

# TESIS DOCTORAL

## La reforma procesal penal federal en México

Presentada por:

Lcdo. Eskáandar Gánem Hernández

Dirigida por:

Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer

Catedrático de Derecho Procesal



**La reforma procesal penal federal  
en México**

Lcdo. **Eskáandar Gánem Hernández**

Área de Derecho Procesal  
Departamento de Derecho Público  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas  
Universidad Jaume I de Castellón



**La reforma procesal penal federal  
en México**



El Doctorando, adscrito al Área de Derecho Procesal del Departamento de Derecho Público de la Universidad Jaume I, ha contado para la realización de la presente Tesis Doctoral con la ayuda de dos becas. La primera, una Beca de Investigación Predoctoral para la Formación de Personal Investigador del **Ministerio de Educación y Cultura** de España, antes Ministerio de Ciencia y Tecnología, entre los años 2003 a 2007. La segunda, una Ayuda de continuidad para el perfeccionamiento de investigadores para el año de 2007 por la **Universidad Jaume I de Castellón**. Durante la elaboración de la tesis se han realizado tres estancias de investigación en el extranjero, disfrutadas gracias a la ayuda complementaria otorgada por el Ministerio de Educación y Cultura, todas cumplidas en el **Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung de la Juristische Fakultät, Albert-Ludwigs Universität, de Freiburg im Breisgau, Alemania**, dirigido por el **Prof. Dr. Walter Perron**, en fechas de 1º de agosto de 2004 a 30 de septiembre de 2004 la primera, del 1º de marzo de 2005 a 31 de agosto de 2005 la segunda, y, finalmente del 1º de octubre de 2006 a 30 de noviembre de 2006.





## ÍNDICE SISTEMÁTICO



TABLA DE ABREVIATURAS .....	17
INTRODUCCIÓN .....	23

**Parte I**  
**ESTADO DE DERECHO Y PODER JUDICIAL EN MÉXICO**

I. MÉXICO COMO ESTADO DE DERECHO .....	35
A) Rasgos y características generales de la Constitución mexicana de 1917 .....	36
1. La supremacía de la Constitución .....	38
2. La inviolabilidad de la Constitución .....	41
B) Contenido de la Constitución mexicana de 1917 .....	42
1. La división de los Poderes Públicos .....	43
2. La independencia del Poder Judicial mexicano .....	47
II. LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL EN MÉXICO .....	52
A) La estructura federal .....	53
1. La Suprema Corte de Justicia de la Nación .....	54
2. El Tribunal Electoral .....	58
3. Los Tribunales Colegiados de Circuito .....	60
4. Los Tribunales Unitarios de Circuito .....	62
5. Los Juzgados de Distrito .....	63
6. El Jurado Federal de Ciudadanos .....	66
B) La estructura local .....	68
1. Tribunal Superior de Justicia .....	68
2. Juzgados .....	69
C) El gobierno del Poder Judicial .....	69
D) El acceso a la carrera judicial y su estatuto .....	71

**Parte II**  
**BASES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL PROCESO PENAL VIGENTE**  
**EN MÉXICO**

I. PRINCIPIOS PROCESALES PENALES .....	83
A) Principios con relación a las partes .....	85
1. Principio de dualidad de posiciones .....	85
2. Principio de contradicción o audiencia .....	87
3. Principio de igualdad procesal .....	89
B) Principios que hacen referencia al órgano jurisdiccional ..	91

1. Principio de unidad jurisdiccional .....	92
2. Principio de exclusividad .....	95
3. Principio de independencia judicial .....	99
4. Principio de responsabilidad judicial .....	101
5. Principio de Juez Legal .....	106
<b>C) Principios que hacen referencia a la acción .....</b>	<b>110</b>
1. Derecho de libre acceso a los Tribunales .....	112
2. Derecho a obtener una sentencia de fondo fundada en derecho, motivada y congruente .....	113
3. Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales .....	115
4. La justicia gratuita .....	117
<b>D) Principios que hacen referencia al proceso penal .....</b>	<b>123</b>
1. Principio del debido proceso en México .....	123
2. Principio de legalidad .....	126
3. Principio de necesidad y de los que de él se derivan	132
a) Principio de oficialidad.....	133
b) Principio de investigación oficial.....	135
c) Principio de control de oficio de los presupuestos procesales.....	136
d) Principio de impulso procesal de oficio.....	137
e) Principio de libre valoración de la prueba.....	139
4. Principio de presunción de inocencia .....	141
5. Principio de prohibición de la duplicidad de sanciones .....	143
<b>II. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.....</b>	<b>145</b>
<b>A) Oralidad y escritura .....</b>	<b>145</b>
<b>B) La oralidad y principios consecuencia .....</b>	<b>146</b>
1. Inmediación .....	149
2. Concentración .....	151
3. Publicidad .....	153

### **Parte III**

## **SÍNTESIS DEL VIGENTE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL FEDERAL MEXICANO**

<b>I. INVESTIGACIÓN DEL DELITO.....</b>	<b>161</b>
<b>A) A cargo del Ministerio Público y de la policía.....</b>	<b>165</b>
1. Procedimiento de averiguación previa.....	165
a) Fundamento de la averiguación .....	166
b) Naturaleza de la averiguación previa .....	168
2. Objeto de la averiguación previa.....	170
3. Actos de investigación.....	175
4. Resultados posibles del procedimiento de averiguación previa .....	180

*La reforma procesal penal federal en México*

a) Archivo .....	180
b) Reserva .....	184
c) Promoción de la acción penal .....	185
5. Valor procesal de las diligencias de averiguación previa .....	186
6. Procedimiento para instar el ejercicio de la acción penal .....	189
<b>B) A cargo del Juez.....</b>	<b>192</b>
1. La instrucción.....	192
a) La instrucción para delitos graves .....	197
b) La instrucción para delitos no graves .....	199
2. Generalidades sobre la instrucción.....	199
a) La declaración preparatoria del inculpado .....	201
b) Auto de formal prisión .....	204
c) Auto de sujeción a proceso .....	207
d) Auto de libertad por falta de elementos para procesar.....	207
3. Diligencias de investigación.....	208
a) Confesión .....	210
b) Prueba de inspección .....	212
c) Prueba pericial .....	213
d) Prueba testifical .....	216
e) Confrontación .....	218
f) Careos .....	220
g) Prueba documental .....	222
h) Valor jurídico de la prueba .....	222
<b>II. EL JUICIO.....</b>	<b>224</b>
<b>A) Preparación.....</b>	<b>229</b>
<b>B) Prueba.....</b>	<b>231</b>
<b>C) Sentencia.....</b>	<b>234</b>
<b>III. LOS DISTINTOS TIPOS PROCEDIMENTALES.....</b>	<b>235</b>
<b>A) El procedimiento ordinario.....</b>	<b>235</b>
<b>B) Procedimiento sumario.....</b>	<b>237</b>
<b>C) Los procedimientos especiales.....</b>	<b>238</b>
1. Procedimiento ante el Jurado Popular.....	238
2. Procedimientos especiales para incapacitados menta- les, menores, y para los que tienen el hábito de con- sumir estupefacientes o psicotrópicos .....	242
3. El llamado Juicio Político.....	244
4. El enjuiciamiento militar.....	247
<b>IV. LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN.....</b>	<b>248</b>

A) La revocación.....	249
B) La apelación.....	250
C) La denegada apelación.....	253
D) La queja.....	253
E) La casación.....	254
V. LA EJECUCIÓN FORZOSA.....	255
VI. CRISIS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN MÉXICO Y LA NECESIDAD DE REFORMA DEL PROCESO PENAL. JUSTIFICACIÓN.....	256
A) La crisis crónica de la administración de justicia.....	256
B) Crítica del vigente sistema de enjuiciamiento adoptado en México.....	264
1. Elementos constitucionales.....	265
2. Principios jurídicos.....	266
3. Procedimiento penal.....	267
C) La situación de México en el contexto de las reformas legales en América Latina.....	271
1. Las reformas de América Latina.....	271
2. Perspectiva de futuro.....	275

**Parte IV**

**EL SISTEMA ACUSATORIO, EJE DE UN NUEVO  
PROCESO PENAL FEDERAL MEXICANO**

I. SISTEMA ACUSATORIO, PROCESO PENAL ACUSATORIO Y PRINCIPIO ACUSATORIO.....	281
A) Precisiones conceptuales.....	286
B) Sobre los sistemas de enjuiciamiento criminal. Breves an- tecedentes históricos y características generales.....	291
1. Acusatorio.....	292
2. Inquisitivo.....	294
3. Mixto.....	295
II. EL PRINCIPIO ACUSATORIO REFLEJADO EN LOS SISTEMAS ACUSATORIOS DE ESPAÑA, ALEMANIA Y ESTADOS UNIDOS.....	298
A) España.....	301
1. Distinción entre la instrucción y el juicio.....	303
2. No hay juicio oral sin la debida acusación.....	307

3.	La práctica efectiva de la prueba.....	310
4.	La "tesis de desvinculación" del órgano jurisdiccional .....	313
5.	Estructura del proceso penal español.....	316
a)	La fase de instrucción .....	317
b)	La fase intermedia .....	320
c)	Juicio oral y público .....	322
6.	Principios de oralidad, publicidad e inmediación como rectores del acto del juicio oral .....	323
<b>B)</b>	<b>Alemania.....</b>	<b>325</b>
1.	Principios del Derecho Procesal Penal alemán.....	327
a)	El principio acusatorio .....	328
b)	El principio de legalidad .....	329
c)	Los principios sobre la prueba .....	331
d)	Los principios de oralidad, intermediación y publicidad.....	333
2.	La fase de averiguación.....	334
3.	La fase intermedia.....	337
4.	La fase principal.....	338
<b>C)</b>	<b>Estados Unidos de Norteamérica.....</b>	<b>339</b>
1.	Incidencia de la Constitución en el proceso penal...	341
2.	El sistema acusatorio norteamericano.....	345
3.	Actos procedimentales relevantes.....	348
a)	La investigación ( <i>Investigation</i> ) .....	349
b)	La detención ( <i>Arrest</i> ) .....	349
c)	Primera comparecencia del acusado ( <i>First Apperance</i> ).....	351
d)	El derecho a la audiencia preliminar ( <i>Preliminary hearing</i> o <i>Preliminary examination</i> ) .....	351
e)	Audiencia ante el Gran Jurado ( <i>Grand Jury</i> ) .....	353
f)	Declaración del acusado frente a la acusación ( <i>Arraignment</i> ).....	355
g)	Preparación del juicio oral .....	355
h)	El juicio oral .....	357
4.	La negociación como característica del sistema Norteamericano .....	359
<b>III.</b>	<b>EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES EN LA CONFIGURACIÓN DE UN NUEVO PROCESO PENAL FEDERAL EN MÉXICO...</b>	<b>362</b>
<b>A)</b>	<b>Concepto básico del principio acusatorio en la actualidad</b>	<b>363</b>
1.	No hay proceso sin la debida acusación previa, formulada por persona distinta de quien ha de juzgar	367
2.	No cabe condena por hechos distintos de los reflejados en la acusación, ni a persona distinta de la acusada .....	371
3.	La imparcialidad del juzgador.....	377

<b>B)</b> La adopción en el modelo de enjuiciamiento de otros principios del proceso penal relacionados con el principio acusatorio .....	383
<b>1.</b> Principio de legalidad.....	384
<b>2.</b> Principio de necesidad.....	390
<b>3.</b> Principio de oficialidad en la persecución penal....	395
<b>4.</b> Principio de contradicción o audiencia.....	400
<b>IV.</b> CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO EN UN NUEVO SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN MÉXICO.....	404
<b>A)</b> La investigación del delito.....	413
<b>1.</b> La averiguación previa por la policía.....	415
<b>2.</b> El papel del Ministerio Público.....	422
<b>3.</b> La instrucción por órgano judicial.....	430
<b>a)</b> El equilibrio de las armas procesales .....	438
<b>b)</b> Los actos de instrucción .....	442
<b>c)</b> Medidas precautorias o actos aseguratorios .....	447
<b>4.</b> El ejercicio de la acción penal.....	461
<b>B)</b> La fase intermedia.....	465
<b>1.</b> La valoración sobre la acusación.....	471
<b>2.</b> El sobreseimiento.....	475
<b>C)</b> El proceso principal con juicio oral y público.....	479
<b>1.</b> La acusación.....	482
<b>2.</b> La defensa.....	487
<b>3.</b> El procedimiento probatorio.....	498
<b>4.</b> La audiencia o vista oral y sus características generales .....	507
<b>a)</b> La oralidad en las sesiones .....	510
<b>b)</b> La publicidad de las sesiones .....	518
<b>c)</b> Las características generales del acto de la vista oral.....	525
<b>CONCLUSIONES</b> .....	533
<b>TESIS</b> .....	543
<b>ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO</b> .....	547



## **TABLA DE ABREVIATURAS**



*La reforma procesal penal federal en México*

<b>AA.VV.</b>	Varios autores
<b>apdo.</b>	apartado
<b>apdos.</b>	apartados
<b>art.</b>	artículo
<b>arts.</b>	artículos
<b>BGBI</b>	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Boletín Federal)
<b>BGH</b>	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo Federal)
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado español
<b>CADH</b>	Convención Americana sobre Derechos Humanos
<b>CE</b>	Constitución española publicada en BOE núm. 311-1 de 29 de diciembre de 1978.
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo de Derechos Humanos
<b>CFPP</b>	Código Federal de Procedimientos Penales
<b>cfr.</b>	confróntese
<b>CJF</b>	Consejo de la Judicatura Federal
<b>CJMil</b>	Código de Justicia Militar de México
<b>CM</b>	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917
<b>CP</b>	Código Penal de España
<b>CPC</b>	Código de Procedimiento Civil
<b>CPF</b>	Código Penal Federal
<b>D.F.</b>	Distrito Federal
<b>DOF</b>	Diario Oficial de la Federación
<b>Ed.</b>	Editorial
<b>ed.</b>	edición
<b>EMRK</b>	<i>Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten</i> (Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950)

<b>etc.</b>	etcétera
<b>FD</b>	Fundamento de Derecho
<b>FJ</b>	Fundamento Jurídico
<b>GG</b>	<i>Grundgesetz</i> alemana de 23 de mayo de 1949
<b>GVG</b>	<i>Gerichtverfassungsgesetz</i> alemana de 1866
<b>LECrim</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial español de 1985
<b>LOPJF</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
<b>LOTJ</b>	Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia
<b>MP / MF</b>	Ministerio Público / Ministerio Fiscal
<b>op.cit.</b>	obra citada
<b>pág.</b>	página
<b>págs.</b>	páginas
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
<b>RA</b>	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>Rev.</b>	Revista
<b>RJ</b>	Repertorio de Jurisprudencia
<b>RTC</b>	Repertorio del Tribunal Constitucional
<b>S TC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional español
<b>S.J.F.</b>	Semanario Judicial de la Federación
<b>SCJN</b>	Suprema Corte de Justicia de la Nación
<b>SS TC</b>	Sentencias del Tribunal Constitucional español
<b>SS TEDH</b>	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>ss.</b>	siguientes
<b>StPO</b>	<i>Strafprozeßordnung</i> alemana de 1877

<b>t.</b>	tomo
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional español
<b>TCC</b>	Tribunal Colegiado de Circuito
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>trad.</b>	traducción
<b>TS</b>	Tribunal Supremo español
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia español
<b>TUC</b>	Tribunal Unitario de Circuito
<b>v.</b>	<i>versus</i>
<b>v.gr.</b>	<i>verbi gratia</i>
<b>vid.</b>	Ver, véase
<b>vol.</b>	Volúmen



# INTRODUCCIÓN





Esta tesis tiene como una de sus finalidades principales denunciar de manera fundada jurídicamente que en México la procuración e impartición de justicia, así como el sistema de seguridad pública relacionado con el delito, no han dado los resultados que la sociedad mexicana espera de ellos. La legislación procesal penal federal se encuentra en el centro de las críticas internacionales y nacionales, que resaltan en cada oportunidad los problemas que le aquejan. Todo esto ha generado principalmente el descrédito de las instituciones por la ineficacia en el actuar de las autoridades, que se traduce en inseguridad pública y en una gran impunidad.

En México ya son bastante conocidos los pronunciamientos de las diferentes Oficinas de la ONU, elaborados a petición del Poder Ejecutivo, emitidos en diversos diagnósticos sobre el estado que guarda la justicia penal en nuestro país. Entre las observaciones realizadas por tal organismo, es destacable a los efectos de esta tesis doctoral la que señala la ausencia de un modelo acusatorio en nuestra ley procesal federal, en el que imperen principios jurídicos como los de contradicción, oralidad, inmediación, concentración, publicidad y economía procesal. Entre otros señalamientos, también es importante resaltar el que se refiere a la falta de profesionalización de los defensores penales y a la ausencia de plena autonomía del Ministerio Público de la Federación.

Aunado a lo anterior, en el entorno de América Latina se constata la evolución de los sistemas procesales penales, que están influenciados por la que acontece en Europa y en los Estados Unidos, en los que cada vez es más evidente el giro hacia el modelo acusatorio con la intención firme de abandonar procesos penales de tipo inquisitivo. México no está completamente inmerso en esa corriente reformadora de los procesos penales, a pesar de no contar con un enjuiciamiento cri-

minal acusatorio y de tener gran tradición jurídica en el entorno latinoamericano.

El panorama general presentado es motivo impulsor del objeto de esta tesis, es decir, estudiar el vigente modelo procesal penal comparativamente con los modelos jurídicamente más avanzados para obtener mayores respuestas para nuestros problemas. Sabemos bien que España es un referente histórico para América Latina y que México tiene fuertes lazos culturales, aparte de una importante herencia jurídica invaluable. Por tanto, elegir España como lugar para desarrollar una investigación doctoral sería entendible y suficiente desde ese punto de vista.

Además, es importante señalar que España cuenta con gran actividad jurídica doctrinal y jurisprudencial, lo que ha permitido su evolución legislativa en el entorno europeo continental, partiendo de un modelo de enjuiciamiento de tipo acusatorio formal o mixto, con características que lo destacan entre los demás existentes en Europa, que también le hacen bastante distinto del modelo norteamericano, y que se adecúa con las importantes garantías consagradas y garantizadas por el Estado español para los ciudadanos. Esta circunstancia es para nosotros científicamente muy atrayente, además de estar convencidos de las ventajas de formarse académicamente en el estudio científico, serio y crítico, aparte de comparativo, que impera en la universidad española.

Pero volviendo al entorno mexicano, los legisladores y estudiosos del derecho no son totalmente indiferentes. La necesidad de mejorar nuestro sistema de justicia ha generado algunas reformas en los estados de la república, pero el sistema federal no muestra suficiente impulso de transformarse, aunque algún intento se ha suscitado. El 29 de marzo de 2004

se presenta por el Poder Ejecutivo, entonces presidido por D. Vicente Fox Quesada del Partido Acción Nacional, a la Cámara del Senado un proyecto integral de reforma constitucional en materia penal (abreviado en adelante como "proyecto Fox"), con el deseo de llevar a cabo una profunda revisión de nuestros sistemas, a efecto de dar respuesta rápida y eficiente a los reclamos sociales de lograr una justicia pronta y expedita, en un marco de respeto irrestricto a los derechos humanos tanto de aquellas personas a las que se les imputa un delito, como de las víctimas u ofendidos de los mismos.

Este proyecto oficial, que consideramos en varias ocasiones a lo largo de la tesis, constituye el intento más serio de reformar de manera integral el sistema de administración de justicia que impera en México, aunque no ha llegado a su tramitación final. Pero no fue la única propuesta generada tras las consultas lanzadas por diversas instituciones, entre ellas la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación en fechas 27 de agosto de 2003 hasta el 31 de agosto de 2004, a la comunidad de estudiosos, profesionales y público en general que obtuvo como resultado también una propuesta de reformas. Al parecer, ninguna de ellas ha sido considerada en plenitud que sepamos, y con el cambio de gobierno, hasta el momento, con el Ejecutivo a cargo del Lic. D. Felipe de Jesús Calderón Hinojosa sólo se han adoptado reformas parciales.

No obstante, existe creciente inquietud de modificar sustancialmente las leyes a efecto de superar los problemas actuales. Uno de los aspectos que se ha mantenido en la agenda política en el Congreso de la Unión, a pesar de la lentitud de reacción al cambio por parte del legislativo federal mexicano, es la adopción de juicios orales, tal y como se percibe de sendas iniciativas presentadas en marzo y abril de 2007 por grupos de trabajo representados por los diputados

César Camacho y Layda Sansores respectivamente. Uno de los objetivos que se persigue, en la última iniciativa citada, al adoptar reformas de tipo acusatorio -se dice- es alcanzar de manera más ágil todas las medidas recomendadas por la Convención Internacional para la lucha contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como Convención de Palermo.

Por esa razón, entre otras, resulta importante abordar las posibilidades de cambio de nuestro sistema procesal penal, a fin de alcanzar las cotas necesarias de justicia y transparencia en la administración de justicia, incorporando en nuestras leyes un esquema verdaderamente acusatorio, sin apellidos, con efectivos juicios orales celebrados en audiencias públicas, para devolver el respeto al derecho por parte de las propias autoridades y la confianza de la sociedad hacia nuestro sistema de justicia.

Por ello, hemos partido de un estudio del estado actual del proceso penal en México, tratando de resaltar sus problemas y errores, así como del estudio comparado del modelo acusatorio que se manifiesta querer seguir, considerando importantes modelos jurídicos europeos, que por cuestión de tiempo nos limitamos tan sólo a España y Alemania, pero que en una futura revisión debe incluir al interesante sistema italiano. Por supuesto, también consideramos el modelo norteamericano, como no podía ser distinto, al ser el paradigma tradicional de lo que se conoce como "sistema adversarial". Tampoco olvidamos afrontar la importante comparación, ahí donde cabe, con el proyecto de reforma de 29 de marzo de 2004 ya citado, por ser el intento más serio realizado en México hasta la fecha para implementar de forma integral un modelo acusatorio de enjuiciamiento criminal. Y, por último, desde nuestra convicción, manifestamos una propuesta orientadora de mejora para

un futuro modelo de enjuiciamiento, que apuntamos desde ahora que ya es bastante distinta del vigente modelo, y que creemos firmemente sería el más adecuado para proteger mejor los derechos de los ciudadanos, hacer efectivas las garantías y alcanzar los propósitos de justicia proyectados por la CM en nuestro Estado democrático de Derecho.

La presente tesis doctoral contiene en general una propuesta de reforma hacia un modelo acusatorio, que supere definitivamente el modelo inquisitivo vigente en México, y consta de cuatro grandes partes:

a) Una primera, en la que se presenta el marco legal constitucional del Estado de derecho mexicano que es crisol del concepto de jurisdicción, sentando las bases de su organización jurídica para continuar con la estructura organizativa del Poder Judicial en México, su gobierno y acceso a la carrera judicial como medio para integrarse en el mismo.

Esta parte sirve de introducción y acercamiento al sistema jurídico mexicano, en la que pretendemos mostrar que el Estado de derecho mexicano sólo lo es desde un punto de vista formal, y señalar los atentados que recibe en su independencia el Poder Judicial que trascienden al esquema del proceso penal mismo. Así como en la división de poderes prevista por la Constitución mexicana predomina el poder ejecutivo, en el procedimiento penal federal el Ministerio Público, que depende del Poder Ejecutivo, tiene facultades cuasi-jurisdiccionales en la investigación criminal con respecto del juez.

b) Una segunda, en la que hacemos referencia a los principios procesales y lineamientos que se encuentran consagrados en el marco jurídico mexicano, que deben ser combinados con el principio acusatorio a fin de configurar un modelo de enjuiciamiento criminal.

No obstante las primeras críticas vertidas en esta introducción sobre el sistema jurídico mexicano, hay de inicio consagrados principios procesales importantes en la Constitución y leyes ordinarias que no deben olvidarse, sino potenciarse para la implementación de un nuevo proceso penal acusatorio. En el vigente proceso penal mexicano no se respetan principios comunes, v.gr. la contradicción, la igualdad procesal y la presunción de inocencia, lo que genera que cualquier reforma parcial que se pretenda no modifique el tinte inquisitivo que envuelve al sistema, algo que pretende al menos el proyecto Fox. Por eso, es importante abordar el estudio de los principios jurídicos existentes en nuestro ordenamiento, repasando su contenido y mostrando sus alcances actuales.

c) Una tercera, que con base en la conformación del vigente proceso penal, se presentan sus desaciertos, a nuestro juicio, a fin de señalar los grandes problemas que le impiden ser considerado como un verdadero proceso penal, garante de los derechos y principios jurídicos consagrados por la Constitución mexicana y tratados internacionales signados por México.

Este apartado resulta ser pieza fundamental con la que pretendemos mostrar el atraso jurídico en que está inmerso nuestro país, en que la impartición de justicia camina por sendas de inquisición. Por eso, este apartado es principal justificación de la propuesta de reforma total del modelo inquisitivo hacia uno nuevo nutrido de virtudes de otros modelos, en especial el español; y por último,

d) Una cuarta parte, motivo fundamental de todas las demás que sirven de preparación, que se forma con lo que creemos debe influir decisivamente sobre una nueva concepción del enjuiciamiento criminal en México, en que exponemos y delimitamos, con base al conocimiento adquirido, el principio acusatorio como eje fundamental de una futura reforma que promovemos y que pretendemos asiente en nuestro medio jurídico definitivamente el juicio oral, contradictorio y público, como

*La reforma procesal penal federal en México*

instrumento único de la actividad jurisdiccional por parte de los órganos del Estado que son los tribunales y juzgados.

Procederemos a abordar en las siguientes páginas los asuntos planteados en esta materia.





**Parte I**

**ESTADO DE DERECHO Y PODER JUDICIAL EN  
MÉXICO**



## **I. MÉXICO COMO ESTADO DE DERECHO**

La CM<sup>1</sup> determina las bases jurídicas imperantes de la convivencia de la sociedad dentro del territorio nacional, tanto en el orden político, como social y económico. El reconocimiento de derechos a sus habitantes, y de obligaciones exigibles a las autoridades, están consagrados en su texto, contemplando también los mecanismos vinculados para preservarlos.

El Estado social mexicano se articula en una democracia, representativa y federal. El Poder político se encuentra organizado en poderes públicos que se pretende sean independientes entre sí, denominados Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo, con lo cual se intenta garantizar de la mejor manera el ejercicio responsable de ese poder de cara a la sociedad. El derecho está llamado a ocupar un sitio importante para preservar el equilibrio en las relaciones políticas, económicas y sociales.

Los rasgos generales de la CM dan origen a la diferenciación de los ámbitos jurídicos existentes en la república mexicana. Entre los tres poderes reconocidos, el Poder Judicial y su estructura está emplazado a servir de contrapeso responsable de la actividad de los demás poderes, además de ser el poder encargado de aplicar y hacer respetar, por medio de los tribunales, las leyes que rigen el estado de derecho.

Presentar de forma general el contenido de la CM, como la piedra angular del sistema jurídico, la estructura orgánica del Poder Judicial, en cuanto que es característica de un sistema político federal, nos permitirá conocer mejor el ám-

---

<sup>1</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF de 5 de febrero de 1917.

bito en el cual se dan principios jurídicos que inciden en el proceso, la configuración del mismo y sus carencias al momento de enjuiciar hechos criminales como paso previo y necesario para imponer la sanción penal a la que el Estado está obligado.

Nuestro objetivo final es, una vez manifiestos los problemas jurídicos que justifiquen un cambio, presentar la alternativa de un nuevo enjuiciamiento criminal, mejor estructurado y acorde con las garantías consagradas en la CM, todo ello dentro de un concepto moderno de principio acusatorio que incide en el ámbito procesal penal.

#### **A) Rasgos y características generales de la Constitución mexicana de 1917**

La CM fue ordenada para su publicación y vigencia el primero de mayo de 1917.<sup>2</sup> La carta magna instituye una república representativa, democrática y federal,<sup>3</sup> compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación.<sup>4</sup> Cada estado miembro tiene su propia Constitución, subordinada siempre a

---

<sup>2</sup> La organización política y jurídica de la Nueva España estuvo vinculada a normas expedidas en la España peninsular. Durante el inicio de vida independiente en México se dan períodos de intranquilidad jurídica que culminan con la promulgación de la Constitución de 5 de febrero de 1917, producto del poder constituyente reunido en Querétaro. Vid. FLORIS MARGADANT, G., Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Ed. Esfinge, 9ª ed., Estado de México 1990, págs. 130 a 138. También GUTIÉRREZ ARAGÓN / RAMOS VERÁSTEGUI, Esquema fundamental del Derecho Mexicano, Ed. Porrúa, 12ª ed., México 1997, págs. 73 a 76; y, SÁNCHEZ BRINGAS, E., Derecho Constitucional, Ed. Porrúa, 6ª ed., México 2001, págs. 80 a 104, entre otros.

<sup>3</sup> En la actualidad, esta forma de gobierno sigue rigiendo en México, caracterizándose por una jefatura temporal del Estado (6 años), renovada de forma periódica por elección popular, por tanto la jefatura del Estado (y de gobierno) no es vitalicia. Vid. TENA RAMÍREZ, F., Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Porrúa, 23ª ed., México 1989, pág. 88.

<sup>4</sup> Lineamientos constitucionales básicos que rigen en México, de acuerdo a los arts. 39, 40 y 41 de la CM.

la CM y, por ello, frente a las autoridades de ámbito federal invariablemente existirán otras autoridades soberanas homólogas que conforman el ámbito local.<sup>5</sup> En México se reconocen y funcionan principalmente dos ámbitos jurídicos delimitados, el federal y el estatal o local.<sup>6</sup>

México se configura como un Estado Democrático de Derecho, delimitado por el reconocimiento de una serie de derechos del individuo que son garantizados y protegidos por mecanismos de defensa jurídica. "Los gobernantes (órganos del Estado, autoridades y sus agentes) solamente pueden hacer lo que las normas les permitan y los gobernados pueden realizar todo lo que las normas no les prohíban".<sup>7</sup> Eso constriñe a toda autoridad, al momento de individualizar normas generales, que requiera fundar sus actos de forma directa en las leyes vigentes. La substancial garantía de legalidad jurídica, que informa al proceso penal, se plasma en los importantes arts. 16 y 128 de la CM que dan amplia cobertura jurídica.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Gran relación mantiene con esta idea la distribución de competencias entre la Federación y los Estados miembros. Los Poderes Federales, el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sólo pueden actuar dentro de las funciones asignadas expresamente por la ley. Las funciones que los poderes estatales puedan ejercitar serán las no otorgadas a la Federación. Así el art. 124 CM: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados". Lo que se designa por "autonomía" para los Estados federados mexicanos se entiende por competencias. Vid. TENA RAMÍREZ, F., Derecho Constitucional..., op. cit., pág. 131.

<sup>6</sup> En efecto, en nuestro país se pueden encontrar treinta y una constituciones locales, una para cada estado federado, y un D.F., sede de los Poderes de la Unión. Así, cada Constitución local prevé en sus artículos orgánicos la distribución, estructura y funcionamiento de los tres poderes, el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Puede consultarse al respecto la página Web: [www.ordenjuridico.gob.mx](http://www.ordenjuridico.gob.mx).

<sup>7</sup> Vid. SÁNCHEZ BRINGAS, E., Derecho Constitucional, op. cit., págs. 203 a 205.

<sup>8</sup> Dice el art. 16: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles, y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...". Dice el art. 128, en claro complemento: "Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su cargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen".

Por tanto, la autoridad judicial competente está obligada a motivar y fundamentar sus resoluciones en norma legal, y desarrollarla en un procedimiento judicial, tal como ha sido divulgado por criterio jurisprudencial en concordancia con el art. 16 CM.<sup>9</sup> No sin razón, la doctrina ha manifestado que el art. 16 de la CM es uno de los preceptos que imparten mayor protección a los gobernados, dado que gracias a su amplitud afecta a todo acto que pueda cernir la esfera jurídica de aquéllos.<sup>10</sup>

### **1. La supremacía de la Constitución**

El principio de supremacía constitucional está consagrado en el art. 133, reforzado por la jurisprudencia de la SCJN,<sup>11</sup> el cual expresa lo siguiente: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y

---

<sup>9</sup> Puede consultarse al respecto, en la base de datos jurisprudenciales de la SCJN, la sentencia dictada con Registro IUS: 185955. 9ª Época. Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVI, septiembre de 2002. Pág. 1,407. Rubro: PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA, TRATÁNDOSE DE LA PUNIBILIDAD ESTABLECIDA EN LA LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS. La referencia de registro es tomada desde la página Web oficial [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx) en su segmento de consultas del programa informático IUS, y se cita de acuerdo a los lineamientos mandados por el art. 196 de la Ley de Amparo, precepto que también indica el proceder de los órganos jurisdiccionales para verificar la existencia de los criterios. También plasmado en la legislación federal procesal penal en su art. 94.

<sup>10</sup> Vid. BURGOA ORIHUELA, I., Las Garantías individuales, Ed. Porrúa, 24ª ed., México 1992, págs. 589 y 601.

<sup>11</sup> Como se reitera y desprende de reciente jurisprudencia con Registro IUS: 190669. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XII, diciembre de 2000. Pág. 843. Rubro: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. CONFORME AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL LOS MEDIOS RELATIVOS DEBEN ESTABLECERSE EN LA PROPIA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y O EN UN ORDENAMIENTO INFERIOR.

tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados". En virtud de esto, las leyes locales han de revisarse cuidadosamente en ese sentido.<sup>12</sup>

De esta manera, no es sólo la CM la ley suprema, sino también las leyes y tratados que el Congreso de la Unión emita.<sup>13</sup> Sin embargo, del propio texto se extrae la superioridad de la CM sobre leyes federales y tratados, pues, para poder formar parte del cuerpo legal supremo, han de estar acordes a la misma. Se vislumbra así un "principio de subordinación" - característico del sistema norteamericano- de los actos legislativos respecto de la Constitución.<sup>14</sup>

El art. 133 citado define esferas normativas apeándose a la naturaleza federal del Estado mexicano. Siguiendo el texto, se puede manifestar que el rango normativo federal se traduce como primero en la CM, seguidamente las Leyes Federales y luego los Tratados Internacionales. En el orden local ha de distinguirse entre el ámbito de aplicación de los Estados y aquél relativo al D.F. Así, tenemos que el rango se compone de la Constitución local, leyes ordinarias, leyes reglamentarias, leyes municipales y normas jurídicas individualizadas (actos jurídicos, resoluciones administrativas, reso-

---

<sup>12</sup> Registro IUS: 181947. 9ª Época. Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XIX, marzo de 2004. Pág. 1,565. Rubro: INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY LOCAL. PROCEDE ESTUDIAR LOS AGRAVIOS RELATIVOS EN ACATAMIENTO AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN ENCOMENDADO A LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO.

<sup>13</sup> De inicio, el principio fundamental sobre el que descansa el régimen jurídico mexicano es la supremacía de la Constitución. Vid. DÁVALOS MORALES, J., Panorama del sistema legal mexicano, en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año XXV, núm. 74, mayo-agosto de 1992, pág. 487.

<sup>14</sup> Vid. TENA RAMÍREZ, F., Derecho Constitucional..., op. cit., pág. 18; también a CARPIZO, J., Derecho Constitucional, en SOBERANES / FIX-ZAMUDIO (compiladores), "El Derecho en México", Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1996, pág. 157 y 158.

luciones judiciales). No obstante, y de acuerdo a nueva tesis de la SCJN, el orden se ha reinterpretado situando a los Tratados en segundo sitio jerárquico, por encima de las leyes federales e inmediatamente debajo de la CM.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> El criterio jurisdiccional de rangos fue modificado sustancialmente por Tesis de la SCJN. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la CM es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la CM y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley fundamental, lo que claramente indica que sólo la CM es la Ley suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta SCJN considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano, inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del art. 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio art. 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del art. 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el art. 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la Tesis aislada Registro IUS: 205596. 8ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: Gaceta del S.J.F. T. 60, diciembre de 1992. Pág. 27. Rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA". Sin embargo, este ha considerado oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal. Así vid. Registro IUS: 192867. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. X, noviembre de 1999. Pág. 46. Rubro: TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.



Por tanto, la CM es estructura central fundamental a la que han de acomodarse todas las legislaciones ordinarias, por lo que ha de regir una concordancia legal en todo el cuerpo de leyes. La CM sólo podrá modificarse o "actualizarse" mediante el mecanismo que en ella misma se prevé.<sup>16</sup>

## **2. La inviolabilidad de la Constitución**

Una "violación de la CM" es en realidad su no aplicación, porque cuando se expide ley por el Congreso, o se firma tratado por el Poder Ejecutivo, o se realiza actuación por autoridad contraviniendo los principios constitucionales, lo que sucede en realidad es que no se aplicó en el sentido por ella demandado. La cualidad de inviolabilidad significa que existe la imposibilidad jurídica de desconocerla, que pueda ser alterada o sustituida por medios ilegales o por personas que no expresen legalmente la voluntad mayoritaria del pueblo.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Esta observación incide directamente en la imposibilidad del control difuso de la constitucionalidad de las normas generales, tal y como lo manifiesta la jurisprudencia en materia constitucional elaborada por el Pleno de la SCJN. Así, el texto expreso del art. 133 no es considerado, por el máximo Tribunal, como una fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos ni de sus propias actuaciones. Registro IUS: 193435. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. X, agosto de 1999. Pág. 5. Rubro: CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ART. 133 DE LA CONSTITUCIÓN. Por otro lado, el art. 135 dispone que para reformar o adicionar la Constitución, se necesita el voto de acuerdo de las dos terceras partes de los individuos presentes en el Congreso de la Unión, y que sean aprobadas por las legislaturas locales.

<sup>17</sup> Vid. BURGOA ORIHUELA, I., Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Porrúa, México 1973, pág. 446. Al respecto, el art. 136 dice: "Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aún cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieran expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta".

Lo que realmente interesa asentar para nuestra tesis es que los principios jurídicos legalmente establecidos, ante la dinámica jurídica permanente,<sup>18</sup> deben ser respetados por los tribunales, pues están obligados a ello por el imperio de la ley, por el respeto al derecho, no pudiendo desconocerlos ni dejar de aplicarlos. De igual forma, cualquier implementación jurídica en las leyes ordinarias han de corresponderse con el marco legal establecido por la CM, de lo contrario estaríamos ante una incongruencia de fundamentos y una posible inconstitucionalidad.

## **B) Contenido de la Constitución mexicana de 1917**

La CM contiene derechos mínimos llamados fundamentales, enumerados sin detrimento de existir otros. Estos derechos están sustraídos de la influencia invasora del Estado y se clasifican teóricamente en dos categorías: derechos del individuo aislado y derecho del individuo relacionado con otros individuos.<sup>19</sup> La CM les designa como "garantías individuales", pero en realidad -dice TENA RAMÍREZ, CASTRO y otros- deben clasificarse como los "derechos individuales" pues una cosa es un derecho y otra será su garantía que en México reside en gran parte en el llamado "juicio de amparo".<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> En el sistema de derecho escrito mexicano las modificaciones de las que es objeto la CM y las leyes, son producto de los mecanismos legales que pretenden mantener la congruencia entre los textos legales y la realidad social. La legitimidad se mantiene así y con ello la eficacia de las normas positivas. La CM ha sufrido diversas reformas a lo largo de su dilatada existencia; considerando desde la época del expresidente Álvaro Obregón hasta el período del pasado titular del Ejecutivo, Vicente Fox Quesada, se contabilizan 408 reformas. La metodología empleada para señalar la cualidad cambiante de la CM, a pesar de ser formalmente rígida, es simplemente el recuento de modificaciones a cada artículo de la CM. Vid. al respecto la Cámara de Diputados en su página Web [www.camaradediputados.gob.mx](http://www.camaradediputados.gob.mx), actualizada constantemente.

<sup>19</sup> Vid. TENA RAMÍREZ, F., Derecho Constitucional..., op. cit., pág. 23.

<sup>20</sup> Vid. TENA RAMÍREZ, F., Derecho Constitucional..., op. cit., pág. 24. También CASTRO, J. V., El sistema del Derecho de Amparo, Ed. Porrúa, 2ª ed., México 1979, págs. 42 y 43. Sobre el importante juicio de amparo ahondaremos más en apartados por venir, pero sirva por ahora decir que la

En ese sentido, el texto constitucional consagra diversos derechos sociales, así como otros a partir del art. 13 que inciden de manera importante en la regulación del ámbito procesal, en este caso del procesal penal, como podremos detallar en apartados más adelante.

## **1. La división de los Poderes Públicos**

La CM prevé un sistema de competencias como una garantía de carácter orgánico contra el abuso de poder, y está materializado en una "división de poder". Lo que en realidad debe decirse es que se regula una distribución de funciones del poder soberano del Estado<sup>21</sup> y la propia CM recoge y consagra este principio,<sup>22</sup> inexactamente denominado como "división" de poderes.<sup>23</sup>

---

función principal es la de amparar mediante un juicio y por medio de órgano judicial, con eficacia única respecto del individuo que demande la protección, contra de los actos de autoridad, resoluciones y leyes que no respeten los derechos de los individuos. Para una explicación breve vid. GUTIÉRREZ ARAGÓN / RAMOS VERÁSTEGUI, Esquema fundamental..., op. cit., págs. 104 a 108.

<sup>21</sup> Vid. MONTESQUIEU, C. de S., Del Espíritu de las Leyes, Ed. Tecnos, 1ª reimpresión, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid 1987, págs. 107 a 115.

<sup>22</sup> El principio ha sido reconocido por la vigente CM de 1917, pero no fue la primera vez que esto se hacía en México. También lo recogieron, a nivel federal, las abrogadas constituciones de 1824 y 1857. Vid. OVALLE FAVELA, J., La independencia judicial en el Derecho Mexicano, en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año XVIII, núm. 49, enero-abril de 1984, pág. 57.

<sup>23</sup> Vid. ARILLA BAS, F., El procedimiento penal en México, Ed. Porrúa, 6ª ed., México 2001, pág. 4. En ése sentido, OVALLE FAVELA es de la opinión que lo que realmente pretendía Montesquieu no fue deslindar las funciones del Estado, sino que pretendía no se confundieran en un solo órgano. Vid. OVALLE FAVELA, J., El principio de la división de poderes y el Poder Judicial Federal, en "Temas y problemas de la administración de justicia en México", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1982, pág. 183; primeramente presentado para su publicación en febrero de 1981 en el "Libro homenaje a D. Alberto Vázquez del Mercado".

El art. 49 CM dice: "El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial". Continúa en párrafo segundo: "No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el art. 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar".<sup>24</sup>

Esta postura, no obstante la división, proporciona un "peso específico" al Ejecutivo y se ha olvidado en la implementación otorgar un verdadero protagonismo al Poder Judicial, equilibrando las tres funciones del poder del Estado.<sup>25</sup> El sistema político mexicano adoptó a la figura del presidente de la república como el personaje más importante. El sistema presidencialista mexicano derivó en cierta subordinación del Legislativo al Ejecutivo y en semejante tesitura también

---

<sup>24</sup> El art. 29 trata de la capacidad del Presidente de la República, en casos de emergencia, de suspender las garantías de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República, con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, en todo o en parte del país para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación de urgencia existente aunque, eso sí, por tiempo limitado. Resulta llamativo, independientemente que puedan otros temas despertar interés a estudiosos del derecho, que el Procurador General de la República, que ostenta la titularidad del Ministerio Público de la Federación como órgano encargado del ejercicio de la acción penal, sea partícipe de esta función, como de otras muchas un tanto ajenas a su cometido acusador, como podremos exponer más adelante en esta tesis. Por lo que corresponde a la segunda parte del art. 131, éste trata sobre la facultad del Ejecutivo de imponer cuotas, previo permiso por el Legislativo, a exportaciones o importaciones.

<sup>25</sup> De hecho, en la concepción ideológica base de la Revolución Francesa, de la cual se obtiene la división de poderes, no significó, nos dice MONTERO AROCA, la aparición de un poder judicial. La desconfianza era muy fuerte hacia los tribunales con posturas tendentes a favorecer a la realleza. En sí, dividir los poderes no supuso equiparar el judicial a los otros. "El judicial quedó en buena medida hipovalorado". Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional I. Parte General, Ed. Tirant Lo Blanch, 15ª ed., Valencia 2007, págs. 29, 38 y ss.

incluía al Poder Judicial.<sup>26</sup> La relación de dominio tácito ejercida se muestra por tanto en las estructuras y leyes, rompiendo un balance de fuerzas que debería alcanzar muchas zonas del entramado jurídico, incluyendo al proceso penal.<sup>27</sup>

Por lo anterior, no se puede asegurar, con plena certeza, que exista una independencia y autonomía para del Poder Judicial en México.<sup>28</sup> La situación preocupa,<sup>29</sup> pues intentos

---

<sup>26</sup> Manifestado antes por Jorge CARPIZO, quien a su vez señala que "El Poder Judicial federal comenzó a fortalecerse a partir de las reformas constitucionales del 15 de enero de 1988, las cuales convirtieron a la Suprema Corte de Justicia en casi un Tribunal constitucional y le rescataron, en una buena parte, su verdadera competencia". Vid. CARPIZO, J., Veintidós años de presidencialismo mexicano: 1978-2000. Una recapitulación, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año XXXIV, núm. 100, enero-abril de 2001, págs. 71 a 99.

<sup>27</sup> Por ejemplo, el MP recae dentro de la órbita del Poder Ejecutivo y adquiere gran relevancia y fuerza durante la fase de averiguación previa al proceso penal. No obstante, y de forma curiosa, en la vigente CM el art. 102 que trata sobre su organización y funciones, el citado precepto constitucional forma parte del capítulo IV relativo al Poder Judicial Federal. Vid. en ese sentido a FIX ZAMUDIO, H., Presente y futuro del Ministerio Público en México, en CARBONELL, M. (coordinador), "Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2004, pág. 21.

<sup>28</sup> En ese sentido vid. MORENO HERNÁNDEZ, M., Informes nacionales-México, en MAIER / AMBOS / WOISCHNIK (coordinadores), "Las Reformas Procesales Penales en América Latina", Ed. *Ad-Hoc*, Buenos Aires 2000, págs. 560 y 561. Sin embargo, LÓPEZ-AYLLÓN y FIX-FIERRO consideran, en un estudio publicado en 2000, que en período comprendido entre 1970 a 1999 puede hablarse de un Poder Judicial Federal razonablemente independiente. Vid. LÓPEZ-AYLLÓN / FIX-FIERRO, ¡Tan cerca, tan lejos!, en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año XXXIII, núm. 97, enero-abril de 2000, pág. 159. Puesto de manifiesto en los años ochenta por FIX-ZAMUDIO, H., Los problemas contemporáneos del Poder Judicial, Ed. UNAM, México 1986. Para DAMIÁN MORENO, no se puede hablar de Poder Judicial si los sujetos que lo integran, Jueces y Magistrados, no tienen garantizada su independencia. Vid. DAMIÁN MORENO, J., Introducción al Sistema Judicial Español, Ed. Aranzadi, Navarra 2002, pág. 33.

