

El Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: primer párrafo y apartado A

José Antonio CABALLERO
Carlos F. NATARÉN*

* José Antonio Caballero es profesor investigador en la División de Estudios Jurídicos del CIDE. Carlos F. Natarén es investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y coordinador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El proemio del artículo 20*. III. *Los principios*. IV. *Los principios generales del proceso penal y el texto del apartado A del artículo 20 constitucional*.

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Ministerio Público; proceso penal mixto tradicional mexicano; nuevo proceso penal; sistema acusatorio; presunción de inocencia; *ius puniendi*.

1. Introducción

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (en adelante *DOF*) el 18 de junio de 2008 es una muy amplia y ambiciosa modificación al texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante *CPEUM* o "la Constitución") que establece las bases para transformar el Sistema Nacional de Seguridad Pública, el combate a la delincuencia organizada y el Sistema de Justicia Penal mexicano. Ahora bien, lograr esta última finalidad: transformar el proceso penal mexicano –que actualmente es de naturaleza mixta con predominancia de su etapa inquisitiva– por un sistema acusatorio, es uno de los retos más complejos y arduos que enfrenta el Estado de Derecho en México ya que implica modificar dinámicas institucionales que tienen raíces en el sistema político y en el ejercicio del poder.

La esencia del nuevo proceso mexicano está definida por el texto reformado del artículo 20 constitucional, que de esta forma se convierte en el núcleo del nuevo modelo. En el proemio de este precepto se establecen las bases del Sistema de Justicia Penal. El apartado A se refiere a los principios generales del proceso penal mexicano; el apartado B contiene los derechos de las personas a quienes se les imputa la comisión de un delito y el apartado C se refiere a los derechos de las víctimas u ofendidos.

El presente comentario se concentra en el análisis del párrafo primero del artículo 20 y en su apartado A. Para tal efecto, en primer lugar se presenta un desarrollo de los alcances de los principios ahí contenidos. La secuencia que se sigue tiene como objetivo mostrar los alcances del cambio que plantea dicho artículo en relación con el proceso penal mixto tradicional mexicano. De esta manera, se hace especial énfasis en la construcción procesal que implica la declaración de la existencia de un proceso penal acusatorio y oral sustentado en los principios como la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación.

En la segunda parte se tratan las diez fracciones que integran el apartado A del artículo 20. En este caso el desarrollo se ocupa de las particularidades y las implicaciones procesales de los contenidos normativos ahí expresados. Destacan especialmente cuestiones relacionadas con los alcances de las normas procesales en la fase de la investigación y las excepciones que se plantean en el ámbito de la delincuencia organizada.

Para las dos partes del trabajo el análisis doctrinal se complementa tanto con criterios jurisprudenciales como con legislación comparada. Esto resulta especialmente relevante dada la novedad que representa este proceso en la vida jurídica mexicana.

Por otra parte, al iniciar el estudio de este artículo debe considerarse una cuestión preliminar: la estructura actual del artículo 20 de la Constitución mantiene la estructura del texto anterior, en tanto tiene un proemio y se divide en apartados, lo que en cierta forma condiciona su contenido, lo que se aprecia con mayor claridad en los derechos de la víctima del delito. Ahora bien, la reforma constitucional de 2008, modifica sustancialmente el proemio y agrega un apartado inicial, en que establece un conjunto de principios de gran trascendencia por lo que la interpretación del alcance de los derechos contenidos en los otros apartados debe modificarse en consecuencia.

II. El proemio del artículo 20

Como se ha afirmado, el proemio del artículo 20 constituye la columna vertebral del nuevo modelo del Sistema Penal mexicano. Establece como características esenciales que el proceso será acusatorio y oral. De igual forma, resulta de especial importancia que se hayan señalado cinco principios procesales como los que darán sustento al modelo mexicano: los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación. En las líneas que siguen iremos desglosando el contenido de cada uno de estos elementos.

1. El proceso penal acusatorio

Cuando se habla de proceso acusatorio se hace referencia al modelo construido en contraposición al proceso penal inquisitivo, cuyo elemento esencial es el de la separación de las funciones procesales. Es decir, la estricta separación entre las funciones de acusar, defender y juzgar entre sujetos procesales independientes entre sí. De hecho, se considera que es el choque entre las distintas versiones de lo ocurrido, el contraste entre los argumentos que sostienen por un lado la acusación y por otra la defensa, lo que permite al juez, a través de la valoración de los méritos de cada posición, acercarse, lo más humanamente posible, a la verdad y poder estar en condiciones de juzgar.

El modelo penal acusatorio¹ se caracteriza por

- Separación de las tres funciones fundamentales en el proceso: acusar, defender y juzgar
- Igualdad procesal de las partes
- La valoración de las pruebas no es tasada sino basado en los criterios de la libre valoración y de la sana crítica
- Exclusión de la prueba ilícita
- Iniciativa procesal y, en especial, probatoria de las partes que se traduce en una actitud generalmente pasiva del juez

¹ Aunque puede decirse que el perfil de este modelo acusatorio es ya aceptado pacíficamente por la mayoría de la doctrina, también es posible encontrar importantes matices doctrinales. Así por ejemplo, para Tonini la diferencia esencial entre los modelos acusatorios e inquisitivos radica en que los primeros se basan en el *principio de la dialéctica* mientras que los inquisitivos en el *principio de autoridad*, en tanto suponen que a mayor poder se le entregue a un sujeto procesal, mayor capacidad tendrá para encontrar la verdad, por lo que, desde la perspectiva inquisitiva, resulta conveniente la concentración de las funciones de acusación, defensa y juez en un solo sujeto. Por otra parte, debe señalarse que existen algunas posiciones doctrinales que consideran que la contraposición de los modelos debe ser señalada entre la forma inquisitiva y la forma contradictoria del proceso. En este sentido, De la Oliva critica que bajo la denominación de *principio acusatorio* se han englobado demasiados elementos procesales que no tienen entre sí una relación esencial y, por tanto, necesaria. De esta forma, se unen bajo esta denominación, reglas de vigencia necesaria e indiscutible con otros criterios contingentes y discutibles. Finalmente, también debe destacarse la posición doctrinal que niega la calidad de proceso, de auténtico proceso al modelo inquisitivo, por lo que se afirma que en rigor, el proceso penal sólo puede ser acusatorio. Cfr. Tonini, Paolo, *Manual breve diritto processuale penale*, 3a. ed., Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 33; De la Oliva, Andrés *et al.*, *Derecho procesal penal*, 6a. ed., Madrid, Ceres, 2003, p. 63 y Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho Jurisdiccional*, t. III, *Proceso Penal*, 14a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 11.

- Límites en la aplicación de las medidas cautelares, en especial de la prisión preventiva
- Límites a la posibilidad de recurrir la sentencia
- Contradicción
- Publicidad, y
- Forma oral²

2. Los procesos adversariales y los procesos acusatorios

Por otra parte, si bien el concepto "acusatorio" no presenta mayor dificultad para su definición, en razón de lo difundido del término, deseamos señalar el equívoco que se ha venido gestando al encontrarse múltiples referencias a un modelo "acusatorio adversarial".

En este sentido, debe empezar por señalarse que el término "adversarial" es un anglicismo que se toma del *adversary* o *adversarial system* norteamericano. Y es erróneo desde dos perspectivas: en la primera el *adversarial system* es equivalente o sinónimo de sistema acusatorio, por lo que el concepto de "proceso penal acusatorio adversarial" sería un concepto redundante.³

Desde otra perspectiva,⁴ se señala que para la doctrina norteamericana el sistema de proceder en materia penal es "adversarial" y el proceso que dentro de ese sistema sirve para imponer las penas es acusatorio. Desde esta posición, ambos términos, "adversarial" y "acusatorio", se complementan respectivamente, pero no significan lo mismo.

² Estas características, con ligeras variantes pueden ser encontradas en la mayoría de la doctrina procesal penal, para el caso mexicano véase Hernández Pliego, Julio Antonio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, 17a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 29. Ahora bien, debe señalarse que algunas de estas características no se consideran esenciales al sistema –como las denominadas emboscadas como resultado de un *discovery* deficiente (manifestación deficiente a la contraparte de las pruebas con que se cuenta), la publicidad o la preferencia por el desahogo oral de la prueba–, para Damaska existe un contexto ideológico que hace que algunas de estas características sean una selección automática. Para este autor la principal diferencia entre los modelos es que el acusatorio es concebido como una disputa entre dos partes en una posición de igualdad frente a un juez que debe resolver sobre la cuestión, mientras que el inquisitivo se concibe como una investigación, oficial y cuidadosa, acerca de la posibilidad de que un delito haya sido cometido. Cfr. Damaška, Mirjan R., "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models Of Criminal Procedure: A Comparative Study", 121 University of Pennsylvania Law Review 506 (1973), p. 564. Faculty Scholarship Series. Paper 1591. Disponible en <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1591> (1 de agosto de 2012).

³ En el uso de *adversarial system* como equivalente a sistema acusatorio véase Damaska; Mijar, "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models Of Criminal Procedure: A Comparative Study" *supra* nota 3, p. 554.

⁴ Véase Gómez Colomer, Juan Luis, "La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir", p. 10 y siguientes. Disponible en <<http://perso.unifr.ch/derechopenal/inicio>> (1 de agosto de 2012).

Así se señala que "adversarial" significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y sus pruebas al proceso; mientras que "acusatorio" significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente el Ministerio Público que tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del imputado. Es en este contexto que se explica que la posición del juez y del jurado es proceder imparcialmente en el desarrollo del proceso que corresponde a ese sistema, observando sin inmiscuirse en la contienda tal y como es planteada por las partes, dictando finalmente una sentencia justa.

Ahora bien, resulta de especial interés que desde esta perspectiva

...el sistema adversarial norteamericano y su proceso penal no se entienden sin el Jurado, de manera que la posición en él del juez (mero espectador) y de las partes (dueñas del proceso) es tal porque el juicio, y más en concreto la práctica de la prueba, va a tener lugar ante el Jurado, quien decide de verdad"⁵

Así pues, si aceptamos esta explicación, debe considerarse que el término adversarial hace referencia a reglas de disposición de la *litis* y de la aportación de las pruebas en el modelo norteamericano, subrayando esta última referencia: el término adversarial, en realidad, se refiere al proceso penal con jurado, característico del proceso penal en los Estados Unidos.

De esta forma, el uso del término "proceso penal acusatorio adversarial" es incorrecto ya que en estricto sentido debe entenderse como referencia al modelo procesal norteamericano, ordenado en torno a la figura del jurado, y por tanto, esencialmente diferente con el modelo mexicano.

3. La técnica de la oralidad

El texto del proemio del artículo 20 establece que el proceso penal será, además de acusatorio, *oral*. En este sentido, conviene considerar que cuando la actividad procesal se lleva a cabo predominantemente mediante la palabra hablada, estamos ante un proceso verbal o caracterizado por la oralidad.

⁵ *Ibidem*, p. 10 y 11.

Difícilmente se hallará en las leyes o en la realidad un proceso por completo oral ya que en todo proceso penal moderno siempre existirá algún acto escrito,⁶ pero para ser calificado como tal será suficiente que, los alegatos o argumentaciones, la presentación y desahogo de la prueba y, en su caso, la última concreción de las pretensiones y sus fundamentos, antes de la sentencia, se presenten al juez o tribunal de viva voz.⁷

Se puede señalar que existirá la oralidad en sentido pleno cuando los que escuchan puedan hacer preguntas y obtener respuestas de quienes hayan hecho una declaración. La oralidad, así entendida, es una herramienta que permite al juez valorar la credibilidad de un testigo y su testimonio.

Se debe señalar que ha sido esta característica –la oralidad– la que se ha utilizado como bandera principal del proceso de reforma al sistema de justicia en México, lo que ha llevado a identificarla, incluso, con la denominación de los "juicios orales". Esta situación, si bien ha ayudado a posicionar este proceso de reforma en la sociedad, mas allá del ámbito tradicional en que son conocidas las reformas judiciales, también ha tenido el efecto de simplificar demasiado un proceso que aspira a concretar algo mas que un cambio de forma procesal.

Al respecto, debe señalarse que, en rigor, el nuevo sistema no puede calificarse de "juicios orales". No sólo porque, como se ha señalado, no existen sistemas procesales modernos que no incluyan la realización de actos con forma escrita, sino además porque el nuevo sistema requiere que la gran mayoría de las causas se resuelvan en etapas previas al juicio. De igual forma, es necesario considerar que el concepto de "juicios orales" trae connotaciones de los juicios por jurado en México, cuya última etapa de realización fue en las primeras décadas del siglo XX y que fue suprimido en 1929.⁸ El diseño del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano no incluye a los jurados y eso conlleva importantes diferencias.

Finalmente, deseamos dejar claro que en el nuevo modelo la "oralidad" es instrumental a los fines de la reforma, es un medio y no un fin, por lo que sus alcances, sin que sean desestimados, deben ser considerados en una adecuada medida. En otras palabras, se considera que la oralidad es una de las herramientas más importantes para lograr que el proceso sea acusatorio.

