la última es lícita e independiente.

Se trata de una doctrina que se funda en un criterio de prevención que justifica la admisibilidad de la evidencia porque la atenuación del vínculo hace perder el efecto disuasivo de la regla de exclusión. Casos: *Wong Sun v. United States* 371 U.S. 471 (1963) y *United States v. Ceccolini* 435 U.S. 268 (1978).

En realidad estas excepciones de las reglas de exclusión a la prueba ilícita indirecta son construcciones argumentativas muy criticables y débiles, sin embargo, no son tan riesgosas como las que afectan a la prueba directamente.

B. Posturas que afectan a la prueba directa.

a) La buena fe

Esta excepción a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita se presenta con la circunstancia de que la ilicitud que afecta a la obtención de la evidencia se da cuando ha sido cometida por un agente de la policía "de buena fe". Casos: *United States v. Leon*, 468 U. S. 897.

---

<sup>587</sup> Gascón Abellán, Marina, *Op. Cit.*, nota 456, p. 161.

El alcance de esta regla de exclusión se determina en un balance entre el costo social y el propósito disuasivo de la regla. Sin embargo, la doctrina se funda en el escaso efecto disuasivo en que en determinadas circunstancias tendría la regla para la propia policía y, además, no explica el uso ilegítimo que realiza el Estado de la prueba obtenida con el quebranto de los derechos fundamentales<sup>588</sup>.

En nuestra realidad mexicana, donde la actuación policial esta revestida de señalamientos continuos de arbitrariedad y abuso, es claro que de ninguna manera seria válido ni procedente, sensatamente considerarlo así, la aplicabilidad de esta regla de exclusión.

## 1.2. Breve referencia a las reglas de exclusión de la prueba en Alemania y España

La tendencia generalizada a aceptar la ineficacia de la prueba ilícita ha ido disminuyendo de manera global. En Alemania, la "teoría de la ponderación de los intereses en conflicto", contiene el principio de proporcionalidad bajo el cual se ha puesto en primer orden el interés de la indagación de la verdad cuando los elementos de prueba hayan sido conseguidos con sacrificio de bienes de menor entidad<sup>589</sup>.

En la doctrina alemana<sup>590</sup> existen las prohibiciones probatorias que se dividen en: a) prohibiciones de producción de pruebas, las cuales regulan el procedimiento de obtención de las pruebas, y; b) la prohibición de utilización de pruebas, que regulan el uso judicial que se dé a las pruebas obtenidas.

En este país, el Tribunal Supremo Federal desarrollo la "teoría del entorno jurídico"<sup>591</sup> conforme a la cual en el caso de que se vulneren prohibiciones de producción de la prueba, la posibilidad de revisar y valorar dichos medios probatorios depende de si al ser obtenidos la lesión que produce afectan derechos del recurrente en forma esencial o si tan sólo tienen relevancia secundaria o ninguna importancia para él. En el supuesto de presentarse deben analizarse dos situaciones, a saber, el motivo de la justificación de la disposición y el aspecto acerca de en el interés de quién ha sido creada.

En España, para determinar si existe o no relación causal entre la prueba ilícita originaria y la derivada, el Tribunal Constitucional<sup>592</sup> elaboró la construcción dogmática de la conexión de antijuridicidad, a través de la cual ha ido introduciendo casi todas las excepciones de los frutos del árbol envenenado norteamericanas. En realidad, con esta tesis de la conexión de la antijuridicidad lo que pretende el Tribunal Constitucional es justificar excepciones a la regla de la exclusión de las pruebas ilícitas, lo cual obedece, entre otras cosas a la existencia de una "presión social" en ese sentido<sup>593</sup>. Presión que se incrementa cuando ahonda la sensación

<sup>588</sup> López Masle, Julián, en Horvitz Lennon, Maria Inés y López Masle, Julián, *Op. Cit.*, nota 145, p. 225.

<sup>589</sup> *Ibid.*, Pp. 175 y 176.

<sup>590</sup> Citado por Zeferín Hernández, Iván Aarón, *Op. Cit.*, nota 459, p. 73

<sup>591</sup> También traducida como "teoría del círculo jurídico", "teoría de la esfera de los derechos" o "teoría del ámbito de los derechos".

<sup>592</sup> Resoluciones STC 81/1998, de 2 de abril, además de SSTC 86/1995, FJ 4 y 54/1996, FJ 9.

<sup>593</sup> Al respecto, Gascón Abellán, Marina, *Op. Cit.*, nota 456, Pp. 148 y 149.

de aumento de la criminalidad o de inseguridad ciudadana y entonces se agudiza la pugna entre perseguir y castigar el delito a toda costa, por un lado, y respetar los derechos fundamentales de los probables responsables por el otro.

Para el Tribunal Constitucional español, determinar si existe o no conexión de antijuridicidad entre una prueba ilícita y una derivada, y acreditar si la inconstitucionalidad de aquella se transmite a esta, nos lleva a realizar un doble análisis, uno interno, en base al cual ha de examinarse la índole y características de la vulneración del derecho en la prueba original, así como su resultado, es decir, que la prueba refleja o derivada o indirecta sea jurídicamente ajena o independiente a la transgresión del derecho y; uno externo, en función del cual ha de atenderse a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y la efectividad del derecho que ha sido vulnerado exigen, esto es, que no sea muy necesaria una contundente protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud.

Ambas perspectivas se complementan de tal suerte que sí, la prueba refleja o derivada resulta ajena jurídicamente a la trasgresión del derecho y la prohibición de valorarla no está exigida por las necesidades esenciales de la tutela del mismo, se podrá entender que su efectiva apreciación será legítima desde el punto de vista constitucional<sup>594</sup>.

### 1.3. Reglas de exclusión de la prueba en México

Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita también se han extendido a México atemperando su aplicación y, precisamente, el más alto tribunal de la nación, "salvaguarda de la Constitución", (según se señala en un slogan publicitario que permite presentar los logros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en medios masivos de información) ha sostenido el siguiente pronunciamiento:

**PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN.** La exclusión de la prueba ilícita aplica tanto a la prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional, como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación; sin embargo, existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que harían posible que no se excluyera la prueba. Dichos supuestos son, en principio, y de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes: a) si la contaminación de la prueba se atenúa; b) si hay una fuente independiente para la prueba; y c) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente. Sobre el primer supuesto, a saber, la atenuación de la contaminación

<sup>594</sup> Campos Cantú, Hugo A., *Op. Cit.*, nota 458, Pp. 141 a 143.

de la prueba, se podrían tomar, entre otros, los siguientes factores para determinar si el vicio surgido de una violación constitucional ha sido difuminador: a) cuanto más deliberada y flagrante sea la violación constitucional, mayor razón para que el juzgador suprima toda evidencia que pueda ser vinculada con la ilegalidad. Así, si la violación es no intencionada y menor, la necesidad de disuadir futuras faltas es menos irresistible; b) entre más vínculos (o peculiaridades) existan en la cadena entre la ilegalidad inicial y la prueba secundaria, más atenuada la conexión; y c) entre más distancia temporal exista entre la ilegalidad inicial y la adquisición de una prueba secundaria, es decir, que entre más tiempo pase, es más probable la atenuación de la prueba. En relación con el segundo supuesto es necesario determinar si hay una fuente independiente para la prueba. Finalmente, el tercer punto para no excluir la prueba consistiría en determinar si ésta hubiera sido descubierta inevitablemente en el proceso. Dicho supuesto se refiere, en general, a elementos que constituyan prueba del delito que hubieran sido encontrados independientemente de la violación inicial. La aplicación del anterior estándar debe hacerse en cada caso concreto. Décima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. T. I, 24 de noviembre de 2015, página 993, tesis 1ª. CCCXXVI/2015 (10ª.), materias constitucional y penal. "PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN".

La regla de exclusión de la prueba ilícita es una parte medular del concepto de debido proceso y una potente garantía ideológica<sup>595</sup> que compromete a la preservación de los derechos como condición fundamental del Estado constitucional de Derecho.

Ese compromiso parece que se está debilitando cada vez más en los últimos tiempos. En la mayor parte de los sistemas se ha ido replegando esa regla, dando paso hacia un sistema de libertad de prueba con un amplio reconocimiento del efecto disuasivo como justificación de la regla de exclusión, lo que conlleva a la lenta introducción de limitaciones a su campo de aplicación lo que, a su vez, en el caso de México, resulta muy peligroso, sobre todo en este tiempo en que se ha maximizado la violencia y la criminalidad, lo que lleva a las autoridades políticas a implementar y justificar normas y acciones de esta naturaleza que dan al traste con los principios orientadores de la reforma constitucional en materia del sistema de justicia penal acusatorio.

---

<sup>595</sup> En términos de Gascón Abellán, Marina, *Op. Cit.*, nota 456, p. 169.

He abundado en este subtema por la relevancia que significan las excepciones a la regla de exclusión probatoria en la admisión y valoración de la prueba y su trascendencia en el respeto y resguardo de los derechos fundamentales de todo aquel que pueda ser señalado como probable imputado en un procedimiento de orden penal. Es claro que en un sistema procesal híbrido y en ciernes como el nuestro, que no ha sido consolidado, reglas de esta naturaleza ponen en riesgo su sustentabilidad. Procedo a seguir exponiendo sintéticamente las categorías de admisibilidad de los medios de prueba.

## 2. Pertinencia.

La pertinencia se refiere a la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del hecho que es considerado delito en la ley y con la responsabilidad del inculpado que serán controvertidos en el proceso. Además, debe dirigirse a acreditar que los hechos controvertidos sean más o menos probables de acuerdo a las reglas de la lógica, la experiencia y el comportamiento humano.

Las pertinencias de los medios de prueba deben presentarse ante el juez de control al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia intermedia<sup>596</sup> con la finalidad de que dicho órgano jurisdiccional la admita y se pueda practicar en la audiencia de juicio oral.

La relevancia de ello es que si no se cuenta con los medios de prueba idóneos, pertinentes y suficientes; si los mismos han de ser anulados por ilegales o ilícitos, si los mismos no pueden ser admitidos, la prueba resulta primordial en la etapa de juicio oral. Sin ella no hay juicio.

La pertinencia también tiene que ver con la credibilidad en el testigo, quien debe referir hechos o circunstancias respecto a la comisión del delito y sus consecuencias, así como de la responsabilidad penal respecto del imputado percibidos por sí mismo desde una posición de imparcialidad y objetividad respecto a aquellos elementos.

---

<sup>596</sup> Artículo 346 f. I. inciso b) CNPP.

### 3. Conducencia.

El medio de prueba es conducente cuando es útil porque ostenta valor probatorio y no conduce a error, confusión o dilación injustificada de la actuación del procedimiento.

Regla de exclusión por inconducencia<sup>597</sup>.

Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

- a) Lo exija un interés preponderante.
- b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y,
- c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento, acumulativa.

No toda prueba pertinente es conducente y en ese sentido no será admisible.

El CNPP previene en el penúltimo párrafo del artículo 346 que, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual, el Juez excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima. Esta disposición se ajusta a los criterios orientadores del artículo 1o. constitucional y al Protocolo para juzgar con perspectiva de género implementado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación pues establece un mandato en contra de posibles estereotipos de orden sexual.

De acuerdo con el Protocolo<sup>598</sup> los estereotipos son todas aquellas características, actitudes y roles que estructuralmente en una sociedad son atribuidas a las personas en razón de alguna de las condiciones enumeradas como “categorías sospechosas” o “rubros prohibidos de discriminación”.

Si bien un estereotipo permite organizar y categorizar información y con ello simplificar el entendimiento, puede llegar a ser problemático si niega un derecho o beneficio, impone una carga o margina a la persona o vulnera su dignidad.

---

<sup>597</sup> Artículo 346 f. I incisos a) y c) CNPP.

<sup>598</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Op. Cit.*, nota 246, pp. 48, 52, 56, 61 y 62.

Además, las “categorías sospechosas” o “rubros prohibidos de discriminación” obligan a los órganos jurisdiccionales a un escrutinio estricto y una carga probatoria determinada para establecer la legitimidad o necesidad de una distinción, exclusión, restricción o preferencia.

Así, un trato discriminatorio deberá tener por objeto y/o resultado, impedir, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales dentro de cualquier esfera.

Por ello, la determinación de la existencia de una discriminación o distinción tiene que pasar por el análisis de la objetividad y razonabilidad del acto, el papel que juegan las categorías sospechosas, y la afectación al ejercicio de un derecho, sin lo cual no puede decirse que una prueba sea estimada como conducente.

#### 4. Conocimiento personal de los hechos.

Con la entrada en vigor del sistema penal acusatorio y oral la prueba más común e importante es la testimonial, y como fue referido tal vez sea la más compleja. Por regla general se cuenta con que toda persona está en capacidad de rendir testimonio, siempre que pueda percibir, recordar y narrar la información de la que tenga conocimiento personal, tenga capacidad para distinguir entre la verdad de la mentira, y desde luego declarar la verdad, y entienda la responsabilidad y compromiso que implica declarar ante una instancia judicial.

Así el ordenamiento procesal establece<sup>599</sup> que toda persona tiene la obligación de concurrir al proceso cuando sea citado y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, sin ocultar hechos, circunstancias o cualquier otra información que sea relevante para el esclarecimiento y solución de la controversia.

El testigo no tiene la obligación de declarar sobre hechos que le puedan acarrear responsabilidad penal.

---

<sup>599</sup> Artículo 360 CNPP.

Las respuestas de los testigos deberán ser directas, concretas y pertinentes a las preguntas que se les formulen y deberán versar sobre los aspectos sobre los cuales tengan conocimiento personal<sup>600</sup>.

En la medida de que el testigo debe haber percibido directa y personalmente el hecho de entrada se debe concluir que están prohibidos los testigos de referencia. Este tipo de testigos realizan una declaración fuera del juicio oral pero que está destinada a probar algún elemento sustancial del juicio, y que es imposible que se practique en él. Entonces será excepcional su admisibilidad.

El testigo de referencia no tiene conocimiento directo de los hechos sobre los cuales rinde su declaración, pero realiza manifestaciones o aseveraciones provenientes de otra persona. Por ello es que su declaración está destinada a probar la veracidad del contenido de sus aseveraciones y por lo tanto su declaración no puede ser realizada, sino excepcionalmente, en el juicio oral.

Los fundamentos políticos de la exclusión de la prueba de referencia son, en primer lugar, el garantizar el principio de inmediación por la regla del conocimiento personal de los hechos, así como garantizar la contradicción de la prueba y su confrontación a través del contra interrogatorio del declarante.

Existe una excepción que permite incorporar por lectura las declaraciones de los testigos de referencia, contemplada en el artículo 386 del CNPP cuando él haya fallecido, presente un trastorno mental transitorio o permanente o haya perdido la capacidad para declarar en juicio y, por esa razón, no hubiese sido posible solicitar su desahogo anticipado, o cuando la incomparecencia de los testigos fuere atribuible al acusado.

---

<sup>600</sup> Artículo 372 CNPP.



## 5. Capacidad testimonial.

Como se señaló, el criterio general es que toda persona que está en capacidad de rendir testimonio tiene la obligación de hacerlo, siempre que pueda percibir, acordarse y contar la información de la que tenga conocimiento personal a través de sus sentidos, sepa diferenciar entre la verdad y la mentira y entienda la responsabilidad adquirida al testimoniar<sup>601</sup>, salvo las excepciones o con los privilegios que se comentaran en el siguiente apartado.

El juez debe examinar si el órgano de prueba cumple con los requisitos mínimos para ser testigo, consistentes en que:

- Pueda expresarse de manera que pueda ser entendido.
- Comprenda su obligación de decir la verdad.
- Pueda ajustar su conducta a ese conocimiento.

## 6. Existencia de privilegios.

Se ha referido previamente que toda persona que tenga conocimiento de los hechos tiene el deber de rendir testimonio, pero existen excepciones constitucionales<sup>602</sup> y legales. En el artículo que el ordenamiento procesal establece el deber de testificar, 360 CNPP, se prevén en el correspondiente párrafo segundo que el testigo no estará en obligación de declarar sobre hechos por los que se le pueda fincar responsabilidad penal.

En ese sentido encontramos privilegios como excepciones al deber de declarar. Estos privilegios tienen su fundamento en cuestiones de política criminal considerando que se debe beneficiar las relaciones y comunicaciones confidenciales frente a la relevancia de las evidencias que en ellas se puedan obtener.

Estos privilegios son tanto para los testigos como para el imputado.

---

<sup>601</sup> Artículo 360 CNPP.

<sup>602</sup> Artículo 20 B f. IV CPEUM.

Dentro de las personas exceptuadas y que tienen la facultad de abstenerse a declarar, la ley procesal<sup>603</sup> establece un listado expreso en el artículo 361<sup>604</sup>.

A estas personas deberá informárseles de su facultad para abstenerse de declarar antes de que lo hagan, pero si aceptan rendir su testimonio no podrán negarse a contestar las preguntas que les sean formuladas.

Dentro de las reglas de exclusión de los testigos por privilegios hay quienes tengan conocimiento de los hechos en razón de su profesión, oficio o empleo y por ende deben guardar el secreto de dicho conocimiento según las leyes de la materia, estableciéndose en la ley el listado respectivo.

En el caso de que sean citadas a declarar, deberán comparecer y explicar el motivo por el cual tienen la obligación de guardar en secreto la información y consecuentemente de abstenerse de declarar. Cuando el interesado les libere del deber de guardar secreto entonces sí deben rendir su testimonio. Esa renuncia a no declarar debe ser libre, voluntaria, debidamente informada y asesorada por el defensor del imputado.

El numeral 362 del CNPP es casuístico y al respecto establece reglas de exclusión por relaciones privilegiadas<sup>605</sup>.

Estas relaciones privilegiadas se establecen de la siguiente manera:

- a) Abogado con su cliente.
- b) Médico con paciente.

---

<sup>603</sup> Artículo 361 CNPP.

<sup>604</sup> Podrán abstenerse de declarar el tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario, conviviente del imputado, la persona que hubiere vivido de forma permanente con el imputado durante por lo menos dos años anteriores al hecho, sus parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado y en la colateral por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive, salvo que fueran denunciantes.

<sup>605</sup> Es inadmisibile el testimonio de personas que, respecto del objeto de su declaración, tengan el deber de guardar secreto con motivo del conocimiento que tengan de los hechos en razón del oficio o profesión, tales como ministros religiosos, abogados, visitadores de derechos humanos, médicos, psicólogos, farmacéuticos y enfermeros, así como los funcionarios públicos sobre información que no es susceptible de divulgación según las leyes de la materia.

- c) Psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente.
- d) Trabajador social con el entrevistado.
- e) Ministro de iglesia con el feligrés.
- f) Periodista con su fuente.
- g) Funcionarios. Secreto de Estado.

Toda persona que conozca de los hechos delictivos está obligada a declarar. En caso de que el testigo se niegue a acudir, entonces se le hará comparecer por medio del uso de la fuerza pública sin necesidad de agotar cualquier otro medio de apremio.

También existe excepción a esta última disposición y en el artículo 365 CNPP se establecen cuáles son los servidores públicos que están exceptuados de comparecer pero que han de rendir su testimonio en los términos considerados para los testimonios especiales, con el apoyo de técnicas audiovisuales adecuadas que favorezcan evitar la confrontación y la defensa con el imputado<sup>606</sup>.

#### 7. Autenticidad de la evidencia física.

Existen dos maneras de demostrar la autenticidad de la evidencia en función de si han sido, o no, sometidos a la cadena de custodia, a saber:

En primer término, se presumen auténticos los elementos materiales probatorios y la evidencia física cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente y sometidos a las reglas de cadena de custodia.

Para el caso de que la evidencia física no haya sido sometida a cadena de custodia, la autenticidad se logrará a través del reconocimiento, certificación o informe de un experto, de un perito.

---

<sup>606</sup> Artículo 366 CNPP.

La exclusión de los medios de prueba que recaen en evidencia física sigue también las reglas de exclusión para los otros medios de prueba<sup>607</sup>, es decir, que no sea sobreabundante, que no sea impertinente, o se haya obtenido con violación a derechos fundamentales, que se hayan declarado nulas o ilegales. Fuera de ello, la evidencia física, debidamente incorporada a juicio, servirá para acreditar los hechos considerados por la ley como delito y la intervención penal de su autor o partícipe.

Respecto a la prueba documental, debe señalarse que el CNPP la conceptualiza en el artículo 380 estableciendo que será *“todo soporte material que contenga información sobre algún hecho.”* Y que, si existe cuestionamiento acerca de su autenticidad, quien lo cuestione debe demostrar sus afirmaciones.

El valor de la prueba documental está en razón de lo que ella contiene. Tiene significado jurídico por haber sido creada y tener la capacidad de probar acontecimientos pasados que el testimonio no puede lograr.

#### **5.3.6. Reglas de práctica de medios de prueba.**

El tema consecutivo natural al de las reglas de preparación de la prueba es el de la práctica de los medios de prueba. En el presente trabajo no se abordará por escapar a los fines y alcances del mismo, pues dada la importancia y especificidad de dicho tema, se requiere de un tratamiento extenso y profundo acerca de todos y cada uno de los medios de prueba que se pueden presentar en un juicio oral, aparte que se requeriría abordar estudios de litigación estratégica con el enfoque adecuado para temas muy complejos como lo son el interrogatorio y el contra interrogatorio de testigos, peritos e imputado. De esta manera, las oposiciones o las objeciones por los cuales se manifiestan y resuelven los conflictos sobre los diferentes medios de prueba en el juicio oral han de examinarse en otro trabajo futuro.

---

<sup>607</sup> Artículo 346 CNPP.

#### **5.4. Libertad probatoria.**

De acuerdo con los principios que orientan al sistema penal acusatorio, los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en la ley o por cualquier otro medio técnico o científico, que no contravenga los derechos humanos.

Antes de la reforma el sistema de valoración de pruebas en México era mixto con medios de prueba tasados por el legislador como lo son la inspección judicial o la documental pública y con medios de valoración libre como la testimonial, la pericial o la documental privada.

Ahora el sistema de valoración de pruebas que realizan los jueces es de valoración libre. Al respecto, la CPEUM en el artículo 20 Apartado A fracción II establece que: *“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”*.

De esta manera, el órgano jurisdiccional es libre de obtener racionalmente su convencimiento, porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba; esto significa que el juez debe de apreciar las proposiciones argumentativas durante el juicio según las reglas del criterio racional, es decir, siguiendo las reglas de la lógica, así como según los principios generales de la experiencia y los resultados de la ciencia.

La valoración de medios de prueba en el CNPP se contempla en los artículos 265, 359 y 402 en los siguientes términos:

**Artículo 265. Valoración de los datos y prueba**

El Órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios.

**Artículo 359. Valoración de la prueba**

El Tribunal de enjuiciamiento deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se

llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado.

**Artículo 402. Convicción del Tribunal de enjuiciamiento**

El Tribunal de enjuiciamiento apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica; sólo serán valorables y sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las disposiciones de este Código.

En la sentencia, el Tribunal de enjuiciamiento deberá hacerse cargo en su motivación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. Esta motivación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado.

No se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración.

El constituyente en México al crear el sistema penal acusatorio efectivamente estableció un sistema probatorio libre y racional, dejando claro que la valoración fincada en la íntima convicción no tendría lugar en el país, y, si bien es cierto que el órgano jurisdiccional cuenta con plena libertad al momento de realizar la valoración probatoria, sus bases objetivas las proporcionan las reglas de la sana crítica.

Para que la valoración libre de la prueba no se desnaturalice o descontextualice, al grado de incurrir nuevamente en un sistema de libre convicción, entonces deben crearse criterios de valoración racional que resulten ser lógicos y objetivos, ello con la finalidad de no introducirnos al peligroso campo de las subjetividades, en donde el juzgador basa su criterio en los aspectos que mejor le convengan, en los que más cree, siente o intuye, con lo cual el sistema de sana crítica no podría operar válidamente.

Entonces, la prueba tendrá que ser valorada con criterios objetivos racionales. De ahí emergen los métodos positivos de apreciación, como tales, la racionalidad y la objetividad, los cuales han de ser el sustento para la motivación de la resolución a la cual arribe el Juez. Como tales métodos no se encuentran tasados en la ley, inclusive ni siquiera están explícitos, es que resulta fundamental irlos delimitando y hacerlos visibles.



#### **5.4.1. La necesidad de establecer modelos de racionalidad en la valoración de la prueba.**

Gascón Abellán advierte que es fundamental diseñar modelos de racionalidad que permitan contener el ejercicio del poder de los jueces. Que esto se ha pretendido hacer desde la teoría de la argumentación jurídica. No obstante, tales estudios se han centrado principalmente en el aspecto normativo de la decisión judicial, manifestando muy poca preocupación por los problemas o temas referentes a la prueba. Pareciera ser que el juicio sobre los hechos no planteara problemas, por lo que es más preocupante, que si aun planteándolos, el asunto fuese un espacio de decisión abocado, sin remedio alguno, a la discrecionalidad extrema, cuando no a la lisa y llana arbitrariedad. Esto lo advierte considerando que, ese es el espacio de ejercicio de la actividad del Poder Judicial menos regulado y, consecuentemente, en donde el órgano jurisdiccional puede ser más arbitrario, resultando, en consecuencia, indispensable el imponerle algún tipo de control<sup>608</sup>.

También señala la referida autora que, no es desconocido el hecho de que los jueces en el ejercicio de sus atribuciones, ejercen un poder intenso. Hoy en día, lo novedoso, y también peligroso, dentro del constitucionalismo en el que se mueve el Derecho, que permite la integración y control de convencionalidad, es que puede dirigirse, como aparentemente va, a un activismo judicial desbocado. Por ello, no debe confundirse la conformación de controles jurídicos sobre el proceso argumentativo de los jueces que conduce desde la inicial información fáctica y normativa hasta la resolución como una limitante antidemocrática a la actividad judicial, pues aún en la ideología del estado constitucional de derecho la presencia de una sólida discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no le proporciona inmunidad al juez para hacer lo que le venga en gana.

Aun cuando la necesidad de motivar las sentencias se ha convertido en una exigencia incuestionable, la cultura y práctica de la motivación aún encuentra una específica resistencia cuando se refiere al ámbito de la prueba. Seguramente ello obedece a que el juicio de hecho durante mucho tiempo ha pertenecido a aquel aspecto de las cuestiones jurídicas que

---

<sup>608</sup> Gascón Abellán, Marina, *Op. Cit.*, nota 456, pp. 9 y 10.

aparentan no ser problemáticas, lo que las introduce en una zona de penumbras, en la cual impera el arbitrio judicial irrestricto<sup>609</sup>.

#### 5.4.2. La sana crítica y la motivación.

El problema inicia desde el aspecto consistente en que no existe consenso en los ámbitos legal, jurisprudencial o doctrinal acerca de lo que es la sana crítica. Lo que se sabe es que es una forma de apreciación probatoria que encuentra bases históricas en el derecho español.

Así pues, la sana crítica como criterio de la valoración de la prueba encuentra antecedentes en los artículos 147 y 148 del Reglamento del Consejo Real Español, el cual sostenía que dicho Consejo debería apreciar “según las reglas de la sana crítica las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de las declaraciones”<sup>610</sup>.

El sistema de libre convicción o sana crítica racional puede ser entendido como aquel caracterizado por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados<sup>611</sup>.

En este modelo probatorio existe libertad de selección de medios probatorios y libre valoración de la prueba por parte del juez, pero sujetándolo a estándares generales de racionalidad, lo que conlleva la exigencia de una completa motivación de las conclusiones probatorias, como garantía y herramienta de control de su racionalidad.

---

<sup>609</sup> *Ibidem.*, pp. 175 y 181.

<sup>610</sup> Barrios González, Boris, *Teoría de la sana crítica. Interpretación, valoración y argumentación*, México, UBIJUS, 2017, p. 27.

<sup>611</sup> López Masle, Julián, en Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Op. Cit.*, nota 145, p. 149.



Cerda San Martín señala que con éste tipo de valoración se implanta un modelo analítico que demanda una motivación estructurada en forma dialógica, que no solo comprenda la justificación lineal de la hipótesis fáctica escogida, sino también la valoración singularizada de las pruebas desestimadas y la confrontación de las hipótesis desechadas, lo que refleja adecuadamente el carácter relacional de la justificación de los enunciados que declaran hechos probados respecto del conjunto de elementos de juicio representado por todas las pruebas admitidas y practicadas en el proceso y constituye el necesario correlato de la garantía de proceso contradictorio<sup>612</sup>.

Taruffo afirma que<sup>613</sup>, esta actividad consistente en la libertad de escoger, entre el material probatorio incorporado a la causa, los elementos que estime significativos y determinantes para la decisión sobre el hecho, tiene, sobre la concepción de la libre convicción, dos variantes, a) si se parte de la idea original de que la valoración de la prueba es una actividad irracional, entonces la actividad del órgano jurisdiccional puede ser excesiva o inoportuna y afectar el principio dispositivo, ya que le puede facilitar la omisión arbitraria acerca de la consideración de las pruebas aportadas por las partes, o, b) si la posibilidad de elegir los elementos de prueba significativos se ejerce de manera controlable y racional, podemos hablar de respeto al principio de contradictorio orientado a una determinación verdadera y racionalmente fundada de los hechos. En ambas posturas, la elección incide en la motivación de la sentencia. En el primero de los casos, la motivación resultará superflua y escasamente relevante. En el segundo, que es el que desde nuestra perspectiva debe prevalecer, la motivación asume un significado trascendente pues el juez debe justificar con argumentaciones racionales sus elecciones, sometiéndolas, además, al control externo que puede verificarse sobre la motivación.

De esta manera es que, se convierte en una asignatura necesaria el entender qué es y qué es lo que se requiere de la motivación para el sistema procesal penal acusatorio.

Barrios González señala que la tradición positivista utilizó el verbo “motivar” para sustentar el silogismo lógico jurídico como la fórmula que resultaba válida para darle fundamento a las resoluciones judiciales. Que, hoy en día, se emplea el verbo “argumentar” para proporcionar sustento a ese requisito de validez de las sentencias judiciales, pero, además, se deben reunir los valores de legitimidad y eficacia como atributos de tales actos jurisdiccionales al cumplir con la función de administrar justicia.<sup>614</sup>

<sup>612</sup> Cerda San Martín, Rodrigo, *Valoración probatoria y control del juicio fáctico*, México, UBIJUS, 2016, pp. 67 y 68.