<sup>29</sup> El reclamo generalizado de respeto a la independencia del Poder Judicial es patente en la consulta nacional lanzada por la SCJN, a través de su portal virtual oficial, para presentar estudios futuros que respalden propuestas de reformas al sistema de justicia mexicano. Por otro lado, el paquete de reformas al sistema de justicia, presentadas por el Ejecutivo al Congreso, hace hincapié en el objetivo de proteger los derechos humanos y combatir eficazmente la delincuencia, pero no hace mención directa a ninguna medida extra sobre la independencia del Poder Judicial, a parte de las disposiciones que existen ya. Consúltese los "puntos relevantes de la iniciativa de reforma al sistema de seguridad pública y justicia penal" en la dirección Web [www.presidencia.gob.mx](http://www.presidencia.gob.mx). Recientemente, en publicación del Diario La Jornada, John Saxe-Fernández y Gian Carlo Delgado,

más serios de crear mecanismos que garanticen autonomía e independencia de este Poder se han dado a principios de 1995, con la reforma a la CM en sus arts. 94, 97, párrafo primero y cuarto, y 100,<sup>30</sup> además hubo una adecuación de la LOPJF,<sup>31</sup> por la que se ha establecido un órgano de autogobierno de la justicia, el CJF.<sup>32</sup>

---

especialistas del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), denuncia que con el aval del gobierno federal, el Banco Mundial (BM) impulsa y financia desde 2004 un plan transexenal con el propósito de influir en el Poder Judicial en México. Las afirmaciones de Saxe-Fernández y Delgado, siempre según La Jornada, destacan una solicitud del gobierno al BM para obtener ayuda con objeto de subsumir al (Poder) Judicial bajo los intereses del empresario nacional o internacional, como los articulados por el Consejo Coordinador Empresarial. Puede verse la edición electrónica en [www.jornada.unam.mx](http://www.jornada.unam.mx), de 19 de octubre de 2006.

<sup>30</sup> Art. 94: "...La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes...". Art. 97, párrafo primero: "Los Magistrados del Circuito y los Jueces de Distrito serán nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal, con base en criterios objetivos y de acuerdo a los requisitos y procedimientos que establezca la ley. Durarán seis años en el ejercicio de su encargo, al término de los cuales, si fueran ratificados o promovidos a cargos superiores, sólo podrán ser privados de sus puestos en los casos y conforme a los procedimientos que establezca la ley"; párrafo cuarto: "La Suprema Corte de Justicia nombrará y removerá a su secretario y demás funcionarios y empleados. Los Magistrados y Jueces nombrarán y removerán a los respectivos funcionarios y empleados de los Tribunales de Circuito y de los Juzgados de Distrito, conforme a lo que establezca la ley respecto de la carrera judicial". Y, art. 100: "El Consejo de la Judicatura Federal será un órgano del Poder Judicial de la Federación con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones...".

<sup>31</sup> La vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación fue expedida por el Ejecutivo Federal vía Decreto del 25 de mayo de 1995, y entró en vigor al día siguiente de su publicación en el DOF.

<sup>32</sup> Dice el art. 68 de la LOPJF: "La administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Electoral, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal, en los términos que establecen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta ley". Continúa agregando en un párrafo seguido: "El Consejo de la Judicatura Federal velará, en todo momento, por la autonomía de los órganos del Poder Judicial de la Federación y por la independencia e imparcialidad de los miembros de este último".

No obstante el esfuerzo, sigue siendo éste uno de los problemas vigentes que condiciona en gran parte la confianza hacia el sistema de administración de justicia, por un lado de la doctrina jurídica especializada, y por otro del conjunto de la ciudadanía que censura directamente sus efectos.<sup>33</sup>

## **2. La independencia del Poder Judicial mexicano**

México posee un Poder Judicial Federal delimitado del Ejecutivo y del Legislativo, según la división realizada por art. 49 CM. De acuerdo a los preceptos 94 CM y 1 de la LOPJF, el ejercicio de ese poder judicial se deposita en una SCJN, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito y en otros tribunales. Por tanto, debemos suponer trazada la existencia de un Poder Judicial Federal independiente dentro del poder público. Pero esto hay que mirarlo con más detenimiento.

Partiremos en señalar que la "separación de funciones" ha de generar una independencia en dos sentidos: la orgánica y la funcional.<sup>34</sup> Así, la clara escisión material del poder judicial respecto de los otros poderes constituye la independencia orgánica;<sup>35</sup> y la división de funciones, siendo la de los jueces ejercer la jurisdicción, dará entonces origen a la independencia funcional sujeta a la ley.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Según encuestas, la ciudadanía tiene un grave problema de confianza hacia el Estado de derecho en México. Véase al respecto, reflejando lo dicho, el comentario de GRANADOS ROLDÁN, O., Catedrático de Relaciones Internacionales, Instituto Tecnológico de Monterrey, publicado en España por el Diario "EL PAÍS", edición de domingo 10 de octubre de 2004.

<sup>34</sup> Según podemos estudiar en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho jurisdiccional..., op. cit., t. I, págs. 100 y ss.

<sup>35</sup> Materializada en la LOPJF, publicada en el DOF el día 26 de mayo de 1995.

<sup>36</sup> Vid. OVALLE FAVELA, J., Garantías Constitucionales del proceso, Ed. McGraw-Hill, México 1996, pág. 296.

Procederemos a tratar ahora lo referente a la independencia orgánica. El principio de independencia en la función de los jueces y magistrados lo abordaremos en capítulo posterior.

No podemos afirmar que sólo por reflejarlo en la ley exista verdaderamente un poder independiente y autónomo.<sup>37</sup> Así, a nuestro entender, podemos determinar dos aspectos que desestabilizan al Poder Judicial Federal en México: a) la creación de tribunales fuera del Poder Judicial; y b) el sistema de nombramiento de jueces y magistrados que preconstituyen sospecha de la independencia de los mismos.<sup>38</sup>

Primero, con relación a la estructura, se han creado una serie de tribunales que se sitúan fuera de la órbita del Poder Judicial constituyendo un atentado a su independencia. Hoy puede encontrarse dentro del Poder Ejecutivo, al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa;<sup>39</sup> al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje;<sup>40</sup> también el Tribunal

---

<sup>37</sup> Vid. OVALLE FAVELA, J., La Administración de justicia en México, en OVALLE FAVELA, J. (coordinador), "Administración de justicia en Iberoamérica", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie B: Estudios comparativos, Núm. 28, México 1993, pág. 273.

<sup>38</sup> Nos llama la atención que estos factores descritos se sitúan bajo la órbita de los otros dos poderes. Es decir, la creación de los tribunales fuera del Poder Judicial es obra del Poder Legislativo, en cuanto que la designación de los magistrados al máximo tribunal que es la SCJN corresponde básicamente al Ejecutivo (ciertamente por ternas y decisión del Senado, como veremos).

<sup>39</sup> Órgano jurisdiccional dotado de plena autonomía, encargado de impartir justicia administrativa resolviendo en forma "honesto y gratuita" las controversias entre los particulares y la administración pública federal. Puede consultarse con respecto a su estructura y marco jurídico la página Web oficial del propio Tribunal: [www.tff.gob.mx](http://www.tff.gob.mx).

<sup>40</sup> Órgano de impartición de justicia laboral competente para dar solución a los conflictos laborales individuales y colectivos que se suscitan entre las dependencias de la Administración Pública Federal, del Gobierno del D.F., sus trabajadores y sus organizaciones sindicales. Vid. página Web oficial: [www.tfca.gob.mx](http://www.tfca.gob.mx).



Superior Agrario<sup>41</sup> y los Tribunales Unitarios Agrarios (creados en 1992); el Tribunal de lo Contencioso Electoral, transformado luego en el Tribunal Federal Electoral (1988),<sup>42</sup> y la sorprendente constitución como Jurado de sentencia, en algunos casos, de la Cámara de Senadores (art. 110 CM), entre otros. Así, dice OVALLE FAVELA que "a fuerza de agregar constantemente excepciones a la regla, ya resulta difícil determinar si los tribunales judiciales siguen siendo la regla o se han convertido en la excepción".<sup>43</sup>

De esa manera, las acciones legislativas de creación de tribunales fuera del Poder Judicial no contribuyen a la autonomía de la institución, no en México, por cuanto restan importancia al Poder Judicial, a su función, con respecto de los otros poderes establecidos.

Una mejor administración de justicia exigiría que los tribunales deban estar separados institucionalmente de in-

---

<sup>41</sup> Consúltese [www.tribunalesagrarios.gob.mx](http://www.tribunalesagrarios.gob.mx) y a GARCÍA RAMÍREZ en su comentario sobre el intento de incorporación de estos tribunales al Poder Judicial de la Federación, sobre todo cuando dice: "Aunque no me consta personalmente, estoy al tanto de que hubo alguna propuesta para adscribir los tribunales agrarios al Poder Judicial de la Unión, como más tarde se haría con los tribunales electorales, bajo la denominada "reforma electoral definitiva", una expresión pintoresca y equivocada. Esta propuesta correspondía a la tendencia de reunir en el Poder Judicial todos los órganos del actual poder jurisdiccional, varios de ellos excluidos de aquel emplazamiento. Finalmente, lo que interesa es que los órganos de la justicia funcionen adecuadamente, se encuentren donde se encuentren, y no el crecimiento, en sí mismo, del Poder Judicial. La ubicación fuera de éste no constituye, por fuerza, una piedra en el camino de la justicia: valga el testimonio del Consejo de Estado de Francia. Sea lo que fuere de este controvertido asunto, lo cierto es que en 1992 no hubo condiciones para la adscripción de los tribunales agrarios al ámbito de los federales...". GARCÍA RAMÍREZ, S., Origen, fundación y perspectivas de los tribunales agrarios, puede consultarse el texto completo en la página Web del Tribunal antes citada, en su sección "artículos anteriores".

<sup>42</sup> Página Web de consulta: [www.trife.gob.mx](http://www.trife.gob.mx).

<sup>43</sup> Vid. OVALLE FAVELA, J., Garantías Constitucionales..., op. cit., pág. 298.

fluencias y manejos en su estructura.<sup>44</sup> Cuando el Poder Ejecutivo posee en su órbita tribunales, el control político que puede ejercer sobre los mismos es factible, creando la sospecha, al menos razonablemente, en la actividad que debe ser ajena a los poderes políticos.

Es importante que los tribunales respondan a su cometido. Como dice GARCÍA RAMÍREZ "...lo que interesa es que los órganos de la justicia funcionen adecuadamente, se encuentren donde se encuentren, y no el crecimiento, en sí mismo, del Poder Judicial";<sup>45</sup> pero si además de funcionar bien lo hacen en sitio adecuado su tarea será claramente mucho mejor. Por tanto, no sólo debe de evitarse esta situación de creación de órganos jurisdiccionales, sino que debe revertirse "devolviendo" esos tribunales a la esfera del Poder Judicial.<sup>46</sup>

Como segundo, la independencia también debe estar reforzada internamente en el Poder Judicial, de tal manera que los jueces y magistrados no se encuentren presionados por instancias superiores y puedan realizar su tarea de forma imparcial. Por ejemplo, el gobierno del Poder Judicial que debe realizar el CJF no alcanza a la SCJN.<sup>47</sup> Inclusive, el máximo

---

<sup>44</sup> En ese sentido CARBONELL Y SÁNCHEZ, M., Posibles reformas al Poder Judicial en México, en VEGA GÓMEZ / CORZO SOSA (coordinadores), "Tribunales y Justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional", Ed. UNAM, México 2002, pág. 63.

<sup>45</sup> Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S., Origen, fundación y perspectivas..., en [www.tribunalesagrarios.gob.mx](http://www.tribunalesagrarios.gob.mx), ya citada.

<sup>46</sup> Cuenta de ello ya ha dado la SCJN que pretende analizar la incorporación de tribunales administrativos al Poder Judicial de la federación. Así lo anuncia el comunicado de prensa número 768, de fecha 29 de septiembre de 2005, de la Dirección General de Comunicación Social del máximo tribunal. Consúltese <http://www.scjn.gob.mx>.

<sup>47</sup> Vid. art. 94, párrafo segundo CM: "La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes".

tribunal subordina a su mandato al propio CJF y recordemos que, es el mismo Poder Ejecutivo el que presenta a consideración del Senado la terna para la designación de ministros de la SCJN, y somete sus licencias y renunciaciones a la aprobación del Senado.<sup>48</sup> Esto propicia la posibilidad del retorno de la "afinidad política" de los miembros del máximo tribunal y de la tutela que pueden ejercer los mismos sobre otros miembros de la magistratura.<sup>49</sup>

Por lo anterior, creemos que es necesaria una revisión desde otra perspectiva de estos problemas, creando garantías que protejan la autonomía e independencia real hacia los otros Poderes del Estado, restableciendo un balance en el poder público, necesario indudablemente, que permitan la transparencia de cara a la sociedad como paso previo para admitir una intervención jurídica apropiada y moralmente solvente dentro del proceso penal.

El esfuerzo para el cambio ha dado comienzo con repercusiones en toda la República, pero no es suficiente en vista de los resultados.<sup>50</sup> El quebranto en la independencia del Po-

---

<sup>48</sup> Como lo determina el extenso art. 89 CM, fracc. XVIII.

<sup>49</sup> Vid. CARBONELL Y SÁNCHEZ, M., Posibles reformas al Poder Judicial en México, en VEGA GÓMEZ / CORZO SOSA (coordinadores), "Tribunales y Justicia constitucional...", op. cit., pág. 64.

<sup>50</sup> Puede verse al respecto a CABALLERO JUÁREZ, J. A., La independencia de los Poderes Judiciales a diez años de reforma en México, en "Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia", año 2005, núm. 6, págs. 85 a 100. Con respecto a los aspectos positivos por la creación del Consejo de la Judicatura Federal vid. CHAIRES ZARAGOZA, J., La independencia del Poder Judicial, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004, págs. 523 a 545. También, recientemente en virtud de escándalos políticos del titular del Ejecutivo del Estado de Puebla, los ciudadanos, ante la indignación, se han conformado en "Jurado Popular" para "enjuiciar públicamente" las conductas del Gobernador. Esto, que sin duda no es un tribunal jurisdiccional y tampoco es un verdadero proceso penal ni político, sí es reflejo de la desconfianza imperante hacia los tribunales legales preestablecidos. La intención, creemos, es la de imprimir presión social ante cualquier síntoma de impunidad al caso ante la denuncia. El hecho social ha sido documentado por la prensa nacional, pudiendo consultarse, a manera de ejemplo, la sección de "Polí-

der Judicial condiciona la fortaleza y la actividad de sus miembros, por lo que se convierte en un problema vigente en México sin que exista un verdadero *animus* de respeto y protección definitivo por parte de las autoridades políticas.

## II. LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL EN MÉXICO

La organización política de México como República Federal se refleja también en la estructura judicial; luego, se entiende que encontremos órganos judiciales federales y órganos judiciales locales en cada uno de los Estados pertenecientes a la federación.

En la propia CM, que prohíbe expresamente los tribunales "especiales",<sup>51</sup> se encuentran los principios generales de la estructura, funcionamiento e integración del Poder Judicial Federal. La LOPJF,<sup>52</sup> así como alguna otra norma, detalla esos principios, y entre todas regulan el sistema de administra-

---

tica" en el Diario La Jornada, ediciones electrónicas de 26 y 27 de marzo de 2006 en [www.jornada.unam.mx](http://www.jornada.unam.mx).

<sup>51</sup> Así el art. 13 CM, que dice: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales..."; del cual se ha basado la SCJN para confirmar tal prohibición de leyes especiales y de tribunales. Registro IUS: 197676. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. VI, septiembre de 1997. Pág. 204. Rubro: IGUALDAD. LAS GARANTÍAS PREVISTAS EN EL ART. 13 CONSTITUCIONAL LA CONSAGRAN, EN EL ASPECTO JURISDICCIONAL, PROHIBIENDO LAS LEYES PRIVATIVAS, LOS TRIBUNALES ESPECIALES Y LOS FUEROS. Hemos de comprender la prohibición con respecto de aquéllos tribunales que no gozan del reconocimiento jurídico necesario y no en el sentido de especiales por estar fuera del Poder Judicial. En España, v. gr., contempla cinco Tribunales especiales constitucionales: el Tribunal Constitucional, el Tribunal del Jurado; el Tribunal de Cuentas, los Tribunales Militares y los Tribunales consuetudinarios. Además, España ha reconocido también algún Tribunal supranacional con jurisdicción en su territorio por medio de convenios internacionales. Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 45.

<sup>52</sup> El contenido, *grosso modo*, de la LOPJF va desde la determinación de la residencia de los tribunales, así como la división territorial en circunscripciones judiciales; reglas de organización e integración; delimitación de las competencias y reglas de la distribución por materias; pasando por requisitos para ser titulares de los órganos jurisdiccionales, etc.

ción de justicia en México. Por otro lado, cada Estado federal posee a su vez una Constitución y leyes orgánicas, que regulan a sus respectivos poderes políticos junto a sus organizaciones judiciales.

#### **A) La estructura federal**

La integración y funcionamiento del Poder Judicial ha variado desde su primera concepción de 1917.<sup>53</sup> En el Estado federal mexicano el ejercicio del Poder Judicial se deposita en una SCJN, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Circuito.<sup>54</sup> Por otro lado, tanto los Tribunales Agrarios, como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y los Tribunales Militares, son también depositarios de jurisdicción y autonomía para dictar fallos, pero están contemplados por leyes distintas de la LOPJF.<sup>55</sup> Por tanto, la administración de justicia penal está relacionada invariablemente con los anteriores tribunales públicos.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> El art. 94 CM prevé la integración del Poder Judicial de la Federación mexicana. Desde su original publicación hasta la fecha, se han suscitado diez reformas parciales al precepto. Así, desde su original redacción de 5 de febrero de 1917, han acontecido reformas en 1928, 1934, 1944, 1951, 1967, 1982, 1987, la importante y compleja reforma de 1994, la de 1996 y una última en 1999. De todas las anteriores es destacable jurídicamente la llevada a cabo el 31 de diciembre de 1994, como se ha resaltado, bajo el período del entonces presidente Ernesto Zedillo Ponce de León. La intención fue fortalecer el Poder Judicial y su organización interna, modificando funciones y facultades. El paquete de reformas incluyó cambios a un total de 27 arts. de la Carta Magna. De ahí la complejidad e importancia que supuso para el Poder Judicial. Vid. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_art.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm)

<sup>54</sup> Con respecto del ámbito local, que funciona en las distintas entidades federativas (31), se comprenden Tribunales Superiores de Justicia (como órganos de apelación) y Jueces de primera instancia.

<sup>55</sup> Consúltese respectivamente la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios (DOF 23 de enero de 1998); Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (DOF 15 de diciembre de 1995); y, Ley Orgánica de los Tribunales Militares (DOF 22 de junio de 1929).

<sup>56</sup> En México, el arbitraje no es admisible para controversias penales, entre otras materias. Vid. GÁNEM HERNÁNDEZ, E., *El arbitraje en México*, Ed. UNACAR, Ciudad del Carmen 2004, págs. 143 a 150. A los tribunales

## 1. La Suprema Corte de Justicia de la Nación

De manera preliminar, es destacable la denominación "Corte" atribuida al máximo órgano jurisdiccional. El vocablo es propio de una cultura jurídica sajona (*court*). Sin embargo, no es objeto de esta tesis centrarse en cuestiones de nombres, sino de resaltar la estructura y su función. No obstante, debemos advertir que resultaría más adecuado para el medio jurídico mexicano haberle asignado el nombre de Tribunal Supremo de Justicia.

Según la LOPJF, la SCJN está compuesta de once ministros<sup>57</sup> que permanecen en funciones por quince años. Es, por tanto, un órgano jurisdiccional letrado y colegiado. El ámbito espacial de sus decisiones abarca todo el territorio nacional y funciona en pleno o en salas.<sup>58</sup>

El párrafo quinto del art. 97 CM, ordena que cada cuatro años el pleno de la SCJN nombre ministro que habrá de presidirla, el cual no podrá ser reelecto para un período inmediato.<sup>59</sup>

---

eclesiásticos no se les reconoce como públicos y tampoco pueden resolver asuntos penales. También han sido rechazados los tribunales universitarios, que resolvían en alguna época controversias entre universitarios. Vid. SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, Ed. Oxford, 2ª ed., México 2003, págs. 128 y 129.

<sup>57</sup> El Pleno se compondrá de once ministros, pero bastará la presencia de siete para funcionar, excepto en el caso de tratarse de controversias sobre disposiciones de los estados y municipios que sean impugnados por la federación; y en las acciones de inconstitucionalidad que se planteen por posible contradicción de una norma general contra la propia Constitución, en los que serán necesarios ocho ministros al menos. Así el art. 4 LOPJF.

<sup>58</sup> Así el art. 94, párrafo tercero CM. También el art. 2 LOPJF.

<sup>59</sup> En cuanto a los nombramientos, el pleno de la SCJN debe elegir a su presidente cada cuatro años, sin que pueda ser reelecto para otro período inmediato. Además, corresponde a la misma Corte hacer los nombramientos

Las sesiones del pleno deben ser públicas exceptuando aquellos casos en los que la moral o el interés público exijan cosa contraria (art. 6 LOPJF). Las decisiones son adoptadas por unanimidad o mayoría de votos de los presentes que no podrán abstenerse de emitir voto, salvo excepciones.<sup>60</sup> La SCJN funciona también en salas, que son integradas por cinco ministros cada una. El trabajo es distribuido entre las salas de acuerdo a la materia de la controversia: la primera conoce de asuntos penales y civiles, y la segunda de asuntos administrativos y laborales.

Desde un principio la SCJN no funcionó como un tribunal constitucional, pero a raíz de la reforma de 1987 el legislador pretende darle al máximo tribunal una naturaleza constitucional especializada.<sup>61</sup> Así, el control de la legalidad pasa a manos de los TCC. Posteriormente, con intención de acercar este tribunal al modelo europeo, se crea todo un sistema de control constitucional y una nueva composición orgánica con la importante reforma de 31 de diciembre de 1994.<sup>62</sup>

---

del secretario y demás funcionarios, de acuerdo con lo dispuesto por los párrafos cuarto y quinto del art. 97 CM.

<sup>60</sup> La LOPJF dispone de manera excepcional, y además no imperativa, dos casos en que los Ministros se podrán abstener de votar. La primera es cuando tengan impedimento legal. La segunda cuando no hayan estado presentes en la discusión del asunto (art. 7, párrafo segundo).

<sup>61</sup> La SCJN ha experimentado una evolución progresista para intentar convertirse materialmente en un Tribunal Constitucional, a pesar de la denominación que recibe actualmente. Se puede distinguir dos etapas evolutivas: la primera, que se inicia con la promulgación de la Constitución de 5 de febrero de 1917 y se desarrolla a lo largo del siglo XX hasta las reformas constitucionales que entraron en vigor el 15 de enero de 1988; y la segunda, a partir de 1988 hasta la actualidad.

<sup>62</sup> Puede verse al respecto de estas reformas una síntesis de FERRER MACGREGOR, E., Los Tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México, en Rev. "Cuadernos procesales", año IV, junio de 2001, págs. 41 a 48.

Aún hoy, se atribuye al pleno de la SCJN alguna función que no es estrictamente jurisdiccional. Por ejemplo, participa en el prorrateo de casos que llegan a su conocimiento; por medio de acuerdos generales distribuye los asuntos que son de su competencia, con el objeto de lograr una mejor carga de trabajo entre las salas que la integran.

El art. 11 LOPJF prevé una serie de asuntos de índole administrativo que han de resolverse por el pleno. Para esto, todavía ha de manifestarse sobre la concesión de licencias a sus miembros (fracc. II); resolver quejas administrativas relacionadas con los integrantes o con el personal de la SCJN, previo dictamen de su presidente, aunque incluye aquéllas que versen sobre la violación a los impedimentos previstos por la CM (fracc. VII y VIII)<sup>63</sup>; y, lleva un registro de la situación patrimonial de sus integrantes y da seguimiento (fracc. XIII), entre otros.

Asumiendo otras facultades, más propias de las indagaciones por policía o averiguaciones del MP que de un tribunal constitucional, puede iniciar discrecionalmente investigaciones.<sup>64</sup> El art. 97 CM otorga facultad a la SCJN, mediante uno o varios de sus miembros, o algún juez de distrito o magistrado de circuito, o comisionados especiales, para investigar conductas de jueces o magistrados federales, o de algún hecho

---

<sup>63</sup> Art. 101: "Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito, los respectivos secretarios, y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, no podrán, en ningún caso, aceptar ni desempeñar empleo o encargo de la Federación, de los Estados, del D.F., o de particulares, salvo los cargos no remunerados en asociaciones científicas, docentes, literarias o de beneficencia".

<sup>64</sup> Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 200140. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. III, abril de 1996. Pág. 66. Rubro: FACULTAD DE INVESTIGACIÓN PREVISTA POR EL ART. 97, SEGUNDO PÁRRAFO, CONSTITUCIONAL, SU EJERCICIO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ES DISCRECIONAL (MODIFICACIÓN DEL CRITERIO PUBLICADO EN EL S.J.F., QUINTA ÉPOCA, TOMO CXII, PÁGINA 379).



o hechos que constituyan una grave violación de las garantías individuales cuando así lo considere pertinente o cuando así lo solicite el Presidente de la República, alguna de las cámaras del Congreso de la Unión o el gobernador de algún estado.<sup>65</sup>

El precepto citado también faculta a la SCJN para practicar de oficio la averiguación de algún hecho que constituya la violación del voto ciudadano. Esta atribución sólo puede desarrollarla cuando considere que la violación pudiera poner en duda la legalidad de todo el proceso electoral para el Presidente de la República o para los integrantes del Congreso de la Unión. De acuerdo con la CM, el dictamen pronunciado por la SCJN sobre la investigación correspondiente se hará llegar a la Cámara de Diputados si se trata de la elección presidencial, y al Instituto Federal Electoral cuando hubiere puesto en duda el procedimiento electoral de los integrantes del Congreso de la Unión.<sup>66</sup>

La designación y consignación. Por lo que respecta al art. 107, fracc. XVI, le otorga a la SCJN facultad para mantener el Estado de derecho y obligar a las autoridades a respetar los mandatos legales.<sup>67</sup> En el propio precepto, como parte última, se asigna otra facultad administrativa a la SCJN, que consiste en disponer de oficio el cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo cuando su ejecución afecte

---

<sup>65</sup> Art. 97, párrafo segundo CM.

<sup>66</sup> Art. 97, párrafo tercero CM.

<sup>67</sup> "Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, y la Suprema Corte de Justicia estima que es inexcusable el incumplimiento, dicha autoridad será inmediatamente separada de su cargo y consignada al Juez de Distrito que corresponda. Si fuere excusable, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Suprema Corte requerirá a la responsable y le otorgará un plazo prudente para que ejecute la sentencia...".

gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso.

Dentro de las atribuciones importantes de este tribunal esta el establecimiento de jurisprudencia,<sup>68</sup> que será obligatoria para Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y judiciales del orden común de los Estados y del D.F., y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales, de acuerdo con la vigente "Ley de Amparo".<sup>69</sup>

Sin embargo, hay que señalar que en el caso puramente de la jurisdicción penal, su obligatoriedad debe ser matizada. La CM ha hecho una reserva de ley en materia penal, disponiendo que solamente puedan ser reguladas por una ley en sentido formal y material. De esta manera, la jurisprudencia en materia penal sirve para realizar una labor interpretativa pero no integradora en todo lo que se refiere a la determinación de la pena y al establecimiento de conductas típicas.<sup>70</sup>

## **2. El Tribunal Electoral**

---

<sup>68</sup> Los acuerdos y resoluciones constituyendo jurisprudencia surten efecto sólo después que sena publicados en el S.J.F. Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas. "Tomando en cuenta esos criterios se redacta de manera clara, consistente y coherente el texto de la jurisprudencia". Vid. HUERTA OCHOA, C., La jurisprudencia como técnica, en "Boletín mexicano", Infojus, núm. 95, pág. 2.

<sup>69</sup> Así el art. 192 de la Ley de Amparo, que es reglamentaria de los arts. 103 y 107 de la CM. Publicada en DOF 10 de enero de 1936.

<sup>70</sup> Vid. CARBONELL Y SÁNCHEZ, M., Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano, en "Boletín Mexicano", Infojus, num. 87, pág. 19. Al respecto de la función integradora de la jurisprudencia puede verse a ROSALES GUERRERO, E. G., Estudio Sistemático de la Jurisprudencia, Ed. Suprema Corte de Justicia, México 2005, págs. 485 a 487.

Según el art. 99 CM, el Tribunal Electoral es la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral, con excepción de lo dispuesto de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la CM (fracc. II del art. 105). El Tribunal Electoral funciona con una Sala Superior<sup>71</sup> y con cinco salas regionales; en sus sesiones de resolución jurisdiccional rige la publicidad (art. 185 LOPJF).

El tribunal goza de "cierta" autonomía material dentro de la administración interna del Poder Judicial, pues, como dice el art. 68 LOPJF, el CJF ha de actuar para la administración, vigilancia, disciplina y organización de la carrera judicial del Poder Judicial de la Federación, exceptuando a la SCJN y a este tribunal. No obstante el propio CJF interviene en el nombramiento, entre sus miembros, de los comisionados que administran el Tribunal Electoral (art. 81, fracc. XLI, LOPJF).

Por lo que corresponde a la competencia, se circunscribe en general a resolver en forma definitiva e inatacable las impugnaciones sobre las elecciones federales de diputados y senadores.<sup>72</sup> Resuelve también, en una sola instancia, las impugnaciones sobre la elección de Presidente de los Estados

---

<sup>71</sup> Art. 187 LOPJF: "La Sala Superior se integrará por siete Magistrados electorales y tendrá su sede en el D.F. Bastará la presencia de cuatro magistrados para que pueda sesionar válidamente y sus resoluciones se tomarán por unanimidad, mayoría calificada en los casos expresamente señalados en las leyes o mayoría simple de sus integrantes".

<sup>72</sup> Art. 60 CM, párrafo segundo: "Las determinaciones sobre la declaración de validez, el otorgamiento de las constancias y la asignación de diputados o senadores podrán ser impugnadas ante las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en los términos que señale la ley".

Unidos Mexicanos. También conoce de actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales de los ciudadanos.<sup>73</sup>

De forma llamativa se hace cargo de conflictos o diferencias laborales entre el Tribunal Electoral y sus servidores;<sup>74</sup> además de aquellos conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Federal Electoral y sus servidores. Por último, el esfuerzo que supuso la creación del CJF se ve merchado en cuanto que el propio Tribunal Electoral se ha de encargar de tareas presupuestarias, administrativas, de formación, capacitación, investigación y difusión en la materia electoral (fracciones VI, VII, VIII y IX).

### **3. Los Tribunales Colegiados de Circuito**

Los TCC mantienen una estructura de manera similar que la SCJN, pero desde un punto de vista regional.<sup>75</sup> En México se articulan diversos circuitos que aglutinan varios estados de la República y que corresponden a cada TCC. Estos tribunales pueden estar especializados en materia penal. Sus resoluciones se adoptan por mayoría de votos y sus competencias van

---

<sup>73</sup> Como son la de votar y ser votado en las elecciones populares, asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos, siempre y cuando se hubiesen reunido los requisitos constitucionales y los que se señalen en las leyes para su ejercicio. Estas son en realidad prerrogativas de los ciudadanos, como los consagra la CM en el art. 35, I, II y III.

<sup>74</sup> Primeramente tiene a su cargo asuntos que no corresponden a su esencia de Tribunal electoral. Por otro lado, asignándole facultad propia de los Tribunales del trabajo (llamados Juntas de Conciliación y Trabajo), se comete otro atropello procesal al resolver, por sí misma, conflictos entre el propio Tribunal (como parte procesal) y los trabajadores. La estructura básica del proceso no se cumple, sin duda, pues no habrá de manera estricta y confiable la dualidad de posiciones y Juzgador imparcial.

<sup>75</sup> Los TCC se componen de tres Magistrados, de un secretario de acuerdos y del número de secretarios, actuarios y empleados que determine el presupuesto. Los miembros de cada Tribunal eligen, de entre ellos, a su presidente que durará 1 año y no podrá ser reelecto para el período inmediato (art. 40 LOPJF). Los Magistrados de cada Tribunal Colegiado nombran a los secretarios, actuarios y demás empleados del Tribunal.

dirigidas, principalmente, para conocer del amparo directo (casacional) contra sentencias penales dictadas por los tribunales comunes.<sup>76</sup>

Pero en general conocen de otras materias también, el art. 107 CM dice: El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá ante el TCC que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la LOPJF, en los casos siguientes:

a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares.

b) En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal.

c) En materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común.

---

<sup>76</sup> Facultad importante desde el punto de vista jurisdiccional: los TCC conocen exclusivamente de controversias de amparo. La regla es que resuelven todos los amparos directos que no sean competencia de la SCJN o que ésta no los atraiga para su conocimiento (arts. 47, 48 Bis, 49, entre otros, de la Ley de Amparo). Conocen también de los recursos de revisión que se promuevan en contra de las sentencias de amparo que produzcan los Jueces de Distrito, salvo aquellos que correspondan a la SCJN (arts. 84 y 85 de la Ley de Amparo).

Los TCC, conforme a lo ordenado por el art. 94 CM, en relación con el 193 de la Ley de Amparo,<sup>77</sup> están en aptitud de establecer jurisprudencia siempre que coincida el sentido de lo resuelto en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados.<sup>78</sup> La jurisprudencia así establecida obliga a los otros tribunales, tanto unitarios, juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del fuero común de los estados y del D.F. y a los tribunales administrativos y del trabajo, locales y federales. Habrá que decir que dichos tribunales están en la obligación de dar seguimiento a la generación de jurisprudencia.<sup>79</sup>

#### **4. Los Tribunales Unitarios de Circuito**

La atribución jurisdiccional más importante radica en que conocen del recurso de apelación que en los juicios federales -civiles, mercantiles, procesos penales, etc.- interpongan las partes contra las sentencias pronunciadas por los jueces de distrito. También conocen en primera instancia de

---

<sup>77</sup> Art. 193, primera parte: "La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los Tribunales unitarios, los Juzgados de Distrito, los Tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados y del D.F., y los Tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales". No obstante, según dice el art. 194 de la propia Ley de Amparo, "la jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito".

<sup>78</sup> Vid. ROSALES GUERRERO, E. G., Estudio Sistemático de la Jurisprudencia, op. cit., pág. 485 a 487.

<sup>79</sup> Registro IUS: 191306. 9ª Época. Instancia 2ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XII, agosto de 2000. Pág. 364. Rubro: JURISPRUDENCIA. LA OBLIGATORIEDAD CONSTITUCIONAL DE LA SUSTENTADA POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, EXIGE DE LOS JUZGADORES ANÁLISIS Y SEGUIMIENTO PERMANENTES DE LOS MEDIOS INFORMATIVOS QUE LA DIFUNDEN.

amparos indirectos cuando la autoridad responsable sea otro TUC.<sup>80</sup>

A diferencia de los TCC, estos tribunales sí conocen de juicios penales. Representan un equivalente al TSJ local en el ámbito federal. Estos tribunales se componen de un solo magistrado y son competentes:

- a) Para resolver recursos ordinarios contra actos de jueces de distrito;
- b) Para resolver cuestiones de competencia entre juzgados de distrito del mismo circuito; y
- c) Para resolver de los impedimentos de los jueces de distrito, cuanto existe controversia en ello.

## **5. Los Juzgados de Distrito**

---

<sup>80</sup> Dice el art. 29 LOPJF: I. "De los juicios de amparo promovidos contra actos de otros Tribunales unitarios de Circuito, que no constituyan sentencias definitivas, en términos de lo previsto por la Ley de Amparo respecto de los juicios de amparo indirecto promovidos ante Juez de Distrito. En estos casos, el Tribunal unitario competente será el más próximo a la residencia de aquél que haya emitido el acto impugnado; II. De la apelación de los asuntos conocidos en primera instancia por los Juzgados de Distrito; III. Del recurso de denegada apelación; IV. De la calificación de los impedimentos, excusas y recusaciones de los Jueces de Distrito, excepto en los juicios de amparo; V. De las controversias que se susciten entre los Jueces de Distrito sujetos a su jurisdicción, excepto en los juicios de amparo, y VI. De los demás asuntos que les encomienden las leyes...".

El art. 107, fracc. VIII, de la CM dice: Contra las sentencias que pronuncien en amparo los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia: **a)** Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo, por estimarlos directamente violatorios de esta Constitución, leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracc. I del art. 89 de esta Constitución y reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados o por el Jefe del D.F., subsista en el recurso el problema de constitucionalidad; **b)** Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del art. 103 de esta Constitución; la Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos en revisión, que por su interés y trascendencia así lo ameriten. En los casos no previstos en los párrafos anteriores, conocerán de la revisión los Tribunales colegiados de Circuito y sus sentencias no admitirán recurso alguno...".

Son órganos jurisdiccionales compuestos de un juez de primera instancia.<sup>81</sup> Básicamente es el órgano que tiene mayor incidencia constante en la esfera jurídica de los ciudadanos en el ámbito federal, al conocer de la resolución de amparo y de juicios ordinarios y proceso penales federales.<sup>82</sup>

Ante estos tribunales se tramitan los juicios ordinarios civiles y los procesos penales del orden federal. De igual forma las controversias relacionadas con el derecho marítimo y con el derecho mercantil cuando los intereses trascienden al ámbito particular. También conocen de toda clase de juicios que se refieran al cuerpo diplomático, consular y personal oficial de las delegaciones de la república y de aquéllos en que se ve involucrado el personal del servicio exterior.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Nos referimos sólo al Tribunal como órgano jurisdiccional por supuesto. Sin embargo, la estructura incluye para mejor funcionamiento de, además, un número de secretarios, actuarios y empleados que son determinados por el presupuesto (art. 42 LOPJF). Administrativamente, los Jueces federales o de Distrito, están en aptitud de nombrar a los secretarios auxiliares y demás personal del Juzgado.

<sup>82</sup> En materia de amparo, conocen según dice el art. 55 LOPJF, en primera instancia, de los juicios de amparo indirecto o bi-instancial, con excepción de aquellos en que la autoridad responsable sea un Tribunal unitario de Circuito porque, entonces, será otro Tribunal unitario el que conozca del amparo indirecto.

<sup>83</sup> Competencias bastante amplias establecidas por los arts. 50 a 54 de la LOPJF. Simplificando un poco conocen de los delitos del orden federal: "...previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales; los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República; los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras; cónsules mexicanos; aquéllos en que la Federación sea sujeto pasivo; los cometidos por, y en contra de, un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; todos aquéllos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación; conocen también de los procedimientos de extradición, salvo lo que se disponga en los tratados internacionales; de la autorización para intervenir las comunicaciones privadas, siempre de acuerdo a la ley de delincuencia organizada..."; etc. También conocerán de los amparos en materia penal, materia administrativa; materia civil y materia del trabajo.



### *La reforma procesal penal federal en México*

De forma importante, este tribunal es competente para conocer de delitos penales previstos en el CPF<sup>84</sup> y en los tratados. También conoce (art. 50 LOPJF):

a) De los delitos señalados en los arts. 2 a 5 del propio CPF;<sup>85</sup> aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo;

b) Los cometidos por un servidor público o empleado federal o en contra de éstos, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado; los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado;

c) Todos aquéllos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación;

d) Los señalados en el art. 389 del CPF<sup>86</sup> cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del gobierno federal;

---

<sup>84</sup> Código Penal Federal, publicado en DOF de 14 de agosto de 1931, abreviado como ha quedado escrito.

<sup>85</sup> Delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero cuando produzcan, o se pretende que tengan, efectos en el territorio; de los delitos cometidos en las embajadas o consulados, o delegaciones mexicanas, o contra sus empleados, siempre que no hubieran sido Juzgados en el país en que se cometieron; los delitos continuos y continuados que se cometan en la República; delitos cometidos a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas. Consúltese los arts. 2 a 5 del CPF.

<sup>86</sup> Delito de fraude, aprovechándose de cargo público.

e) Los cometidos por o en contra de funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas en términos de la fracc. II del art. 401 del CPF,<sup>87</sup> y los previstos en los arts. 366, fracc. III; 366 *ter* y 366 *quáter* del CPF, cuando el delito sea con el propósito de trasladar o entregar al menor fuera del territorio nacional.

f) De los procedimientos de extradición, salvo lo que se disponga en los tratados internacionales. Y, de las autorizaciones para intervenir comunicaciones privadas.

## **6. El Jurado Federal de Ciudadanos**

Ya en el pasado<sup>88</sup> la figura del Jurado Federal de Ciudadanos o el Jurado popular<sup>89</sup> como institución sajona,<sup>90</sup> ha sido considerada para su adopción al medio jurídico mexicano.<sup>91</sup> Pero no fue sino hasta la CM de 1917 cuando, sin atender la

---

<sup>87</sup> Que señala lo que ha de entenderse, para efectos del CPF, por los términos de funcionario y empleado público.

<sup>88</sup> Véase el art. 7 de la abrogada Constitución Mexicana de 1857.

<sup>89</sup> A este órgano jurisdiccional se refiere ARILLA BAS como parajurisdiccional, toda vez que el veredicto no es una declaración de derecho, sino de hecho. Vid. ARILLA BAS, F., El procedimiento penal..., op. cit., pág. 51.

<sup>90</sup> Dice GÓMEZ COLOMER que la figura del jurado es proclive a la expansión. Nace en Inglaterra y se transmite a Estados Unidos y a Francia. Puede verse un estudio comparado, bastante amplio, de la figura en diferentes países europeos, en los Estados Unidos, e inclusive en Rusia en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), Comentarios a la Ley del Jurado, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999; y dentro de éste estudio, en especial, a ESPARZA LEIBAR, I., El Jurado inglés, págs. 61 a 74; THAMAN, S. C., El Jurado norteamericano, págs. 74 a 95; PLANCHADELL GARGALLO, A., El Escabinato francés, págs. 95 a 100; En cuanto a la participación ciudadana española en la administración de la justicia PÉREZ CEBADERA, M.-A., Las instrucciones al Jurado, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2003.

<sup>91</sup> En un primer intento, la redacción de la Constitución mexicana de 1857 preveía en su texto una traducción literal de la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, pero ésta no fue aprobada al final ante la fuerte crítica hecha por Vallarta en la Sesión de 19 de agosto de 1856. Vid. ZAMORA-PIERCE, J., Garantías y proceso penal, Ed. Porrúa, 11ª ed., México 2001, pág. 307.

realidad social en la que se pretendía tuviera arraigo,<sup>92</sup> se adoptó definitivamente.<sup>93</sup> Lo cierto es que estando en la Constitución se configura como una obligación cívica para el ciudadano, y una oportunidad de participar en la administración de justicia, como sucede en otros países, en España por ejemplo.<sup>94</sup>

El Jurado Federal de Ciudadanos es competente para resolver las cuestiones de hecho que le sean sometidas por los jueces de distrito con arreglo a la ley (art. 56 LOPJF).<sup>95</sup> El Jurado Federal de Ciudadanos conoce de los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación, y los demás que determinen las leyes (art. 57 LOPJF).

En cuanto a su composición, el jurado se formará de siete ciudadanos designados por sorteo,<sup>96</sup> en los términos que

---

<sup>92</sup> ZAMORA-PIERCE resalta que el Jurado no ha "echado raíces" en México. Por otro lado, según relata el propio autor, opiniones de Olga Islas y Elpidio Ramírez afirman que la figura va contra el sistema jurídico político establecido, es especial contra los arts. 39 y 40 de la CM. Vid. ZAMORA-PIERCE, J., Garantías y proceso penal, op. cit., págs. 312 y 313.

<sup>93</sup> En la votación del precepto constitucional que lo prevé, a penas se superó su adopción por 84 votos contra 70. Vid. ZAMORA-PIERCE, J., Garantías y proceso penal, op. cit., pág. 311.

<sup>94</sup> En España, los ciudadanos pueden ejercer la acción popular y participar en la administración de justicia mediante la institución del Jurado. Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., La participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, en "El Poder Judicial, Ed. Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales", vol. I, Madrid 1983, págs. 125 a 206. De manera resumida a DAMIÁN MORENO, J., Introducción al Sistema Judicial..., op. cit., págs. 68 y 69.

<sup>95</sup> Resuelven con base en la equidad y mediante un veredicto, si la persona procesada es culpable o inocente. Estos jurados no se encuentran obligados a ceñirse a las reglas técnicas de apreciación y valoración de las pruebas porque sus actividades las realizan en conciencia y de buena fe. La sentencia es dictada por el juez federal que conduce el proceso.

<sup>96</sup> Número de componentes diferente al considerado en España, por ejemplo, que se conforma de un Magistrado integrante de la Audiencia Provincial, 9 miembros titulares y dos suplentes, elegidos por sorteo también entre un número no mayor de 36, ni inferior de 20. Vid. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, art. 2, BOE de 23 de mayo de 1995. En

establece el CFPP<sup>97</sup> (art. 58 LOPJF). Para este tribunal, desempeñar el cargo de jurado es una obligación del ciudadano (art. 61 LOPJF).<sup>98</sup>

## **B) La estructura local**

Como se ha dicho, cada Estado de la República mexicana cuenta con su propia organización judicial, de esto la complejidad de estudiar en detalle y en un espacio limitado cada uno de ellas. No obstante, se asemejan todos en organización y funcionamiento a los del Distrito Federal (D.F.), el cual tomamos como referencia.

### **1. Tribunal Superior de Justicia**

Los TSJ se componen de magistrados que son designados en conjunto por el gobernador (titular del ejecutivo estatal) y el congreso local, o por los ayuntamientos y el congreso. En algunos Estados, el tribunal funciona sólo por salas y en otros lo hace en pleno, o de forma mixta, dependiendo el asunto a resolver. Las resoluciones que adoptan pueden ser colegiadas o unitarias.

Entre las facultades que tienen está la de la de conocer de recursos, constituirse en tribunal de competencia, de re-

---

Estados Unidos de Norteamérica, el Jurado se forma de 12 ciudadanos, aunque es posible se emita un veredicto válido por un Jurado compuesto por menos de ese número. Vid. PÉREZ CEBADERA, M.-A., Las instrucciones al Jurado, op. cit., pág. 35.

<sup>97</sup> Publicado en el DOF de 30 de agosto de 1934.

<sup>98</sup> Para poder ser jurado se necesita: Ser ciudadano mexicano en pleno goce de sus derechos; saber leer y escribir, y ser vecino del Distrito judicial en que deba desempeñar el cargo, por lo menos desde un año antes del día en que se publique la lista definitiva de jurados (art. 59 LOPJF). El encargo de jurado es remunerado, siempre y cuando se asista a las audiencias, de acuerdo a lo previsto por el presupuesto. Por otro lado, los que falten a ellas sin causa justificada pueden ser sancionados (art. 67 LOPJF).

cusación o de acumulación. En ocasiones los tribunales tienen función de desafuero; algunos se constituyen como tribunales de primera instancia, cuando el demandado es el gobierno estatal o el municipal. En cierta entidad federativa, las decisiones sirven para fundar jurisprudencia obligatoria.