⁶ Esto es señalado por el maestro Fix-Zamudio en su detallado estudio sobre esta forma procesal, al respecto *cf.* "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", en Serrano Migallón, Fernando, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Cipriano Gómez Lara*, México, Porrúa, 2007, p. 99.

⁷ *Cfr.* De la Oliva, Andrés *et al.*, *Introducción al Derecho Procesal*, 2a. ed., Madrid, Ceres, 2004, § 4. Estructura y formas básicas del proceso, párr. 19.

⁸ Véase Sodi, Federico, *El jurado resuelve*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008.

III. Los principios

Debemos iniciar por señalar que son principios del proceso los criterios, reglas y lineamientos sobre los que se basa la construcción y aplicación de las normas fundamentales de la función jurisdiccional. Es así que se justifica que se les llame principios, por otra parte debe considerarse que el término debe usarse con precisión, ya que al usarse con ligereza se cae en el riesgo de vaciarlo de sentido. En otras palabras: "donde todo es principio, luego nada lo es".⁹

Así pues, el denominar principio a un criterio o regla del proceso no abunda en la claridad conceptual del proceso penal. De hecho, la doctrina frente al empleo siempre creciente del listado de "principios" ha optado por establecer categorías. De esta manera, encontramos que se ha hecho distinción entre principios políticos y técnicos del proceso. De acuerdo con esta posición, los principios políticos son aquéllos que establecen o dominan la orientación del enjuiciamiento y determinan las soluciones procesales más importantes e influyentes; los técnicos son regla para la organización práctica del proceso: en ellos repercuten los primeros.¹⁰

De forma similar, se distingue entre principios jurídicos naturales o necesarios del proceso y los principios jurídico técnicos. Los primeros son aquéllos esenciales que deben ser tomados en cuenta por la legislación y la realidad procesal si se desea que el proceso resulte elementalmente justo y generalmente considerado como tal. Los principios jurídico técnicos en cambio son criterios que responden al perfil de la materia –penal, civil, mercantil, familiar– por lo que se deben adecuar a relaciones y situaciones jurídicas, muy diferenciadas entre sí y, en consecuencia, son contingentes o accidentales al proceso.¹¹

⁹ Así lo ha señalado De la Oliva cuando afirma: "No es acertado ni conveniente, desde ningún punto de vista, denominar principios a todos los criterios generales en virtud de los cuales se opta por regular de un modo o de otro el proceso o ciertos aspectos o actuaciones de éste. Para esos criterios resultaría preferible utilizar los conceptos y términos de "reglas" o "máximas". Como he dicho en otros lugares y ocasiones, cuando todo son principios, nada es principio. Y lo mismo sucede cuando a cualquier posibilidad de actuación humana se le denomina "derecho": cuando todo son "derechos", nada es derecho. No se trata sólo de procurar que los términos y conceptos se ajusten máximamente a la realidad y se aprovechen las conquistas de la ciencia y de la técnica –también, por tanto, de la ciencia y de la técnica jurídicas–, sino de no provocar equiparaciones que degradan los genuinos principios y derechos. Principio es lo que constituye un origen, lo que tiene virtualidad originaria, lo que determina las diferencias esenciales. Si denominamos "principio" a todo criterio general, se pondrán a la par lo principal y lo accesorio. Y no parece razonable, por ejemplo, equiparar el principio de audiencia o el de igualdad con el denominado "principio" de economía procesal." De la Oliva, Andrés et al., *Introducción al Derecho Procesal*, *supra* nota 8, párr. 3.

¹⁰ Cfr. "Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal", en *Memoria del XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1998, pp. 333-374.

¹¹ De la Oliva, Andrés et al., *Introducción al Derecho Procesal*, *supra* nota 8, párr. 4 y 20.

En nuestra opinión, el proemio del artículo 20 sigue esta lógica de señalar una mayor importancia de ciertos principios y establece con toda claridad cinco principios que constituyen la esencia del modelo mexicano: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Es a partir de estos principios que el diseño del nuevo proceso penal acusatorio se deberá desarrollar. En consecuencia, existirá una prelación de principios procesales que permitirá resolver problemas de interpretación y aplicación práctica de las normas procesales

1. Principio de Publicidad

El proceso penal será público cuando las actuaciones procesales más relevantes puedan ser presenciadas por terceros, no bastando con que a los actos procesales puedan acudir las partes, sus representantes y sus defensores. De hecho, así se entiende por el Poder Reformador de la Constitución ya que señala que, de acuerdo con este principio, todo acto jurisdiccional debe ser público, salvo que existan razones fundadas en la protección de las víctimas o del interés público.¹²

De modo que una vez que la publicidad de los actos procesales es establecida como regla, la cuestión real es el sentido y alcance de esta en la práctica. Así pues, este principio tiene múltiples efectos en diversos ámbitos del sistema de justicia penal, incluyendo, como ahora veremos, la arquitectura de las sedes de los juzgados y tribunales.

El punto de partida para la inclusión de este principio es la limitada publicidad del proceso mixto tradicional vigente en la actualidad. En buena medida, estas limitaciones a la publicidad se encuentran relacionadas con la forma en la que se desarrolla el trabajo en los tribunales del país. En primer lugar, cabe destacar que las condiciones de los juzgados en donde se tramitan los procesos penales no suelen ser las más adecuadas. El espacio para el desarrollo de las diligencias es limitado.

De hecho, lo inadecuado de los espacios donde se desarrolla el proceso afecta también a otros derechos del imputado, como el derecho a la defensa. En este aspecto destaca el empleo de la rejilla de prácticas que coloca a los procesados tras las rejas durante las audiencias. Esta situación no sólo afecta la presunción de inocencia sino también limita el contacto de

¹² Véase Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal y seguridad pública. Disponible en <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2008/feb/20080221-IV.html#Dictámenes>> (29 de junio de 2013) Esto es acorde con el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

los procesados con su defensor con comodidad. Adicionalmente al problema de los espacios debe señalarse que el énfasis que se pone en mantener constancia escrita de todo lo actuado dificulta mucho la observación de lo que sucede en las audiencias. En términos generales puede decirse que las audiencias se celebran en torno a las máquinas de escribir o computadoras utilizadas para capturar lo que está ocurriendo. En este sentido, la forma oral del proceso acusatorio constituye un medio que permite transformar actividad procesal e incentivar la publicidad.

Por otro lado, es necesario discutir las condiciones en las que es posible acceder o limitar la información sobre los procesos que se encuentran en trámite. Si bien hay importantes cuestiones relacionadas con el derecho a la intimidad de las partes involucradas, también es necesario considerar que la publicidad es en sí misma una garantía que contribuye a reducir la posibilidad de que se cometan irregularidades durante la tramitación de las causas.¹³ En este sentido debe considerarse que la mayor parte de los nuevos códigos procesales penales en los Estados permiten limitar la publicidad para la protección de los datos personales, en relación con el artículo 6o. de la CPEUM.¹⁴ De igual forma, la SCJN no declaró inconstitucional los artículos del Código Federal de Procedimientos Penales que limitan la publicidad de las investigaciones penales, incluso las ya concluidas,¹⁵ decisión que seguramente será recogida en la configuración del nuevo proceso penal federal. Cabe hacer notar que la investigación criminal (averiguación previa) por su propia naturaleza requiere de sigilo. Sin embargo, cuando ésta se presenta ante un juez para juzgar a un indiciado lo ahí actuado, en principio es público, toda vez que es el sustento de la acusación.

2. Principio de Contra dicción

El proceso será contradictorio si las partes pueden debatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte, y controvertir cualquier medio de prueba durante el juicio. La doctrina ha denominado también a este principio como principio de audiencia *audiatur et altera pars*

¹³ Véase Anitua, Gabriel Ignacio. *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2003.

¹⁴ Pero incluso en estos casos, el ámbito de protección no es el mismo para las partes o para jueces, agentes del Ministerio Público o defensores. Véase Caballero, José Antonio. "Acceso a la información judicial" en *Buenas prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la administración de justicia*, compilado por Caballero, José Antonio, Gregorio, Carlos y Hammergren, Linn, Instituto de Investigaciones para la Justicia, Buenos Aires, 2012.

¹⁵ Véase Acción de inconstitucionalidad 26/2009. Sentencia de 3 de julio de 2012, México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105821>> (27 de junio de 2013) En contraposición, véase Tesis 1a. X/2012 (10a.), DELITOS O CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. SU CONCEPTO PARA EFECTOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA QUE LOS INVESTIGA. *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro V, febrero de 2012, t. 1, p. 650. Reg. IUS. 2000209.

y su formulación tradicional es que *nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio*.

Como señala la doctrina¹⁶ este principio recoge una elemental exigencia de justicia, se trata de que no se pueda infligir un perjuicio a un sujeto, a través de una decisión o resolución judicial, sin que ese sujeto haya tenido una oportunidad de actuar, dentro del proceso de que se trate, en defensa de sus derechos e intereses legítimos conforme a lo que esté previsto o no prohibido expresamente por la ley.

En nuestra opinión, de las descripciones anteriores del principio, es en el supuesto de que *haya tenido oportunidad* donde encontramos la diferencia entre una vigencia meramente formal o simulada y la efectiva vigencia de este principio en el proceso penal. De hecho, puede señalarse que en el proceso penal mixto tradicional vigente hay muchos espacios procesales donde las oportunidades de actuar en defensa de sus derechos e intereses se encuentra seriamente limitada. De estos problemas resulta paradigmática la actual etapa procesal denominada pre-instrucción que por su diseño legislativo afecta la capacidad de defensa de los imputados y, en general, el funcionamiento de los juzgados como consecuencia de un reducido plazo –constitucional– para el dictado de la resolución que le pone fin a esta etapa: el denominado auto de término constitucional.

En efecto, una vez que el Ministerio Público pone a disposición del juzgador al indiciado, el juzgador cuenta con un plazo de setenta y dos horas para resolver la situación jurídica del imputado. Este plazo, a petición del inculcado, podrá ser duplicado con la finalidad de aportar o desahogar pruebas con base en las cuales el juzgador dictará el auto de término constitucional. De esta manera, los jueces cuentan ordinariamente con 72 horas para resolver la situación jurídica de quienes han sido puestos a su disposición en calidad de imputados y, en forma extraordinaria, con 144 horas.

Existen tres tipos de auto de término constitucional. En primer lugar, el auto de libertad que se dicta cuando el juez considera que la acusación presentada por el Ministerio Público no es suficiente para sustentar un proceso penal en contra del imputado. En segundo lugar, el auto de sujeción a proceso, en el que el juez encuentra que hay elementos suficientes para iniciar un proceso para determinar la responsabilidad del imputado, pero no procede la prisión preventiva por tener el delito de que se trata una sanción privativa de la libertad o tener la posibilidad de una pena alternativa. Lo cual limita a los supuestos a un número de delitos que

¹⁶ De la Oliva, Andrés et al., *Introducción al Derecho Procesal*, supra nota 8, párr. 5.

—determinado por el Código Penal que sea aplicable al caso concreto— invariablemente se pueden contar con los dedos de una mano.

Finalmente, en los casos que el delito sea sancionado con pena privativa de la libertad, se encuentra el auto de formal prisión en el que el juez determina que existen los elementos probatorios necesarios para iniciar un juicio y, en consecuencia, de oficio debe declarar procedente la prisión preventiva del imputado.

En los dos últimos casos, los jueces tienen la obligación de dictar dichos autos cuando se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado, así como que se satisfaga lo establecido en el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales. Es decir, que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculcado; esté comprobado el cuerpo del delito que tenga señalada sanción privativa de libertad; que esté probada la probable responsabilidad del acusado; y, por último, no esté plenamente comprobada a favor del inculcado alguna circunstancia eximente de responsabilidad o que extinga la acción penal.

De lo anterior se desprende que el juez debe realizar un conjunto importante de actuaciones durante las setenta y dos horas —o en su caso ciento cuarenta y cuatro horas—. Es decir, dentro de dicho término, el juzgador deberá radicar el asunto, calificar la detención, y tomar la declaración preparatoria. Adicionalmente, debe considerarse que con frecuencia los jueces que se encuentran de turno son los responsables de conocer todos los asuntos que requieren una solución.

Ahora bien, un objetivo de la ampliación a ciento cuarenta y cuatro horas es brindar al inculcado una mayor oportunidad de defensa. Sin embargo, incluso con dicha ampliación, el tiempo es insuficiente, por lo que en la mayoría de los casos no es posible articular una defensa adecuada. Sobre esta cuestión debe considerarse que frecuentemente ocurre que hasta que se inicia la diligencia de la declaración preparatoria dentro de las primeras 48 horas del término constitucional, el inculcado tiene la oportunidad de contactar a su defensor y enterarse de todo el contenido de la averiguación previa. Es decir, es hasta ese momento en que se entera con precisión de qué se le acusa y qué pruebas existen en su contra.