<sup>613</sup> Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2009, Pp. 402 y 403.

<sup>614</sup> Barrios González, Boris, *Op. Cit.*, nota 610, Pp. 80 y 81.

La motivación es un género de justificación que se plasma en la sentencia. Podemos cuestionarnos en qué consiste la motivación. En respuesta se tiene que, ello depende de la forma en que se conciben las relaciones entre la valoración o descubrimiento (el camino intelectual que ha llevado a exponer como verdaderas a determinadas aseveraciones sobre hechos controvertidos) y propiamente la motivación o justificación (entendido como la aportación de las razones por la que esas aseveraciones pueden considerarse verdaderas o probables)<sup>615</sup>.

Dado que las razones que conforman la justificación (o sea, los argumentos justificatorios) son los criterios de probabilidad o aceptabilidad del mismo, entonces serán los criterios que soportan el proceso de valoración racional. Por ello, es un instrumento que permite el ejercicio racional del Derecho por parte de los órganos jurisdiccionales y que las resoluciones judiciales no sean arbitrarias

Existen dos métodos para motivar en las resoluciones jurisdiccionales, a saber: a) Analítico o atomista y, b) el holístico o global.

El método analítico o atomista es el adecuado para un sistema acusatorio y se fundamenta en aducir que la decisión sobre el caso en estudio se consigue a través del análisis pormenorizado de cada elemento de prueba que ha sido estimado por el órgano jurisdiccional, así como su correspondiente valor que le ha asignado y de la cadena de inferencias que se fundan sobre cada una de ellas y nos llevan a la resolución final.

Por su parte, el holístico o global pretende explicar la resolución final sobre los hechos mediante una exposición global y conjunta de las pruebas, integrando un relato que narra los hechos cronológicamente o en secuencia temporal. En realidad, ello no cumple con la finalidad de la prueba, que en tratándose del sistema penal acusatorio sería la de lograr la convicción sobre el esclarecimiento de los hechos, lo cual solo se consigue a través del ejercicio valorativo individual y a través de su conjunto que conduce al juzgador a inferir lo que aconteció, a partir de los elementos objetivos que obtuvo de la prueba<sup>616</sup>.

Los errores que los jueces pueden cometer en la ponderación de los elementos de prueba son de diversa índole y pueden llegar a generar la reposición del juicio. Algunos de ellos son la insuficiencia o ausencia realizada en la motivación fáctica, o habiéndola realizado puede resultar confusa, o que los razonamientos probatorios utilizados sean irracionales, o que la conclusión fáctica vulnere el estándar de prueba normativo, más allá de toda duda razonable, para condenar, entre otros con lo que se vulnerarían derechos fundamentales de los intervinientes en el juicio, lo que ha de ser subsanado a través de los medios de impugnación que se establezca en la normatividad.

<sup>615</sup> Gascón Abellán, Marina, *Op. Cit.*, nota 456, p. 186.

<sup>616</sup> Zeferín Hernández, Iván Aarón, *Op. Cit.*, nota 459, p. 155.

Como se ha visto, la necesidad de motivar correctamente las resoluciones jurisdiccionales es muy importante y se ha tomado en una exigencia incuestionable para la preservación del Estado de Derecho y el Debido Proceso. No obstante, continúa existiendo una significativa resistencia a la cultura de la motivación en lo que se refiere al campo de la prueba. Esto puede obedecer a que el juicio de hecho ha pertenecido durante larga temporalidad a aquellas cuestiones jurídicas que, en términos de Gascón Abellán, se consideran no problemáticas, pero que, en realidad, es un espacio de penumbras en que reina el abuso del arbitrio judicial<sup>617</sup>.

En suma, para que el sistema penal acusatorio no repose en un sistema de íntima convicción, el legislador estatuyó las bases del sistema de sana crítica, por lo cual en las resoluciones judiciales deben aplicarse criterios de racionalidad dentro de la libertad en la valoración de la prueba además de sujetarse a las reglas de la lógica.

En tales términos, al dar pauta a los criterios orientadores de la sana crítica, los cuales se integran por la propia lógica en su aspecto dialéctico, las máximas de la experiencia y los conocimientos desprendidos de la ciencia, estableció las directrices a los juzgadores para que sus resoluciones conclusivas adquieran dichas bases racionales. Procedo brevemente a establecer el contenido de estas categorías.

#### **5.4.3 Las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos como parámetros de racionalidad que rigen la valoración probatoria**

Como se ha establecido, en un sistema de libre valoración racional de la prueba el juzgador es quien determina su valor probatorio, pero no de manera subjetiva o arbitraria, sino en atención a criterios de racionalidad, los cuales también tiene la obligación de explicar.

Así pues, toda resolución de los órganos jurisdiccionales en esta materia debe ser respaldada por un aparato discursivo que debe contener un diálogo intersubjetivo y las conclusiones obtenidas bajo determinadas reglas que se desprenden del procedimiento.

Si argumentar radica en proporcionar razones favorables o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar, y que la resolución jurisdiccional sea racionalmente justificada, entonces se considerará válido o correcto el argumento que se construya racionalmente, fundado en razones epistemológicas y jurídicas y no solo con base en argumentaciones persuasivas como ocurre ante los jurados en los sistemas de enjuiciamiento penal de origen anglosajón.

Cerda San Martín señala que existen condiciones de validez del argumento, las cuales son formales y de contenido. Las primeras tienen que ver con la corrección formal del

<sup>617</sup> Gascón Abellán, Marina, *Op. Cit.*, nota 456, p. 181.

argumento y que no constituyan falacias formales. Las segundas tienen que ver con la relación de las premisas con la verdad, con la realidad que tratan de soportar. También señala que la validez formal del argumento no garantiza la verdad de la conclusión, pues esta dependerá de la verdad del contenido de las premisas<sup>618</sup>.

Estos parámetros de racionalidad no deben tomarse como limitaciones o instrucciones tasadas para el juzgador, sino que tan solo serán el camino mínimo para cada caso por el cual debe ajustar su argumento para no distanciarse de la racionalidad.

#### 5.4.3.1 Las reglas de la lógica

La doctrina ha elaborado un conjunto de principios lógicos que permiten orientar el razonamiento de la sana crítica en la valoración de la prueba judicial para que no se confunda con la íntima convicción.

Las reglas de la lógica constituyen un límite a la libertad de apreciación de las pruebas por parte del juez nos dice Galindo Sifuentes, esto debido a que el juez tiene que respetar las leyes del pensamiento al momento de valorar las pruebas. Además, advierte que se puede invocar como violación a las reglas de la lógica cuando un juez comete una falacia formal porque no respeta las reglas de inferencia al dar un salto arbitrario entre las premisas<sup>619</sup>.

La lógica se ocupa del pensamiento correcto, de la estructura del razonamiento lógico, a través de reglas formales o principios permanentes que buscan lograr la referida corrección

Los principios de la lógica nada señalan respecto al contenido de las premisas, sino que operan a nivel de la corrección del razonamiento mismo, esto es en cuanto a la forma en que se expresa. De manera concreta referiré los principios lógicos básicos.

##### A) Principio de identidad

Se remonta a la formulación eleática de Parménides, quien sostenía que "todo ser es idéntico a sí mismo" y se enuncia afirmativamente en la fórmula "lo que es, es".<sup>620</sup>

---

<sup>618</sup> Cerda San Martín, Rodrigo Alberto, *Op. Cit.*, nota 612, p. 72.

<sup>619</sup> Galindo Sifuentes, Ernesto, *La valoración de la prueba en los juicios orales*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010, p. 58.

<sup>620</sup> Cerda San Martín, Rodrigo, *Op. Cit.*, nota 612, Pp.89 y 90.

La trascendencia de este principio estriba en que no solamente se aplica a la identidad de los objetos en sí mismos sino también, a la identidad de los conceptos en sí mismos. Por ello, durante todo el camino de la operación mental los conceptos deben tomarse con un contenido inalterable, pues, en caso diverso, estaríamos manejando realmente conceptos diversos, lo que nos conduciría a una conclusión falaz.

#### B) Principio de contradicción (de no contradicción)

Según Manuel Luján Túpez, referido por Cerda San Martín<sup>621</sup>, este enunciado proviene de la escolástica temprana en donde se planteaba que “todo aquello que es, en cuanto tal, no puede no ser”. Luego entonces, una cosa no puede entenderse en dos dimensiones a la vez, esto es, que una cosa o un sujeto, respecto a una misma situación o relación, no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Este principio nos transporta al entendimiento, dentro de los parámetros de la lógica formal, de que, en un juicio de contradicción, de dos juicios que sean contrarios, uno debe ser falso dado que la cosa no puede ser y ser a la vez<sup>622</sup>.

#### C) Principio de tercero excluido

De acuerdo con este principio, si existen dos proposiciones encontradas, porque una afirma y la otra niega, y si reconocemos que una es verdadera, la otra deberá ser falsa, además de que no puede haber una tercera opción. Así, la verdad debe emerger de los dos extremos planteados, ya sea en la afirmación o en la negación.

#### D) Principio de razón suficiente

Este principio fue expresado en 1714 por Leibniz y desarrollado por Shopenhauer en 1813 en los siguientes términos: “ninguna enunciación puede ser verdadera sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo”, teniendo subsecuentes desarrollos<sup>623</sup>. Una formulación reciente es la de Esser<sup>624</sup>, quien establece el siguiente sentido del principio: “Todo juicio necesita un fundamento suficiente para ser verdadero”, lo que se puede reducir a que “Todo conocimiento debe ser suficientemente fundado”.

---

<sup>621</sup> Ídem, Pp. 87 y 88.

<sup>622</sup> Barrios González, Boris, *Op. Cit.*, nota 610, p. 51, y en *Op. Cit.*, nota 506, p. 165.

<sup>623</sup> Citado por Cerda San Martín. Rodrigo Alberto, *Op. Cit.*, nota 612, Pp. 90 y 91.

<sup>624</sup> *Ídem*

En el área jurisdiccional, este principio se materializa cuando el órgano jurisdiccional funda el caso en determinadas circunstancias y ajusta el caso a una norma determinada en base a su razonamiento decisorio.

En los términos señalados una proposición será cierta cuando ha sido demostrada, esto es, que existan suficientes fundamentos de acuerdo con los cuales la proposición se tenga por verdadera. Como puede advertirse, este principio, a diferencia de los tres previos, tiene que ver también con el conocimiento de la verdad, a diferencia de los tres primeros que tienen que ver con la corrección del enunciado, de tal manera que el principio de razón suficiente es un problema epistemológico y los tres previos refieren a problemas de la lógica exclusivamente.

De este principio de razón suficiente se desprende la exigencia de que las inferencias que realice el órgano jurisdiccional sean necesarias e inequívocas, ello al aplicar el método deductivo, o probables, si el método que se usa es el inductivo.

Finalmente, ha de advertirse que, este principio se vincula con el estándar de prueba que exige una cantidad determinada de información suficiente para brindar a la conclusión la calidad de racional.

Entonces, la sana crítica o sana convicción le da plena libertad de convencimiento al Juez, pero exige que las conclusiones sean el fruto relacionado de las pruebas, que exista respeto de las normas que gobiernan el correcto entendimiento humano y se dé una adecuada motivación de las resoluciones aplicando las reglas de la lógica (también las de la psicología), y la obligación de aportar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre lo afirmado o negado y los elementos de prueba utilizados para llegar a esa afirmación o negación, lo cual se logra por dos operaciones intelectuales: 1) la descripción del medio probatorio y 2) la valoración crítica del mismo. No habré de abundar en ello en esta investigación.

#### **5.4.3.2. Los conocimientos científicos**

En términos del sistema de enjuiciamiento procesal penal, hay que distinguir entre prueba científica y los conocimientos científicos como estándar para ayudar al juez en la valoración de la prueba a manera de premisas de razonamiento o argumento, por ello existen algunos criterios que le pueden ser útiles al juez en esa tarea: a) Que la conclusión científica tenga fundamento fáctico, b) Que el control y la falsabilidad de la teoría que está en la base de la prueba científica de que se trate, c) Que se hayan empleado principios y metodología fiables, d) Que la conclusión sea aplicable a los sucedido de manera verificablemente

correcta, e) Que las técnicas y teorías usadas para conseguir datos y conclusiones hayan sido aplicadas antes, que son relevantes y tengan reconocimiento por la comunidad científica, f) Que se hayan aplicado las técnicas según los estándares y normas de calidad vigentes, g) Que el dictamen tenga información sobre el posible grado o nivel de error o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos con tal técnica o teoría científica<sup>625</sup>.

No abundaré en este aspecto sobre los conocimientos científicos como elementos de la sana crítica para no rebasar los límites de la presente investigación.

#### 5.4.3.3. Las máximas de la experiencia

A lo que pareciere algo sencillo y elemental, debe señalarse que existen algunos problemas. El primero, es que existe un desconocimiento conceptual sobre lo que debe entenderse por máximas de la experiencia.

Barrios González nos dice que deducir que las máximas de la experiencia se tratan de la experiencia personal del juzgador es incorrecto<sup>626</sup>, inclusive se trata de un absurdo que se manifiesta no pocas veces en la sentencia, generalmente a manera de estribillo, de fórmula deductiva sin base argumentativa, con la cual los jueces se conceden licencias interpretativas de la ley o la prueba bajo el pretexto de la experiencia, de "su" experiencia, desconociendo que las máximas de la experiencia son valores de conocimiento general y no particular y que su propósito es que puedan ser verificadas, lo cual viene a dar apoyo a la sentencia en su validez.

Las máximas de la experiencia son un conjunto de conclusiones empíricas fundadas sobre la observación de lo que ocurre comúnmente, y susceptible de adquirir validez general para justipreciar las pruebas producidas en un proceso establece Eduardo J. Couture, citado por Galindo Sifuentes<sup>627</sup>.

La virtud de la expresión de una máxima de la experiencia es su verificabilidad, ello es, que cualquiera pueda comprobar su verificabilidad.

Uno de los paradigmas más polémicos del nuevo sistema de enjuiciamiento acusatorio se encuentra en el encarcelamiento de las personas durante el proceso a través de la medida cautelar de la prisión preventiva. Esta medida se ha legitimado, frente a la presunción de inocencia y la garantía de libertad ambulatoria, exclusivamente si la razón por la cual se disponga su aplicación se justifica la necesidad absoluta de neutralizar un peligro

<sup>625</sup> Galindo Sifuentes, Ernesto, *Op. Cit.*, nota 619, pp. 71 y 72.

<sup>626</sup> Barrios González, Boris, *Op. Cit.*, nota 506, P. 207.

<sup>627</sup> Galindo Sifuentes, Ernesto, *Op. Cit.*, nota 619, p. 40.

procesal (lo que se ha denominado en la doctrina *periculum libertatis*) predicable de la persona cuyo encarcelamiento se dispone y si ese peligro y esa necesidad son verificados en cada caso en lo particular<sup>628</sup>. Esa peligrosidad procesal consiste en un riesgo que amenaza la consecución de los fines del proceso<sup>629</sup>.

Para justificar estas premisas fácticas se requiere realizar dos operaciones básicas e independientes. En primer término, probar un enunciado relativo a un hecho y, en segundo lugar, determinar si el hecho al que se refiere el enunciado es una instancia particular del enunciado fáctico, es decir, que pueda ser traducido a lenguaje jurídico. Esto significa que sea subsumible a una norma pertinente. Ahora bien, debe considerarse que, en el caso específico, el enunciado fáctico consiste en una afirmación sobre el futuro, es decir, un enunciado fáctico probabilístico<sup>630</sup>.

De tal manera que, al pretender acreditar enunciados fácticos probabilísticos, entonces se requiere acudir a las presunciones hominis o presunciones humanas. Devis Echandía señala que, la presunción es un juicio lógico del legislador o del juez en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o del hombre) con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos. Que las presunciones del hombre son principios lógicos basados en las reglas de la experiencia, que permiten una correcta valoración de las pruebas; por consiguiente, no son en realidad presunciones, sino reglas para el criterio del juez<sup>631</sup>.

Así pues, lo que caracteriza a las presunciones hominis es que su regla de sustento es una máxima de la experiencia cuyo respaldo se fundamenta de manera empírica en la observación y el razonamiento inductivo<sup>632</sup>. Por ello, la argumentación justificadora de la concesión de la prisión preventiva debe ser de carácter puramente interpretativo y no probatorio buscando acreditar los extremos señalados en los párrafos precedentes requiriendo del manejo de máximas de la experiencia.

Fuera de lo señalado, donde las reglas de la experiencia tienen aplicación en la acreditación de enunciados fácticos probabilísticos con finalidades específicas, lo cierto es que, ante el actual avance y progreso de la ciencia, de las técnicas y de las artes, todo lo cual concurre en su conjunto al auxilio de la administración de justicia, se requiere hoy hacer un análisis de la concepción de las máximas de la experiencia en cuanto a su alcance en la incorporación a la fase decisoria en el proceso. Esto es así, pues las máximas de la experiencia

---

<sup>628</sup> Dei Vecchi, Diego. *Problemas probatorios perennes. Un análisis a la luz del nuevo proceso penal mexicano*, México, Editorial Fontamara, 2018, p. 89.

<sup>629</sup> Previstos como finalidad del código en el artículo 2 del CNPP.

<sup>630</sup> Dei Vecchi, Diego, Op. Cit., nota 627, p. 102.

<sup>631</sup> Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo II, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, 2012, Pp. 677 y 678.

<sup>632</sup> Dei Vecchi, Diego, Op. Cit., nota 627, Pp. 116 y 122.



no son reglas en sí mismas sino simples valores aproximados, y, por lo tanto, no pueden sustituir ni suplir a las pruebas, sino que son un simple auxilio, como un elemento esclarecedor en la actividad interpretativa y valorativa del juzgador. Hasta aquí dejo la atención de las máximas de la experiencia para no desbordar los temas centrales de la investigación.

Finalmente debe señalarse que, el CNPP no solo prevé el tema de la suficiencia de la prueba en los criterios de racionalidad en lo general, sino que en su contenido normativo establece el nivel de exigencia indispensable para determinar cuándo un hecho puede considerarse probado, o no, en el ámbito de la sentencia, lo cual queda establecido en la convicción más allá de toda duda razonable, es decir, en la expresión "*beyond any reasonable doubt*" del enjuiciamiento penal del *common law*, lo cual es una expresión político jurídica del legislador que ha de analizarse a continuación.

La sana crítica o sana convicción le da plena libertad de convencimiento al juez, pero exige que las conclusiones sean el fruto razonado de las pruebas, que exista respeto de las normas que gobiernan el correcto entendimiento humano y se dé una adecuada motivación de las resoluciones aplicando las reglas de la lógica, de la psicología y la obligación de aportar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre lo afirmado o negado y los elementos de prueba utilizados para llegar a esa afirmación o negación, lo cual se logra por dos operaciones intelectuales: 1) la descripción del medio probatorio y 2) la valoración crítica del mismo.

#### **5.4.4. Estándar probatorio más allá de toda duda razonable**

A través de la actividad probatoria, las partes en conflicto deberán demostrar la certeza de sus enunciados fácticos y el juzgador emitir su resolución derivada de la propia actividad de las partes mediante una convicción objetiva, informada y apriorísticamente conseguida de la prueba que le fue producida. Si su determinación es en el sentido de la condena, su convencimiento debe quedar demostrado más allá de toda duda razonable<sup>633</sup>.

Evidentemente, este dispositivo se trata de una limitación legislativa de la que es importante identificar su génesis conceptual, como otra manifestación de la asistemática construcción del modelo mexicano de enjuiciamiento procesal *penal*.

Es oportuno señalar que el análisis profundo del concepto "más allá de toda duda razonable" requeriría de mayor espacio y de una examinación más completa, que no es viable

---

<sup>633</sup> Artículo 359 CNPP.

hacer en esta investigación, por lo que se tratará de destacar los aspectos más apreciables respecto a su origen y alcances jurídicos.

Cuando se analizaron los principios que orientan al sistema penal acusatorio, en específico el referente al principio de presunción de inocencia se estableció que el mismo genera dos consecuencias: como regla de trato al procesado, impone la obligación de darle trato de inocente, y, como regla de enjuiciamiento establece la carga de la prueba al acusador, generalmente el Estado a través del Ministerio Público, de tal suerte que si no logra destruir la presunción de inocencia satisfaciendo el estándar probatorio impuesto por el ordenamiento procesal, la consecuencia necesaria es decretar la absolución, como se ha indicado, el estándar probatorio impuesto por el CNPP es el de la convicción más allá de toda duda responsable.

Este concepto se adoptó del derecho anglosajón, específicamente del estadounidense, el cual presupone que no se puede decretar una sentencia condenatoria y, en consecuencia, la culpabilidad de una persona imputada, en tanto no se tenga la certeza de que cometió o participó en el delito.

Ha de señalarse que, en los Estados Unidos de Norteamérica los juicios criminales se resuelven en cuanto a su sentido decisorio ante jurado y también en una gran medida en los juicios civiles. Dada la conformación de estos jurados, por ciudadanos legos, el sistema judicial ha ido conformado históricamente expresiones sencillas que guían al jurado en la valoración de la prueba, para que sepan intuitivamente qué grado de certeza deban alcanzar para dar por probado un hecho<sup>634</sup>, es decir, orientarlo de manera tal que, puedan ordenar algo mejor su pensamiento antes de que emitan su decisión. De todas las expresiones, la más extendida es la de “*beyond any reasonable doubt*”.

Aparentemente es una frase sencilla, pero conceptualmente encierra algo bastante más complejo. Antes que nada, debe distinguirse ante qué tipo de proceso se aplica. En el caso del *common law*, en el proceso civil se dará por probado un hecho con la “preponderancia de la evidencia”<sup>635</sup>, esto es, que para dar por probado un hecho basta con una probabilidad más grande de que los hechos sean ciertos a que sean falsos, apreciando conjuntamente la prueba y sopesando las distintas probabilidades<sup>636</sup>.

En cambio, en el proceso penal, la exigencia del estándar probatorio es, al menos teóricamente, mucho más alta, con la referida estatura de más allá de toda duda razonable. Esta es una expresión creada para los jurados que trata de decirles que la probabilidad que el

<sup>634</sup> Nieva Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, Pp. 85 y 86.

<sup>635</sup> López Masle, Julián, en Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. *Op. Cit.*, nota 145, p. 155.

<sup>636</sup> Al respecto, Nieva Fenoll, Jordi, *Op. Cit.*, nota 634, p. 86.



acusado sea responsable de los hechos debe valorarla como muy alta para declararle culpable, asumiendo que no sea posible llegar prácticamente nunca a la completa certeza<sup>637</sup>.

Podrá advertirse la gran imprecisión de esas frases, por lo que en la práctica se está tratando en dichas latitudes de recomendar que su uso sólo se realice si existe el riesgo cierto de que el jurado no entienda realmente cuál es su misión.

Al final, esas frases no son sino guías creadas por la jurisprudencia, con la finalidad de orientar la libre valoración de la prueba. Se afirma que, si han tenido efectividad para orientar a los integrantes de un jurado para resolver casos, pero no ha servido para explicar porque un juez resuelve de una forma u otra, que es lo que en el fondo importa.

Este estándar requiere de una definición acerca de lo que es. López Masle señala que en los propios Estados Unidos se ha planteado el problema consistente en determinar si constituye, o no, un deber del juez proporcionarle al jurado la definición del estándar en el momento de darle las instrucciones previas al proceso de deliberación<sup>638</sup>.

A pesar de la dificultad para lograr esa definición, dos han sido los criterios para integrarla: el de la valoración para actuar ("*hesitate to act*") y el de la certeza moral ("*moral certitude*").<sup>639</sup>

- A) El criterio de la vacilación para actuar, tiene su origen en el año de 1954 cuando la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de Norteamérica en el caso *Holland v. United States* aprobó una instrucción dada al jurado que definía "duda razonable" como "la clase de duda sobre la cual ustedes, personas comunes estarían dispuestas a actuar en los asuntos más serios e importantes de sus propias vidas", aunque en el mismo fallo sugirió que sería más adecuado definirla como "la clase de duda que haría a una persona vacilar antes de actuar" en esa clase de asuntos<sup>640</sup>.

En tiempos más recientes encontramos en el *Modern Federal Jury Instructions* de Sand, Siffert, Loughlin and Reiss en el *Federal Jury Practice and Instructions* de Devitt and Blackmar una nueva definición en los siguientes términos: Duda razonable es una duda basada en la razón y en el sentido común. Es una duda que una persona razonable tiene después de pesar cuidadosamente toda la evidencia. Es una duda que llevaría a una persona razonable a vacilar de actuar en una materia de importancia en su vida personal...<sup>641</sup>.

En el caso de la duda razonable, se trata de una duda que haría vacilar en su decisión a una persona común (por eso se habla que va dirigido a un jurado y no a un tribunal de

<sup>637</sup> Ídem.

<sup>638</sup> López Masle, Julián, en Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, Op. Cit., nota 145, Pp. 158 y 159.

<sup>639</sup> Ídem.

<sup>640</sup> Ibidem, p. 160.

<sup>641</sup> Ídem

enjuiciamiento integrado por jueces profesionales del Derecho, como ocurre en nuestra realidad mexicana) al tomar una decisión en los asuntos más relevantes y sería de su propia vida.

No se tratará entonces de una duda que los haga vacilar, pues no se trata de algún antojo o de un capricho, de tal suerte que la prueba para condenar debe ser tan convincente que una persona razonable no vacilaría en confiar y actuar sobre ella.

Las definiciones norteamericanas han sido criticadas por considerarse que trivializan el veredicto criminal transformarlo en algo análogo a las decisiones que los integrantes del jurado toman en su vida privada.

También debe advertirse que éste estándar de convicción aparece definido aquí a contrario sensu, ello es, a través de la conceptualización del tipo de duda que permite afirmar que el estándar exigido no se ha satisfecho.

B) El criterio de la certeza moral en cambio, define el estado de convicción en términos positivos, identificando el estándar con la idea de certeza.

En los Estados Unidos la idea de certeza se identifica con la certeza moral, por oposición a la certeza absoluta.

La certeza es el estado de entendimiento que tiene a los hechos por verdaderos luego de rechazar invenciblemente todos los motivos contrarios y estar con la firme creencia (lo que le hace un conocimiento dogmático y no racional) de estar en posesión de la verdad. Se trata del nivel más elevado de certeza que una persona puede tener sobre los hechos cuestionados, resultando personalmente convencidos los integrantes del jurado sobre la verdad de los mismos.

En el *Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions 28 – 29* (de 1988) se critican las definiciones basadas en la idea del “*hesitate to act*” y propone definir como prueba más allá de toda duda razonable a “aquella prueba que que los deja a ustedes firmemente convencidos de la culpabilidad del acusado y no los conduce a pensar que haya una posibilidad real de que sea inocente”.

Como puede advertirse, el concepto de prueba más allá de toda duda razonable, por un lado, se empata con las instrucciones que se recomiendan para los integrantes de órganos decisorios en el enjuiciamiento penal norteamericano conocidos como jurados, los cuales no son integrados por profesionales del Derecho, como guía para determinar el sentido de su decisión final, lo que, no ocurre en México por la integración por parte de profesionistas del Derecho en los órganos judiciales. Por otro lado, los criterios que le nutren resultan ser muy ambiguos y problemáticos en su comprensión y alcances, lo que dificultaría su aplicabilidad en la práctica forense nacional.

Es por ello que, atendiendo el origen anglosajón de este parámetro y de los destinatarios del mismo (el jurado), Cerda San Martín<sup>642</sup>, señala que su entendimiento puede ser problemático, sobre todo si consideramos que el sistema mexicano es regido por la racionalidad y con altos niveles de motivación de la decisión fáctica, por lo que estimamos que este parámetro es una innovación del legislador que dificulta su aplicación en el sistema de enjuiciamiento penal nacional, sobre todo si los aplicadores de la norma son desconocedores de su sentido y naturaleza o si, aun conociéndolo, son incapaces de aplicarlo debido a su carencia de estudio sobre las nuevas normas procesales dogmáticas, amén del "coctel" de normas con el cual fue confeccionado el sistema de enjuiciamiento, de lo cual he venido dando cuenta en esta investigación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la duda razonable se puede encontrar en dos hipótesis relacionadas con la existencia de pruebas de descargo, a saber: a) cuando estas confirman la hipótesis de la defensa, y b) cuando a través de estas pruebas se cuestiona la credibilidad de las pruebas de cargo que sustentan la hipótesis de la acusación. En ambas se presenta la duda razonable pues las pruebas de descargo dan lugar a la existencia de una incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación<sup>643</sup>. Será cosa de tiempo, esperar qué más interpretaciones puede ir agregando en el futuro.

Nieva Fenoll señala que, entre los juristas anglosajones se han venido presentando intentos racionalistas de intentar cuantificar la graduación del *dubium* a los fines de determinar si el mismo es, o no, razonable, pues la apreciación de esa noción es variante entre una y otra persona. También concluye que, la duda razonable no posee ningún método de averiguación, más que el razonamiento simplemente hipotético de quienes están llamados a ser jueces, que en muchos casos ni siquiera están obligados a motivar su convicción y ni tan solo son auténticos jueces, en el sentido de que no son *iuris periti*<sup>644</sup>. Desde luego que se refiere a los jurados que son legos en Derecho y carecen de toda experiencia en materia de enjuiciamiento.

Empero, no debemos cerrarnos a la consideración de que, en el sistema de enjuiciamiento penal mexicano, a pesar de que todas las resoluciones jurisdiccionales se realizan por jueces de profesión, que siguen procesos legitimantes -que no es lo mismo legítimos-, de selección, admisión, capacitación, formación, desarrollo, etcétera., lo cierto es que dichos procesos no han sido ajenos al lamentable estado de corrupción que se da en las diversas esferas de la vida nacional, por lo que no se garantiza que todos los jueces en los circuitos judiciales de los dos órdenes de gobierno que aplican administración de justicia penal acusatoria, y el simulacro que es la justicia militar, tengan la capacidad para poder

<sup>642</sup> Cerda San Martín, Rodrigo. *Op. Cit.*, nota 612, p. 115.

<sup>643</sup> Es un criterio localizable en Décima Época, Primera Sala, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo I. Libro 19, junio 2015. p. 594. Tesis Aislada, Número de tesis 1º. CCXXI/2015, Registro IUS: 2009467.