## **2. Juzgados**

Se puede clasificar a los juzgados básicamente en tres tipos: los de primera instancia o distritales; los juzgados menores, juzgados de paz (función que pueden tomar también los Alcaldes Judiciales), y en algunos estados se establece el jurado popular. Los jueces son designados por el Tribunal Superior, salvo los menores, que en determinados lugares son elegidos por voto popular o por los ayuntamientos.

### **C) El gobierno del Poder Judicial**

La potestad jurisdiccional del Estado se refleja compleja, por cuanto existen diversos órganos que conllevan el empleo de numerosos medios humanos para su funcionamiento.<sup>99</sup> Se hace necesaria una administración de gobierno dentro del propio Poder Judicial para evitar que distinto poder ejerza influencia en el mismo. La función de la actividad de índole administrativa tampoco ha de ser otorgado a los propios tribunales pues, como se sabe, resulta asfixiante y perjudica a la función del propio tribunal. Es conveniente hacer referencia al órgano que ocupa sitio importante dentro de la estructura administrativa.

---

<sup>99</sup> Actividad de gobierno del Poder Judicial que es compleja también en otros países. Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 128.

El gobierno del Poder Judicial Federal está confiado al CJF desde la reforma constitucional de 1994.<sup>100</sup> El organismo nació, principalmente, para descargar de la actividad administrativa a la SCJN,<sup>101</sup> además de tomar sobre sí objetivamente el control y ascenso de los funcionarios judiciales para evitar vínculos de subordinación y dependencia.<sup>102</sup> Es un órgano del Poder Judicial de la Federación, con independencia técnica y de gestión para dictar resoluciones. Además, en él se integran otros organismos auxiliares en la tarea como el Instituto de la Judicatura (art. 92 LOPJF); la Visitaduría Judicial (art. 98 LOPJF); y la Contraloría del Poder Judicial (art. 103 LOPJF).

Actualmente se compone de siete miembros (consejeros) de los cuales, uno será el presidente de la SCJN, quien lo será a su vez del CJF; tres consejeros designados por el pleno de la SCJN, por mayoría cuando menos de ocho votos, de entre los magistrados de circuito y jueces de distrito; dos consejeros designados por el Senado, y uno por el presidente de la República (arts. 100 CM y 69 LOPJF).

---

<sup>100</sup> Por tanto, la institución es de reciente creación y por ello nueva en nuestro medio jurídico. En España, país al cual probablemente se miró para la adopción de esta institución en México, el Consejo General del Poder Judicial tiene entre otras finalidades la de mantener fuera de influencias políticas a la justicia. Vid. MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 130.

<sup>101</sup> Los Tribunales Superiores estaban en la necesidad de discutir en los Plenos sobre asuntos como designaciones de Oficiales Judiciales, Actuarios, Secretarios y Jueces; también sobre el presupuesto y compra de mobiliario y equipo, entre otras cosas. Vid. MORALES SANTACRUZ, M. A., Facultades administrativas del Consejo de la Judicatura, en "Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia", núm. 1, año 2003, pág. 27.

<sup>102</sup> El objetivo es separar en definitiva la tarea administrativa y evitar lo que se determina como "clientelismo". Vid. CANTÚ, C. / CABALLERO JUÁREZ, J. A., Diagnóstico sobre la administración de la Justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2001, pág. 11.

Sin embargo, la intención de atribuir sólo funciones administrativas se pierde al permitirse, por la fracc. XII, párrafo segundo del apartado "B" del art. 123, que éste órgano resuelva conflictos del Poder Judicial y sus servidores; de igual forma resolverá conflictos surgidos entre la SCJN y sus empleados. Es decir, se le atribuyen funciones jurisdiccionales a un órgano que, en esencia, está pensado para administrar, organizar y vigilar el funcionamiento del Poder Judicial, atentando contra el ejercicio de la jurisdicción dado a los tribunales en exclusiva.<sup>103</sup>

Por último, en semejante sentido a lo ya expresado, se le asigna al pleno del CJF, entre otras tareas, la importante función de determinar "el número, división en circuitos, competencia territorial y en su caso, especialización por materia, de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Circuito" (art. 94 CM). La LOPJF continúa en ese sentido al precisar que la asignación de la competencia territorial y el órgano en que deban ejercer sus funciones los magistrados de circuito y jueces de distrito le corresponden al pleno del CJF (art. 118 LOPJF). Una vez más, estas facultades van más lejos de las de simplemente administrar.

#### **D) El acceso a la carrera judicial y su estatuto**

---

<sup>103</sup> Dice expresamente el art. 94, párrafo segundo de la CM que: "La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes".

No obstante lo indicado por la fracc. XII, apdo. "B" del art. 123, no encontramos procedimiento contemplado para resolver esos "conflictos" que puedan surgir entre la SCJN y sus empleados. Sería más lógico encargarlos a los Tribunales de competencia laboral, que, como se ha dicho, se encuentran fuera del Poder Judicial también.

Puede verse otros tantos casos de Tribunales fuera del Poder Judicial en OVALLE FAVELA, J., La independencia judicial..., en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", op. cit., pág. 57 a 60.

La carrera judicial y su reglamentación representan un punto débil en la organización judicial en México que repercute en la autonomía e independencia del mismo Poder Judicial. A diferencia de España, que distingue entre carrera judicial como el "*cursus* delimitado de la vida profesional del personal jurisdiccional"<sup>104</sup> y el personal auxiliar e incluso personal colaborador, en México se pretendió con las reformas a la CM publicadas el 31 de diciembre de 1994 la creación de una carrera judicial que incluya, además de los jueces y magistrados, a los secretarios y actuarios.<sup>105</sup> El resultado no ha sido satisfactorio y la intención de la reforma se encuentra lejos de establecer claramente ese objetivo.

Por lo dicho conviene tratar el tema por segmentos. Primero, hemos de referirnos al personal jurisdiccional concretamente. Aquí puede distinguirse dos grandes apartados en lo que a nombramiento y designación de jueces y magistrados o ministros se trata, pudiendo detallar el caso especial de la SCJN como ejemplo. Como segundo, se encuentran los restantes miembros de los órganos jurisdiccionales.

Con la SCJN se adopta un sistema de nombramiento de tipo mixto.<sup>106</sup> De acuerdo con este modelo, los Poderes Legislativo

---

<sup>104</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 166.

<sup>105</sup> Nos referimos al mandato constitucional de establecer las bases legales para la formación y actualización de funcionarios, establecimiento de la carrera judicial, y los principios que le han de regir como la excelencia, profesionalismo, objetividad, imparcialidad y antigüedad. Así el art. 100, párrafo séptimo, de la CM.

<sup>106</sup> Que se distingue, pero se conforma, de otros dos sistemas. Uno de ellos sería la designación por órgano legislativo: en la medida en que se atribuye al órgano legislativo la representación de la voluntad política del pueblo o de la nación, se considera debe nombrar a las personas que tendrán a su cargo la función jurisdiccional. Esta forma de nombramiento corresponde al sistema de gobierno convencional. El otro, por órgano ejecutivo: el ejecutivo es quien define de manera exclusiva los nombramientos de los titulares del órgano judicial. Vid. GÓMEZ LARA, C., Teoría general del proceso, Ed. Harla, 9ª ed., México 1998, págs. 155 y 156.



y Ejecutivo participan en la nominación de las personas que integran el Poder Judicial.<sup>107</sup> Se busca con esto lograr un mayor equilibrio en las designaciones, aunque esto representa una posible vía de control político. En el procedimiento para escoger a los ministros de la SCJN, el Poder Ejecutivo propone una terna al Senado de la República,<sup>108</sup> por cada vacante, y esa cámara legislativa realiza el nombramiento correspondiente.<sup>109</sup>

Con respecto de lo segundo, en lo que atañe a los nombramientos de magistrados de circuito y jueces de distrito, es el propio Poder Judicial Federal quien interviene en ello.

---

<sup>107</sup> Según art. 95 CM, para poder ser ministro de la SCJN se necesita reunir los siguientes requisitos: I.- Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles; II.- Tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; III.- Poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello; IV.- Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza y otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena, y V.- Haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación; y VI.- No haber sido secretario de estado, jefe de departamento administrativo, Procurador General de la República o de Justicia del D.F., senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado o Jefe del D.F., durante el año previo al día de su nombramiento. Los nombramientos de los Ministros deberán recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica.

<sup>108</sup> La CM, en el art. 89 dispone las facultades del Poder Ejecutivo, y las fracciones III y XVIII dicen respectivamente: "nombrar los ministros, agentes diplomáticos y cónsules generales, con aprobación del Senado"; y, "presentar a consideración del Senado, la terna para la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia y someter sus licencias y renunciaciones a la aprobación del propio Senado". Por otra parte, en su art. 96, dispone: "Para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Ministro que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Senado no resolviera dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que, dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República...".

<sup>109</sup> Especificado en la CM, por el art. 76, fracc. VIII.

Así, el CJF encabezado por el Presidente de la SCJN e integrado por tres consejeros nombrados por el Poder Judicial de la Federación, dos electos por el Senado de la República y uno designado por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, interviene en la designación y ratificación de jueces y magistrados (art. 100 CM).

Por lo anterior, el ingreso y promoción de los de los servidores públicos de carácter jurisdiccional del Poder Judicial de la Federación se realiza mediante el sistema de carrera judicial. Hay pretensión que el sistema sea regido por los principios de excelencia, profesionalismo, objetividad, imparcialidad, independencia y antigüedad en su caso (art. 105 LOPJF).

La carrera judicial en México, aquí una peculiaridad notable, posee las siguientes categorías: magistrados de circuito; juez de distrito; secretario general de acuerdos de la SCJN; subsecretario general de acuerdos de la SCJN; secretario de estudio y cuenta de ministro; secretario de acuerdos de sala; subsecretario de acuerdos de sala; secretario de tribunal de circuito; secretario de juzgado de distrito; y actuario del poder judicial de la federación (art. 110 LOPJF).

El ingreso y promoción para las categorías de magistrado de circuito y juez de distrito se realiza a través de concurso interno de oposición y oposición libre. Las designaciones que deban hacerse en las categorías de magistrado de circuito y juez de distrito, son cubiertas mediante concurso interno de oposición y mediante concurso de oposición libre en la proporción que fije el pleno del CJF. En los concursos internos de oposición para la plaza de magistrado de circuito, únicamente pueden participar los jueces de distrito, y para

los concursos de plaza de juez de distrito, quienes se encuentren en las otras categorías previstas en la carrera judicial.

Se encarga el propio CJF de destituir o inhabilitar temporalmente a los jueces y magistrados, en virtud de encontrárseles responsables de cometer faltas graves en sus actos.<sup>110</sup> Los ministros de la SCJN son considerados de forma diferente. Sólo se procede en los casos a que se refiere el art. 101 y el título IV de la CM, así como las fracciones XI, XIII, y XV a XVII del art. 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.<sup>111</sup>

Ahora bien, con respecto de las diversas categorías de secretarios y actuario debieran regirse por semejante normativa a la de ministros, magistrados y jueces. Así puede extraerse del citado texto del art. 110 de la LOPJF. La reforma introducida en el año 1994 tenía ésa intención, la de crear la carrera judicial para todas esas categorías. Por lo que principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia, tendrían que ser extensivos a los mismos. No obstante, el art. 97 de la CM de inicio, en espe-

---

<sup>110</sup> Las sanciones aplicables a las faltas contempladas en la LOPJF y en el art. 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos consisten en: apercibimiento privado o público; amonestación privada o pública; sanción económica; suspensión; destitución del puesto, e inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público (art. 135 LOPJF). Tratándose de jueces y magistrados, la destitución sólo procede en los siguientes casos: I. Cuando incurran en una causa de responsabilidad grave en el desempeño de sus cargos, y II. Cuando reincidan en una causa de responsabilidad sin haber atendido a las observaciones o amonestaciones que se les hagan por faltas a la moral o a la disciplina que deben guardar conforme a la ley y a los reglamentos respectivos (art. 137 LOPJF).

<sup>111</sup> Que se refieren a los casos en que, siendo ministros de la SCJN, acepten desempeñar empleo o encargo remunerado en la Federación, además del que ya ostenten en el Poder Judicial. También no haber sido secretario de estado, jefe de departamento administrativo, procurador general de la república o de justicia del D.F., senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado o jefe del D.F., durante el año previo al día de su nombramiento (arts. 95 y 101 CM).

cial lo indicado por su párrafo cuarto, resulta contradictorio como expondremos a continuación.

Dice textualmente ese párrafo: "La Suprema Corte de Justicia nombrará y removerá a su secretario y demás funcionarios y empleados. Los magistrados y jueces nombrarán y removerán a los respectivos funcionarios y empleados de los Tribunales de Circuito y de los Juzgados de Distrito, conforme a lo que establezca la ley respecto de la carrera judicial". Es decir, se otorga tanto a magistrados como a jueces facultades de nombramiento y remoción del personal, también para su selección, ascenso y formación, restando importancia a la objetiva capacidad y preparación de las personas a quienes se confía una actividad dentro de los tribunales.

En este contexto, contribuye a la paradoja el CJF con la publicación de normativa referida a la organización y funcionamiento del propio CJF en su tarea de estructurar la carrera judicial. La normativa se adopta por los acuerdos generales acordados por su pleno, y nos referiremos en concreto a los marcados con números 48/1998 y 26/2004. En el primero, que determina reglamentación sobre la carrera judicial en su título tercero,<sup>112</sup> resulta llamativo el hecho que para ser designado secretario o actuario se necesitan acreditar una experiencia profesional de tres años, existiendo las posibilidades siguientes:

a) comprobarlo desde y por la fecha en que el aspirante haya presentado examen profesional para obtener el título de licenciado en derecho;

b) que antes de recibirse el aspirante haya laborado en órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación,

---

<sup>112</sup> Acuerdo General número 48/1998, que regula la organización y funcionamiento del Consejo de la Judicatura Federal. Publicado en DOF de 23 de marzo de 1999. Actualizado al 21 de enero de 2005.

o en el CJF, desarrollando actividades relacionadas con aspectos jurídicos, no importando la categoría o cargo que desempeñe; y

c) que el magistrado de circuito o juez de distrito solicitante manifieste que el aspirante a ocupar la plaza posee práctica profesional de más de esos tres años.

Los anteriores supuestos "a" y "c" parecen algo claros por cuanto suponen personas con conocimientos jurídicos, aunque no ideales para acreditar una pericia en derecho. Pero el supuesto "b" es diferente. En el propio Acuerdo General 48/1998 se dice en el art. 181 que la Comisión de carrera judicial debe establecer un programa de "meritorios" compuesto por estudiantes de derecho que, previo "visto bueno" del Instituto de la Judicatura, forman parte importante en el entramado de ingreso a la estructura de los tribunales.<sup>113</sup> Sin embargo, dicho programa no es obligatorio para los titulares de los tribunales receptores de los estudiantes. Es decir, pueden no participar en el programa por decisión propia tal como dice el art. 181, dejando abierta la posibilidad de incorporar a personas distintas de esos estudiantes de la carrera de derecho. ¿De qué otra manera se cubre las plazas en los tribunales no inscritos al programa?

Por otro lado, el Acuerdo General 26/2004 dispone que para ser secretario ha de superarse un "examen de aptitud", pero se determina también en el art. 9 los supuestos de aplicación de esos exámenes a las personas que propongan los titulares del tribunal, o a las personas que acrediten el curso para secretarios. Continuamos percibiendo aquí una fuerte facultad de manejo por parte de los titulares. El caso de los actuarios no es muy distinto, pues, sólo serán sujetos de

---

<sup>113</sup> Véase arts. 181 a 184, Capítulo "De la Carrera Judicial" del Acuerdo General número 48/1998.

examen las personas que propongan los titulares o los oficiales judiciales que cuenten con título profesional y una antigüedad superior a dos años en el Poder Judicial de la Federación. Para ambas categorías, en caso de no acreditar el examen, los aspirantes podrán ser propuestos por los titulares para sustentar subsecuentes exámenes, siempre y cuando tal propuesta se haga después de seis meses del examen que no se aprobó.<sup>114</sup>

Aún aprobando el examen de aptitud o superando la especialidad, el Acuerdo General 26/2004 determina que sólo estarán los aspirantes en aptitud de ser nombrados para el encargo, y facultad sólo a los titulares de los tribunales para que puedan dar ese nombramiento. Es decir, existe la posibilidad que se incorporen a la vacante sólo aquéllos a los que el titular conoce o se han "recomendado". Inclusive, los titulares de los tribunales de circuito y juzgados de distrito quedan facultados para renovar los nombramientos de los secretarios y actuarios de su adscripción, sin necesidad de presentar el correspondiente examen de aptitud. Asimismo, si el servidor público respectivo ha desempeñado sus funciones por más de seis meses, con nota favorable en su expediente, y si así lo considera el titular, podrá otorgársele nombramiento de base.<sup>115</sup>

Concretando, estar en posesión del título profesional de Licenciado en Derecho, acreditar la práctica profesional mínima requerida de 3 años, aprobar con mejor nota el examen

---

<sup>114</sup> Véase "Acuerdo General" número 26/2004, que reglamenta los cursos del Instituto de la Judicatura Federal; fija las bases para celebrar y organizar los exámenes de aptitud a que se refiere el art. 115 de la LOPJF; establece el procedimiento para la expedición de nombramientos de Secretarios de Tribunal de Circuito, de Juzgados de Distrito y actuarios del Poder Judicial de la Federación; y abroga el Acuerdo General 3/2002 del propio Órgano Colegiado. Publicado el 17 de mayo de 2004.

<sup>115</sup> Véase el art. 136 del Acuerdo General número 48/1998.

oral de aptitud, o acreditar la especialidad requerida, lo cual sería una muestra más objetiva de calidad para ocupar un encargo de secretario o actuarios, no son indicativos determinantes para el ingreso y ascenso en la carrera judicial en México.<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> Puede verse en ese sentido a SIERRA PUENTE, A. M<sup>a</sup>., Por una reforma constitucional, para crear la carrera judicial de secretarios, actuarios y oficiales judiciales del Poder Judicial de la Federación, en "Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia", núm. 7 enero-junio 2006, págs. 111 a 133.





**Parte II**

**BASES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL  
PROCESO PENAL VIGENTE EN MÉXICO**



## **I. PRINCIPIOS PROCESALES PENALES**

Los principios jurídicos constituyen un factor orientador importante para las normas que regulan un proceso.<sup>117</sup> Estos principios, presentes en el ordenamiento jurídico mexicano, están consagrados en la CM o en las leyes ordinarias, y resultan ser de aplicación directa e inmediata por los tribunales. Además, constituyen elementos fundamentales, datos o factores integradores de la analogía para la interpretación ante supuestos de laguna legal.

La CM contiene consagradas en su texto referencias sobre el proceso, y en especial sobre el proceso penal más que ningún otro. Así, algunos principios básicos procesales se constituyen como derechos fundamentales de obligado respeto, como acontece también en otros países.<sup>118</sup>

Pero de la CM no obtenemos referencias definitivas que la doctrina local pueda fácilmente determinar y clasificar. Por esa razón, acudimos a una estructura doctrinal europea, que se presenta más ordenada y clara que la que podemos encontrar en nuestra ley y doctrina, con el objetivo de seguir sus planteamientos.<sup>119</sup> No obstante, no dejamos de lado el apoyo de la jurisprudencia dictada por la SCJN, que nos indi-

---

<sup>117</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1997. También puede verse a BERZOSA, V., Principios del Proceso, en Rev. "Justicia", año 1992, núm. III, pág. 554.

<sup>118</sup> Caso de España. Vid. PLANCHADELL GARGALLO, A., El derecho fundamental a ser informado de la acusación, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, pág. 41.

<sup>119</sup> Una exposición de los principios procesales en general y sus manifestaciones en la estructura del proceso puede verse, entre otros, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, págs. 317 y ss.; en particular referidos al proceso penal MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, Ed. Tirant Lo Blanch, 15ª ed., Valencia 2007, págs. 11 y ss.

ca lo que al criterio del máximo tribunal ha querido decir el legislador nacional.<sup>120</sup> Por eso, en el análisis proporcionamos una breve referencia de lo que entiende la doctrina por el principio en cuestión, para luego, desde esa perspectiva, buscar su reflejo en el ordenamiento mexicano con apoyo de la doctrina especializada.

Un importante elemento de matización es, la realidad jurídica de que todo proceso conforma actos en los que necesariamente concurren e intervienen dos partes parciales y un tercero imparcial que ha de juzgar. Esta idea esencial no puede ser distinta en el ordenamiento mexicano, puesto que resulta primordial que el sistema jurídico se apoye en el imperio de la ley y que sean los tribunales legalmente establecidos los encargados de imponer de las penas de forma exclusiva (art. 21 CM), pudiéndolo hacer sólo por medio del instrumento del proceso penal.<sup>121</sup>

Comenzamos el análisis con los principios referentes a las partes, para luego acercarnos al instrumento jurídico que ha de ser utilizado por los tribunales para cumplir con su función como lo es el proceso penal, para continuar con principios atinentes a la acción y, terminar con este capítulo, agrupando los principios relacionados al procedimiento penal.

Una vez tratado algunos problemas de independencia del Poder Judicial, de la organización judicial y de la carrera

---

<sup>120</sup> El art. 94 de la CM establece que es la ley la que fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la CM, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por México, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

<sup>121</sup> Desde un punto de vista normativo en México, partimos de la idea que la sociedad se desenvuelve en un Estado de Derecho, como ha quedado dicho en el capítulo anterior, que se presenta como una evolución de un régimen de dictadura a otro sistema en que rige la ley como es intención de nuestra CM de 1917.

judicial, pretendemos continuar estableciendo aquí las actuales características del proceso penal federal que le posicionan, según nuestra preliminar opinión, dentro de un modelo más inquisitivo que uno acusatorio moderno.<sup>122</sup>

#### **A) Principios con relación a las partes**

Estos principios son considerados a partir que el proceso es *actus trium personarum*, consistente en dos partes parciales y un tercero imparcial.<sup>123</sup> En caso de no cumplirse de forma total los principios de dualidad de partes, contradicción o audiencia y el de igualdad de armas procesal, no se puede estar en presencia, ni hablar, de un proceso. Respecto de las partes, sólo cabe hablar de proceso cuando las mismas son dos y están en contradicción e igualdad.<sup>124</sup>

#### **1. Principio de dualidad de posiciones**

Entendemos por principio de dualidad de partes, la tradicional postura que considera la constitución de un verdadero proceso con la existencia necesaria de al menos dos partes contrapuestas. Así, en el ámbito procesal penal se encuentra la de aquél que formula o mantiene la acusación y, otra que contempla la posición del acusado, aquél contra el que se ejercita la acusación.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> En sentido contrario véase a ISLAS / RAMÍREZ, El sistema procesal penal en la Constitución, Ed. Porrúa, México 1979, según estos autores, el sistema consagrado en nuestra Constitución es el acusatorio, en especial pág. 39.

<sup>123</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 323.

<sup>124</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., Principios del proceso penal..., op. cit., pág. 137.

<sup>125</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 324. RAMOS MÉNDEZ, F., El sistema procesal español, Ed. Atelier, 7ª ed.,

Entendemos también, que este principio puede comprender la existencia de un proceso con más de dos partes,<sup>126</sup> las cuales asuman totalmente los derechos, cargas y deberes procesales, sin que debamos hablar de posición distinta a las antes señaladas.<sup>127</sup> Es decir, no hay postura diferente adicional a la de acusador y acusado. Por tanto, tal como señala MONTERO AROCA, debemos atender a un principio de dualidad de posiciones.

En México, el MP representa a la parte acusadora en su totalidad, aunque el ofendido por el delito tengan derecho a coadyuvar con el MP en el procedimiento penal, una vez que éste ejercite la acción penal. Es decir, el sujeto activo es monopolizado por el MP, negando la posibilidad de participación de otro sujeto, aún cuando existan varias personas ofendidas, pues a estas no se les considera partes.<sup>128</sup>

La posición del acusado no representa problema de identificación en el proceso penal federal, pues éste tiene que estar determinado una vez se abra la audiencia o vista (juicio oral). En la posición pasiva pueden existir varios acusados por el mismo delito, pero se cumple con el enjuiciamiento

---

Barcelona 2005, pág. 367 y ss. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., Tratado de Derecho Procesal Civil, Ed. Aranzadi, 2ª ed., vol. I, Pamplona 1985, pág. 233 a 236.

<sup>126</sup> De forma elemental, no podría existir proceso con una sola parte siendo aplicable esto tanto en el ámbito civil como el penal. Por eso, por ejemplo, si el acusado muere durante el proceso penal, el proceso debe concluir. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 323.

<sup>127</sup> En ese sentido BERZOSA, V., Principios del Proceso, op. cit., pág. 560.

<sup>128</sup> De los arts. 21 y 102, A), ambos de la CM; y art. 136 CFPP que señala la correspondencia del ejercicio de la acción penal al MP y 141 sobre el derecho de a coadyuvar con el MP.

individual en lo referente a la participación de cada uno de los acusados.<sup>129</sup>

## **2. Principio de contradicción o audiencia**

El principio repercute indudablemente en las partes, pero, como aclara la doctrina, va dirigido como mandato al legislador para que regule el proceso, cualquier proceso, considerando que las partes han de disponer de facultades procesales plenas para tender a conformar la resolución que se debe dictar por el órgano jurisdiccional.<sup>130</sup>

La contradicción, como principio que incide en la conformación del proceso, no aparece claramente como un derecho fundamental en México. Pero haciendo ejercicio extensivo del art. 14, párrafo primero, de la CM, podríamos contemplarlo. Esto traduciría su observancia en los procesos, cuando el órgano jurisdiccional respeta el derecho de defensa al acusado, a conocer de la acusación formulada en su contra y de la posibilidad real de ser oído en el proceso penal, mediante alegaciones, diligencias o actos.

La SCJN ha establecido que dentro de los requisitos que deben satisfacer los ordenamientos que prevean procedimientos que puedan concluir con la privación de derechos de los gobernados se encuentran los de ofrecer y desahogar pruebas y

---

<sup>129</sup> Como lo expresa MONTERO AROCA, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 323.

<sup>130</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 325.

de alegar, con base en los elementos en que el posible afectado finque su defensa.<sup>131</sup>

Es decir, existe la necesidad de ser oído, conociendo previamente los materiales necesarios para poder responder a ello. La posibilidad de ser escuchado en defensa siempre ha de existir, aunque si bien el que teniendo la oportunidad no alegue o diga nada tal vez lo haga por estrategia procesal. Por eso la presencia del acusado mismo es un deber para el Estado y un derecho irrenunciable. No se puede rebatir lo que no se ha escuchado. El art. 14 CM, manifiesta de manera indirecta que nadie podrá ser privado de la vida, posesiones y derechos sino mediante juicio ante los tribunales, que ha de ser con las formalidades legales y garantías establecidas por la propia ley.

FAIRÉN GUILLÉN ejemplifica lo anterior afirmando que, a cada acción le corresponde una reacción, por lo que la oposición a la pretensión del acusador exige una actividad positiva del acusado.<sup>132</sup> En ese mismo sentido ante una acción de la

---

<sup>131</sup> "En las leyes procedimentales, tales instrumentos se traducen en la existencia de instancias, recursos o medios de defensa que permitan a los gobernados ofrecer pruebas y expresar argumentos que tiendan a obtener una decisión favorable a su interés. Ahora bien, para brindar las condiciones materiales necesarias que permitan ejercer los medios defensivos previstos en las leyes, en respeto de la garantía de audiencia, resulta indispensable que el interesado pueda conocer directamente todos los elementos de convicción que aporten las demás partes que concurran al procedimiento, para que pueda imponerse de los hechos y medios de acreditamiento que hayan sido aportados al procedimiento de que se trate, con objeto de que se facilite la preparación de su defensa, mediante la rendición de pruebas y alegatos dentro de los plazos que la ley prevea para tal efecto". Registro IUS: 196510. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. VII, abril de 1998. Pág. 21. Rubro: AUDIENCIA, GARANTÍA DE. PARA QUE SE RESPETE EN LOS PROCEDIMIENTOS PRIVATIVOS DE DERECHOS, LA OPORTUNIDAD DE PRESENTAR PRUEBAS Y ALEGATOS DEBE SER NO SÓLO FORMAL SINO MATERIAL.

<sup>132</sup> Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales, Ed. Bosch, Barcelona 1990, pág. 36.



defensa ha de corresponder una reacción del acusador, por lo que puede hablarse de un principio de audiencia bilateral.<sup>133</sup>

### **3. Principio de igualdad procesal**

Se ha dicho que el principio de igualdad sirve de complemento al anterior principio de contradicción, pudiendo verse también en combinación con la dualidad de partes.<sup>134</sup> Así, no puede hablarse de una verdadera audiencia si entre las partes procesales no existen iguales oportunidades para emplear los medios o posibilidades de alegación, prueba e impugnación. Lo que se pretende aquí, como ha expresado DE LA OLIVA SANTOS, es evitar cualquier privilegio a favor o en contra de alguna de las partes dentro del proceso.<sup>135</sup>

Por tanto, se rompe el principio de igualdad cuando le es conferido a alguna parte privilegios procesales carentes de justificación objetiva y razonable, o cuando dentro del proceso se le concede, sin fundamento alguno, a alguna parte posibilidades de alegación, prueba o impugnación que sean negadas a la otra.<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> En semejante sentido a lo expresado por FAIRÉN GUILLÉN, puede verse a BERZOSA, V., Principios del Proceso, op. cit., pág. 563. Por otro lado, la normativa procesal mexicana va regulando diversos momentos en los que, para cada acontecimiento, se pide escuchar tanto al acusador como a la defensa y al acusado mismo. Así arts. 90, 133 bis, y 362, todos del CFPP, entre otros.

<sup>134</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, Ed. Porrúa, México 2002, pág. 51; también BERZOSA, V., Principios del Proceso, op. cit., pág. 569.

<sup>135</sup> No se hace referencia aquí a una igualdad entre las partes, sino a una igualdad de oportunidades y medios. No puede ser igual aquél que ataca con el que es atacado. Existe, eso sí, una desigualdad funcional. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., en ARAGONESES MARTÍNEZ / DE LA OLIVA SANTOS / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1995, págs. 32 y 33.

<sup>136</sup> GIMENO SENDRA, V., en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Introducción al Derecho Procesal, Ed. Colex, Madrid 1997, pág. 295.

No obstante, si bien lo dicho hace referencia al proceso penal, durante el inicio de la investigación penal en el modelo vigente en México puede llegar a tomarse una ventaja significativa por parte del MP en virtud de la facultad de investigación que se le otorga, así como el monopolio de la acción penal. Dicha ventaja no viene a ser "compensada" en el proceso penal, en virtud que no existe propiamente dicha una instrucción judicial que proporcione iguales posibilidades de líneas de investigación a la defensa.

En concreto, y con base en lo que parte de la doctrina española dice, tratamos aquí de una igualdad de medios de ataque y defensa en cuanto al planteamiento de los hechos en el proceso penal que no se presenta directamente en el CFPP. La jurisprudencia mexicana no se ha referido, en nuestra opinión, de forma clara a este aspecto que buscamos. La SCJN se especifica a la igualdad en términos generales, sin referirse en concreto a su incidencia con respecto del proceso. Es decir, lo que decimos es que en México no se ha cuidado en realidad a la igualdad procesal, o lo que también suele llamarse como igualdad de "armas procesal".

La SCJN ha dicho para delimitar conceptualmente este principio, que en la forma que está instituida por la CM no pretende generar una igualdad matemática y ciega ante las diferentes situaciones que surgen en la realidad, sino que se refiere a una igualdad de trato ante la ley.<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup> Continúa diciendo nuestra SCJN que: "...Si bien el emisor de la norma puede prever situaciones fácticas que requieren un trato diferente, éste debe sustentarse en criterios razonables y objetivos que lo justifiquen, sin dejarlo al capricho o voluntad del legislador. Además, la igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad intrínseca, ya que es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones, y siempre es resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de "términos de comparación", los cuales, así como las características que los distinguen, dependen de la determinación por el sujeto que efectúa dicha comparación, según el punto de vista del escrutinio de igual-

Así, en reciente jurisprudencia la SCJN también ha dicho que la igualdad "...en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido)".<sup>138</sup>

Pero esta igualdad a la que nos referimos, a la procesal, que no está claramente estipulada en la legislación, debe alcanzar a la fase probatoria, además de contemplarse en una nueva instrucción judicial que propondremos, así como la igualdad de oportunidades en las audiencias, teniendo uso de la palabra el acusado y con idénticas posibilidades de interponer recursos. Sin embargo, remarcamos que somos de la opinión que debe comenzar a estructurarse desde la fase de investigación del procedimiento penal que, por realizarse en su mayor parte durante el procedimiento de averiguación previa a cargo del MP, no se respeta en nuestro ordenamiento regulador del enjuiciamiento penal.

## **B) Principios que hacen referencia al órgano jurisdiccional**

La legislación mexicana contiene principios jurídicos que hacen referencia al proceso, y en algunos casos hace referencia especial al proceso penal sobre los demás. Los prin-

---

dad. Así, la determinación del punto desde el cual se establece cuándo una diferencia es relevante será libre mas no arbitraria, y sólo a partir de ella tendrá sentido cualquier juicio de igualdad". Consúltese la Tesis Aislada con registro IUS: 176705. 9ª Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XXII, noviembre de 2005. Pág. 40. Rubro: IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO.

<sup>138</sup> Jurisprudencia con registro IUS: 174247. 9ª Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XXIV, septiembre de 2006. Pág. 75. Rubro: IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

cipios siguientes son esenciales en virtud del reconocimiento del proceso como el instrumento único, al servicio de los tribunales legalmente establecidos, para la aplicación del derecho.<sup>139</sup>

En el caso del proceso penal, también son consecuencia de la atribución del *ius puniendi* de forma exclusiva al Estado. Los principios específicos del proceso penal, los abordaremos en apartado posterior.

### **1. Principio de unidad jurisdiccional**

En México la palabra "fuero" se considera como sinónimo de jurisdicción.<sup>140</sup> La CM establece cuatro jurisdicciones o fueros: constitucional, federal, local o estatal y militar. En el contexto jurídico positivo la unidad jurisdiccional no puede encontrarse a diferencia de lo que ocurre en otros países.<sup>141</sup> En México, la jurisdicción emana de la soberanía po-

---

<sup>139</sup> Esto denota un avance de civilización, por cuanto denota que el delito supone algo distinto de los conflictos civiles. Si bien hay una serie de principios comunes al proceso, el proceso penal supone también que inciden en él principios que no pueden hacerlo de la misma manera que en otros procesos. Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 301.

<sup>140</sup> Cfr. arts. 13, 18, 61, 73 fracc. XXI, 110 y 122 fracc. V, inciso m), todos de la CM. Véase al respecto a BURGOA ORIHUELA, I., que señala al concepto como multívoco, esto es, que tiene muchas acepciones, en Las Garantías individuales, op. cit., pág. 291. OVALLE FAVELA nos señala que la palabra "fuero" es una de las que más significados tiene en el lenguaje jurídico de ascendencia hispánica. Durante algún tiempo se le denominó fuero a la inmunidad que reviste a los funcionarios con responsabilidad política, para no ser sujetos a un proceso penal sin la autorización de la Cámara de Diputados. Esto ya ha sido superado en el entorno jurídico mexicano. Vid. OVALLE FAVELA, J., Garantías Constitucionales..., op. cit., pág. 6. También ARILLA BAS, F., El procedimiento penal..., op. cit., pág. 44. Por otro lado, en España es común utilizar el vocablo "jurisdicción" para referirse a la función desarrollada por los juzgados y tribunales integrados en el Poder Judicial. Así, entonces, en el Estado de Derecho español los términos jurisdicción y Poder Judicial suelen ser sinónimos. Vid. DAMIÁN MORENO, J., Introducción al Sistema Judicial..., op. cit., pág. 22.

<sup>141</sup> España, por ejemplo, lo determina en el art. 117.5 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978. También el art. 3.1 de la Ley Orgánica

pular pero se manifiesta de forma diversa a otros Estados cuya organización política no es la federal, por lo que no se puede considerar la existencia de una única jurisdicción.<sup>142</sup>

Comparativamente, en España, por ejemplo, la jurisdicción como potestad dimanante de la soberanía del Estado es necesariamente única. El término empleado por la doctrina es el de la "unidad de la jurisdicción", que observamos difícil de asimilar en nuestro orden jurídico mexicano.<sup>143</sup>

Examinando la situación local, por Estado de la república mexicana, cada uno de los mismos posee una Constitución y una organización semejante a la pactada en la esfera federal. Como resultado práctico, en cada estado pueden coexistir territorialmente tribunales diversos que respondan a jurisdicciones diferentes.

Distinto concepto existe al referirnos a la configuración de los tribunales y juzgados. La realidad jurídica mexicana, al igual que en otros países, ha obligado a los tribunales a diversificarse según las materias, recayéndoles diferentes competencias otorgadas por ley a distintos tribunales.<sup>144</sup>

---

6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial español. Puede verse un resumen histórico en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, págs. 66 a 79. En semejante sentido ORTELLS RAMOS, M, Introducción al Derecho Procesal, Ed. Comares, Granada 1999, pág. 46.

<sup>142</sup> Se dice que: "...es conceptualmente imposible que un Estado no federal tenga más de una jurisdicción, por cuanto sólo existe una soberanía y sólo puede existir una potestad jurisdiccional que emane de ella. Vid. a MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 66 y 112.

<sup>143</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid 1979, pág. 28.

<sup>144</sup> De tal manera, puede hablarse de tribunales civiles, mercantiles, penales, ordinarios, etc. La competencia de cada Tribunal reafirma la idea que la jurisdicción es ejercida por los propios órganos, pero que éstos la ejercen en las materias asignadas. Lo que se ha originado es una espe-

Por tanto, es apropiado manifestar que en México no existe una unidad jurisdiccional como se entiende en España, puesto que hay jurisdicción federal, jurisdicción local y jurisdicción militar. Aunque sí cabe, como en otros países, asignar varios ámbitos de competencia a los órganos jurisdiccionales.<sup>145</sup>

De esta manera, la capacidad objetiva o competencia del órgano sólo puede ser ejercida dentro de los límites marcados. O si se prefiere, sólo puede ejercerse la función jurisdiccional por los respectivos y distintos tribunales de ese orden.<sup>146</sup>

---

cialización de tribunales en virtud de las materias asignadas. En ése sentido, no existen, pues, varias jurisdicciones, sino varias manifestaciones de una única jurisdicción. No hay jurisdicciones especiales, sino tribunales especiales. Vid. MONTERO AROCA, J., Introducción al Derecho Procesal..., op. cit., pág. 28; y PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L., en PRIETO-CASTRO / ALMAGRO NOSETE / GONZÁLEZ-DELEITO, Tribunales españoles. Organización y funcionamiento, Ed. Tecnos, 5ª ed., Madrid 1979, pág. 150.

<sup>145</sup> Sobre la *jurisdicción* no es que exista una jurisdicción penal. Existe, eso sí, actividad jurisdiccional, pero no jurisdicción penal. El concepto jurisdicción es único e igual para cualquier área -civil, penal, laboral- y lo que en todo caso cambia es la materia del litigio. Posteriormente, la doctrina hace diferencia con respecto de la "competencia", pero como el límite dentro del cual se puede ejercer la función jurisdiccional. Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, Ed. Bosch, t. I, Barcelona 1947, págs. 278 a 286, en especial 283. También véase lo citado por MONTERO AROCA, J., Introducción al Derecho Procesal..., op. cit., pág. 30; IDEM, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 66 y 112; PRIETO-CASTRO, L., en PRIETO-CASTRO / ALMAGRO NOSETE / GONZÁLEZ-DELEITO, Tribunales españoles..., op. cit., pág. 150; y de forma aproximada a SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 98 y 137.

<sup>146</sup> Así, la competencia constitucional corresponde a la Cámara de Diputados, como Jurado de Acusación, y por la Cámara de Senadores, como Jurado de Sentencia, para seguir el "juicio político" contra los servidores a que hace referencia el art. 110 constitucional. Por la Cámara de Diputados, erigida en Gran Jurado, para conocer del antejudio necesario para proceder penalmente contra los servidores públicos que expresa el art. 111 constitucional. Por el Senado para conocer, previa acusación de la Cámara de Diputados, de los delitos de traición y graves del orden común, cometidos, en su caso, por el Presidente de la República, durante el ejercicio de su cargo, art. 111, párrafo cuarto constitucional. La competencia federal recae sobre los delitos enumerados en la fracc. I del art. 50 de la LOPJF, que pueden ser clasificados por razón del lugar, por razón de las personas, por combinación de ambas, por razón del delito y por

## 2. Principio de exclusividad

En México, la LOPJF precisa los órganos del Poder Judicial (art. 1).<sup>147</sup> A dicho poder se le atribuye la función de la jurisdicción por deducción de la división de poderes (art. 40).<sup>148</sup> El art. 13 CM atribuye, configurándolo de forma negativa, el monopolio estatal de la jurisdicción a los órganos jurisdiccionales al determinar que: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero...". De tal manera que, están prohibidos los tribunales especiales y de la tarea jurisdiccional aquellos órganos que no posean por ley tal asignación. Por tanto, la exclusividad jurisdiccional viene a determinar a qué órganos del Estado se les atribuye la jurisdicción.<sup>149</sup>

---

razón de atracción. La competencia militar, conoce de los delitos y faltas contra la disciplina militar o castrense, de acuerdo con el art. 13 constitucional. Esta jurisdicción es mixta, es decir, personal (sujeto activo del delito sea militar) y real (que el delito lesione la disciplina militar). Y por último, la competencia estatal o local, de manera resumida, conocerá de aquellos asuntos que no se incluyan en los demás órdenes y que le sean atribuidos por ley a cada tribunal o juzgado.

<sup>147</sup> Art. 1 LOPJ: "El Poder Judicial de la Federación se ejerce por: I.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación; II.- El Tribunal electoral; III.- Los tribunales colegiados de circuito; IV.- Los tribunales unitarios de circuito; V.- Los juzgados de distrito; VI.- El Consejo de la Judicatura Federal; VII.- El jurado federal de ciudadanos, y VIII.- Los tribunales de los Estados y del D.F., en los casos previstos por el art. 107, fracc. XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los demás en que, por disposición de la ley deban actuar en auxilio de la justicia federal".

<sup>148</sup> El Poder Judicial incorpora, al igual que los otros poderes, una idea de autoridad o de supremacía, en la medida que impone la autoridad popular, asegurando la observancia de la ley. "Por esta razón, cuando la Constitución atribuye exclusivamente el ejercicio de esta potestad a los órganos integrantes del Poder Judicial, no está haciendo más que constatar lo que en definitiva es el Poder Judicial en un Estado de Derecho". Vid. DAMIÁN MORENO, J., Introducción al Sistema Judicial..., op. cit., pág. 35.

<sup>149</sup> Caso distinto lo constituye la institución del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos intersubjetivos de intereses jurídicos. Ampliamente reconocido. Hay que señalar que, fuera de ser un obstáculo, el arbitraje junto con el proceso constituyen manifestaciones

De forma complementaria, puede extraerse el monopolio judicial de la jurisdicción del art. 14 CM, el cual expresa: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, *sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos...*". Por eso, la jurisdicción ha sido encomendada a los tribunales y juzgados, y son éstos los únicos que pueden ejercerla (Poder Judicial).<sup>150</sup>

Los órganos jurisdiccionales tienen asignado el ejercicio de la jurisdicción de forma exclusiva, pero no pueden ejercer actividad alguna no contemplada por ley de forma expresa, constituyendo esto una garantía en un doble sentido. Primero no se podrá obligar a los órganos a realizar actua-

---

heterocompositivas en las que interviene un tercero imparcial, que resuelve el conflicto presentado por las partes a su conocimiento. Sin embargo, la actuación del árbitro es puramente declarativa, no pudiendo obligar a la parte vencida a acatar su laudo, es decir, no posee facultades coactivas que el juez tiene. En conclusión, a los árbitros se les reconoce el poder conocer y resolver los conflictos, pero la exclusividad del *ius puniendi* la conserva el Estado, que la ejerce por medio de los Tribunales y Juzgados, en concreto por los jueces y magistrados. BARONA VILAR en cuanto a su naturaleza le determina autónoma; en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil, Ed. Tirant Lo Blanch, 15ª ed., Valencia 2007, pág. 838. También MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ / GIMENO SENDRA, Introducción al Derecho Procesal, Ed. Colex, 4ª ed., Madrid 2003, págs. 70 y 71. Con respecto de la "jurisdicción arbitral" en México puede verse a GÓMEZ LARA, C., Teoría general del..., op. cit., pág. 88; GARCÍA RAMÍREZ, S. Inconstitucionalidad del juicio arbitral, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", enero-marzo 1969, t. XIV, núm. 53, págs. 33 a 62; y GÁNEM HERNÁNDEZ, E., El arbitraje en México, Ed. Universidad Autónoma del Carmen, Ciudad del Carmen 2004, págs. 47 a 59.

<sup>150</sup> El principio de exclusividad conlleva también a un sentido negativo. Así como se puede detectar un monopolio estatal de la jurisdicción y, a la vez, un monopolio judicial, la función jurisdiccional ha de ser la única función de los juzgados y tribunales. Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 81. También DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en DE LA OLIVA SANTOS / DÍEZ-PICAZO / VEGAS TORRES, Derecho Procesal. Introducción, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid 2001, págs. 158 a 161.



ción extra, y segundo, los ciudadanos sabrán qué órganos poseen esa jurisdicción.<sup>151</sup>

Ahora bien, el tema de la exclusividad no representaba mayor dilema hasta hace unos años, pero en los tiempos modernos hay problemas jurídicos que se plantean al respecto en el ámbito internacional. En México, está abierta la posibilidad de atribuir competencias a una organización o institución de carácter internacional. Lo anterior lo creemos posible por celebración de tratados internacionales bajo los lineamientos que se ordenan en sendos artículos de la CM,<sup>152</sup> el 89 fracc. X y el 133, además de la ley específica sobre la materia.<sup>153</sup>

Esta posibilidad es muy acorde con las necesidades actuales de la justicia en el orden mundial. El requerimiento principal es evitar que tengan cabida casos de impunidad de

---

<sup>151</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 83; GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal español, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia 1997, pág. 37.

<sup>152</sup> Dice el art. 89, fracc. X, que dentro de las facultades y obligaciones del Ejecutivo se encuentra: "Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales". El art. 133 expresa: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

<sup>153</sup> La Ley sobre la celebración de tratados, publicada en el DOF el día jueves 2 de enero de 1992, tiene por objeto regular la celebración de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional. Los tratados sólo podrán ser celebrados entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público. Los acuerdos interinstitucionales sólo podrán ser celebrados entre una dependencia u organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales.

delincuentes a niveles supranacionales. Esto, evidentemente, afecta a la exclusividad de la jurisdicción de los tribunales y juzgados nacionales.<sup>154</sup> Al respecto se ha de recordar que la organización federal permite y obliga al reconocimiento de "varias jurisdicciones" en México. Por eso, puede partirse en creer que es posible la aceptación de la cesión de competencia a tribunales de índole internacional, como de hecho y de derecho ya acontece en el orden jurídico establecido con el reconocimiento de la Corte Internacional de Justicia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Corte Penal Internacional, Corte Permanente de Arbitraje.<sup>155</sup>

Como señala la doctrina, tal vez en un futuro llegue a influir marcadamente, por el matiz de internacionalidad, en

---

<sup>154</sup> Por ejemplo, el art. 93 de la Constitución española admite la posibilidad de otorgar a instituciones u organizaciones internacionales ejercicio de competencias contempladas en la propia Constitución.