De esta forma, las perspectivas para una efectiva vigencia del principio de contradicción son muy negativas. Resulta evidente que son muy pobres las oportunidades de actuar adecuadamente del indiciado. Se encuentra frente a la acusación de la que hasta muy recientemente tiene conocimiento, con un plazo menor a 72 horas o en su caso a 144 horas para presentar pruebas de descargo y, por si fuera poco, frente a un juzgador con una alta carga de trabajo, que tiene el mismo plazo fatal para analizar todo el expediente que fue aportado por el Mi-

nisterio Público en la consignación –integrado por un conjunto probatorio constituido desde la fe pública de esta parte que al mismo tiempo es autoridad y parte acusadora—y que, por tanto, también condiciona las posibilidades de desahogar la prueba que se le proponga.

Desde esta perspectiva no es sorpresivo el dato que los juzgadores suelen confirmar un alto porcentaje de las consignaciones con el auto de formal prisión. Dada la insuficiencia del tiempo y la gran posibilidad de que no se haya conocido la acusación previamente, la vigencia efectiva del principio de contradicción puede ser puesta en tela de juicio.

A corregir esta clase de situaciones se orienta la redacción del nuevo texto constitucional, de hecho existen recientes resoluciones de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia que enfatizan esta finalidad, así señala que el principio de contradicción contiene, en favor de las partes, el derecho a tener acceso a la investigación llevada por el Ministerio Público y a los ofrecidos por el imputado y su defensor para controvertirlos y participar en la audiencia pública en que se incorporen y desahoguen, presentando, en su caso, versiones opuestas e interpretaciones de los resultados de dichas diligencias.

La Primera Sala recoge el elemento de la importancia de la existencia de oportunidad efectiva de actuar en defensa de sus derechos e intereses al subrayar que es necesario que la presentación de los argumentos y contraargumentos de las partes así como los datos en que sustenten sus respectivas teorías del caso debe ser en la propia audiencia, a fin de someterlos al análisis directo de su contraparte.¹⁷

Por otra parte, resulta de interés señalar que en otra resolución la misma Primera Sala establece que la institución de la suplencia de la queja deficiente en beneficio del imputado, en tanto manifestación del principio *iura novit curia*, constituye un límite a la vigencia del principio de contradicción, cuando se aplique en beneficio del imputado.¹⁸

¹⁷ Tesis 1a. CCXLIX/2011 (9a.), SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. SE SUSTENTA EN EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro VI, marzo de 2012, tomo1, p. 292. Reg. IUS. 160184.

¹⁸ Tesis CCL/2011 (9a.), SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN CON LA INSTITUCIÓN DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro VI, marzo de 2012, t.1, p. 290. Reg. IUS. 160186. En nuestra opinión esta tesis parte de un error conceptual al atribuirle al principio de contradicción efectos de preclusión. Lo cual explica que considere que es necesario limitarlo en función de la suplencia de la queja. En efecto, la tesis señala que aun en los casos en que haya existido la oportunidad de las partes de intervenir directamente en el proceso, no puede traer como consecuencia que en el caso de una defensa inadecuada, por una deficiente argumentación en el debate de los elementos presentados en su contra, se deje al imputado en estado de indefensión, al no haberse controvertido correctamente su valor convictivo, menos aún en el caso de reservarse su derecho a realizar alguna manifestación, y que su silencio sea utilizado en su perjuicio, cerrando la posibilidad de que estas decisiones sean revisadas en amparo.

3. Principio de Concentración

Se señala que el proceso será concentrado cuando el desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir en un mismo acto procesal.¹⁹

Ahora bien, debemos hacer notar que en el caso de este principio, junto al de *continuidad*, la Constitución ha elevado al nivel más alto humildes principios que, normalmente, no se encuentra en el centro de las definiciones de los modelos procesales. La razón más probable para esta novedosa situación es que en el Poder Reformador de la CPEUM de 1917 hayan influido dos consideraciones: la primera, el texto de la reforma busca hacer frente a los mas graves problemas del proceso mixto tradicional vigente en la actualidad y, la segunda, que en la redacción del nuevo proemio del artículo 20 encontramos la influencia directa de los Códigos acusatorios de los Estados de Chihuahua y Oaxaca.²⁰

En efecto, uno de los problemas mas graves del proceso actual es la ampliación, en estricto sentido, innecesaria de los tiempos en los que se desarrolla la actividad procesal, derivado de la dispersión de las actuaciones procesales. Esta dispersión se facilita al tratarse de un proceso de forma predominantemente escrita y, en términos reales, la ausencia de concentración se traduce en la prolongación temporal de los juicios, provocando un perjuicio por igual a los derechos de los imputados y de las víctimas del delito.

En cuanto a la influencia de los sistemas estatales vigentes en el texto constitucional debe señalarse que la concentración se encuentra ligada a la forma oral de los actos procesales. En efecto, la oralidad no se concilia bien con el orden sucesivo y espaciado de las actuaciones, sino que comporta más bien la concentración de la actividad procesal entera –o de la mayor parte de ella– en un solo acto, que recibe el nombre de audiencia de juicio oral. Los modelos estatales de Chihuahua y Oaxaca fueron los pioneros en el sistema de proceso penal basado en audiencias orales y sus códigos tienen en sus artículos iniciales a la concentración.

La concentración tiene dos vertientes, por un lado se habla de la reunión en un único acto procesal del desahogo de todas las pruebas, del debate y de la resolución del caso. Derivada

¹⁹ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal y seguridad pública, *supra* nota 13.

²⁰ Véase Hidalgo Murillo, Jose Daniel, *Argumentar en la audiencia oral y pública, desde los principios de inmediatez y contradicción*, México, Flores Editores, 2011, sobre este tema véase el capítulo inicial *passim*. Hidalgo Murillo ha revisado la evolución de los principios y su definición en los Códigos Procesales estatales haciendo evidente cual ha sido la trayectoria de estos y sus principales influencias.

de esta configuración, el principio de concentración implica la reunión en el mismo acto procesal de todas las partes, los testigos y peritos.

4. Principio de Continuidad

El proceso será continuo cuando la presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrollarán ante el juez y las partes en una audiencia que será continua, sucesiva y secuencial, salvo casos excepcionales previstos en la ley. La *continuidad* puede ser identificada de mejor forma si se considera su opuesto, en virtud del cual el acto procesal, la audiencia, se suspende o interrumpe.

Así, mientras el principio de concentración busca evitar la dispersión temporal y material de los actos y sujetos procesales, a través del principio de continuidad se busca asegurar que la decisión sea tomada a través de una valoración de conjunto de todas las actuaciones procesales, que en virtud de la *concentración*, fueron realizadas en una sola audiencia.

De esta forma, el principio de continuidad se refiere a la exigencia que la dialéctica procesal no sea interrumpida, es decir, que la audiencia se desarrolle en forma continua, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. De hecho, cuando la audiencia se interrumpe y no se reanuda dentro de los diez días siguientes después de la suspensión, casi todas las legislaciones la consideraran interrumpida, violando el principio de continuidad y exigiendo que se realice de nuevo desde su inicio.

Debe entenderse que la suspensión legítima puede darse, siempre que no transcurra el plazo dicho, cuando el juicio se suspende para resolver una cuestión incidental que, por su naturaleza, no pueda resolverse inmediatamente; para practicar algún acto fuera de la sala de audiencias; cuando sea imposible o inconveniente continuar el debate porque no comparezcan testigos, peritos o intérpretes y deba practicarse una nueva citación y que ellos comparezcan, incluso coactivamente, por intermedio de la fuerza pública; cuando el juez o cualquiera de las partes enfermen a tal extremo, que no puedan continuar interviniendo en el debate, a menos que el juez, el agente del Ministerio Público o el mismo abogado defensor del imputado pueda ser reemplazado inmediatamente, porque el tribunal se hubiere constituido, desde el inicio del debate, con un número superior de jueces que el requerido para su integración, de manera que los suplentes pasen a integrarlo y permitan la continuación del debate; cuando el Ministerio Público lo requiera para ampliar la acusación por causas superveniente, o el defensor lo solicite una vez ampliada, siempre que por las características del caso no se pueda continuar inmediatamente; o excepcionalmente, cuando alguna catástrofe o algún hecho extraordinario tornen imposible su continuación.

En este sentido, como se ha señalado²¹ el principio de continuidad, permite suspender el interrogatorio de un testigo, perito, oficial de policía o del mismo imputado, por el cansancio de la hora, porque se trata de una diligencia larga, porque se ha señalado para varias sesiones o porque es conveniente el descanso. De esta manera, podemos afirmar que la *continuidad* busca establecer las mejores condiciones posibles para que el juez tome las decisiones que el desarrollo del proceso requiere. Para ello le acerca en la medida de lo posible todo el conjunto de los elementos que deben ser valorados para tomar su decisión.

5. El Principio de Inmediación

Existirá inmediación en el proceso cuando el o los jueces que van a resolver sobre alguna cuestión tomen conocimiento personal del material probatorio introducido en la audiencia y escuchen directamente los argumentos de las partes con la presencia interrumpida de los sujetos procesales que deben participar en ella.

Se señala que existe una clara relación entre oralidad, concentración e inmediación del juzgador en el momento de la práctica de las pruebas e incluso de las alegaciones de las partes. En este sentido, al ser orales y concentradas las actuaciones procesales, la inmediación resulta prácticamente forzosa: el miembro o miembros del tribunal han de estar presentes y pueden escuchar las alegaciones e intervenir personalmente en la práctica de las pruebas.

Debe señalarse que la inmediación entendida con referencia a la práctica de las pruebas, es el contacto e intervención directa e inmediatos respecto de la actividad probatoria. La inmediación es compatible, sin embargo, con un proceso que, en su conjunto, no sea predominantemente oral.

Ahora bien, el incumplimiento del principio de inmediación procesal es otro de los principales problemas en el proceso penal mexicano. El juzgador no está presente en muchas de las actuaciones del proceso, y únicamente interviene cuando "hay asuntos delicadillos o el caso es complicado". Por ejemplo, una de las diligencias más importantes es la declaración preparatoria ya que es crucial para todo acusado. Sin embargo, ante la falta de inmediación, el juez no escucha la versión del indiciado sobre los hechos, y tampoco las posibles irregularidades que pudieron haber existido en la averiguación previa.

²¹ *Idem.*

A pesar de que el juez tiene la obligación de asistir al juicio; así como, de estar presente en la audiencia de derecho, en la práctica no es así.²² En este sentido, parece ser que los jueces han delegado el grueso de la tramitación del juicio a los secretarios.

Algunos autores sostienen que uno de los resultados de que el juez no conduzca el proceso penal es que se reduce la posibilidad de que el juicio se conduzca bajo las reglas y estándares del debido proceso penal. Esto puede generar deficiencias en la tutela de garantías y, en ocasiones, imprecisión en el dictado de la sentencia. Asimismo, se dice que los jueces que no asisten a las audiencias corren el riesgo de analizar erróneamente las pruebas. Podría pensarse que toda ausencia física del juez en los momentos clave del proceso, da lugar no sólo a una distancia entre el juez y el procesado, sino también, produce el alejamiento del juez al proceso. Desde luego que esta cuestión puede tener matices. Cuando el ritmo de las audiencias es de dictado a una máquina de escribir, el valor de la inmediación es limitado. Sin embargo, en un escenario de oralidad efectiva, la inmediación se torna indispensable.

No es posible realizar un análisis de la ausencia de inmediación sin aludir a las condiciones de trabajo que enfrentan los jueces y su personal cotidianamente. Una justa valoración de su trabajo necesariamente lleva a considerar que en ocasiones la carga de trabajo puede resultar excesiva para la unidad jurisdiccional. En consecuencia, los jueces se ven obligados a aceptar que se desarrollen varias audiencias al mismo tiempo. Por otra parte, el énfasis que se pone en registrar todo lo actuado por escrito produce un importante cuerpo documental que contiene lo actuado en las audiencias de tal forma que los jueces pueden acceder a dicha información en cualquier otro momento. Evidentemente, este último argumento debe ser valorado a la luz de los beneficios que trae consigo el principio de inmediación.

IV. Los principios generales del proceso penal y el texto del apartado A del Artículo 20 Constitucional

En el proemio encontraremos los *principios*, entendidos como las reglas o criterios que tienen que regir todo el sistema de justicia penal y deberán servir de guía tanto al legislador como a los operadores jurídicos. En las diez fracciones del apartado A, en cambio, se encuentran tanto lineamientos generales que desarrollan a los principios como excepciones o limitaciones a los mismos.

²² Véase *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la tercera Encuesta a Población en Reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*. Coordinadores: Elena Azaola y Marcelo Bergman, CIDE, México, 2011.

1. El objeto del proceso penal

Dos cuestiones saltan a la vista de la lectura de la fracción primera del apartado A del artículo 20 constitucional: los problemas de sintaxis y el hecho de que el uso del concepto "objeto del proceso" no es en un sentido técnico procesal para referirse a la *litis*, en rigor al contenido de la acción penal y sus elementos, sino que el texto hace referencia a las que tradicionalmente se han considerado las finalidades del proceso penal.