<sup>644</sup> Nieva Fenoll, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, Pp. 78 y 79.

aplicar el Derecho, dentro de lo cual se incluyen conceptos como la duda razonable, aspecto que ha de tratarse con mayor profusión en el siguiente capítulo.

En realidad, debe buscarse un estándar de valoración de prueba para poder condenar a los procesados ajustado al principio de presunción de inocencia que es el paradigma que traza todo el camino que debe seguirse en el proceso, entendido como el sistema de garantías procesales enfocado a la tutela de la inocencia y la protección ante el autoritarismo del poder del Estado.



## CAPÍTULO CUARTO

### LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN LA REPÚBLICA MEXICANA

Por decir lo que pienso, sin pensar lo que digo,  
más de un beso me dieron y más de un bofetón.  
JOAQUÍN SABINA.

#### 1. A nueve años de la entrada en vigor del sistema penal acusatorio en México ¿cuál es el estado de las condiciones que motivaron su implementación?

A partir del 18 de junio de 2008, fecha en la cual se publicó en el DOF la reforma constitucional al sistema de seguridad pública y de justicia penal en el país, con una *vacatio legis* de ocho años para su completa implementación en todo el territorio nacional, se inició la reestructuración de estos sistemas y, el gobierno mexicano, a través de la Comisión para la implementación del sistema penal acusatorio, formalmente declaró haber cumplido con la ejecución de la paradigmática reforma en tiempo. No obstante, existen dudas acerca de la implementación plena del sistema en toda la geografía nacional<sup>645</sup> y francos señalamientos de inoperancia o ineffectividad en su ejecución.

A ciencia cierta, tras nueve años y medio de la entrada en vigor del sistema, no se podría conocer el verdadero avance en la introducción del sistema acusatorio y su real efectividad en todo el país. Como se ha documentado en esta investigación<sup>646</sup>, con los documentos que han emergido para dar seguimiento y evaluación a estos trabajos, no podría conocerse ni siquiera con aproximación a la realidad el verdadero *status* del sistema y su funcionamiento, tomando como primer argumento la carencia de información completa y objetiva sobre la cual elaborar los análisis correspondientes<sup>647</sup>.

Lo señalado en el párrafo precedente, viene a confirmar la hipótesis de trabajo consistente en que, si no se superan las carencias estructurales del sistema y del propio Estado mexicano, el sistema procesal penal acusatorio no vendrá *per se* a ser el pivote de la mejora o disminución en el estado de violencia, inseguridad pública y criminalidad que campea en todo el territorio nacional.

---

<sup>645</sup> Supra p. 60

<sup>646</sup> Supra p. 93 y sigs, en 6.3. Análisis de la efectividad de la investigación en el sistema penal acusatorio a partir de 2008.

<sup>647</sup> De igual forma recurro a la información planteada en el capítulo I de la que se desprende la complicación que han tenido los institutos que han solicitado la información a las instancias de procuración y administración de justicia a través de los canales legales y oficiales para obtenerla y han obtenido respuestas negativas o incompletas e incluso no les han enviado la información solicitada. Supra p. 50 en adelante en 2.1.2.4. Ausencia de información.



Por cuanto hace a las circunstancias de orden externo e interno que constriñeron al Estado mexicano a adoptar al sistema penal acusatorio, ello como fragmento de la también obligada innovación de otras normas para dar cabida al neoconstitucionalismo o al principalismo a manera de organización e interpretación normativa, no se han superado.

Lo cierto es que, como en cualquier otro Estado latinoamericano en las décadas finales del siglo XX y los años iniciales de la actual centuria, la implementación de estos modelos jurídicos ha resultado complicada, ilusoria, simbólica, o políticamente oportunista pues en vez de corregirse los problemas estructurales de orden económico, social, político o cultural, estos se han recrudecido y ensanchado, polarizándose las contradicciones y los conflictos en la sociedad, entre ellos los que deben ser atendidos por el sistema de seguridad pública y de justicia penal.

### **1.1. La descentralización política y económica**

En los aspectos político y económico el modelo centralista y concentrador del poder que caracterizó al país desde el término de la revolución mexicana se vino modificando hacia fines del siglo XX. Empero, la descentralización se fue generando de manera desorganizada, sin contrapesos ni mecanismos de evaluación objetivos y justificables, lo que, entre otras consecuencias, generó un enorme desorden fiscal, una considerable debilidad de los gobiernos municipales y, en general, una desmedida disfuncionalidad en los tres órdenes de gobierno en su régimen, administración y operación.

Tras los doce años de alternancia en el gobierno federal, del año 2000 al 2012, reasumió la presidencia de la república el Partido Revolucionario Institucional. La entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal inició en el año 2008 y culminó la *vacatio legis* para su implementación material en todo el territorio nacional en el 2016, es decir, dentro del periodo constitucional de la última administración del gobierno federal. En lo que se refiere al régimen y estructura de la administración pública, así como su orientación política, éste gobierno fundamentalmente estuvo restaurando las estructuras verticales que habían utilizado en la década de los años 50 del siglo pasado bajo el artificioso e irrazonable argumento consistente en que fue el último tiempo en que en el país se presentaron a la par el orden, el crecimiento económico y la estabilidad política, lo cual se había conseguido precisamente por el modelo centralista del poder existente entonces. Esta estrategia gubernamental generó un gran fracaso puesto que en la actualidad no existen las condiciones y mecanismos que favorecieron en su oportunidad esa centralización del poder.

Lo que hoy se requiere es, a la inversa, construir un modelo descentralizado que genere un gobierno funcional, el cual debe ser evaluado objetivamente y rendir cuentas de su

actuación. El mayor problema de la descentralización de las funciones públicas sigue radicando en la debilidad estructural de las instituciones gubernamentales.

La descentralización se verificó sin planeación, como inercia o reacción a los cambios políticos, económicos y sociales que han distinguido al país a lo largo de los últimos cincuenta años. Por ello, la descentralización no estuvo aparejada paralelamente de un proceso estructurado de construcción institucional que fuera capaz de encausar y darle respuesta a las demandas de la sociedad mexicana. Todo ello generó una relación caótica entre los tres órdenes de gobierno, abusos y excesos de los gobernadores de las distintas entidades federativas, enormes oportunidades para la corrupción y, evasión en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales acerca de los asuntos de su competencia, a guisa de ejemplo encontramos el combate a la criminalidad y a la delincuencia, en cuyo caso, en vez de actuar se limitaban a señalar, recíprocamente, que no era competente para actuar. El resultado es que ninguno intervenía, en tanto los delincuentes aprovechaban para ocupar mayores territorios de control para sus ilícitas actividades. Entendiéndolo así, entonces la descentralización no es una de las causas por la cual las instituciones gubernamentales se encuentren en un permanentemente estado de debilidad; en cambio, sí se puede afirmar que es un síntoma o manifestación de la misma. Si se observa el panorama de la inseguridad en el territorio nacional, se debe concluir que la estrategia centralista es, y ha sido, incapaz de resolverla, pero como las agencias estatales y municipales responsables son tan débiles, es que se sigue marcando la pauta desde el gobierno federal de proseguir en las mismas acciones, aunque ya se haya acreditado que no funcionan<sup>648</sup>. En suma, el modelo económico, político y social, no avanzó en su democratización, sino, por lo contrario, tuvo regresiones desajustadas a la realidad, en la que un modelo de enjuiciamiento penal más democrático no es compatible.

## **1.2. La impunidad, la corrupción y la ineficacia estructural y operativa**

En cuanto a la disminución de la impunidad, la corrupción y la ineficacia estructural y operativa de las distintas agencias encargadas de la prevención del delito, la investigación de los hechos delictuosos y de procuración de justicia se puede afirmar que resulta muy difícil presentar un balance positivo. La violencia se ha ido transformando para mal de la sociedad mexicana y, las organizaciones criminales se han presentado más poderosas que nunca en la historia nacional, así como la connivencia y la corrupción entre tales organizaciones y los actores políticos y operativos que deberían prevenirlas y combatirlas.

---

<sup>648</sup> Al respecto, Rubio, Luis, Introducción, el corazón de nuestro desafío en *Léase si quiere gobernar (en serio)*, Pantín, Laurence (Coord), México, México Evalúa, National Endowment for Democracy, CIDAC, 2018, p. 19 en adelante.

De entrada, debe afirmarse que, no existe en el país una política criminal integral que permita establecer medidas encaminadas a la prevención y disminución de la criminalidad a niveles razonables, en la cual intervengan todas las instituciones que por disposición legal deberían hacerlo para atender las causas que la generan a través de un enfoque integral e incluyente que, de manera indispensable también contemple la participación de la ciudadanía<sup>649</sup>. Una consecuencia ineludible de la ausencia de una política criminal como la señalada, que se proyecte de manera transversal, es que se fragmenta el entramado institucional.

Durante la última década, contrario a lo que se presuponía que habría de presentarse, la criminalidad se ha tornado más compleja, incrementándose los niveles de incidencia delictiva y de violencia, generándose por ello un daño social más extendido. Esto se debe en parte, a que el Estado mexicano no ha generado una política criminal coherente y con visión a mediano y largo plazo que garantice y resguarde el bienestar, los derechos y los bienes de todos los mexicanos sin importar su condición socioeconómica.

Si bien es cierto, como lo delimitamos en el capítulo primero, nos encontramos ante una crisis en los temas de criminalidad y violencia que tuvo su explosión mediática con la guerra contra el narcotráfico que se inició durante la gestión de Felipe Calderón, también lo es que dichas problemáticas ya estaban presentes en la agenda del Estado mexicano desde la década final del siglo XX. No debe ignorarse que los niveles de criminalidad y delincuencia se incrementaron en todo el territorio nacional en los grandes centros urbanos desde la década de los años ochenta. Que a mediados de los años noventa se acrecentaron exponencialmente los delitos de alto impacto, como lo son el secuestro, la extorsión, y los homicidios dolosos, entre otros, lo que generó una mayor percepción de inseguridad por parte de los ciudadanos y puso al descubierto el elevado grado de fragilidad y subdesarrollo de las autoridades responsables de la seguridad tanto a nivel local como en el municipal.

En más de quince años, de 1990 a 2007 la inseguridad se había concentrado en la criminalidad urbana y ciertos delitos de alto impacto como las lesiones dolosas, diferentes modalidades de robo sin violencia y robo con violencia a transeúnte. La actual violencia, vinculada a la actividad de los grupos de criminalidad organizada era secundaria, al menos en la parte subjetiva de la percepción ciudadana. No obstante, en la realidad esta criminalidad, caracterizada por la violencia extrema, se generó desde la última década del siglo XX, aún antes de la transición democrático electoral, y el gobierno federal comenzó un largo e inacabado proceso de reforma para tratar de enfrentarle y subsanar las grandes deficiencias existentes en los distintos cuerpos policiacos del país.

---

<sup>649</sup> Ibidem, nota 648, p. 25 y sigs.

De esta suerte, encontramos que la estructura institucional del país no estaba preparada para contener ni procesar la escalada violenta que generó la estrategia penal de persecución reactiva y del uso de la violencia en contra de la violencia a las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas específicamente impulsada durante la administración de Felipe Calderón lo que, a su vez, incrementó la presión sobre el sistema de procuración de justicia<sup>650</sup>.

La crisis de inseguridad de la misma manera se incrementó con el surgimiento público de distintas manifestaciones del crimen organizado (como la trata de personas o el robo de hidrocarburos), a las cuales a la fecha no se ha logrado presentar una solución adecuada y satisfactoria. A la par, se fue descubriendo también el incremento de las violaciones de los derechos humanos por parte de las agencias del Estado, incluido el propio ejército, encomendadas al combate de estos fenómenos delictivos.

De esta manera, se tuvo conocimiento del surgimiento paralelo de otros fenómenos delictivos como lo son la desaparición forzada de personas, el descubrimiento de fosas clandestinas, los homicidios de periodistas por el ejercicio de su oficio, etcétera., lo que ha superado la capacidad del Estado para atender todos estos frentes de manera ya no sólo de manera efectiva sino también legítima y justificada.

Dentro de las respuestas estatales a estos fenómenos se encuentra la militarización de las tareas de seguridad pública, lo que no ha fraguado mejores resultados, y, en contraparte, ha generado algunos eventos claramente criminales y violatorios de los derechos fundamentales de los ciudadanos, como los acontecidos el 30 de junio de 2014 en la localidad de Tlatlaya, Guerrero, en la que se presentó una ejecución extrajudicial de veintidós personas por parte de elementos del ejército, o la desaparición de 43 estudiantes de la Escuela Normal Rural de Ayotzinapa el 26 de febrero del 2014, de lo cual hemos dado cuenta y que, si bien, no son lo suficientemente representativos para establecer que el actuar diario de los integrantes del ejército sea arbitrario, sin embargo, la sola actuación de elementos militares en los eventos señalados han sido suficientes para que en las comunidades internacional y nacional se conserve la imagen de que en el país las fuerzas armadas inciden en la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando intervienen en actividades que no les resultan propias y en las que no han sido efectivos como lo es el de la seguridad pública en ningún lugar de la república.

Las preocupaciones principales de los habitantes del país a la fecha siguen siendo la criminalidad y la delincuencia. Estos problemas sociales, que se tornan políticos y se pueden desglosar para su análisis en la impunidad, la corrupción y la ineficacia estructural y operativa de las agencias estatales responsables de atenderlos, después de prácticamente

---

<sup>650</sup> En la redacción de estos párrafos se apoyó con la información contenida en Rubio, Luis, *Op. Cit.*, nota 648, Pp. 26 y 27.

diez de haber entrado en vigor la reforma constitucional, a la fecha presentan el siguiente panorama.

### 1.2.1. Impunidad

Dentro del capítulo I de esta investigación, se fueron presentando los datos estadísticos que se fueron obteniendo desde antes de que entrara en vigor la reforma en 2008 y hasta el año pasado<sup>651</sup> acerca de la impunidad en el país. Ahora se presentan los más actuales, de los que desprende afirmar que la situación se encuentra peor que antes de la misma.

De acuerdo con el Índice Global de Impunidad México 2018, en el más reciente informe, nuestro país empeoró en los índices de impunidad global y estatal ya que ocupó con 69.21 puntos el cuarto lugar a nivel de todos los países analizados en el Índice Global de Impunidad (IGI-2017), el país con menor impunidad fue Croacia con 36.01 y el peor Filipinas con 75.6. Además, México resultó el país latinoamericano con más alto nivel de impunidad<sup>652</sup>.

El instituto norteamericano World Justice Project<sup>653</sup>, presentó *The WJP Rule of Law Index 2017-2018*<sup>654</sup>, del que se desprende que México se coloca en el lugar 92 de 113 países evaluados en ese proyecto en el Índice de Estado de Derecho<sup>655</sup>, con lo cual cae en cuatro puestos en relación al reporte de la anualidad anterior. En cuanto a su colocación a nivel mundial, en lo que se refiere al cumplimiento de los derechos fundamentales es el puesto 72 de 113 y en cuanto al aspecto de justicia penal es el 105 de 113. En la medición a nivel región de América Latina ocupa el lugar 25 de 30, en relación al cumplimiento de los derechos fundamentales es el 24 de 30 y respecto al rubro de justicia penal el 26 de 30<sup>656</sup>.

En lo particular, referente a la impunidad en la república mexicana, en el estudio del Índice Global de Impunidad previamente referido se concluye que, la mayoría de las entidades federativas pierden puntos en el índice en relación con el del año previo, empeorando su posición frente a este fenómeno. En el rubro que identifican como "cadena impune y prisma" se desprende que del total de carpetas de investigación iniciadas en el Ministerio Público durante 2016, 1,532,403, solamente el 3% llegó a sentencia condenatoria,

---

<sup>651</sup> Capítulo 1, en 2. Antecedentes y causas de la reforma al sistema de seguridad pública y de justicia penal en México; de manera específica acerca de la impunidad en el rubro 2.1.3. Impunidad.

<sup>652</sup> Índice global de impunidad México 2018 IGI-MEX, *Op. Cit.*, nota 141, p. 7.

<sup>653</sup> Su asociado en México es el IMCO Instituto Mexicano para la Competitividad, así como el NGOsource.

<sup>654</sup> Índice de Estado de Derecho 2017-2018 en idioma español.

<sup>655</sup> El Índice evalúa ocho factores: Límites al poder gubernamental, ausencia de corrupción, gobierno abierto, derechos fundamentales, orden y seguridad, cumplimiento regulatorio, justicia civil y justicia penal.

<sup>656</sup> World Justice Project, *The WJP Rule of Law Index 2017-2018*, Washington, 2018, Pp. 3 y 106.

sin considerar la cifra negra<sup>657</sup> de la criminalidad que pasó de 92.8% a 93.7%, y que el INEGI estima en 24.2 millones las víctimas en edad adulta, lo que significa una tasa de prevalencia delictiva de 28,788 víctimas por cada cien mil habitantes, en 2016 -que es el dato más reciente con el cual se cuenta-<sup>658</sup>.

Los resultados mencionados nos llevan a la conclusión que la impunidad prevalece y se engrosa en nuestro país, lo cual obedece a múltiples factores, uno de ellos la debilidad institucional de las instancias gubernamentales.

### 1.2.2. Corrupción

La corrupción afecta la gobernabilidad democrática del país. Los últimos esfuerzos formales, algunos materiales, para atender este problema fue la creación del Sistema Nacional Anticorrupción, con el que se pretende prevenir, investigar y sancionar a quienes incurre en estos actos, lo cual, en el papel, representa una de las reformas más trascendentales en los ámbitos jurídico, político y social para México.

A guisa de ejemplo de lo afirmado tenemos que, en el *Rule of Law Index 2017-2018*, al revisarse el factor de la corrupción, se concluye que México respecto la Ausencia de Corrupción (*Absence of corruption*) a nivel global se encuentra escalafonado en el sitio 102 de 113 países y a nivel regional de América Latina en el 35 de 36.<sup>659</sup>

Es innegable que la corrupción se ha incrustado en muchas prácticas de las instituciones del Estado mexicano y eso ha llevado a que las propias instituciones se encuentren más debilitadas en su capacidad de atención y respuesta al cumplimiento no solo de sus obligaciones legales sino también a las operativas que tienen fijadas en los programas particulares y en los concurrentes dentro de la administración pública.

El 18 de julio de 2016 se publicó en el DOF el Decreto por el cual se expidió la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción a nivel federal, entrando en vigor al día siguiente, con lo cual tendría que haberse replicado la implementación de las instancias respectivas tanto en dicho orden gubernamental como en cada una de las entidades federativas cuando mucho en un año. Lo cierto es que, habiendo transcurrido esa temporalidad, solamente el 78% de los estados había implementado las instancias

<sup>657</sup> Recordemos, delitos no denunciados las autoridades en materia de seguridad pública o procuración de justicia, cual fuere esta.

<sup>658</sup> Índice global de impunidad México 2018 IGI-MEX, *Op. Cit.*, nota 141, Pp. 7, 8, 20, 43, 46 y 47.

<sup>659</sup> World Justice Project, *Op. Cit.*, nota 656, p. 106.

respectivas<sup>660</sup>, destacándose en muchos casos vicios de opacidad para los procesos de selección de los integrantes de las diversas instituciones que han de integrar el sistema.

La realidad es que, a la fecha de la elaboración de esta investigación, se cuenta con algunos marcos normativos para la conformación jurídica del Sistema Anticorrupción pero a la fecha ni se ha designado al Fiscal General para toda la república<sup>661</sup>, ni los tribunales ni magistrados especializados, por la carencia de voluntad política tanto del titular del Ejecutivo federal como de los integrantes de las cámaras legislativas de Senadores y Diputados, lo que habla del poco interés de poner en marcha este sistema indispensable para la vida democrática del país.

El fundamento del Sistema Anticorrupción se encuentra en el artículo 109 de la CPEUM fracción II, comprendiendo las materias administrativa, penal y fiscal, las que resultan complementarias entre sí para atender a la corrupción en todas sus aristas conocidas.

Padilla Sanabria señala que el planteamiento del Sistema Nacional Anticorrupción subjetivamente aparenta un discurso bondadoso, con el cual habrá de eliminarse la corrupción criminalizándose a los corruptos, pero que la realidad nos ha enseñado que no es así, sino al contrario, puesto que el sistema está diseñado para proteger jurídicamente a las altas esferas del poder político, además de no contar con controles jurídicos externos en contra de la actuación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus integrantes judiciales, lo que de entrada corrompe al sistema<sup>662</sup>.

En el artículo 109 fracción II de la CPEUM señala a quien va dirigida la norma, servidores públicos y particulares que cometan actos de corrupción, los que materialmente se localizan como delitos en los títulos X y XI del Código Penal Federal. Al respecto cabe hacer algunos comentarios.

De entrada, debe señalarse que, ninguno de esos delitos está previsto en el artículo 19 constitucional dentro del catálogo de delitos que merecen aplicarles a sus autores o participantes prisión preventiva oficiosa pues el legislador no los considero dentro de los delitos de alto impacto, fuera del daño social que pudiera llegar a causar.

Revisando los delitos que se deben investigar y perseguir porque tienen las características de la corrupción, como lo son el enriquecimiento ilícito o el de lavado de dinero (Operaciones con recursos de procedencia ilícita) o aquellos que encuadran en los tipos previstos dentro del marco normativo contra la Delincuencia Organizada, encontramos que debe aplicárseles

---

<sup>660</sup> Fernández Martínez, Marco Antonio y Jaime, Edna, Hacer efectivo el aparato institucional de combate a la corrupción, en *Léase si quiere gobernar (en serio)*, Pantín, Laurence (Coord), México, México Evalúa, National Endowment for Democracy, CIDAC, 2018, p. 184.

<sup>661</sup> El vencimiento para ocupar el cargo del primer Fiscal General Anticorrupción en la república vence el 30 de noviembre de 2018.

<sup>662</sup> Padilla Sanabria, Lizbeth Xóchitl, *El Derecho Administrativo Sancionador en el Sistema Nacional Anticorrupción*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2017, p. 8.

el marco normativo previsto en el Código Penal Federal o la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada lo que, a su vez, implica que se debe ajustar el tratamiento a lo que se conoce como Derecho Penal del enemigo. Consecuentemente se debe observar lo siguiente: a) Se presenta la reversión de la carga de la prueba dado que el servidor público debe acreditar el origen lícito del recurso económico o capital, b) Es de carácter económico, c) Se puede investigar, imputar, procesar y sentenciar al servidor público a través de indicios, d) Como resultado de la comisión del delito se pueden perseguir otros de distinta naturaleza a los contemplados en los Títulos X y XI del Código Penal Federal, y; e) No es necesario que el servidor público sea el titular o dueño legalmente de los bienes o el capital que se consideren ilícitos<sup>663</sup>. De esta manera, a quienes se les impute la perpetración de este delito se les podrá aplicar prisión preventiva oficiosa.

También es importante destacar que la CPEUM no establece ningún tipo de procedimiento sancionador contra los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que convalida el comentario respecto a la protección de las esferas políticas y los monopolizadores del ejercicio del poder en materia jurídica en el país, lo cual, acarrea la falta de credibilidad en el esquema y discurso planteados.

Finalmente, debe subrayarse que el Sistema Nacional Anticorrupción eleva a la calidad de víctimas no a la sociedad sino al Estado a través de la Auditoría Superior de la Federación y a la Secretaría del Ejecutivo Federal, que son las mismas a las que les compete fiscalizar, investigar, sustanciar y, en determinadas faltas administrativas, determinar si se finca o no responsabilidad administrativa a un servidor público, lo que permite al Estado mismo ser un agente criminalizador parcial en estos procesos, lo que tampoco permite abonar en la credibilidad sobre el sistema mismo.

Como se desprende de los párrafos precedentes, el camino para combatir a la corrupción requiere de mucha voluntad política y un verdadero golpe de timón en su implementación normativa y operativa, lo que a la fecha no se visualiza.

### **1.2.3. Ineficacia estructural y operativa de las agencias estatales responsables del combate a la criminalidad y la inseguridad pública**

En el combate a la criminalidad y la delincuencia se ha privilegiado el abuso de las leyes penales, ello en función de una inflación legislativa en la creación de tipos penales para pretender, en una fallida estrategia de prevención general negativa, disminuir tales fenómenos sociales, prefiriéndose también los enfoques reactivo y punitivo, advirtiéndose, como ya se ha señalado, la ausencia sistemática de una política criminal integral de parte del Estado mexicano, lo que ha sido reproducido en cada una de las entidades federativas. Tales

---

<sup>663</sup>Ibidem, nota 662., p. 12.



acciones enfrentan en lo general, y en lo particular, a los principios informadores y estructurales del sistema penal acusatorio.

### **1.2.3.1. Ausencia de una auténtica política criminal**

Se advierte que la debilidad institucional no es lo mismo que la baja capacidad de acción de gobierno, pero una retroalimenta a la otra. La legitimidad de las instituciones deriva de su fortaleza y la credibilidad en el gobierno sería el punto en el cual convergen. La problemática en el país es que los puntos trocales de cada uno se encuentran distanciados y caminan por vías diferentes, lo que nos habla de una desconexión o inexistencia de una auténtica política criminal en el país. La problemática en México respecto a la centralización de las funciones públicas se maximiza con la debilidad de las propias instituciones gubernamentales que se encuentran sin atención en la periferia.

En cuanto a la inseguridad pública, es evidente que la estrategia centralista no es capaz de resolver tal problemática social. Este fracaso comienza en la debilidad institucional de las diferentes instancias responsables de la seguridad pública preventiva, así como las de procuración y administración de justicia, tanto estatales como municipales, lo que prácticamente ha contribuido de manera inevitable en la generación de la violencia que tan cruda se presenta en todo el territorio nacional.

Entre otros aspectos, esta debilidad de las agencias responsables de la seguridad pública, al igual que las de procuración y administración de justicia, deviene de diversas causas como lo son el que actúan de manera aislada, por lo que no comparten ni información ni objetivos de actuación comunes ya que trabajan sin adecuados niveles de coordinación y consecuentemente no se pueden gestar estrategias integrales para atender el fenómeno de la criminalidad en sus diversas manifestaciones y dimensiones. En mejor de los casos, se generan acciones aisladas, reactivas y desarticuladas.

Además, carecen, de instrumentos de diagnóstico, objetivos generales y particulares también de planificación, así como de mecanismos de seguimiento y evaluación. Como muestra de ello encontramos la desarticulación, fragmentación y diversidad de normas y protocolos con la que tienen que actuar las distintas corporaciones policiales tanto preventivas como de investigación de delitos.

Otra gran ausente en la política criminal mexicana de este nuevo periodo de reformas al sistema de seguridad pública y de justicia penal ha sido la prevención del delito.

Con la reforma del 2008 se pretendió generar una política criminal integral, pero este proyecto se ha limitado a atender la fragmentación en el sistema de justicia penal sin subsanar la separación que existe con las demás partes del sistema, esto es desde la prevención, la investigación de los delitos y su ejecución a través del subsistema de reinserción social.

Ya iniciado el tiempo de la implementación de la reforma, el gobierno federal dio algunos pasos en la introducción de una estrategia de prevención de los delitos en el territorio nacional. Se comenzó con programas de corte institucional como las iniciativas "Limpiemos México", "Escuela segura", "Salud sólo sin drogas" y "Recuperación de espacios públicos" que requerían de acciones y esfuerzos transversales en la actuación de diversas entidades del Poder Ejecutivo Federal y de los Estados así como el involucramiento de la sociedad. Se les destinaron recursos presupuestales vía Subsemun pero nunca hubo un seguimiento y evaluación adecuados y quedaron como estrategias simbólicas sin generar resultados concretos ni bases para establecer una real política de prevención de las conductas antisociales y delictivas en la nación pues se ha ido ponderando más la acción reactiva que tampoco ha generado resultados satisfactorios.

En este aspecto, también se implementaron algunas reformas legales y entró en vigor la Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia<sup>664</sup>, lo cual constituyó, insisto, otra estrategia simbólica pero no es con buenos deseos y sin acciones concretas con recursos adecuados y claramente destinados, amén de mecanismos de seguimiento y evaluación como se pueden atender adecuadamente estos problemas.

Después, en la actual administración de Enrique Peña Nieto se creó el subsidio al Programa Nacional de Prevención del Delito (Pronapred) a cargo de la Subsecretaría de Prevención y Participación Ciudadana dependiente de la Secretaría de Gobernación pues, como se señaló previamente desapareció la Secretaría de Seguridad Pública y Gobernación se volvió a hacer cargo de estas tareas.

Siguiendo el derrotero de los programas anteriores, al no ser en realidad un programa prioritario del gobierno federal, el Propaned también fracasó ante los errores en su diseño e implementación, ausencia real de diagnósticos, de información confiable para generar recursos y proyectos de inversión y por la permanente opacidad en su funcionamiento que no permitió su evaluación. Como una muestra de la falta de intención y de rumbo se puede señalar que en la Subsecretaría bajo la cual se llevaba el programa hubo cuatro titulares en cinco años, uno de ellos señalado como probable delincuente electoral. Al final, en 2017, se canceló el subsidio<sup>665</sup>.

Para no desentonar con las apariencias, también se legisló sobre la materia, entrando en vigor la Ley General de Víctimas<sup>666</sup> y se le cambió el nombre al Fondo de Aportaciones a la Seguridad Pública (FASP) y al Subsemun por el de Fortaseg (Programa de Fortalecimiento a la Seguridad), como si el mero cambio del nombre del membrete arreglase todo *per se*.

---

<sup>664</sup> El 24 de enero de 2012

<sup>665</sup> Novoa, María y Ramírez de Garay, David, Repensar una política criminal integral para México en *Léase si quiere gobernar (en serio)*, Pantin, Laurence (Coord), México, México Evalúa, National Endowment for Democracy, CIDAC, 2018, p. 42.

<sup>666</sup> El 09 de enero de 2014.

Como se puede advertir, la prevención del delito no ha sido una prioridad asumida con seriedad por los gobiernos de la república.

La estrategia de política criminal en un Estado de Derecho debe ir más allá de la creación legislativa de tipos penales sobre todo tipo de conductas, pues ello la convierte en una política criminal de corte represor.