<sup>155</sup> Puede consultarse el orden jurídico establecido por los tratados en la siguiente página Web: [www.ordenjuridico.gob.mx](http://www.ordenjuridico.gob.mx) y, específicamente con respecto del reconocimiento de Tribunales supranacionales:

A) Decreto que dispone el reconociendo la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia publicado en el DOF de 23 de octubre de 1947;

B) Decreto por el que se aprueba la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, publicado en el DOF de 8 de diciembre de 1998; que debe verse conjuntamente con la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aceptada por México en 16 de diciembre de 1998, por Decreto promulgatorio publicado en el DOF de 24 de febrero de 1999, y con Fe de erratas en el DOF de 25 de febrero de 1999;

C) Decreto promulgatorio del Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, adoptado en Nueva York, el 28 de julio de 1994. Publicado en el DOF de 26 de mayo de 2006;

D) Decreto por el que se adiciona el art. 21 de la CM, publicado en el DOF de 20 de junio de 2005 por el cual se abre la posibilidad de reconocimiento de la competencia de la Corte Penal Internacional; y

E) La aceptación de la Convención de 1899 para la resolución pacífica de las controversias internacionales, es publicada en el DOF de 14 de septiembre de 1901. En vigor para México a partir de 26 de enero de 1910.

un renovado concepto de exclusividad que habría de afectar a nuestro derecho igualmente.<sup>156</sup>

### **3. Principio de independencia judicial**

Hemos dicho que la garantía constitucional de la autonomía del Poder Judicial debe surgir de la división de Poderes. Los mecanismos de integración, ingreso, designación y carrera judicial contemplados por la ley deben mejorarse. Ahora bien, tanto la independencia personal en la función como la responsabilidad son otros dos aspectos igualmente importantes de manifestar con respecto a la independencia de jueces y magistrados. La responsabilidad la abordaremos en apartado seguido.

Con respecto de la independencia en la función, sabemos que es nota característica de la potestad,<sup>157</sup> en contraste con la dependencia oficial de otros funcionarios administra-

---

<sup>156</sup> Otros países, como los miembros de la Unión Europea, contemplan hipótesis de compartir el ejercicio de la competencia penal derivada de sus constituciones. España es claro ejemplo de derivación de competencias en organismos supranacionales de justicia como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, que es parte del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. También, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. España ratifica el primer convenio citado el 29 de septiembre de 1979 y ratifica el Protocolo modificadorio núm. 11, en mayo 11 de 1994. Con respecto del segundo organismo, España se adhiere el 12 de junio de 1985. Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, págs. 80 y 81.

<sup>157</sup> "Por ello, la característica de Jueces y Magistrados, en su labor jurisdiccional, es su independencia..." Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., Doctrina General..., op. cit., pág. 105. Distinguiendo significados de independencia, vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, págs. 100 y ss. "La independencia conforma una nota subjetiva esencial de todo órgano jurisdiccional...". Vid. GIMENO SENDRA, V., Introducción al Derecho Procesal, op. cit., pág. 37. También ORTELLS RAMOS, M., en ORTELLS RAMOS / CÁMARA RUIZ / SÁNCHEZ, Derecho Procesal. Introducción, Ed. Punto y Coma, Valencia 2003, pág. 37. Dice ORMAZABAL SÁNCHEZ, la independencia es característica de los órganos judiciales, no del Poder Judicial, sino sólo de los órganos que imparten justicia. Vid. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., Introducción al Derecho Procesal, Ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pág. 31.

tivos,<sup>158</sup> lo que le define ante otras potestades del Estado y está consagrada en México por los arts. 17 y 116, fracc. III y IV, inciso c) de la CM. Lo dicho se traduce, a su vez, en el reconocimiento que la independencia es característica de los órganos que ejercen la función jurisdiccional. Las leyes federales y locales deben establecer, por mandato constitucional del art. 17, párrafo tercero, los medios necesarios para que se garantice esa independencia y la plena ejecución de las resoluciones dictadas por los tribunales, aunque esto último corresponde por ley al Ejecutivo Federal (art. 77 CPF). Lo órganos jurisdiccionales han de poder ejercer su cometido sin sujeciones de ningún tipo, exceptuando las de la ley y las propias derivadas de responsabilidad que reviste el cargo público.

Desafortunadamente, en el sistema jurídico mexicano resulta frecuente que los órganos judiciales no logren condiciones para el cumplimiento de sus decisiones, que dicho sea de paso la *executio* es compartida con la Administración, lo cual perjudica ante la sociedad el ya difícil reconocimiento de autoridad.<sup>159</sup> La labor de exposición informativa, a veces con fines dudosamente profesionales, que hacen los medios de comunicación sobre casos que deben ser decididos únicamente por el trabajo de los jueces y magistrados, puede dar resultados contraproducentes en lo que a la imparcialidad se refiere.

---

<sup>158</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., Doctrina General..., op. cit., pág. 105.

<sup>159</sup> Tan sólo hay que realizar un seguimiento general a la prensa nacional para comprobar que constantemente la fuerte presión política, mediática y, a veces, de un importante número de personas que se manifiestan popularmente con respecto de casos específicos, hicieron olvidar las decisiones de alcances jurídicos ya dictadas por jueces o comenzadas por el MP Federal.

En cuanto a la estructura legal y orgánica judicial mexicana, ésta no pone a jueces de primera instancia bajo el mando de otro juez o tribunal de alzada.<sup>160</sup> Bien es cierto que se distingue una primera instancia que supone la existencia de otra posterior, pero esto no debe determinar que exista un juez superior de segunda instancia que mande a otro.<sup>161</sup> No obstante, se dice que el caso de los recursos "...se tramitan y resuelven ante un tribunal superior en jerarquía a aquél que omitió, resolvió o dictó el acto impugnado".<sup>162</sup>

La segunda instancia sólo comprende los procedimientos de impugnación.<sup>163</sup> En el Poder Judicial no debe existir relación subordinada por grados. Los jueces son libres de aplicar la ley sin que otros tribunales les obliguen a actuar de una forma u otra.<sup>164</sup> Cuestión distinta será que, y debido a la falibilidad de jueces, por medio de un recurso legal se determine que se revise una omisión o acto considerado importante que, evidentemente, deba ser realizado por otro juez.

#### **4. Principio de responsabilidad judicial**

---

<sup>160</sup> La pertenencia a un estatuto único no supone la organización estructural en jerarquías. Vid. MONTERO AROCA, J., Independencia y responsabilidad del Juez, Ed. Civitas, Madrid 1990, pág. 120.

<sup>161</sup> Inclusive el art. 23 CM determina que: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias".

<sup>162</sup> Vid. SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 415.

<sup>163</sup> Básicamente son los de "apelación" en los procesos civil y penal; "revocación" en el proceso penal, "revisión" en el proceso de amparo; y el de "queja", inserto en al art. 398 bis, CFPP. Posteriormente también se habla de la reposición del procedimiento, recursos extraordinarios como el "amparo-casación" o "casacional" y excepcionalmente de la nulidad de la sentencia.

<sup>164</sup> En términos negativos, la independencia judicial permite a los juzgadores dictar sus decisiones conforme a su propia interpretación de los hechos y del derecho vigente en cada caso concreto, sin tener que ajustarse o someterse a indicaciones provenientes de los otros poderes formales o de los demás juzgadores. Vid. OVALLE FAVELA, J., La independencia judicial..., en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", op. cit., pág. 72.

Los jueces y magistrados que no observen con respeto los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia que deben caracterizar su actividad jurisdiccional incurrir en responsabilidad.<sup>165</sup> Esta consecuencia tiene efecto equilibrante ante la necesaria capacidad del Poder Judicial de controlar legalmente las actuaciones irresponsables de los demás poderes.<sup>166</sup> Justamente, el derecho regula garantías ante los propios errores culposos o de dolo que cometan miembros del Poder Judicial.<sup>167</sup> El principio es un pilar básico del Estado de Derecho.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., Doctrina General..., op. cit., pág. 111. Se contemplan medios legales para preservar cada aspecto. Así, hay prohibiciones e incompatibilidades que pueden generar excusas o recusaciones y que se constituyen como garantía para las partes. Véase la regulación procesal en arts. 444 a 467 del vigente Código Federal de Procedimientos Penales. Por otro lado, la responsabilidad derivada de la actuación dolosa o culposa del juez o magistrado. El juez se enfrenta así a juicio de responsabilidad (penal o civil), sin defecto de las consecuencias disciplinarias que pueda acarrear su mala actuación. El tema de la responsabilidad se tratará en apartado seguido. Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., Doctrina General..., op. cit., págs. 109 a 113.

<sup>166</sup> La doctrina le señala como "contrapartida" de la inamovilidad, así FAIRÉN GUILLÉN, V., Doctrina General..., op. cit., pág. 109); también como un "contrapeso" de la independencia, o, en palabras de MONTERO AROCA, "la otra cara de la misma moneda". MONTERO AROCA, J., Independencia y responsabilidad del Juez, op. cit., págs. 91 y 92. Véase a DAMIÁN MORENO decir que la independencia de los jueces no garantiza nada, si no está acompañada de un sistema de responsabilidades que sea eficaz, Introducción al Sistema Judicial..., op. cit., pág. 49. También ORMAZABAL SÁNCHEZ, cuando apunta que la independencia es una nota esencial del ejercicio de la jurisdicción, pero que no debe ser ejercida de manera arbitraria, privado de consecuencias. En Introducción..., op. cit., pág. 59. La independencia trae aparejada la responsabilidad política. El sentido ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (TC) vid. S TC 108/1986, de 26 de julio, en específico en F.J. sexto.

<sup>167</sup> Vid. MARTÍN REBOLLO, L., Jueces y responsabilidad del Estado, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, pág. 18. En México, el CPF regula dentro de sus sanciones la pecuniaria. En ese apartado considera que, el Estado responde solidariamente con los servidores públicos ante la comisión de delitos dolosos. Por otro sentido, si hay delito culposo, responderá pero de manera subsidiaria. Consúltese art. 32, fracc. VI, relacionando con el art. 29.

<sup>168</sup> Se ha dicho por la doctrina que en un Estado de Derecho se ha de responder políticamente ante los actos de los servidores públicos. Vid. ASENCIO MELLADO, J.-M<sup>a</sup>., Introducción al Derecho Procesal, Ed. Tirant Lo Blanch, 2<sup>a</sup> ed., Valencia 2002, pág. 81.

En México hay regulación relativa reciente que conjuntamente con la que ya existía van configurando las sanciones por las responsabilidades penales, civiles y disciplinarias. Las reformas al texto constitucional entraron en vigor a partir del 1 de enero de 2004.<sup>169</sup> El título cuarto se refiere a las responsabilidades de los funcionarios públicos considerando a los miembros del Poder Judicial (art. 108). El ámbito estatal o local regula, por sus respectivas constituciones y leyes, segmento semejante adaptándose a lo dispuesto por el apartado constitucional.<sup>170</sup>

El capítulo de responsabilidad de los servidores públicos, como está regulado en la CM, hace referencia específica a las consecuencias de naturaleza penal,<sup>171</sup> o lo que se identifica doctrinalmente como la responsabilidad jurisdiccional de índole penal (art. 109, fracc. II), añadiendo en un segundo párrafo del art. 113 la viabilidad de indemnizar por casos dañinos.<sup>172</sup> Es decir, creemos se abre la posibilidad de responsabilidad patrimonial, directa y objetiva, del Estado.<sup>173</sup>

---

<sup>169</sup> En especial véanse arts. 108 a 114.

<sup>170</sup> Art. 108, párrafo cuarto: "Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este art. y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios".

<sup>171</sup> Ampliamente contemplados los hechos constitutivos de delito por el Código Penal Federal mexicano. Se encuentran sancionados en el Título décimo "delitos cometidos por servidores públicos", arts. 212 a 224, y por el Título undécimo "delitos cometidos contra la administración de justicia", arts. 225 a 227 (el 226 referido al ejercicio indebido del propio derecho). Cabe mencionar que, en todos los delitos cometidos por servidores públicos, además de las penas de prisión y multa previstas, el servidor público será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

<sup>172</sup> Art. 113, párrafo segundo constitucional: "La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes". En España

Para revisar la regulación de la responsabilidad civil, se acude al CPC de cada estado federado, no del federal. Así, el Código del D.F., que data del año 1932, contempla en los arts. 728 a 737 los supuestos en donde es posible interponer "recurso de responsabilidad" por el desempeño de jueces y magistrados en sus funciones. En realidad, con respecto a la responsabilidad civil se ha avanzado poco.<sup>174</sup> Existe mínima variación desde la adopción casi textual de lo estipulado por la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881.<sup>175</sup>

Hay previsiones legales para el pago de indemnizaciones, como lo demuestra la disposición transitoria única de la reforma a la CM de 14 de junio de 2002, pero se deben cumplir dos requisitos: a) que resulte así después de agotar el procedimiento necesario; y, b) el pago estará sujeto a la dispo-

---

el art. 292.1 LOPJ hace lo propio reconociendo, ante el error judicial, el deber de indemnizar.

<sup>173</sup> "Es directa por cuanto, producidos y declarados los supuestos generadores del daño, el Estado se hará cargo de la indemnización sin actuar de forma subsidiaria respecto de los Jueces y Magistrados y al margen de su posibilidad de repetir posteriormente contra ellos. Es objetiva porque no se exige que el daño sea consecuencia de una actuación dolosa o culposa, sino que basta la producción de un hecho que ocasione un daño al justiciable que lo alega". Vid. ASENCIO MELLADO, J.-M<sup>a</sup>., Introducción al Derecho..., op. cit., pág. 81 y 82.

<sup>174</sup> La admisión sobre la responsabilidad civil del Poder Judicial acarrea opiniones contradictorias y en la práctica se ha resuelto, en muchos casos, de manera negativa a su reconocimiento. Así, existen teorías que se han manifestado sobre la irresponsabilidad del Estado sobre daños y perjuicios. Se ha dicho también que admitirlo abriría la posible parcialidad en las decisiones por el temor a las consecuencias que se derivarían de su actuación. Por otro lado, se ha entendido otro fundamento para no admitirla a la excepción de cosa juzgada (vid. GUASP DELGADO, J., Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil, t. I, Ed. Aguilar, Madrid 1943, págs. 1014 a 1017; "santidad de la cosa juzgada"). Finalmente, la responsabilidad civil, no cabía ya que la sentencia firme gozaba de la presunción de cosa juzgada, mientras que cuando no lo era cabría interponer contra la misma los recursos pertinentes. Vid. FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., Responsabilidad civil judicial, Ed. Aranzadi, Pamplona 1987, págs. 18 a 20.

<sup>175</sup> Al respecto puede verse a MONTERO AROCA, J., Responsabilidad civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial, Ed. Tecnos, Madrid 1988, pág. 55.



nibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate.<sup>176</sup>

Por otro lado, la CM trata en específico de la responsabilidad derivada del ejercicio de funciones públicas, que se contempla de forma separada y diferente a cualquier otra responsabilidad antes dicha.<sup>177</sup> De tal manera que, los servidores públicos que incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho serán sancionados mediante un "juicio político" (art. 109, fracc. I constitucional),<sup>178</sup> el cual no se seguirá

---

<sup>176</sup> Art. único transitorio de la reforma de 14 de junio de 2002: "El presente Decreto entrará en vigor el 1º de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación".

"La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el período comprendido entre la publicación del presente Decreto y su entrada en vigor, para expedir las leyes o realizar las modificaciones necesarias, según sea el caso, a fin de proveer el debido cumplimiento del mismo, así como para incluir en sus respectivos presupuestos, una partida para hacer frente a su responsabilidad patrimonial...".

<sup>177</sup> Separada porque se regula en la CM y en una ley que reglamenta el título cuarto constitucional, la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos (DOF 31 de diciembre de 1982). Diferente porque estatuye autoridades diferentes, del MP y Tribunales, para acusar y conocer del procedimiento hasta dictar sentencia.

<sup>178</sup> "Podrán ser sujetos de juicio político los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Diputados a la Asamblea del D.F., el Jefe de Gobierno del D.F., el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del D.F., los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, los Magistrados y Jueces del Fuero Común del D.F., los Consejeros de la Judicatura del D.F., el consejero Presidente, los Consejeros Electorales, y el Secretario Ejecutivo del Instituto Federal Electoral, los Magistrados del Tribunal Electoral, los Directores Generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos".

"Los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas Locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda".

El Presidente de la República (ejecutivo federal) no es responsable políticamente desde 1917, por lo que no procederá juicio político en su

por la simple expresión de ideas (libertad de expresión de autoridades).

Por último, la responsabilidad administrativa, que se entiende es la disciplinaria, sin estar presente la potestad jurisdiccional tiene cabida en el propio art. 109, fracc. III, cuando se dice se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

## **5. Principio de Juez Legal**

Preliminarmente hay que mencionar la adhesión por parte de México al llamado "Pacto de San José de Costa Rica", es decir a la CADH, que determina en su art. 8, fracc. 1, que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, durante la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra.<sup>179</sup>

---

contra durante el tiempo de que dure en su cargo. No obstante sí es responsable penal por delitos como traición a la patria y por delitos graves. Véase Registro IUS: 192346. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XI, febrero de 2000. Pág. 628. Rubro: JUICIO POLÍTICO. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SÓLO EXCLUYE DE SU PROCEDENCIA AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, LO QUE NO PUEDEN HACER LAS CONSTITUCIONES LOCALES RESPECTO DE LOS GOBERNADORES DE LOS ESTADOS.

Continúa diciendo: "Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público".

<sup>179</sup> La Convención se adopta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, adhiriéndose México en fecha 24 de marzo de 1981 y siendo promulgado por Decreto en el DOF de 7 de mayo de 1981.

No obstante lo anterior, ya el art. 16 CM, párrafo primero parece atisbar esta garantía al señalar que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento". Es decir, requisito fundamental es la competencia del órgano jurisdiccional, o lo que se puede traducir como el "juez legal", "juez ordinario" o "juez natural", que legalmente corresponde conocer del asunto por medio del proceso.

De hecho, en diversas materias, la Segunda Sala de la SCJN y los TCC en distintas sentencias y tesis aisladas han señalado básicamente que la competencia es un presupuesto sin el cual no puede existir proceso.<sup>180</sup> Por tanto, le considera parte primordial del debido proceso mexicano. Se agrega a esto, que el citado art. 16 subordina la eficacia de la actuación de las autoridades a la competencia que solamente la ley puede conferirles, confirmando entre otras cosas el monopolio estatal y judicial de la jurisdicción.

---

<sup>180</sup> Por ejemplo, Registro IUS: 182011. 9ª Época. Fuente: 2ª Sala. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XIX, marzo de 2004. Pág. 320. Rubro: COMPETENCIA. EL AUTO DE PREVENCIÓN DICTADO POR EL TRIBUNAL A FAVOR DEL CUAL SE DECLINA, PARA QUE SE AJUSTE LA DEMANDA A LOS REQUISITOS DEL RÉGIMEN AL QUE PERTENECE, CONSTITUYE SU ACEPTACIÓN TÁCITA. También ha verse la CONTRADICCIÓN DE TESIS 152/2003-SS. Otras varias Tesis aisladas dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito en el sentido apuntado de la competencia como presupuesto procesal: Registro IUS: 182327. 9ª Época. Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XIX, enero de 2004. Pág. 1,601. Rubro: QUEJA PREVISTA POR EL ART. 95, FRACCIÓN VI, DE LA LEY DE AMPARO. CORRESPONDE CONOCER DEL RECURSO AL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO QUE SE PRONUNCIÓ EN SEGUNDA INSTANCIA EN EL INCIDENTE POR VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA, POR CONSTITUIR UNA CUESTIÓN DE COMPETENCIA QUE ES DE ÍNDOLE JURISDICCIONAL Y NO DE TURNO. Registro IUS: 183624. 9ª Época. S.J.F. y su Gaceta. T. XVIII, agosto de 2003; Pág. 1,686. Rubro: AMPARO INDIRECTO. PROCEDE CONTRA LA INTERLOCUTORIA QUE RESUELVE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA QUE INVOLUCRA A ÓRGANOS DE DIVERSO RÉGIMEN JURISDICCIONAL; entre otras.

Ahora bien, el art. 20 CM garantiza a los inculpados que se les juzgue en audiencia pública por un juez, o bien por un jurado popular integrado por vecinos residentes en el lugar o en el partido en el que se cometiere el delito. De esto la SCJN entiende que, "no se sigue que el procesado ineludiblemente deba ser juzgado por el juez del lugar en el cual se cometió el ilícito que se le imputa", aduciendo que, conforme a los trabajos deliberativos del Constituyente de 1916-1917, se deduce que el requisito de vecindad es exigible únicamente para quienes integren el jurado popular.<sup>181</sup>

Por tanto, el elemento de vecindad no es exigible a los jueces penales, dedicados ordinariamente a la impartición de justicia, lo que no sucede con el jurado popular, cuyos integrantes sólo eventualmente realizan dicha tarea. Además, cabe resaltar que la permuta de juez del lugar sólo se da entre los de igual jurisdicción, fuero y categoría, por motivos que se consideran justificados, como son la seguridad en la prisión y las características personales del inculpadado; por lo que no se viola la garantía constitucional especificada.<sup>182</sup>

No obstante, los órganos jurisdiccionales mexicanos deben estar constituidos de manera previa y determinados según normas legales de competencia. De forma congruente resulta la prohibición de crear tribunales especiales y constituirlos *ex profeso* (art. 13 CM). Evidentemente, la garantía no debe su-

---

<sup>181</sup> Debido que los vecinos conocen al acusado, el medio, costumbres y antecedentes, así como las circunstancias fundamentales que les servirán de base para normar su criterio.

<sup>182</sup> Vid. Tesis aislada de la SCJN, Registro IUS: 186645. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVI, julio de 2002. Pág. 5. Rubro: COMPETENCIA PENAL. LA GARANTÍA QUE OTORGA A LOS INCULPADOS EL ART. 20, APARTADO A, FRACCIÓN VI, CONSTITUCIONAL, NO SE TRANSGREDE POR LOS NUMERALES 6, PÁRRAFO PRIMERO, Y 10, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, QUE PERMITEN CONOCER DE UN DELITO A UN JUEZ DE DISTRITO DISTINTO AL DEL LUGAR EN QUE AQUÉL SE COMETIÓ.

poner la exclusión de tribunales especializados que la propia CM o leyes prevén o introduzcan, o con *vis attractiva* específica como la que poseen los tribunales federales.<sup>183</sup>

La cuestión en México reviste importancia ante la distribución de competencias en varios órdenes jurisdiccionales como lo son el federal y el local. Inclusive, la SCJN posee la facultad de atracción (*vis attractiva*) sobre algunos asuntos penales en los cuales es parte la federación, por lo que puede asumirlos de otros tribunales a su conocimiento.<sup>184</sup>

Por otro lado, la jurisprudencia mexicana también ha determinado que, "si el Estado en virtud de sus facultades, modifica la organización de los tribunales penales, estableciendo otros debidamente autorizados para conocer de los delitos y de los procesos iniciados por la comisión de alguna infracción penal cometida con anterioridad, tal modificación no implica violación alguna del art. 14 constitucional, ya que con ello no se trata de sustraer de la autoridad del or-

---

<sup>183</sup> Por ejemplo la especialidad que poseen los Tribunales Agrarios. En ese sentido véase la Tesis aislada con Registro IUS: 191881. 9ª Época. Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XI, mayo de 2000. Pág. 985. Rubro: TRIBUNAL UNITARIO AGRARIO. DEBE CONOCER DE LOS ASUNTOS EN DONDE SE RECLAME UN PERMISO DE APROVECHAMIENTO FORESTAL. También, entre otras, aquélla especialidad de los Tribunales Unitarios para conocer del Juicio de Amparo, consúltese la Tesis aislada con Registro IUS: 184200. 9ª Época; Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVII, junio de 2003. Pág. 941. Rubro: COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES UNITARIOS ESPECIALIZADOS PARA CONOCER DE UN JUICIO DE AMPARO. NO PUEDE PRORROGARSE A FAVOR DE UNO DE DISTINTA MATERIA.

<sup>184</sup> Por ejemplo, Registro IUS: 181333. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XIX, junio de 2004. Pág. 234. Rubro: FACULTAD DE ATRACCIÓN. PARA EJERCERLA, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DEBE ATENDER A LOS PORMENORES DEL TEMA DEL ASUNTO Y NO A LA INCIDENCIA ESTADÍSTICA DE LA FIGURA JURÍDICA DE QUE SE TRATE. En el mismo sentido, Registro IUS: 182641. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVIII, diciembre de 2003. Pág. 79. Rubro: FACULTAD DE ATRACCIÓN PREVISTA EN EL ART. 105, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. INTERVENCIÓN DE LA FEDERACIÓN COMO "PARTE" EN LOS PROCESOS A QUE SE REFIERE EL MENCIONADO PRECEPTO CONSTITUCIONAL; entre otras. También véase lo estipulado en el art. 107, fracc. VIII, inciso b), segundo párrafo de la Constitución, confirmado por el art. 10, fracc. II, inciso b) LOPJF.

den común, a determinado grupo de individuos con el objeto de juzgarlos de forma especial, sino que tan sólo se traslada la jurisdicción que correspondía a los tribunales desaparecidos a los nuevamente creados con facultades para conocer de determinada clase de delitos".<sup>185</sup>

### **C) Principios que hacen referencia a la acción**

Entendemos por derecho de acción aquél que tiene el ciudadano a la tutela jurídica por parte del Estado.<sup>186</sup> Es decir, que las personas pueden dirigirse a un juez o tribunal con el objeto de solicitar formalmente que solucionen un conflicto concreto por medio del instrumento del proceso. FAIRÉN GUILLÉN lo denomina como "el derecho de excitar la actividad jurisdiccional del Estado".<sup>187</sup> Se trata entonces de un derecho público.

La CM consagra el derecho de acción en el art. 17 cuando afirma: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...". La SCJN considera que el sentido del anterior artículo conlleva que los poderes del Estado no pueden establecer condiciones de forma arbitraria que restrinjan o impidan el acceso a los tribunales limitando así ese derecho. Cualquier disposición

---

<sup>185</sup> Tesis aislada de la Primera Sala de la SCJN, Registro IUS: 313808. 5ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. T. XXXIV. Pág. 1320. Rubro: COMPETENCIA EN MATERIA PENAL.

<sup>186</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 245.

<sup>187</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., Doctrina General..., op. cit., pág. 81.

que impida la administración de justicia importa una violación a este artículo.<sup>188</sup>

Por tanto, estamos ante un derecho fundamental asumido por la CM que tiene incidencia directa en el derecho procesal. El ciudadano requiere ésta conexión con la jurisdicción, en virtud de la prohibición de la autotutela y el surgimiento del monopolio de la jurisdicción por el Estado. No obstante, de acuerdo con MONTERO AROCA, el contenido de éste derecho no puede ser el mismo según se refiera al proceso penal o al civil.<sup>189</sup> Así, el derecho de acción en el proceso penal se traduce en una facultad o derecho de índole procesal para constituirse como parte, una vez cuente con los elementos suficientes para ello.<sup>190</sup>

La tutela ha de entenderse efectiva tanto para el actor activo como para el pasivo, puesto que ambos tienen derecho a que se les permita el libre acceso a los tribunales.<sup>191</sup> Pero

---

<sup>188</sup> En ese sentido la Tesis aislada con Registro IUS: 181626. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XIX, mayo de 2004. Pág. 511. Rubro: ACCESO A LA JUSTICIA. SÓLO EL LEGISLADOR PUEDE IMPONER PLAZOS Y TÉRMINOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y DEFENSA ANTE LOS TRIBUNALES.

<sup>189</sup> MONTERO AROCA, J., Principios del proceso penal..., op. cit., págs. 100 y 101.

<sup>190</sup> La SCJN se refiere a esto de la siguiente manera: "...se advierte que en ese numeral -refiriéndose al 17 CM- se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas,...". Vid. Registro IUS: 188804. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XIV, septiembre de 2001. Pág. 5. Rubro: JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ART. 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL.

<sup>191</sup> Vid. OVALLE FAVELA, J., Garantías Constitucionales..., op. cit., pág. 290.

no se agota el derecho al simple acceso, supone además derecho a obtener una sentencia, a que sea ejecutada y a una justicia accesible económicamente.

### **1. Derecho de libre acceso a los Tribunales**

Este derecho es considerado como el primero de los derivados del derecho general de acción. Y se entiende en el sentido del derecho a ser parte en un proceso y a promover la función jurisdiccional. Esto implica la decisión al respecto por parte de los tribunales sobre las pretensiones planteadas. Como lo hemos ya citado, el art. 17 CM contiene el derecho de acción.

La extensión del art. 17 CM nos permite observar que, toda persona puede ejercitar el derecho de acceso a la justicia, no haciendo diferencia alguna, por lo que los extranjeros pueden igualmente incluirse. Más aun, tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la CM. Sólo existe una salvedad en el art. 33 CM, en el cual el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Pero el derecho no está limitado a establecer la posibilidad sólo formal de acudir a los tribunales para formular pretensiones o resistencias; implica, además, el deber del propio Estado de remover todo obstáculo material que impida o dificulte el acceso efectivo de todas las personas a los tribunales.<sup>192</sup> Para el legislador es una condicionante, pues es-

---

<sup>192</sup> Vid. OLIVA SANTOS, A. de la, en OLIVA SANTOS / DÍEZ-PICAZO / VEGAS TORRES, Derecho Procesal..., op. cit., pág. 419.



tá prohibido instaurar arbitrariamente obstáculos a la realización del derecho de forma efectiva.<sup>193</sup>

En el sentido anterior, el acceso a la justicia está configurado como una prestación que ha de ser ejercitado por los caminos legales delineados por la ley. Como se advierte en la doctrina española "no cabe deducir la existencia de un derecho incondicionado y absoluto a la prestación jurisdiccional; de igual modo, este derecho no podrá ejercitarse al margen de los cauces y del procedimiento legalmente establecido".<sup>194</sup>

Sin embargo, no hay duda de que ciertos aspectos materiales pueden llegar a truncar ese acceso efectivo, por ejemplo un número limitado de jueces, la propia burocracia administrativa para atender la creciente litigiosidad, o por factores económicos.<sup>195</sup>

La consagración de este derecho en el art. 17 CM, le sitúa con protección suprema o intensificada. Esto se traduce en la posibilidad de acudir directamente al juicio de amparo ante una violación al mismo.

## **2. Derecho a obtener una sentencia de fondo fundada en derecho, motivada y congruente**

---

<sup>193</sup> Tesis aislada con Registro IUS: 181626. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XIX, mayo de 2004. Pág. 511. Rubro: ACCESO A LA JUSTICIA. SÓLO EL LEGISLADOR PUEDE IMPONER PLAZOS Y TÉRMINOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y DEFENSA ANTE LOS TRIBUNALES.

<sup>194</sup> PICO I JUNOY, J., Las garantías constitucionales del proceso, Ed. J. Mª Bosch, Barcelona 1997, pág. 42.

<sup>195</sup> Vid. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., Introducción..., op. cit., pág. 97; también a DAMIÁN MORENO, J., Introducción al Sistema Judicial..., op. cit., pág. 129.

El art. 17 CM también hace referencia a este aspecto al determinar que los tribunales han de resolver las pretensiones de manera "completa". Las leyes imponen al juzgador el deber de resolver todas y cada una de las pretensiones y excepciones iniciales o que se sumen por adición o ampliación, ya que se establece como garantía individual la impartición de justicia completa, además de pronta e imparcial.<sup>196</sup>

El pronunciamiento de fondo sobre el litigio encierra dos exigencias relevantes impuestas a los tribunales:<sup>197</sup> las sentencias han de ser fundadas y estar motivadas, además, han de ser congruentes con el fondo del asunto.<sup>198</sup>

De tal manera que, con el fundamento y motivación puede establecerse si hay o no arbitrariedad por parte del órgano jurisdiccional en virtud que ha de exponerse razonadamente el sentido del fallo.<sup>199</sup> Inclusive se viola este derecho en el caso de que exista un fallo inicuo como evidentemente acontecerá si aquél carece de todo fundamento.<sup>200</sup>

---

<sup>196</sup> En ese sentido véase la Tesis con Registro IUS: 183933. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVIII, julio de 2003. Pág. 11. Rubro: AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA DE AMPARO. DEBE ADMITIRSE AUNQUE NO ESTÉ PREVISTA EN LA LEY DE AMPARO, YA QUE CONSTITUYE UNA FIGURA INDISPENSABLE PARA QUE EL JUZGADOR DÉ UNA SOLUCIÓN COMPLETA A LA ACCIÓN DEL GOBERNADO.

<sup>197</sup> Como puede apreciarse en los arts. 16, 20, B) II, y 119 constitucionales, y 94 CFPP.

<sup>198</sup> En ese sentido a PICO I JUNOY, J., Las garantías constitucionales..., op. cit., pág. 60.

<sup>199</sup> En este contexto, los Tribunales Colegiados de Circuito han especificado que, por ejemplo, "la orden de aprehensión que adolece de los requisitos de fundamentación y motivación, viola flagrantemente el art. 16 constitucional y, en estas condiciones, el amparo que se promueva en su contra debe concederse en forma total y no para efectos de subsanar deficiencias de forma". Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 253735. 7ª Época. Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. T. 90 Sexta Parte. Pág. 161. Rubro: ORDEN DE APREHENSIÓN NO FUNDADA NI MOTIVADA. AMPARO TOTAL Y NO PARA EFECTOS.

<sup>200</sup> Vid. PICO I JUNOY, J., Las garantías constitucionales..., op. cit., pág. 61.

En cuanto a la congruencia ha de entenderse como el pronunciamiento respetuoso del contenido del debate procesal y el objeto. De tal suerte que puede existir incongruencia cuando se refiera la sentencia a cosas distintas de las debatidas por las partes o a cosas que son extras, pero no necesariamente a todas y cada una de las excepciones interpuestas.<sup>201</sup>

### **3. Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales**

El derecho a la tutela judicial efectiva no queda completo si los tribunales sólo se limitan a dictar la sentencia, dando la razón a uno u otro, o absolviendo o condenando.<sup>202</sup> Si el derecho tiene cobertura sólo hasta la sentencia, entonces es un derecho carente de eficacia.<sup>203</sup> Las normas procesales contemplan medios necesarios para hacer cumplir las resoluciones, comprendiendo procedimientos y medidas cau-

---

<sup>201</sup> Registro IUS: 186117. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVI, agosto de 2002. Pág. 1386. Rubro: SENTENCIA DE APELACIÓN VIOLATORIA DE GARANTÍAS. LA CONSTITUYE AQUELLA QUE SE FUNDA EN HECHOS Y ELEMENTOS DIVERSOS DE AQUELLOS QUE DIERON MOTIVO AL PROCESO, QUE NO SE DEDUCEN DE LA INDAGATORIA, POR NO CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y MOTIVACIÓN. También Registro IUS: 204838. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. II, julio de 1995. Pág. 275. Rubro: SENTENCIA CONGRUENTE. LO ES, SI RESUELVE EN BASE AL CAUDAL PROBATORIO APORTADO EN AUTOS AUN CUANDO HAYA OMITIDO REFERIRSE PARTICULARMENTE A CADA UNA DE LAS EXCEPCIONES OPUESTAS SI LO HIZO EN FORMA GLOBAL. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). También puede verse Registro IUS: 187972. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XV, enero de 2002; Pág. 1297. Rubro: INCIDENTE DE LIQUIDACIÓN DE CONVENIO CELEBRADO EN JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL ELEVADO A LA CATEGORÍA DE COSA JUZGADA. LA SENTENCIA QUE LO RESUELVA DEBE SER CONGRUENTE A LA LITIS PLANTEADA.

<sup>202</sup> Entre los atributos de la jurisdicción en México (*notio, vocatio, co-ertio, inditium*), la *executio* es competencia de la Administración, por lo que la ejecución de las penas queda fuera del ámbito de los jueces. Vid. ARILLA BAS, F., El procedimiento penal..., op. cit., pág. 43.

<sup>203</sup> MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ / GIMENO SENDRA, Introducción al Derecho Procesal, op. cit., pág. 261.

telares para asegurar la eficacia de la sentencia al final del proceso.<sup>204</sup>

La doctrina mexicana tiende a descuidar este tema en los manuales de derecho. En ocasiones no encontramos importantes apartados referidos al tema, y en otras ni siquiera existen. Se dice que la función jurisdiccional termina en la sentencia en tanto que la continuación no puede ser considerada jurisdiccional, tal vez actividad judicial.<sup>205</sup>

La ley establece que la ejecución de las sentencias irrevocables en materia penal corresponde al Poder Ejecutivo, quien, por medio del órgano que designe la ley, determinará, en su caso, el lugar y las modalidades de ejecución, ajustándose a lo previsto en el CPF, en las normas sobre ejecución de penas y medidas y en la sentencia. Es el propio MP el encargado de practicar diligencias conducentes a fin de que las sentencias sean estrictamente cumplidas; sea gestionando cerca de las autoridades administrativas lo que proceda, o exigiéndolo ante los tribunales.<sup>206</sup>

El MP tiene el deber de cuidar esa ejecución siempre que, por queja del interesado o de cualquiera otra manera, llegue a su noticia que la autoridad encargada de la ejecución de la sentencia, se aparta de lo ordenado en ella.<sup>207</sup>

---

<sup>204</sup> Vid. OVALLE FAVELA, J., Garantías Constitucionales..., op. cit., pág. 292; y DAMIÁN MORENO, J., Introducción al Sistema Judicial..., op. cit., pág. 131.

<sup>205</sup> SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 780; al respecto parece que el CPF tiene algo que ver al decir que la ejecución de las sentencias, de las sanciones, le corresponde al Ejecutivo Federal como lo dice el art. 77.

<sup>206</sup> Consúltese el art. 529 del CFPP.

<sup>207</sup> La gestión en realidad no depende de la queja de las partes, sino que los Agentes del MP, para hacer sus gestiones en tales casos ante la autoridad administrativa o ante los tribunales, deben recabar previamente

En ese sentido, el MP realiza una actividad de vigilancia hacia otras autoridades que tienen obligación de realizar lo necesario para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia, como dice el art. 17 CM: "Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones".<sup>208</sup>

Por tanto, la situación presente no contempla que sea la parte ofendida o la víctima del delito, con los medios jurídicos adecuados, las que puedan solicitar la ejecución efectiva de las sentencias.

#### **4. La justicia gratuita**

La carestía en el proceso penal puede representar un serio obstáculo para el ejercicio de la acción, para la defensa y, por consiguiente, para la concreción de la tutela judicial

---

instrucciones expresas y escritas del Procurador General de la República, en caso que éste consienta en ello. Vid. art. 530 del CFPP.

<sup>208</sup> La Constitución española (art. 24) consagra el derecho a que el fallo se cumpla y así es corroborado por el Tribunal Constitucional por medio de jurisprudencia, entre otras, en STC 32/1982, de 7 de junio, en especial F.J. segundo: "...Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones". Para esta función en definitiva ha de contar con el apoyo de otras autoridades, aunque no se expreso esto de forma clara. Por ejemplo, el art. 118 de la propia constitución dice: "Es obligado cumplir con las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto". La doctrina señala que no se comprendería bien el hecho de lograr una sentencia favorable y luego no poder beneficiarse de ella. Subjetivamente existe el derecho a obtener la eficacia por medio de la ejecución efectiva, mientras que objetivamente el propio estado de derecho se realiza en esa efectividad. Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ / GIMENO SENDRA, Introducción al Derecho Procesal, op. cit., pág. 261. También GIMENO SENDRA, V., Introducción al Derecho Procesal, op. cit., págs. 239 y 240; y, S TC 67/1984, de 7 de junio, entre otras.

efectiva. En virtud que existe la obligación de los poderes del Estado de garantizar el ejercicio de esa tutela judicial y no poner límite alguno a la libre realización del derecho de acción por parte de los gobernados, es imprescindible atender este aspecto.

En México se estatuye que la impartición de justicia debe ser gratuita de acuerdo al art. 17 CM. El mandato se traduce en la imposibilidad para cobrar retribución a las partes por actividad de los tribunales, máxime que no pueden negarse éstos a impartir justicia por concepto de falta de pago alguno.<sup>209</sup>

Hay dos conceptos a considerar, primero con relación a la administración de justicia de cara a las partes (la asistencia jurídica), y segundo, con relación a la "defensa de oficio" o "defensa pública". Ambos conceptos son derechos fundamentales distintos, aunque no está claramente establecido así por las normas mexicanas.<sup>210</sup> El punto de encuentro de ambas es la defensa técnica,<sup>211</sup> que se puede decir que está

---

<sup>209</sup> Como dice GIMENO SENDRA, los poderes normativos del Estado se comprometen a garantizar su ejercicio y a no imponer límite alguno a la libre realización del derecho de acción por parte de los ciudadanos. Vid. GIMENO SENDRA, J. V., Fundamentos del Derecho Procesal (jurisdicción, acción y proceso), Ed. Civitas, Madrid 1981, págs. 139 y 140.

<sup>210</sup> La doctrina española también manifiesta diversidad de conceptos. No debe confundirse defensa de oficio con defensa gratuita, puesto que son dos instituciones procesales distintas. Vid. CAROCCA PÉREZ, A., Garantía constitucional de la defensa procesal, Ed. Bosch, Barcelona 1998, pág. 526. En México puede verse a SILVA SILVA cuando advierte que no ha de confundirse lo que es derecho de defensa con el derecho a tener un defensor. Se establecen defensorías de oficio (patrocinio de oficio) y, según disposiciones de algunos Estados, funcionan las defensorías de pobres o menesterosos (patrocinio gratuito). Vid. SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 198 y 210.

<sup>211</sup> La defensa técnica la realiza un abogado en ejercicio pues se avocará a las cuestiones jurídicas materiales y procesales que conlleva el proceso penal. La función es la de asesorar y dar consejo. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 267.

prevista en la CM cuando se dice "defensa adecuada", por el art. 20, A, IX.<sup>212</sup>

La justicia gratuita es un derecho público constitucional que repercute en el proceso y consiste en que la administración de justicia por tribunales es de carácter gratuito,<sup>213</sup> quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales (art. 17, párrafo segundo CM, art. 35 y 36 CFPP).<sup>214</sup> Prohibición que no impide se generen y se cobren costas procesales en México.<sup>215</sup>

---

<sup>212</sup> Sin embargo, esa asistencia técnica parece no encajar cuando, en el propio precepto constitucional, se permite que la realice, además del abogado, el propio inculcado o cualquier "persona de su confianza", entendiéndose no necesariamente el letrado. Cfr. arts. 22, 86, 87 y 88, entre otros, del CFPP.

<sup>213</sup> En la legislación española se entiende, por imperativo del art. 119 constitucional, que la justicia gratuita lo será cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El beneficio de pobreza. La solución española al problema del acceso gratuito a la justicia, Ed. Bosch, Barcelona 1982; IDEM, El nuevo régimen del beneficio de la asistencia jurídica gratuita, en Rev. "La Ley", año 1996, núm. 2, págs. 1,579 a 1,587; DE DIEGO DíEZ, L. A., Asistencia jurídica gratuita. Intervención judicial en el marco de su nueva regulación, en Rev. "La Ley", año 1997, núm. 3, págs. 1,740 a 1,749; LÓPEZ GAVILÁN, A. La asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional, en Rev. "La Ley", año 1996, núm. 5, págs. 1,512 y 1,513; entre otros.

<sup>214</sup> El fundamento es garantizar el derecho de acción, de libre acceso a los tribunales, pues un obstáculo económico significaría probablemente denegar este derecho a la parte económicamente débil, por eso el fundamento doble incluye, a su vez, el principio de igualdad ante la ley. Creemos aplicable en ese sentido la opinión de GÓMEZ COLOMER. El autor lo manifiesta con respecto del beneficio de pobreza en España, así determina que "...partiendo de la base de la naturaleza jurídica del derecho al beneficio como facilitación del derecho de acción, la declaración de pobreza tiende también a cumplir uno de los principios fundamentales de nuestro proceso: el de igualdad, ante la desigualdad económica". Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El beneficio de pobreza..., op. cit., pág. 417.

<sup>215</sup> Por ejemplo: gastos por publicaciones de edictos, derechos fiscales por inscripciones en el Registro Público de la Propiedad, honorarios de abogados, peritos, etc. Tampoco se contempla incluido que los juzgadores puedan condenar al pago de las mismas costas erogadas por una de las partes, a la contraparte que haya actuado con temeridad o mala fe o que haya sido vencida en juicio. Pueden verse Registro IUS: 179920. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, diciembre de 2004. Pág. 1,339. Rubro: EMPLAZAMIENTO A LA PARTE TERCERO PERJUDICADA POR EDICTOS A COSTA DEL QUEJOSO. NO CONTRAVIENE LO DISPUESTO POR EL ART. 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN CUANTO MANDA QUE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA ES GRATUITA. Registro IUS: 221246.

En alusión a la defensa en materia penal, la CM (art. 20, fracc. IX) hace referencia a que en todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán entre otras garantías la de la defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio.

Parece sobreentenderse que, en caso de nombrar abogado los costes de su asesoramiento han de estar a cargo del inculpado. Así puede decirse del caso de no poder hacer el nombramiento, pues el juez le asignará uno de oficio y éste no representará cargo económico para el inculpado.<sup>216</sup>

Evidentemente, la presencia de la defensa por letrado es requisito esencial de procedimiento, por lo que puede concretarse del vínculo con el proceso debido extraíble de las garantías constitucionales y jurisprudencia mexicanas.<sup>217</sup>

Lo anterior queda reafirmado con la Ley Federal de Defensoría Pública (LFDP).<sup>218</sup> El objeto de la misma es prestar

---

8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. VIII, noviembre de 1991. Pág. 109. Rubro: COSTAS, EL PRECEPTO QUE ESTABLECE LA CONDENA AL PAGO DE LAS. NO ES CONTRARIO AL ART. 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL; entre otras.

<sup>216</sup> Sin duda el común denominador de todo este tema de la justicia gratuita lo constituyen los recursos económicos suficientes. Así, mientras el acceso a la justicia es un derecho prestacional en México en el cual el Estado asume el coste, la defensa está configurada, primero, para pagarse por el inculpado mismo, y sólo en caso de falta de recursos el Estado proporciona ésta.

<sup>217</sup> Vid. Registro IUS: 217734. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. X, diciembre de 1992. Pág. 287. Rubro: DEFENSA, VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE. LA FALTA DE FIRMA DEL DEFENSOR DE OFICIO EN EL ACTA DE DILIGENCIA DE DECLARACIÓN PREPARATORIA PRESUME SU INASISTENCIA. (LEGISLACIÓN DE NAYARIT).