En efecto, por un lado, la fracción hace referencia al objeto, así, en singular, para pasar de inmediato a enumerar cuatro "objetos". Por otro lado, puede señalarse que la confusión entre objeto y fin del proceso hace eco de un viejo debate en la doctrina mexicana donde no existe acuerdo sobre estos conceptos.²³ Desafortunadamente, la ausencia de resolución de este debate teórico tiene efectos prácticos, ya que la claridad conceptual del objeto proceso ayuda a definir cuestiones de mucha importancia como cosa juzgada o la litispendencia. Por otra parte, la claridad sobre las finalidades del proceso ayuda a comprender su función en el Estado constitucional de Derecho.

En consecuencia, en nuestra opinión, debe afirmarse con toda claridad que las finalidades del proceso penal se concretan en obtener una resolución sobre la responsabilidad penal del

²³ En este tema no existe acuerdo en la doctrina sino un amplio conjunto de opiniones, que en algunos casos son completamente opuestas entre sí; sin que hasta donde tenemos conocimiento haya existido un diálogo doctrinal. Por ejemplo puede verse que Julio Hernández Pliego dice que el proceso tienen como objeto principal el conflicto de intereses que ha de resolverse aplicando la ley y como objeto accesorio, aquellas otras cuestiones que puedan surgir de manera marginal con relación accesorio al proceso. En torno a los fines, siguiendo a Florián señala que existirá un fin mediato que se identificará como la realización del Derecho Penal, un fin inmediato que es la aplicación de la ley abstracta e impersonal al caso concreto. De igual forma, señala que existen fines específicos que son el descubrimiento de la verdad histórica y la individualización de la sanción en función de la personalidad del delincuente. Por otra parte, Carlos Barragán Salvatierra señala que el objeto del proceso se relaciona con el hecho concreto: Cita a Beling y a Florián "El objeto del proceso es un asunto de la vida en torno a la cual gira el proceso y cuya resolución constituye la tarea del proceso" "Es una determinada relación de derecho penal que surge de un hecho que se considera delito y que se desarrolla entre el estado y el individuo a quien se le atribuye el derecho con el fin de aplicar la ley penal. y distingue entre Objeto Principal y Objeto accesorio. En cuanto al fin del proceso penal cita a Fenech: "Aquello sobre lo que recae la actividad en que el mismo desarrollan sus sujetos no debe confundirse con el fin, puesto que esto es lo que se propone conseguir. Los sujetos del proceso desarrollan una serie de actos, cuya fuente legal los conduce a un fin común, girar en torno a una petición, a una defensa y una decisión que armoniza la petición y la defensa. Cita a Goldsmith quien en su opinión "Al igual que Fenech tiende a considerar el objeto del proceso como la exigencia punitiva hecha valer en el mismo. Así existirá un fin general, un fin mediato y un fin inmediato: La verdad histórica. La personalidad del delincuente. Por su parte Carlos E. Cuenca Dardón señala que el objeto del proceso es encontrar la verdad histórica del hecho. Mientras que el fin del proceso incluye la aplicación de la ley al caso concreto; sujetar la aplicación de la ley a ciertas reglas; preparar la acción penal y preparación del proceso penal. En el caso de Sergio García Ramírez encontramos que este cita a Jiménez Asenjo para definir el objeto del proceso como: "La necesidad de reparar el orden jurídico positivo, cuando no se cumple directamente sirve a tres finalidades" y en las finalidades del proceso penal encuentra las generales del orden jurídico; las generales del proceso penal y las específicas del propio proceso penal. Véase Hernández Pliego, Julio Antonio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, *supra* nota 3, p. 13-17; Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, México, Mac Graw Hill, 2002, Serie Jurídica, pp. 75-80; Cuenca Dardón, Carlos E., *Manual de Derecho Procesal Penal Mexicano*, 4a. ed., México, Cárdenas Editor Distribuidor, 2000, pp. 31-32 y García Ramírez, Sergio, *Derecho Procesal Penal*, México, Porrúa, 1980, pp.1-4.

imputado que sea materialmente correcta, que al mismo tiempo, sea obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico procesal, lo que incluye el pleno respeto a los derechos fundamentales y como tercera condición que, la misma resolución nos lleve al restablecimiento de la paz jurídica. En otras palabras, no todo ejercicio estatal del *ius puniendi* es legítimo, sólo aquel que puede fundarse en las condiciones señaladas y que, por tanto, su concreción es de especial trascendencia al proceso penal.

De esta forma, encontramos que dentro del Estado de Derecho, el proceso penal acusatorio, en tanto garante de los derechos de las víctimas y de los imputados, sólo puede aceptar sentencias que cumplan con las finalidades descritas. De esta forma, la corrección material –entendida como el hecho que la sentencia esté fundada en la realidad–, el apego al ordenamiento jurídico procesal, y el restablecimiento de la paz jurídica constituyen las condiciones mínimas que debe cumplir la resolución o sentencia del tribunal con la que se pone fin al proceso penal. Así, se puede considerar que el fin del proceso es permitir la realización o concreción, en el caso concreto, de la justicia penal, subrayando que la justicia penal no sólo puede ser aplicación de una pena al culpable sino, dado el caso, en la libertad del inocente.²⁴

Debe señalarse que desde esta perspectiva, el pleno respeto a los derechos fundamentales de los sujetos que toman parte en él, adquiere prioridad frente a las otras dos finalidades. En efecto, sólo dentro del marco del respeto a los derechos de la víctima y del imputado el Estado adquiere la legitimidad necesaria para el ejercicio del *ius puniendi*. En consecuencia, a pesar de que resulta esencial para el proceso penal que este termine por una sentencia que se apegue a los hechos que conforman la denominada verdad histórica, en oposición a la "verdad formal" característica del proceso civil, y que, de igual forma, se busca que toda sentencia en materia penal sea la vía para la finalización del conflicto social que dio origen al proceso, es el respeto a los derechos fundamentales el que define los límites en los que se puede imponer una sanción penal. esta perspectiva encuentra su sustento en la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

Un ejemplo puede permitir observar con claridad este fenómeno de primacía de la finalidad de garantía de los derechos fundamentales sobre la corrección formal, e incluso sobre la obtención de la paz pública, en el proceso penal: a través de las reglas de nulidad de la prueba

²⁴ Se enfatiza esta posibilidad considerando la estadística de los juzgados de primera instancia en México, donde es posible encontrar órganos jurisdiccionales que durante todo el año judicial no tienen más que un puñado o, de plano, ninguna sentencia absolutoria. Esta situación refleja, por un lado, muchos de los problemas del derecho a la defensa en el actual sistema y, por otro, una distorsión de la función jurisdiccional al entenderse como una herramienta del poder punitivo del Estado. De hecho, en estudio sobre prisión preventiva en nuestro país, ha sido destacada la paradoja de las "condenas que liberan".

ilícita se establece la exclusión de todo el material probatorio que haya sido obtenido o incorporado al proceso sin el pleno respeto a los derechos fundamentales del imputado.

Es a partir de estas finalidades del proceso que el objeto del proceso debe definirse como la cuestión sometida a la consideración del tribunal y sobre la cual ha de pronunciarse. En este sentido, el objeto del proceso se encuentra definido por el hecho con apariencia delictiva y el sujeto a quien se le imputa su realización y respecto de quien se definirá la existencia o no de responsabilidad. Se hace evidente la relación entre la idea de corrección material de la sentencia como fin del proceso y la determinación de la "verdad histórica" de los hechos que constituyen el objeto del proceso.

De igual forma se señala que existirá un objeto principal, que se encuentra delimitado por la pretensión punitiva del Estado y objetos accesorios que constituyen aquellas otras cuestiones que de manera accesorias, ya que no forman parte de la determinación de la sanción, son sometidas a la consideración del tribunal, en esta clasificación encontramos a la determinación de la reparación del daño.

En la fracción I del apartado A del artículo 20 constitucional encontramos enumerados como objeto del proceso cuatro elementos. El primero es el esclarecimiento de los hechos. Ya hemos señalado que la aplicación del *ius puniendi* sólo puede estar fundada en una correlación entre realidad y sentencia, por lo que no abundaremos. Sin embargo, agregarse que resulta muy meritorio que el texto no hable de la búsqueda de la "verdad" en el proceso.²⁵ El segundo de los elementos es "proteger al inocente". Desde nuestra perspectiva el concepto de *inocente* es en un sentido amplio, que puede aplicarse al imputado, con lo que se vincula con la presunción de inocencia y las garantías que conlleva –y a las que haremos referencia más adelante en nuestro comentario a la fracción VIII de este artículo– como también se aplica a la víctima y a las garantías para su trato digno.

²⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La verdad y la veracidad en el derecho procesal* dentro del ciclo "El concepto de realidad, verdad y mitos en la ciencia, filosofía, arte e historia.", México, Porrúa-El Colegio Nacional, 2004, párr. 44. El maestro Fix Zamudio ha señalado que "La tendencia contemporánea del derecho procesal probatorio consiste en aproximarse lo más posible al conocimiento de los hechos y de las afirmaciones de las partes sobre los mismos por conducto de los instrumentos probatorios, con el objeto de lograr el mayor grado de certeza en los hechos alegados en el proceso, de tal manera que el juzgador pueda cerciorarse de la correspondencia con la realidad de las afirmaciones de las partes sobre los hechos controvertidos, es decir de la verdad real y no exclusivamente formal o legal que predominó por tanto tiempo." Sobre el debate contemporáneo sobre la verdad y el proceso sugerimos la revisión del primer capítulo del libro *La prove dei atti giuridici* en el que si bien, dentro del marco del proceso civil, se hace un recuento de las posiciones doctrinales al respecto, existe traducción al español por Jordi Ferrer, *La prueba de los hechos*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005.

El tercer de los elementos es "procurar que el culpable no quede impune", donde la selección del verbo procurar no es casual. Dentro de la tradición jurídica mexicana el concepto "procuración de justicia" se encuentra muy ligado, casi de forma natural con el Ministerio Público y la Procuraduría General a la que esta adscrito. De esta forma, en el Sistema Mexicano, el concepto del "procurador", a diferencia de muchos países se encuentra reservado al funcionario que encabeza la institución del Ministerio Público. De esta forma, encontramos en este elemento también una referencia a la obligación estatal de brindar seguridad pública y, por tanto, fundamenta una de los dos polos entre los que se debate el proceso penal: la respuesta eficiente a la criminalidad, que complementa la necesaria garantía de los derechos fundamentales a la que ya hemos referencia.

Finalmente se establece como cuarto elemento "que los daños causados por el delito se reparen". Al respecto debe señalarse que este es uno de los problemas mas graves que enfrenta una víctima en el actual sistema mixto tradicional. En efecto, la cuestión de la reparación del daño es un tema que no sólo involucra los problemas que enfrentan las víctimas de un delito sino que también evidencian importantes problemas institucionales. Por una parte, las averiguaciones previas y en general los procesos penales suelen prestar poca atención a esta cuestión. En ese sentido, la carga de la prueba y el impulso procesal necesario para obtener la reparación del daño corresponde a la víctima aunque no tiene necesariamente la condición procesal adecuada para presentar su reclamo.

Por otro lado, los bienes asegurados con motivo de la comisión de un delito suelen permanecer durante largos periodos en condiciones precarias de almacenamientos y sujetos a un deterioro permanente. Esta circunstancia genera importantes pérdidas a las víctimas del delito sin contar con los costos que enfrentan las instituciones públicas para su almacenamiento.

Finalmente, hasta esta reforma constitucional, la reparación del daño había sido considerada por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia como parte de la sanción penal.²⁶ Esta situación debe modificarse ya que como se puede apreciar en el apartado C del artículo 20 constitucional, la reparación del daño constituye un *derecho* de la víctima u ofendido por el delito. A mayor abundamiento, este cambio en su naturaleza se aprecia no sólo en la claridad de la afirmación de que es un derecho sino en que la titularidad de su ejercicio corresponde a la víctima, de la que el Ministerio Público tiene la obligación constitucional de protección y coadyuvancia. Así, la reparación del daño puede ser solicitada por la víctima u

²⁶ Véase Tesis 1a. LIII/2006, REPARACIÓN DEL DAÑO. ES UNA SANCIÓN PECUNIARIA AUTÓNOMA CUYA PREVISIÓN CUMPLE CON LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL. *Semana Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, t. XXIII, marzo de 2006, p. 209. Reg. IUS. 175458.

ofendido aún sin la participación del Ministerio Público –aunque con la finalidad de su protección se sigue incluyendo en las obligaciones de la representación social–.

De igual forma, parte de la profunda transformación de la naturaleza jurídica de la reparación del daño es que en el mismo texto constitucional se distingue entre la sentencia de condena y la obligación de la reparación del daño con lo que se convierte en una resolución paralela a la condena, resuelta por el juez en materia penal, donde la protección de la víctima u ofendido es el núcleo del diseño procesal. Desde esta perspectiva la reparación del daño tendrá un social positivo al entregarle al ciudadano mejores herramientas para que el proceso penal funcione como protector de sus derechos e intereses.

2. El Juez en el proceso penal acusatorio y oral

La fracción II del apartado A del artículo 20 constitucional establece dos principios relacionados con la función jurisdiccional, por un lado enfatiza el contenido del *principio de inmediación* y por otro establece el sistema de valoración de la prueba en el nuevo proceso penal.

a. La inmediación en las audiencias

La primera parte de la fracción II señala que

... toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo de las pruebas.