Considerando que debe generarse una política criminal con una visión integral de seguridad y justicia, Novoa y Ramírez de Garay proponen la generación de una política criminal con una visión integral de seguridad y justicia<sup>667</sup> en la que se privilegie el enfoque social en base a una construcción de dos dimensiones: Una de carácter normativo y, otra estratégica. La primera, mediante la revisión del catálogo de tipos penales y eliminar los que tengan otra vía de solución y, la segunda con la generación de medidas y acciones concretas de diversa naturaleza partiendo del siguiente esquema: a) Diagnóstico y análisis del problema, b) análisis de probables soluciones, c) Diseño y propuesta de políticas, planes y acciones, d) Definición de objetivos e indicadores, e) Ejecución, y f) Monitoreo y evaluación.

Para concretar lo anterior resultaría indispensable contar con proyectos a mediano y largo plazo y, por la multilateralidad de factores que generan la criminalidad, contar con equipos multidisciplinarios que generen conocimiento y respuestas realistas. Desde luego debe contarse con información completa y oportuna para la cual habría que facilitar el acceso a los registros y bases de datos de incidencia delictiva, factores de riesgo delincencial y de prevención con los que se cuenten en las distintas instituciones que los captan como es la Plataforma México del Sistema Nacional de Seguridad Pública o el INEGI.

### 1.2.3.2. La policía y sus transformaciones

Los cuerpos policíacos en el país tienen un grado muy significativo de subdesarrollo y los gobiernos municipales continúan siendo el eslabón más débil de la administración en todos los aspectos. Por ello, resulta urgentemente privilegiar el desarrollo y fortalecimiento de las capacidades de trabajo de las policías en los ámbitos estatal y municipal.

A partir del año 2009 se abrogó la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública que había sido aprobado en el año de 1995. Con dicha abrogación se sancionó la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública que enfocaba sus esfuerzos hacia la certificación policial y al desarrollo policial. Lamentablemente no se cumplió con dichos objetivos.

Durante la administración de Felipe Calderón se continuó con el proceso de reforma policial y se pretendió crear un cuerpo de policía único a semejanza de los cuerpos policiales

---

<sup>667</sup> Novoa, María y Ramírez de Garay, David, *Op. Cit.*, nota 665, Pp. 44 y 45.

existentes en Chile, Colombia y España. Sin embargo, se presentaron resistencias para generar las reformas constitucionales necesarias y también para atender los señalamientos de ineficacia y de corrupción tanto en la Policía Federal Preventiva como en la Agencia Federal de Investigación. Por eso, este gobierno de Calderón sustituyó a la Policía Federal Preventiva por la Policía Federal <sup>668</sup>y a la Agencia Federal de Investigación por la Policía Federal Ministerial, con el objetivo de integrar y concentrar las tareas acerca de la prevención policial y de investigación de delitos en estos dos cuerpos policíacos centralizados, los cuales estaban al mando de la Secretaría de Seguridad Pública, lo cual, a la postre, solo han resultado cambio de membretes pero no en eficiencia en los resultados exigibles a sus atribuciones legales.

También en este periodo se incrementó de manera sustancial el presupuesto destinado a las policías señaladas y a la Procuraduría General de la República. Por ejemplo, se crearon subsidios para apoyar a los municipios en las tareas de seguridad pública. Así se contó con el llamado Subsemun o Subsidio de Seguridad Municipal. De una manera muy emblemática de esta administración federal se involucraron de manera directa al Ejército y la Marina para que comenzaran a atender las tareas en materia de seguridad pública. Como dato importante puede señalarse que en el año del 2006 a la Secretaría de la Defensa Nacional y a la Secretaría de Marina se destinaron como presupuesto \$54,940,000.00, en tanto que para el año 2012 el presupuesto aumentó a \$91,026,000.00.

Con el gran fracaso de la administración encabezada por Felipe Calderón y lo escandaloso que resultó el número de muertos en su guerra contra el crimen organizado, en los inicios de la administración del actual gobierno, encabezado por Enrique Peña Nieto, la seguridad nuevamente se presentó como un tema toral en la agenda nacional. Se declaró expresamente que ante el fracaso calderonista se habría de modificar el modelo institucional en materia de seguridad pública, convirtiéndolo en un esquema más vertical, empero, en realidad mantuvo la misma política de seguridad, con peores resultados en una crisis sin fin que día a día se va agravando.

Para recuperarle el poder y control político de la Secretaría de Gobernación en la agenda política nacional, se desapareció a la Secretaría de Seguridad Pública federal. Esta acción centralizadora tuvo como objetivo otorgar a la Secretaría de Gobernación fundamentalmente dos elementos de control político operativo indispensables en el modelo de gobierno priista del siglo XX: Por una parte, el de los recursos económicos y presupuestales destinados a la seguridad pública en los tres órdenes de gobierno, empleando el esquema de Sistema Nacional de Seguridad Pública, supeditado ahora a la dependencia orgánica de la Secretaría de Gobernación. Con esto se garantizaba otorgar recursos para el combate a la inseguridad pública y la criminalidad a aquellas entidades federativas y municipios que estuvieron conformes con la administración central, principalmente a las del mismo signo político.

---

<sup>668</sup> Ibidem, *Op. Cit.* nota 665, p. 39.

Por otro lado, regresarle el control sobre la fuerza de tarea policial. Este elemento le permitió a la Secretaría de Gobierno tener a su disposición al personal policial y su infraestructura material para actuar cuándo y en dónde determinara unilateralmente dicha instancia. Se disminuyó el número de personal de la Policía Federal Ministerial y de la Policía Federal, aunque se continuó impulsando los procesos de desarrollo policial y de profesionalización.

No obstante que expresamente se sostuvo que las acciones emprendidas por la administración pública federal calderonista había sido errónea, por el involucramiento del personal militar en las tareas de prevención y combate en las esferas de la seguridad pública y del crimen organizado, la realidad es que la administración de Peña Nieto no se distanció de la ruta militar e inclusive fue perfilando la justificación de su permanencia en estas tareas y la protección sobre los posibles actos de fuerza que no pudiera justificar el personal militar, lo cual culminó con la aprobación de la Ley de Seguridad Interior<sup>669</sup>.

Como otra muestra del irrestricto apoyo a la milicia tenemos el incremento al presupuesto a las instituciones militares que pasó de 91 mil millones de pesos en 2012 a 112 mil 327 millones en 2018<sup>670</sup>.

En suma, en las últimas cuatro administraciones públicas federales se han intentado distintas fórmulas para atender las problemáticas de la inseguridad pública y de la criminalidad organizada, coincidiendo en dos aspectos: los recurrentes cambios legales que han incidido en la conformación de las instituciones y su operatividad y, la militarización de la seguridad, ambas ineficientes para cumplir sus objetivos y resultados.

No obstante, el estado de las cosas en este tema se presenta cada vez peor. La administración de Peña Nieto presentó anualmente no menos de 20 mil homicidios. El año 2017 fue el más violento de la historia reciente del país con 25 mil 339 homicidios dolosos, de acuerdo con el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública<sup>671</sup>, quedando muy distante el peor año del gobierno de Calderón, 2011, en donde se presentaban alrededor de 2 mil homicidios mensuales. De esta manera, la actual administración federal culminará con más de 140 mil víctimas de homicidios dolosos en su haber. De la misma manera, se incrementó la cantidad de desaparecidos<sup>672</sup> y desplazados.

Realmente resulta imposible conocer la totalidad de víctimas de los delitos de homicidio y desaparición forzada que se han dado en el país en los últimos diez años. Tampoco puede

---

<sup>669</sup> Decreto publicado en el DOF el 21 de diciembre de 2017.

<sup>670</sup> Novoa, María y Ramírez de Garay, David, *Op. Cit.* nota 665, p. 40.

<sup>671</sup> Citado por Le Cour Grandmaison, Romain, Rediseñar la estrategia de seguridad pública desde lo local en *Léase si quiere gobernar (en serio)*, Pantín, Laurence (Coord), México, México Evalúa, National Endowment for Democracy, CIDAC, 2018, p. 60.

<sup>672</sup> Entre enero de 2013 y julio de 2017, se reportaron 19 mil 156 personas desaparecidas, *Ibidem*, nota 671, p. 62.

desconocerse que la gran mayoría obedece a eventos con la implicación de los grupos de criminalidad organizada. Tampoco se excluye que en muchos casos han participado fuerzas policiales de los tres órdenes de gobierno. Es innegable que en el surgimiento, mantenimiento y explosión de estos eventos criminales se da con la subvención, complicidad y corrupción entre los integrantes del poder político y los grupos de criminalidad organizada en todo el territorio nacional, aunadas a la ya mencionada estructuración y actuación paupérrimas de las instancias públicas responsables de combatir las.

A la vuelta de los años también se ha patentizado que el involucramiento de las fuerzas armadas en las tareas de seguridad pública y combate a la criminalidad organizada no resolvieron estos asuntos, pero se incrementó el nivel de violencia y disminuyó el respeto a los derechos fundamentales en detrimento de la ciudadanía.

Durante la administración actual, como se ha señalado, se incorporaron a la Secretaría de Gobernación las atribuciones de la Secretaría de Seguridad Pública y se creó la Gendarmería Nacional con la idea de la policía proximidad social. Se declaró que esta institución policial contaría con 40 mil elementos. A la fecha apenas cuenta con 4 mil 973. En realidad, no se sabe de logros y de fracasos de esta institución.

Como fue referido en el capítulo I, una de las innovaciones que se pretendió introducir fue el concepto del Mando Único<sup>673</sup>. Esta propuesta nos muestra más de lo mismo: una institución centralizada y aparentemente coordinadora de esfuerzos. Pero que, al no trabajar con diagnósticos de seguridad locales solamente genera operativos o dispositivos policiacos sin efecto preventivo alguno. Lo peor es cuando proponen desaparecer a las policías municipales y sustituirlas por un cuerpo derivado de este modelo.

En esencia, el mando único genera los siguientes inconvenientes: 1) Aumenta el vacío policiaco en los municipios y generalmente desaparecen los cuerpos policiacos municipales antes de la sustitución por fuerzas estatales. En realidad, lo único que se sustituye son los mandos y el personal de tropa siguen siendo los mismos elementos municipales; 2) Se convierte en una solución vertical impuesta que no siempre es bien recibida por la autoridad municipal; 3) La desaparición de las fuerzas municipales agrava la pérdida del vínculo de las fuerzas públicas con los ciudadanos y la realidad local, paradójicamente, y en esencia, es la pérdida de la proximidad que, en teoría, es la que le daría valor a este tipo de estrategia, y; 4) Las situaciones de violencia con los criminales, combinadas con la imposición del mando único de manera vertical, coadyuvan a debilitar la coordinación entre las autoridades de los tres órdenes de gobierno y entorpecen la reacción ante las situaciones primariamente señaladas<sup>674</sup>.

---

<sup>673</sup> Supra, apartado 2.1.2.2., Pp. 51 a 52.

<sup>674</sup> Le Cour Grandmaison, Romain, *Op. Cit.*, nota 671, Pp. 73 y 74.

En suma, no se puede intentar administrar el combate a la inseguridad pública y la delincuencia con estrategias que, ya antes de ser implementadas en todo el país, han resultado fallidas y polémicas. Aparte de ello, como se indicó en el referido capítulo I, para que el mando único funciones se requiere contar con el personal operativo suficiente. No está de más, destacar que de acuerdo con el "Diagnóstico nacional sobre las policías preventivas de las entidades federativas" de 2017 hay 128 mil 922 policías en activo y faltan 115 mil 943 elementos, es decir un 50.86%, de plazas por cubrir, es decir, México tiene la mitad de los policías preventivos estatales que debería tener, según lo establece el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública en lo que denomina el estándar mínimo, que debería ser de 1.8 policías evaluados pues, según la misma fuente, sólo existen 0.8 policías por cada cien mil habitantes. En tanto que el personal operativo destinado a funciones de seguridad pública (por cada cien mil habitantes) a nivel nacional descendió de 152 a 150.68<sup>675</sup>. En tales términos, se estará de acuerdo que la estrategia no ha servido ni sirve y no se puede trabajar adecuadamente con tantas carencias.

### 1.2.3.3. La procuración de justicia

Las procuradurías de justicia o fiscalías son las instituciones del sistema de justicia penal con más bajos niveles de eficiencia<sup>676</sup>. Al respecto, se advierte que solamente atienden hasta lograr una determinación jurídica, sea cual fuere esta: administrativa o judicializada, un promedio a cuatro de cada diez asuntos que conocen. Se estima que, sin considerar la cifra negra de la delincuencia, más de la mitad de los asuntos que se reciben en las agencias del Ministerio Público se acumulan, posiblemente sin ser investigados<sup>677</sup>. Se conoce que, del total de los casos solamente se judicializan cuatro de cada cien. Se puede señalar que, en el ámbito federal, en el 99% de los casos, el imputado fue detenido en flagrancia, lo que nos lleva a considerar que en el resto de los casos es inexistente, formal y materialmente, la capacidad de investigación de los delitos por lo que no son llevados ante un juez, lo que consecuentemente pone en evidencia la ausencia de capacidades de investigación criminal empírica de las instancias investigadoras que componen al Ministerio Público.

Por lo señalado, se deben replantear sus formas de trabajo y fortalecer sus capacidades para la investigación y persecución de los delitos.

Hasta la fecha se pretende medir los resultados del sistema penal en base a los índices delictivos -que más bien son índices denunciativos-, los que se integran fundamentalmente

<sup>675</sup>Índice global de impunidad México 2018 IGI-MEX, La impunidad subnacional en México y sus dimensiones, *Op. Cit.*, nota 141, p. 9.

<sup>676</sup>Novoa, María y Ramírez de Garay, *Op. Cit.*, nota 665, *Op. Cit.*, p. 36.

<sup>677</sup> Le Cour Grandmaison, Romain, en base a información de INEGI, señala que del total de averiguaciones previas o carpetas de investigación iniciadas por el Ministerio Público este año, en el 49% no pasó nada o no se resolvió la denuncia. Le Cour Grandmaison, Romain, *Op. Cit.*, nota 671, p. 63.

con el número de denuncias que llega a conocer el Ministerio Público, lo que resulta equivocado pues ello solo representa una criminalidad aparente, no real. Por otro lado, se pretenden realizar contra reformas al sistema de justicia penal acusatorio pretendiendo endurecer las normas procesales para todos los delitos, extender a más casos el uso de la prisión preventiva y restringir los derechos de las personas acusadas de la comisión de los delitos con la clara tendencia de allanar el camino de investigación a las agencias que les compete la investigación del delito y generar nuevamente mecanismos de control social duros, como son la detención del probable imputado para que, en esa calidad, sea investigado y, en su caso, ser acusado.

A partir de la reforma, se hicieron fuertes inversiones para reorganizar a las instituciones responsables de la procuración de justicia, así como para capacitar a su personal en el nuevo modelo. Estas acciones, se llevaron a cabo de manera aislada, sin una planeación integral y con visiones de corte inquisitivo para intentar lograr nuevos productos con las mismas formas de antes. En el capítulo II, bajo el rubro 3.4.3.1. se abordó la temática del Ministerio Público en México, delineándose sus problemáticas y posibles soluciones.

Se puede afirmar que, a la fecha, estas instituciones, a nivel federal y local, no han superado sus disfuncionalidades, inclusive se han agravado. Los ministerios públicos estatales continúan sufriendo un deterioro estructural y de sus capacidades humanas frente al crecimiento de la delincuencia y la población en el país. A muestra de ello tenemos cuatro indicadores: el número de agencias para atender sus atribuciones es de 3.53 agencias por cada cien mil habitantes; el número de agentes del Ministerio Público pasó de 7.6 a 6.27 por cada cien mil habitantes; el número de agencias tan solo es de 3.53 por cada cien mil habitantes y la tasa de agentes para la atención de los delitos, por cada cien mil registrados, la proporción de agentes declinó de 5.31 a 4.97<sup>678</sup>.

Por lo tanto, se requiere implementar las prioridades y propuestas que se hicieron para generar instituciones de procuración de justicia acordes a un modelo de persecución del delito que actúe de manera integral a la política criminal nacional ajustada a los modelos de un Estado social y democrático de Derecho.

#### **1.2.3.4. El estatus de la impartición de justicia**

En el año 2017, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, los jueces llegaban sexto lugar en la percepción de confianza ciudadana. La insuficiente confianza de los mexicanos en las instancias de administración de justicia refleja las deficiencias de los Poderes Judiciales, entre ellos, el rezago en la resolución

---

<sup>678</sup> Índice global de impunidad México 2018 IGI-MEX, La impunidad subnacional en México y sus dimensiones, *Op. Cit.*, nota 141, p. 8.



de casos, los muy elevados niveles de impunidad, la percepción de que el Poder Ejecutivo tiene injerencia en sus resoluciones, e inclusive la corrupción en el actuar de magistrados y jueces tanto a nivel federal como en los Estados de la república<sup>679</sup>.

Para el año 2011, el 48% de los mexicanos pensaban que la justicia funcionaba mal o en parte mal. Para el año 2015, esa mala opinión se había incrementado hasta el 58%<sup>680</sup>. Para el año 2017, el 55.1% de los mexicanos encuestados dijo tener mucha o algo de confianza en los jueces<sup>681</sup>. En suma, desde antes de la entrada en vigor del sistema penal acusatorio a la fecha, no ha variado la percepción ciudadana acerca de los juzgadores.

Como se ha descrito en este trabajo, la implementación del sistema acusatorio en el país ha tenido sus distintos grados y variantes. En mucho ha influido contar con los recursos presupuestales necesarios para ello. En el país *existe una gran desigualdad en la asignación y ejercicio de los recursos presupuestales*. Durante el año 2016 el total del presupuesto ejercido por los Poderes Judiciales de todos los Estados del país rebasó los 32 mil 477 millones de pesos, en tanto que el Poder Judicial de la Federación ejerció 57 mil 981 millones de pesos, es decir que los Poderes Judiciales de los Estados ejercieron solamente el 35.9% del total de los recursos asignados y el omnipresente Poder Judicial Federal el restante 64.1%<sup>682</sup>, lo cual es una muestra más del disfuncional federalismo que existe en el país.

Otra problemática que explica la carencia de suficientes recursos por parte de los Poderes Judiciales locales es la dependencia y subordinación que tienen respecto del Poder Ejecutivo. Esto queda patente con la posibilidad de designación de magistrados por parte de los Gobernadores o el sometimiento de ternas que presentan ante los Congresos locales para la ratificación de alguno de los integrantes de aquellas, así como en el respectivo proceso de selección de los integrantes de los Consejos de la Judicatura locales. Estas prácticas permiten a la postre al titular del Ejecutivo influir en la selección, designación, adscripción, evaluación, promoción y sanción de jueces y magistrados, así como en el destino de los recursos humanos y materiales que administran los consejeros.

Cabe señalar que, en parte por las mismas razones, la carrera judicial tampoco se encuentra paritariamente desarrollada en todos los Poderes Judiciales de la nación. En otras, la carrera judicial se ha convertido en un mecanismo de control interno de parte de los consejeros judiciales y/o de los presidentes en turno del pleno del tribunal superior de justicia respectivo y del consejo de las judicaturas locales, que les permiten seleccionar, designar,

---

<sup>679</sup> Pantin, Laurence, Elevar la calidad de la impartición de justicia con un gobierno judicial fortalecido en *Léase si quiere gobernar (en serio)*, Pantin, Laurence (Coord), México, México Evalúa, National Endowment for Democracy, CIDAC, 2018, p. 125.

<sup>680</sup> Son datos extraídos de la Encuesta Nacional de Justicia elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, referidos por Pantin, Laurence, *Op. Cit.* nota 673 en p. 127.

<sup>681</sup> Información conseguida en la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2017, presentada por Pantin, Laurence, *Op. Cit.*, nota 679 en p. 127.

<sup>682</sup> *Ibidem*, nota 679, p. 129.

adscribir, promover y sancionar jueces a su contentillo, sobre todo en beneficio de sus grupos de colaboradores más cercanos, generándose en más de una ocasión actos de corrupción. Una muestra de ella fue la reciente anulación el 15 de febrero de 2018 del Vigésimo Octavo Concurso Interno de Oposición para la Designación de Jueces de Distrito por el robo y compra venta ilegal de las pruebas aplicadas a los candidatos<sup>683</sup>.

Una muestra más lo representa el Estudio sobre redes familiares y clientelares en el Consejo de la Judicatura Federal que elaboró Felipe Borrego Estrada<sup>684</sup>, Consejero de la Judicatura Federal. En este estudio se revisan los diferentes puestos o cargos de trabajo que hay en el Poder Judicial de la Federación, así como los vínculos y relaciones familiares que se presentan alrededor de cada uno de ellos. Con el estudio se pretende revisar y diagnosticar los conflictos de intereses que se presentan dentro de este Poder buscándole soluciones y respuestas. En él se examina el proceso de contratación dentro del Poder Judicial Federal y se concluye que no se cumple con diversos principios constitucionales aplicables. En el rubro del empleo de los recursos con eficiencia, eficacia, imparcialidad, transparencia y honradez en atención a los bienes o servicios y contrataciones que demanden los funcionarios públicos para el desempeño de sus atribuciones se afirma que ello no se cumple y lo demuestra al establecer las elevadas cifras de nepotismo con el que se contratan a familiares y amigos en cada uno de los circuitos en los que administrativa y operativamente se divide el Poder Judicial de la Federación. Tenemos que los circuitos en donde más se presenta este fenómeno ilícito son los siguientes: Guanajuato con 82.61%, Aguascalientes con 81.25%, Jalisco con 76%, Tlaxcala con 70%, San Luis Potosí con 69.7%, Querétaro con 56%, Baja California Sur con 53.85% y Morelos con el 50%. También se concluye que las políticas públicas y las acciones concretas realizadas al interior de este Poder para evitar y prohibir las redes clientelares y familiares son una simulación derivada, entre otras razones de la inamovilidad de la que gozan los juzgadores federales, lo que genera una cadena que consiente y perpetua el nepotismo.

Como es dable concluir, la independencia de los jueces respecto a los poderes políticos o los intereses personales o grupales resulta al menos cuestionable y ello no puede conducir a contar con una mejor impartición de justicia, sea cual fuere el sistema que esté vigente. Se demuestra que la sola implementación de mecanismos de competencia y profesionalización ni logró estandarizar los perfiles ni los mecanismos de evaluación y transparencia suficientes, con el fin de conseguir una supervisión de los procesos que garantizará su objetividad, ampliará la confianza sobre los mismos y fomentará un ambiente sano de desarrollo judicial de los servidores públicos.

---

<sup>683</sup> Consulta realizada a <http://www.eluniversal.com.mx/nación/politica/anulan-concurso-de-aspirantes-jueces-por-robo-de-examen> el 1 de mayo de 2018.

<sup>684</sup> El documento solo ha sido presentado ante el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal por evidentes razones de orden político. Consultable en DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487929e.2017.26.12316>, consultado el 1 de mayo de 2018

Otra consecuencia de este estado de las cosas, ha sido la dispareja capacitación y especialización de los jueces adscritos al sistema penal acusatorio. Los hay muy preparados y los hay improvisados para poder cumplir con la agenda de audiencias del sistema y ello se advierte en sus actuaciones en la conducción de las audiencias y en sus resoluciones, lo que habrá de examinarse en un punto específico dentro de este capítulo un poco más adelante.

#### **1.2.3.5. La inacabada construcción de la etapa de ejecución penal**

La reforma constitucional implicó que para el año 2011 quedara firme el establecimiento del sistema de la ejecución de las penas. Con la judicialización de esta etapa procedimental se esperaba que se cumpliría con el fin de la reinserción social de los sentenciados en términos del artículo 18 de la CPEUM. A pesar de las modificaciones conceptuales, el mismo sistema de justicia penal siguió generando dificultades en el establecimiento e impulso del subsistema de ejecución de penas.

De entrada, debe señalarse que la fase ejecutiva del sistema de justicia penal permanentemente se encuentra en una especie de ausencia o agotamiento de explicaciones. Sin embargo, también de manera constante y continuada se requiere alimentarla de ideas para buscar una concepción distinta de la misma, de sus actores, de sus procedimientos y de la forma de resolver los conflictos que en ella se gestan.

La figura del Juez de Ejecución y la judicialización de las sanciones penales están previstas en la reforma al sistema de justicia penal y de seguridad pública de junio de 2008<sup>685</sup>. Esta figura constituye un parteaguas en la administración de justicia y debe constituir una pieza fundamental en la observancia efectiva de los principios, derechos y garantías que informan al sistema penal acusatorio vigente dentro de la etapa de ejecución de las sanciones.

Con la reforma al artículo 21 constitucional se reiteró como facultad exclusiva de la autoridad judicial el resolver sobre la imposición, modificación y duración de las penas, por lo que se eliminó la intervención discrecional del Ejecutivo en cuanto a la ejecución de las sanciones, limitándose las decisiones administrativas y políticas ajenas al cumplimiento del estado de derecho.

Ahora se reconoce que toda persona sometida a un proceso penal que ha culminado con una sentencia condenatoria firme es titular de derechos y garantías que le son brindados por la CPEUM y las normas secundarias respectivas, y para garantizar la aplicación de los derechos y garantías de los sentenciados se contempla la tutela de una autoridad jurisdiccional.

Con esto, al parecer, termina lo que se consideraba un abandono de la defensa de la persona a quien se le imponía una pena en el sistema penal, dado que la actividad judicial

---

<sup>685</sup> Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

terminaba con la fijación de la pena, fundamentalmente la privativa de libertad y de su cómputo, en que luego del pronunciamiento de la sentencia, el sentenciado parecía quedar a su suerte.

Así, el Juez de Ejecución surge como una necesidad para preservar el control de legalidad en la etapa de ejecución y en el sistema penitenciario mismo, merced a la consideración de que el sentenciado conserva derechos pese a su situación de privación de libertad, lo que ha sido acogido e incorporado a los principios orientadores del sistema de justicia penal acusatorio.

Se destaca que el sistema penitenciario tradicionalmente ha sido refractario a las intervenciones externas<sup>686</sup>. Los administradores de las cárceles consideran que cualquier intromisión de agentes ajenos representa un detrimento en sus competencias y, en consecuencia, se resisten a ellas. Simplemente por ello, la judicialización del acatamiento de las penas a través de la instauración del juez de ejecución, garante de la racionalidad y de la legalidad, es un gran avance en nuestro país en el subsistema<sup>687</sup> penitenciario.

Igualmente es de subrayar que, aún y cuando ya desde 1935 Jiménez de Asúa, en el Congreso de Derecho Penal y Penitenciario celebrado en Berlín<sup>688</sup>, proponía la intervención de un Juez de Ejecución, la realidad es que la intervención y funciones de los primeros jueces de ejecución fueron reguladas apenas en los años 70 del siglo pasado. Al parecer fue en Brasil la primera experiencia implementada. En México su acta de nacimiento está inscrita en la reforma al sistema de seguridad pública y de justicia penal del año 2008.

El fin de las instituciones penitenciarias y de la pena misma han venido evolucionando desde la propia CPEUM que ha establecido que dicho fin ha sido la regeneración, luego la readaptación y ahora la reinserción social del sentenciado tal como lo presenta Zaragoza Huerta<sup>689</sup> como punto de partida de la concepción rehabilitadora de las penas de prisión y desde luego centrada en la prevención especial del delito.

Para Mapelli<sup>690</sup>, “la palabra “reinserción” es un proceso de introducción del individuo en la sociedad... es favorecer directamente el contacto activo recluso-comunidad, por lo cual la administración penitenciaria debe iniciar un proceso de rehabilitación de los contactos sociales del recluso atenuando la pena cuando ello sea posible o bien haciendo que la vida que se desarrolla dentro del establecimiento penitenciario se asemeje a la vida en libertad...”.

---

<sup>686</sup> Cesano, José Daniel, “Las expectativas respecto del control jurisdiccional” en Cesano, José Daniel y Reviriego Picón, Fernando, Coords. *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Buenos Aires, Argentina, Montevideo, Uruguay Ed. B. de f. P., 2010, p. 81.

<sup>687</sup> Subsistema del sistema global de justicia penal que ahora comprende desde las tareas de prevención del delito hasta la ejecución de las sanciones.

<sup>688</sup> Citado por Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio en *Manual de Derecho Penitenciario*, España, Universidad de Salamanca, Colex, 2001, p. 412.

<sup>689</sup> Zaragoza Huerta, José, *El nuevo sistema penitenciario mexicano. De la justicia retributiva a la justicia restaurativa*, México, Tirant lo Blanch, 2012, p. 19.

<sup>690</sup> Citado por Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Op.cit.* nota 688, p. 131.

El propio Berdugo Gómez de la Torre señala que el legislador español optó por la expresión “reeducación y reinserción social” en lugar de la expresión “prevención especial”<sup>691</sup>.

La prevención especial pretende evitar que aquel que ha delinquirido vuelva a hacerlo. Ahí es el campo en donde debemos interpretar que se da la intervención del juez de ejecución, “dentro del ámbito de sus atribuciones”, para velar que el sistema penitenciario se organice para lograr la reinserción social de los sentenciados.

Sin duda la generación legislativa de la figura del Juez de Ejecución constituye un paso adelante en la aspiración del cumplimiento del Estado de derecho en las relaciones entre el Estado y los gobernados específicamente con quienes han sido legalmente sometidos al imperio del control del sistema penal y deban cumplir una pena, reconociendo sus derechos y sus garantías como instrumentos de reclamo, empero, habría que abonarle un directo giro de timón a la política criminal del Estado mexicano pues la reinserción social se puede lograr, pero sobre todo con penas cortas.<sup>692</sup>

La judicialización del cumplimiento de las sentencias que imponen una pena, sobre todo la privativa de libertad, puede ser efectiva y contribuir al proceso de reinserción social de los sentenciados, a través del proceso jurídico de prevención especial del delito, si y sólo si el juez de ejecución se erige verdaderamente en un garante de la legalidad y la racionalidad dentro del sistema penitenciario.

A pesar que en declaraciones expresas se ha señalado que el nuevo sistema de enjuiciamiento penal ha de privilegiar la libertad de los imputados como una de sus banderas principalistas, lo cierto es que tanto los gobiernos de orden federal y como los locales continúan viendo al sistema como el mecanismo para controlar a la delincuencia y han venido generando contrarreformas legislativas incrementando la punibilidad en los tipos penales o creando nuevos con punibilidad elevada.