<sup>218</sup> DOF de 28 de mayo de 1998. La ley crea el Instituto Federal de Defensoría Pública, como órgano del Poder Judicial de la Federación. Le con-



el servicio de defensa, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica (art. 1). También determina que el servicio será gratuito. Se prestará bajo los principios de probidad, honradez y profesionalismo y de manera obligatoria (art. 2).

El derecho a defensa resulta muy relacionado entonces, con la posibilidad de justicia gratuita. De tal manera que no otorgar asistencia jurídica gratuita ocasiona indefensión del inculcado.<sup>219</sup> No es lógico, tal como dice ZAMORA-PIERCE, imaginar una sin la otra; por tanto es consecuente pensar que ambas están en igualdad de rango y necesidad.<sup>220</sup>

La defensa es una garantía constitucional<sup>221</sup> consagrada en el art. 20, fracc. IX, al establecer que si el acusado no quiere nombrar defensor, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio.<sup>222</sup>

La asesoría jurídica es referida en el art. 1 de la LFDP cuando determina que se pretende garantizar el acceso a la

---

fiere independencia técnica y operativa. Los servicios se prestan a través de defensores públicos en los asuntos del orden penal federal, desde la Averiguación previa (proceso preliminar) hasta la ejecución de las penas. Los asesores jurídicos lo harán en asuntos no penales, salvo los que las leyes otorguen a otras instituciones. Consúltese arts. 3 y 4.

<sup>219</sup> No otorgar el derecho a defensa por razones económicas produce una auténtica denegación de justicia. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El beneficio de pobreza..., op. cit., pág. 33.

<sup>220</sup> ZAMORA-PIERCE, J., Garantías y proceso penal, op. cit., pág. 255.

<sup>221</sup> Es necesario garantizar efectivamente el derecho a la defensa técnica, porque su ausencia pone la condición del inculcado en una situación ya no difícil, sino trágica. Vid. ESQUINCA MUÑOZ, C., La Defensoría pública federal, Ed. Porrúa, México 2003, pág. 4.

<sup>222</sup> En ese sentido véase Registro IUS: 313727. 5ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. T. XXXV. Pág. 2137. Rubro: DEFENSA, GARANTÍA DE LA.

justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica. Visto así, la regulación federal garantiza doblemente el derecho constitucional a la defensa en materia penal (debido proceso) y el acceso a la justicia, orientando, asesorando y llevando la representación jurídica en otros tantos procesos además del penal (art. 4, II LFDP).

En ese sentido, la LFDP ha representado un avance con respecto de la tradición jurídica en México que vinculaba únicamente los asuntos penales. Así, el concepto se amplía a la asesoría ante órganos jurisdiccionales y administrativos. La diferencia con respecto de la defensa radica en que, si bien ambas son gratuitas, la defensa se proporciona sin distinción de condición socioeconómica mientras que la asesoría sólo está destinada a los marginados sociales.<sup>223</sup>

Los destinatarios preferentes incluyen a personas desempleadas y que no perciban ingreso alguno; los jubilados o pensionados y sus cónyuges; trabajadores eventuales o subempleados; personas que reciben ingresos menores a los previstos en las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública; los indígenas y en general toda persona, nacionales y extranjeros, que por cualquier razón social o económica tengan la necesidad de este servicio (art. 15 LFDP).<sup>224</sup>

---

<sup>223</sup> La diferencia, "deriva de que en la defensa penal está en juego la libertad misma de la persona, que por su jerarquía no admite distingos de condiciones, en tanto que en la asesoría jurídica los problemas versan por lo general sobre cuestiones económicas y esto legitima que se proporcione únicamente a los más necesitados". ESQUINCA MUÑOCA, C., La Defensoría pública..., op. cit., pág. 327.

<sup>224</sup> Si bien en la ley no hay referencia expresa a los extranjeros o personas jurídicas, por ejemplo, creemos han de considerarse incluidos en el último supuesto (en general toda persona...), puesto que el término persona en ámbito jurídico, lo puede ser una física o jurídica (moral), aunque es sin duda una interrogante vigente que para disiparse hay que recurrir a la Constitución. No se encuentra claramente expresado ni en la LFDP (DOF de 28 de mayo de 1998, ni en las Bases Generales de Organización y Fun-

Las materias en las cuales se ha de prestar asesoría jurídica gratuita están delimitadas negativamente, pues en la LFDP se especifican aquéllas en las que no procede (art. 4, fracc. II). De tal manera que, en principio, la asesoría abarca cualquier materia exceptuando la penal y toda la que tenga legalmente asignada otro sistema de asesoramiento. Como por ejemplo, la materia laboral y agraria en las que, respectivamente, corresponde la asistencia a la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo y la Procuraduría de Asuntos Agrarios.

#### **D) Principios que hacen referencia al proceso penal**

Estos principios son propios del proceso penal por lo que le singularizan con respecto de otros "procesos". La configuración del proceso penal responde de diferente manera a las necesidades de justicia. Así, como se ha apuntado ya, adelanto de civilización, dice MONTERO AROCA, fue el reconocer diferencias entre el concepto de delito y de conflicto civil.<sup>225</sup>

Por tanto, procederemos a hacer referencia de los principios consagrados en la CM que deben informar al proceso penal como el instrumento único de aplicación del Derecho penal en manos de los órganos jurisdiccionales, por consecuencia de la apropiación del *ius puniendi* que se realiza en favor exclusiva del Estado.<sup>226</sup>

---

cionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública (DOF de 26 de noviembre de 1998, reformado el 19 de febrero de 2002).

<sup>225</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 358.

<sup>226</sup> Lo que supone además la prohibición de la autodefensa violenta. Vid. ALMAGRO NOSETE, J., Derecho Procesal. Proceso penal, t. II, vol. 1º, Ed. Trivium, Madrid 1995, pág. 38. El ejercicio del *ius puniendi*, sólo puede

## 1. Principio del debido proceso en México

El principio del debido proceso, como es entendido por la doctrina, tiene el siguiente contenido: Derecho al juez ordinario o legal, derecho a la asistencia de letrado, derecho a ser informado de la acusación formulada, derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y derecho a la presunción de inocencia.<sup>227</sup>

Ahora bien, si observamos los arts. 13, 14, 16, 17, 18 y 20 de la CM, podemos extraer para México en cierta medida el "due process of law" anglosajón,<sup>228</sup> es decir el debido proceso legal en México. El principio alcanza así su consagración en la CM y es aplicable al orden jurídico mexicano. El principio se ve reforzado por la opinión de Tribunales Colegiados que le determina como un elemento equilibrante procedimental que no desconoce el fin procesal del proceso.<sup>229</sup>

---

hacerse a través del proceso penal. Vid. GÓMEZ DE LIAÑO, F., El Proceso penal. Tratamiento jurisprudencial, Ed. Forum, Oviedo 1992, pág. 35.

<sup>227</sup> Vid. ÁLVAREZ CONDE, E., El régimen político español, Ed. Tecnos, 4ª ed., Madrid 1990, pág. 179 y ss.

<sup>228</sup> Se trata de una institución de origen y desarrollo anglosajón. Es comúnmente aceptado y así ha sido demostrado que la expresión "due process of Law" es una variación de la contenida en la Magna Carta Inglesa de 1215 "per legem terrea", "by the law of the land". Vid. ESPARZA LEIBAR, I., El principio del proceso debido, Ed. Bosch, Barcelona 1995, pág. 71.

<sup>229</sup> Tesis aislada con Registro IUS: 183054. 9ª. Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVIII, octubre de 2003. Pág. 1017. Rubro: GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL A FAVOR DE LA VÍCTIMA Y DEL PROCESADO. SU APLICACIÓN Y RESPETO DEBEN PROCURARSE SIMULTÁNEAMENTE CONFORME A LOS FINES DEL DEBIDO PROCESO Y NO CON BASE EN UN ORDEN DE PRELACIÓN.

Así, puede observarse su influencia en varios ámbitos jurídicos como veremos. La garantía del debido proceso penal tutelada por el art. 14 CM, condiciona el ofrecimiento de prueba en el proceso al no restringir la capacidad probatoria de las partes, ni privarlas de su derecho de aportarlas, ni siquiera limitarlas, sino que únicamente les constriñe a cumplir con una obligación que constituye una formalidad en el procedimiento, que intenta evitar el ofrecimiento de pruebas que no tengan relación alguna con los hechos.<sup>230</sup>

En materia laboral, se hace presente al momento de valorar las pruebas con justo criterio lógico (art. 245 de la Ley del Trabajo de los Servidores Públicos del Estado), pero obligando a exponer las razones y motivos por los cuales otorga o niega validez a los mismos.<sup>231</sup>

En realidad tenemos que, el principio en cuestión resulta que informa a todo el proceso mexicano, en especial al penal del cual nos ocupamos, y convierte al mismo como instrumento previo y necesario para poder afectar cualquier derecho de los gobernados.<sup>232</sup> En ese proceso ha de poder ejercitarse ampliamente los derechos de audiencia y defensa, sin ninguna diferencia o prelación de cara a los sujetos procesales,<sup>233</sup> y

---

<sup>230</sup> Vid. Registro IUS: 184286. 9ª Época; Instancia: 2ª Sala; Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVII, mayo de 2003. Pág. 302. Rubro: PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL MERCANTIL. EL ART. 1198 DEL CÓDIGO DE COMERCIO QUE ESTABLECE LOS REQUISITOS BAJO LOS CUALES DEBERÁN OFRECERSE Y LAS FACULTADES DEL JUZGADOR PARA DESECHARLAS CUANDO NO SE REÚNAN, NO TRANSGREDÍ LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DEBIDO PROCESO.

<sup>231</sup> Tesis aislada con Registro IUS: 186879. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XV, mayo de 2002. Pág. 1,267. Rubro: PRUEBAS. SU VALORACIÓN EN CONCIENCIA. EL ART. 245 DE LA LEY DEL TRABAJO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL ESTADO Y MUNICIPIOS QUE OTORGA ESA FACULTAD, NO ES CONTRARIO A LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO PREVISTA EN EL ART. 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

<sup>232</sup> Así manifestado por ESPARZA LEIBAR, I., en El principio del proceso debido, op. cit., pág. 71, con referencia al sistema norteamericano.

<sup>233</sup> Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 183054. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVIII, octubre de 2003. Pág. 1,017.

su final ha de ser una sentencia en la que el tribunal manifieste sus motivos y fundamentos legales para la adopción de dicha resolución, que puede ser combatida por medio de recursos legales.

De esta manera, el principio en cuestión se ubica en el campo de dos ramas del Derecho Público, el constitucional (en el cual encuentra su consagración) y el procesal (en el cual incide y debe manifestarse).

## **2. Principio de legalidad**

De inicio, en México rige el principio de legalidad conteniéndolo la actividad jurisdiccional y controlando el *ius puniendi* atribuido al Estado, impidiendo que los órganos actúen arbitrariamente en materia penal, pues el poder sancionador otorgado a éstos no puede ejercitarse de cualquier manera.<sup>234</sup>

Así determinado, la doctrina concreta que el principio de legalidad supone toda una garantía para las partes y para los órganos jurisdiccionales. Esta garantía debería traducirse en cuatro máximas: 1) Garantía criminal o *nullum crimen sine lege*, 2) Garantía penal o *nulla poena sine lege*, 3) Garantía jurisdiccional o *nemo damnetur nisi per legale iudi-*

---

Rubro: GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL A FAVOR DE LA VÍCTIMA Y DEL PROCESADO. SU APLICACIÓN Y RESPETO DEBEN PROCURARSE SIMULTÁNEAMENTE CONFORME A LOS FINES DEL DEBIDO PROCESO Y NO CON BASE EN UN ORDEN DE PRELACIÓN.

<sup>234</sup> Inclusive les está restringido ejercer arbitrariamente facultades discrecionales, como las que les son otorgadas para fijar la garantía para los efectos de la suspensión en Amparo, según el art. 136 de la Ley de Amparo, por ejemplo. Vid. Registro IUS: 199981. 9a Época. Instancia: TC C. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. IV, diciembre de 1996. Pág. 466. Rubro: SUSPENSIÓN EN MATERIA PENAL. LA FACULTAD DISCRECIONAL PARA FIJAR LA GARANTÍA, NO PUEDE EJERCERSE EN FORMA ARBITRARIA.

cium, y 4) Garantía de ejecución (*nulla poena sine executione*).<sup>235</sup>

La configuración de la legalidad en el orden jurídico mexicano se encuentra de una forma combinada entre la CM y el ordenamiento penal. Es decir, no ha sido recogido de forma única, puesto que por un lado hay referencias a obligaciones de las autoridades como la de motivar y fundar sus resoluciones, y por otro hay referencias al principio de irretroactividad de la ley penal y por eso hay que realizar una búsqueda para su fundamento.<sup>236</sup>

El párrafo primero del art. 14 CM se refiere a que "ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna". Esto ha de sumarse a lo expresado por el art. 7 del CPF, "es delito el acto u omisión que sancionan las leyes penales". De tal manera que la ley debe estipular las conductas que son consideradas ilícitas y, consecuencia de lo anterior, los tribunales no podrán determinar como delitos otras conductas que no sean las expresamente señaladas como tales en el momento justo de realizarse.<sup>237</sup>

---

<sup>235</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 11 y 12.

<sup>236</sup> El orden jurídico español lo manifiesta en la vigente Constitución española de 27 de diciembre de 1978 en su art. 25.1 cuando dice que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Esto está de acuerdo con lo estipulado en el art. 11.2 del texto oficial en idioma español de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Adopción: Asamblea General de la ONU. Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948). También véase a GÓMEZ COLOMER, J.-L., Constitución y proceso penal, Ed. Tecnos, Madrid 1996, pág. 65.

<sup>237</sup> "Conforme al criterio actual adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre la interpretación del art. 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que consagra la garantía de irretroactividad, ésta protege al gobernado tanto de la propia ley, desde el inicio de su vigencia, como de su aplicación, al constreñir al órgano legislativo a no expedir leyes que en sí mismas resulten retroactivas, y a las demás autoridades a que no las apliquen retroactivamente, pues la

El principio de legalidad penal impone la obligación al Estado de establecer las penas, de tal manera que no queda al arbitrio de nadie imponer su cantidad. En la CM hay que acudir al art. 14, párrafo tercero "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".<sup>238</sup>

Con respecto de la garantía jurisdiccional o principio de legalidad procesal, que se traduce en que el derecho penal y sus consecuencias sólo pueden ser aplicados mediante juicio celebrado ante tribunal establecido previamente, no estamos precisamente ante su consagración, pues la CM no está inclinada a la realización de un proceso penal, sino de un procedimiento penal. De esto que se pierda la oportunidad de estatuir de forma necesaria la realización de un proceso penal previo a la declaración del delito y la responsabilidad penal de su autor.

Al respecto, sólo hay que observar la redacción de la CM, que dice que "nadie puede ser molestado en su persona,

---

intención del Constituyente en dicho precepto, fue prever de manera absoluta, que a ninguna ley se le diera efecto retroactivo, sin atender a si dicho efecto nace de la aplicación de la ley por las autoridades, o a si la ley por sí misma lo produce desde el momento de su promulgación, pues resultaría incongruente admitir que el amparo proceda contra las leyes y se niegue cuando se demuestre que sus preceptos, automáticamente vuelven sobre el pasado, lesionando derechos adquiridos". Registro IUS: 183287. 9ª Época; Instancia: 1ª. Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVIII, septiembre de 2003. Pág. 126. Rubro: GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD. CONSTRIÑE AL ÓRGANO LEGISLATIVO A NO EXPEDIR LEYES QUE EN SÍ MISMAS RESULTEN RETROACTIVAS, Y A LAS DEMÁS AUTORIDADES A NO APLICARLAS RETROACTIVAMENTE.

<sup>238</sup> Tesis aislada con Registro IUS: 200044. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. IV, octubre de 1996. Pág. 156. Rubro: CONYUGICIDIO. EL ART. 255 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO, QUE ESTABLECE ESTE DELITO, EQUIPARADO AL DE PARRICIDIO PARA APLICACIÓN DE LA PENA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ART. 14 CONSTITUCIONAL, YA QUE NO ESTABLECE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA POR ANALOGÍA.



familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento" (art. 16 CM, párrafo primero). La conclusión se complementa con el hecho que el vigente CFPP no contempla un proceso penal, como se emplea en otros sistemas jurídicos más avanzados y respetuosos de los derechos fundamentales de los individuos, pues en realidad prima la idea de procedimiento.<sup>239</sup>

Hemos de recalcar la idea anterior, pues se verá en apartado por venir que el CFPP, como lo declara en su art. 1, en realidad sólo dispone de "procedimientos penales" y de sistemas administrativos como medio para declarar hechos como delitos y pronunciarse sobre la responsabilidad de los mismos imponiendo las penas respectivas. Esto, por sí mismo, es razón académica suficiente para pedir se corrija dicho atraso y se implemente de una vez por todas lo que equivocadamente se cree tener, es decir un proceso penal.

De igual forma, incidiendo en el proceso, impone que el MP debe iniciar averiguaciones ante la noticia de cualquier hecho delictuoso, no pudiendo suspender el ejercicio de la acción penal a su capricho, en tanto subsistan los hechos y se haya descubierto a los autores de los mismos. Este imperativo se convierte en garantía importante que significa que todos los hechos delictuosos han de ser perseguidos.

---

<sup>239</sup> Creemos que lo que existe es un código federal que describe una forma procedimental para imponer las penas, sin regirse por la ciencia jurídica procesal en cuanto a las partes, el órgano jurisdiccional y el instrumento jurídico que sirve a la jurisdicción para establecer que los hechos son delito y las penas que le correspondan. Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, págs. 296 y 297.

Con la promulgación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (DOF de 7 de noviembre de 1996),<sup>240</sup> que permite otorgar beneficios a miembros de las organizaciones delictivas a cambio de cooperación en la investigación y persecución, ya no podemos asegurar que la legalidad rige de forma estricta. El terreno que va ganando el principio de oportunidad, reflejado en facultades discrecionales al MP, le resta supremacía.<sup>241</sup>

Ahora bien, incidiendo en el proceso penal, la elección del legislador con respecto de la legalidad también presupone una búsqueda de la verdad material en el ámbito penal, pues ésta ha sido adoptada a nivel constitucional aunque no tiene una exacta aplicación en la legislación procesal penal.<sup>242</sup>

Es decir, en sentido estricto, de inicio la CM determinaría que al proceso penal le importa más los hechos como realmente han sucedido y no como las partes puedan presentarlos, pero esto no se respeta ante el modelo de investigación vigente en nuestro ordenamiento que otorga normalmente valor probatorio a las diligencias del MP durante la fase de averiguación previa.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> Véase los beneficios para los cooperantes que están marcados por el art. 35 de la ley citada.

<sup>241</sup> Esta postura lo que viene a suponer es una contradicción a la CM, lo cual debe tener un efecto por medio del Juicio de Amparo de declarar las disposiciones inconstitucionales. La procedencia del amparo debe ser mantenida con fundamento en los arts. 133 y 21 de la propia CM. Vid. CASTRO, J. V., El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones, Ed. Porrúa, 12ª ed., México 2002, págs. 130 a 134.

<sup>242</sup> Vid. CASTRO, J. V., El Ministerio Público..., op. cit., págs. 130 a 134.

<sup>243</sup> Consúltese al respecto, entre otras, algunas sentencias dictadas por la SCJN como: Registro IUS: 184045. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVII, junio de 2003. Pág. 199. Rubro: PRUEBA INDICIARIA. EL ART. 286 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES QUE REGULA SU VALORACIÓN, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA; Tesis aislada con Registro IUS: 193779. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. IX, junio de 1999. Pág. 12. Rubro: PRUEBAS PARA ACREDITAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD. EL ART. 124 DEL CÓDIGO DE

La situación vigente, no obstante, determina que encargada la investigación a un ente público como el MP, en detrimento de la instrucción por un juez, resulta difícil mantener la búsqueda de la verdad material objetiva, toda vez que los principios jurídicos procesales inciden directamente en el proceso como garantías y en especial la legalidad exige la búsqueda de la verdad material.<sup>244</sup>

En la práctica, el MP intenta con todos los recursos del Estado presentar un panorama que sólo acusa al inculpado, lo que constituye una parcialidad, una verdad formal si en su actividad no contempla los elementos favorables ciertos. Al respecto, hemos de reconocer que dejar en manos de las partes la actividad del proceso, y es el caso con la investigación o instrucción en México en manos del MP, se identificaría mejor con las características de un sistema acusatorio norteamericano. Sin embargo, si lo que interesa es la verdad material,<sup>245</sup> hay que considerar que no es desde éste punto de

---

PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL D.F., NO VIOLA LA GARANTÍA DE LEGALIDAD QUE ESTABLECE EL ART. 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, la cual dice: "...Además, tomando en consideración que toda norma tiene como finalidad procurar el ideal de justicia, el propósito de dicho precepto -art. 16 CM- es pretender que el juzgador pueda emplear los elementos de convicción que no estén prohibidos por la ley y que le sean imprescindibles para conocer la verdad formal y material, pues sólo así es factible que emita un fallo ajustado a derecho y, por consiguiente, realizar el objetivo primordial de su función que es la impartición de justicia".

<sup>244</sup> Esta postura ha de incidir en el proceso no importando si éste es civil o si es penal. Es decir, la elección ha de tener consecuencias congruentes, no pudiendo decir que la actividad del juez ha de promoverse en un proceso para luego afirmar que en el otro ha de limitarse, pues esa intervención representa un lado inquisitivo de su actividad. En ése sentido, poniendo de manifiesto esa riesgosa dualidad, véase a MONTERO AROCA, J., La prueba en el proceso civil, Ed. Civitas, 4ª ed., Madrid 2005, págs. 49 y ss., en donde se abordan concepciones políticas y la persecución obsesiva de la verdad objetiva o material; también del mismo autor, El proceso civil llamado social como instrumento de justicia autoritaria, en MONTERO AROCA, J. (coordinador), "Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, págs. 155 y ss.

<sup>245</sup> Como un aspecto relevante, el proyecto de decreto de reforma a la administración de justicia que se presentó durante el gobierno panista fe-

vista la mejor elección para buscar ésa verdad con amparo del principio de legalidad elegido.<sup>246</sup>

No obstante, es importante señalar que sistemas calificados de acusatorios mixtos como el español y alemán, permiten métodos para lograr conocer mejor la verdad material, permitiendo que el juez tenga potestades de instructor durante la fase preliminar, pero dando cabida al juez que emitirá juicio de alcanzar la convicción por sus propios medios, ahí donde posible, sin asumir función de parte.<sup>247</sup>

### **3. Principio de necesidad y de los que de él se derivan**

La doctrina ha discernido que, el proceso penal ha de suponer una actuación del derecho penal y éstos, a su vez, comportan la actuación del órgano jurisdiccional configurado por principios penales. Se ha elegido por la legislación que el interés de la comunidad ha de ser el predominante en el proceso penal. Esto supone la presencia del principio de necesidad y de lo siguiente:<sup>248</sup>

---

deral pasado por el Ejecutivo a la consideración del Senado, consideraba en su propuesta de nuevo código procesal a la verdad histórica como objeto del proceso penal en su art. 1.

<sup>246</sup> Vid. DELMAS MARTY, M., European Criminal Procedures, Ed. University Press, Cambridge 2002, pág. 611 y ss.

<sup>247</sup> Con respecto de España véase a GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA, Derecho Procesal Penal, Ed. Artes Gráficas y Ediciones, 10ª ed., Madrid 1987, págs. 129 y ss. No obstante, en Alemania el esclarecimiento de los hechos punibles penalmente no es posible sin sujeción a un límite, pues la total libertad sobre este tema puede poner en peligro, incluso destruir, valores sociales y personales. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Ed. Bosch, Barcelona 1985, pág. 134.

<sup>248</sup> Sin embargo el principio de necesidad no siempre se cumple de forma total. En ocasiones la maquinaria judicial sólo se pone en marcha cuando los particulares deciden poner en conocimiento un acto delictivo. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal español, op. cit., pág. 78.

1. La existencia de un hecho que en principio tiene apariencia de ser delito y la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional. La ley debe determinar el inicio del proceso penal y quien debe hacerlo de manera que se excluya decisión discrecional de persona alguna.

Esta característica viene materializada en la figura del MP, de forma lógica aunque errónea, pues es éste ente público el que predomina en realidad en el proceso penal mexicano. Así, el MP practica y ordena la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño.

Del MP público depende la actividad jurisdiccional, pues sólo si decide ejercer la acción penal, averiguación previa que suplanta a la instrucción judicial, el juez tiene conocimiento de los hechos, no pudiendo iniciar instrucción alguna. El sistema de instrucción judicial no es del todo aplicable en nuestro ordenamiento (por ejemplo, véase el art. 113 CFPP).

2. Cuando se ha puesto en marcha la actividad jurisdiccional, ésta ha de terminar normalmente con la sentencia, no dejando que concluya por capricho de nadie. El proceso penal sólo podrá ser suspendido, modificado o suprimido por causas tasadas en la ley.<sup>249</sup>

---

<sup>249</sup> La importancia práctica de esto radica en que el proceso penal ha de continuar, por ejemplo, aun cuando exista una admisión de hechos realizada por las partes. El reconocimiento no vincula al juez a dar por terminado el proceso penal considerando, sin más, como existentes tales hechos. Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 359.

Ante la precaria regulación del juicio oral, el ordenamiento mexicano, que contempla un sistema no procesal, prevé supuestos de terminación del proceso durante la fase denominada de averiguación previa, que no es actividad ante un órgano jurisdiccional, dejando definitivamente que el proceso penal una vez iniciado tendría que finalizar con la sentencia, deduciéndolo de la falta de cualquier otra causa regulada en la fase principal.

#### **a) Principio de oficialidad**

Ha de entenderse por principio de oficialidad "aquel criterio en virtud del cual el proceso ha de iniciarse, desarrollarse y finalizar, conforme a lo dispuesto en normas legales imperativas, en función de la necesidad de tutelar un interés público predominante sobre cualquier otro, sin subordinación al poder de disposición de sujetos jurídicos en relación con la tutela de sus derechos e intereses legítimos".<sup>250</sup>

El inicio del proceso penal en México no depende de la voluntad de las partes, sino que es la misma autoridad jurisdiccional la que lo pone en marcha mediante una resolución, un auto de radicación, según art. 142 CFPP.<sup>251</sup> De semejante manera el tribunal prevé el avance paulatino del proceso penal mediante resoluciones que van ordenando diligencias de instrucción (art. 144 CFPP), de sujeción a proceso (art. 166

---

<sup>250</sup> OLIVA SANTOS, A. de la, en OLIVA SANTOS / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 7ª ed., Madrid 2004, pág. 32.

<sup>251</sup> Dice el párrafo primero: "Tratándose de consignaciones sin detenido, el Tribunal ante el cual se ejercite la acción penal radicará el asunto dentro del término de dos días, salvo lo previsto en el párrafo tercero, abriendo expediente en el que resolverá lo que legalmente corresponda y practicará sin demora alguna todas las diligencias que promuevan las partes...".

CFPP), y de citación para la audiencia de juicio (art. 305 CFPP), y posterior imposición de la pena en caso que procedente (monopolio del *ius puniendi*).

No obstante, alternativamente, puede extinguirse la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela o por algún acto equivalente a la misma (adulterio, abandono de personas, injurias, difamación o calumnias) por consecuencia del perdón otorgado por el ofendido o legitimado para otorgarlo.<sup>252</sup>

En virtud de lo expuesto, en realidad en México se mantiene una relación entre el principio dispositivo y el de oficialidad que se encuentran manifiestos en los procesos penales por delitos denominados privados y semiprivados.<sup>253</sup>

#### **b) Principio de investigación oficial**

El principio de investigación oficial supone que el delito es perseguido de oficio y que la persecución del mismo la realiza el propio Estado, pero por medio de un órgano público que en México, como en Alemania,<sup>254</sup> recae en la figura del MP.

El principio adquiere cuerpo cuando la ley ordena proceder de oficio a la investigación de los delitos del orden fe-

---

<sup>252</sup> Siempre que se conceda ante el MP si éste no ha ejercido la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez se otorgue el perdón no podrá revocarse. Vid. arts. 93, 276, 338 y 360 del CP. También el art. 148 del CFPP.

<sup>253</sup> En estos delitos desaparece en gran medida el interés colectivo. El inicio y desarrollo de estos procesos está relacionado con la voluntad del ofendido. Vid. BERZOSA, V., Principios del Proceso, op. cit., pág. 576.

<sup>254</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 46 y ESPARZA LEIBAR, I., El principio del proceso debido, op. cit., págs. 46 y 47.

deral de que tengan noticia. Si bien la ley dice tratar de funcionarios y agentes, se entiende hace referencia al MP y policía judicial (art. 113 CFPP).<sup>255</sup>

El principio muestra excepciones con respecto de los delitos que se consideran privados o semiprivados. Con respecto de esos, se requiere previamente querrela o denuncia como primer requisito de procedibilidad. Estas excepciones son semejantes a las encontradas en el Derecho Procesal Penal alemán, básicamente los delitos de acción privada (*Privatklagedelikte*) y en los delitos perseguibles a instancia de parte (*Ermächtigungsdelikte*).<sup>256</sup>

En México, como en de España,<sup>257</sup> el juez no debe iniciar, en principio, investigación de oficio alguna, en virtud que

---

<sup>255</sup> Véase en ése sentido jurisprudencia con Registro IUS: 200443. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. II, noviembre de 1995. Pág. 118. Rubro: MINISTERIO PÚBLICO, CUANDO CON POSTERIORIDAD AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, ADVIERTE UN DIVERSO DELITO, TIENE EL DEBER DE INCOAR OTRA AVERIGUACIÓN EN LA QUE SE INVESTIGUE ESTE. Que dice "El deber comprendido en el art. 21 constitucional, excluye que el MP se abstenga del ejercicio de la acción punitiva, ya que, no perseguir los delitos ni a sus autores, entraña una situación antisocial que coloca a la colectividad en permanente peligro...". "La obligación social aludida no sólo la tiene dicha institución frente a la comunidad, sino que la asume en cada caso concreto...". En semejante sentido se ha dicho que el fundamento radica en el interés público que exige el castigo efectivo del culpable, a la vez que la tutela del inocente. Esto es una garantía en cuanto que al culpable se le condene en la medida de su efectiva responsabilidad y no a más. Vid. ORTELLS RAMOS, M., en ORTELLS RAMOS / CÁMARA RUIZ / SÁNCHEZ, Derecho Procesal..., op. cit., pág. 288.

<sup>256</sup> Vid. ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, Ed. C. H. Beck'sche, München 1998, pág. 73 y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 46.

<sup>257</sup> En España, existiendo noticia sobre hechos presuntamente constitutivos de delito, el juez ha de acordar la práctica de las diligencias necesarias para investigar esos hechos y determinar su autor. Sin embargo, el juez no puede ir más allá y hacerse con el ejercicio de la acción popular, ni con la persecución de la conducta con apariencia de delito. Sin embargo, reconociendo una inclinación inquisitiva al respecto, ésta actividad no perdura y debe poner los hechos del conocimiento del Ministerio Fiscal español, para que este sea el que ejercite la acción penal, en su caso. Vid. MONTÓN REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 153.



si bien no se deja en manos de las partes la investigación sólo se prevé como autoridad pública capaz de hacerlo al MP, como hemos dicho.

Cuestión distinta es que el juez ordene se realicen diligencias de investigación, pero eso es ya llamar la atención sobre el hecho que investigar no es lo mismo que instruir como lo abordaremos en otro apartado *infra*.<sup>258</sup>

### **c) Principio de control de oficio de los presupuestos procesales**

Lo que se traduce en examen de los presupuestos procesales que afectan al órgano jurisdiccional (jurisdicción, competencia genérica y criterios de atribución de la competencia),<sup>259</sup> a las partes (capacidad, legitimación y postulación),<sup>260</sup> así como a los actos procesales que determinan su existencia válida.<sup>261</sup> El control es realizado por el propio órgano jurisdiccional, sin que signifique la exclusión de las partes en ello, pues, a su vez, pueden interponer excepciones

---

<sup>258</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral, en Rev. "Teoría & Derecho", junio/diciembre 1/2007, págs. 57 y 58.

<sup>259</sup> Por ejemplo, la Tesis aislada en materia civil con Registro IUS: 186497. 9ª Época. Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVI, julio de 2002. Pág. 1357. Rubro: PERSONALIDAD COMO PRESUPUESTO PROCESAL. CONCIERNE SÓLO AL APODERADO, Y NO A LOS AUTORIZADOS PARA OÍR Y RECIBIR NOTIFICACIONES.

<sup>260</sup> Vid Registro IUS: 178416. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XXI, mayo de 2005. Pág. 340. Rubro: MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN. TIENE LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER EL RECURSO DE REVISIÓN CONTRA UNA SENTENCIA RELACIONADA CON UN DELITO PERSEGUIBLE POR QUERRELLA. También Registro IUS: 178970. 9ª Época. Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XXI, marzo de 2005. Pág. 1,179. Rubro: OFENDIDO. CARECE DE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA PROMOVER AMPARO, SI NO SE ACTUALIZA ALGUNA DE LAS HIPÓTESIS DEL ART. 10 DE LA LEY DE LA MATERIA, PUES SU TEXTO ES DE CARÁCTER TAXATIVO.

<sup>261</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal español, op. cit., pág. 79.

que se traduce en ocasiones en incidentes de previo pronunciamiento.<sup>262</sup>

#### **d) Principio de impulso procesal de oficio**

El impulso procesal en general, o avance en el proceso, hace referencia a quién, las partes o el juez, hace avanzar el proceso dentro de una instancia o una ejecución.<sup>263</sup> Este principio así entendido es la facultad del órgano jurisdiccional de hacer avanzar el proceso. Significa, pues, "que las instancias o la ejecución ya se han iniciado, a petición de parte, y atiende a los pasos que han de darse dentro de cada una de ellas".<sup>264</sup>

En el impulso oficial el juez dicta las resoluciones necesarias para que avance el proceso, sin que necesite petición por las partes.<sup>265</sup> No obstante, en algunos supuestos se

---

<sup>262</sup> Tesis aislada en materia común con Registro IUS: 190527. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XIII, enero de 2001. Pág. 1,727. Rubro: IMPEDIMENTO. LA COMPETENCIA ES UN PRESUPUESTO PROCESAL PARA PLANTEARLO.

<sup>263</sup> En el ámbito procesal civil no deja lugar a dudas la aplicación de éste principio cuando dispone que "se tendrá por abandonado un juicio y por perdido el derecho de las partes, si éstas no promovieron durante un término de trescientos sesenta días naturales, y al prever que por promoción deberá entenderse todo lo que tienda a la secuela legal de un procedimiento, de donde se advierte la imposición de una carga procesal para las propias partes, sin que se encuentre sujeta a condición alguna. Esto es, tal carga que corresponde al impulso procesal de las partes, prevalece desde la admisión de la demanda hasta que se cita el asunto para sentencia, pues precisamente este último momento indica que aquéllas manifestaron su interés en la secuela procesal y corresponde únicamente al juzgador la tarea de resolver los aspectos cuestionados mediante la sentencia respectiva". Tesis aislada en materia civil con Registro IUS: 193345. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. X, septiembre de 1999. Pág. 787. Rubro: CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. EL IMPULSO PROCESAL NO CORRESPONDE AL JUZGADOR SINO A LAS PARTES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA).

<sup>264</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 349.

<sup>265</sup> Como alternativa tradicional entre el impulso de parte o impulso oficial. FAIRÉN GUILLÉN, V., Estudios de Derecho Procesal, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, pág. 260 y ss.

alterna entre el impulso por parte del juez y de las partes, dependiendo la materia. Así, "aun cuando es verdad que el art. 157 de la Ley de Amparo establece que los jueces federales cuidarán que los juicios de garantía, ante ellos interpuestos, no queden paralizados proveyendo lo correspondiente hasta dictar sentencia, si en un caso determinado el juez de distrito no observa ese precepto, tal omisión no sólo a él le es imputable, sino fundamentalmente a la parte quejosa, a quien por su interés compete impulsar el procedimiento y, de no hacerlo así,... debe decretarse el sobreseimiento del juicio, como sanción por la inactividad de la agraviada".<sup>266</sup>

#### **e) Principio de libre valoración de la prueba**

En México la doctrina muestra diversidad con respecto de este tema, pues unos consideran que existe un sistema de libre valoración de la prueba y otros que hay uno de tipo mixto.<sup>267</sup> Pero queda claro que la valoración de las pruebas corresponde al juzgador, como no debería ser distinto, al cual le está permitido libremente formarse convicción para determinar en conciencia los hechos probados.<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> Registro IUS: 257200. 7ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. 14 Sexta Parte. Pág. 29. Rubro: SOBRESEIMIENTO POR INACTIVIDAD PROCESAL. EL IMPULSO PROCESAL EN EL AMPARO COMPETE FUNDAMENTALMENTE AL QUEJOSO, POR SU PROPIO INTERÉS.

<sup>267</sup> Vid. con respecto a lo primero a ARILLA BAS, F., El procedimiento penal..., op. cit., pág. 142; y por lo segundo a AGUILAR LÓPEZ, M. A., Análisis comparativo del proceso penal español y mexicano, en CIENFUEGOS / NATARÉN / RÍOS (coordinadores), "Temas de Derecho Procesal Penal de México y España", Ed. UNAM, México 2005, pág. 91.

<sup>268</sup> Este sistema comienza a regir en la generalidad de los ordenamientos jurídicos del mundo. En México puede contemplarse el art. 286 del CFPP que dice: "Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena". No obstante, las pruebas de inspección y documental pública hacen prueba plena de acuerdo a la ley procesal. Con respecto a la generalidad del principio vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, págs. 350 y 351. También a GÓMEZ

La jurisprudencia y tesis aisladas dictadas por la SCJN y Tribunales Colegiados se han referido a los sistemas en el ámbito jurídico.<sup>269</sup> Así, se ha determinado que las pruebas legales son aquellas a las que la ley señala por anticipado la eficacia probatoria que el juzgador debe atribuirles.<sup>270</sup>

Las pruebas de libre convicción son las que se fundan en la sana crítica, y que constituyen las reglas del correcto entendimiento humano. En éstas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez, que contribuyen a que pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.<sup>271</sup>

"En efecto, el juez es quien toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de la aplicación de la lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Luego, es necesario considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto

---

COLOMER, J.-L., El proceso penal español, op. cit., pág. 79; TOMÉ GARCÍA, J.-A., en OLIVA SANTOS / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 475.

<sup>269</sup> Véase al respecto la Jurisprudencia con Registro IUS: 181056. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, julio de 2004. Pág. 1,490. Rubro: PRUEBA PERICIAL, VALORACIÓN DE LA SISTEMAS.

<sup>270</sup> En ése sentido el Código de Comercio mexicano en sus arts. 1,287, 1,291 a 1,294, 1,296, 1,298 a 1,300, 1,304 y 1,305, dispone que la confesión judicial y extrajudicial, los instrumentos públicos, el reconocimiento o inspección judicial y el testimonio singular, hacen prueba plena cuando satisfechos diversos requisitos; que las actuaciones judiciales, los avalúos y las presunciones legales hacen prueba plena, y que el documento que un litigante presenta, prueba plenamente.

<sup>271</sup> Estos principios se encuentran previstos en el art. 402 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F., al establecer que los medios de prueba aportados y admitidos serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia, exponiendo cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica y de su decisión.

como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de la lógica en que el derecho se apoya".<sup>272</sup>

"Importa destacar que prueba libre, o libre valoración, no significa apreciación arbitraria o discrecional, sino en todo caso razonada".<sup>273</sup> Es decir, que la estimación realizada por el juez ha de ser en conciencia, de manera libre y ajustada a la razón y no debe atender a reglas fijadas por la ley que sujeten al juzgador de manera total.<sup>274</sup> No obstante, la ley mexicana sí que determina que las pruebas de inspección y documental pública hacen prueba plena de acuerdo a la ley procesal.

Los errores graves que azotaban la averiguación previa han derivado en la prohibición que no podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. La policía puede rendir informes pero no obtener confesiones; si lo hacen éstas carecerán de valor probatorio.<sup>275</sup>

---

<sup>272</sup> Jurisprudencia con Registro IUS: 181056. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, julio de 2004. Pág. 1,490. Rubro: PRUEBA PERICIAL, VALORACIÓN DE LA. SISTEMAS.

<sup>273</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 351. También en ése sentido Tesis en materia civil con Registro IUS: 181056. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, julio de 2004. Pág. 1,490. Rubro: PRUEBA PERICIAL, VALORACIÓN DE LA. SISTEMAS. En dónde se especifica que "de modo que salvo en aquellos casos en que la ley otorga el valor probatorio a una prueba, el juez debe decidir con arreglo a la sana crítica, esto es, sin razonar a voluntad, discrecionalmente o arbitrariamente".

<sup>274</sup> Vid. ARILLA BAS, F., El procedimiento penal..., op. cit., pág. 142.

<sup>275</sup> Así determinado por el art. 287 del código procesal federal. No obstante, COLÍN SÁNCHEZ invita a la reflexión al cuestionarse la validez de esta disposición pues, señala que el éxito del proceso no debe hacerse depender, sólo, de la declaración llamada prueba confesional al no ser ésta el único medio de prueba. Por otro lado -señala el autor- tampoco es admisible la prohibición radical para que la Policía Judicial obtenga "confesiones", e igualmente, la amenaza de que, "si lo hace carece de valor probatorio". Vid. COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, 14ª ed., México 1993, pág. 302.

#### **4. Principio de presunción de inocencia**

En la CM no aparece expresamente el derecho a la presunción de inocencia pero, en cambio, si hay referencia implícita de una interpretación armónica de los arts. 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, todos de la CM, en dónde se configura el debido proceso legal.<sup>276</sup> Entendiendo que el debido proceso exige un juicio previo con todas las garantías para la aplicación de la pena en su caso, puede afirmarse que se cubre dicha falta.<sup>277</sup> No obstante, en realidad sí hay referencia expresa (que no es estrictamente necesaria) que puede ser encontrada en los tratados internacionales firmados y ratificados por México.

Hoy día, México ya ha suscrito la CADH, "pacto de San José de Costa Rica",<sup>278</sup> por lo que no podemos hablar de falta alguna en la previsión. Dice el art. 8.2 de dicha convención: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Prácticamente reproduce el sentido del art. 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, hecha en París el 10 de diciembre de 1948.<sup>279</sup> Por tanto, en México, en

---

<sup>276</sup> Vid. Tesis aislada de la SCJN con Registro IUS: 186185. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVI, agosto de 2002. Pág. 14. Rubro: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

<sup>277</sup> En ese sentido nos sumamos a ZAMORA-PIERCE, J., Garantías y proceso penal, op. cit., págs. 421 y 424.

<sup>278</sup> Adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. La adhesión de México se produce el 24 de marzo de 1981 y es promulgado por Decreto en el DOF 07 de mayo de 1981.

<sup>279</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU en Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

cualquier modelo de proceso penal, presente o futuro, ha de considerarse al inculcado con este trato.<sup>280</sup>

Las adopciones de las convenciones internacionales determinan que la presunción de inocencia en México es algo más que un principio. En efecto, es un derecho revestido de garantía, y es de toda persona, lo que obligaría al juez a tratar al inculcado como tal hasta que una sentencia firme diga lo contrario. La garantía se ve salvaguardada materialmente precisamente al contar con un proceso penal como instrumento adecuado para, en su caso, encontrarle culpable.<sup>281</sup>

## **5. Principio de prohibición de la duplicidad de sanciones**

---

<sup>280</sup> En la doctrina, sin embargo, apareció alguna opinión que negaba la existencia de este principio y se mostró contra la presunción de inocencia. MANZINI manifestó que la pretendida presunción de inocencia es inexacta para el proceso penal. Bastaba pensar en el hecho mismo de la imputación pues tiene por presupuesto, suficientes indicios de delincuencia. En ese caso, ha de constituir presunción de culpabilidad. Vid. MANZINI, V., Tratado de Derecho Procesal Penal, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, t. I, Buenos Aires 1951, pág. 253 y 254. Sin embargo, en la actualidad encontramos manifestaciones en contra, como la de OSSORIO y FLORIT, M., voz "inocencia" en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XV, págs. 985 y 986. Sobre todo el asunto ILLUMINATI, G., La presunzione d'innocenza dell'imputato, Zanichelli, Bologna 1979, págs. 163 a 165, donde expresa el autor que la presunción de inocencia ha de ser base de los sistemas de enjuiciamiento. Por otro lado, los Tribunales Colegiados se han decantado también en contra al considerar que no se contraría el principio de inocencia ante el dictado de una orden de aprehensión. Vid. Registro IUS: 182988. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVIII, octubre de 2003. Pág. 1086. Rubro: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO NO SE TRANSGREDE CUANDO SE DICTA ORDEN DE APREHENSIÓN POR ENCONTRARSE ACREDITADOS LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INDICIADO.

<sup>281</sup> Para VÁZQUEZ SOTELO la presunción de inocencia surge en respuesta de los procesos penales abusivos que mantenían al procesado con una calidad de culpable durante todo el proceso, aún después de ser sentenciado y haber cumplido con ésta. Para el autor, el procesado debe ser considerado inocente más allá de las limitaciones cautelares que puedan imponerse a su libertad física o a la disposición de sus bienes, y por supuesto también si el proceso concluye favorablemente, por lo que ha de regresar a la comunidad libre de toda sospecha de toda culpa ya que jurídicamente no llegó a perder la inocencia. Vid. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal, Ed. Bosch, Barcelona 1984, págs. 13 a 68; también del mismo autor, Presunción de inocencia y prueba indiciaria, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (director) y SANZ HERMIDA, Á., (coordinadora), "Investigación y prueba en el proceso penal", Ed. Colex, Madrid 2006, pág. 33.

Ante la resolución de la causa penal y la imposición efectiva de la sanción no es dable volver a sancionar los mismos hechos por medio de otro proceso, aun cuando cambie la persona acusadora.<sup>282</sup> El principio *non bis in idem* se concreta así como una garantía de firmeza, de cosa juzgada material,<sup>283</sup> y se encuentra consagrado en la propia CM y debe estarlo en un régimen legal respetuoso de los derechos y libertades, aunque la legislación ordinaria no lo presenta.<sup>284</sup>

La prohibición de duplicar las sanciones incide no sólo en la causa resuelta ya, sino que se manifiesta en proporción en el proceso que no ha terminado todavía. De tal manera que, no ha de abrirse nuevo proceso por estar pendiente de resolución el primero (litispendencia). Es dable decir entonces que ya siendo resuelta la causa, una vez iniciado otro igual éste ha de concluir (causa de sobreseimiento).<sup>285</sup>

Efectivamente, el principio de prohibición de duplicidad de sanciones a través de la institución de "cosa juzgada", proporciona seguridad jurídica a las personas en dos sentidos. El positivo en cuanto que imposibilita que la persona se

---

<sup>282</sup> La persona acusadora no puede ejercer de nuevo la acción penal contra la misma persona y por el mismo delito. Vid. ZAMORA-PIERCE, J., Garantías y proceso penal, op. cit., pág. 383.