En este sentido ya hemos señalado que existirá inmediación cuando los elementos de prueba, tanto los que se servirán de fundamento de las decisiones preliminares en el proceso, como los que se utilizarán para determinación de la responsabilidad penal, son desahogados sin mediaciones o intermediarios ante el juez en una audiencia.

En este sentido, se busca asegurar que el juzgador tendrá los mejores elementos para valorar la prueba y su presencia se convierte en una garantía para la víctima y el imputado por el delito. Ya se ha señalado que la inmediación puede ser compatible con sistemas procesales escritos, sin embargo, la redacción de esta fracción establece que será el modelo de proceso por audiencias orales el que se utilizará en el diseño del proceso penal mexicano.

b. El sistema de valoración de las pruebas

La segunda parte de la fracción II señala que

... la valoración de las pruebas [...] deberá realizarse de manera libre y lógica.

En este sentido Fix-Zamudio²⁷ señala que existe una discusión doctrinal sobre los diversos sistemas de valoración de las pruebas, pues en tanto que algunos los dividen en dos, pero dentro del segundo se incluye una subclasificación, los restantes consideran que son tres los métodos de apreciación.

En efecto, un sector de la doctrina sostiene que existen dos principios relativos a la apreciación de la prueba por parte del juzgador: a) Los que han sido señalados en forma imperativa por el legislador y que conforman la llamada prueba legal o tasada, b) los que se refieren a la prueba libre o de la libre convicción, aun cuando respecto de este último sector admiten una subdivisión al referirse a la prueba racional o de la sana crítica.

Aun cuando en ocasiones se utiliza la frase convencimiento en conciencia, esto no significa que el juzgador puede actuar como un jurado integrado por legos sin preparación jurídica, ya que el juez está obligado a fundamentar su decisión sobre la apreciación de las pruebas. Este sistema significa que la ley no somete al juzgador a ningún criterio predeterminado, de manera que la llamada libre convicción del juez según su recta conciencia, no puede nunca equivaler a arbitrariedad, capricho o despotismo.

Siguiendo a Fix-Zamudio,²⁸ consideramos que es más claro señalar que existe una triple categoría en cuanto a los criterios de apreciación judicial de los medios de convicción: el primer sistema es el de la libre convicción *strictu sensu*, que es aquella que por haberse tomado en conciencia, no requiere de una justificación racional de la decisión a que se ha llegado sobre los hechos y respecto de la veracidad de las partes sobre los mismos, y que sólo se admite para los ciudadanos legos integrantes del jurado.

El segundo sería la denominada prueba razonada o de la sana crítica, que es la que predomina en la actualidad, de acuerdo con este sistema, el juzgador no está sometido a criterios estrictos sobre la apreciación de los medios de convicción, sino que debe actuar de acuerdo con los principios de la lógica y de la experiencia, lo que lo obliga a expresar los argumentos que lo llevaron a su decisión sobre la prueba. Estos elementos de convicción deben ser valorados en su conjunto y no de manera aislada, con el objeto de obtener un panorama sobre la veracidad de las pretensiones de las partes apoyadas en los hechos controvertidos.

²⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *La verdad y la veracidad en el derecho procesal*, *supra* nota 26, párr. 36.

²⁸ *Ibidem*, párr. 36 y 37.

Finalmente, encontramos el sistema que imperó por mucho tiempo pero que actualmente se encuentra en retirada es el de la prueba legal o tasada, de acuerdo con la cual el legislador fija con rigidez los lineamientos que debe seguir el juez para determinar su convicción sobre los medios de convicción.

En los trabajos del Poder Reformador de la Constitución se aprecia que esta división doctrinal es la que fundamenta el contenido del precepto, ya que coincide materialmente con una pequeña variación en la terminología, ya que denomina libre valoración a la prueba razonada o sana crítica, que en nuestra opinión evita confusiones.²⁹

3. La igualdad en el proceso

La fracción III del apartado A del artículo 20 Constitucional señala que

Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.

Se agrega una reserva de ley como garantía institucional de esta regla, ya que se afirma que sólo podrá ser exceptuada en los casos y con los requisitos establecidos por el legislador para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.

La regla general que establece que una sentencia solo podrá estar fundada en la prueba que se produzca en juicio, tiene la finalidad de garantizar los principios de igualdad procesal y de contradicción. Busca solventar uno de los problemas de diseño más graves del sistema de justicia penal vigente. En efecto, actualmente, el proceso penal mixto tradicional descansa en su

²⁹ Véase Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal y seguridad pública *supra* nota 13, p. 30: "El principio de libre valoración de la prueba es el que se asume para la toma de decisiones. Se adopta este principio porque los otros sistemas que han sido reconocidos históricamente para la valoración de la prueba en el derecho moderno, son notoriamente ineficaces para garantizar el carácter racional de la actividad jurisdiccional. En efecto, el sistema de la íntima convicción es propio de los sistemas en los que los juzgadores de hecho y los de derecho están separados, es decir, en aquellos sistemas que prevén el juicio por jurado. En esas tradiciones, el jurado no está obligado a motivar sus decisiones. Tal no será el caso en México, puesto que las decisiones de hecho serán adoptadas por jueces profesionales que estarán obligados a fundar y motivar sus decisiones, tal como lo ordena ya el artículo 16 constitucional. El sistema de prueba tasada conduce a resultados insatisfactorios. En tales sistemas prevalece una valoración legislativa preconstituida de la prueba por encima de la determinación judicial –prueba plena y semiplena–. A pesar de la pretendida objetividad de este sistema sus resultados son francamente pobres desde el punto de vista de la calidad de la información usada para la toma de decisiones. Esta apariencia de objetividad se deriva de su carácter enmascaradamente deductivo, que rehúsa una auténtica motivación desde los hechos. El conocimiento empírico en el derecho es primordialmente inferencial inductivo. Por tal motivo, los sistemas basados en la libre valoración y la sana crítica son los idóneos para hacer más fiable el conocimiento obtenido por medio del proceso penal."

etapa de investigación en la actividad que el Ministerio Público desarrolla con una doble naturaleza: autoridad y parte acusadora. Así, investido con fé pública, el Ministerio Público se encuentra en condiciones de construir un amplio conjunto probatorio sin contradicción alguna. Ahora bien, el *quid* del problema es que estos materiales probatorios al tratarse de documentos investidos de la fe ministerial, se consideran desahogados al entregarse el expediente al juez al formularse la acusación, la denominada consignación del delito, y en consecuencia, deberán ser considerados como prueba plena.

La igualdad procesal postula que los distintos sujetos del proceso –quien acusa y quien es acusado– dispongan de iguales medios para defender en el proceso sus respectivas posiciones, esto es, dispongan de iguales derechos procesales, de parejas *posibilidades* para sostener y fundamentar lo que cada cual estime que le conviene. Es evidente que el actual sistema, en tanto permite la incorporación directa de la investigación al proceso, sin la posibilidad de combatir en concreto cada actuación ministerial, general una gran ventaja a favor del Ministerio Público.

De esta forma, la fracción III busca establecer igualdad procesal entre la acusación y la defensa al señalar un entorno contradictorio, público y con intermediación para el desahogo de la prueba.

La excepción a esta regla, es decir, la prueba anticipada constituye un elemento esencial para el funcionamiento adecuado del sistema, en especial en los casos de delitos complejos o de situaciones extraordinarias. En general, este tipo de excepciones no suele aparecer en textos constitucionales. Sin embargo, dada la marcada tendencia reglamentaria del constituyente mexicano, se optó por incorporarlo.

La cuestión central en este punto pasa por establecer una regulación de la prueba anticipada que se coloque en un punto de equilibrio entre los extremos que son, por un lado, la completa permisividad frente a la actividad del Ministerio Público, para que realice e incorpore a juicio prueba anticipada según su conveniencia con lo que regresaría a una situación muy similar a la que se desarrolla en el proceso penal mixto tradicional vigente y, en el otro extremo, una regulación que buscando impedir un desequilibrio procesal cierre definitivamente, sin ninguna excepción razonable, la posibilidad de incorporar a juicio, de los elementos de la investigación, generando en consecuencia casos de impunidad.

En el ámbito del derecho comparado se pueden apreciar dos tendencias, una más abierta y menos formalista permite su solicitud en cualquier momento hasta antes de instalarse el juicio oral. La otra tendencia es la de cerrar la puerta a la prueba anticipada y establecer dos momentos en que es procedente su petición: en la audiencia de preparación, o al terminar

la declaración ante el fiscal. La primera tendencia permite el anticipo de cualquier tipo de prueba y no sólo la testimonial y declaración de peritos, con indicación textual de la posibilidad de recurrir la negativa de la prueba anticipada

En los códigos procesales penales mexicanos la petición de prueba anticipada se podrá realizar en cualquier momento hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, de cualquier medio de prueba pertinente, siempre que ésta sea practicada ante el juez de control; por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; y que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio. Por otra parte, se regula que el Ministerio Público podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de menores de edad que fueren víctimas de delitos sexuales. Otra regla que se ha agregado es la posibilidad de considerar prueba anticipada para los casos en que sea probable que los testigos sean intimidados o coaccionados.

Por otra parte, existe otro efecto de esta regla: la actividad procesal de las audiencias previas no puede ser considerada material probatorio para efectos de fundar la sentencia sobre el fondo sino que únicamente podrán fundar las decisiones preliminares, como por ejemplo el auto de vinculación a proceso. En estos casos, cuando no se trate de alguna de las excepciones que permiten convertir la actividad en prueba anticipada, la prueba deberá ser desahogada nuevamente en la audiencia de juicio oral.

Para subrayar esta distinción, a partir de la propuesta realizada por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados de la Federación en su Código Modelo, la legislación mexicana ha desarrollado el concepto de "dato de prueba" entendido como:

...la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.³⁰

³⁰ Propuesta de Código Modelo, disponible en <[http://www.pjedomex.gob.mx/web2/documentos/CodModProPenAcu\(Conatrib\).pdf](http://www.pjedomex.gob.mx/web2/documentos/CodModProPenAcu(Conatrib).pdf)> (1 de agosto de 2012).

4. La imparcialidad y el juez no contaminado

La fracción IV del apartado A del artículo 20 constitucional establece que "el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente" con ello, el Poder Reformador de la Constitución fortalece una característica fundamental del proceso la imparcialidad judicial al establecer parámetro de exigencia muy alto: la imparcialidad objetiva.

El proceso moderno se estructura básicamente

...de dos posiciones procesales distintas y enfrentadas y de un juzgador que, situado por encima de ellas, presencia y dirige una posible controversia entre quienes ocupen esas posiciones.³¹

Así, la imparcialidad del juzgador es una de las principales características con que se le ha investido tradicionalmente; incluso, se puede señalar que antes de la configuración moderna del proceso, siempre ha estado presente la idea de encomendar a un tercero desinteresado y ajeno a la contienda la resolución de una controversia surgida entre dos intereses particulares.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que estamos ante una nota esencial a la actividad jurisdiccional y, en consecuencia, también que cuando la imparcialidad del juez no exista o esté erosionada no podemos hablar propiamente de proceso. La imparcialidad se encuentra estrechamente relacionada con la independencia judicial, tanto que se ha llegado a afirmar que "la imparcialidad es una manifestación de la independencia judicial en un caso concreto".³²

Ahora bien, antes de abordar el concepto de imparcialidad objetiva debe reconocerse que en la fracción III del apartado A del artículo 20 no se menciona expresamente el derecho al juez imparcial.³³

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos el derecho fundamental al juez imparcial también se encuentra expresamente garantizado, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo reconocen expre-

³¹ Cfr. De la Oliva, Andrés et al., *Introducción al Derecho Procesal*, supra nota 8, párr. 1.

³² Cfr. Arias Domínguez, Joaquín, *La abstención y recusación de jueces y magistrados*, Madrid; Edersa, 1999, p. 42.

³³ La imparcialidad de los jueces se menciona en el artículo 17 de la Constitución.

samente. De igual forma lo encontramos en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, el concepto de la imparcialidad objetiva, es una construcción influenciada por la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o "el Tribunal Europeo",³⁴ específicamente con relación a su interpretación del artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH o "la Convención Europea"), por lo que comentaremos las líneas generales de lo que el TEDH entiende por imparcialidad, teniendo como referencia la sentencia al caso Castillo Algar contra España de 28 de octubre de 1998.³⁵

En primer termino observamos que el TEDH inicia afirmando que, de acuerdo con el artículo 6.1 de la CEDH, la imparcialidad debe apreciarse desde dos puntos de vista, por un lado un criterio subjetivo, que trata de averiguar la relación personal de un juez concreto con un determinado caso, y por otro lado un criterio objetivo, tendente a ofrecer las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto.³⁶

Tratándose del aspecto subjetivo, el Tribunal Europeo afirma que

...la imparcialidad personal de un Magistrado se presume salvo prueba en contrario.³⁷

En lo que respecta a la imparcialidad objetiva, ésta consiste en preguntarse si, independientemente de la conducta personal del Juez, ciertos hechos verificables permiten sospechar acerca de su imparcialidad. Para el Tribunal en esta materia, "incluso las apariencias pueden revestir importancia". En su opinión, es muy importante que los tribunales de una sociedad democrática inspiren confianza a los justiciables y, especialmente, a los procesados.