Paradójicamente entre el año 2000 y el 2014, la tasa de encarcelamiento, esto es, el número de presos por cada 100 mil habitantes, se incrementó de 156 a 214, aunque en el año 2016 el número total de personas privadas de su libertad era de 211 mil, lo que habla de 173 por cada 100 mil habitantes y se ha discurrido que ello obedece al sistema penal acusatorio<sup>693</sup>.

Palacios Pámanes hace una proyección de población penitenciaria al año 2019<sup>694</sup> en los siguientes términos: Que del 31 de diciembre del año 2000 al 31 de diciembre de 2008 la

<sup>691</sup> *Idem*, *Op. Cit.*, nota 688.

<sup>692</sup> Palacios Pámanes, Gerardo Saúl, *Op. Cit.*, nota 46, p. 235.

<sup>693</sup> Novoa, María y Ramírez de Garay, David, *Op. Cit.* nota 659, Pp.42 y 43.

<sup>694</sup> Palacios Pámanes, Gerardo Saúl, “Crisis de gobernabilidad en las cárceles de México, la caída del sistema”, en *Políticas de seguridad pública. Análisis y tendencias criminológicas y políticas actuales*, (Coord. Rafael Enrique Aguilera Portales), México, Porrúa, 2011, Pp. 132, 142 y 143.

población penitenciaria se incrementó en 65 mil 022 personas, lo que, contra la capacidad instalada de camas de los centros penitenciarios en el país representa una sobrepoblación del 30.79%. Dividiendo la cantidad de 65 mil 022 por los años que median entre el 2000 y el 2008 se obtiene el ritmo anual de crecimiento de la población penitenciaria de 8 mil 127 presos, o sea, 22 presos diarios más en el sistema. Bajo ese mismo ritmo, en el año 2019 se tendrían 309 mil 151 presos.

La sobrepoblación penitenciaria genera, entre otras consecuencias negativas la corrupción, lo que representa uno de los más grandes problemas en el sistema. Según la Encuesta Nacional de Población Privada de Libertad<sup>695</sup>, en todo el país, el 39.3% de la población reclusa, manifiesta haber sido víctima de actos corruptos como son la exención en el pase de lista o contar con aparatos eléctricos prohibidos por el reglamento. Asimismo, los centros penitenciarios en el país acumulan el 2.9% del total de quejas nacional sobre violación de derechos humanos registrados ante los organismos defensores de este tema. En cuanto al rubro de las adicciones derivado de la compraventa de drogas dentro de las instalaciones penitenciarias, se cuenta con poca información, pero es algo que palmariamente se encuentra presente en la vida diaria de estos centros.

Finalmente, ha destacarse el aspecto de la reincidencia. El fin de la prevención del delito encuentra su sustrato o esencia final en evitar que una persona que se ha visto involucrado en conductas consideradas delictuosas por la ley, y a la que se le ha impuesto una consecuencia jurídica prevista en alguno de los procedimientos legales, no vuelva a participar o ser autor penal. De acuerdo con datos que brindan Novoa y Ramírez Garay<sup>696</sup>, la reincidencia se encuentra a nivel nacional en un 25.9% -en algunos casos llega al 52% en población penitenciaria de la Ciudad de México-, esto es, que una cuarta parte de la población penada vuelve a delinquir, lo que habla del fracaso del sistema de reinserción social.

A *grosso modo*, este es el estado de las cosas que guardan a nivel nacional los órganos o instituciones responsables de la seguridad preventiva, de la procuración, administración y ejecución de justicia, y los resultados que han logrado conseguir respecto al cumplimiento de sus atribuciones legales y las funciones expresas que se prevén acerca de ellos, desde y durante la entrada vigencia del sistema penal acusatorio.

#### **1.2.4. Las tareas pendientes de consolidación**

En suma, podemos concretar esta parte señalando que, por pronunciamientos formales de las autoridades políticas competentes, el sistema de seguridad pública y de justicia penal renovado a partir de 2008 si está funcionando, aunque, habrá que cuestionarse

---

<sup>695</sup> Datos referidos por Novoa, María y Ramírez Garay, David, Op. Cit., nota 665, p. 43.

<sup>696</sup> *Ibid*, nota 665.

si está funcionando bien. Realmente falta mucho que realizar para contar con un sistema que cumpla con los fines para los cuales se introdujo en la realidad mexicana. Por ello se requiere concientizarse que ha habido muchas fallas en la implementación del sistema y buscar enmendarlas, pensar cómo hacer viable el sistema penal acusatorio sin generar impunidad ni injusticia.

Como ya ha quedado claro, al tiempo que el sistema penal acusatorio entró en vigor, y comenzó su implementación, el país estaba ya inmerso en la incertidumbre, la inacción y la crisis en muchas esferas e instituciones de la vida pública y social.

El incremento de la violencia, de los elevados índices de delitos, así como las diversas y crueles manifestaciones de la criminalidad organizada ya se encontraban instaladas en toda la república cuando se dio la reforma constitucional. He dejado constancia, que el sistema penal acusatorio no es el único instrumento que se cuenta para ir atendiendo estas problemáticas ni que sea el factor primario para su permanencia, desarrollo o potencialización. También se ha advertido que la atención y tratamiento de la criminalidad organizada requiere de otras vías diversas a los procedimientos ordinarios contemplados en el CNPP.

De igual manera, se puntualizó que, el sistema penal acusatorio adoptado y rediseñado en México genera algunas dicotomías culturales tanto en la población en general como en la comunidad jurídica nacional. La adopción de la cultura neoconstitucionalista y principalista en la CPEUM y en la legislación secundaria, CNPP, ha tenido sus complicaciones en el aterrizaje foral debido a la debilidad institucional del personal humano, equipamiento, infraestructura y capacitación de los intervinientes en los procedimientos penales. Esto lo puedo resumir en el contenido de los siguientes enunciados afirmativos:

- No se ha renovado de manera planificada ni especializada la estructura institucional de la actuación de los primeros respondientes al conocimiento de la existencia de los hechos considerados delitos por las leyes, dígame policía -preventiva o de seguridad pública o de investigación de delitos- y palmariamente se puede afirmar que en México la policía no investiga ni sabe investigar delitos, lo que coadyuva en la generación de impunidad.
- El Ministerio Público continua operando bajo las mismas formas e inercias como lo hacía en el sistema inquisitivo mixto. De esta suerte, continúa siendo una fuerza de tarea policial aparte de contar con las atribuciones que en materia de la procuración de justicia le son conferidas. Para que funcionara de mejor manera el Ministerio Público en su atribución jurídica respecto al monopolio del ejercicio de la acción penal en términos del artículo 21 CPEUM, y con ello lograr una mejor efectividad en el cumplimiento de sus atribuciones, sería pertinente que dejare plenamente de lado las acciones en materia de seguridad preventiva en manos de la Secretaría de Seguridad Pública y buscar adecuados mecanismos de coordinación interinstitucional

para contar con la información policial sensible que requiriere en su función jurídica. Evidentemente, ello afectará el control de fuerza policial con la que actualmente cuentan las Procuradurías o Fiscalías Generales de Justicia y se convierte en un tema de otros matices, esto es político y personalísimo de los titulares de estas instituciones, a los que, valga señalar, también habrá que ir diseñando mecanismos de control democrático de su actuación. Por ello, afirmo que el Ministerio Público, tenga la figura de Procuraduría o de Fiscalía sigue siendo un instrumento político del sistema estatal mexicano.

- En cuanto a la tarea de investigación de delitos y procuración de justicia, ha quedado patente que el Ministerio Público no se ha renovado conceptualmente acorde a las exigencias de actuación que se requiere en el sistema penal acusatorio. De esta suerte, se requiere un golpe de timón, una reingeniería organizacional, en cuanto a la estructura y operatividad de las agencias de investigación de los delitos. Esto se debe realizar tanto en el perfil de todos los integrantes de la institución ministerial como en los procesos internos -administrativos, jurídicos y operativos-, entendiendo la lógica, dinámica y principios que orientan al sistema penal acusatorio, ello con el fin de obtener mejor efectividad en el cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, además de la satisfacción de los intereses de las partes en los procedimientos en los que intervenga.
- Objetivo a cumplir, no menos importante, es lograr que los integrantes del Ministerio Público que trabajen en la investigación de los delitos -agentes del Ministerio Público, policías de investigación y peritos- sean capacitados y certificados plenamente en el conocimiento y manejo de la nueva metodología probatoria que se establece en el sistema penal acusatorio.
- De igual manera, debe potencializarse el uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos penales. Ello debe tener emparejado el desarrollo de un verdadero esquema o estructura de seguimiento al cumplimiento por parte de los ciudadanos de los convenios o acuerdos logrados mediante dichos mecanismos de solución de conflictos, los de la suspensión condicional y los de medidas cautelares. Hasta ahora, una buena parte del malestar de los ciudadanos con el sistema penal acusatorio deriva de la ausencia de cumplimiento de lo acordado en estos mecanismos de descongestión procesal o de salidas alternas para la solución del conflicto penal, pues el Estado mexicano o los gobiernos estatales han sido simuladores en la estructuración de estos mecanismos, dejándolo en manos de las Procuradurías o Fiscalías de Justicia y, algunos en las Secretarías de Seguridad Pública pero sin que existan realmente procesos de seguimiento y evaluación en su cumplimiento. Así pues, se deben crear las condiciones legales justificables y objetivas que permitan generar un procedimiento que realmente solucione los conflictos que efectivamente deban llegar a los circuitos judiciales.



- Es necesario hacer una evaluación en el desempeño de los órganos jurisdiccionales. La necesidad de cumplir con la *vacatio legis* para la instrumentalización del sistema generó diversos procesos selectivos y formativos de juzgadores, así como su adscripción y competencia dentro de los distintos esquemas que cada Poder Judicial en el país determinó. Se ha comprobado que los niveles de capacitación y desempeño de los juzgadores ha sido muy dispar y se requiere continuar en la construcción de mejores modelos operativos en la gestión y en el propio desempeño personal y colectivo de los juzgadores. Asimismo, se debe trabajar arduamente en la mejora de las resoluciones de los jueces dentro de los parámetros de fundamentación y motivación que se exige en tales actos y que a la fecha no cumplen pues siguen trabajando en base a machotes o plantillas y no han comprendido los requerimientos para motivar adecuadamente la valoración de los hechos en cada uno de los diferentes estadios del procedimiento.
- Debe revisarse y actualizarse el marco normativo en todos los aspectos referentes al sistema penal acusatorio con vista a armonizarlo en el marco de una política criminal alternativa que privilegie el respeto a los derechos fundamentales de los intervinientes en los distintos procedimientos para garantizar con ello la justicia en la aplicación del Derecho y restaurar la armonía social.
- También se debe hacer una amplia socialización entre la población acerca de la naturaleza, alcances y fines del sistema penal acusatorio para que no se forjen falsas expectativas en los integrantes de la sociedad acerca del sistema, y que además permita ser un vínculo de comunicación veraz sobre el estado real del sistema respecto a lo que la clase política que lo ataca, incapaz de atender la porción del problema que les corresponde atender, por ejemplo los Gobernadores o los Presidentes Municipales, pretenden falazmente atribuirle y lo que realmente acontece con el sistema.
- Finalmente, han de presentarse, discutirse y analizarse nuevas instituciones que permitan atender la investigación, el procesamiento y sanción de los hechos considerados delitos por la ley, la protección de las víctimas u ofendidos de los delitos, la sanción de los condenados para que no queden impunes las conductas delictivas y sus perpetradores, el resarcimiento del daño en favor de la víctima y el restablecimiento del orden social y el Estado de Derecho.  
Como modelos de ello existen diversas estrategias implementadas con éxito en otras partes del mundo, por ejemplo están el de la justicia reinventada (*reinventing justice* 2022), o el de *Open Justice – Making sense of justice*, del Reino Unido, Justicia Abierta- dándole sentido a la justicia- o la justicia comunitaria con ejemplos en diversas localidades norteamericanas, que podrían considerarse para intentar nuevas fórmulas que generen los estados de tranquilidad y paz sociales que se requieren en la república mexicana.

Por todo lo señalado, se puede afirmar que no incumbe solamente a un órgano o institución encontrar la solución a estas problemáticas, sino al sistema de justicia penal en su conjunto, incluyendo la participación de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Mientras más se democratice el sistema, señala González Plascencia<sup>697</sup>, más posibilidades habrá de hacer que cada subsistema se convierta en garante del funcionamiento de los demás, en observador de su conducta y en legítimo enarbolar del reproche sobre las violaciones a los derechos fundamentales que se cometan.

## **2. El estado de las cosas en cuanto al sistema penal acusatorio en el Estado de Guanajuato**

Procederé a examinar el estatus y la efectividad del sistema penal acusatorio en Guanajuato<sup>698</sup>. Debe señalarse que, de acuerdo con el ranking nacional elaborado por el CIDAC, en dos años consecutivos el Estado de Guanajuato fue catalogado como el primer lugar a nivel nacional en materia de implementación de la reforma<sup>699</sup>.

En el reporte de Hallazgos 2016 en el que se destaca el avance del Estado de Guanajuato en la implementación del sistema penal acusatorio respecto de las demás entidades federativas, se dice que ello fue logrado por las buenas prácticas en materia de simetría institucional, tecnología asociada a la gestión, el uso de medios alternativos de solución de conflictos y un proceso de capacitación integral de los operadores.

También debe señalarse que en el propio documento el CIDAC afirma que aún existen brechas y áreas de oportunidad en la operación del sistema que deben atenderse para garantizar su efectiva consolidación<sup>700</sup>.

Esta Entidad federativa, atendiendo a criterios de administración territorial, decidió dividir en cuatro regiones para la entrada en vigor sucesiva del sistema penal acusatorio. De tal manera que, comenzó a funcionar la primera región el 01 de septiembre de 2011; la región dos el 01 de enero de 2013; la región tres arrancó el 15 de abril de 2015, y; la cuatro que inició el 01 de junio de 2016<sup>701</sup>. De esta manera, el Estado de Guanajuato atendió

---

<sup>697</sup> González Plascencia, Luis, *Las consecuencias del peligrismo frente a los derechos humanos: Límites éticos de la "prevención especial positiva"* en *Política criminal y sociología del control social*, México, INACIPE, 2006, p. 115.

<sup>698</sup> Hago especial referencia al Estado de Guanajuato pues es la entidad que mi Directora de tesis recomendó se hiciera visita *in situ* por los reportes de avance positivo que tiene en la implementación del sistema y es el sitio en el cual las autoridades académicas de mi Universidad Autónoma de Nayarit me facilitaron los contactos para realizar la estancia académica en este Doctorado.

<sup>699</sup> CIDAC, Fundación Friedrich Naumann, *Op. Cit.*, nota 57, p. 7.

<sup>700</sup> *Ibidem*, nota 57.

<sup>701</sup> La primera región comprende los municipios de Atarjea, Comonfort, Doctor Mora, Dolores Hidalgo Cuna de la Independencia Nacional, Guanajuato, Ocampo, San Diego de la Unión, San Felipe, San José Iturbide, San

oportunamente y de manera estratégica y no limitada la *vacatio legis* para la entrada en vigor material y funcional del sistema en su territorio.

No obstante, si bien es cierto que, el esfuerzo de coordinación destinado a la implementación del sistema de justicia penal fue efectivo y consistente, también se considera que formalmente éste se interrumpió con el tiempo afectando la institucionalización de los mecanismos de monitoreo y seguimiento, debilitándose un poco los logros alcanzados.

Así pues, podemos empezar a revisar la actuación de los distintos institutos que integran el sistema de seguridad pública y justicia penal en el Estado de Guanajuato, para establecer cuáles han sido los resultados positivos y los adversos desde la implementación del sistema penal acusatorio en la Entidad, lo cual, materialmente inició en septiembre de 2011. Se acota que se pondera para el resultado de la presente investigación los resultados más recientes y con las fuentes a las que se pudo acceder.

### **2.1. La investigación de los delitos**

En cuanto al inicio de averiguaciones previas o carpetas de investigación ante el Ministerio Público, desde septiembre de 2011, mes de inicio del sistema procesal penal acusatorio en Guanajuato, a diciembre de 2017 se comenzaron un total de 598,927 averiguaciones o carpetas de investigación, en el siguiente orden: a) 25,229 de septiembre a diciembre de 2011, b) 79,068 en 2012, c) 80,622 en 2013, d) 94,104 en 2014, e) 95,782 en 2015, f) 106,265 en 2016, y g) 117,857 en 2017.<sup>702</sup>

Al analizar el total de denuncias recibidas en el Ministerio Público en el periodo comprendido del inicio del sistema y hasta diciembre del año 2017, se advierte el desmedido incremento de delitos denunciados en ese lapso de tiempo. Representando tal aumento alrededor del 45% más en la entidad, pues pasó de 79,068 a 117,857 en solo seis años. Además, si se considera que solo el 2.08% de los posibles delitos culminan con una condena, se explica perfectamente las causas por las cuales el Estado de Guanajuato está próximo a integrarse al grupo de muy alta impunidad en el país. De acuerdo con el mismo estudio, Guanajuato se encuentra en el grupo 3 de impunidad alta.

---

Miguel de Allende, San Luis de la Paz, Santa Catarina, Tierra Blanca, Victoria y Xichú; la segunda región se integró por Abasolo, Cuerámaro, Huanímaro, Irapuato, Jaral del Progreso, Pénjamo, Pueblo Nuevo, Romita, Salamanca, Silao y Valle de Santiago; la tercera región, compuesta por Acámbaro, Apaseo el Alto, Apaseo el Grande, Celaya, Coroneo, Cortázar, Jerécuaro, Moroleón, Salvatierra, Santa Cruz de Juventino Rosas, Santiago Maravatio, Tarandacuaio, Tarimoro, Uriangato, Villagrán y Yuriria, y; la cuarta región que comprende León, Manuel Doblado, Purísima del Rincón y San Francisco del Rincón.

<sup>702</sup> Los datos se obtuvieron de la dirección electrónica C:/Users/Usuario PJ/Desktop/ESTADISTICAS%DELICTIVAS%20SNSP/Cieisp 2017\_122017.pdf. Por cada año solamente varía el último número, correspondiente al Cieisp según el año del reporte de Incidencia delictiva del fuero común emitido por la Secretaría de Gobernación y el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

La actual administración de la Procuraduría General de Justicia del Estado<sup>703</sup> se ha caracterizado por no brindar información acerca de sus indicadores de gestión, más allá de la rendición de cuentas a instancias ante las cuales de manera obligada debe realizarlo, como lo es el Secretariado Ejecutivo de Seguridad Pública o el INEGI, ello porque de no ser así comprometería su acceso a los recursos federales de los que puede ser beneficiario en los ejes del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Así pues, en el referido Índice Global de Impunidad México 2018 se indica que<sup>704</sup>, no se cuenta con reporte acerca de la cantidad de agentes de investigación criminal por cada cien mil habitantes. En lo que respecta al número de agencias del Ministerio Público, se tiene la mitad de lo que corresponde a la media nacional, ello porque tiene 1.82 contra el 3.53 a nivel nacional. Sin embargo, en cuanto al personal que labora en dichas agencias, el número si es muy similar al panorama nacional ya que Guanajuato cuenta con un 30.06 %, en contra del 31.19 % en la nación.

En lo que se refiere a la cantidad de los agentes del Ministerio Público, también tiene similitud con la media nacional, pues en el Estado hay 4.57, en tanto que a nivel nacional es de 4.97. Este reporte no se complica en concluir que existe mucho personal en las pocas agencias del Ministerio Público. Sin embargo, esta circunstancia no se refleja en los procesos penales y también nos conduce a considerar que no existe interés por esta dependencia estatal en coadyuvar en las labores de seguridad pública.

Paradójicamente la Procuraduría General de Justicia cuenta con un presupuesto *per cápita* de 322.48 millones de pesos, lo cual significa que ejerce un presupuesto 6.08% mayor que la media nacional. Al examinar estos datos se advierte que el presupuesto asignado a la procuración de justicia no ha logrado que el Estado de Guanajuato avance favorablemente en algún indicador sobre la media nacional.<sup>705</sup> Entonces, debe estarse de acuerdo que la rendición de cuentas y la evaluación han estado ausentes.

Una de las premisas fundamentales en el sistema penal acusatorio es contar con un sistema de investigación de delitos fuerte y consolidado que garanticen el esclarecimiento de los delitos y de sus responsables. Tal tarea debe ser satisfecha con investigadores del delito aptos y que desempeñen sus investigaciones conforme a los requerimientos de la CPEUM y el CNPP, para lo cual debe seleccionárseles y capacitarlos bajo un nuevo modelo de gestión al interior de la Procuraduría, o en su defecto Fiscalía, en protocolos y manuales de operación que operen bajo la lógica del sistema penal acusatorio.

---

<sup>703</sup> Su titular ha sido el mismo desde marzo de 2009.

<sup>704</sup> Índice global de impunidad México 2018 IGI-MEX, La impunidad subnacional en México y sus dimensiones, *Op. Cit.*, nota 139, p. 86.

<sup>705</sup> *Ibid*, nota 141.

## 2.2. El incremento de los delitos en la entidad

De acuerdo con el Índice Global de Impunidad México 2018<sup>706</sup>, el Estado muestra un considerable incremento de posibles delitos con respecto a los anteriores años y que, al considerar que los delitos se repiten, se manifiesta que no hay acciones efectivas para mitigarlos. Además, que el Estado tiene una cifra negra de delincuencia del 93.72% lo que le iguala con la media nacional.

Al inicio de la administración pública estatal se adquirió una tecnología enfocada a la prevención situacional<sup>707708</sup> que públicamente fue conocida como Programa Escudo. El Ejecutivo estatal apostó por este esquema de prevención de la criminalidad como la panacea para evitar el incremento de la criminalidad dentro del territorio guanajuatense. De entrada, la herramienta fue cuestionada pues la infraestructura, equipamiento, licenciamiento y todo el entramado del programa, se adquirió en el año 2012 en una licitación cerrada asignándosele más de 2 mil 700 millones de pesos a la empresa Securitech de Ariel Picker y se reservó la información de la licitación al público por veinticinco años arguyendo sofismas de seguridad.

El proyecto no funcionó pues la delincuencia se catapultó geométricamente año tras año hasta superar el millar de víctimas de homicidio en el año 2017 y ha sumado una cantidad similar en los primeros cuatro meses de 2018.

Durante el primer trimestre de 2018, Guanajuato se posicionó como el tercer Estado con mayor incidencia delictiva a nivel nacional, sólo por debajo del Estado de México y la capital del país según datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. El Estado de México reportó 65 592 casos, la Ciudad de México 53 347, Guanajuato 31 979, Jalisco 30 035 y Baja California 25 654, como las cinco entidades federativas con mayor incidencia. En el caso de Guanajuato los delitos de mayor comisión son los de robo con y sin violencia de negocios, motocicletas y autos, sumando un total de 10 mil 675 casos; después le sigue un aglomerado de delitos como narcomenudeo, amenazas y allanamiento de morada,

---

<sup>706</sup> Ibidem, nota 141.

<sup>707</sup> La prevención situacional consiste en incidir sobre las decisiones que toman los delincuentes antes de ejecutar el delito. Su objetivo se alcanza cuando el delincuente desiste de manera voluntaria a realizar su acción, en virtud de que la encuentra demasiado difícil, arriesgada o poco rentable. Se trata de una serie de estrategias dirigidas a reducir las oportunidades que tienen los delincuentes para cometer los delitos. Al respecto véase Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Bases generales de criminología y política criminal*, México, Oxford, 2016, Pp. 26 y 27.

<sup>708</sup> La finalidad de la prevención situacional es reducir la victimización y la percepción de temor. Algunas de las acciones implementadas para ello se dirigen al medio ambiente como la iluminación de espacios que no cuenten con alumbrado, la recuperación de plazas públicas, jardines, canchas deportivas, la mejora de infraestructuras arquitectónicas urbanas, y, en particular a lo que nos referimos al uso de sistemas de cámaras de videovigilancia en espacios públicos y cerrados de acceso al público como lo es el referido Programa Escudo. El riesgo de este tipo de estrategias es incrementar el distanciamiento social, el aislamiento y la disminución de las relaciones interpersonales. Además, lo que no se ha hecho en Guanajuato, y en el resto de las entidades federativas en los que se implementó el sistema, es que deben realizarse las otras acciones referidas, lo que requiere de inversión de recursos para la recuperación, rehabilitación y mantenimiento adecuado y funcional de esos espacios.

al igual que otros patrimoniales como daños; las lesiones ocupan el tercer sitio con 3 mil 101 casos; la violencia familiar en cuarto con 2 mil 865 casos y los homicidios dolosos en quinto con la suma de 988<sup>709</sup>.

El desmesurado incremento de la violencia y la criminalidad en Guanajuato ha llamado la atención inclusive en el extranjero. <sup>710</sup>En la revista inglesa The Economist, el 4 de mayo del año en curso, se señaló que Guanajuato es el ejemplo del fracaso de las políticas de seguridad en México. Se trata de un artículo que retoma a la organización internacional Open Society, la cual revisó la eficacia de las políticas de seguridad en el país. En él se señala que, con una incidencia de 50 asesinatos por cada 100 mil habitantes, Guanajuato superó por mucho en los primeros meses de 2018, la media nacional, la cual se ha elevado a 25 delitos de este tipo por número de habitantes.

No cabe duda que nuestro país vive un inusitado escenario de violencia, nunca antes visto y lo único que vemos es el reparto de culpas, nunca una admisión de responsabilidad respecto a las políticas públicas emprendidas en contra de los criminales<sup>711</sup>. A marzo de 2018, en el país se han reportado 6 mil 533 homicidios dolosos, lo que nos habla de un promedio mensual de 2 mil 177 homicidios dolosos, la mayoría de ellos cometido con arma de fuego. A ese ritmo, se podría culminar el año con más de 26 mil homicidios.

Los delitos considerados de alto impacto en el país tuvieron una reducción en el primer trimestre del 2018 de acuerdo con datos de la organización civil Semáforo Delictivo. Se redujeron el secuestro en 16%, extorsión 9%, robo a casa 7%, robo a negocio 7%, violación 4% y lesiones dolosas 1%; mientras que se incrementó el narcomenudeo 37%, feminicidio 18%, homicidio 16%, y, robo a vehículos 7%.

En el tema de homicidios, 19 Estados tuvieron un incremento: Nayarit 386%, Quintana Roo 134%, Guanajuato 114%, Aguascalientes 91% y Tamaulipas 76%.

A nivel nacional, alrededor del 75% de esas víctimas de homicidio fueron producto de ejecuciones del crimen organizado<sup>712</sup>.

Según datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Guanajuato es el segundo Estado con mayor número de denuncias con 2 mil 275 en los primeros tres meses del año. El Estado solo se encuentra por debajo de Chihuahua, que reportó 2 mil 624. De acuerdo con el último reporte de índice delictivo en la entidad han

<sup>709</sup> <https://periodicocorreo.com.mx/hasta-marzo-guanajuato-es-3o-nacional-en-incidencia-delictiva/> consultado el 09 de mayo de 2018 a las 15.41 horas.

<sup>710</sup> <http://zonafranca.mx/the-economist-pone-sus-ojos-en-guanajuato-lo-pone-como-ejemplo-del-fracaso-en-el-combate-a-la-violencia/> consultado el 09 mayo de 2018 a las 22.48 horas

<sup>711</sup> [http://m.milenio.com/firmas/miguel\\_angel\\_puertolas/culpa-seguridad-violencia\\_18\\_1164063613.html](http://m.milenio.com/firmas/miguel_angel_puertolas/culpa-seguridad-violencia_18_1164063613.html) consultado el 09 de mayo de 2018 a las 23.45 horas

<sup>712</sup> <http://www.excelsior.com.mx/nacional/secuestro-y-extorsion-bajaron-homicidios-subicron-en-primer-trimestre/1234581> consultado el 10 de mayo de 2018 a las 13.01 horas.

aumentado las denuncias de este delito en un 41% respecto al mismo periodo del año pasado cuando se abrieron 1 mil 610 carpetas de investigación<sup>713</sup>.

### 2.3.Los juicios orales

Se puede afirmar que el Estado de Guanajuato opera sin rezago respecto al sistema judicial pues la actuación de sus órganos unitarios o colegiados se encuentra dentro de los límites y parámetros de temporalidad que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales.

De acuerdo con el sistema de gestión del Poder Judicial del Estado, se cuenta con los siguientes indicadores significativos. El promedio de días de audiencia de juicio oral, incluyendo la explicación de sentencia, es de 5.7 días; el tiempo promedio de duración efectivo de las audiencias de juicio oral es de 03.05 horas; el promedio de duración de los juicios orales es de 12 días, con un promedio de 17 testigos; el 81% de las audiencias programadas inician en tiempo y solo hay un diferimiento del 8.7% de ellas -algunas por alargamiento del tiempo de las audiencias precedentes o porque los intervinientes solicitan su diferimiento para intentar algún otro mecanismo-.

Existen datos que requieren interpretación más allá de las estadísticas para conocer la realidad de lo que de ellos se puede desprender. En el Índice Global de Impunidad se advierte que llama la atención que los procesados sean más que las causas penales abiertas (8,308 y 7,206 respectivamente), que ejemplifican el rezago que tiene el sistema de procuración de justicia para concluir las causas penales.

Esta circunstancia obedece a que la Procuraduría General de Justicia continúa anclada en añejas prácticas de control administrativo en el manejo de los asuntos que se tramitan en sus circuitos. Así, se mantiene la exigencia a los agentes investigadores de que cada quincena tienen que realizar un corte en los asuntos en trámite ante su agencia. Además, se mantiene la exigencia de tener un número determinado de asuntos concluidos, entendiéndose como tales a los que se les ha autorizado alguna determinación más o menos provisional, como puede ser la facultad de abstenerse de investigar, el archivo temporal, el no ejercicio de la acción penal, la aplicación de criterios de oportunidad o el ejercicio de la acción penal<sup>714</sup>. La disparidad con los número que se maneja con los reportados por el Poder Judicial estriba, en parte, en que el agente del Ministerio Público investigador "judicializa" sus asuntos cuando solicita se le fije fecha audiencia para formular imputación, por lo cual el asunto entra en

<sup>713</sup> <https://www.um.com.mx/2018/04/25/local/estado-tambien-encabeza-en-narcomenudeo-462606> consultado el 10 de mayo a las 13.24 horas.