<sup>283</sup> "En ese sentido, la cosa juzgada es el valor que el ordenamiento jurídico da al resultado de la actividad jurisdiccional, consistente en la subordinación a los resultados del proceso, por convertirse en irrevocable la decisión del órgano judicial". GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal español, op. cit., pág. 326. También GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 418.

<sup>284</sup> Art. 23 CM: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia".

<sup>285</sup> Vid. SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 697.



vea someter a otro proceso por los mismos hechos<sup>286</sup> y, por consecuencia, que se le imponga doble sanción.<sup>287</sup> Por lo que respecta a su sentido negativo, en materia procesal penal, imposibilita someter a juicio a dos personas distintas por el mismo hecho que no sea posible haberse cometido por más de un sujeto.<sup>288</sup>

## **II. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL**

El aspecto exterior del enjuiciamiento penal mexicano no corresponde a la libertad de formas. El juez no está facultado a disponer del procedimiento de forma arbitraria, obviamente, o de la forma que estime oportuna, salvo en casos en los que tenga alternativas legalmente previstas.<sup>289</sup>

### **A) Oralidad y escritura**

---

<sup>286</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, 2ª ed., Madrid 2003, pág. 415.

<sup>287</sup> Se puede hablar, entonces, de cosa juzgada material. La verdadera cosa juzgada según la doctrina. Pues, es la vinculación en otro proceso penal que produce la resolución de fondo firme (GÓMEZ ORBANEJA). Se trata de un instituto procesal que obliga a los Jueces a no juzgar de nuevo lo ya decidido. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal español, op. cit., pág. 327.

<sup>288</sup> La sentencia "resuelve sobre el objeto del proceso y, o absuelve a la persona o personas acusadas o declara, por el contrario, la existencia de un hecho típico y punible, atribuye la responsabilidad de tal hecho a una o varias personas y les impone la pena o penas correspondientes". OLIVA SANTOS, A. de la, en OLIVA SANTOS / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 529.

<sup>289</sup> No obstante, estamos concientes que se puede calificar el sistema de "libertad en las formas" como utópico. Los actos que desarrollan el procedimiento penal han de ser, para tener eficacia, realizados de acuerdo y por el orden establecido por la ley. El principio de legalidad procesal en México está previsto por el art. 14, párrafo segundo de la Constitución. Con respecto a la forma del procedimiento véase a MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, págs. 380 a 397.

Aspectos del procedimiento de efectos eminentemente prácticos son la oralidad y escritura. Se ha de entender incluidos en la oralidad principios que son derivados del mismo, como la inmediación, concentración y publicidad. De forma contraria, la mediación, dispersión, preclusión y secreto con respecto del principio de escritura.

El procedimiento penal no se encuentra dominado totalmente por uno u otro principio. El sistema oral no puede impedir que existan actos escritos y, viceversa, el sistema escrito no lo hará con los actos orales. El análisis del sistema mexicano tampoco puede centrarse en la manera en que se concreta un acto específico para determinar el dominio de un principio u otro.<sup>290</sup>

La escritura es parte apreciable en el procedimiento mexicano, tal vez demasiado. No sólo por la constancia que ha de quedar de los actos, sino porque también está presente de forma marcada en muchas ocasiones y se prevé, aunque de forma implícita, en la introducción de las pruebas en la "audiencia o vista"<sup>291</sup> (diligencia final de la Primera Instancia) dónde habría de prevalecer la oralidad.<sup>292</sup>

---

<sup>290</sup> "Tradicionalmente el elemento base para diferenciar un procedimiento oral de otro escrito se ha centrado en la manera de aportar las partes los hechos al proceso y de formular la pretensión...". MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 383.

<sup>291</sup> Terminología empleada por el CFPP, en concreto en el art. 305, pero que creemos es simplemente la audiencia o la vista.

<sup>292</sup> El juicio mexicano no es precisamente oral. Baste sólo mirar el contenido del art. 306 que deja abierta la posibilidad de "repetir" las diligencias de prueba que se hubieran practicado durante la instrucción. Por otro lado, aunque no es lo verdaderamente indicativo lo siguiente, sólo considerando la cantidad de veces puntualizadas de uno u otro en el vigente CFPP, habría que determinar a la escritura como forma dominante. El código procesal hace referencia a la oralidad en diez casos, pero la forma escrita es señalada en treinta y dos momentos diferentes.

Por tanto, considerar sólo el número de veces que pueda aparecer una forma u otra de externar los actos no sirve para determinar de forma global el tipo de procedimiento que se tiene.<sup>293</sup>

## **B) La oralidad y principios consecuencia**

Podemos observar que durante la averiguación previa llevada por el MP (art. 2 CFPP), éste puede recibir denuncias de forma oral sobre hechos que pueden constituir delito (art. 2.I CFPP). También, durante la declaración preparatoria del inculpado ante el juez, aquel puede hacerla de manera oral o escrita (art. 155 CFPP). Como último, sin agotar otros casos, con lo que respecta a la audiencia final de juicio el defensor puede hacer la defensa oralmente, sin perjuicio de presentarla por escrito (art. 87, párrafo segundo CFPP).<sup>294</sup>

La característica del procedimiento oral, pese a lo mencionado, es la fase del proceso en el cual el juez se pone en contacto directo con las pruebas (testigos y peritos) y con las propias partes (acusación y defensa).<sup>295</sup> Es decir, el juicio.<sup>296</sup> No obstante, este juicio ha sido preparado por ac-

---

<sup>293</sup> Véase con respecto de la oralidad a FAIRÉN GUILLÉN, V., El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso, Ed. A.G. Soler, 2ª ed., Valencia 1988, pág. 479 y ss. El problema de los principios de oralidad o de escritura es un problema de límites. Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 382.

<sup>294</sup> Hay previstos, a lo largo del CFPP, numerosos momentos en los que el uso de la palabra oral ha de concederse a las partes (MP, defensor, imputado, acusado, sentenciado o apelante) y Jurados. Cfr. arts. 90, 233, 323 párrafo primero, 325 párrafo segundo, 339, 345 y 382.

<sup>295</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 385.

<sup>296</sup> La división del enjuiciamiento criminal en México es realizada con diversas denominaciones según sea el autor, muchas veces no coincidentes entre sí. En esta tesis se utilizará la denominación prevista en el CFPP. Así, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 14 de septiembre de 1882 señala como "juicio oral" (Título III del Libro III), el Có-

tos (instrucción) que han sido recabados y hechos constar en su mayoría por documentos escritos. La vigencia del principio de oralidad supone entonces que, en general, "únicamente lo que de palabra se aporte al proceso puede ser valorado por el juez y tenido en cuenta en la resolución final".<sup>297</sup>

En la parca regulación del juicio en el proceso penal mexicano,<sup>298</sup> puede desprenderse del art. 306 CFPP que existe una asociación poco exitosa entre lo escrito y lo oral. Lo que en principio debiera ser considerado como un juicio predominantemente oral, se constituye en una sesión de lectura de diligencias practicadas durante la instrucción.<sup>299</sup> No es factible calificar, desde el prisma de la legislación, el enjuiciamiento criminal como oral. En todo caso parece ser "mixto", aunque en la práctica jurídica pueda darse un predominio claro de la escritura, como en los procedimientos penales locales.

---

digo mexicano tan sólo se refiere al mismo como "juicio" (Título noveno). La doctrina mexicana suele coincidir en este término, así RIVERA SILVA, M., El procedimiento penal, Ed. Porrúa, 32ª ed., México 2003, pág. 284; ARILLA BAS, F., El procedimiento penal..., op. cit., pág. 199; SILVA SILVA, J. A., que le llama "audiencia de juicio", véase Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 365; entre otros.

<sup>297</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., Tratado de Derecho Procesal..., op. cit., pág. 540.

<sup>298</sup> Es aquí, en esta audiencia, donde hay la oportunidad procesal para que las partes hagan notar al juez aspectos de culpabilidad, agravantes o atenuantes y sanciones pedidas que pudieran ser considerados para sentencia. De igual forma, quedando constancia, se puede hacer observaciones sobre los aspectos externos del delito así como de la calificación, entre otras cosas relevantes.

<sup>299</sup> Nos parece sensato afirmar que, una vez revisado jurisprudencia reciente, el concepto de oralidad sólo se asocia al enjuiciamiento laboral. Puede verificarse la atención que hay al respecto en la base de datos IUS de la SCJN. Por ejemplo: de las dos últimas épocas, es decir la octava y novena en curso, sólo podemos encontrar tratado en rubro el principio de oralidad y consecuencias en materia de juicios laborales. Véase también diversas sentencias de la SCJN con Registros IUS: 191266, 194277, 212111, y 228880.

El legislador del CFPP de 1934 ha establecido una vía peligrosa que no favorece a la oralidad. Si bien establece en diversos preceptos el uso de la palabra (no necesariamente en referencia a principio de oralidad), en el art. 306 deja abierta una puerta para el simple trámite escrito del juicio. El objetivo de que la oralidad sea plena es utópico.<sup>300</sup> En realidad hay que considerar su "prevalencia" y no la pleni-tud, pero la oralidad tiene que ser decisiva en el procedi-miento del juicio oral, pues sólo ante el debate oral puede el juez obtener la mejor convicción.<sup>301</sup> Cuando la ley proce-sal penal mexicana dispone que la defensa del acusado pueda conducirse de forma oral, emplea el término "podrá" y consti-tuye así un escape hacia el mero despacho de esta fase pri-mordial<sup>302</sup>. Esto constituye una violación flagrante en tema

---

<sup>300</sup> Así ESPARZA LEIBAR, I., El principio del proceso debido, op. cit., pág. 59.

<sup>301</sup> A esto dice el art. 87, párrafo segundo, del CFPP: "En la audiencia final del juicio también será obligatoria la presencia del defensor quien podrá hacer la defensa oral del acusado, sin perjuicio del alegato escrito que quiera presentar".

<sup>302</sup> Art. 306 CFPP: "En la audiencia podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el Ministerio Público y la defensa. Podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal, y si hubieren sido solicitadas por las partes, a más tardar al día siguiente en que se notificó el auto citando para la audiencia. Se dará lectura a las constancias que las partes señalen; y después de oír los alegatos de las mismas, se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia, salvo que el juez oyendo a las partes, considere conveniente citar a nueva audiencia, por una sola vez". Para completar la crítica que hacemos, bien vale citar la sentencia dictada por la SCJN, que si bien sólo es una tesis aislada, dice algo así como que "de acuerdo con lo previsto por el art. 145 del CFPP, todas las diligencias de prueba recabadas durante la averiguación previa no tendrán que repetirse en el proceso para que tengan validez; razón por la cual resulte correcto tomarlas en consideración al dictar la sentencia correspondiente sin que ello implique una trasgresión a las reglas que rigen el procedimiento penal". Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 213237. 8ª Época. Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XIII, marzo de 1994. Pág. 434. Rubro: PRUEBAS RECABADAS DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA, NO ES NECESARIO REPETIR LAS DILIGENCIAS EN EL PROCESO PENAL PARA QUE TENGAN VALIDEZ (LEGISLACIÓN FEDERAL).

probatorio y también al modelo de juicio oral que se pretendía.<sup>303</sup>

## **1. Inmediación**

La oralidad conduce a la inmediación, y ésta última es parte esencial del procedimiento oral. El proceso ha de desarrollarse ante el juez sin mediatización de elemento alguno.<sup>304</sup> La exigencia que el juez se ponga en contacto directo con las personas que han de intervenir en el proceso debe derivarse de la legislación cuando se señala que "en el proceso, los tribunales presidirán los actos de prueba y recibirán, por sí mismos, las declaraciones".<sup>305</sup> Omitir lo anterior, constituiría una violación al procedimiento penal en México.

---

<sup>303</sup> No será éste el segmento adecuado para tratar el tema de la actividad probatoria, pero sí se ha de adelantar que el legislador parece confundir o pasar por alto, lo que puede ser más grave aún, los conceptos de "diligencias de investigación" (que el CFPP denomina erróneamente "de prueba") y la actividad probatoria procesal *per se*. Mientras que las primeras se realizan en el procedimiento preliminar para descubrir los hechos criminales, la segunda constituye una actividad procesal en que las partes demuestran y el juez verifica los datos allegados al proceso. Vid. BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 295. Prueba es verificar, como dice SENTIS MELENDO. Es evidente que no puede ser lo mismo practicar ante el juez pruebas, que sólo leer lo que se ha realizado en la investigación. Independientemente que la contradicción ha de jugar papel importante durante la fase probatoria, y que parece no existir de acuerdo al texto del 306. Las pruebas han de realizarse siempre en el juicio oral. No se ha de acudir a fórmulas automáticas para convertir diligencias de investigación en pruebas, pues, si así fuere no han respetado todas las garantías requeridas para su validez. Salvo los casos de prueba anticipada o preconstituida que son tema distinto. Vid. SENTIS MELENDO, S., La prueba. Los grades temas del derecho probatorio, Ed. EJEJA, Buenos Aires 1979, pág. 12.

<sup>304</sup> CARNELUTTI, F., Trattato del processo civile, Ed. Morano, Nápoli 1958, pág. 151; CARNELUTTI, F., Derecho Procesal Civil y Penal, trad. Santiago Sentís Melendo, vol. II, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1971, págs. 173 y 174.

<sup>305</sup> Art. 17, párrafo último del CFPP.

Por tanto, el juez que dicta fallo, ha de estar presente en el juicio oral, o lo que es lo mismo, ha de ser el mismo juez quien preside la prueba y dicta sentencia.<sup>306</sup> Uno de los efectos de la inmediación es que no pueden existir cambios físicos en los componentes del órgano jurisdiccional durante el trámite de la causa. Los que han de dictar sentencia han de ser precisamente los mismos ante los que se han desahogado las pruebas y han tenido contacto directo con las partes.<sup>307</sup>

Sin embargo, la *praxis* ha terminado por desvirtuar totalmente la esencia de este principio que es endeblemente mencionado en la legislación procesal penal mexicana. Durante la audiencia de juicio, donde debe adquirir relevancia el principio en cuestión, se deben presentar las pruebas en contacto directo entre las partes y, ambas, con el tribunal. Para GARCÍA RAMÍREZ la burocracia imperante ha despojado de la formalidad y, en ocasiones, de sentido y de contenido a la audiencia.<sup>308</sup> El propio CFPP no fortalece el principio, pues tan sólo dice en el art. 306 que podrá ser interrogado el acusado por el juez, el MP y la defensa (además en ese orden), o que podrá incluso repetirse diligencias de prueba (luego entonces no es seguro). La decisión se deja al "buen juicio" del juzgador, quien podrá autorizar dicha repetición si "lo cree necesario", y "si resulta posible".<sup>309</sup>

---

<sup>306</sup> Se pretende garantizar la imposibilidad de cambio de los miembros del tribunal. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., Paralización del procedimiento, en "NEJ", año 1986, t. XVIII, págs. 848 a 877.

<sup>307</sup> De ahí que en un procedimiento que no es oral no importe el cambio físico en el órgano juzgador, pues sólo ha de leer lo que consta por escrito.

<sup>308</sup> Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S., La división en fases del procedimiento penal, en "Estudios penales", Ed. Escuela Nacional de Artes Gráficas, México 1974, pág. 337; y SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 366.

<sup>309</sup> Véase la redacción del art. 306 del CFPP.

## **2. Concentración**

El proceso supone movimiento, actividad de los sujetos que interviene en él para llegar a su conclusión; tal desplazamiento implica pasar por todas sus fases, incluso no haciéndolo avanzar las partes éste seguirá su curso, y aún puede ocasionar consecuencias de caducidad para éstas. Esa actividad es conveniente que se concentre lo más posible durante el juicio. La concentración es la principal característica del procedimiento oral ante la evidencia externa del efecto temporal ocasionado.<sup>310</sup>

La ley procesal penal mexicana determina una sola audiencia o vista, que sirve a su vez de citación para sentencia (art. 305). Esta postura más que ser ideal nos parece un tanto imprudente, aunque "lógica" ante el modelo distorsionado de enjuiciamiento imperante que expondremos en el apartado siguiente. La audiencia o vista realmente sirve para una lectura de actuaciones ya realizadas, en el mejor de los casos, por lo que una audiencia parece apropiada. Si el proceso penal mexicano respondiera a un proceso con juicio oral, nos parece que sería mejor se prevea la realización de las audiencias que fueren necesarias de acuerdo a la naturaleza del proceso en turno, pero eso sí, que fuesen consecutivas. Un buen ejemplo de esto lo manifiesta la legislación aplicable a los procesos penales en España, la LECrim española, al señalar que una vez abierto el juicio oral, continuará durante todas las sesiones que sean necesarias pero consecutivas.<sup>311</sup>

---

<sup>310</sup> Es la mayor ventaja del procedimiento oral. Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Proceso oral y abogacía, en "Estudios de Teoría General e historia del proceso", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, t. II, México 1974, pág. 17 y ss.

<sup>311</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal española, promulgada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Véase el art. 744.



El art. 306 CFPP dice: "En la audiencia podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el MP y la defensa. Podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal, y si hubieren sido solicitadas por las partes, a más tardar al día siguiente en que se notificó el auto citando para la audiencia -por lo que la verdadera prueba se ha situado en la instrucción y, previamente nosotros decimos que en la averiguación previa, sin atisbo de concentración que sería el menor de los males ante semejante ubicación de la práctica de prueba.<sup>312</sup> Continúa el citado artículo- "...se dará lectura a las constancias que las partes señalen; y después de oír los alegatos de las mismas, se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia, salvo que el juez oyendo a las partes, considere conveniente citar a nueva audiencia, por una sola vez".

Por tanto, se da el caso que en donde debe primar el desarrollo concentrado del proceso se determina sin fuerza el desarrollo real del juicio. Es decir, que no lo considera imprescindible y en semejante sentido determina que se "podrán" repetir las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, que se toma previamente su tiempo. Esto invita a pensar sobre el poco valor que se otorga a la verdadera audiencia de juicio en donde la concentración y oralidad son pieza fundamental.

El estado de la cuestión, hace evidente el olvido que la concentración va ligada íntimamente con la oralidad, al igual

---

<sup>312</sup> Véase lo señalado por los arts. 142 y 147 en cuanto a los plazos y tiempos para llevar a cabo la instrucción y, con ésta, la práctica de las pruebas. Así, estamos ante tiempos que oscilan entre indeterminado "menor tiempo posible", tres meses, diez meses y, en el mejor de los casos, dos días.

que con la inmediación. La concentración supone que los actos deben desplegarse en una sola audiencia, o en las menores posibles próximas en el tiempo, a fin que los actos se mantengan frescos en la memoria del juez al momento de sentenciar.<sup>313</sup>

### **3. Publicidad**

La publicidad, implícita en la audiencia pública en México, es una garantía consagrada en la CM a favor expreso del inculpado.<sup>314</sup> Pero, en el desahogo de los actos tal vez se respete la contradicción o audiencia, pero difícilmente se da importancia a la publicidad de cara a la sociedad. La excepción la constituyen aquéllos casos que son de dudoso interés para la salvaguarda de este principio consagrado como derecho fundamental-jurídico.

En México, las audiencias de derecho se suponen públicas, al igual que el proceso penal salvo excepciones. La publicidad está elevada a una garantía (mejor sería decir que

---

<sup>313</sup> Señala MONTERO AROCA que el ideal de todo procedimiento es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos presentados por las partes, del desahogo de la prueba e incluso de la resolución del asunto. Si este ideal es difícil de alcanzar, ha de servir de referencia para la tarea del legislador y del Tribunal de aproximar lo más posible el procedimiento al ideal planteado. Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 387.

<sup>314</sup> Art. 20. I, A, III: "En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: A. Del inculpado: III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria". También, en apartado adelante: "VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o Jurado de Ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un Jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación".

es un derecho garantizado) del imputado mediante el art. 20, A), III y VI de la CM.<sup>315</sup>

Considerando la publicidad en dos aspectos distintos, la publicidad de cara a las partes, que ha de referirse al principio de contradicción o audiencia,<sup>316</sup> y la que debe existir frente al público, ésta última no parece representar una necesidad que deba ser atendida por la administración de justicia. Para MONTERO AROCA, en pureza es una distinción sin sentido porque lo que usualmente se llama publicidad para las partes es en realidad la contradicción o audiencia.<sup>317</sup>

Por lo anterior, es difícil encontrar, hoy día, la posibilidad de que los medios de comunicación social (prensa, radio, televisión) den cobertura al juicio oral. Cuestión diferente acontece con actitudes de los medios de información que se prestan para dar constantes noticias, escudados en la distorsionado derecho a la información, con resultado diverso al cumplimiento de este mandato constitucional, de gran número de las denuncias presentadas ante el MP, relacionando nombres, atribuyendo responsabilidades y considerando hechos a los que se suele ya calificar como constitutivos de delitos, en acciones que nos parecen más sancionables que cercanas al mandato de publicidad.

---

<sup>315</sup> En España la publicidad goza de una importante consideración. Se puede encontrar al principio como informador importante de las actuaciones judiciales (art. 120.1 CE) y como Derecho Fundamental que deja ver su influencia en el proceso (art. 24.2 CE y art. 232.1 LOPJ).

<sup>316</sup> Puesto que en realidad puede existir un proceso secreto de cara al público pero en el cual sí se respeta la bilateralidad de las partes. Por tanto, es un proceso. Vid. MONTERO AROCA, J. Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso, Ed. Tecnos, 2ª ed. Madrid 1979, pág. 269.

<sup>317</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 388.

Hemos de entender, considerando el concepto, que proceso público es aquél al que pueden tener acceso esos medios de comunicación ciertamente, pues constituyen una especie de "representantes" del público, por lo que tendrán los mismos derechos y obligaciones, pero no más de los que legalmente se establecen.<sup>318</sup>

Lo cierto es que, en los procesos penales llevados en nuestros tribunales, resulta difícil acudir al desarrollo de una audiencia de derecho en virtud que los sitios dónde desarrollan actividad los tribunales no cuentan con medios adecuados para acoger a los medios de información y al público en general, menos aún para controlarlos y sujetarlos a los mandatos del orden y buen comportamiento.

---

<sup>318</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 389.

**Parte III**

**SÍNTESIS DEL VIGENTE ENJUICIAMIENTO  
CRIMINAL FEDERAL MEXICANO**



El modelo de enjuiciamiento criminal adoptado en México comienza a estructurarse desde la CM, en la que se establecen principios jurídicos, derechos y garantías constitucionales para los sujetos que intervienen como inculpados. El art. 21 CM en especial otorga importantes facultades que inciden en materia procesal penal. Primero, determina que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Como segundo, la investigación y persecución de los delitos incumbe al MP, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.<sup>319</sup>

El proceso penal mexicano, con base en la CM, se desarrolla legalmente con el CFPP.<sup>320</sup>

El art. 1 CFPP se refiere, según terminología de la propia ley que así los denomina, a los siguientes "procedimientos penales": el de averiguación previa; preinstrucción; instrucción; primera instancia; segunda instancia; ejecución y los relativos a inimputables, menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos. De estos procedimientos mencionados, sólo son cuatro, dice la ley, los que conforman el proceso penal federal: el de preinstrucción, instrucción, primera y segunda instancia ante el tribunal de apelación (art. 4 CFPP).

El CFPP emplea constantemente el término procedimiento para referirse a los que conforman el proceso penal federal (art. 4). Pero hemos de mencionar algo con respecto de la no-

---

<sup>319</sup> Corroborado después por el art. 4 del CFPP de 1934 que otorga en exclusiva a los tribunales federales el resolver si un hecho es o no delito federal, determinar la responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas acusadas ante ellos e imponer las penas y medidas de seguridad que procedan con arreglo a la ley.

<sup>320</sup> Publicado en DOF de 30 de agosto de 1934 y que abrogó al anterior de fecha 16 de diciembre de 1908.

ción que guardan dichos términos. MONTERO AROCA, nos dice que a pesar que poseen una misma raíz etimológica, *procedere*, en realidad tienen significados distintos que conviene advertir aquí, para presentar la reflexión sobre nuestra idea que en México no hay en realidad contemplado legalmente un proceso penal.

La observación la hacemos con base en la noción de procedimiento y proceso que nos presenta MONTERO AROCA, a propósito de llamar la atención sobre el empleo técnico riguroso de las palabras. Así, el término procedimiento se refiere a una actividad, a su aspecto exterior, y en relación a la actividad judicial, "el lado externo de la actividad procesal" (PRIETO-CASTRO).<sup>321</sup> Es, pues, tan sólo la formalidad del proceso (GÓMEZ ORBANEJA).<sup>322</sup> De esto, se dice que el término procedimiento no es algo exclusivo del ámbito jurisdiccional, sino que es aplicable a las funciones del Estado en lo que a actividad jurídica se refiere.

Ahora bien, el término proceso sí es exclusivo de la actividad jurisdiccional y ello implica, además de su aspecto exterior, considerar la estructura que adopta, las relaciones que hay entre los actos, entre los sujetos que participan en él, la finalidad que tiene, los principios jurídicos que inciden en su conformación, las condiciones en las que se produce, y los derechos y cargas que impone.<sup>323</sup>

---

<sup>321</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., Derecho Procesal Civil, Ed. Revista de Derecho Privado, t. I, Madrid 1972, pág. 228.

<sup>322</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., en GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA, Derecho Procesal Civil, Ed. Bosch, 6ª ed., t. I, Madrid 1969, pág. 13.

<sup>323</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, en Rev. "Justicia", año 1983, núm. II, pág. 265.



Así, existe una correlación entre la jurisdicción y el proceso, que significa que un juez que actúa jurisdiccionalmente ha de hacerlo por medio del instrumento jurídico del proceso, por eso se dice que es así como los órganos jurisdiccionales cumplen con su función.<sup>324</sup>

Considerando lo dicho, la finalidad que pretendemos alcanzar en las siguientes páginas es presentar una síntesis del vigente modelo de enjuiciamiento penal federal, por el cual funcionan los tribunales, abarcando en general todas sus fases de acuerdo al CFPP, agrupándolo en seis apartados principales a saber: investigación del delito; fase intermedia; juicio oral; distintos tipos de procedimiento; los medios de impugnación y la ejecución forzosa. Por último, expondremos en cada apartado los problemas que creemos aquejan al modelo de enjuiciamiento criminal federal y que justifican su reforma.

## **I. INVESTIGACIÓN DEL DELITO**

Una breve confrontación del CFPP con la doctrina mexicana nos revela una diversidad en cuanto a los nombres y contenidos de la investigación del delito. Comparativamente, el CFPP le otorga a la averiguación previa, a la preinstrucción e instrucción fines de investigación del delito y preliminares a la fase principal.<sup>325</sup> En cuanto a la doctrina, ARILLA BAS considera en la misma un procedimiento ante el órgano acusatorio y otro ante el órgano jurisdiccional con período de preparación del proceso;<sup>326</sup> COLÍN SÁNCHEZ habla simplemente

---

<sup>324</sup> En ése sentido SERRA DOMÍNGUEZ, M., Jurisdicción, en "Estudios de Derecho Procesal", Ed. Ariel, Barcelona 1969, pág. 51.

<sup>325</sup> Véase art. 1 del CFPP.

<sup>326</sup> ARILLA BAS, F. El procedimiento penal..., op. cit., pág. XIX y XX.

te de fase preparatoria;<sup>327</sup> GARCÍA RAMÍREZ señala que la instrucción administrativa e instrucción judicial conforman la fase preliminar de nuestro enjuiciamiento federal; y RIVERA SILVA considera que el contenido es de dos fases, de preparación de la acción y de preparación del proceso.<sup>328</sup>

En nuestra opinión, y considerando las características que enseguida enunciaremos, la instrucción en el sistema mexicano es una especie que vive a caballo entre los dos modelos "puros" que pueden distinguirse, es decir de la instrucción por el MP y la instrucción por el órgano jurisdiccional.

Los argumentos a favor de otorgar la instrucción al MP son los siguientes:

a) La instrucción por el MP se esgrime como parte importante de un cambio hacia lo acusatorio, abandonando un sistema de enjuiciamiento inquisitivo donde el que instruye y falla es el mismo juez.

b) Por lo anterior, es una reforma tentadora cuando el país ha pasado de un régimen dictatorial, en el que los jueces han colaborado de forma evidente con el mismo, a un régimen democrático.

c) También es más fácil cuando, siendo el proceso penal acusatorio mixto o no, la justicia no funciona, pues la instrucción por el MP se presenta como una alternativa para reducir la carga de trabajo de los tribunales, principal causa de la lentitud de la justicia, con el efecto buscado de ace-

---

<sup>327</sup> COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. XIII.

<sup>328</sup> Vid. RIVERA SILVA, M., El procedimiento penal, op cit., pág. 19.

lerar el proceso penal, pues se evitaría la reiteración de las actuaciones realizadas ya por el MP y la policía y que no ha de volver a hacer el juez.

d) Finalmente, resulta más fácil de aceptar cuando el MP no depende del Poder Ejecutivo, o cuando el MP no tiene la consideración de parte formal en el proceso penal, pues entonces está obligado a la Verdad y Justicia.<sup>329</sup>

Los argumentos generales a favor de la instrucción por el juez son las siguientes:<sup>330</sup>

a) La instrucción es una actividad del juez, no de parte, por lo que encomendarla al MP resulta incongruente, además de que es un error, porque en el proceso penal la intención de la instrucción no ha de agotarse en la búsqueda de pruebas inculpadoras, sino a todas ellas, además que conlleva la actividad una valoración que requiere cualidad de imparcialidad, que la parte no tiene.<sup>331</sup>

---

<sup>329</sup> Este argumento resulta clave en la reforma alemana, y a semejanza de ésta idea dogmática se configura el vigente MP en México. Vid. ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., pág. 49 a 52.

<sup>330</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado, en "La reforma de la Justicia Penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Klaus Tiedemann, con ocasión de su nombramiento como Doctor *Honoris Causa* de la Universitat Jaume I de Castellón", Ed. Universidad, Castellón 1997, págs. 459 y ss.; IDEM, El Fiscal instructor, en Rev. "Justicia", año 1996, núm. 2, págs. 259 y ss.; e IDEM, El Tribunal Penal Internacional: Investigación y acusación, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2003, págs. 107 y ss.; SANCHÍS CRESPO, C., El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal, Ed. Comares, Granada 1995, págs. 48 a 54.

<sup>331</sup> En contra de este argumento se levanta aquel que señala que la función jurisdiccional debe limitarse a sólo eso y no debe instruir, ubicándose en el juicio oral. Vid. VIVES ANTÓN, T. S., Doctrina constitucional y reforma del proceso penal, en Rev. "Poder Judicial", núm. Especial II, págs. 101 y 102; y RUIZ VADILLO, E., La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal, en Rev. "Poder Judicial", núm. Especial II, págs. 84 a 87.

b) La instrucción entraña actos de enjuiciamiento jurídico, como inadmisión de la querrela, la imposición de medidas cautelares, por lo que ésta ha de seguir en manos del juez.<sup>332</sup>

c) El MP depende del Poder Ejecutivo, lo cual resulta potencialmente peligroso para una investigación objetiva e imparcial; sobre todo si ésta ha de realizarse contra miembros del propio gobierno.<sup>333</sup>

d) Con respecto de México, la CM atribuye en exclusiva la función jurisdiccional a los tribunales, por lo que atribuciones de la misma naturaleza al MP son sospechosamente anticonstitucionales.

Todos los anteriores argumentos vendrían a tomar mejor sentido cuando advertimos de la doctrina que a la instrucción se le atribuyen distintas naturalezas jurídicas. Así, a la fase de instrucción se le atribuye una naturaleza administrativa simplemente, de tal manera que la atribución de la misma al MP no conlleva ninguna dificultad. Por otro lado, si la instrucción tiene naturaleza jurisdiccional, pues resulta apropiado se mantenga bajo el dominio del poder judicial. Luego, también, existe una intermedia opinión que le atribuye naturaleza mixta. De tal manera que algunos actos serían atribuidos al MP y otros al juez.<sup>334</sup>

---

<sup>332</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., Jueces imparciales, Fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal, Ed. PPU, Barcelona 1988, págs. 70 y 71.

<sup>333</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988, en "Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional", Ed. Edersa, t. III, Madrid 1992, págs. 149 a 187; publicado también en Rev. "Tapia", año 1989 enero-febrero y marzo-abril.

<sup>334</sup> Vid. GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, Madrid 2004, pág. 269.

**A) A cargo del Ministerio Público y de la policía**

El art. 21 y 102, A, de la CM, establecen que la investigación y persecución de todos los delitos del orden federal ante los tribunales incumbe al MP de la federación, el cual se auxiliará con una policía que ha quedado bajo su autoridad y mando inmediato. También le corresponde solicitar las órdenes de aprehensión contra los que resulten inculcados, buscando y presentando las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos. Por tanto, la investigación queda en manos de un órgano público que actúa como autoridad y de la policía que cumple directamente con las órdenes dictadas por el MP.

Sin embargo, ante todo lo dicho no hemos mencionado si eso se corresponde a una investigación policial, ubicada fuera de la fase preliminar, o de un preproceso, o una instrucción que precede en todo a la fase principal. Es decir, no nos parece claro que el modelo adoptado en México se corresponda a una instrucción otorgada al MP, pues el CFPP le otorga el control absoluto sobre un procedimiento penal que técnicamente se encuentra precediendo a la instrucción judicial.<sup>335</sup>

Ahora bien, como expondremos, el objeto de la instrucción en la vigente ley no queda claro, pues creemos que existe una aunque al órgano judicial que se le encarga no se le llama propiamente juez instructor. Al respecto la doctrina no concuerda totalmente con lo que el CFPP dice, pues en realidad no ha influido en su formulación.

**1. Procedimiento de averiguación previa**

---

<sup>335</sup> Véase si no los arts. 113 a 141 que regulan la Averiguación previa y los arts. 142 a 167 que se refieren a la instrucción en el CFPP.

La apertura de la averiguación previa se da con un escrito de *ad inquierendum*, es decir una resolución que ordena realizar averiguaciones, una vez que se ha confirmado el requisito de procedibilidad. El procedimiento está en manos del MP y se encuentra dominado por características inquisitivas, principalmente como la escritura y el secreto de actuaciones.

#### **a) Fundamento de la averiguación**

Coincide la doctrina en que la averiguación es necesariamente preliminar al proceso en tanto que, según se considera con alguna excepción, el inicio del proceso penal se da cuando el juez dicta el auto de formal prisión (caso que exista un detenido) o de sujeción a proceso (art. 19 CM).<sup>336</sup>

Desde este prisma técnico jurídico, el procedimiento de averiguación previa no pertenece en realidad al proceso penal

---

<sup>336</sup> Opinión más encontrada en la doctrina mexicana. Vid. RIVERA SILVA, M., El procedimiento penal, op. cit., págs. 179 y 180; CHICHINO LIMA, M. A., Las formalidades externas en el procedimiento penal mexicano, Ed. Porrúa, México 2000, págs. 47 y 48; y GONZÁLEZ BUSTAMANTE, J. J., Principios de Derecho Procesal Penal mexicano, Ed. Botas, 2ª ed., México 1945, págs. 193 y 215. En contra HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., para quien el art. 19 CM pudiera tener un sentido distinto al que RIVERA SILVA le otorga. Si bien dice RIVERA que en -el precepto constitucional- se dice que "todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso...", ello parece implicar -según HERNÁNDEZ PLIEGO- que ya existía un proceso, pues sólo puede seguirse lo que ya estaba iniciado. Vid. El proceso penal mexicano, op. cit., pág. 149. Sin embargo, más claro nos parece la opinión de MARTÍNEZ PINEDA que distingue entre procedimiento y proceso. Así, el procedimiento penal en México -señala el autor-, se inicia a partir del momento preciso en que el MP tiene conocimiento de la comisión de un delito, lo investiga y ejercita la acción penal y termina con la sentencia que pronuncia el órgano jurisdiccional. Con todo, se puede dar el caso que estemos en presencia del procedimiento sin que exista proceso, como sería el hecho de que durante el período de investigación, el órgano de acusación no ejercitara la acción penal por haber estimado no estaban satisfechos los requisitos de procedibilidad. El procedimiento contempla una idea más amplia y va señalando cómo enlazar la serie de actos procesales en dirección hacia un objetivo preciso. Es primero en tiempo y primero en oportunidad. Vid. MARTÍNEZ PINEDA, A., El proceso penal y su exigencia intrínseca, Ed. Porrúa, 2ª ed., México 2000, págs. 5 a 9.

por cuanto no hay todavía acusación ante órgano jurisdiccional.<sup>337</sup>

El fundamento de la averiguación previa ocasiona posiciones encontradas en la doctrina mexicana. Algunos le sitúan desde la CM puesto que se menciona por el art. 19.<sup>338</sup> Para otros no es aceptable tal opinión.<sup>339</sup> No obstante, el desarrollo de este procedimiento se verifica en la regulación del CFPP, principalmente en los arts. 113 a 133-*bis*, otorgándole consistencia amplia, confirmando la titularidad del manejo de todo un procedimiento de tipo "administrativo-penal" al MP, con base de un "monopolio" de la acción penal que en México, a diferencia de otros países,<sup>340</sup> le corresponde en principio de forma exclusiva.<sup>341</sup> La titularidad del manejo de la averi-

---

<sup>337</sup> Art. 4 del CFPP. Si seguimos la legislación federal, concuerda con lo dicho en cuanto que el proceso penal en México inicia terminada la llamada "pre-instrucción" y no lo hace en la averiguación. En la legislación española, por ejemplo, la exposición de motivos de la LECrim dice: "el juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar...". La doctrina va también en ése sentido. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit. t. III, pág. 120. También DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, Ed. Ramón Areces, 7ª ed., Madrid 2004, pág. 303; y ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio y Derecho Penal, Ed. J.-Mª. Bosch, Barcelona 1995, pág. 40.

<sup>338</sup> En la redacción original del art. 19 ya se prevé el término "averiguación", previa a la consignación ante los tribunales y que se sigue manteniendo hasta nuestros días. Puede consultarse el histórico de reformas en la página Web de la Cámara de Diputados: [www.diputados.gob.mx/leyinfo/refcns/index.htm](http://www.diputados.gob.mx/leyinfo/refcns/index.htm).

<sup>339</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., pág. 141.

<sup>340</sup> Como acontece con el MP alemán (art. 152 StPO), salvo los supuestos que se permite la acción privada. Por el contrario, en España, la ley no permite que el Ministerio Fiscal ostente en régimen de monopolio el ejercicio de la acusación. Con base en los arts. 24, 25 y 125 de la Constitución española, la acción penal en España puede ser pública, privada, particular o popular. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., págs. 41 a 43.

<sup>341</sup> El art. 21 de la CM, determina que las resoluciones del MP sobre el no ejercicio de la acción penal, pueden ser impugnadas por vía jurisdiccional, por medio del Juicio de Amparo, y lo seguirán siendo mientras no se establezca en la legislación secundaria un medio de defensa ordinario

guación ha sido cuestionada también por la doctrina que muestra su desacuerdo.<sup>342</sup>

## **b) Naturaleza de la averiguación previa**

La naturaleza del procedimiento de averiguación es controvertida,<sup>343</sup> no sólo en México,<sup>344</sup> independientemente de los diversos nombres que recibe,<sup>345</sup> pudiéndose encontrar dos posturas doctrinales en nuestro entorno: la primera, la más di-

---

(recientemente en ése sentido, Jurisprudencia con Registro IUS: 178561. 9ª Época; Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XXI, mayo de 2005. Pág. 15. Rubro: ACCIÓN PENAL. E PRESUNTO RESPONSABLE TIENE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO INDIRECTO CONTRA LA ABSTENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE PRONUNCIARSE SOBRE EL EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA). Años atrás, el monopolio de la acción penal por parte del MP fue discutido durante dos congresos procesales celebrados en México: el Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de México los días 14 al 18 de febrero de 1960; y el Congreso Mexicano de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Zacatecas los días 7 al 11 de agosto de 1966. La opinión mayoritaria sustentada por los congresistas fue contraria al monopolio referido. Véase respectivamente "Revista de la Facultad de Derecho de México", año: enero-octubre 1960, núms. 37-40, págs. 825 a 838; y "Revista de la Facultad de Derecho de México", año: enero-marzo 1967, núm. 65, págs. 133 a 178.

<sup>342</sup> En efecto, en opinión de algunos autores, si bien el art. 21 de la CM señala que la investigación y persecución de los delitos incumbe al MP, no se deriva de lo anterior que también se le otorgue la titularidad en el manejo de la averiguación previa, como parece atribuido por legislación secundaria. Vid. HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El Proceso Penal Mexicano, op. cit., pág. 140. Sobre el monopolio de la acción penal véase a FIX-ZAMUDIO, H., La institución del Ministerio Público y su carácter de representante social. Una revaloración, en "Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo", Ed. UNAM, 1ª reimp., México 2002, pág. 108. CASTRO, J.V., El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones, Ed. Porrúa, 12ª ed. México 2002, págs. 53 a 112.

<sup>343</sup> Vid. FIX-ZAMUDIO, H., La función constitucional del Ministerio Público, en "Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo", Ed. UNAM, 1ª reimp., México 2002, pág. 33.

<sup>344</sup> En España la discusión se centra sobre la naturaleza también, pero del procedimiento preliminar, cuando se discute si debe ser competente para instruir un juez o el Ministerio Fiscal. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 122.

<sup>345</sup> Por ejemplo: instrucción administrativa (GARCÍA RAMÍREZ); preparación de la acción (RIVERA SILVA); preproceso (GONZÁLEZ BUSTAMANTE); fase indagatoria (BRISEÑO SIERRA); procedimiento preparatorio gubernativo (ALCALÁ-ZAMORA). Vid. SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 249 y 250.



fundida, sostiene que a través del mismo el MP prepara la promoción de la acción procesal ("criterio de promoción"). La segunda, señala que la actividad del MP va encaminada a permitir la decisión si promueve o no la acción penal ("criterio de determinación").<sup>346</sup>

Para unos, la averiguación "no se corresponde a un período necesario, indispensable, imprescindible, forzoso o ineludible para la promoción de la acción".<sup>347</sup> Por contra, otros son de la opinión que la promoción de la acción penal es ineficaz si se omite el procedimiento de averiguación.<sup>348</sup>

No obstante la discusión, el CFPP prevé un procedimiento que ha de iniciar obligatoriamente<sup>349</sup> ante el conocimiento, sea por denuncia o querrela,<sup>350</sup> por parte del MP o por los funcionarios auxiliares del mismo, de la probable existencia de un delito que deba ser perseguido penalmente (art. 123 CFPP).<sup>351</sup>

---

<sup>346</sup> Vid. SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 250 y 251.

<sup>347</sup> SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 251.

<sup>348</sup> BRISEÑO SIERRA, H., El Enjuiciamiento penal mexicano, Ed. Trillas, México 1976, pág. 19 y ss.

<sup>349</sup> La integración de la averiguación previa es un mandato constitucional al MP. El ejercicio de la acción penal que puede resultar de esa averiguación es cuestión distinta, pues con fundamento legal puede optar no proceder a su ejercicio. La investigación preliminar siempre ha de realizarla. En ése sentido la Tesis aislada con Registro IUS: 254303. 7ª Época. Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. T. 81 Sexta Parte. Pág. 51. Rubro: MINISTERIO PÚBLICO, PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO CONTRA ACTOS DEL, POR NEGATIVA A INTEGRAR UNA AVERIGUACIÓN.

<sup>350</sup> O mediante informaciones anónimas, como forma prevista por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (DOF de 7 de noviembre de 1996) en su art. 38.

<sup>351</sup> Según el art. 116 del CFPP, toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo sea ante el MP, o en caso de urgencia, sea ante cualquier funcionario o agente de policía. La persecución es de oficio (en referencia al MP como autoridad, no a un juez instructor) sobre todo en los delitos públicos, pero también, después de ser cumplidos los requisitos para ello como la querrela, en los delitos denominados semiprivados y

Todo el procedimiento tiene el sentido de practicar diligencias legales para determinar si posteriormente se ejercerá o no la acción penal (art. 1 CFPP).

## **2. Objeto de la averiguación previa**

De acuerdo a la ley vigente, el procedimiento se antepone a la consignación que realiza ante los tribunales de cualquier hecho presuntamente delictivo y compete al MP en exclusiva llevarla a cabo, tal como puede extraerse del art. 21 CM. Como resultado factible, dice la ley, puede ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.<sup>352</sup>

De forma más amplia, competen al MP durante la averiguación funciones como recibir denuncias o querellas; acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculgado; solicitar al órgano jurisdiccional medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables, así como órdenes de "cateo" (diligencia de entrada y

---

privados. Por otro lado, la doctrina señala al "descubrimiento" como supuesto frecuente de toma de la *notitia criminis*, a pesar que no es realmente mencionado por la ley. BRISEÑO SIERRA le determina como la "toma de noticia directa que hace la autoridad por conducto de sus múltiples funcionarios y agentes, aunque no sean policías, ya que todos ellos se intercomunican, situación diferente de la denuncia que puede presentar cualquier gobernado". No es semejante a la flagrancia en virtud que no atiende necesariamente al momento de realización del delito. Véase a BRISEÑO SIERRA, H., El Enjuiciamiento penal mexicano, op. cit., págs. 177 y 179. De corte inquisitivo podemos señalar a la "pesquisa". Si bien se dijo en alguna ocasión que no estaría permitida ya en México en general se practica, como cuando es posible ver en las carreteras federales miembros del Ejército Mexicano y otro tipo de agentes judiciales (retenes) revisando vehículos y personas en busca de la existencia de algún delito. Esto es, sin tener causa justificada que motive tal actuación. Véase a SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 233.

<sup>352</sup> Esto incluye que existan momentos en los cuales no lo haga por diferentes razones, sea porque considere no existir delito, o que pueden no existir pruebas suficientes y por lo tanto se ha de esperar. Es decir, estaremos ante casos de archivo o reserva, independientemente de la promoción. Abordaremos estos temas adelante.

registro en lugar cerrado);<sup>353</sup> puede acordar la detención o retención de los indiciados cuando así proceda; dictar medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; asegurar o restituir al ofendido en sus derechos, según determine la ley; determinar la reserva o el ejercicio de la acción penal; acordar y notificar al ofendido o víctima el no ejercicio de la acción penal y, en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquéllos formulen; y, concede o revoca, cuando proceda, la libertad provisional del indiciado. Además, se le atribuye cualidad de conciliador entre las partes (art. 2, y del 113 al 141 CFPP).

Algunas de las anteriores facultades son discutibles, inclusive pudiesen ser inconstitucionales, en cuanto a sus alcances durante este procedimiento, pues la dirección del mismo no corresponde a un órgano jurisdiccional y tampoco forma parte del proceso penal como hemos dicho. Por ejemplo, las medidas y providencias que sean necesarias adoptar para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas, y, la facultad de asegurar o restituir al ofendido en sus derechos.<sup>354</sup>

En cuanto a las primeras, una mejor determinación ayudaría a evitar el riesgo que el MP pueda arrogarse facultades que deben corresponder claramente a la autoridad judicial.<sup>355</sup>

---

<sup>353</sup> Vid. PERAY BARJÉS, A. de, La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, en GARCÍA, P. M. (director), "La actuación de la policía judicial en el proceso penal", Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2006, págs. 159 a 198.