³⁴ Cfr. Bujías Vadee, Lorenzo M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, Techos, 1997, pp. 262: Es este un claro ejemplo de uno de los efectos indirectos de las sentencias de los tribunales supranacionales, en este caso del TEDH, denominado generalmente de "cosa interpretada". Es decir, cuando el Tribunal Europeo resuelve un caso concreto, lo hace interpretando y definiendo el alcance de las disposiciones del Convenio de Roma *con efectos sobre todos los Estados parte*. Sobre el tema y su recepción de acuerdo a la Constitución Española de 1978

³⁵ Véase TEDH. *Castillo Algar vs. España*. Sentencia de 28 de octubre de 1998, App. No. 28194/95.

³⁶ Cfr. TEDH. *Castillo Algar vs. España*, *supra* nota 36, párr. 43 e *Incal vs. Turquía*. Sentencia de 9 junio 1998. App. No. 22678/93, párr. 65.

³⁷ TEDH. *Castillo Algar vs. España*, *supra* nota 36, par. 44 y *Hauschildt vs. Dinamarca*. Sentencia de 24 mayo 1989. App. No. 10486/83, párr. 47.

Como consecuencia lógica de lo anterior,

...debe recusarse todo Juez del que pueda legítimamente sospecharse una pérdida de imparcialidad.³⁸

Sin embargo el Tribunal matiza que, para pronunciarse sobre la existencia de una razón legítima para temer en un Juez una falta de imparcialidad, la opinión del acusado debe tenerse en cuenta, pero no juega un papel decisivo. Se concluye entonces que,

...el elemento determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden considerarse *objetivamente* justificados.³⁹

Más adelante en la misma sentencia –Castillo Algar vs. España– se plantea la pregunta, ¿cuándo sí se pueden considerar las dudas sobre la imparcialidad del juez como objetivamente justificadas?, y en opinión del Tribunal la respuesta deberá de variar según las circunstancias de la causa y señala para el caso concreto, que

...el simple hecho de que un Juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede en sí mismo, justificar las aprehensiones en cuanto a su imparcialidad.⁴⁰

Ahora bien, partiendo entonces de la jurisprudencia comentada, valdría la pena considerar las circunstancias del proceso penal en México. En este modelo procesal el órgano jurisdiccional realiza valoraciones sobre las etapas preliminares de la investigación para decidir si es procedente, o no, su continuación, por lo que ocurre que el juez adquiera ciertas opiniones acerca de los hechos investigados.

Este fenómeno nada dice en contra del ánimo o intención con que la investigación se dirija: puede ser, en todo momento, de la máxima imparcialidad y objetividad. Pero parece del todo natural, inevitable, que en el trascurso de la supervisión de la investigación se forje una idea concreta de los hechos, adquiera una prevención o prejuicio, porque el avance del proceso implica enjuiciamientos provisionales sobre conductas.

Con el propósito de que lo que decida el contenido de la sentencia definitiva sea el fruto de una limpia e igualitaria contienda procesal, contemplada y valorada por el tribunal senten-

³⁸ TEDH. *Castillo Algar vs. España*, supra nota 36, par. 45 y *Hauschildt vs. Dinamarca*, supra nota 38, párr. 48.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ TEDH. *Castillo Algar vs. España*, supra nota 36, párr. 46 y *Hauschildt vs. Dinamarca*, supra nota 38, párr. 50.

ciador con garantías de plena imparcialidad objetiva, se dispone, en los casos referidos, que los juzgadores que intervinieron con decisiones sobre el desarrollo de la investigación no puedan intervenir en la decisión sobre el fondo del asunto. Esta parece ser la posición del Poder Reformador de la Constitución.

5. El *onus probandi* y la presunción de inocencia

La fracción V del apartado A del artículo 20 Constitucional puede dividirse en dos partes por un lado encontramos la regla que establece que "la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal." la segunda parte refuerza expresamente la importancia de la igualdad procesal.

En lo que se refiere a la presunción de inocencia en el proceso penal mexicano puede afirmarse que en el proceso mixto tradicional mexicano es evidente su falta de vigencia efectiva. Aspecto especialmente preocupante y que afecta el funcionamiento sistema procesal penal en su conjunto.

El principio liberal de presunción de inocencia corresponde al derecho fundamental de toda persona a no ser considerado culpable de la comisión de un delito, hasta que no se haya demostrado su responsabilidad en la comisión de un delito en un proceso ante un tribunal en el que haya tenido un efectivo derecho de audiencia. La SCJN ha señalado que este principio se traduce en que el gobernado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, siendo, por lo tanto, obligación del Ministerio Público demostrar la responsabilidad del acusado.⁴¹

La presunción de inocencia es una derivación del principio del debido proceso y descansa sobre tres premisas. Por un lado está relacionada con las bases axiomáticas del derecho procesal penal, ya que presupone que el derecho penal va dirigido a personas con libre albedrío y capacidad para evitar las conductas prohibidas. Por otra parte, la presunción de inocencia implica un valor social: la convicción de que es peor condenar a un inocente que dejar impune a un culpable. Finalmente, el derecho fundamental a la presunción de inocencia repre-

⁴¹ Cfr. Tesis P. XXXV/2002, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XVI, agosto de 2002, p.14. Reg. IUS 186185.

senta un elemento de compensación a favor del inculpado, que se ve enfrentado al poder del Estado.⁴²

En el proceso penal mixto tradicional mexicano la vigencia del derecho a la presunción de inocencia es limitada. De hecho, durante las primeras fases del proceso, es decir durante la averiguación previa y la etapa intermedia, la presunción de inocencia prácticamente desaparece. Entre los factores que facilitan esta ausencia está el hecho que este derecho no siempre se ha considerado parte de la tradición jurídica mexicana, que no está expresamente contenido en la Constitución y, todavía más importante, que la jurisprudencia mexicana no ha desarrollado ningún criterio similar al *beyond a reasonable doubt*⁴³ del proceso penal en la tradición del *common law*. Así se puede observar que en la práctica medidas cautelares personales como el arraigo domiciliario y la prisión preventiva son reglas de aplicación general, sin apenas tomar en cuenta las circunstancias específicas del inculpado o, peor aún, del sospechoso.

En efecto, la aplicación, como regla general, de la prisión preventiva del procesado es una de las causas principales de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y el nuevo texto constitucional en su artículo 19 busca modificar esta práctica.

Otro ámbito en el que la presunción de inocencia apenas se hace perceptible es durante la fase del juicio. En efecto, es de resaltarse la poca o nula atención que se le presta a la necesidad de que exista una prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia como se verá en los comentarios a la fracción VIII.

Así pues, esta fracción V resulta de especial relevancia al establecer un derecho esencial a la configuración del nuevo proceso. Si consideramos que la presunción de inocencia tiene dos vertientes: regla de trato al imputado y exigencia probatoria, el resultado es que por la aplicación de la primera vertiente, en la construcción del nuevo proceso penal acusatorio, las restricciones a la libertad a través de la prisión preventiva deberán siempre estar fundadas en un conjunto mínimo de prueba. Con lo que se hace necesaria que la interpretación de la prisión preventiva oficiosa, establecida en el artículo 19 sea realizada de forma armoniosa con la presunción de inocencia. Lo que llevaría, en nuestra opinión, a la posibilidad de rein-

⁴² Cfr. García Ramírez, Sergio, "Los sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación", en Ponencias Generales del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, México, Asociación Internacional de Derecho Procesal-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 2003, p. 26. García Ramírez señala que "el proceso penal se convierte en un tema delicado y trascendental donde se resuelve el conflicto más severo entre intereses en juego, encarnados por personajes desiguales".

⁴³ Véase Corte Suprema *In re Winship*, 397 U.S. 364 (1970).

interpretar la regla de la prisión preventiva de oficio para los delitos graves, para establecer que es el estudio de su viabilidad, la obligación *ex officio* para el juez, y no su otorgamiento.

6. La igualdad de armas en el proceso

La segunda parte de la fracción V del apartado A del artículo 20 constitucional señala que

...las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

Como se ha señalado, la mayor parte de los principios generales del proceso penal contenidos en esta fracción van dirigidos a problemas específicos del actual sistema. En el caso de esta clausula constitucional el problema que se busca resolver ya ha sido mencionado: en el proceso penal mixto tradicional vigente no existe igualdad de armas. Esta situación es muy evidente en la etapa de investigación o averiguación previa.

En efecto, durante el desarrollo de la averiguación previa la posición del indiciado es endeble frente a la acción del Ministerio Público. Esta situación suele tener efectos adversos sobre sus posibilidades de defensa. Con frecuencia se percibe una marcada inactividad de los indiciados y sus defensores durante la etapa ministerial. Las explicaciones de este fenómeno son variadas. No obstante, una de las principales es aquella que se relaciona con la actitud de los agentes del Ministerio Público, quienes se suelen mostrar poco favorables al desahogo de diligencias solicitadas por la defensa y, en general, muestran una limitada colaboración para que los abogados del indiciado se entrevisten con su cliente o intervengan en el desahogo de otras pruebas.

Por lo que respecta al contacto entre el imputado y su abogado, es necesario reconocer que es una práctica frecuente limitar la comunicación de aquellos. De esta manera, los contactos entre imputados y defensores son esporádicos durante esta etapa. Adicionalmente, los agentes del Ministerio Público acostumbran esperar hasta la última etapa de sus pesquisas, cuando el plazo de las 48 horas establecido por el artículo 16 de la Constitución se encuentra cercano a su conclusión, para tomar la declaración ministerial del indiciado. Esta conducta plantea diversos problemas para la defensa. Por una parte reducen las posibilidades de acción de los abogados defensores, puesto que la declaración ministerial es por lo general el primer momento en el que el indiciado conoce de qué se le acusa y entra en contacto con su abogado. Por otro lado, margina a la defensa de las investigaciones desarrolladas durante la averiguación previa, ya que cuando se toma la declaración ministerial el expediente está prácticamente listo para la consignación. Esta última consecuencia también ocasiona que la

defensa no tenga capacidad efectiva para preparar argumentos orientados a desvirtuar las diligencias desahogadas en la averiguación previa y a presentar pruebas de descargo.

El escenario anterior se puede complicar todavía más si se toma en cuenta lo dispuesto en la legislación procesal. En ese tenor, es posible mencionar como ejemplo el artículo 53, fracción VI, tercer párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila, que establece que

...el Ministerio Público no estará obligado a notificar la admisión o práctica de los medios de prueba. Igualmente, podrá ejercitar la acción penal sin recibir los que ofreció el inculpado o su defensor en su momento, el juzgador decidirá sobre la admisión y práctica de las mismas.

Asimismo, el Código Federal de Procedimientos Penales, en el artículo 128, inciso E) dispone que se le reciban los testigos y demás pruebas al inculpado siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación, puede significar importantes limitaciones para la defensa si es que la autoridad no ejerce en forma adecuada su facultad discrecional.

En términos generales, se aprecia un importante desequilibrio entre las partes durante la averiguación previa, lo cual redundará en una limitada capacidad de defensa de los inculcados. Lo anterior, no ilustra simplemente una cuestión de inequidad procesal en una fase administrativa del proceso penal, sino que también tiene graves implicaciones sobre el papel que se espera cumplan los agentes del Ministerio Público quienes deben encaminar sus acciones como representantes de la sociedad bajo el principio de la buena fe.

Ahora bien, esta situación es reconocida por la jurisprudencia y la SCJN ha iniciado un conjunto de criterios dirigidos a favorecer la igualdad de las partes, a través de una efectiva contradicción. Así puede señalarse la tesis 1a./J. 64/2011 (9a.), Registro: 160 812, en la que dispone que sólo en el caso de que el juez de garantía hubiere tenido acceso a la carpeta de investigación, el juez de amparo podrá imponerse de la misma. Estableciendo con claridad que sólo podrá hacerlo respecto de los datos que el juez de primera instancia haya tenido en cuenta a fin de dilucidar la controversia.⁴⁴

⁴⁴ Véase Tesis 1a./J. 64/2011 (9a.), ORDEN DE APREHENSIÓN O AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE DISTRITO PARA RESOLVER SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD NO ADMITIRÁ NI TOMARÁ EN CONSIDERACIÓN DATOS QUE NO SE HUBIESEN TOMADO EN CUENTA POR EL JUEZ DE GARANTÍA PARA SU EMISIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro I, octubre de 2011, tomo 2, p. 993. Reg. IUS. 160812.