<sup>714</sup> Previstos en los artículos 253 a 256, 309 y 310 del CNPP.



contacto con la esfera judicial y reporta un número judicial. Empero, al llegar la fecha de la audiencia fiscal no se presenta o anuncia que no va a continuar con esa vía pues intentará algún mecanismo alternativo de solución de controversias. Los datos que la Procuraduría reporta al INEGI o al Sistema Nacional de Seguridad Pública no descuenta los que en realidad ya no continúan algún procedimiento ante alguna instancia judicial.

La cantidad de causas penales que desde el inicio del sistema penal acusatorio han tenido alguna sentencia judicial de fondo reportan lo siguiente. Tenemos que, en el periodo comprendido del 01 de septiembre de 2011<sup>715</sup> al 31 del mes de marzo de 2018 se cuenta con los siguientes resultados. En total se han ingresado 25,377 causas, en las que se han desahogado 72,855 audiencias, de las cuales se han llevado hasta juicio las que a continuación enumeró: En 2011 no se iniciaron juicios orales, en 2012 se iniciaron 7, en 2013 fueron 17, para 2014 hubo 45, en 2015 comenzaron 86 juicios orales, en 2016 se iniciaron 140 juicios, en 2017 fueron 288, y al mes de marzo de 2018 se habían iniciado 88, en total 671 juicios orales de septiembre de 2011 al último día de marzo de 2018. De estos juicios, el 75% se aplicó la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato, en 22% el CNPP con tribunal unitario y el restante 3% con tribunal colegiado.

Considerando las cifras señaladas, si desde el inicio del sistema se han iniciado 598,927 carpetas de investigación y solo se han iniciado 25,377 causas ante los órganos jurisdiccionales del Estado, entonces solamente se ha judicializado el 4.23% de los asuntos puestos en conocimiento del Ministerio Público.

En cuanto al *sentido* de las sentencias, se tiene que apenas el 52.27% fueron *sentencias* condenatorias; el 26.28% fueron absolutorias; el 9.52% condenatorias en procedimiento *abreviado*; el 5.89% se sobreseyó; el 4.38% tuvo sentido mixto (condenatoria y absolutoria) y en el 1.66% se impuso alguna medida de seguridad<sup>716</sup>.

Con estos porcentajes debemos concluir que, en este periodo, el Ministerio Público solamente ha obtenido 349 sentencias condenatorias en procedimiento ordinario y 64 en procedimiento abreviado, lo que da un total de 413. Si se hace la operación para extraer el

<sup>715</sup> En el mes de septiembre de 2011 comenzó la primera fase de implementación del sistema. Para dar cumplimiento a la reforma constitucional de 2008 se comenzó con el Acuerdo interinstitucional en materia de seguridad, justicia y legalidad -publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado número 187, Segunda Parte, el 21 de noviembre de 2008- suscrito por distintos actores públicos y del sector social, en el cual se plasmó el compromiso de establecer conjuntamente con los Poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado, dentro de un plazo no mayor a tres meses, un mecanismo de coordinación interinstitucional, a efecto de que, en el ámbito de su competencia llevaran a cabo acciones conjuntas y específicas para establecer el diseño, las instancias y las bases de implementación del Sistema Procesal Penal Acusatorio y los juicios orales en el Estado de Guanajuato. Después se produjo la Declaratoria del Poder Legislativo del Estado de Guanajuato consistente en que el sistema procesal penal acusatorio y oral fue incorporado a los ordenamientos legales del Estado de Guanajuato, el cual se publicó en el Periódico Oficial del Estado bajo el número 132, tercera parte, de fecha 19 de agosto de 2011.

<sup>716</sup> Información obtenida en Poder Judicial del Estado de Guanajuato, [https://infogram.com/\\_/TJxBWm1eu5UcjQmjMGzr](https://infogram.com/_/TJxBWm1eu5UcjQmjMGzr)



porcentaje de sentencias condenatorias entre el universo de carpetas de investigación iniciadas el resultado es de 0.068%. De ese tamaño tan pequeño es la eficiencia con la que viene trabajando la Procuraduría General de Justicia del Estado.

Puede objetarse que existen los procedimientos de simplificación procesal, los criterios de oportunidad y las salidas alternas por las que pueden tener solución los conflictos penales y por esas vías es que, posiblemente, se ha buscado darles respuesta por parte del Ministerio Público. No obstante, el universo de asuntos que quedan en los circuitos del Ministerio Público es tan elevado -573,550 carpetas de investigación- que no tienen explicación racional acerca de su destino. Se podrá afirmar en sentido contrario que, no todos los asuntos se tramitaron en forma de carpetas de investigación pues por las distintas fechas de entrada en vigor del sistema acusatorio en la entidad<sup>717</sup>se continuaron iniciando averiguaciones previas. Aun así, la cantidad de asuntos es tan elevada y el tipo de delitos de tal gravedad que no en todos los casos resulta viable la aplicación de dichos medios simplificados alternativos de solución del proceso. Esta situación requiere de una explicación de parte de la Procuraduría General de Justicia y de políticas de transparencia y de información a la sociedad a la cual la institución ministerial se ha vuelto refractaria.

Como se puede advertir, hasta la fecha, en este sistema el Ministerio Público ha obtenido significativos resultados adversos a la cartera que representa, al ser ineficaz en la tarea de investigar y acreditar con efectividad y certeza la existencia de los delitos por los que acusa o la autoría o participación de quien hubiere sido imputado en las diversas causas penales.

También llama la atención el que los procesados sean más que las causas penales abiertas (8308 y 7206) respectivamente que muestran el atraso que tiene el sistema de *procuración de justicia* para concluir las causas penales. Esto obedece a que, a pesar del enorme presupuesto que ejerce, en la Procuraduría General de Justicia en el Estado de Guanajuato, no se *gestó una real* transformación en la *arquitectura organizacional* ni en las formas de trabajo que fueron heredadas de *las ancestrales* prácticas de trabajo con *talante inquisitivo* tal como fue revisado previamente. Por ello la institución a la que le *corresponde* procurar justicia y perseguir a los delitos y delincuentes, es hoy una de las partes más débil en el sistema de justicia penal con problemas y deficiencias estructurales que han sobrevivido y que en lo particular obstaculizan el acceso a la justicia y la consolidación del estado de derecho. Por ello, se requiere un profundo y urgente replanteamiento acerca del trabajo de investigación de delitos. El sólo cambio del membrete de Procuraduría General de Justicia por el de Fiscalía no resuelve el asunto de fondo, sobre todo si en una nueva institución se mantiene el mismo personal directivo y operativo y los mismos comportamientos adquiridos en la institución ministerial.

---

<sup>717</sup> Nota 58.

Otro problema más vinculado a la solución del conflicto penal lo encontramos en que, aun y cuando el estado de Guanajuato fue de los pocos en establecer, de manera declarativa, dígase simbólica, una unidad responsable de llevar a cabo las evaluaciones de riesgos procesales para la imposición de medidas cautelares y suspensiones condicionales del proceso y teóricamente dar seguimiento a las personas y procedimientos que adoptaran tales medidas, la realidad es que la actuación de tales órganos y mecanismos, anclada burocrática e indebidamente en el propio Ministerio Público, ha sido inexistente. Si fuese cierta la hipótesis que muchos de los casos se resuelven por estas vías, entonces se entiende la desconfianza de las víctimas del delito que aceptaron resolver así el conflicto pero que, ante la falta de seguimiento y supervisión, no se cumple con las condiciones y planes de reparación propuestos ante la autoridad judicial y se mantiene la impunidad.

Uno de los problemas que en realidad existe en el sistema de administración de justicia está en la calidad de las resoluciones judiciales, de lo cual me ocupare más adelante.

#### **2.4. Propuestas para mejorar la actuación de los intervinientes en el sistema penal acusatorio en Guanajuato.**

En el Estado de Guanajuato se han manifestado buenas prácticas en el actuar de los intervinientes en el sistema penal acusatorio y buenos resultados que han permitido afirmar que es una de las entidades federativas que mejor ha implementado la reforma constitucional<sup>718</sup>.

##### **2.4.1. Buenas prácticas y resultados positivos**

Dentro de las buenas prácticas y los resultados positivos se encuentran las siguientes:

1) Una consistente y permanente capacitación interinstitucional orientada por el conocimiento de los principios orientadores del sistema de justicia penal acusatorio que se presentan transversalmente tanto en el procedimiento ordinario como en los mecanismos alternos.

Considerando que el elemento más relevante en la implementación de nuevas estrategias o acciones es el personal humano, aún y cuando el sistema entró en vigor en el Estado en septiembre de 2011, desde el mismo 2008 en el Poder Judicial del Estado se seleccionó a los jueces que cubrían el perfil para ser capacitados en el sistema acusatorio. Se

---

<sup>718</sup> En Hallazgos 2016, el CIDAC así lo refiere e incluso dedica el capítulo 8 a las prácticas exitosas del sistema penal acusatorio en Guanajuato. De los resultados aquí presentados en relación con las buenas intenciones que presentaron las instituciones del sistema que participaron en dicho reporte, sin el afán de ser fatalistas, se concluye que no debe tomarse con aires triunfales los calificativos presentados en dicho documento. CIDAC, *Op. Cit.* nota 57.

les separó de su juzgado y se dedicaron exclusivamente a su capacitación. De esta suerte, al entrar en vigor el sistema, aquellos que iban a ser los juzgadores ya contaban con la suficiente experticia teórica sobre el sistema. Además, se desplegó una estrategia de capacitación en audiencias simuladas con agentes del Ministerio Público y defensores públicos que también habían contado con capacitación en el sistema, lo que generó la experiencia de los intervinientes en los procedimientos jurisdiccionales antes de la entrada en vigor del sistema.

2) Se generaron esquemas flexibles de organización y operación de los integrantes del Poder Judicial. Aún y cuando los jueces están organizados por competencia territorial en bases y sedes determinadas, ello no es óbice para poder actuar en cualquier audiencia como juez de control o integrante de los tribunales de enjuiciamiento en cualquiera de los municipios en donde existen las salas de procedimiento acusatorio en el Estado.

3) Las acciones para concretar la implementación del sistema fue orientado de acuerdo a una planeación estratégica generada por la Comisión Estatal para la Implementación del Sistema Penal Acusatorio y de Seguridad Pública que operó en base a cuatro grandes ejes: Capacitación, Normatividad, Infraestructura y Equipamiento y Comunicación con la sociedad, fundamentado en el Acuerdo de Coordinación para iniciar y ejecutar un proyecto estratégico para la transición a la oralidad en la justicia penal, el cual fue reformado el 17 de marzo de 2009. De esta manera se invirtieron los recursos públicos destinados al sistema de manera eficiente con miras en cumplir con el compromiso social de contar con el sistema de enjuiciamiento procesal penal operando en tiempo.

De esta manera, se empezó a trabajar con la infraestructura óptima y digna para el cumplimiento con lo requerido en los principios del sistema acusatorio en términos de accesibilidad, publicidad y oralidad a las audiencias.

4) Las acciones implementadas se desarrollaron tomando en consideración en todo momento la separación de las funciones sustantivas, jurisdiccionales y administrativas, de tal manera que todas las áreas estuvieron culminadas al entrar en vigor el sistema.

No todas las áreas contaron con el desarrollo óptimo para dar cumplimiento a sus atribuciones legales, pero al entrar en funcionamiento el sistema si se contaba con todos los intervinientes en el proceso penal con formación y recursos mínimos y suficientes para atender sus asuntos.

5) Se estableció un modelo de gestión de procesos, anclado en el fortalecimiento precisamente de sistemas de gestión y de informática, para integrar la transversalidad de las funciones y optimizar la asignación y ejercicio de los recursos. Esto ha permitido, entre otras acciones, la coordinación centralizada para establecer la programación, coordinación y la evaluación de las audiencias de los distintos actos celebrados ante los órganos jurisdiccionales, lo que ha permitido que no haya retrasos injustificados en las audiencias

durante todo el tiempo que ha operado el sistema, así como la generación de prospectivas racionales para el mejor aprovechamiento de los recursos humanos y financieros.

6) Alguna de las instituciones cuenta con el servicio profesional de carrera, como lo es el Poder Judicial del Estado, aunque aún existen claroscuros en su ejercicio. La mayor parte de los juzgadores en el sistema ha seguido toda la ruta desde la selección hasta la aplicación de los exámenes que se establece en la normativa aplicable para contar con la categoría y algunos se desconoce el mecanismo para que se les haya seleccionado para ocupar las plazas correspondientes.

En tratándose del resto de las instituciones que participan del sistema hay fisuras por cerrar en aras de mejorar los estándares, condiciones e incentivos respectivas. La Procuraduría de Justicia maneja su propio Instituto de Formación Profesional y su propio Centro de Evaluación de Control de Confianza, aunque hay uno estatal. Existe evidencia que esta forma de operar deja la designación de los funcionarios y servidores públicos a la discrecionalidad plena del titular de la institución y no garantiza la selección y permanencia de los más aptos para los cargos.

En la Defensoría Pública, se siguen haciendo las designaciones de acuerdo con las decisiones unilaterales de los mandos directivos.

En las policías, tanto estatal como municipales, si bien es cierto se cuenta con el Centro de Evaluación y Control de Confianza, lo cierto es que, una vez seleccionados los integrantes de los distintos cuerpos policiales, no existe propiamente el servicio policial de carrera y los distintos procedimientos como los de permanencia, promoción, separación, etc., de los elementos policiales continúa generándose de manera discrecional y se disimulan estas acciones a través del trabajo simbólico de los Consejos de Honor y Justicia.

Hecha la revisión anterior queda de manifiesto que, aun y cuando Guanajuato ha sido señalado como el Estado con mayor avance en la implementación y consolidación del sistema penal acusatorio en todo el país, los datos presentados aquí nos conducen a afirmar que en la entidad no se visualiza la existencia de una política criminal sistemática e integral que permita a los integrantes del sistema de seguridad pública y de justicia penal encuadrar y articular sus programas y planes institucionales dentro de una misma visión que generen a su vez, una mejor confianza en ellos y la paz y la armonía en la sociedad.

Dado que realmente son muchas las tareas a realizar, propondré algunas estrategias o acciones a realizar por los integrantes del sistema de seguridad pública y justicia penal con lo que podría consolidarse el proceso de fortalecimiento del proceso de transformación del

sistema de seguridad pública y justicia penal en el Estado de Guanajuato<sup>719</sup>, lo cual se puede hacer extensivo al resto de la república mexicana.

#### **2.4.2. Rubros que urge atender para optimizar el sistema penal acusatorio en Guanajuato y en el país en general.**

Existen problemáticas que focalizadas son muy relevantes para contribuir en una mejora en la operatividad del sistema penal acusatorio, así como la percepción que se tenga sobre el mismo.

1. Es deficiente la actuación de la policía como primer respondiente en el conocimiento inicial y procesamiento de la existencia de un hecho aparentemente delictivo.

Es evidente la insuficiencia, en ocasiones ausencia, de capacitación de los primeros respondientes respecto del rol, requerimientos y responsabilidades acerca del conocimiento de un hecho aparentemente delictuoso, cuyas actividades policiales básicas son las de detención de probables responsables y el resguardo de la escena del crimen. Aparte de esto, existe una gran heterogeneidad de criterios de actuación entre los agentes del Ministerio Público y las policías con los que se interrelacionan por esa categoría o circunstancia de primer respondiente.

Las causas de estas insuficiencias son, en primer lugar, la falta de estructura organizativa interna para cumplir con sus funciones básicas de primer respondiente.

Por ello, resulta indispensable perfeccionar la vinculación y la coordinación entre las policías y el Ministerio Público para estandarizar los protocolos de actuación y generar criterios que sean similares como la utilización del Informe Policial Homologado<sup>720</sup>.

A la escasa o nula capacitación de los policías ha de sumarse el inadecuado proceso de reclutamiento, la rotación constante, la inestabilidad en el trabajo, la pésima retribución salarial, el equipamiento insuficiente y anacrónico. Asimismo, se advierte falta de coordinación entre todas las policías, preventivas o de investigación de delitos, falta de

---

<sup>719</sup> En el capítulo II, en el epígrafe 3.4.3.1. La intervención del Ministerio Público en el sistema inquisitivo mixto, mencione algunas tareas que debe comenzar a realizar la institución ministerial para dar cumplimiento a sus atribuciones en función de su papel en el sistema penal acusatorio.

<sup>720</sup> El 21 de diciembre de 2017 se celebró la Cuadragésima Tercera Sesión Ordinaria del Consejo Nacional de Seguridad Pública en donde se acordó integrar un nuevo informe policial homologado de aplicación obligatoria por todos los cuerpos policiales en el país. Este informe tiene su fundamento en la CPEUM artículo 21 párrafos noveno y décimo; Ley General del Sistemas Nacional de Seguridad Públicas, artículos 1, 19, 41 fracciones II y III, 43, 77 fracciones V, VI, IX, 112, 113, 114, 115 y 116; Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Justicia y la Legalidad, numerales XVII, L y LIV; CNPP artículo 132 fracción XIV; Protocolo Nacional de Primer Respondiente.

homologación de criterios relativos a la información que deben cruzar entre las entidades policiales, entre otros múltiples problemas.

Las circunstancias referidas anteriormente conducen a tener en una gran cantidad de asuntos, el mal manejo de la cadena de custodia, la inadecuada recopilación de datos, la ilegalidad de las detenciones, la puesta a disposición tardía ante el agente del Ministerio Público investigador, también casos de ilicitud probatoria.

Con el propósito de disminuir la cantidad de equivocaciones del policía en su tarea de primer respondiente, es indispensable consolidar su capacitación y mejorarle sus condiciones laborales. De la misma forma se requiere conseguir una mayor y mejor coordinación y vinculación entre los elementos de las distintas corporaciones policíacas con el Ministerio Público.

2. Aunque a la fecha se han celebrado con solvencia las audiencias en instancia judicial, se ha detectado una tendencia a retrasarse el trámite de las mismas por su extensa duración o por el exceso de formalismos de parte de sus participantes, fundamentalmente de los jueces.

También encontramos que el número de asuntos a celebrarse en audiencia ante los órganos jurisdiccionales ha aumentado de manera considerable y los equipos de gestión del Poder Judicial no.

Ello conlleva a generar diversos problemas de trámite y de operación del sistema como los siguientes: a) Se comienzan a cometer fallas en la notificación de las audiencias o a no realizarse; b) Se establecen márgenes incorrectos en la programación de audiencias; c) Los intervinientes en las causas no cuentan con la información necesaria para participar en la audiencia; d) No hay coordinación en las comunicaciones oficiales con otras instancias, por ejemplo la Secretaría de Seguridad Pública del Estado y hay retrasos en los traslados de los imputados a las salas de audiencia; e) No hay canales o mecanismos de comunicación interinstitucionales adecuados para compartir información; f) Se solicitan audiencias de último momento; g) Hay impuntualidad e inasistencia de las partes e intervinientes a la audiencia; h) Se presenta una inadecuada o carente administración eficiente de los tiempos de la audiencia ya sea por el exceso de participación, operadores del sistema que introducen en la audiencia información innecesaria, el inadecuado manejo de las audiencias intermedias por parte de los jueces de control que no depuran adecuadamente los hechos ni los medios de prueba que han de presentarse en los juicios orales lo que provoca que estos se alarguen innecesariamente, exceso de recesos, etcétera.

Todo lo anterior ocasiona retraso en la administración de justicia, desgaste de los operadores del sistema, revictimización de las víctimas directas e indirectas, aumento del gasto y de la carga de trabajo y desconfianza de la sociedad en el sistema acusatorio.

Para atender estas amenazas al sistema se requiere optimizar los recursos evitando dilaciones injustificadas que retrasen la agenda de gestión de las audiencias. Para ello se requiere contar con el personal con el perfil adecuado que proporcione una óptima captura interconexión de información entre los operadores del sistema.

Asimismo, resulta conveniente trabajar en la capacitación y el convencimiento y sensibilización de los operadores de gestión y de los jueces en que debe darse una mejora en la conducción de las audiencias, para que estas duren exclusivamente el tiempo que racionalmente deban hacerlo en atención a la naturaleza de la misma y del material sensible que haya de debatirse y resolverse.

3. Entre la ciudadanía existe una percepción equívoca, confusa y/o de baja confianza en las instituciones que integran el sistema de seguridad pública y de justicia penal.

Dentro de los ejes estructurales para la implementación del sistema penal acusatorio se estableció el de la comunicación con la sociedad para la difusión y el conocimiento acerca los principios que informan al sistema, su operación y resultados.

Esta estrategia fue tal vez a la que menos recursos se destinaron. La consecuencia es que entre la gran mayoría de los ciudadanos existe una equivocada percepción acerca del sistema, lo cual deriva de las siguientes causas.

Debido a una carencia de coordinación interinstitucional de los operadores del sistema de seguridad pública y de justicia penal, nunca se concretó una estrategia central de difusión y comunicación acerca de la mecánica procedimental, alcances y expectativas del sistema acusatorio.

Ante la ausencia de talento o el propio desconocimiento del sistema por los responsables de la comunicación social de los implementadores del sistema, y la propia personalidad de los titulares de cada una de las instituciones que participan del sistema penal acusatorio que generalmente imprimen su sello personal en el derrotero de la información que determinan proporcionar a la sociedad vía medios de comunicación u oficialmente cuando deben proporcionar a otras instancias oficiales, por ejemplo el Sistema Nacional de Seguridad Pública o el INEGI, nunca se sembró en la ciudadanía una adecuada comprensión respecto de los principios informadores del sistema, cómo operaría este y, con posterioridad, también han sido incapaces o fragmentarios a presentar el estado de las cosas y los resultados que se han ido consiguiendo en aras de contar con un sistema de justicia más democrático y transparente.

Sumado a lo anterior, distintos actores políticos y líderes sociales se han encargado de difundir de manera errónea, tendenciosa y maliciosa que el sistema acusatorio es el responsable de la impunidad generando confusión e irritación social frente al sistema de

enjuiciamiento, así como pérdida de confianza en la actuación de las instancias que intervienen, de una u otra forma, para la solución de los conflictos penales<sup>721</sup>.

Para atender lo anterior, se requiere nuevamente capacitar e informar a los líderes de opinión social y a los medios de comunicación sobre el sistema de justicia penal. También se debe fomentar campañas de difusión y sensibilización acerca del sistema con mensajes adecuados, claros, pertinentes e integrales para cada sector de la población en la que se pretenda incidir. Desde luego, debe destinarse un presupuesto suficiente para atender estas tareas.

4. Aún y cuando mediante Acuerdo 2/2016 se instauró el funcionamiento y organización institucional de una Unidad responsable y se establecieron las directrices para la supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso por la Procuraduría General de Justicia del Estado de Guanajuato<sup>722</sup>, a la fecha de esta investigación su intervención en los casos en los que debe de actuar ha sido nula y se requiere garantizar su eficacia, imparcialidad, neutralidad, funcionamiento y sustentabilidad.

La realidad nos indica que a) no existe personal que se encargue de verificar el seguimiento de las medidas cautelares; b) No hay recursos presupuestales para establecer programas de protección a ofendidos o víctimas de los delitos y testigos; c) No hay sitios destinados para preservar la seguridad e integridad de los ofendidos, víctimas o testigos de los delitos.

Si no existen estos elementos se presentan situaciones muy graves que impiden el impulso y la prosecución de los procedimientos penales por lo siguiente: a) se detiene el normal trámite de los procesos, ello en perjuicio de las partes; b) las audiencias se aplazan y se eleva su costo en el gasto corriente del presupuesto del Poder Judicial; c) los testigos, las víctimas u ofendidos de los delitos no acuden a la audiencia; d) los testigos, las víctimas u ofendidos de los delitos tienen miedo y perciben inseguridad y riesgos personales, e incluso llegan a mentir en las audiencias para evitarse problemas; e) el Ministerio Público desiste de la acusación; f) el delito queda impune; g) se han presentado casos de homicidios de víctimas

---

<sup>721</sup> Los políticos, generalmente los responsables del Poder Ejecutivo, sea en el orden federal, estatal o municipal, cuando son rebasadas sus administraciones ante la impunidad y el crecimiento de la criminalidad en el territorio de su adscripción competencial, ante el reclamo de la sociedad y con la incapacidad de las áreas de seguridad pública y de procuración de justicia para atender el cumplimiento de sus atribuciones legales, estilan atribuir la causalidad de tales problemas a factores que, aparentemente le son ajenos. Es el caso de Guanajuato, en donde el Gobernador y los alcaldes, atribuyen recurrentemente el crecimiento de tales fenómenos sociales al sistema penal acusatorio. A guisa de ejemplo, el 15 de mayo de 2016 el Gobernador Miguel Márquez Márquez señaló que 2 el nuevo sistema de justicia penal genera impunidad en el país, en "Provoca impunidad sistema oral.-Márquez" en <https://www.reforma.com.mx>. Consultada el 15 de mayo de 2018 a las 14.28 horas, lo cual atribuye a lo que llama el efecto de la puerta giratoria. De igual manera alcaldes de distintos municipios de la entidad.

<sup>722</sup> Publicado en el Periódico Oficial del Estado de Guanajuato el 31 de mayo de 2016.



u ofendidos y testigos de los delitos; h) la víctima y la sociedad se manifiestan inconformes con el sistema; i) no se cumple con el principio constitucional de cumplir con una justicia pronta y expedita.

Resulta urgente e indispensable contar material y funcionalmente con la referida Unidad de supervisión y seguimiento de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso para contribuir a que las víctimas u ofendidos y testigos de los delitos participen libremente y con seguridad en su integridad física y emocional en los procesos, no queden los delitos impunes, se cumpla con la justicia pronta y expedita, y la ciudadanía confíe en el sistema de enjuiciamiento penal.

5. No existen directrices de una política criminal común entre los intervinientes en el sistema penal acusatorio en Guanajuato.

Al igual que en toda la república mexicana, en el sistema de seguridad pública y de justicia penal federal, en Guanajuato tampoco se cuenta con una política criminal uniforme y coordinada. Así pues, no se observan mecanismos ni acciones que permitan a las instituciones del sistema de seguridad pública y de justicia penal encuadrar y articular sus planes institucionales dentro de una visión de Estado, advirtiéndose una coordinación mínima, insuficiente y criterios jurídicos, operativos, tecnológicos y de gestión muy heterogéneos.

Por ello, se requiere contar con documentos e instrumentos que establezcan objetiva y justificadamente la planeación y la evaluación de todo el sistema y a cada uno de los intervinientes en él. Para ello es indispensable contar, entre otras cosas, de comunicación y coordinación eficiente y eficaz entre todas las instancias, de una gestión ordenada, oportuna y compartida, de sistemas tecnológicos interconectados dentro de las atribuciones que legalmente se establezcan, lo que permitiría un sentido de corresponsabilidad enfocado en resultados específicos en aras de cumplir con los fines del sistema penal acusatorio.

6. Se requiere innovar en la búsqueda de otras soluciones al conflicto penal, ello acorde a las condiciones y capacidades reales de integración organizacional, atención y respuesta por parte de las instituciones que integran el sistema, así como a las expectativas de justicia que tienen los integrantes de la sociedad, proponiéndose los modelos de justicia comunitaria de los Estados Unidos de Norteamérica.

Los tribunales comunitarios son tribunales vecinales que aprovechan el poder del sistema de justicia para hacer frente a los problemas locales. Pueden adoptar muchas formas, pero todas se centran en asociaciones creativas y resolución de problemas. Se esfuerzan por crear nuevas relaciones, tanto dentro del sistema de justicia, así como con las partes interesadas externas, como lo son vecinos, comerciantes, iglesias y escuelas. Ponen a prueba enfoques nuevos y agresivos a la seguridad pública en lugar de simplemente responder a la

delincuencia después de que ha ocurrido un hecho que se pone en riesgo el tejido social de la comunidad.

El primer tribunal de la comunidad en los Estados Unidos de Norteamérica fue el Tribunal Comunitario Midtown, iniciado en 1993 en la ciudad de Nueva York. En el año 2007 ya operaban 30 tribunales comunitarios, inspirados en el modelo de Midtown, en el país norteamericano<sup>723</sup>.

Los conceptos en torno a los cuales se gestan estos modelos son la justicia en la comunidad, que requiere de la participación comunitaria, la colaboración interinstitucional, y la búsqueda de resolución de problemas, fundamentalmente aquellas conductas que afectan la vida ordinaria de los habitantes de alguna localidad como lo son la posesión de drogas, robos a comercio, vandalismo, venta de piratería, violencia familiar

La relevancia de estos modelos es plantear nuevos esquemas de soporte administrativas y organizacionales afines a la nueva visión jurisdiccional en la búsqueda de niveles de operación cotidiana bajo principios de competitividad, productividad y eficiencia en el funcionamiento del tribunal y la adecuada gestión de sus recursos disponibles.

La disminución del crimen, reducción de la encarcelación, mejora en los niveles de confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia, mejora sustancial en la percepción de la equidad, reducción de la reincidencia y optimización de los recursos públicos son algunos de los resultados destacables que el modelo de cortes comunitarias ha generado en los sitios en los que operan.

La tendencia mundial consiste en aumentar el involucramiento proactivo de los jueces a los problemas específicos de sus comunidades, explorando nuevas formas proactivas de impactar positivamente en los factores y actores clave de sus comunidades, construyendo confianza y respeto a la función judicial, dotando para ello a los juzgadores de recursos jurídicos, organizacionales, humanos y materiales claves para este fin. (Actualmente las cortes comunitarias operan con éxito en Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Inglaterra, Nueva Zelanda, Australia, Israel y Singapur con distintos niveles de logros y alcance).

Este cambio de paradigma del enfoque judicial con base en que los sistemas de procuración, administración e impartición de justicia deben responder a la nueva realidad social de las comunidades y de sus entornos particulares permite una estrategia de manejo de audiencias orales y esquemas eficientes de alta rotación. (Se tiene un rango de 50 a 65 audiencia promedio por Juez al día).

---

<sup>723</sup> Kralstein, Dana, "Community Court Research: A literature Review", en *Documenting results. Research on problema-solving justice*, New York, Center for Court Innovation, 2007, Pp. 207 y 211.