<sup>354</sup> Vid. ARILLA BAS, F., El procedimiento penal..., op. cit., pág. 79.

<sup>355</sup> Algún caso se ha dado en el ámbito local. Por ejemplo, en la legislación del estado de Jalisco, el art. 93 del Código de Procedimientos Penales, se prevé que el MP tome las medidas sobre la atención médica o internación hospitalaria o en alguna unidad hospitalaria bajo vigilancia y responsiva médica, pero esto no incluye la separación de un menor del seno familiar. El MP ha de requerir la intervención de autoridad judicial para que sea determinado. Tesis aislada, Registro IUS: 183498. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVIII, agosto de 2003. Pág. 1,779. Rubro: MINISTERIO PÚBLICO. LA FACULTAD QUE LA LEY LE CONFIERE PARA PRESTAR AUXILIO Y SEGURIDAD A LA VÍCTIMA, NO LLEGA AL EXTREMO DE QUE

Con respecto de las segundas, hay jurisprudencia que determina totalmente legales las medidas adoptadas por ser provisionales. De esta manera, razona el pleno de la SCJN, el MP puede restituir al ofendido "en el goce de sus derechos, pues si durante la secuela del procedimiento criminal se determina que no existió delito alguno, se pronunciará sentencia absoluta que las dejará sin efecto", no persiguiendo con ellas efecto final inamovible y no constituyen actos privativos que violen la garantía de audiencia.<sup>356</sup>

La legislación del CFPP señala que la actividad principal es buscar la acreditación del cuerpo del delito y, en su caso, la probable responsabilidad del que resulte inculpado. De primordial ayuda para esto debe resultar la no siempre adecuada actividad de la policía judicial federal,<sup>357</sup> puesto que los datos averiguados repercuten en la investigación di-

---

PUEDA ARROGARSE FACULTADES QUE COMPETENCIALMENTE CORRESPONDEN A LA AUTORIDAD JUDICIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

<sup>356</sup> Jurisprudencia con Registro IUS: 197365. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. VI, noviembre de 1997. Pág. 51. Rubro: OFENDIDO POR EL DELITO. LOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS PENALES QUE FACULTAN AL JUZGADOR PARA DICTAR LAS PROVIDENCIAS ENCAMINADAS A RESTITUIR A AQUEL EN EL GOCE DE SUS DERECHOS, NO TRANSGREDEN LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA.

<sup>357</sup> Las facultades de investigación sin control han tenido reflejo negativo en la legislación procesal penal federal y en valoraciones por la jurisprudencia. Por ejemplo, la confesión del inculpado durante el período de la investigación previa o preliminar. Los códigos procesales penales y la jurisprudencia de la SCJN habían admitido valor a la declaración rendida ante los agentes de la policía por ser "espontánea", quedando a cargo del afectado la demostración de que la confesión había sido obtenida por medios coactivos. Modificaciones al art. 207 CFPP, en combinación con el art. 20, V, de la CM (garantías del inculpado, víctima u ofendido), han mejorado esta situación al no permitir a la policía obtener confesiones, es decir, aquéllas que se presenten como tal carecerán de valor probatorio. La confesión voluntaria rendida ante el MP ha de ser corroborada por algún otro medio de prueba. Véase GARCÍA RAMÍREZ, S., Desarrollo reciente del procedimiento penal mexicano, en AA.VV., "XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal", Ed. UNAM, México 1993, págs. 285 a 297; y FIX ZAMUDIO, H., Presente y futuro..., en CARBONELL, M. (coordinador), "Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México", op. cit., págs. 15 a 57, en especial pág. 29.

rigida por el MP, pero la estadística muestra que sólo el 6.4%, del 25% del fenómeno delictivo real denunciado, es consignando a los tribunales. La policía judicial es inefectiva en su labor.<sup>358</sup>

No obstante, lo que se espera de la actividad policial profesional es que se descubran hechos y datos para que confirmen preliminarmente la existencia de delito y su presunto autor. Al respecto la Agencia Federal de Investigación, creada por Decreto del Ejecutivo de la Unión publicado en DOF el 1 de noviembre de 2001, pretende evolucionar de un esquema reactivo de la policía judicial a uno nuevo bajo el modelo de una policía investigadora basada en métodos y procedimientos específicos y bajo un perfil profesional que garantice mejor la eficiencia en la procuración de justicia que no es buena en la actualidad.<sup>359</sup>

La probable responsabilidad del indiciado se tiene por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduce su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indicia-

---

<sup>358</sup> Los datos señalan que no todos los delitos que se cometen llegan al conocimiento de la autoridad, pues entre un 75 y 82% de los ilícitos no es reportado (según encuestas del ICESI en 2000). De la pequeña porción que sí lo es, cuatro de cada cinco averiguaciones no se concluyen, pues tan sólo el 18.2% de los casos llega a hacerlo, determinando si hay delito que perseguir o no, y sólo uno de cada tres asuntos concluidos termina con la consignación del presunto responsable ante las autoridades judiciales. Vid. ZEPEDA LECUONA; G., Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y ministerio público en México, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 2004, pág. 280.

<sup>359</sup> Véase la página Web: [www.pgr.gob.mx/afi/Afi.swf](http://www.pgr.gob.mx/afi/Afi.swf). En noticia reciente en los medios periodísticos mexicanos, se ha procedido a la "depuración", en lo que representa una acción inédita en la Secretaría de Seguridad Pública (SSP) federal, el pasado fin de semana fueron destituidos 284 mandos de varios niveles pertenecientes a la Agencia Federal de Investigación (AFI) y a la Policía Federal Preventiva (PFP), entre ellos, los 34 coordinadores regionales de ambas corporaciones. Véase la edición electrónica del Diario La Jornada, <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2007/06/25/sspf-a-32-mandos-de-la-pfp-en-el-pais> de fecha 25 de junio de 2007.

do alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad (art. 168 CFPP).

El concepto de "*corpus delicti*" no se ha mantenido inamovible en el tiempo. El cambio constante de concepto que se ha registrado en la legislación mexicana ha creado alguna confusión que ha derivado en fracasos de muchas averiguaciones. Retrospectivamente, la reforma de 1993 eliminó la referencia al "cuerpo del delito", asunto mal resuelto con la sustitución del concepto por el de "elementos del tipo penal".<sup>360</sup> Pero se vuelve a ella tras la reforma de 1997.<sup>361</sup>

Actualmente, dice expresamente la ley, por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.<sup>362</sup>

La averiguación previa es, no obstante todo lo dicho, un procedimiento que presenta muchos inconvenientes, pues el MP realiza una "autoinstrucción" reuniendo el material probato-

---

<sup>360</sup> En 1993 se reformaron diversos preceptos de la CM (16, 19, 20, y 107) con la finalidad de enfrentar con mayor rigor a la delincuencia organizada y garantizar la seguridad pública. Se precisan requisitos para efectuar las detenciones administrativas en casos flagrantes y urgentes, así como requisitos para librar orden de aprehensión por autoridad judicial, sustituyéndose la expresión "cuerpo del delito" por la de "elementos del tipo penal".

<sup>361</sup> Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S., Consideraciones sobre la reforma procesal penal en los últimos años, en GARCÍA RAMÍREZ / VARGAS CASILLAS (coordinadores), "Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2001, págs. 60 a 62. También a ADATO GREEN, V., Las reformas de los últimos cinco años en materia de administración de justicia penal, en GARCÍA RAMÍREZ / VARGAS CASILLAS (coordinadores), "Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2001, pág. 217.

<sup>362</sup> De esta forma, estamos ante una definición legal dada por el vigente art. 168 del CFPP que acaba con los intentos de definir el concepto desde otros frentes. Semejante definición es mantenido por el proyecto Fox en su art. 177.

rio por sí mismo, en ocasiones de formas que no se corresponden a la legalidad,<sup>363</sup> y "desahogándolos", mediante la policía judicial, o a través de otros que se lo hacen llegar, para acusar, sometiendo al indiciado al mismo tiempo a una suerte de "juicio de banquillo preliminar". De acuerdo al vigente desarrollo legal por parte del CFPP de este procedimiento, la averiguación ha sido transformada en un "complejo" mini-juicio desarrollado en sede del MP, en cual procede como una autoridad, ejerciendo posteriormente de parte acusadora en sede judicial.<sup>364</sup>

### **3. Actos de investigación**

El MP y sus auxiliares, de acuerdo con las instrucciones recibidas de aquél, una vez aportada la *notitia criminis* que constituye requisito de procedibilidad en la persecución,<sup>365</sup>

---

<sup>363</sup> Véase por ejemplo lo publicado en [www.proceso.com.mx](http://www.proceso.com.mx), el 12 de diciembre de 2004. La nota es de José Miguel Vivanco, quien es director ejecutivo de la División de las Américas de Human Rights Watch, y de Daniel Wilkinson, quien es investigador de la División de las Américas de Human Rights Watch.

<sup>364</sup> El art. 44 del CFPP, le atribuye capacidad coactiva para hacer cumplir sus determinaciones la cual se concreta en medios a utilizar como: Multa, solicitar el Auxilio de la fuerza pública y decretar el Arresto hasta de treinta y seis horas. Por otro lado, el propio art. 135 tercer párrafo, también del CFPP, referente a la práctica de diligencias durante la Averiguación previa, deja en claro que el MP (que no un juez) puede disponer sobre la privación de la libertad al indiciado aún cuando ni siquiera está acusado formalmente, aunque esto sería más grave aún al faltar orden judicial para esto. En concreto, se desnaturaliza la averiguación como etapa fuera del proceso. Situación en semejante sentido advertida en España con respecto del valor del sumario, aunque éste se da durante la instrucción judicial como parte del proceso penal español. Vid. CALVO SÁNCHEZ, M. C., ¿Ministerio fiscal o juez instructores de la causa?, en "Cuadernos Abulenses", año 1996, núm. 22, pág. 139.

<sup>365</sup> Sea conocido por denuncia, por querrela, por descubrimiento de la autoridad, por flagrancia o por pesquisa. La denuncia basta para iniciar la actividad de averiguación que ha de realizar la autoridad ante lo denunciado o querrellado. Salvo que esto sea notoriamente improcedente (Jurisprudencia con Registro IUS: 185423. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVI, diciembre de 2002. Pág. 224. Rubro: CONTRADICCIÓN DE TESIS. CUANDO LA DENUNCIA RESPECTIVA RESULTE NOTORIAMENTE IMPROCEDENTE NO DEBE SER ADMITIDA A TRÁMITE). A pesar de que en otras materias, como la tributaria, se requiera de previa declaratoria de perjuicio por parte de la Hacienda Pública, se ha considerado que sólo

tiene la obligación de iniciar la averiguación correspondiente.

Una vez cubierto el requisito de procedibilidad, el MP ha de dictar todas las medidas y providencias necesarias para: proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; saber qué personas fueron testigos; evitar que el delito se siga cometiendo y, en general impedir que se dificulte la averiguación, procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de delito flagrante (art. 123 CFPP).

De semejante manera a lo que acontece con el fiscal en el proceso penal alemán,<sup>366</sup> el MP federal en México posee cierto poder coactivo en cuanto que, en determinados casos, puede ordenar la detención de personas en casos de flagrancia o de urgencia, aunque posteriormente el órgano jurisdiccional ha de proceder a formalización si procede.<sup>367</sup>

---

el hecho de la denuncia es suficiente (Tesis aislada con Registro IUS: 180923. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, agosto de 2004. Pág. 47. Rubro: CONTRABANDO PRESUNTO. PARA PROCEDER PENALMENTE POR ESE DELITO, PREVISTO EN EL ART. 103, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, BASTA LA DENUNCIA DE HECHOS ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL). Tesis aislada con Registro IUS: 184034. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVII, junio de 2003. Pág. 1,054. Rubro: QUERELLA. CONSTITUYE UN REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, POR LO QUE ES FACTIBLE SU ANÁLISIS EN AMPARO DIRECTO; en el mismo sentido Registro IUS: 185082. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVII, enero de 2003. Pág. 1,699. Rubro: QUERELLA. PROCEDE SU ESTUDIO EN EL AMPARO DIRECTO. También véase entre otras Registro IUS: 187929. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XV, enero de 2002. Pág. 1,339. Rubro: QUERELLA EN DELITOS PREVISTOS POR LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN. ES UN REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PREVIO AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y NO AL INICIO DE LA AVERIGUACIÓN CORRESPONDIENTE.

<sup>366</sup> Véase GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 150.

<sup>367</sup> Conforme a lo indicado por el art. 16 de la CM y en los términos de los arts. 193 y 194 del CFPP. También puede verse, entre muchas otras, la Tesis aislada con Registro IUS: 203765. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia:



Las diligencias que se producen dentro de esta averiguación, que corresponde en principio realizarlos al MP y a la policía judicial, para descubrir los hechos delictivos que se han producido y las circunstancias y personas que lo hayan podido cometer, son propiamente la investigación en el proceso penal mexicano. El resultado factible es la base con la cual el MP ejercitará en su caso la acción penal ante los tribunales.<sup>368</sup>

La ley permite "amplio margen" de acción para el empleo de medios de investigación, pues admite que durante la misma queden sujetos al criterio del MP y de los tribunales las acciones para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado (art. 180 CFPP). La indagación de la verdad en el proceso es el criterio que guía las investigaciones, tanto para el MP como para el juez (art. 168 CFPP).<sup>369</sup>

Las disposiciones comunes señaladas en el CFPP hacia la averiguación previa y la instrucción (arts. 168 y ss.), en-

---

S.J.F. y su Gaceta. T. II, noviembre de 1995. Pág. 525. Rubro: DETENCIÓN DE UNA PERSONA SIN MEDIAR ORDEN DE APREHENSIÓN. SI NO SE TRATA DE UN CASO DE FLAGRANCIA O DE URGENCIA, AL RECIBIR LA CONSIGNACIÓN EL JUEZ DEBE DECRETAR SU LIBERTAD CON LAS RESERVAS DE LEY.

<sup>368</sup> En España, por ejemplo, los actos de investigación son ordenados por el juez de instrucción competente, bien de oficio, bien a instancias del Ministerio Fiscal o de otras partes acusadoras y del imputado, teniendo en cuenta que el juez puede ser otro en los casos de diligencias de prevención o urgentes, o existiendo causa que lo justifique (arts. 13 y 130 LECrim).

<sup>369</sup> Las facultades de investigación establecidas para el MP y juez alcanzan también el requerimiento de información a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, a la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y a la unidad respectiva de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Esto acaba con el secreto bancario en México, aunque se exige por ley que la información y documentos así obtenidos sólo podrán ser utilizados en la investigación y para los efectos del proceso penal, debiéndose guardar estricta confidencialidad. Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos penales. Comentado, Ed. Porrúa, 7ª ed., México 2003, pág. 335.

tiéndase referidas tanto al juez como al MP, versan, por un lado, sobre medios para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, y por el otro, hacen referencia hacia el aseguramiento de instrumentos y objetos del delito (denominado "huella del delito", según el capítulo II del título quinto del CFPP).<sup>370</sup>

Sobre las primeras disposiciones, básicamente se refiriere a los dictámenes necesarios ha realizar por peritos para comprobar lesiones internas y externas, autopsias en los casos de homicidio, reconocimiento médico de personas por motivos de aborto, peritajes para determinar en la medida de lo posible la cuantía del robo de energía eléctrica, petróleo, gas o de cualquier otro fluido energético, y la cuantía en daños por ataques a las vías de comunicación (arts. 168 a 180 CFPP).

En cuanto a las segundas medidas, tienen el objetivo de asegurar los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los bienes en que existan huellas o pudieren tener relación con éste, a fin que no sean destruidos o desaparezcan entorpeciendo la averiguación (art. 181 CFPP).

Dentro la averiguación previa le corresponde al MP federal la facultad, entre otras, de solicitar concretamente del órgano jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de "cateo", o lo

---

<sup>370</sup> Por cuerpo de delito, dice la ley, se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. La probable responsabilidad del inculpado se considera acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad. Según art. 168 CFPP.

que se denomina en España como orden judicial de entrada y registro en lugares cerrados.<sup>371</sup>

Las diligencias de cateo las practica el tribunal que las decreta o por el secretario o actuario del mismo, o por el MP federal o los funcionarios o agentes de la policía judicial, según sea el designio del tribunal (art. 62 CFPP).

Para la solicitud de la práctica de un cateo, el MP federal debe de expresar el objeto y necesidad, la ubicación del lugar a inspeccionar y la persona o personas que se pretende localizar o aprehender, y los objetos que se buscan o deban asegurarse a lo que únicamente deben limitarse la diligencia.<sup>372</sup>

La ley señala que es el órgano jurisdiccional el que debe dictar la orden de cateo, aunque no se precisa sobre la ilegalidad de su práctica o, en su caso, la prohibición sobre las pruebas que de un registro resultare, en caso de que faltase.<sup>373</sup> No obstante, la jurisprudencia ha hecho referencia a la ilegalidad de la práctica sin orden de autoridad competente, aunque de manera esporádica. La SCJN ha mantenido criterios más garantistas sobre la ilegalidad de cateos a lugares incluso abiertos si no se respeta lo garantizado por el art. 16 de la CM. El cateo sin orden de autoridad competente o sin

---

<sup>371</sup> Véase el art. 2.III, y 61 del CFPP en combinación con el art. 16 de la CM. Si bien hemos mencionado que el MP federal es autoridad dentro de la averiguación, éste no puede en ningún caso decretar unilateralmente registro alguno. La autoridad judicial siempre es la indicada para ello por disposición del art. 16 de la CM. En ése sentido también véase Tesis aislada con Registro IUS: 183480. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVIII, agosto de 2003. Pág. 50. Rubro: ÓRDENES DE CATEO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS O TIENEN ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES PARA EMITIRLAS, PERO SÍ PARA DICTAR ÓRDENES DE VISITA (ART. 16 CONSTITUCIONAL, UNDÉCIMO PÁRRAFO).

<sup>372</sup> Vid. arts. 61 a 70 del CFPP.

<sup>373</sup> Vid. arts. 2, fracc. III y 61 del CFPP.

los requisitos legales nulifica el resultado del mismo y de las actuaciones que de él emanen.<sup>374</sup>

#### **4. Resultados posibles del procedimiento de averiguación previa**

El resultado de las investigaciones durante la averiguación previa puede derivar en tres formas distintas: el archivo o sobreseimiento administrativo; la reserva o suspensión administrativa; y la promoción y ejercicio de la acción penal ante los tribunales.

##### **a) Archivo**

La resolución de archivo produce la extinción de la posibilidad para promover la acción penal. Es un verdadero sobreseimiento que produce el efecto de archivar el asunto. La ley equipara sus efectos a los de una sentencia absolutoria puesto que dice el art. 139 del CFPP que las resoluciones que se dicten producirán el efecto de impedir definitivamente el ejercicio de la acción penal respecto de los hechos que las motiven.

El archivo por el MP se constituye en facultad de resolución. El alcance trascendente es la aplicación prácticamente del principio *non bis in idem*, no juzgando dos veces por lo mismo, aunque en este caso, guste o no, ya lo impide una autoridad administrativa como el MP. Para nosotros esto no

---

<sup>374</sup> Consúltense las siguientes Tesis aisladas con Registro IUS: 182235. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XIX, febrero de 2004. Pág. 994. Rubro: CATEO DE NEGOCIOS ABIERTOS AL PÚBLICO. RESULTA ILEGAL Y CARECE DE VALOR PROBATORIO CUANDO SE PRACTICA SIN SUJETARSE A LOS REQUISITOS QUE EXIGE EL ART. 16 CONSTITUCIONAL; y Registro IUS: 189178. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XIV, agosto de 2001. Pág. 1,210. Rubro: CATEO SIN ORDEN DE AUTORIDAD COMPETENTE O SIN LOS REQUISITOS LEGALES. NULIFICA EL RESULTADO DEL MISMO Y DE LAS ACTUACIONES QUE DE ÉL EMANEN.

respeta en su totalidad el mandato de la CM que dice que ningún sujeto sea juzgado más de una vez por el mismo hecho. No debe escapar a nuestra atención que, para que exista esta situación ha de existir juicio y éste ha de concluir con un auto o sentencia que le ponga fin.<sup>375</sup>

La situación no necesariamente abarca los supuestos en que no se encuentren integrados de manera satisfactoria la averiguación, pues el ofendido o su asesor legal pueden aportar pruebas sobre los hechos relacionados con el caso.<sup>376</sup>

Los supuestos en los cuales el MP no ejerce la acción penal son diversos. Estos pueden ser: cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito; cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles; cuando, aún pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable; cuando la responsabilidad penal se halla extinguida legalmente; y cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal; cuando durante el proceso aparezca que la conducta o los hechos no son constitutivos de delito, conforme a lo tipificado por la ley penal; que el inculpado no tuvo participación en el deli-

---

<sup>375</sup> Vid. Registro IUS: 259672. 6ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F., Segunda Parte. T. LXXIX. Pág. 31. Rubro: *NON BIS IN IDEM*, CASO EN QUE NO SE VIOLA EL PRINCIPIO DE. En semejante sentido Registro IUS: 259971. 6ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F., Segunda Parte. T. LXXII. Pág. 31. Rubro: *NON BIS IN IDEM*.

<sup>376</sup> Como por ejemplo se hace patente, en la legislación local del Estado de Morelos, en la Tesis aislada marcada con Registro IUS: 186344. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVI, agosto de 2002. Pág. 1,249. Rubro: AVERIGUACIÓN PREVIA. EL ARCHIVO DEFINITIVO DERIVADO DE SU FALTA DE INTEGRACIÓN Y EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL OPORTUNO POR EL MINISTERIO PÚBLICO, NO IMPLICA LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, NI LA PRESCRIPCIÓN DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MORELOS).

to que se persigue; que la pretensión punitiva está legalmente extinguida, o que existe en favor del inculpado una causa excluyente de responsabilidad. También habrá que considerar otros supuestos a los contemplados por la ley, tales como que el asunto esté cubierto por la cosa juzgada, exista renuncia a la querrela, inmunidad, muerte del inculpado, y cuando exista causa pendiente sobre los mismos hechos contra el mismo autor (litispendencia).<sup>377</sup>

En efecto, el MP determina si se promueve o no la acción penal constituyendo, preliminarmente a cualquier decisión judicial, una resolución sobre los hechos presuntamente constitutivos de delito y sobre la probable responsabilidad del individuo.

Durante mucho tiempo la víctima y el ofendido por el delito no poseían medio alguno de control sobre las decisiones del MP de archivar o no ejercitar la acción penal. Los tribunales admitían que el MP tenía amplias facultades y sólo el autocontrol y control interno de la Procuraduría podía fincarles responsabilidades a los agentes que no hicieran de forma adecuada su trabajo.<sup>378</sup>

No obstante, con la reforma a la CM por Decreto de 30 de diciembre de 1994 (DOF de 31 diciembre de 1994), las resoluciones sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal pueden ser recurridas por vía jurisdiccional. Pero no hay especificación hecha ante que tribunal ha de hacerse, por

---

<sup>377</sup> Véase arts. 137 y 138 del CFPP.

<sup>378</sup> Véase Tesis aislada con Registro IUS: 315061. 5ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. T. XXVII. Pág. 1,668. Rubro: MINISTERIO PÚBLICO.

tanto, según se ha puesto de manifiesto, la vía adecuada por el momento es al juicio de amparo indirecto.<sup>379</sup>

El MP federal deja de ejercitar la acción penal cuando de las diligencias practicadas se desprende que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal. El MP es el que decide impidiendo que un verdadero órgano jurisdiccional resuelva. No puede condenar, es cierto, pero evita que se haga en su caso. Esta facultad ha sido señalada como contraria a la CM.<sup>380</sup>

En realidad, los hechos y los individuos son valorados por el MP, el cual se encuentra bajo la órbita del poder ejecutivo y al frente como autoridad administrativa de una averiguación previa al proceso penal.<sup>381</sup>

Aceptando que el MP resuelva con esos efectos definitivos, habría que establecer en la legislación algún medio que sintonice con lo mandado por la CM. De la ley se extrae que sólo los tribunales son los encargados de juzgar si los hechos son o no constitutivos de delito y sobre la culpabilidad de sus autores. Pero la ley no considera ningún tipo de

---

<sup>379</sup> Véase jurisprudencia con Registro IUS: 197249. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. VI, diciembre de 1997. Pág. 5. Rubro: ACCIÓN PENAL, RESOLUCIÓN DE NO EJERCICIO, EMANADA DE UNA AUTORIDAD DEPENDIENTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL D.F., ES UN ACTO MATERIALMENTE PENAL Y DEL JUICIO DE AMPARO QUE SE PROMUEVA EN SU CONTRA DEBE CONOCER UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL.

<sup>380</sup> Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 224.

<sup>381</sup> ALCALÁ-ZAMORA sostiene que el MP no es magistratura jurisdicente, sólo requirente y se convierte en órgano jurisdiccional negativo. Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Legítima defensa..., en "Estudios de Teoría General e historia del proceso", op. cit., pág. 615. Para RIVERA SILVA, el MP se abroga facultades jurisdiccionales, aunque están justificadas por economía procesal. Vid. RIVERA SILVA, M., El procedimiento penal, op. cit., págs. 143 y 144. Para BRISEÑO SIERRA señala que el MP utiliza el mando durante la investigación y su decisión de no acudir a los Tribunales es reflejo de eso. Vid. BRISEÑO SIERRA, H. Derecho Procesal, Ed. Porrúa, t. IV, México 1974, pág. 555.

homologación, para que sea el tribunal el que juzgue la no existencia de delito cuando el MP entiende que los elementos con los que cuenta no son los requeridos para constituir tipo penal y acudir a los tribunales.<sup>382</sup>

De hecho, por ley (art. 1, fracc. II, CFPP), el MP puede solicitar la libertad del procesado, sea porque no haya existido delito, sea porque existiendo no es imputable al procesado, o porque existen causas excluyentes de responsabilidad, o hay amnistía, prescripción o perdón del ofendido. Con mayor razón podría solicitar esa declaración por parte de los tribunales a quienes les compete en exclusiva.

No en vano dice el art. 4 CFPP que dentro del proceso penal le corresponde "...exclusivamente a los tribunales federales resolver si un hecho es o no delito federal, determinar la responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas acusadas ante ellos e imponer las penas y medidas de seguridad...". El CJMil,<sup>383</sup> art. 435, es más tajante aún pues afirma que "la facultad de declarar que un hecho es o no delito del fuero de guerra, corresponde exclusivamente a los tribunales militares. A ellos toca también declarar la inocencia o culpabilidad de las personas y aplicar las penas que las leyes señalen".

#### **b) Reserva**

Conocida también como suspensión administrativa (recuérdese el carácter administrativo de la averiguación en México) no es una verdadera causa de terminación, puesto que sólo se suspende.

---

<sup>382</sup> SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 259.

<sup>383</sup> Código de Justicia Militar, publicado en DOF de 31 de agosto de 1933.



La ley no es clara al respecto, pero pueden considerarse los casos sujetos a suspensión cuando aun siendo delictuosos los hechos objeto de la averiguación, la prueba de los mismos no es factible hacerla en esos momentos, pero en un futuro sí que pueden serlo. Por eso el MP ordena a la policía que realice las investigaciones que logren aclarar los hechos (art. 131 CFPP). Otro caso sería cuando el hecho es delictuoso pero se ignora a los autores, por tanto ha de esperarse a conocer la identidad de los mismos. Que se omitiera alguna condición de procedibilidad. Y, por último, en al ámbito castrense se prevé la suspensión en los casos en que exista "necesidad de servicio", haya sido pedido por algún comandante de guarnición y que sea autorizado por la Secretaría de Guerra y Marina.<sup>384</sup>

Una vez desaparecidas las causas de la suspensión o reserva, el procedimiento se debe continuar decidiendo el MP si se promueve o no la acción penal. Mientras no prescriba la pretensión punitiva que se trate, la averiguación seguirá con posibilidades de reabrirse.

### **c) Promoción de la acción penal**

Como resultado de excluir todos los supuestos de archivo y reserva, cualquier otro caso ha de responder a la promoción de la acción penal ante los tribunales, siempre que aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el *corpus delicti* y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del art. 168 del CFPP.

---

<sup>384</sup> Arts. 447 a 449 del CJMil.

El MP ejercitará entonces la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente dice la ley, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea (art. 134 CFPP).

El principio de legalidad rige la actuación del MP. Tal vez sea mejor decir que, la obligación de ejercer la acción penal está impuesta al MP desde la CM (art. 14 de la CM) y ha de cumplirse como regla general. El principio de legalidad impone el inicio del procedimiento de averiguación ante la sospecha de que se ha cometido cualquier delito y el ejercicio de la acción penal cuando proceda, sin que el MP tenga la facultad de solicitar el sobreseimiento en tanto persistan los presupuestos que provoquen el ejercicio de la acción penal, y se haya descubierto al presunto autor.<sup>385</sup>

## **5. Valor procesal de las diligencias de averiguación previa**

Debemos reiterar aquí la calidad de autoridad que revisite al MP federal como encargado de dirigir las investigaciones durante la averiguación previa. Es decir, en la fase preprocesal no actúa como parte, sino que cumple un mandato constitucional (art. 21 CM) y lo hace como autoridad administrativa con amplios poderes de resolución.<sup>386</sup>

---

<sup>385</sup> Vid. CORDÓN MORENO, F., Las Garantías constitucionales del Proceso penal, Ed. Aranzadi, Pamplona 2002, pág. 20 y ss.; y GIMENO SENDRA, V. en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, 3ª ed., Madrid 1999, pág. 110.

<sup>386</sup> Importantes poderes de investigación y sobre la situación jurídica de las personas, como decidir sobre la revocación de la libertad provisional por ejemplo. Cfr. arts. 2, fracc. IX y 135 del CFPP.

El MP durante la averiguación realiza actividad con el fin de agotarla y decidir sobre las consecuencias, por lo que realiza un juicio, ciertamente no en el sentido que lo hace el juez pero con repercusión sobre la condición jurídica del individuo sin duda, sea cual sea su decisión. La Ley y jurisprudencia otorgan valor a las diligencias de investigación por ser éstas actos de autoridad realizados en ejercicio de sus funciones, en tanto no se acrediten su falsedad o la ausencia de formalidades establecidas por la ley para nulificarlas.<sup>387</sup>

El efecto práctico directo se constituye en que las diligencias de policía judicial poseen ya un valor probatorio en el proceso. Las diligencias que realiza el MP como autoridad son las mismas que utilizará como parte durante el proceso penal. BRISEÑO SIERRA ya mencionaba que los medios y procedimientos de la policía judicial son más adecuados al enjuiciamiento que a la averiguación.<sup>388</sup> Cabe recordar que la referencia a diligencias de policía judicial es atribuida a actividades del MP que, antiguamente, le correspondían y que hoy se atribuye el término a un cuerpo de policía.<sup>389</sup>

Ahora bien, antes de la adopción de la CM de 1917, el procedimiento de averiguación lo realizaba el juez bajo una actividad inquisitiva en la que actuaba como policía. La intención de la introducción del MP en estas tareas no hizo sino sólo sustituir a la autoridad que la realizaba, olvidando

---

<sup>387</sup> Tesis aislada con Registro IUS: 235909. 7ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. T. 64, Segunda Parte. Pág. 28. Rubro: MINISTERIO PÚBLICO Y POLICÍA JUDICIAL; VALOR PROBATORIO DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS POR EL.

<sup>388</sup> Ponencia presentada en el 4º Congreso Mexicano de Derecho Procesal por BRISEÑO SIERRA, H., bajo el título de: El principio acusatorio en el proceso penal, en "Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana", año 1970, núm. 2, sección de Previa, pág. 56.

<sup>389</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., pág. 156.

que el sentido necesitaba ser transformado. Por esa razón, resulta lógico que el esquema inquisitivo de la investigación antes llevada por juez, y denunciada por Venustiano Carranza,<sup>390</sup> mantuviera como objetivo general de sólo servir a la acusación.<sup>391</sup>

La SCJN ha expresado en alguna tesis que de acuerdo a lo previsto por el art. 145 del CFPP, "todas las diligencias de prueba recabadas durante la averiguación previa no tendrán que repetirse en el proceso para que tengan validez; razón por la cual resulte correcto tomarlas en consideración al dictar la sentencia correspondiente sin que ello implique una trasgresión a las reglas que rigen el procedimiento penal".<sup>392</sup>

Es decir, ante la ambigua postura de la SCJN y la legislación se está en la posibilidad de soslayar a la audiencia o vista (juicio oral) y transformar al proceso penal federal en un modelo inquisitivo de aplicación del Derecho Penal por dos razones importantes. Primero, porque el valor de prueba plena de las diligencias preprocesales destruye el principio de contradicción en el proceso penal y con ello pone en difícil situación a la defensa; y segundo, porque sólo dando lectura de las diligencias se evita la eficacia del debate y con ello

---

<sup>390</sup> Véase la intervención ante el Congreso Constituyente realizada el 1º de diciembre de 1916, recogida en el Diario de los debates, tomo I, núm. 12, pág. 263 y ss.

<sup>391</sup> Como lo expresa BRISEÑO SIERRA al mencionar sobre la intención de la reforma pero la falta de estructuración adecuada en los detalles. Vid. BRISEÑO SIERRA, H., El principio acusatorio..., op. cit., pág. 55. Por otro lado, resulta llamativo que el cambio constitucional de 1917 que afectaba radicalmente la estructura de la averiguación, vino a tener respuesta de la ley procesal penal hasta el 30 de agosto de 1934, fecha de publicación del CFPP en el DOF, pero con entrada en vigor el 1º de octubre.

<sup>392</sup> Véase Registro IUS: 213237. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XIII, marzo de 1994. Pág. 434. Rubro: PRUEBAS RECABADAS DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA; NO ES NECESARIO REPETIR LAS DILIGENCIAS EN EL PROCESO PENAL PARA QUE TENGAN VALIDEZ.

la práctica de la prueba con incidencia del principio de inmediación y oralidad. Por otro lado, una lógica en sitio equivocado nos dice que no tiene ningún caso repetir algo que ya tiene otorgado valor probatorio, pues resultará que además de estar ya contra el acusado representará un coste mayor de tiempo y recursos para el erario público.

Sin embargo, algún avance jurídico se ha gestado con jurisprudencia por contradicción dictada por la SCJN en la que de forma menos perjudicial, aunque incompleta e insatisfactoria en nuestra opinión, se manifiesta que las actuaciones posteriores que realizare el MP en ejercicio de su atribución investigadora no podrán ser propuestas como prueba de autoridad en la preinstrucción.<sup>393</sup>

## **6. Procedimiento para instar el ejercicio de la acción penal**

Antes de la reforma a la CM por Decreto de 30 de diciembre de 1994 (DOF de 31 diciembre de 1994), las resoluciones sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal por parte del MP no podían ser recurridas por vía alguna. La posibilidad para ello, por tanto, es de reciente reconocimiento. No obstante, en inicio supuso confusión ante la falta de reglamentación adecuada sobre la vía procesal que se podría utilizar para impugnar las resoluciones del MP.<sup>394</sup>

---

<sup>393</sup> Jurisprudencia con Registro IUS: 190299. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XIII, febrero de 2001. Pág. 9. Rubro: MINISTERIO PÚBLICO: DEJA DE TENER EL CARÁCTER DE AUTORIDAD UNA VEZ DICTADO EL AUTO DE RADICACIÓN DE LA CAUSA; POR LO QUE LAS PRUEBAS QUE SE APORTE POSTERIORMENTE SON PROVENIENTES DE PARTE Y SI SON RECIBIDAS CON CONOCIMIENTO DEL INculpADO Y DE SU DEFENSOR; PROCEDE CONSIDERARLAS EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EN EL DE SUJECCIÓN A PROCESO.

<sup>394</sup> Véase al respecto a FIX ZAMUDIO, H., *Presente y futuro...*, en CARBONELL, M. (coordinador), "Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México", op. cit., pág. 18.

Ahora, cuando en vista de los resultados de la averiguación previa el agente del MP determinare que no ha lugar ejercitar la acción penal por los hechos denunciados como delitos, o por los que se hubiere presentado querrela, el denunciante, el querellante o el ofendido y el presunto responsable, pueden utilizar dos vías para pretender cambiar esta situación.<sup>395</sup>

Primero, pueden ocurrir al Procurador General de la República (titular del MP), o al subprocurador, dentro del término de quince días, para que este funcionario, oyendo el parecer de sus agentes auxiliares, decida en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal. Contra esta resolución del Procurador no cabe recurso alguno, pero puede ser motivo de responsabilidad.<sup>396</sup>

Segundo, tanto la CM en su art. 21, como la Ley de Amparo en su art. 114 fracc. VII, determinan que el interesado que ve afectado su esfera jurídica, supuesto que sólo se actualiza cuando tiene el carácter de víctima u ofendido por el delito, puede promover juicio de amparo, ante el juez de distrito, contra la resolución de desistimiento o no ejercicio de la acción penal.<sup>397</sup>

---

<sup>395</sup> El presunto responsable también puede utilizar esta posibilidad. Si bien hay sentencias de la SCJN referidas sólo al amparo indirecto, nada impide que pueda, de acuerdo a sus intereses, manifestarse en contra del no ejercicio de la acción penal por mantenerle en estado de incertidumbre sobre su situación jurídica respecto de los resultados arrojados por la averiguación previa. Véase Jurisprudencia con Registro IUS: 178561. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. Tomo: XXI, mayo de 2005. Pág. 15. Rubro: ACCIÓN PENAL. EL PRESUNTO RESPONSABLE TIENE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO INDIRECTO CONTRA LA ABSTENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE PRONUNCIARSE SOBRE EL EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA.

<sup>396</sup> Según art. 133 del CFPP y art. 8, fracc. I, de la vigente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (DOF de 27 de diciembre de 2002).

<sup>397</sup> Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 201308. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. IV, septiembre de 1996. Pág. 588. Rubro: ACCIÓN PENAL. REFORMAS AL ART. 21 CONSTITUCIONAL. NO EJERCICIO O

El amparo deviene vía abierta y procedente sólo cuando se ha agotado el recurso de ocurrir al Procurador.<sup>398</sup>

Con la reforma de la CM en diciembre de 1994 antes dicha, se discutió sobre el alcance absoluto del monopolio de la acción penal en favor del MP en México. El monopolio en sí nos resulta de alcance excesivo, en esto de acuerdo con FIX ZAMUDIO,<sup>399</sup> desde el punto de vista del art. 21 de la CM que permite una extralimitación del MP en sus facultades y la introducción de criterios de oportunidad sobre el principio de legalidad al cual se debe el MP en el modelo mexicano. Es decir, existe una contradicción por admitir ambos principios sin delimitación. Los criterios de oportunidad no están reglamentados en nuestro derecho, por tanto cualquier decisión que disponga no ejercitar acción penal ante los tribunales sin el debido fundamento legal es arbitraria y violenta el principio de legalidad.<sup>400</sup>

---

DESISTIMIENTO DE LA, POR EL MINISTERIO PUBLICO. ESTÁ SUJETO AL CONTROL DE LEGALIDAD Y EL AMPARO QUE AL RESPECTO SE PROMUEVA, AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD. También Registro IUS: 180332. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, octubre de 2004. Pág. 2,355. Rubro: INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. TRATÁNDOSE DE RESOLUCIONES SOBRE DESISTIMIENTO O NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL CARECE DEL MISMO EL DENUNCIANTE QUE NO TIENE EL CARÁCTER DE VÍCTIMA U OFENDIDO POR EL DELITO.

<sup>398</sup> En virtud de la facultad del Procurador para ser substituido en la función de determinar en definitiva el no ejercicio de la acción penal, cuando ello ocurra, la resolución que al respecto sea dictada no puede ser objeto del recurso de inconformidad, puesto que el pronunciamiento tiene el carácter de definitivo, el amparo directo es el que procede. Véase Jurisprudencia con Registro IUS: 178805. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XXI, abril de 2005. Pág. 97. Rubro: AUTORIZACIÓN DEL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EMITIDA POR UN SUBPROCURADOR EN SUSTITUCIÓN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA. TIENE EL CARÁCTER DE DEFINITIVA PARA LOS EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.

<sup>399</sup> FIX ZAMUDIO, H., Presente y futuro..., en CARBONELL, M. (coordinador), "Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México", op. cit., pág. 27.

<sup>400</sup> El MP, sin embargo, goza de muchas facultades y privilegios que vinculan al juez como en los casos en que solicita el sobreseimiento o puede no presentar conclusiones acusatorias. No hay control sobre estos supues-

Por otro lado, el mismo control absoluto sobre la acción penal propicia el menoscabo sobre facultades del juez en su función de declarar si los hechos son constitutivos de delito y sobre la presunta la responsabilidad del inculpado. El art. 21 de la CM otorga en exclusiva la imposición de las penas a la autoridad judicial.

## **B) A cargo del juez**

Una vez que finaliza la fase de investigación, es decir que de la averiguación previa se encuentre los elementos suficientes para comprobar el *corpus delicti* y la probable responsabilidad del indiciado, el MP ha de proceder a la promoción de la acción penal ante los tribunales. El ejercicio de la acción penal se le conoce en México como "consignación ante los tribunales" y da comienzo a los llamados procedimientos de "preinstrucción" y seguidamente al de "instrucción" ante órgano jurisdiccional. El juez dicta una resolución, ante la consignación hecha por e MP, denominada "auto de radicación". Por tanto, estamos desde ahora con un procedimiento que se lleva ante órgano jurisdiccional.

### **1. La instrucción**

Los jueces de distrito están obligados a radicar de inmediato las consignaciones que le haga el MP Federal, así como de ordenar las diligencias cautelares procedentes que sean necesarias,<sup>401</sup> y posteriormente el tribunal analiza su compe-

---

tos, salvo aquél interno y por medio del Juicio de Amparo. Por ejemplo, véase a ZEPEDA LECUONA, G., Crimen sin castigo..., op. cit., pág. 281.

<sup>401</sup> El MP al ejercer la acción penal obliga al órgano jurisdiccional a resolver sobre su petición. El juez dicta, una vez examina si se reúnen los requisitos marcados por el art. 16 constitucional, un auto denominado de radicación abriendo así la instrucción. Vid. ARILLA BAS, F., El procedimiento penal..., op. cit., pág. 93. Véase también el art. 150 del CFPP.



tencia sobre el asunto. Por tanto, la apertura de la instrucción, a petición del MP, es prácticamente obligatoria aunque pueda el juez posteriormente declinar su competencia.<sup>402</sup>

Sobre el estudio dogmático y sistemático de la instrucción en México no existe en realidad un consenso doctrinal para determinar qué es la instrucción, dónde se ubica en el proceso y cuál es su finalidad.<sup>403</sup>

De la regulación de la instrucción puede advertirse subdivisiones que confeccionan un panorama complicado de su naturaleza y finalidad.<sup>404</sup> Considerando que el proceso penal en realidad inicia cuando se formula la acusación,<sup>405</sup> la legislación mexicana prevé hasta tres procedimientos previos: el de averiguación previa, el de preinstrucción y la instrucción misma (art. 1 CFPP). La primera es la ya referida auto-

---

<sup>402</sup> Dice el art. 431 del CFPP: "La declinatoria puede iniciarse y sostenerse de oficio por los Tribunales y para el efecto se oirá la opinión del Ministerio Público y se resolverá lo que se estime procedente remitiéndose, en su caso, las actuaciones por conducto del Ministerio Público a la autoridad que se juzgue competente". Lo cual implica que habrá actuaciones aún cuando se decline posteriormente la competencia.

<sup>403</sup> Si bien la doctrina no se refiere por igual en denominarle instrucción, no quiere decir que le niegue su existencia. Es común situar la averiguación previa junto con la instrucción y denominarles proceso preliminar. Véase el cuadro gráfico que representa la visión de varios autores al respecto en SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 285.

<sup>404</sup> Se determina que existe una instrucción administrativa o policial, y otra denominada instrucción judicial, procesal o intraprocesal. Así, la primera se encomienda al MP, la ley le denomina averiguación previa. La instrucción judicial se encomienda al órgano jurisdiccional. Vid. SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 289. No obstante, el legislador ha dividido en demasía lo que en principio bien podía estar como una unidad. Vid. MARTÍNEZ PINEDA, A., El proceso penal..., op. cit., pág. 24.

<sup>405</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 120.

instrucción administrativa del MP.<sup>406</sup> Las dos posteriores, de las cuales nos ocupamos ahora, son técnicamente en conjunto la instrucción judicial llevada ante órgano jurisdiccional, que nos resultan de difícil comprensión ante la atribución aparente de la misma en exclusiva al MP.

En efecto, el CFPP antepone un procedimiento denominado preinstrucción (art. 1, fracc. II), en el cual se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar.

La etapa de preinstrucción constituye ya el primer período procedimental con el que se inicia el proceso penal federal, pues desde el auto de radicación el juez federal tiene el conocimiento de los hechos consignados y dispone judicialmente sobre la persona consignada formalizando la aprehensión, o dictando la orden de aprehensión respectiva solicitada por el MP, o bien la libertad por falta de elementos para procesar.<sup>407</sup>

---

<sup>406</sup> Como se mencionó antes en esta tesis, el MP realiza en realidad una "auto-instrucción" que por su naturaleza administrativa cabe denominarla "instrucción administrativa". COLÍN SÁNCHEZ habla de dos clases de instrucción, una que se acontece durante la averiguación previa a cargo del MP. La otra, la denomina judicial o procesal, se desarrolla en sede de órgano jurisdiccional y se compone de dos fases. Vid. COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., págs. 311 y 349.

<sup>407</sup> Véase por ejemplo la Tesis aislada con Registro IUS: 184059. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVII, junio de 2003. Pág. 1,043. Rubro: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. DEBEN DUPLICARSE LOS PLAZOS CUANDO EL INculpADO ESTÁ SUSTRAÍDO DE LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA FUERA DE TERRITORIO NACIONAL Y LA CAUSA PENAL SE ENCUENTRA EN PREINSTRUCCIÓN, TODA VEZ QUE NO ES FACTIBLE CONCLUIR EL PROCESO PENAL CUANDO EL PROCEDIMIENTO SE ENCUENTRA SUSPENDIDO PRO EXISTIR UNA ORDEN DE APREHENSIÓN.

El procedimiento se rige conforme a las formalidades de los arts. 14, 19 y 20 de la CM, entre las cuales está la obligación de informarle al indiciado, previamente antes de tomarle su declaración preparatoria, quién presenta la denuncia o querrela y los testigos que han declarado en su contra, así como cuáles fueron los hechos que se le atribuyen como delictuosos que hayan motivado la integración de la averiguación previa, y cuáles son los elementos de prueba que pudieran determinar su presunta responsabilidad.