La Primera Sala de la SCJN fundamenta esta decisión señalando que de llegar a considerarse datos en que no se hubiera fundado la petición de una orden de aprehensión o que se hayan desahogado en la audiencia de vinculación a proceso, se vulneraría la contradicción que rige el proceso penal acusatorio, que permite el equilibrio entre las partes y conduce a un pleno análisis judicial de la contienda.⁴⁵

7. La contradicción y la interdicción de la audiencia privada ex parte con el juzgador

La fracción VI del apartado del artículo 20 constitucional se dirige a fortalecer la vigencia del *Principio de contradicción* a través de la prohibición de una práctica muy generalizada en el sistema mexicano: la audiencia privada del juez en favor de una de las partes con el fin de argumentar en favor de su posición, práctica conocida coloquialmente como alegato de oreja. Así se explica que el texto de la fracción establezca que:

Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución.

El origen de esta práctica radica en la ausencia de las audiencias orales en el proceso penal mixto tradicional vigente. Es decir, dado que los litigantes no pueden convencer al juez de sus argumentos jurídicos y fácticos en la sala de audiencias, se reúnen con el juzgador en su despacho para presentar sus argumentos en relación con el asunto que deberá resolver. Estas reuniones *ex parte* tiene dos efectos: primero, distorsionan el proceso, ya que la parte contraria no tiene oportunidad de cuestionar los argumentos vertidos en dichas reuniones. Segundo, muchos jueces sostienen que un alto porcentaje de su tiempo se ocupa en esto.

Es evidente que esta prohibición constitucional redundará en beneficio de la construcción de un auténtico proceso penal acusatorio y oral, sin embargo, debe señalarse que, aunque puede ser expuesta de manera sencilla, su concreción en la práctica conlleva transformar una parte de los hábitos de los operadores jurídicos, que hasta este momento no habían considerado que las audiencias *ex parte* fueran intrínsecamente perniciosas para el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.⁴⁶ Así pues, cuando se señala que la reforma constitucional implica un cambio cultural se hace referencia a la modificación de prácticas como esta.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Esta práctica la realizan los juzgadores de todos los niveles y jurisdicciones, de hecho la SCJN hace pública la agenda de sus integrantes, y por tanto de las reuniones *ex parte*, para mayor transparencia, en busca de la ya men-

8. La terminación anticipada del proceso penal

El texto de la fracción VII del apartado A del artículo 20 Constitucional da fundamento a una de las más importantes características del nuevo modelo procesal: el fortalecimiento de las formas anticipadas de terminación del proceso. De hecho, en el nuevo proceso penal debe partirse del hecho de que las denominadas salidas alternas o medios alternos constituyen el núcleo del nuevo sistema. Son de la mayor importancia para la viabilidad del sistema, se espera que la gran mayoría de los casos no lleguen a juicio.

Estas formas anticipadas o salidas alternas se establecen, con el fundamento constitucional de esta fracción VII en los nuevos Códigos. Así el texto que señala que

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

...permite que, en muchos casos el proceso penal no realice el recorrido completo de la tramitación de todas las etapas procesales sino que termine debido a un acuerdo recaído en la iniciativa de las partes. En el modelo procesal mexicano se han establecido cuatro tipos de salida alternas: los criterios de oportunidad, el juicio abreviado, los acuerdos reparatorios y la suspensión del proceso a prueba.

En lo que se refiere a los criterios de oportunidad, el párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos incorpora expresamente esta figura al señalar que:

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

En materia del ejercicio de la acción penal –entendida como la facultad de pedir al juez la imposición de una sanción en contra de un individuo derivada de la existencia de responsa-

cionada imparcialidad objetiva.

bilidad penal— nuestro país tradicionalmente ha seguido el principio de legalidad. En otras palabras, en presencia de datos que acrediten el cuerpo delito y la probable responsabilidad, el agente del Ministerio Público deberá —es decir, en todos los casos, ya que no es una facultad discrecional sino un deber— ejercer la acción penal.

Los criterios de oportunidad implican que, no obstante de que se reúnan los requisitos legales para el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, ya sea en relación a alguno o a varios hechos, o a alguna de las personas que participaron en su realización.

Los criterios de oportunidad *strictu sensu* implican que la Institución del Ministerio Público establecerá, como parte de las decisiones de política criminal, la procedencia de la acción penal en consideración de las características particulares de cada caso. Sin embargo, dado que esto implica un gran poder discrecional para el Ministerio Público —y en consecuencia para el Ejecutivo—, se ha buscado atemperarlo a través del establecimiento, dentro de los Códigos, de los casos en los que procede la aplicación de estos criterios.

El modelo acusatorio aspira a que la aplicación de los criterios de oportunidad tenga como fundamento razones objetivas y sin discriminación, aplicando a cada caso individual, los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia respectiva. Esto pone de manifiesto que la aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser realizada como parte de una política criminal claramente delineada por parte de la misma Procuraduría, con la consiguiente exigencia de fundar y motivar la aplicación del criterio de oportunidad a un caso particular.

La decisión del agente del Ministerio Público que aplique un criterio de oportunidad deberá estar fundada y motivada, y será comunicada al Procurador General de Justicia, o a quien éste designe, a fin de que se revise que la misma se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas dictadas al respecto.

Por otra parte, el procedimiento abreviado, permite dictar una sentencia de forma más rápida y de cuantía menor que en el procedimiento ordinario, en los casos en que, previa solicitud del representante social, el imputado admita el hecho que le atribuyera el Ministerio Público en su escrito de acusación, acepte la aplicación de este procedimiento y no haya oposición fundada de la víctima u ofendido constituido como acusador coadyuvante. Si la víctima no está constituida como coadyuvante se le escuchará, pero su criterio no será vinculante.

La solicitud del Ministerio Público de ir al abreviado puede presentarse en la audiencia en que se dicte el auto de vinculación a proceso. El Juez de Garantía puede rechazar la apertura del procedimiento abreviado, decisión con la que se continúa el procedimiento hasta la audiencia intermedia donde el Ministerio Público podría solicitar nuevamente el abreviado.

El punto más polémico de esta salida alterna es que el Ministerio Público podrá solicitar la aplicación de una pena inferior hasta en un tercio de la mínima señalada para el delito por el cual acusa. Esta posibilidad, que se introduce por primera vez en el Sistema Jurídico mexicano a través de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, es muy criticada por la doctrina.

De igual forma el hecho que la condena no puede ser superior a la pena solicitada por el Ministerio Público y que esta implica una disminución de la pena mínima establecida en los Códigos Penales ha sido criticado señalado que conlleva una limitación al arbitrio del juez que conlleva el ejercicio de la función jurisdiccional. De igual forma, resulta interesante la distinción entre aceptar la participación y confesar, que es necesaria para la lógica de la salida como está diseñada.

La tercera de las posibles salidas alternas son los denominados acuerdos reparatorios, aunque podrían utilizarse otras denominaciones, son aquellos que recogen un pacto entre la víctima u ofendido y el imputado con el fin de establecer la solución del conflicto, "a través de cualquier mecanismo idóneo", que tiene el efecto de concluir el procedimiento.

El ámbito en el cual los acuerdos reparatorios pueden ser admitidos siempre es limitado en los Códigos para excluir los cometidos por medios violentos y los que causan mayor alarma social. Estos acuerdos proceden hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio oral, es decir, desde la etapa de investigación hasta la audiencia intermedia.

Respecto de esta salida alterna, la cuestión principal que debe resaltarse son las medidas que deben existir para garantizar que el acuerdo no se encuentre condicionado por la ley del más fuerte. Requieren participación del Estado como garante de la igualdad de las partes.

En la regulación de los acuerdos reparatorios nos parecen especialmente delicados tres puntos: primero, debe asegurarse que la aceptación del acuerdo sea completamente voluntaria, que no exista una presión indebida sobre la parte más débil de la negociación; la segunda cuestión, estrechamente relacionada con la anterior, es la necesidad de la existencia de un control judicial de la decisión, conveniente en la medida en que el juez funcione como garante de la vigencia efectiva de los derechos de las partes, con especial atención a la víctima u ofendido, y

la tercera de las cuestiones, derivada de la anterior, es la forma de establecer un seguimiento oficial del cumplimiento de los acuerdos, que asegure que no se queden simplemente en el papel.

Finalmente encontramos la suspensión del proceso a prueba. Esta salida alterna procede en los casos en que ya se ha dictado auto de vinculación a proceso, por un delito cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años, el imputado no haya sido condenado por delitos dolosos, no tenga o haya tenido otro proceso suspendido a prueba y no exista oposición fundada del Ministerio Público y de la víctima u ofendido.

Al igual de los criterios de oportunidad y del abreviado, procede a solicitud del Ministerio Público, pero en este supuesto también admite la solicitud del imputado. Esta solicitud de la suspensión del proceso a prueba tiene el mismo plazo que los acuerdos reparatorios, es decir, hasta antes de acordarse la apertura de juicio oral. Se resuelve en una audiencia donde el imputado deberá plantear, en su caso, un plan de reparación del daño causado por el delito (el plan podrá consistir en una indemnización equivalente a la reparación del daño que, en su caso, pudiera llegar a imponerse o una reparación simbólica, así como los plazos para cumplirla) y, lo que diferencia esta salida alterna de las otras, es el detalle de las condiciones que el imputado estaría dispuesto a cumplir y que el juez le impondrá.

En efecto, esta salida alterna implica una resolución en la que el juez fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado. El período de suspensión del proceso a prueba que no podrá ser inferior a un año y dependiendo del Código que lo rija, ni tampoco podría ser superior a cinco.

9. El principio de presunción de inocencia y la prueba

La fracción VIII de del apartado A del artículo 20 Constitucional introduce expresamente al sistema procesal mexicano la necesidad de prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia al señalar que

...el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.

Esta regla que se puede considerar evidente para el proceso penal acusatorio resulta necesaria para la reforma al Sistema de Justicia Penal mexicano. En efecto, en la práctica mexicana, de alguna manera, el principio de inocencia se ha invertido, ya que durante todo el proceso es el indiciado el encargado de desvirtuar las pruebas de la acusación y no ésta la que debe

probar la culpabilidad del indiciado. Como se ha mencionado, el problema se presenta desde la integración de la averiguación previa. Posteriormente, durante la actual etapa intermedia –el término constitucional–, los jueces analizan fundamentalmente la averiguación previa y con base en ella dictan el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. En realidad, para ellos resulta más fácil ratificar el contenido de la averiguación previa que generar una resolución desvirtuando la acusación del Ministerio Público.⁴⁷

El derecho a la presunción de inocencia, concebido como regla de juicio, entraña el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas. En consecuencia toda sentencia de condena debe cumplir con los siguientes requisitos: a) debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; b) tal sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la ley y a la Constitución; c) valorada, y debidamente motivada, por los tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia.

En este sentido, se señala que la sentencia de condena debe enumerar las pruebas que considera de la importancia suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. La prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva. Sobre la parte acusadora pesa, pues, la carga de acreditar con pruebas válidas, los elementos del delito, sus circunstancias constitutivas y la participación real del acusado.

A falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que los elementos constitutivos del delito se establezcan no sobre la base de simples sospechas, rumores o conjeturas, sino a partir de hechos plenamente probados o indicios, mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano que se explicita en la sentencia condenatoria.

Ahora bien, para que la prueba indiciaria pueda traspasar el umbral de las meras sospechas o conjeturas, ha de gozar de los siguientes requisitos: a) el hecho o hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de tales hechos base; c) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicita el razonamiento engarce lógico entre el

⁴⁷ Véase Pásara, Luis. *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, UNAM, 2006.

hecho base y el hecho consecuencia, y d) finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común .

10. La regla de exclusión de la prueba ilícita

La fracción IX del apartado A del artículo 20 Constitucional introduce una regla que en el proceso penal mixto tradicional se encuentra ausente: la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. En efecto, al establecer que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, el Poder Reformador de la Constitución introdujo, quizá no plenamente consciente de sus alcances, de forma expresa y al máximo nivel del ordenamiento jurídico una compleja regla de nulidad probatoria.

Lo trascendente de esta regla requiere de un tratamiento detallado. Así debemos iniciar por señalar que, hasta la reforma constitucional de 2008, en el ámbito de la CPEUM no existía de forma expresa una regla general de exclusión de esta prueba, ni precepto que permita definirla en función de su obtención con violación de derechos fundamentales. A pesar de lo anterior, a través del principio de legalidad entendido como parte de las "garantías individuales" en los artículos 14 y 16 de la CPEUM de 1917 llevaba como consecuencia que la obtención de una prueba con violación de cualquier tipo o categoría de normas, pudiera ser alegada como "concepto de violación" en el juicio amparo, en tanto constituiría, en si misma, una violación a las "garantías individuales".

Ahora bien, a pesar de que lo señalado en el párrafo anterior permitiría la aplicación general de un concepto extensivo de ilicitud probatoria, esto no se reflejaba expresamente –como ya se ha señalado– ni en el texto constitucional, ni en los Códigos federales que, incluso, carecían de un precepto que expresamente señalara la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, por lo que este concepto no haya tenido reflejo en la práctica del proceso penal mixto tradicional.