7. Se debe mejorar la argumentación de los hechos en las resoluciones jurisdiccionales.

Debe asentarse que las características fundamentales teóricas de un juzgador propio de un Estado de Derecho lo constituyen su vinculación a la ley y su independencia<sup>724</sup>. Con la vinculación del órgano jurisdiccional a la ley se garantizan ciertos valores irrenunciables como son la certeza o previsibilidad de las decisiones jurídicas, la igualdad de la aplicación de la ley y la uniformidad jurisprudencial. Al reconocerse la independencia judicial se garantiza la absoluta libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, unitarios o colegiados, excepto los eventuales mecanismos de unificación de jurisprudencia a través de los medios de impugnación previstos en la ley<sup>725</sup>.

Se comparte la opinión de autores como Gascón Abellán<sup>726</sup>, que sostienen que la cultura de la motivación de la prueba no se ha arraigado en los circuitos judiciales. Que, por el contrario, sigue muy arraigada la concepción psicologista de la motivación, se continúa abusando del principio de valoración conjunta, se admite la motivación no exhaustiva, por remisión, e inclusive, la motivación implícita y se siguen dejando de lado valoraciones sobre los hechos. Que esta práctica, la de escasa o nula motivación, en realidad oculta un ejercicio de poder no controlado.

La inmediatez del juez en la práctica de la prueba es como la condición inexcusable para la libre valoración. La libre convicción se entiende entonces como valoración libre, subjetiva y principalmente, incontrolable<sup>727</sup>. Ello la dota de subjetivismo e irracionalidad, anulándose la posibilidad de la motivación. Esto es así porque, si la convicción del juzgador es el resultado solo de su exposición al material probatorio, entonces esa convicción no es susceptible de racionalización.

La valoración de la prueba no es una operación al margen de la motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales, aun y cuando de manera metodológica y conceptual se puedan distinguir.

Se dice que las sentencias, además de ser un acto de poder (*potestas*), deben obtener legitimidad y autoridad democrática en la determinación de la ley aplicable, lo cual solamente será posible si es que se determinan y reconstruyen los hechos conforme efectivamente

---

<sup>724</sup> Esto se conecta con el garantismo.

<sup>725</sup> Gascón Abellán, Marina, *Op. Cit.* nota 170, Pp. 19 y 20.

<sup>726</sup> Gascón Abellán, Marina, "Estándares de prueba y motivación" en Gascón Abellán, Marina et. Al., en *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, Pp. 452 y 453.

<sup>727</sup> Gascón Abellán, Marina señala "que es como un momento íntimo o místico capaz de suplantar las pruebas, o cuando menos, de permitir su ponderación discrecional", en Gascón Abellán, Marina, *Op. Cit.* nota 170, Pp. 393 y 394.

sucedieron, y si la actividad adquisitiva y valorativa de la prueba se apoya en criterios de racionalidad cognoscitiva y en una adecuada justificación de dicha ponderación, advierte Castillo Alva<sup>728</sup>.

Con el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del sistema penal acusatorio se han ido detectando algunas carencias en la actuación de los jueces del fuero federal y del común que requieren de capacitación o de especialización. En términos generales se requiere mejorar sus destrezas en la conducción de audiencias, en la valoración de los datos y medios de prueba, en la resolución de incidentes y nulidades, en la argumentación y fundamentación de sus resoluciones, entre otras. En ocasiones se pronuncian resoluciones muy extrañas que pueden trastocar la esencia del sistema penal acusatorio, por lo que deben establecerse mecanismos para prevenirlas o evitar su reproducción en otros juzgadores. Me ocupare en esta parte del trabajo de algunas inconsistencias en las argumentaciones de las resoluciones a manera de ejemplificar las afirmaciones previamente establecidas<sup>729</sup>. En primer término, respecto a resoluciones de órganos jurisdiccionales. También se presentarán algunos casos de pretensiones del Ministerio Público inconducentes con lo que se ha pretendido trastocar la naturaleza de las instituciones del sistema penal acusatorio. Finalmente, algunas determinaciones de autoridades federales cuyo sentido controvierte en el fondo la esencia del sistema.

1. En la causa penal 1P2815-90, referida a una audiencia de vinculación a proceso respecto a un hecho considerado por la ley como homicidio, el juez de control señala en su argumentación:

”...que insisto fueron las lesiones que privaron de la vida al hoy occiso, no es posible que lo hayan hecho de esa manera, y a lo que iba, pongamos el supuesto, la lógica, las máximas de la experiencia, de que si el inculpado en ese forcejeo que tenía con el hoy occiso, hubiera accionado el arma de fuego en contra de esta cuando estaba forcejeando o cuando estaba cerca de él, es lógico que la trayectoria hubiere sido una distinta pero además de eso hubiera sido de que hubiera encontrado en la ropa del hoy occiso pólvora, sin embargo en el dictamen, emitido por el químico ---, que se le practicó a la prenda, la prueba de Walker...”.

Puede advertirse que no hay argumentación justificada, que no existe distinción para el juez de los elementos que integran la sana crítica para valorar de manera libre y lógica los medios de prueba que está analizando ni, en todo caso, explica porque los invoca, pero no

---

<sup>728</sup> Castillo Alva, José Luis, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Perú, Grijley, 2014, Pp. 30 y 31.

<sup>729</sup> Atendiendo a la normativa de protección y resguardo de identidad y de datos personales de los intervinientes me limitaré a señalar en cada caso el número de causa

los aplica. Su aseveración en todo caso debía haberla realizado en base a prueba científica derivada de un peritaje de criminalística. Dentro de la misma resolución refiere lo siguiente:

“... y recordemos que un arma de fuego si se encontraron los casquillos de ahí, de acuerdo con la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos, estos disparan los casquillos, salen de esa arma y lógicamente se encontraron adentro dos, porque probablemente la persona que hizo los disparos lo hizo estando disparando con la pistola adentro de esa camioneta, lo que ocasionó que los casquillos salieran al interior del mismo, por lo tanto, es claro que estaba ahí.”.

Se advierten las mismas falencias señaladas para el primer párrafo, lo que evidencia que en su argumentación el juez continua con un esquema mental consistente en pretender hacer valoración conjunta empleando los componentes del sistema de sana crítica como estribillo o como palabras rituales para evadir justificar y dar por probado o desaprobado cada hecho o sus elementos, amén de manejar en un solo párrafo y para un solo propósito distintos grado de convencimiento incluyendo la certeza y la probabilidad y evidentemente desconocer en qué consiste una máxima de la experiencia o las reglas de la lógica. Esta deficiencia argumental es muy extendida entre los juzgadores que actúan en calidad de jueces de control o integrantes de tribunal de enjuiciamiento.

2. En la causa IP0417-82, existe una audiencia de vinculación a proceso en relación a un hecho considerado por la ley como homicidio, en la que el juez de control señala en su argumentación:

“... en base a todo lo anterior, se arriba a la conclusión que en la especie, si acaso fue demostrado un hecho parcialmente circunstanciado, relativo a la muerte de ---, --- y ---, entre las 17.00 y 19.00 horas del día -- de -- del año 2017, siendo todos estos decesos a causa de heridas producidas por proyectil de arma de fuego penetrante en cráneo, pero evidentemente no se encuentran demostradas el resto de circunstancias de modo, lugar y ocasión de dicho suceso, así como tampoco está justificada alguna intervención jurídica relevante, como la que se le imputa a ---, como para hacer ese hecho típicamente encuadrable en la clasificación jurídica propuesta por el Ministerio Público, con lo que se considera no cumplido en sus extremos lo previsto en los artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 316 fracción III del Código Nacional de Procedimientos Penales, en consecuencia...”.

El juez de control determinó vincular a proceso al imputado en calidad de coautor. Esta argumentación es también deficiente, demostrando una insuficiencia argumentativa como enunciado normativo. Cuando el juez de control da por demostrado un hecho no puede adjetivarlo como parcialmente circunstanciado, lo que violenta el principio de lógica formal

de tercero excluido. Además, no puede decretar la probable autoría o participación del imputado si no tiene por acreditado el delito. Existen variadas resoluciones en donde el juzgador es insuficiente o contradictorio en el manejo de la argumentación acerca de los elementos que integran un delito, manifestando carencia de especialización en el conocimiento y manejo de la teoría del delito.

3. En la causa penal 1P2716-168, seguida por el delito de robo calificado, en la audiencia intermedia el Ministerio Público ofreció para su desahogo como medio de prueba documental en la audiencia de juicio oral, la declaración del imputado que consta en la copia certificada de la declaración video grabada de él en la audiencia inicial y en la cual se le vinculó a proceso.

Este tipo de argucias ha venido presentando el Ministerio Público en algunos casos. Empero, el testimonio que haya rendido el imputado en alguna audiencia previa, se trata de una declaración precisamente, la cual, si bien podía ser incorporada anteriormente en Guanajuato mediante lectura en la audiencia de juicio oral, al así estar dispuesto en la Ley del Proceso Penal en su artículo 372; sin embargo, eso solamente procedía si el imputado hubiere hecho valer su derecho constitucional a no declarar y, además, se actualizarán los requisitos previstos en las fracciones I a la IV del ordenamiento referido.

4. En la misma causa penal 1P2716-168, seguida por el delito de robo calificado, en la que se enjuició a varios individuos en calidad de coautores, en la audiencia intermedia el Ministerio Público ofreció para su desahogo y reproducción, como medio de prueba superveniente, la declaración de otro de los coautores vertida en diversa audiencia de juicio oral en la que se evidenciaba la intervención del imputado en esta causa, misma que se contiene en una copia certificadas de la audiencia de debate.

Evidentemente no se trata de una prueba superveniente como lo pretendió introducir el Ministerio Público, ni cualquier otro medio de prueba que pueda ser desahogado respetando los principios de inmediación y contradicción, por ello debe resultar admisible su admisión. Lo destacable para el trabajo es el mecanismo falaz con el cual el fiscal pretendió introducir un testimonio al debate de juicio oral sin contar con los requisitos legales de procedencia. Este tipo de actos, si llegan a prosperar, son aquellos con los cuales va perdiendo su esencia un sistema procesal.

Los juzgadores federales, dueños de la ley de amparo y defensores de la CPEUM, son agentes con los que debe establecerse alguna estrategia para evitar que con sus resoluciones inercialmente burocráticas y aburguesadas desnaturalicen el sistema.

5. En el amparo en revisión 49/2018 relativo al juicio de amparo 911/2017, interpuesto por la víctima indirecta del delito de homicidio, ante la negativa de amparo

pronunciado por el Juzgado Octavo de Distrito<sup>730</sup>, el Tribunal Colegiado de Circuito resolutor, resolvió conceder el amparo a la impetrante.

Lo paradigmático de la resolución es que es un amparo concedido, como en la mayor parte de los amparos que se conceden, "para efectos" y su sentido es que se respeten los derechos del imputado, no de la revisionista. En este fallo a foja 48 se determina que:

"...Cuestión que se destaca a fin de que, al dar cumplimiento a la ejecutoria, la autoridad responsable respete los derechos del imputado, haciendo de su conocimiento que su situación jurídica puede ser resuelta en el mismo momento, dentro de setenta y dos horas o ciento cuarenta y cuatro horas siguientes, y se abstenga de duplicar el plazo constitucional si no media para ello solicitud expresa del imputado". Lo anterior derivado de lo señalado en las fojas 46 y 47 en las que se lee: "...Empero, ni la defensa ni el inculpado manifestaron expresamente su deseo de solicitar la duplicidad del término constitucional".

Es claro que el principio de defensa es uno de los pilares del sistema acusatorio pues garantiza el contradictorio, la igualdad procesal, etc., y que debe salvaguardarse en todo momento su preservación y aplicación extensa. En el fallo se reconoce que el imputado tuvo en toda su intervención procesal la asistencia de defensa técnica adecuada. Empero en la audiencia de solicitud de vinculación a proceso, la defensa no pronunció sacramentalmente su deseo de solicitar la duplicidad del término constitucional, ni el imputado -debidamente defendido- hizo lo propio. De esta manera, para dar cumplimiento a lo mandato por el tribunal federal habrá de reponerse la audiencia de formulación de imputación y la de vinculación a proceso, a la que habrá de hacerse acudir al probable imputado quien en estos momentos se encuentra gozando de libertad debido en que el asunto se le había decretado auto de no vinculación a proceso. Lo que definitivamente es un derecho fundamental -el que se le dé a conocer a un imputado la posibilidad que solicite la duplicación del término constitucional y ofrezca medios de prueba-, en el trámite del procedimiento se vuelve una forma procedimental para que el ahora no vinculado tenga que involucrarse de nueva cuenta con la justicia.

6. En el amparo en revisión 491/2017, instado contra la resolución pronunciada por el juez Primero de Distrito en el amparo indirecto 430/2017-III, el otro tribunal colegiado de circuito en materia penal en el Estado, se pronuncia en el sentido de otorgar el amparo a las solicitantes dado que el juez de control que les dictó el auto de vinculación a proceso, origen de todas las impugnaciones referidas, omitió hacer de su conocimiento, sacramentalmente, sobre su derecho a ofrecer datos de prueba que ofrezcan en la duplicidad del término constitucional.

<sup>730</sup> Las autoridades jurisdiccionales federales pertenecen al XVI Circuito.

En el cuerpo de la resolución del tribunal colegiado de circuito, de la foja 23 a la 26, se detallan todas y cada una de las acciones desplegadas por el juez de control para dar cumplimiento a sus obligaciones como garante del cumplimiento de los derechos fundamentales de las probables incoadas a proceso y de las garantías procesales que revestía tal condición jurídica, lo cual es señalado por el propio otorgante del amparo en las fojas 26 y 27. No obstante, concede el amparo para que se cumplan con los sacramentalismos a los que me referí en el caso previo.

Es muy conocido en el foro jurídico que los tribunales federales buscan vericuetos jurídicos para detectar omisiones en supuestos de violación a derechos fundamentales o de garantías procesales para conceder amparos "para efectos", que en múltiples ocasiones se trata de cuestiones de forma, lo que les permite no entrar a resolver el fondo sustantivo del asunto. Esto se incrementa sobre todo en los casos en los que su actuar administrativo efectivo, es decir el trámite de la cantidad de asuntos que tienen en los juzgados o tribunales bajo su responsabilidad es muy elevado -lo cual casi siempre así ocurre- y tienen visitas administrativas de sus órganos de control, y requieren contar con números inferiores en los asuntos en trámite, es que se abusa más de esta práctica burocrática independientemente de la impunidad o injusticia que puedan generar.

7. Amparo 344/2014-II del índice del juzgado Décimo de Distrito, se concede el amparo porque en la vinculación a proceso por el delito de homicidio, el juez de control no se impuso directamente, (es decir no leyó personalmente la carpeta de investigación) de los datos de prueba que fueron referidos por las partes en la audiencia correspondiente. Obviamente, nadie le explicó a juez federal que el sistema de enjuiciamiento ahora es oral.
8. Amparo 895/2014-III del índice del juzgado Décimo de Distrito, se concede el amparo porque en la resolución reclamada de la cual emana el juicio de garantías, la pronunciada en el toca 16/2014-O de la Décima Sala del Supremo Tribunal de Justicia, en la que se confirma la vinculación a proceso por el hecho considerado violación en la ley penal, no se asienta de manera expresa, el nombre y apellidos de la secretaria o secretario que autoriza y da fe de los actos emitidos por la citada Décima Sala Penal, así como su rúbrica. Reitero el comentario, que alguien envíe a dicho juzgador federal a estudiar las características del sistema penal oral acusatorio en donde no se requiere de autorización de documentos por que el titular del órgano jurisdiccional personal y absolutamente es quien tiene la fe de sus actos. Valga decir que el juez ahora es magistrado en un tribunal unitario en el mismo circuito.

Sirvan los ejemplos para concluir que, aparte de requerir mayor capacitación y especialización a la mostrada hasta ahora, si el juzgador es el depositario de un poder que se ejerce con cierta amplitud conceptual, ello lo obliga a acreditar la racionalidad de sus determinaciones pues en ello radica la fuente de su legitimidad.



## CONCLUSIONES

1.- Desde los años ochenta del siglo pasado se presentaron transformaciones radicales en los sistemas constitucionales y, en consecuencia, en el modelo de enjuiciamiento penal en toda América Latina, migrando hacia un Estado *Constitucional de Derecho*, identificado conceptualmente con el neoconstitucionalismo, y a los sistemas de enjuiciamiento penal de corte acusatorio.

2.- Para ser completa, cualquier visión del proceso penal debe asumirse desde una perspectiva político criminal, esto derivado de la inseparable liga existente entre el poder político y el proceso penal, de tal manera que, al plantearse la cuestión criminal desde la política, el Estado y la política criminal aparecen como consustanciales.

3.- Los sistemas de control social, tanto a nivel internacional como los internos en las distintas naciones, han sido impactados por los procesos de globalización ideológicos y económicos que emergen para atender las necesidades de los sistemas productivos de las grandes potencias mundiales, lo que ha obligado a los ordenamientos jurídicos de las naciones periféricas a adaptarse a los sistemas de las potencias centrales.

4.- Desde finales de los años noventa del siglo XX, en muchos países de occidente se transitó del paradigma de la prevención del delito al de la seguridad pública o colectiva, esto derivado también del parcial o absoluto fracaso de las políticas de bienestar en la modernización de los servicios asistenciales, escolares, familiares y de trabajo, así como el de algunas estructuras de control social formal como los sistemas penitenciarios.

La mayor problemática respecto a cambiar el paradigma hacia la seguridad es que resulta un modelo muy local a las expectativas de los ciudadanos y no abstracto vinculable a políticas generales, de transformación de la persona humana y de las instituciones sociales. De esta suerte, el problema de la inseguridad y el de la justicia construida alrededor de ésta, son necesarias para la globalización y siempre van a encontrar aliados imprescindibles u oportunos en las emergencias que permanentemente surgen en estas sociedades, lo que permite el abuso de poder por parte de las autoridades responsables de atenderles.

El securitarismo o la seguridad sobre todos los agentes y factores sociales tiene su propia justicia, que no es otra sino la de la sumisión o de la guerra en contra del criminalizado, y los sujetos que no son funcionales a la globalización no les queda otra vía que la exclusión. En este poder configurador, normativizador, disciplinario o verticalizante radica el ejercicio del poder más importante en los sistemas penales latinoamericanos.

5.- Existe una crisis en el Derecho, la que se presenta no solo es en su regularización sino también en su moral, la que pretende ser reconstruida ideológicamente a través de mensajes comunicativos que provienen de fuentes punitivas, lo que muchas veces lo hace simbólico, y esto permite, a su vez, a la clase en el poder ocultar las raíces del problema y en vez de tender

hacia un sistema más plural, democrático y humano, se vuelve más autoritario y excluyente. Como puede desprenderse de lo anterior, no es posible pensar en la actuación y la actualización de los sistemas de justicia penal y de seguridad pública sin considerar los contextos sociales y políticos en los que actúan y tienen que responder. Ante la globalización internacional, la justicia privilegia amenazas y problemas del exterior y entonces se aparta de sus propios espacios.

Ya que en América Latina no se han solucionado ancestrales problemas económicos, sociales, políticos y culturales, al ingresar al mercado globalizado -en el cual se intercambian nuevos mercados de bienes y servicios, sean legales o ilegales-, se maximizan las contradicciones y conflictos propios de cada país. En esta crisis de los Estados y de emergencia de la globalización liberal, surge la necesidad de cambiar el régimen constitucional y la transformación de los sistemas de enjuiciamiento, de lo que México, como todo país latinoamericano, no fue ajeno.

6.- El 28 de mayo de 2008 se aprobó la reforma constitucional que transformó el sistema de seguridad pública y de justicia penal en México, ordenándose la implementación del sistema penal acusatorio y oral en toda la república, con una *vacatio legis* de ocho años. En septiembre de 2013 entró en vigor una legislación procesal penal única para todo el país.

7.- Al inicio de la investigación se focalizaron las grandes problemáticas al interior del país que impactaron en la operación eficaz del sistema de seguridad pública y de justicia penal y su credibilidad ante la sociedad, y sobre las cuales habría que enfocar las políticas públicas para generar condiciones de tranquilidad, paz y armonía social. Estas son, como tronco común, la ausencia de un programa de política criminal y en lo particular, la debilidad institucional, la ausencia de información, la impunidad y la corrupción.

A. La ausencia de un programa de política criminal en el Estado mexicano no permite que se establezcan de manera integral las estrategias preventivas y de reacción para la atención de la criminalidad, la inseguridad pública y la violencia, lo cual resume todo el problema. El panorama se oscurece más con las políticas centralistas de la administración pública federal, y no pocas en las locales.

Por ello es importante contar con el programa de política criminal que establezca acciones a mediano y largo plazo más allá de la operación policial o punitiva, incidiendo más bien en las esferas de bienestar y desarrollo humano individual o grupal y generar mejor coordinación entre los integrantes de los sistemas de seguridad pública y de justicia penal para no continuar en el círculo vicioso de micro esfuerzos macro desintegrados.

B. En la investigación se documentó que ha existido una notoria e histórica debilidad institucional en todas las instancias que integran el sistema, tanto en recursos humanos especializados y de fuerza de tarea, así como en infraestructura y equipamiento. Además,

cada uno tiene su propia agenda y caminan por vías diferentes sin adecuados niveles de coordinación, ello ante la ausencia de esquemas objetivos y justificados de evaluación.

Paradójicamente, en algunas áreas se incrementaron los presupuestos o el número de integrantes de las instituciones, pero la criminalidad ha ido al alza. Se concluye que la debilidad institucional no es igual que baja capacidad de acción, aunque una se retroalimente de la otra. La legitimidad de las instituciones deviene de su fortaleza y la credibilidad en el gobierno sería entonces el sitio en el cual desembocan.

Así tenemos que los cuerpos policíacos en el país tienen un elevado nivel de subdesarrollo y los gobiernos municipales siguen siendo el eslabón más débil en todo el entramado de la administración. De acuerdo con lo investigado, al año pasado faltaba por cubrir el 50.86% del total de los policías preventivos estatales o municipales que se requieren, por lo que, se estará de acuerdo, que en esas condiciones no se puede trabajar adecuadamente ni habrá estrategia alguna que resulte exitosa. Por tanto, se requiere urgentemente privilegiar el desarrollo y fortalecimiento de las capacidades de trabajo de las policías en los ámbitos estatal y municipal.

Por otro lado, ante la ausencia de metodología y la improvisación de servidores públicos como responsables de estas áreas, todo el tiempo se están buscando o fantaseando nuevas líneas de acción, aunque no se hayan cumplido las anteriores. O se abusa de antiguas fórmulas que nunca dieron resultados satisfactorios. En el mejor de los casos habría de culminarse con las estrategias iniciadas como en su oportunidad fue la constitución y formación de los servicios policiales, ministeriales y periciales de carrera, cuyas iniciativas se fueron diluyendo.

Si se trata de innovar, puede tomarse nota de las buenas prácticas, como fue la implementación en algunos países de Sudamérica y Centroamérica de los impuestos para preservar la seguridad, que ellos adjetivaron como democrática, estableciendo comisiones ciudadanas de seguimiento y supervisión del destino de los recursos y el avance en el combate a la criminalidad e impunidad. Evidentemente estas medidas no resultan políticamente rentables en el país en el cual con menor nivel de tributación en América Latina.

Por otro lado, en la investigación se ha constatado que, sin una adecuada evaluación, la aplicación excesiva de recursos sin control y sin ajustarse a un programa de política criminal coherente y bien definida, tampoco mejorará las estrategias y las acciones frente a la inseguridad pública y la delincuencia.

C. Para llevar a buen puerto cualquier proyecto se requiere contar con información completa, oportuna y confiable. Se ha documentado que, en el país existe una mínima tradición de registro y análisis para el diseño de las políticas de seguridad. Desde los primeros datos que se contemplan en el estudio, del año 2013, se desprende que se encontraron muchas limitaciones y dificultades en el acceso a la información dado que hay poca información

pública disponible acerca del desempeño de las entidades federativas en la implementación del sistema penal acusatorio en su demarcación territorial. Esta tendencia se observó en los distintos datos aportados a este estudio. De la información del año pasado todavía se observan resultados desalentadores puesto que el porcentaje de respuesta positiva a la información solicitada fue menor del 50%.

Esta dificultad para acceder a la información no solo se presenta ante quienes investigan estos asuntos sino también entre los integrantes del sistema de política criminal, entonces es entendible que no planifiquen sobre la realidad ni de manera coordinada con las instancias con las que deben relacionarse.

D. Respecto al tema de la impunidad se estableció que, desde el año de 1998 se registraba que un 90% de los delitos quedaba sin castigo. Durante la vigencia del sistema penal acusatorio este panorama no ha cambiado y que, con el último registro de 2016 se presenta un porcentaje del 93.7% de impunidad. En las mediciones externas, en el Índice Global de Impunidad, se determina que México sigue estando dentro de los cinco países con mayor impunidad en el mundo y que de 2016 a 2018 empeoró su posición, resultando ser el país latinoamericano con más alto nivel en este rubro. En cuanto a la medición de estado de derecho también se encuentra en lugar desfavorable al ser el lugar 92 de 113 países evaluados, estableciéndose que en el aspecto de justicia penal es el 105 entre 113.

También debe destacarse que, aún y cuando en el mes de julio de 2016 se expidió la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, a la fecha sigue sin concretarse en plenitud el referido sistema, inclusive no se ha designado al Fiscal General, ni los Tribunales y Magistrados especializados, lo que denota la carencia de interés en el orden político para dar cumplimiento desde el Estado mismo a esta instancia.

8. El talón de Aquiles del sistema penal acusatorio lo encuentro en el sistema de investigación de los delitos, el cual se sigue comportando como lo venía haciendo desde 1917 con el oportunismo legal que le vinieron dando las leyes y las circunstancias dentro de un sistema inquisitivo. Las procuradurías de justicia o fiscalías, son las instituciones del sistema de justicia penal con más bajo nivel de eficacia. Si además consideramos que, funcional y materialmente, también participa del sistema de seguridad pública y prevención del delito, encontramos esa ineficacia extendida a ese rubro. En los capítulos respectivos se establece la numerología que me permite llegar a las conclusiones previamente señaladas.

Así pues, resulta urgente replantear la estructura, formas de trabajo, personal que la integra, así como fortalecer las capacidades para la investigación y persecución de los delitos de estas instancias.

Sucedáneamente, también debe potencializarse la forma de solución al conflicto penal a través de los mecanismos alternativos de solución de controversias bajo un modelo de justicia restaurativa, así también los demás procedimientos que permitan despresurizar

racional y legalmente a los sistemas judiciales, pero siempre con la idea de dar cumplimiento a la finalidad del proceso.

Puntualmente se propusieron en el trabajo cuatro ejes centrales de mejora en la política de persecución penal de los delitos en México: en primer lugar, instaurar una nueva política de atención a víctimas; además, conformar reales estrategias científicas de análisis de la criminalidad; también diseñar e implementar un adecuado manejo de flujo de trabajo de las agencias ministeriales; y, mejorar sus resultados institucionales frente a la ciudadanía para contribuir en la construcción favorable de la percepción de la prevención general positiva.

9. Respecto a la impartición de justicia penal acusatoria, tanto en el orden federal como en los estatales, se concluyó que, de manera formal se implementó el sistema en todo el territorio nacional, tanto para los procedimientos ordinarios y específicos destinados a cumplir con la finalidad del proceso penal, como en el indispensable para la ejecución penal. Esto ha tenido sus grados y variantes, obedeciendo a distintos factores, como es la asignación y ejercicio de los recursos presupuestales que fueron permitiendo la introducción de personal capacitado y especializado, de equipamiento e infraestructura.

Para el año 2017 se midió que los jueces ocupan un bajo lugar en la percepción de confianza ciudadana. Ello refleja las deficiencias estructurales de los órganos jurisdiccionales como lo son el rezago en la resolución de los asuntos en trámite, los elevados niveles de impunidad derivados de sus resoluciones, la percepción de que el Poder Ejecutivo todavía tiene injerencia y ascendencia sobre sus actos, por la corrupción y nepotismo en el actuar de Magistrados y de Jueces en ambos órdenes de gobierno, aunque también se documentó que existe una disparidad presupuestal abismal entre lo que percibe el Poder Judicial de la Federación y los Poderes Judiciales en los Estados.

Además, se acreditó que los procesos en la carrera judicial no se encuentran desarrollados de manera uniforme y que han sido utilizados como mecanismos de control interno para la designación arbitraria de muchos funcionarios, sin contar con los conocimientos, habilidades y aptitudes para el desempeño de su encargo, redundando en resoluciones arbitrarias y desconocedoras del derecho, coadyuvando a la impunidad y a la carencia de confianza en las instituciones judiciales.

En el trabajo de esta tesis se establecen algunas propuestas para mejorar la argumentación de los hechos en las resoluciones jurisdiccionales en el ámbito del Derecho Procesal Penal acusatorio, así como para optimizar los recursos tanto en la parte de gestión de las audiencias como en la propia función jurisdiccional.

10. Se puede afirmar que el Estado de Derecho y el sistema de justicia penal en México colapsaron por distintas causas y contradicciones, fundamentalmente por la disolución de los paradigmas de su racionalidad.

El Estado mexicano constitucionalmente emigró de un Estado Legal a un Estado Constitucional, Puesto que el sistema de enjuiciamiento penal es uno de los atributos estatales de mayor significado en las relaciones entre el Estado y los particulares- ello por ser la vía para concretar el valor de la justicia en esta materia y el combate de la impunidad, entre otros fines- es que se previó adoptar un sistema procesal penal acorde a ese nuevo concepto de Estado, el cual, conceptualmente no pudo ser otro sino el acusatorio.

Esta nueva forma de ver al Estado conlleva el andamiaje jurídico que le da soporte, el cual se ha identificado con el neoconstitucionalismo. Este modelo, entendido como sistema jurídico, encuentra su herramienta fundamental en la argumentación jurídica fundamentada en reglas de ponderación y razonabilidad, que reivindica la carga moral del derecho y la transcendencia de los principios, que presenta un tipo de Constitución ya no como carta política sino jurídica que es generadora de derechos y obligaciones, dando origen a una cultura jurídica constitucional más democrática, transparente, tolerante e incluyente.

Así pues, los principios constitucionales son las directrices básicas para mantener la vigencia de la Constitución misma. En el trabajo se revisan las cualidades de los principios entendidas como normas fundamentales y sus diferencias con otras normas jurídicas.

11. Por lo que corresponde a la parte del Derecho Procesal Penal sustantivo, identificado como sistema penal acusatorio y oral, se concluye que debe trabajarse en la conformación de la dogmática procesal penal mexicana. En aspectos puntuales respecto a este tema, se analizó y se generaron propuestas concretas.