No obstante lo anterior, buscando elementos que permitieran, hipotéticamente, excluir la prueba que vulnerar derechos fundamentales era posible identificar un conjunto de reglas constitucionales, dentro del capítulo de derechos fundamentales o "garantías individuales", que, en tanto regulaban los requisitos de ciertas pruebas, podía ser señaladas como reglas específicas de exclusión probatoria en tanto su infracción conllevaría la nulidad de la prueba. Dentro de estas normas puede señalarse la declaración del inculpado; el derecho a un traductor, con especial énfasis en el caso de imputados pertenecientes a un grupo indígena que no hablase castellano; el derecho a aportar testigos de descargo; el derecho a los careos y, especialmente, las reglas constitucionales para la validez de las diligencias de entrada

y registro en un domicilio llamados "cateos" o, las reglas para la validez de la intervención telefónica.

Por otra parte, existían en algunos Códigos que, en virtud de reformas en la última década del siglo XX, incorporaban el concepto de prueba ilícita aunque sin mayor desarrollo legal o efecto en la práctica. Así el Código de Procedimientos Penales de Coahuila en su artículo 5, dentro de las facultades y deberes del Ministerio Público para preparar la acción penal, señala que es facultad de este órgano de acusación acordar los medios de prueba lícitos siempre y cuando sean conducentes para decidir el ejercicio de la acción penal.

De igual forma, este mismo código en su artículo 183 dentro de las causales de invalidez de las actuaciones de la averiguación previa señala que estas actuaciones serán inválidas cuando exista ilicitud en la obtención de la prueba. Desafortunadamente, como hemos señalado, esta regulación legal no se tradujo en la incorporación del concepto de prueba ilícita al debate procesal, ni siquiera como posibilidad, en la mayor parte de las causas penales.

De hecho esta situación puede generalizarse para afirmar que previo a la reforma constitucional de 2008, aunque existía un conjunto de preceptos constitucionales y legales que podrían haber permitido un desarrollo de la regla de exclusión de la prueba ilícita, estos no fueron de uso en la práctica.

Esta situación en la normatividad cambió con la aparición del grupo de Códigos Procesales de reciente factura, derivados de la reforma, que establecen reglas específicas sobre la prueba ilícita. Así, encontramos una regulación expresa de la "legalidad de la prueba". En los preceptos relativos se señala que la prueba sólo tendrá valor si ha sido obtenida y producida por medios lícitos e incorporados al proceso del modo que autoriza el Código. En estos preceptos se señala con claridad la relación entre la ilicitud probatoria y la violación de los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, la situación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en la jurisprudencia mexicana requiere de una breve mención. Considerando la existencia del principio de legalidad en los artículos 14 y de la CPEUM, puede afirmarse que la falta de cualquiera de los requisitos legales, tanto para la obtención, como para la inclusión de la prueba en el proceso, podría haber sido señalado como una violación a las "garantías individuales" y, por tanto, reclamable a través del amparo.

Esta situación se refleja en la jurisprudencia en la que, por ejemplo, se ha señalado que para el pleno respeto al derecho a la inviolabilidad del domicilio, además de los requisitos señalados

en la Constitución para las órdenes de visita, deben cumplirse "los demás requisitos que señalen las leyes en la materia".

Sin embargo, esta situación conlleva a que el concepto de prueba ilícita no se encuentre en el debate procesal, centrando la discusión consideraciones acerca del cumplimiento de requisitos legales para señalar al acto como viciado y, por tanto, ineficaz. Por otra parte, los mismos tribunales federales aplican criterios formales, restringiendo al ámbito de aplicación de estas normas.

De esta forma, la jurisprudencia existente en esta materia fue establecida en el ámbito administrativo, no en el del proceso penal y, aunque no siempre han encontrado eco en la práctica, establece una regla clara de invalidez de los actos realizados con infracción de derechos fundamentales. Sin embargo, esta tesis fue realizada en la séptima época [por lo que es previa a 1988] y por un tribunal de rango intermedio como son los Tribunales Colegiados de Circuito.

La jurisprudencia a que nos referimos señala que, en tanto que los derechos consignados a favor de los gobernados son irrenunciables, los actos de autoridad que se dicten en contravención a tales garantías no son convalidables bajo ningún supuesto. En este sentido, la misma tesis señala que si un acto administrativo fue dictado fuera de las atribuciones que han sido otorgadas a la autoridad emisora, esta viciado de incompetencia y es violatorio del artículo 16 constitucional por lo que no es posible que el vicio de incompetencia se subsane o convalide por el simple hecho de que la autoridad que resuelve el medio de defensa, sea también la competente para emitir el acto impugnado.

Esta jurisprudencia es respaldada por otra tesis que expresamente señala que si un acto o diligencia de la autoridad está viciado [en tanto carece de algún requisito legal para su realización] y, en consecuencia resulta inconstitucional, todos los actos derivados de él, o que se apoyen en él, o que en alguna forma estén condicionados por él, resultan también inconstitucionales por su origen, y los tribunales no deben darles valor legal.

Destaca la corrección teórica de los criterios señalados, lo que contrasta con su poca utilización en la práctica, de hecho, hasta la resolución de la solicitud de ejercicio de la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el denominado "caso Lydia Cacho" el tema de la prueba ilícita no ocupaba un lugar destacado en el debate jurídico mexicano ni fue común en la práctica su invocación expresa como motivo autónomo, sino que se encontraba incluida dentro de las alegaciones de violación a las garantías de legalidad jurídica.

Como se ha puesto de manifiesto el concepto de prueba ilícita no ha sido relevante en el proceso penal mixto tradicional vigente, sin embargo, es de preverse que en un corto espacio de tiempo adquiera mayor relevancia. En este sentido puede señalarse la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la decisión de no ejercicio de la facultad de investigación en el "caso Lydia Cacho", que implicó decisiones sobre el valor probatorio de intervenciones telefónicas sin autorización judicial.

Otra consecuencia de la falta de utilización del criterio de ilicitud probatoria es que no exista en México discusión sobre los límites o excepciones a este, puede señalarse a manera de ejemplo la ausencia de discusión en torno a la posible aplicación en el ordenamiento jurídico de la "teoría de los frutos del árbol envenenado".

En efecto, a pesar de que la jurisprudencia sobre los actos viciados incorpora plenamente la prohibición del aprovechamiento de los frutos del árbol envenenado [ya que señala que todos los actos derivados de estos, o que se apoyen en éstos, o "que en alguna forma estén condicionados por éstos, resultan también inconstitucionales por su origen, y los tribunales no deben darles valor legal"], en realidad, esta tesis jurisprudencial no ha recogida en la práctica del proceso penal en México.

De hecho, si se considera que la jurisprudencia reseñada es de 1975 y originada en el ámbito del proceso administrativo y que a la fecha no existe jurisprudencia sobre esta cuestión en materia penal, puede afirmarse que la teoría de los frutos del árbol envenenado no tiene aplicación en la práctica mexicana.

De esta forma, con una práctica con poca o nula aplicación del concepto hemos llegado a la circunstancia actual en la que se propone la inclusión de una regla general que determine la nulidad radical de todo acto violatorio de garantías constitucionales. Frente a esta situación nos parece que, en la regulación y aplicación de esta fracción IX que comentamos, debe prevalecer el sentido común y el buen juicio, y establecer con claridad límites a la aplicación de esta regla de exclusión.

Al respecto, frente a la aplicación del concepto de exclusión de la prueba, debemos tener presentes que las reglas de la nulidad jurídica tienen límites. Así pues, la nulidad radical de un acto no implica en todo caso la nulidad de cuanto sea consiguiente a dicho acto. En este sentido, la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél, ni la de aquellos cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

En este sentido, siguiendo a De la Oliva,⁴⁸ debe considerarse que son varios los derechos fundamentales cuya violación no genera nulidad radical de las actuaciones realizadas no ya después, sino con infracción de dichos derechos. Así, ha sido reconocido en otros sistemas jurídicos como por ejemplo, en el ámbito del derecho español y conforme a jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. En efecto, puede señalarse que dentro de algunos supuestos el logro de los fines de un proceso –y, sobre todo, de un proceso penal– ha de prevalecer sobre ciertos derechos fundamentales.

De hecho, se reflexiona sobre este tema, este es la *ratio* que lleva a establecer dentro de un sistema jurídico que sea legítimo autorizar actuaciones que afectan a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones y al derecho a la intimidad, así como las resoluciones que decretan medidas cautelares privativas de la libertad.

En consecuencia, descubrimos una zona gris en la que no se puede *prima facie* rechazar de forma absoluta la prueba que vulnera derechos fundamentales, sino que su invalidez dependerá de la satisfacción de un conjunto de elementos a los que por razones de seguridad jurídica conviene discutir y definir desde este momento.

Así pues los límites a la vigencia de la regla de exclusión probatoria se constituye en una alternativa verdadera, que demanda una opción legislativa, se trata de escoger entre atribuir valor probatorio a los resultados de ciertas conductas o añadir un elemento disuasorio más a estas (conviene recordar que muchas de las conductas de obtención de la prueba ilícita también se encuentran tipificadas como delitos).

En el caso de procesos penales o que entrañan predominantemente un fuerte interés público, la satisfacción de ese legítimo interés constituye una justificación superior para admitir instrumentos de prueba. La justificación es indudablemente menor si en el proceso sólo se pretenden tutelar bienes jurídicos de sujetos jurídicos determinados.

11. La vigencia de los principios generales del proceso penal en la etapa de investigación

La fracción X y última del apartado A del artículo 20 Constitucional señala que "los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio." Esta

⁴⁸ Véase De la Oliva Santos, Andrés, "Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas" en *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*, México, UNAM, 2006, p. 189 en adelante.

es una regla que se mantiene del texto anterior del mismo artículo. Aunque a primera vista su importancia puede que no sea evidente, en nuestra opinión, resultará de la mayor trascendencia.

En efecto, como se ha señalado, muchos de los problemas del actual proceso penal mixto mexicano radican en las primeras etapas de su tramitación: en la averiguación previa y en la preinstrucción. Por esta razón, la regla que busca establecer la vigencia efectiva de los principios generales del proceso en las audiencias de las etapas de investigación e intermedia, puede transformar la práctica del proceso penal. En este sentido, esta fracción representa un elemento que aporta a la vigencia efectiva, y no simplemente formal o simulada, de los principios de contradicción, igualdad procesal, inmediación y publicidad.

Por otra parte, existe otra consecuencia no evidente de esta fracción: define que toda actuación jurisdiccional en la etapa de investigación o inicial, será parte del proceso. Con esto se puede poner fin a uno de los debates más enconados en la doctrina mexicana: el momento del inicio del proceso. Actualmente la etapa de investigación o averiguación previa se considera que o forma parte del proceso penal y los sectores más conservadores de la doctrina mexicana abogan por trasladar esta situación al nuevo modelo y buscan excluir las primeras audiencias del proceso. De la redacción de esta fracción X se puede afirmar que en el nuevo sistema de justicia penal, por lo menos, el proceso penal iniciará con la primera audiencia o actuación judicial, que en muchos de los casos puede no ser la audiencia de vinculación a proceso sino, por ejemplo, una audiencia de control de la decisión del ministerio público de archivar una causa.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Acción de inconstitucionalidad 26/2009. Sentencia de 3 de julio de 2012, México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/Detalle-Pub.aspx?AsuntoID=105821>> (27 de junio de 2013)
- Tesis 1a. X/2012 (10a.), DELITOS O CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. SU CONCEPTO PARA EFECTOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA QUE LOS INVESTIGA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro V, febrero de 2012, t. 1, p. 650. Reg. IUS. 2000209.
- Tesis 1a. CCXLIX/2011 (9a.), SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. SE SUSTENTA EN EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro VI, marzo de 2012, tomo1, p. 292. Reg. IUS. 160184.
- Tesis CCL/2011 (9a.), SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN CON LA INSTITUCIÓN DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro VI, marzo de 2012, t.1, p. 290. Reg. IUS. 160186.
- Tesis 1a. LIII/2006, REPARACIÓN DEL DAÑO. ES UNA SANCIÓN PECUNIARIA AUTÓNOMA CUYA PREVISIÓN CUMPLE CON LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXIII, marzo de 2006, p. 209. Reg. IUS. 175458.
- Tesis P. XXXV/2002, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XVI, agosto de 2002, p.14. Reg. IUS 186185.
- Tesis 1a./J. 64/2011 (9a.), ORDEN DE APREHENSIÓN O AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE DISTRITO PARA RESOLVER SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD NO ADMITIRÁ NI TOMARÁ EN CONSIDERACIÓN DATOS QUE NO SE HUBIESEN TOMADO EN CUENTA POR EL JUEZ DE GARANTÍA PARA SU EMISIÓN (LEGISLACIÓN DEL

ESTADO DE CHIHUAHUA). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro I, octubre de 2011, tomo 2, p. 993. Reg. IUS. 160812.

2. Internacionales

- TEDH. Castillo Algar vs. España. Sentencia de 28 de octubre de 1998, App. No. 28194/95.
- TEDH. Incal vs. Turquía. Sentencia de 9 junio 1998. App. No. 22678/93.
- TEDH. Hauschildt vs. Dinamarca. Sentencia de 24 mayo 1989. App. No. 10486/83.