Para conformar el Derecho Procesal Penal con orientación acusatoria en México resulta transcendente entender en toda su extensión las características del sistema procesal penal acusatorio originado en el *common law* y sus divergencias con el derecho continental en el que originariamente se integró el sistema normativo nacional, esto con el objeto de entender el sentido y orientación que deben tener las instituciones jurídicas en nuestro sistema de enjuiciamiento.

En el *common law* lo esencial es el debido proceso y lo fundamental no es conocer la solución que la justicia ha de darle a un litigio, sino poder acceder a la vía jurisdiccional en igualdad de oportunidades, espacio procesal en el cual ha de seguirse un procedimiento que resulte justo. Otra característica del *common law* es que toda decisión se fundamenta a la luz de los hechos sobre los cuales se funda y, por lo tanto, los hechos no se fuerzan a encuadrar dentro de un principio abstracto como ocurre en el Derecho continental en el que se construyen sistemas normativos en los que toda cuestión debe encontrar una solución a través de la interpretación de una regla jurídica preexistente.

12. Con la finalidad de establecer un orden metodológico se hace una propuesta de sistematización de los principios, derechos o garantías procesales que sirven de orientación al procedimiento penal acusatorio en México y que se encuentran esparcidas en la CPEUM,

el CNPP y en Tratados Internacionales. Se propone dividirlos en principios de persecución penal; principios, derechos fundamentales y garantías procesales ante la persecución penal; derechos y garantías procesales, y; garantías y derechos procesales de la organización judicial. Se desarrollan cada uno de estos elementos.

13. En mi consideración, amén de las reivindicaciones en materia de derechos fundamentales y debido proceso, dentro de las transformaciones conceptuales y procesales derivadas de la reforma constitucional, la más relevante es la manera de probar los hechos delictivos. En el sistema inquisitivo mixto se establecía el principio de permanencia de la prueba y se migró a un nuevo sistema probatorio en el que solo se considera prueba a aquella que se presenta ante un órgano jurisdiccional, el cual goza de la libertad en la valoración de la misma y, sólo en función de ello es que se puede pronunciar una sentencia de condena, debiendo observarse en todo procedimiento las directrices del debido proceso.

Consecuentemente, se debe dar un golpe de timón en la estructura y funcionamiento sustancial y operativo de las Procuradurías o Fiscalías de Justicia, porque se ha acreditado que su conformación, la mecanización y anquilosamiento de sus procedimientos y el direccionamiento de la mecanizada manera de investigar los delitos obedece a una lógica operacional superada simplemente por la orientación y naturaleza garantista del nuevo modelo probatorio. En la medida que no se cambie la manera de investigar empíricamente los delitos para ajustarlos jurídicamente al sistema acusatorio se perpetuará la impunidad y la ineficacia del sistema de procuración de justicia.

En el trabajo se presenta el concepto de la prueba y sus denominaciones, el objeto de la prueba en el sistema penal acusatorio y los principios generales más relevantes referidos en concreto a las pruebas.

Dado que contamos con un diferente sistema probatorio, resulta conducente sistematizar las reglas o exigencias metodológicas de la prueba en el CNPP, esto porque dicho ordenamiento no contempla todos los elementos dogmática y programáticamente aplicables que deben ser considerados respecto al conjunto de normas que regulan la preparación, descubrimiento, ofrecimiento, admisibilidad, rechazo, exclusión, práctica, contradicción y valoración de los medios de conocimiento con el fin de asegurar su legalidad, pertinencia, conducencia y confiabilidad, para llevar al conocimiento del Juez los hechos que se consideran constitutivos del delito.

14. Se realizan propuestas para mejorar la actuación de los intervinientes en el sistema penal acusatorio en el Estado de Guanajuato, requiriéndose al efecto de: a) una consistente y permanente capacitación interinstitucional, b) esquemas flexibles de organización y operación de los integrantes del Poder Judicial, c) las acciones de implementación generadas a través de un programa de planeación estratégica, d) el establecimiento de un modelo de gestión de procesos fincado en el fortalecimiento de sistemas de gestión e informática, e) la

consolidación del servicio profesional de carrera en todas las instituciones que intervienen en el sistema.

15. Finalmente, se establecen los rubros que considero que es urgente atender para optimizar el sistema penal acusatorio en el Estado de Guanajuato y en el país en general, y propuestas para realizarlo:

a) Mejorar la actuación de la policía como primer respondiente en el conocimiento inicial y procesamiento de la existencia de un hecho aparentemente delictivo.

b) Mejorar la conducción de las audiencias en los órganos judiciales.

c) Establecer las mejores vías de comunicación entre las instancias estatales y la sociedad para mejorar la percepción del sistema.

d) Garantizar la eficacia, imparcialidad, neutralidad, funcionamiento y sustentabilidad de las unidades de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso.

e) Establecer líneas directrices de política criminal entre los intervinientes en el sistema penal acusatorio.

f) Innovar en la búsqueda de soluciones al conflicto penal diversas al procedimiento ordinario.

g) Mejorar la argumentación de los hechos en las resoluciones jurisdiccionales.



## FUENTES CONSULTADAS

- ADAME GODDARD, Jorge, *Filosofía social para juristas*, México, Mc. Graw Hill, UNAM, 1998.
- AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría General de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, España, Ariel Derecho, 2012.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?*, Bogotá, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2011.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría general del proceso*, México, Porrúa, 2002.
- ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª. Ed. Madrid, Barcelona, Marcial Fons, 2004.
- AROCENA, Gustavo A, "Verdad y prueba en el procedimiento penal", en *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.
- ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *El Derecho Penal del Enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- AZZOLINI, Alicia, "Las salidas alternativas al juicio en el CNPP", en *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, Coords. Moisés Moreno Hernández y Miguel Ontiveros Alonso, México, CEPOLCRIM, AMPEC y UBIJUS, 2015.
- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, México, Mc Graw Hill, 1999.
- BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *Ideología de la prueba penal*, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2014.
- \_\_\_\_\_, *Manual práctico de litigación oral y argumentación conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, UBIJUS, 2016.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de la sana crítica. Interpretación, valoración y argumentación*, México, UBIJUS, 2017.
- BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *Derecho Procesal Penal Aplicado. Con Juicio Oral, Derechos y Principios Constitucionales*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.

- BENAVENTE CHORRES, Hesbert e HIDALGO MURILLO, José Daniel. *Manual de derecho procesal penal mexicano. Para conocer y utilizar el código único*. México, Flores Editor y Distribuidor, INMEXIUS, 2014.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Manual de Derecho Penitenciario*, España, Universidad de Salamanca, Colex, 2001.
- BERGALLI, Roberto, "La violencia del sistema penal", en *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, Bosch, España, 1996.
- \_\_\_\_\_, "Protagonismo judicial y representatividad política (en la crisis del Estado democrático de derecho)", en *Criminología crítica y control social. Orden o justicia. El falso dilema de los intolerables, t. II*, Argentina, Editorial Juris, 2000.
- BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Tomo I. 5ª. Ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal, Dimensión político-criminal del proceso penal, Eficacia del poder punitivo, Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva, t. II*, Argentina, AD-HOC, 2014.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, España, Tirant lo Blanch, 2003.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo y CARRIZO GONZÁLEZ – CASTELL, Adán, *Derecho Procesal Penal*, Salamanca, España, CISE, 2009.
- CAMPUZANO CABALLERO, María Claudia, "La oralidad en los procesos penales" en *Sistema Penal, La reforma penal en México. Análisis, críticas y perspectivas*, México, UBIJUS, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2007.
- \_\_\_\_\_, "Los juicios orales, ¿mejora en la justicia?", en *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal. Ensayos en honor a Máximo Pavarini*, Fernando Tenorio Tagle (Coord.), México, INACIPE, 2015.
- CAMPOS CANTÚ, Hugo A., *La prueba prohibida*, México, UBIJUS, 2017.
- CANELO RABANAL, Raúl B., *La prueba en el Derecho Procesal. Su valoración testimonial, documental, pericial y sucedáneo*, Lima, GRIJLEY, 2017
- CARBONELL, Miguel, *Los juicios orales en México*, México, Porrúa, RENACE, UNAM, 2010.
- \_\_\_\_\_, *Neoconstitucionalismo*, México, Centro de Estudios Carbonell A. C., 2015.

- \_\_\_\_\_, *Constitución. Reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Porrúa, UNAM, 1999.
- CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, México, Porrúa, Renace y UNAM, 2008.
- CAROCCA PÉREZ, Alex, *Manual el nuevo sistema procesal penal chileno*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008.
- CARRANZA, Elías, “Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe” en *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas Posibles*, Carranza, Elías (Coord.), Siglo XXI, México, ILANUD, 2001.
- CASTILLO ALVA, José Luis, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Perú, Grijley, 2014.
- CASTRO JOFRÉ, Javier, *Introducción al Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008.
- CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE IMPUNIDAD Y JUSTICIA CESIJ, Universidad de las Américas de Puebla, *Índice Global de impunidad IGI 2015*, México, UDLAP, Consejo Ciudadano de Seguridad y Justicia, CESIJ, 2015.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo Alberto, *Valoración probatoria y control del juicio fáctico*, México, UBIJUS, 2016.
- CERVANTES BRAVO, Irina Graciela, “La justicia restaurativa como elemento fundamental del sistema penal acusatorio en Nayarit”, en *El sistema acusatorio oral de Nayarit a debate. Comentarios a la iniciativa de nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de Nayarit*, México, Fontamara, 2012.
- CESANO, José Daniel., “Las expectativas respecto del control jurisdiccional” en Cesano, José Daniel y Reviriego Picón, Fernando, Coords. “*Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*”. Buenos Aires, Argentina, Montevideo, Uruguay Ed. B. de f. P., 2010
- CIAPPI, SILVO, “La construcción del ghetto. Apuntes de criminología crítica”, en *Periferias del imperio. Poderes globales y control social*, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Cendex, 2006.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, México, Porrúa, 1980.

- CONVERSA, Luigi Antonio, "Las justicias inventadas" en *Periferias del imperio. Poderes globales y control social*, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Cendex, 2006.
- DAGDUG KALIFE, Alfredo, *Manual de Derecho procesal penal. Teoría y práctica conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, INACIPE, UBIJUS, 2016.
- DAMASKA, Mirjan R., "Las caras de la justicia y el poder del Estado". en *Análisis comparado del proceso legal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- DEI VECCHI, Diego, *Problemas probatorios perennes. Un análisis a la luz del nuevo proceso penal mexicano*, México, Editorial Fontamara, 2018.
- DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Porrúa, 2003.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo I, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, 2012.
- \_\_\_\_\_, *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo II, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, 2012.
- DUCE J. Mauricio y RIEGO R. Cristián, *Proceso Penal*, México, Jurídica de las Américas, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- ECO, Umberto, *De la estupidez a la locura, crónicas para el futuro que nos espera*, México, Lumen, 2016
- ESCALER BASCOMTE, RAMÓN, *La carga de la prueba*, Barcelona, Atelier, 2017.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marco Antonio y JAIME, Edna, "Hacer efectivo el aparato institucional de combate a la corrupción", en *Léase si quiere gobernar (en serio)*, Pantin, Laurence (Coord), México, México Evalúa, National Endowment for Democracy, CIDAC, 2018
- FERNÁNDEZ MENÉNDEZ, Jorge, *El otro poder. Las redes del narcotráfico, la política y la violencia en México*, Aguilar, México, Nuevo Siglo, 2001.
- \_\_\_\_\_, *Narcotráfico y poder*, México, Rayuela editores, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, "Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil", Madrid, España, Editorial Trotta, 2010.
- \_\_\_\_\_, "Constitucionalismos principalista y garantista", en Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Un debate sobre principios constitucionales*, Perú, Palestra, 2014.

\_\_\_\_\_, *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.

FUENTES, Víctor, "Evidencian dudas en oralidad" publicada en Agencia Reforma, Ciudad de México, 1 de agosto de 2016.

GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, *Materiales de Derecho Procesal Penal*, Murcia, España, DM, 2009.

GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *La valoración de la prueba en los juicios orales*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2010.

GALLEGOS ISAÍS, Gerardo Antonio y VALADEZ DÍAZ, Manuel, "El control difuso constitucional en el Estado de Durango. Estado de la cuestión" en *Reforma Constitucional en Derechos Humanos. El impacto en la impartición de justicia local*, Coord. Delgado Bernal, Baruch F., Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, México, Editorial Flores, 2014.

GANÓN, Gabriel E. H., "La lucha por el derecho o la reforma del sistema de (in)justicia", en *Criminología Crítica y control social. Orden o justicia. El falso dilema de los intolerantes, t.II*, Argentina, Editorial Juris, 2000.

GARAPON, Antoine y PAPADOPULOUS, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Colombia, LEGIS, 2008.

GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguelangel, "Diagnóstico del proceso penal mexicano", en *Criminalía*, año LXX, núm. 3, septiembre – diciembre, México, Porrúa, 2004.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o Autoritarismo?*, México, Porrúa, 2009.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Cuestiones probatorias*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2012.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA Alfonso J., *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Perú, Palestra, 2003.

GASCÓN ABELLÁN, MARINA, et. al., *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, "Prólogo" en Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros Alonso, Miguel, *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, CEPOLCRIM, AMPEC y UBIJUS, 2015.

- GONZÁLEZ PLASCENCIA, Luis, Las consecuencias del peligrosismo frente a los derechos humanos: Límites éticos de la "prevención especial positiva" en *Política criminal y sociología del control social*, México, INACIPE, 2006.
- GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia y SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Criminología*, México, Porrúa, 2005.
- GOSSEL, Karl-Heinz, *El proceso penal ante el estado de Derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*, Perú, Grijley, 2004.
- GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, España, Trotta, Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Razonamientos en la sentencia judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, México, Porrúa, 1996.
- HERRERA BAZÁN SAN MARTÍN, Luis Simón, *Proceso Penal Mexicano*, México, UBIJUS, 2016.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Debido Proceso en el sistema acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor, Universidad Panamericana, 2011.
- \_\_\_\_\_, *Hacia una teoría de la prueba para el juicio oral mexicano*, México, Flores Editor y distribuidor, 2013.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, t. II, México, Jurídica de las Américas, 2008.
- HUAMÁN CASTELLARES, Daniel O., *El sistema jurídico penal. Fundamentos dogmáticos y criterios para una interpretación integrada del Derecho penal y procesal penal*, Perú, Editores del Centro, 2016, Pp. 43 y 73.
- KALA, Julio César, "Fenomenología de la delincuencia", en *Ciudades Seguras*, t.IV, México, Universidad Autónoma Metropolitana, CONACYT, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- \_\_\_\_\_, "El horizonte de la justicia penal", en *La justicia en los Estados. Pasado, presente y futuro*, México, Poder Judicial del Estado de Guanajuato, 2010.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2007.

- KRALSTEIN, Dana, "Community Court Research: A literature Review", en *Documenting results. Research on problema-solving justice*, New York, Center for Court Innovation, 2007.
- LAZO, Alfonso, *Revoluciones del mundo moderno*, Barcelona, Salvat, 1980.
- LE COUR GRANDMAISON, Romain, Rediseñar la estrategia de seguridad pública desde lo local, México en *Léase si quiere gobernar (en serio)*, Pantin, Laurence (Coord), México, México Evalúa, National Endowment for Democracy, CIDAC, 2018.
- LUHMANN, Niklas, "El derecho como sistema social", en Gómez-Jara Díez, Carlos, *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada, España, Editorial Comares, 2005.
- MAIER, JULIO B. J., *El proceso penal contemporáneo*, Lima Perú, Palestra, Instituto de Ciencias Penales, Universidad Privada Antenor Orrego, 2008.
- MEDINA MORA, Icaza Eduardo, Prólogo en Nava Córdova, Isaac, *Sistema acusatorio penal. Perspectiva en el ámbito federal*, México, UBIJUS, 2009.
- MÉXICO EVALUA, Centro de Análisis de Políticas Públicas, *Sistema de índices e indicadores en seguridad pública*, Cía. México, Impresora y Editora ANGEMA, S. A. de C. V., 2010.
- MIDÓN, Marcelo Sebastián et al., "Concepto de prueba, jerarquía y contenido del derecho a la prueba", en *Tratado de la prueba*, Chaco, Argentina, Librería de la Paz, 2007.
- MIGUEL ORTIZ, Silvia del Carmen y ALONZO BERNAL, Alma Isela, "Impacto de la reforma de los derechos humanos en la judicatura de Campeche", en *Reforma Constitucional en Derechos Humanos. El impacto en la impartición de justicia local*, Coord. Delgado Bernal, Baruch F., Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, México, Editorial Flores, 2014.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*, México, UBIJUS, 2013.
- MORALES BRAND, J. L. Eloy, *Derecho penal. Análisis crítico*, México, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2016.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés "Fortalezas y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales", en *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, Coords. Moisés Moreno Hernández y Miguel Ontiveros Alonso, México, CEPOLCRIM, AMPEC y UBIJUS, 2015.

- \_\_\_\_\_, *Retos de la implementación de la reforma constitucional en materia de justicia penal (2008)*, México, Centro de Análisis y Desarrollo del Derecho, Universidad La Salle, 2011.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Jerez, España, Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- \_\_\_\_\_, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- NADER KURI, Jorge, "El principio de oportunidad" en Sistema Penal, México, Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, UBIJUS, número 4, octubre-diciembre 2008, 2009.
- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., y RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz Eugenia, *Introducción a la prueba en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, UBIJUS, Instituto de Formación Profesional Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2009.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Argentina EDISOFER, Editorial B de f, 2012.
- \_\_\_\_\_, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- \_\_\_\_\_, *La duda en el proceso penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- NUÑEZ VÁZQUEZ, J. Cristóbal, *Tratado de Derecho Procesal Penal y del Juicio Oral*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- ORTÍZ ORTÍZ, Serafín, "El sistema penal preventivo", en *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal. Ensayos en honor a Máximo Pavarini*, Fernando Tenorio Tagle Coord., México, INACIPE, 2015.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, México, HARLA, 1991.
- \_\_\_\_\_, *Derecho Procesal Civil*, México, HARLA, 1985.
- PADILLA SANABRIA, Lizbeth Xóchitl, *El Derecho Administrativo Sancionador en el Sistema Nacional Anticorrupción*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2017.
- PALACIOS PÁMANES, Gerardo Saúl, "La caída del sistema", en *Criminología Reflexiva. Discusiones sobre la criminalidad*, Coords. Ordáz Hernández, David y Cunjama López, Emilio Daniel, México, UBIJUS, 2011.
- \_\_\_\_\_, Crisis de gobernabilidad en las cárceles de México, la caída del sistema, en *Políticas de seguridad pública. Análisis y tendencias criminológicas y políticas actuales*, (Coord. Rafael Enrique Aguilera Portales), México, Porrúa, 2011.



- PANTIN, Laurence, Elevar la calidad de la impartición de justicia con un gobierno judicial fortalecido en *Léase si quiere gobernar (en serio)*, Pantin, Laurence (Coord), México, México Evalúa, National Endowment for Democracy, CIDAC, 2018.
- PELAÉZ BARDALES, José Antonio, *La prueba penal*, Lima, GRILEY, 2014.
- PODER EJECUTIVO FEDERAL, *Programa Nacional de Seguridad Pública 1995-2000*, Secretaria de Gobernación, México, 1996.
- PONCE MARTÍNEZ, Jorge *et al.*, *Código Nacional de Procedimientos Penales anotado*, México, Radbruk E&A, 2016.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*, México, Ubijus, IIDH, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2016.
- RENDÓN GARCÍA, Lisbeth Elisa, "Neoconstitucionalismo en la Constitución Mexicana", en *Temas actuales de Derecho Constitucional*, Pérez Alonso, Eduardo y Olguín Torres, Antonio (Coords), México, Universidad de Guanajuato, 2016.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Litigación Estratégica y Técnicas de Persuasión aplicadas al nuevo proceso penal*, Perú, Grijley, 2009.
- RIVERA MORALES, Rodrigo, *La prueba: Un análisis racional y práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- RIVIERO EVIA, Jorge, "Justicia universal y soberanía estatal, Reflexiones desde el nuevo paradigma constitucional de los Derechos Humanos en México", en *Reforma Constitucional en Derechos Humanos, El impacto en la impartición de justicia local*, Coord. Delgado Bernal, Baruch F., Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, México, Editorial Flores, 2014.
- RODRÍGUEZ M. Darío, "Invitación a la sociología de Niklas Luhmann", en Luhmann, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, México, Herder, Universidad Iberoamericana, 2005.
- RODRÍGUEZ ONOFRE, Karen Marisol, "Prisión preventiva. La inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 19 constitucional" en *Temas actuales de Derecho Constitucional*, Coords. Pérez Alonso, Eduardo y Olguín Torres, Antonio, México, Universidad de Guanajuato, 2016.
- ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

- RUBIO, Luis, "Introducción, el corazón de nuestro desafío", en *Léase si quiere gobernar (en serio)*, Pantin, Laurence (Coord), México, México Evalúa, National Endowment for Democracy, CIDAC, 2018,
- SANDOVAL ULLOA, José G., *Introducción al estudio del Sistema Nacional de Seguridad Pública*, México, JM Impresión y diseño, 2000.
- SANTIAGO GÓMEZ, Tilemy, "Criminología: limitaciones y rutas a futuro", en *Criminología Reflexiva, Discusiones acerca de la criminalidad*, Coords. Ordaz Hernández, David y Cunjama López, Emilio Daniel, México, UBIJUS, 2011.
- SECRETARIA DE GOBERNACIÓN, *Mecanismo de protección y preservación de evidencia: Cadena de custodia*, México, SEGOB, Gobierno Federal, 2012.
- SIECKMANN, Jan-R., *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid, Marcial Pons, 2011
- STRUENSE, Eberhard y MAIER, Julio B. J., "Introducción", en *Las reformas Procesales Penales en América Latina*, Maier, Julio B. J., Ambos, Kai y Woischnik, Jan., (Coords), Konrad – Adenauer – Stiftung, Argentina, AD HOC, Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2000.)
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, 2013.
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- \_\_\_\_\_, *La prueba de los hechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *La nueva estructura probatoria del proceso penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008.
- \_\_\_\_\_, *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2012.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Bases generales de criminología y política criminal*, México, Oxford, 2016.
- VIGO L, Rodolfo, "Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional", en Rodríguez, Marcos del Rosario (coord.), *Nuevas Tendencias del Constitucionalismo en la actualidad*, México, UBIJUS, 2013.
- \_\_\_\_\_, *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, México, Porrúa, Universidad Panamericana, 2016.

- VILLABELLA, Carlos Manuel, *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ¿Un nuevo paradigma?*, México, Grupo Editorial Mariel, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A. C., Universidad de Guanajuato, Juan Pablos Editor, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Origen y evolución del discurso crítico en el Derecho Penal*, Argentina, EDIAR, Universidad Nacional de Rosario, 2009.
- \_\_\_\_\_, "Derechos humanos y sistemas penales en América Latina", en *Criminología crítica y control social. El poder punitivo del Estado*, t.I, Argentina, Editorial Juris, 2000.
- \_\_\_\_\_, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991.
- \_\_\_\_\_, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico- penal*", segunda edición, Bogotá, Colombia, TEMIS, 1990.
- \_\_\_\_\_, *La cuestión penal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*, Trad. Marina Gascón, Madrid, España, Trotta, Décima Edición, 2011.
- ZAMORA PIERCE, Jesús, "Los peligros del procedimiento abreviado", en *El mundo del abogado*, México, diciembre, 2011.
- ZARAGOZA HUERTA, José, *El nuevo sistema penitenciario mexicano. De la justicia retributiva a la justicia restaurativa*, México, Tirant lo Blanch, 2012.
- ZARAGOZA ORTÍZ, Julián y CASTILLO ESPINOZA, María Cristina, *Las pruebas en el sistema acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- ZEFERÍN HERNÁNDEZ, Iván Aarón, *La prueba libre y lógica. Sistema penal acusatorio mexicano*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2016.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y ministerio público en México*, México, Fondo de Cultura Económico, CIDAC, 2004.
- \_\_\_\_\_, "La operación del Nuevo Sistema de Justicia Penal en México: lo que dicen las evidencias", en *La nueva justicia penal*, Carbonell, Miguel (Coord.), México, Centro de Estudios Carbonell, 2016.
- \_\_\_\_\_, "Índice estatal de desempeño de las procuradurías y fiscalías", consultable en [www.impunidadcero.org](http://www.impunidadcero.org)
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal*, España, COLEX, 2001.

## Revistas

- AGUILAR CAMÍN, Héctor, "Diálogo de sordos: La ley y la costumbre". en *Nexos*, número 221, mayo 1996.
- CURCÓ CABOS, Felipe, "Más allá de Ayotzinapa", en *Foreign Affairs Latinoamérica*, México, ITAM, vol. 15, número 4, 15 de octubre 2015 – 15 de enero 2016.
- FLORES MACÍAS, Gustavo A., "Fortalecimiento del Estado en Latinoamérica: seguridad pública e impuestos" en *Foreign Affairs Latinoamérica*, México, ITAM, vol. 15, número 4, 15 de octubre 2015 – 15 de enero de 2016.
- GAMBOA ROCABADO, Franco "Los límites de lo intolerable. Autoritarismo y Estado en México", en *Metapolítica*, México, BUAP, año 19, número 91, octubre-diciembre 2015.
- NADER KURI, Jorge, "El principio de oportunidad", en *Sistema Penal, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*, México, UBIJUS, número 4, octubre-diciembre 2008, 2009.
- PRZEWORSKI, Adam, "El Estado y el ciudadano", en *NEXOS*, México, número 254, febrero 1999.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mónica Elivier, "Contradicción y conflicto en la definición de la sociedad moderna", en *Metapolítica*, México, BUAP, año 19, número 91, octubre-diciembre 2015.

## Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

Ley Nacional de Ejecución Penitenciaria.

Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Primera Sala, Tomo I. Libro 19, junio 2015.

## Páginas Web

CESIJ, Universidad de las Américas Puebla, Consejo Ciudadano de Seguridad y Justicia, "Índice global de impunidad México IGI-MEX 2016", Puebla, México, 2017, consultable en [www.udlap.mx/cesij](http://www.udlap.mx/cesij)

CESIJ, JENKINS GRADUATE SCHOOL, UDLAP, "Índice global de impunidad México 2018 IGI-MEX, La impunidad subnacional en México y sus dimensiones", Puebla, México, 2018, consultable en [udlap.mx/blog/2018/03/igimex2018](http://udlap.mx/blog/2018/03/igimex2018)

CIDAC, "Reporte de hallazgos sobre el seguimiento y la evaluación de la implementación y operación del nuevo sistema de justicia penal en México", México, 2013, consultable en la dirección electrónica: <http://www.cidac.org>

CIDAC, PROYECTO JUSTICIA, USAID, "Reporte de hallazgos 2014 sobre los avances de la implementación y operación de la reforma penal en México", p. 21, consultable en la dirección electrónica: <http://proyectojusticia.org/wp-content/uploads/2015/02/HallazgosReformaPenalMarzo2015.pdf>

CIDAC, USAID, "Hallazgos 2015. Evaluación de la implementación y operación. A ocho años de la reforma constitucional en materia de justicia penal", p. 10, consultable en <http://www.cidac.org> y <http://www.proyectojusticia.org>

CIDAC, Fundación Friedrich Naumann, "HALLAZGOS 2016: Seguimiento y evaluación de la operación del sistema de justicia penal en México", p. 14, consultable en <http://www.cidac.org>

GIL RENDÓN, Raymundo. (s.f.) "El Estado Constitucional de Derecho y los Derechos Humanos". Obtenido el 11 de marzo de 2014, desde [www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/estadoconstitucionaldederechoylosderechoshumanos.pdf](http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/estadoconstitucionaldederechoylosderechoshumanos.pdf)

Institute for Economics and Peace, "Índice de Paz 2016 un mapa de la evolución de la paz y los factores que la impulsan", p. 3, del Resumen Ejecutivo, en la dirección electrónica <http://www.visionofhumanity.org/#/page/our-mpi-findings>

LÓPEZ PORTILLO, Ernesto, "Para releer la impunidad" en el Universal, 09 de julio de 2007, consultado en [eluniversal.com.mx/editoriales/38043.html](http://eluniversal.com.mx/editoriales/38043.html)

Plan Nacional de Desarrollo 2001– 2006, consultable en [fs.planeacion.seg.gob.mx/planeacion/mediano\\_plazo/pnd\\_2001\\_2006.pdf](http://fs.planeacion.seg.gob.mx/planeacion/mediano_plazo/pnd_2001_2006.pdf)

Plan Nacional de Desarrollo 2007 – 2012, consultable en [pnd.calderon.presidencia.gob.mx7pdf/PND\\_2007\\_2012.pdf](http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx7pdf/PND_2007_2012.pdf).

Poder Judicial del Estado de Guanajuato, [https://infogram.com/\\_/TJxBWm1eu5UcjQmjMGzr](https://infogram.com/_/TJxBWm1eu5UcjQmjMGzr)

JIMÉNEZ, Sergio y OTERO, Silvia, “México no es un Estado fallido”, sábado 10 de enero de 2009, consultable en *México al mundo*, El Universal, Política @[eluniversal.com.mx](http://eluniversal.com.mx).

World Justice Project, *The WJP Rule of Law Index 2017-2018*, Washington, 2018.

<http://www.eluniversal.com.mx/nación/politica/anulan-concurso-de-aspirantes-jueces-por-robo-de-examen>

<https://periodicocorreo.com.mx/hasta-marzo-guanajuato-es-3o-nacional-en-incidencia-delictiva/>

<http://zonafranca.mx/the-economist-pone-sus-ojos-en-guanajuato-lo-pone-como-ejemplo-del-fracaso-en-el-combate-a-la-violencia>

<http://www.excelsior.com.mx/nacional/secuestro-y-extorsion-bajaron-homicidios-subieron-en-primer-trimestre/1234581>

<https://www.am.com.mx/2018/04/25/local/estado-tambien-encabeza-en-narcomenudeo-462606>

<https://www.reforma.com.mx/provoca-impunidad-sistema-oral-marquez>

<http://dx.di.org/10.22201/ij.24487929e.2017.26.12316>

Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Buenos Aires, Planeta, 2001.