A partir del auto de radicación dictado por el órgano jurisdiccional, el MP deja de ser autoridad con atribución investigadora y es considerado parte acusadora.<sup>408</sup>

El procedimiento de instrucción se forma de las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiere sido cometido y las peculiaridades del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad de este.<sup>409</sup>

---

<sup>408</sup> Véase jurisprudencia con Registro IUS: 190299. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XIII, febrero de 2001. Pág. 9. Rubro: MINISTERIO PÚBLICO. DEJA DE TENER EL CARÁCTER DE AUTORIDAD UNA VEZ DICTADO EL AUTO DE RADICACIÓN DE LA CAUSA, POR LO QUE LAS PRUEBAS QUE APORTE POSTERIORMENTE SON PROVENIENTES DE PARTE Y SI SON RECIBIDAS CON CONOCIMIENTO DEL INculpADO Y DE SU DEFENSOR, PROCEDE CONSIDERARLAS EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EN EL DE SUJECCIÓN A PROCESO.

<sup>409</sup> El art. 146 del CFPP también determina que se deberá tomar en consideración, por parte del tribunal que conozca del proceso, las circunstancias peculiares del inculpado, debiendo allegarse datos para conocer su edad, educación e ilustración; sus costumbres y conductas anteriores; los motivos que lo impulsaron a delinquir; sus condiciones económicas y las especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito; la pertenencia del inculpado, en su caso, a un grupo étnico indígena y las prácticas y características que como miembro de dicho grupo pueda tener; los demás antecedentes personales que puedan comprobarse; así como sus vínculos de parentesco, amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, que en su conjunto demuestren la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente.

Es decir, en realidad estamos ante una actividad de investigación, dividida en dos etapas (averiguación previa e instrucción), compartida entre el MP y el juez, y en donde se continúa realizando actividad probatoria, lo cual resulta bastante difícil de asimilar, pues no hay claramente una apuesta por instrucción encomendada a un solo órgano, sea el MP o el juez instructor.<sup>410</sup>

El tribunal procede a realizar diligencias propias en la instrucción, aunque no sabemos exactamente a que tipo se refiere, según puede verse ante la redacción de la "instrucción judicial" por los arts. 142 a 167 del CFPP. Nos parece que en realidad se da un segundo "filtro" para determinar si habrá que ir a juicio por los hechos presentados como delito.<sup>411</sup>

Si bien esta instrucción judicial se inicia a petición del MP, en virtud del ejercicio de la acción penal y de que el juez no puede abrir unilateralmente (*ex officio*) un proceso, no alcanza al hecho que el tribunal debe tomar en cuenta las circunstancias peculiares del inculpado.<sup>412</sup> Así, también está obligado para allegarse datos que revelen la edad, educación e ilustración; las costumbres y conductas del procesa-

---

<sup>410</sup> De acuerdo al art. 128, fracc. III, letras c) y e), del CFPP, la admisión y desahogo de pruebas comienza a gestarse desde la averiguación previa.

<sup>411</sup> Por ejemplo, para GÓMEZ LARA, el propósito de la instrucción (aunque se refiere al ámbito civil) es "acercarle al juzgador todo el material informativo para que se produzca el juzgamiento con la propiedad jurídica y lógica debida". Vid. GÓMEZ LARA, C., Derecho Procesal Civil, Ed. Trillas, México 1984, pág. 26. Con respecto de nuestra idea de ser otro filtro, nos remitimos a la regulación citada de la que puede desprenderse que la instrucción sólo tiene como fin hacer una valoración general sobre la apertura o no del debate. No obstante, se da la situación que el mismo juez de la instrucción conocerá del juicio (puede verse a partir del art. 305 del CFPP que hace referencia a juez no distinto del de Instrucción para enjuiciar).

<sup>412</sup> A pesar que el MP tiene la misma obligación durante la averiguación previa y en el curso de la instrucción, para el efecto de hacer, fundadamente, los señalamientos y peticiones que correspondan al ejercitar la acción penal o al formular conclusiones. Art. 146 del CFPP.

do; los motivos que lo impulsaron a delinquir; sus condiciones económicas y las especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito; la pertenencia del inculcado, en su caso, a un grupo étnico indígena y las prácticas y características que como miembro de dicho grupo pueda tener; los demás antecedentes personales que puedan comprobarse; así como sus vínculos de parentesco, amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, que en su conjunto demuestren la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente.<sup>413</sup>

**a) La instrucción para delitos graves**

Generalmente, se sigue un procedimiento de instrucción con características remarcables para los procesos por delitos considerados como graves por la ley y que, por consiguiente, tienen prevista una mayor sanción. Esta instrucción suele ser habitual debido a la amplia gama de delitos considerados como

---

<sup>413</sup> Vid. art. 146 del CFPP. El conocimiento de toda esta información es necesaria para la correcta individualización de la pena. Al respecto Tesis aislada que dice: "Para una correcta individualización de la pena, aunque el juzgador puede hacer uso de su arbitrio para cuantificar las sanciones que estime ajustadas, esa libertad no es absoluta, ya que debe ser congruente con la peligrosidad del acusado, tomando en consideración las circunstancias externas del delito y las peculiares del delincuente, es decir, el juzgador individualizará la pena cuidando que no sea el resultado de un simple análisis de las circunstancias en que el delito se ejecuta y de un enunciado más o menos razonado de las características ostensibles del reo, sino la conclusión racional resultante del estudio de su personalidad en los diversos aspectos sobre los móviles que lo indujeron a cometer el delito". Registro IUS: 220834. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. IX, enero de 1992. Pág. 208. DÍAZ DE LEÓN advierte que los Jueces no deben dictar sentencia sin estas pruebas sobre las peculiaridades del inculcado, mismas que son necesarias para el juicio de reproche. Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., págs. 248 y 249; en semejante sentido COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 311.

graves, en realidad resulta difícil saber cuál no lo es, no sólo por el CPF sino por la legislación en general.<sup>414</sup>

---

<sup>414</sup> Dice la ley que estos delitos se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad. La lista es bastante amplia sin duda, tan sólo hay que leer el art. 194 del CFPP, que dice: Del Código Penal Federal, los delitos siguientes: Homicidio por culpa grave, traición a la patria, espionaje, terrorismo, sabotaje. Los previstos en los arts. 142, párrafo segundo y 145. La piratería, genocidio, evasión de presos, ataques a las vías de comunicación, uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, contra la salud, corrupción de menores o incapaces, y pornografía infantil, explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, falsificación y alteración de moneda, falsificación y utilización indebida de documentos relativos al crédito, contra el consumo y riqueza nacionales, violación, asalto en carreteras o caminos, lesiones, homicidio, secuestro, tráfico de menores, robo calificado, comercialización habitual de objetos robados, sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, robo, robo de vehículo, extorsión, operaciones con recursos de procedencia ilícita, contra el ambiente, en su comisión dolosa, cuando el volumen del derribo, de la extracción o de la tala, exceda de dos metros cúbicos de madera. En materia de derechos de autor, el previsto en el art. 424 Bis. Desaparición forzada de personas prevista en el art. 215-A. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el art. 2. De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes: 1) Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea; 2) Los previstos en el art. 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del art. 11; 3) Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea; 4) Los previstos en el art. 84, y 5) Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los arts. 3° y 5°. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes: 1) Contrabando y su equiparable y 2) Defraudación fiscal y su equiparable. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el art. 223, fracciones II y III. La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los arts. 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracc. V, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del art. 112. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los arts. 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los arts. 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracc. I, en el supuesto del cuarto párrafo del art. 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los arts. 141, fracc. I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracc. II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del art. 146. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los arts. 52, y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el art. 3° de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el D.F. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los arts. 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos,

La intención con esta instrucción es prever mayor cuidado para aportar el material de prueba, aunque el juez está obligado para conducirse con prontitud en ciertos plazos. Por ejemplo, la radicación del procedimiento debe ser de inmediato y la orden de cateo o aprehensión solicitada por el MP han de ser atendidas por el juez dentro de las 24 horas de la solicitud.

#### **b) La instrucción para delitos no graves**

Esta instrucción, en contraste con la anterior, se da también para los delitos de menor gravedad, por consecuencia con menos pena, y con algunas características diferentes. Así, tenemos que la radicación del proceso puede ser en el transcurso de dos días, y el dictado de la orden de cateo o de aprehensión dentro de los diez días contados a partir del auto de radicación.

## **2. Generalidades sobre la instrucción**

La instrucción puede revestir en el medio jurídico mexicano de diferentes variantes. Se puede decir que existen: la "instrucción ordinaria" que puede ser aplicable a delitos graves y no graves, y la "instrucción sumaria" de aquéllos supuestos que no presentan complicaciones.<sup>415</sup>

Ahora bien, la diferencia entre la instrucción por delitos graves y los que no se consideran como tal deja de tener

---

valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el D.F. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el art. 96.

<sup>415</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., pág. 432.

relevancia en cuanto se está en presencia de persona detenida como lo pueden ser los casos de flagrancia o de urgencia. En estos supuestos el juez siempre ha de actuar sin demora, decretando la radicación y confirmando la detención o decretando la libertad con las reservas de ley en virtud de ordenarlo así el art. 16 CM.<sup>416</sup>

La doctrina habla de una instrucción sumaria, pero en el sentido de que estaríamos ante una rápida tramitación de la instrucción por ser los hechos delictuosos de más fácil investigación. Se dice que existen tantas pruebas sobre el hecho y son tan categóricas que facilitan la instrucción misma, por tanto no habrá necesidad de emplear tanto tiempo.<sup>417</sup>

La instrucción deberá terminarse en el menor tiempo posible. Cuando exista auto de formal prisión y el delito tenga señalada una pena máxima que exceda de dos años de prisión, debe ser concluida dentro de diez meses; si la pena máxima es de dos años de prisión o menor, o se hubiere dictado auto de sujeción a proceso, la instrucción deberá terminarse dentro de tres meses.<sup>418</sup>

---

<sup>416</sup> En caso de incumplimiento, existe la facultad del MP de acudir por vía de recurso de impugnación, por vía de queja, ante la tardanza del Tribunal. En este sentido, se va posicionando el MP como parte, pues se deja a su elección el acudir a esta vía, es decir que se inicia a instancia de parte agraviada. El sentido empleado por el art. 142 del CFPP no debe ser interpretado de otra forma cuando dice: "Si dentro de los plazos antes indicados el juez no dicta auto de radicación o no resuelve sobre los pedimentos de aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, el Ministerio Público podrá ocurrir en queja ante el Tribunal Unitario de Circuito que corresponda".

<sup>417</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., pág. 432.

<sup>418</sup> Véase art. 147 del CFPP. DÍAZ DE LEÓN señala que esta disposición deviene del principio de la justicia pronta establecido por la CM en su precepto 17; tiene además relación con las garantías individuales que conceden las fracciones V y VIII del art. 20 CM, al procesado, quien, si a su defensa conviene, puede prolongar los plazos señalados. Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 261.



La instrucción se considerada concluida cuando transcurren los plazos antes dichos, los cuales pueden ser renunciados por las partes, o bien el tribunal considere agotada la instrucción.<sup>419</sup>

**a) La declaración preparatoria del inculpado**

La declaración preparatoria debe realizarse por contacto directo entre el tribunal e inculpado, y en lugar al que pueda tener acceso el público (al menos eso determina el art. 153 CFPP). Por consiguiente, el legislador se inclina a la exclusión, como regla general, de las declaraciones secretas, pero también de la posibilidad que sea otro funcionario del tribunal, y no el juez, la persona presente en la diligencia.<sup>420</sup> Por otro lado, no todos tienen permitido el acceso al desarrollo de la diligencia, pues los testigos que deban ser examinados con relación a los hechos no pueden estar presentes.<sup>421</sup>

Esta diligencia conlleva aspectos de una gran relevancia procesal, imposible de saltarse,<sup>422</sup> además de ser fuente importante de información para el enjuiciamiento al preguntársele directamente al inculpado por su participación en los hechos, pudiéndose realizar careos constitucionales con los

---

<sup>419</sup> Véase art. 150 del CFPP.

<sup>420</sup> Si bien la redacción del art. 153 del CFPP no dice que deba ser el juez el encargado de recibir la declaración preparatoria, se deduce de los posteriores arts. que regulan tan importante diligencia.

<sup>421</sup> En caso de estar presente testigos, deben ser separados para evitar se aconsejen o se pongan de acuerdo entre sí sobre lo que habrán de testificar. Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 280.

<sup>422</sup> Como por ejemplo el nombramiento del defensor. Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 185785. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVI, octubre de 2002. Pág. 1,357. Rubro: DECLARACIÓN PREPARATORIA DEL INCULPADO SIN ASISTENCIA DE DEFENSOR. CONSTITUYE VIOLACIÓN PROCESAL QUE AMERITA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

testigos en su contra y respondiendo a las preguntas de la acusación y de la defensa. Sin embargo, hay que señalar que el término "declaración preparatoria" no representa la mejor denominación en cuanto que, según advierte ALCALÁ-ZAMORA, existe la posibilidad que el procesado se niegue a declarar en uso de su derecho a permanecer en silencio. En realidad se trataría de una indagatoria. Por otro lado, SILVA SILVA nos señala también que en caso de existir declaración, tampoco sirve esto para preparar nada, simplemente se trata de poner en contacto por vez primera a los sujetos principales del proceso penal.<sup>423</sup>

En esta declaración se da la oportunidad para que al inculpado se le haga saber previamente la imputación que se le hace en todo su alcance y consecuencia, nombre de quien lo denuncia o se querella en su contra, testigos y pruebas en su contra, y tenga la oportunidad de contestar al cargo. Para MORENO HERNÁNDEZ la declaración está vinculada con el derecho a ser oído y al ejercicio de la defensa.<sup>424</sup>

Por tanto, no se trata sólo de una declaración. Podemos citar los siguientes actos:

1. Se le informa sobre el derecho que tiene para defenderse por sí o por persona de su confianza, pudiendo designar a su defensor, advirtiéndole que si no lo hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio. Este derecho del inculpado se constituye a su vez en obligación de la autoridad de asegu-

---

<sup>423</sup> Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Síntesis del Derecho Procesal-civil, mercantil y penal, en "Derecho Procesal Mexicano", Ed. Porrúa, t. II, México 1977, pág. 564; SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 303 a 311; HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., pág. 237.

<sup>424</sup> MORENO HERNÁNDEZ, M., en ZAFFARONI, E. R., (coordinador), El proceso penal, sistema penal y derechos humanos, Ed. Porrúa, México 2000, pág. 458.

rarse de esto.<sup>425</sup> Si el inculpado pertenece a un pueblo o comunidad indígenas, se le hará saber el derecho que tiene de ser asistido por un intérprete y por un defensor que tengan conocimiento de su lengua y cultura (art. 2 de la CM).

2. El inculpado puede solicitar su libertad provisional bajo caución (de acuerdo al art. 20, fracc. I, CM y del art. 399 CFPP). No obstante, siempre que se esté siguiendo la causa por delito grave no procede esta situación. Como hemos dicho, el listado de delitos graves es muy amplia con lo que deja este derecho (que debe ser la generalidad) con poca fuerza.<sup>426</sup>

3. Se le hará saber en qué consiste la denuncia o querrela así como los nombres de sus acusadores y de los testigos que declaren en su contra. Es decir, en concordancia con el derecho a ser informado de la acusación.

4. El tribunal debe recibirle todos los testigos y las pruebas que ofrezca, en los términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite, siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio. También será informado que el juicio habrá de ser sentenciado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, o antes de un año si

---

<sup>425</sup> Registro IUS: 181157. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, julio de 2004. Pág. 1,711. Rubro: DEFENSOR. SU INTERVENCIÓN EN LA DILIGENCIA DE DECLARACIÓN PREPARATORIA DEBE SER DESDE EL MOMENTO MISMO EN QUE EL INCULPADO COMIENZA A DECLARAR Y NO CON POSTERIORIDAD.

<sup>426</sup> Nos remitimos a nota anterior sobre los delitos calificados como graves. De forma ilustrativa puede verse sobre lo dicho en Tesis aislada con Registro IUS: 181152. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, julio de 2004. Pág. 1,714. Rubro: DELITOS PREVISTOS EN EL ART. 138 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN. POR TRATARSE DE CONDUCTAS DELICTIVAS GRAVES DEBE NEGARSE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN SIN IMPORTAR QUE EL TIPO DELICTIVO NO INCLUYA EL ELEMENTO SUBJETIVO DE "PROPÓSITO DE TRÁFICO".

la pena máxima excediere de ese tiempo; y que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

Ahora bien, el abogado debe contar con tiempo suficiente para preparar la defensa adecuada del inculpado, pero apenas teniendo espacio para ello, oportunidad de hablar, no parece muy efectiva la acción del mismo. Puesto que, en este acto procesal, se le está nombrando defensor. ¿Cómo puede seguidamente elaborar una defensa efectiva? Parece que la respuesta lógica es que no puede, y creemos que esto es claramente desproporcionado, en comparación al tiempo con el que pudo haber contado la acusación para formar todos los elementos de la causa, del expediente del caso, que ha sido consignado.

#### **b) Auto de formal prisión**

Este auto establece y justifica el procedimiento penal para el presunto responsable, fijando los elementos del cuerpo del delito que será materia del proceso. Por tanto, la importancia del auto radica en la fijación de los elementos antes dichos pues, si bien es cierto que en la consignación el MP debe cumplir con los elementos mandados por el art. 16 de la CM,<sup>427</sup> el juez puede modificarlos conforme a lo indicado por el art. 1º fracc. II y 163 del CFPP.<sup>428</sup>

---

<sup>427</sup> Como lo dice el párrafo segundo: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado".

<sup>428</sup> La primera referencia, con respecto a los procedimientos penales regulados en el código, dice: "El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar". La segunda referencia dice: "Los autos a que se refieren los dos arts. anteriores -de formal prisión- se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando la descripción típica

Sobre esto último, no queremos dejar pasar la ocasión de mencionar algo llamativo, pues el hecho es que la propia CM determina en su art. 19 que: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el *auto de formal prisión o de sujeción a proceso*. Si en la secuela de un proceso apareciese que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente".<sup>429</sup>

Pretende el anterior art. mantener una *litis cerrada*<sup>430</sup> en una fase procedimental penal en la que ni siquiera ha tenido participación activa la defensa en la conformación del objeto del proceso penal, pues recuérdese que el auto mencionado por el art. 19 de la CM viene tan sólo después del ejercicio de la acción penal, que es un acto unilateral del MP.

Como se ha expresado, dentro de las 72 horas siguientes al momento en que el inculpado ha quedado a disposición del juez, se debe dictar este auto, si es el caso, cumpliendo además con los siguientes requisitos: que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, que se encuentre comprobado el cuerpo del delito que tenga señalada sanción privativa de libertad, que esté demostrada la posible responsabilidad del inculpado, que no esté comprobado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, y se verifique si la acción penal está extinta o no.

---

legal y la presunta responsabilidad correspondientes, aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores. Dichos autos serán inmediatamente notificados, en forma personal, a las partes".

<sup>429</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>430</sup> ZAMORA-PIERCE, J., Garantías y proceso penal, op. cit., pág. 135.

En vista de lo anterior, no es extraño que el MP cometa atropellos, o lo haga mal, para cumplir en tan breve tiempo con la obligación de comprobar el cuerpo del delito y la responsabilidad del inculpado.

Ahora bien, hay que señalar que al plazo constitucional de 72 horas habría que añadirle tres horas más previstas por el art. 164 del CFPP. El aumento obedece al intercambio de comunicaciones entre la autoridad del establecimiento donde se encuentre detenido el inculpado y el juez, por la solicitud de la copia autorizada del auto de formal prisión que no ha sido recibida por el funcionario. De tal manera que, previo el aviso al juez y MP de la falta de dicho auto, dentro del plazo de tres horas siguientes sin recibir documento, se ha de poner en libertad al inculpado.

El plazo de 72 horas señalado puede ser prorrogado por igual tiempo, pero cuando así lo solicite el indiciado, o lo haga por medio de su defensor, siempre que se tenga la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva sobre la situación jurídica.<sup>431</sup> Es decir, se sigue recibiendo y desahogando pruebas tanto de la defensa como de la acusación.

Por tanto, nadie puede ser retenido por más de tres días sin que se le resuelva su situación jurídica, como lo exige el art. 19 de la CM, sin excepción alguna, puesto que transcurriendo el plazo sin existir auto alguno la libertad deviene absoluta. Es decir, el auto hace legal la restricción de

---

<sup>431</sup> Tesis con Registro IUS: 179389. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XXI, febrero de 2005. Pág. 1,631. Rubro: AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL. LA DUPLICACIÓN DEL PLAZO PARA DECRETARLO, CUANDO LA SOLICITA EL INCULPADO O SU DEFENSOR, QUEDA INMERSA EN LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO QUE CULMINA CON SU DICTADO, POR INCIDIR DE MANERA DIRECTA EN LA GARANTÍA DE DEFENSA.

libertad. De tal manera que, todo proceso debe seguirse por el delito señalado en el auto de formal prisión.

**c) Auto de sujeción a proceso**

A diferencia del auto anterior, aquí no se prevé prisión preventiva alguna.<sup>432</sup> Por eso, la prisión preventiva sólo se debe contemplar para los inculpados que presuntamente cometieron algún delito que amerite pena privativa de libertad. Pero, como hemos dicho, el problema presente es el que prácticamente la totalidad de delitos más comunes son graves con la consecuencia de la elevada población en los establecimientos de privación de la libertad.

No obstante, los elementos del cuerpo del delito, el tipo penal del delito y la probable responsabilidad del inculcado, deben también ser establecidos en el auto dictado por el juez.<sup>433</sup>

**d) Auto de libertad por falta de elementos para procesar**

---

<sup>432</sup> Tesis aislada con Registro IUS: 180450. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, septiembre de 2004. Pág. 1,878. Rubro: SUSPENSIÓN DEFINITIVA. DEBE NEGARSE CONTRA EL AUTO DE SUJECIÓN A PROCESO, POR NO TRATARSE DE UN ACTO QUE AFECTE LA LIBERTAD PERSONAL; la cual apunta al respecto: "Es correcta la determinación de negar la suspensión definitiva respecto al auto de sujeción a proceso decretado por la probable comisión de un delito que no merezca prisión preventiva, puesto que tal acto no es privativo de la libertad personal...".

<sup>433</sup> Como lo determina el art. 162 del CFPP. La jurisprudencia en el mismo sentido. Tesis aislada con Registro IUS: 179942. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, diciembre de 2004. Pág. 1,324. Rubro: CUERPO DEL DELITO. SU ANÁLISIS EN MATERIA DE JUSTICIA MILITAR DEBE HACERSE EXCLUSIVAMENTE EN LAS RESOLUCIONES RELATIVAS A LA ORDEN DE APREHENSIÓN, COMPARECENCIA O DE PLAZO CONSTITUCIONAL, PERO NO EN TRATÁNDOSE DE SENTENCIAS DEFINITIVAS; También jurisprudencia con Registro IUS: 184166. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVII, junio de 2003. Pág. 710. Rubro: CUERPO DEL DELITO. SU ANÁLISIS, EN MATERIA FEDERAL, DEBE HACERSE EXCLUSIVAMENTE EN LAS RESOLUCIONES RELATIVAS A LA ORDEN DE APREHENSIÓN, COMPARECENCIA O DE PLAZO CONSTITUCIONAL, PERO NO EN TRATÁNDOSE DE SENTENCIAS DEFINITIVAS.

Ahora bien, el art. 167 CFPP señala que, "si dentro del término legal no se reúnen los requisitos necesarios para dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se dictará auto de libertad por falta de elementos para procesar, o de no sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio de que por medios posteriores de prueba se actúe nuevamente en contra del inculpado; en estos casos no procederá el sobreseimiento hasta en tanto prescriba la acción penal del delito o delitos de que se trate".

Por tanto, el MP puede continuar actuaciones para acreditar los requisitos establecidos en los arts. 161 y 162 del CFPP, en tanto no se produzca la prescripción establecida para los delitos por el CPF.<sup>434</sup> De tal manera que el proceso debe seguir abierto en tanto no prescriba el delito.<sup>435</sup> El auto es dictado con las reservas de ley y por eso no adquiere firmeza, aun en los supuestos que no se estime no probado el cuerpo del delito, pues se seguirá averiguando.<sup>436</sup>

### **3. Diligencias de investigación**

Con respecto a los medios probatorios reconocidos y empleados en el medio jurídico mexicano, no creemos que se plantee conceptos distintos en cuanto a la naturaleza y distinción entre los actos de investigación y actos de prueba.<sup>437</sup> Al parecer, al igual que ocurre en Alemania, los actos

---

<sup>434</sup> Vid. Capítulo VI "Prescripción", del Título Quinto "Extinción de la Responsabilidad Penal", del Código Penal Federal (publicado en DOF de 14 de agosto de 1931).

<sup>435</sup> En ése sentido DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 315.

<sup>436</sup> Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 315.

<sup>437</sup> GÓMEZ COLOMER lo manifiesta comparativamente entre la postura adoptada en España y la seguida en Alemania. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 150.



de investigación que son practicados por el MP pueden tener doble naturaleza. Así, durante la averiguación previa estamos ante actos de investigación, que luego si se pretende sean actos de prueba deberían tener lugar, por regla general, en la fase del procedimiento principal. Es decir, el criterio seguido para su determinación exacta dependería del momento en que se realicen.

Al respecto resulta ilustrativa la posición esquemática de los medios de prueba en el desarrollo de los artículos de la ley procesal penal. Los artículos están contemplados en las disposiciones comunes a la averiguación y a la instrucción, entre los cuales se hace referencia a la prueba. Así, observando la intención literal del art. 132 al dictar que "en la práctica de diligencias de averiguación previa se aplicarán en lo conducente las disposiciones del título sexto de este código", queda clara su doble utilidad tanto en la averiguación previa como en la instrucción.

Sin embargo, tal como hemos señalado durante el desarrollo de la averiguación, esto ha derivado en un complejo sistema de probanzas durante las investigaciones del MP. La situación así planteada, no acata la primordial regla que sólo las pruebas introducidas y desahogadas durante la audiencia oral han de ser consideradas y formar parte del juicio.

Poco se dice a favor del procedimiento probatorio durante el juicio. En realidad todo el procedimiento puede acontecer de forma "repartida" durante la averiguación previa y la instrucción. De acuerdo a la concepción del proceso penal mexicano, en el juicio (denominado también como "audiencia") sólo existe una prevención que señala la "posibilidad" de repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado

---

durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal, y si hubieren sido solicitadas por las partes, a más tardar al día siguiente en que se notificó el auto citando para tal audiencia.<sup>438</sup>

Inferimos por tanto, que cuando se habla de "posibilidad" bien pueden no hacerse por lo que algunos medios de investigación utilizados por el MP pueden dejar de ser simples indicios para constituirse en verdaderas pruebas y, por eso, han de ser consideradas por el tribunal, formando su convicción de cara a la sentencia.<sup>439</sup> Si bien puede admitirse que existe un período de proposición y admisión, la práctica no está fortalecida, sobre todo porque exigiría el debido respeto de garantías como la contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad, que deben regir la etapa de juicio oral.<sup>440</sup>

Seguidamente veremos cada uno de los medios de prueba que se contemplan por la ley procesal penal.

#### **a) Confesión**

El inculpado es fuente de conocimiento importante, ya sea como confesante al considerársele órgano de prueba, de acuerdo a las reglas señaladas por el art. 20 de la CM, o ya

---

<sup>438</sup> Así lo determina el art. 306 del CFPP, inserto en el Título noveno denominado "Juicio".

<sup>439</sup> Véase a BARONA VILAR cuando se determina que "el juzgador debe alcanzar la certeza de la culpabilidad del acusado para dictar sentencia condenatoria, y esa certeza debe ser resultado de las pruebas practicadas". Bien es verdad que cabe anticipar pruebas, pero aún así habrán de practicarse con las mismas garantías que presiden el juicio oral. BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 300 y 301.

<sup>440</sup> Vid. BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 309 y 310.

sea como medio u objeto de prueba fuera del caso de la confesión.

No obstante las previsiones legales, es frecuente en la práctica encontrarse que el inculcado ha declarado aceptando hechos que se le imputan durante la averiguación previa y ante el MP, para posteriormente desmentir que lo haya hecho libremente. Fuera de consistir lo anterior una maniobra deshonesta por parte de la defensa, resulta frecuente las denuncias al respecto. Inclusive alguna tesis aislada vierte criterios sorprendentes como la aceptación de la confesión hecha ante la policía, si ésta se ratifica posteriormente.<sup>441</sup>

Para esto los TCC han manifestado más recientemente que el inculcado que se retracte de la confesión vertida en fase de averiguación previa, aseverando que fue objeto de vejación, no es válido si no aporta prueba que justifique su aserto.<sup>442</sup>

Sin embargo, también han considerado que cuando entre la detención del inculcado y su primera declaración rendida ante autoridad competente confesando los hechos, ha transcurrido un lapso de tiempo más o menos prolongado, habrá de considerarse ese tipo de confesión carente de validez por presentarse coacción moral. Semejante criterio lo mantienen con res-

---

<sup>441</sup> Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 208279. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XV-II, febrero de 1995. Pág. 268. Rubro: CONFESIÓN ANTE POLICÍA JUDICIAL, DESPUÉS DE DETENCIÓN PROLONGADA. SI SE RATIFICA POSTERIORMENTE NO PIERDE EFICACIA. También puede verse Tesis aislada con Registro IUS: 209037. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XV-I, febrero de 1995. Pág. 158. Rubro: CONFESIÓN DEL ACUSADO.

<sup>442</sup> Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 213714. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XIII, enero de 1994. Pág. 189. Rubro: CONFESIÓN. DETENCIÓN ARBITRARIA. También la Jurisprudencia con Registro IUS: 209400. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. 85, enero de 1995. Pág. 85. Rubro: CONFESIÓN COACCIONADA CORROBORADA POR OTROS DATOS.

pecto a los casos de aceptación en el primer atestado, y posteriormente a la reclusión indebida, cuando niega lo que se le atribuye. Con esto, se pretende salvaguardar las garantías individuales evitando los atropellos por parte de las autoridades aunque si ratifica lo manifestado ante autoridad judicial lo declarado no pierde validez.<sup>443</sup>

Por otro lado, la ley le confiere a la confesión valor probatorio pleno cuando se trata de comprobar el cuerpo del delito en los casos de robo, abuso de confianza, fraude y peculado, pero en el último caso sólo si se acompaña de otra prueba que lo corrobore y que resulte verosímil. Fuera de los anteriores casos sólo se considera indicio.<sup>444</sup>

Al respecto, creemos que la filosofía implementada con respecto de la averiguación como eje del proceso penal, influye decididamente en la valoración de la confesión dada en la misma. Cosa distinta es que se considere simple indicio, un conocimiento, que ha de comprobarse necesariamente durante el proceso penal como fase importante para el establecer por medio de las probanzas los hechos.

#### **b) Prueba de inspección**

La "confección vigente" en la ley sobre la inspección es reciente. Se ha considerado la naturaleza de la misma como medio de prueba directa en tanto proporciona al tribunal o al MP, un medio de convicción inmediato, sin intermediarios,

---

<sup>443</sup> Al respecto consúltese la Tesis aislada con Registro IUS: 208279. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XV-II, febrero de 1995. Pág. 268. Rubro: CONFESIÓN ANTE POLICÍA JUDICIAL, DESPUÉS DE DETENCIÓN PROLONGADA. SI SE RATIFICA POSTERIORMENTE NO PIERDE EFICACIA.

<sup>444</sup> Vid. Jurisprudencia con Registro IUS: 210144. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. 82, octubre de 1994. Pág. 47. Rubro: CONFESIÓN, SU VALOR PROBATORIO. (LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL).

respecto de personas, sitios, cosas u objetos relacionados con los hechos que se investigan en la causa penal.<sup>445</sup>

Para la descripción de lo inspeccionado, puede valerse, según el caso, de dibujos, planos topográficos, fotografías ordinarias o métricas, moldeados, o cualquier otro medio para reproducir las cosas, como lo determina el art. 209 del CFPP.

DÍAZ DE LEÓN<sup>446</sup> advierte de la común práctica, abusiva e ilegal, en los tribunales de desahogar dicha prueba por persona distinta del juez, por lo que la redacción del art. 208 del CFPP, en su primer párrafo, no deja a la interpretación esta obligación al señalar que: "La inspección debe ser practicada invariablemente, bajo pena de nulidad, con la asistencia del MP o, en su caso, del juez, según se trate de la averiguación previa o del proceso".<sup>447</sup>

### **c) Prueba pericial**

En los procesos no siempre se dan aspectos solamente jurídicos, sino que los hechos pueden necesitar de un análisis de otro experto. La necesidad de dictámenes periciales está directamente relacionada con el tipo de hechos que está sometida al tribunal.

---

<sup>445</sup> Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 395.

<sup>446</sup> DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 396.

<sup>447</sup> Al respecto, resulta demostrativo lo dicho en la Tesis aislada con Registro IUS: 197056. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. VII, enero de 1998. Pág. 1,146. Rubro: PRUEBA DE INSPECCIÓN. CONFIRMACIÓN DE VERACIDAD A TRAVÉS DE LA CONFRONTACIÓN EFECTUADA POR EL ACTUARIO. VALORACIÓN; en el cual se advierte que la diligencia de inspección judicial la ha realizado un actuario, en vez de un juez.

Los peritos son auxiliares de la administración de justicia y son llamados para exponer, dentro del procedimiento, las observaciones de sus sentidos e impresiones personales sobre los hechos observados y que se den por existentes.<sup>448</sup> Por tanto, estamos ante personas que necesitan de un conocimiento especializado. Los peritos necesitan de título oficial en la ciencia o arte a que se refiere el punto sobre el que dictaminan, salvo que el inculpado pertenezca a un grupo étnico indígena y la materia deba ser apreciada por un perito práctico del mismo grupo étnico.<sup>449</sup>

Las partes tienen derechos de nombrar hasta dos peritos en el proceso, para dictaminar sobre cada punto que amerite su intervención.<sup>450</sup> El nombramiento de perito por parte del tribunal, en caso de ser necesario, puede recaer en aquéllos que tienen nombramiento oficial y un sueldo fijo, o bien en personas que presten sus servicios en dependencias de gobierno federal, en universidades del país, o que pertenezcan a asociaciones de profesionistas reconocidas. Con esto, se desprende una obligación de practicar peritaje en las causas criminales de manera gratuita.<sup>451</sup>

Es exigible la participación de cuando menos dos peritos en el desahogo de la diligencia pericial, intentando asegurarse así el legislador de allegar suficiente material de cognición al juez para orientar su juicio. Sin embargo, aunque lo anterior es una regla general, admite la excepción de

---

<sup>448</sup> Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 179514. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XXI, enero de 2005. Pág. 1,819. Rubro: PERITOS. CARECEN DE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO COMO AUXILIARES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

<sup>449</sup> Así lo estipulan los arts. 223 y 224 del CFPP.

<sup>450</sup> Art. 222 del CFPP.

<sup>451</sup> Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 412.

un sólo perito cuando no sea posible encontrar otro de la misma especialidad, o se trate de un caso urgente. Si esto no ocurriere así, el dictamen de un sólo perito carece de valor probatorio.<sup>452</sup>

Ahora bien, el juez puede aceptar o rechazar el contenido de una prueba técnica como lo es la pericial, pero el dictamen aceptado no ha de violar las reglas de su apreciación, no ha de ir contra la lógica, sino todo lo contrario, el peritaje ha de responder a la realidad de los acontecimientos.<sup>453</sup>

Los peritos deberán emitir su dictamen por escrito, ratificándolo en posterior diligencia especial. Esta disposición ordenada en el ámbito federal no suele suceder en algunos estados de la República.<sup>454</sup> También suele acontecer, no obstante la determinación de la ley, que con complacencia del tribunal se permita a las partes ofrecer y admitir lo que se denomina como "testimonial de los peritos" con la intención de interrogar a los mismos como si de testigos se tratara.<sup>455</sup> La redacción vigente del art. 233 es muy clara tras la reforma acaecida por Decreto de 13 de diciembre de 1984 (DOF de 24

---

<sup>452</sup> Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 410.

<sup>453</sup> Tesis aislada con Registro IUS: 263542. 6ª Época. Instancia: 1ª. Sala. Fuente: S.J.F. Segunda Parte. T. XVI. Pág. 206. Rubro: PRUEBA PERICIAL, APRECIACIÓN DE LA.

<sup>454</sup> Cfr. Jurisprudencia con Registro IUS: 181080. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, julio de 2004. Pág. 1,457. Rubro: PERITOS OFICIALES. PARA LA VALIDEZ DE SUS DICTÁMENES NO ES NECESARIO QUE LOS RATIFIQUEN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA); con la Tesis aislada con Registro IUS: 182348. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XIX, enero de 2004. Pág. 1,582. Rubro: PERICIAL. EL DICTAMEN RESPECTIVO DEBE SER RATIFICADO POR QUIEN LO EMITIÓ, INCLUSO LOS PERITOS OFICIALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). También considérese la redacción del art. 235 del CFPP.

<sup>455</sup> Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 419.

de diciembre de 1984), con el propósito de acabar con esta costumbre inadecuada.

#### **d) Prueba testifical**

El testimonio es un acto procesal que sirve de medio de prueba por el que una tercera persona comunica al órgano jurisdiccional o, también en su caso, al MP sus experiencias adquiridas por los sentidos, relacionadas con los hechos que se están investigando o con las personas que están involucradas. Por tanto, testigo sólo puede serlo la persona que conozca de los hechos.

Si bien la ley no determina prohibición sobre el "testigo de referencia" (denominado "de oídas"), o sea de quien declare sobre los hechos sin haberlos percibido en primera persona sino por medio de un tercero, sí está desvalorada la declaración de tal persona por la jurisprudencia, aunque cierta eficacia tiene si es corroborada por otros medios.<sup>456</sup>

Las personas que se encuentren en la situación anterior, pueden ser llamadas por el juez a declarar, separadamente pero con presencia de las partes.<sup>457</sup> La comparecencia es obligada. Las preguntas que se formulen a los testigos han de ser relacionadas a los hechos. Las preguntas impertinentes o inconducentes por ser capciosas, que sugieran la respuesta o en forma de posición, son consideradas con la intención de con-

---

<sup>456</sup> Véase jurisprudencia con Registro IUS: 198936. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. V, abril de 1997. Pág. 202. Rubro: TESTIGO DE OÍDAS. VALOR DE SU TESTIMONIO; y con Registro 197940. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. VI, agosto de 1997. Pág. 634. Rubro: TESTIGOS DE OÍDAS.

<sup>457</sup> Existen casos en los cuales se permite la presencia de otra persona que asista al testigo. Por ejemplo, se permitirá cuando el que deba declarar sea ciego, sordo, mudo o que el testigo ignore el idioma español. Así el art. 246 del CFPP.



fundir al testigo y de engañar al juez, deben ser desechadas. En todo caso, el testigo debe dar la razón del dicho.

En otro sentido, los testigos deben pronunciarse con la verdad, pues el tribunal les debe tomar protesta de ello, así como de hacerle saber de las penas en que incurren los que declaran falsamente.<sup>458</sup> Los operadores jurídicos suelen intentar sorprender a los tribunales presentando testigos falsos, aunque seguramente éstos últimos actúan desconociendo las consecuencias penales que esto supone. Esta práctica podría empezar a combatirse cumpliendo efectivamente, y no haciéndolo constar sobre la diligencia sin haberlo realizado, lo indicado por el art. 247 del CFPP. Es decir, instruir de las penas que el CPF establece para los que se producen con falsedad o se niegan a declarar.<sup>459</sup>

Lo anterior aplica, también, para los elementos policíacos y del MP que hayan sido designados por un juez de distrito para practicar un cateo.<sup>460</sup> Todo esto en atención a la garantía constitucional prevista por la fracc. V del apartado A del art. 20 de la CM. La excepción de presentarse ante los tribunales recae sobre los altos funcionarios de la Federación.

Tampoco se obliga a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del inculpado ni a sus parientes por consanguinidad o

---

<sup>458</sup> Esto aplica, de igual manera, al MP durante la Averiguación previa como puede aplicarse por el art. 125 del CFPP.

<sup>459</sup> Se configuraría el delito de *falsedad en las declaraciones judiciales*, art. 247 del Código Penal Federal.

<sup>460</sup> Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 182121. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XIX, febrero de 2004. Pág. 1,113. Rubro: PRUEBA TESTIMONIAL. EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN Y LOS ELEMENTOS POLICÍACOS A SU CARGO QUE HAYAN SIDO DESIGNADOS POR EL JUEZ DE DISTRITO PARA PRACTICAR UN CATEO ESTÁN OBLIGADOS A PRESENTARSE ANTE LOS TRIBUNALES JUDICIALES A DESAHOGARLA.

afinidad en la línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados y en la colateral hasta el cuarto inclusive, ni a los que estén ligados con el inculpado por amor, respeto, cariño o estrecha amistad; pero si existe la voluntad de declarar, haciendo constar esto, se les debe recibir la declaración (art. 243 CFPP).

El derecho que tiene el inculpado a que se le reciban los testigos, condiciona en gran medida el desarrollo de este medio de prueba. Así, no existe disposición en la ley procesal penal federal que otorgue autorización al juez para apercebir al procesado de tener desierta la prueba testimonial la cual se pide desahogar, en caso de que el defensor no se presente a su recepción. Considerar como desierta la prueba testimonial por motivo antes dicho, se considera una violación procesal que afecta la defensa del inculpado. Por tanto, es susceptible de amparo directo.<sup>461</sup>

#### **e) Confrontación**

La identificación física de la persona en el proceso penal resulta muy relevante. En ocasiones, la convicción del MP y del órgano jurisdiccional se fincan sobre declaraciones de los testigos, por lo que los errores intencionales o no resultan ser muy frecuentes y difíciles de descubrir.

---

<sup>461</sup> Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 178656. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XXI, abril de 2005. Pág. 1457. Rubro: PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. EL APERCIBIMIENTO DEL PROCESADO Y SU DECLARATORIA DE DESERCIÓN EN CASO DE QUE EL DEFENSOR NO SE PRESENTE A SU DESAHOGO, PUEDEN CONSTITUIR UNA VIOLACIÓN PROCESAL QUE AFECTA LA DEFENSA DEL QUEJOSO SI TRASCIENDE AL RESULTADO DEL FALLO. También Tesis aislada con Registro IUS: 179796. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, diciembre de 2004. Pág. 1,422. Rubro: PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA PENAL. SI NO SE LLEVA A CABO LA AUDIENCIA RESPECTIVA PARA SU DESAHOGO EN LA FECHA ESTABLECIDA POR CAUSAS NO IMPUTABLES AL OFERENTE, NO ES DABLE APERCIBIRLO DE TENERLA POR DESIERTA SI NO CONTESTA EN TIEMPO LA VISTA QUE SE LE MANDÓ DAR PARA QUE SE MANIFIESTE SI INSISTE O NO EN SU DESHOGO.

Cuando exista la sospecha de que alguien se refiere, o está señalando, a persona sin conocerla plenamente, se vuelve necesario que la identifique en lo personal para no dejar dudas sobre si la conoce o no.<sup>462</sup> Por eso, cuando se tuviere que referirse a otra persona se debe hacer de modo claro y preciso, señalando en la medida de lo posible el nombre, apellido, habitación y demás datos que puedan servir para identificarla.<sup>463</sup>

La confrontación se configura como un instrumento para el MP, que puede emplear este medio durante la averiguación previa, pero no es exclusiva del mismo. Durante la secuela del procedimiento penal puede llevarse a acabo, siempre que el que declara afirme poder reconocer a la persona si se le presenta, además del supuesto en que afirme conocerla y exista dudas de que así sea.<sup>464</sup>

No obstante, costumbres erróneas suelen crear la circunstancia que, tanto en la confrontación como el careo que seguidamente expondremos, los testigos fueron "preparados". Para esto, la jurisprudencia se ha inclinado prudentemente al hecho de no concederles valor a las mismas sino existen, por otra parte, elementos de convicción que apoyen los argumentos

---

<sup>462</sup> La omisión de practicarla constituye una violación a las formalidades del procedimiento. Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 182698. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVIII, diciembre de 2003. Pág. 1,364. Rubro: CONFRONTACIÓN, DILIGENCIA DE. LA OMISIÓN DE PRACTICARLA DE OFICIO EN TÉRMINOS DEL ART. 259 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, CUANDO EXISTA DUDA DE QUE LOS TESTIGOS DE CARGO CONOZCAN AL INCUPLADO, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS FORMALIDADES DEL PROCEDIMIENTO Y, POR ENDE, TRASGRESIÓN AL ART. 20, APARTADO A, FRACCIÓN V, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

<sup>463</sup> Así lo dice el art. 258 del CFPP.

<sup>464</sup> Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 220749. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. IX, enero de 1992. Pág. 145. Rubro: CONFRONTACIÓN, OPORTUNIDAD DE LA DILIGENCIA DE.

de la acusación o que existan otros que den solidez a aquél que afirme no haber participado en los hechos.<sup>465</sup>

#### **f) Careos**

La jurisprudencia ha determinado la existencia de dos tipos de careos que pueden desprenderse de la ley.<sup>466</sup> Existen los careos constitucionales y los procesales que son bastante diferentes. Los primeros, que son considerados como un derecho de defensa fundamental,<sup>467</sup> tienen por objeto que "el inculpado conozca a las personas que declararon en su contra, las tenga a la vista y les pueda formular las preguntas que considere pertinentes". Es decir, no se trata aquí de que exista discrepancia alguna. Los segundos, que asumen en realidad la calidad de medio de prueba, deben llevarse a cabo cuando entre las declaraciones de los testigos se advierta, entonces sí, diferencias o contradicción.<sup>468</sup>

Según manda la CM en la fracc. IV del art. 20, se pueden practicar careos cuando lo solicite el procesado o su defen-

---

<sup>465</sup> Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 210436. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XIV, septiembre de 1994. Pág. 294. Rubro: CONFRONTACIÓN Y CAREOS. CASO EN QUE SON INSUFICIENTES PARA FINCAR UNA SENTENCIA CONDENATORIA.

<sup>466</sup> con respecto del careo puede existir confusión a su tratamiento y considerarle como un medio probatorio. La equivocación viene dándose por los legisladores y se refleja obviamente en la ley, como por ejemplo en el proyecto Fox sigue considerándose medio probatorio (art. 389), pero inclusive los tribunales y alguna parte de la doctrina también contribuyen a la confusión. Sin embargo, el careo puede ser un medio que ayude al conocimiento de la verdad, por eso es comprensible se realice ante el juez, pero no es medio probatorio, sino simple acto procesal complementario.

<sup>467</sup> Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 454.

<sup>468</sup> Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 182238. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XIX, febrero de 2004. Pág. 991. Rubro: CAREOS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES. SUS DIFERENCIAS.

sor.<sup>469</sup> Sin embargo, existe jurisprudencia que determina que deben ordenarse de oficio y no a petición de parte, en virtud del análisis que puede extraerse de los arts. 265 y 150 del CFPP.<sup>470</sup>

La conclusión prudente que se nos presenta será, visto lo anterior, que la defensa habrá de solicitarlo siempre que considere oportuno hacerlo, teniendo en cuenta que puede esto mantener "alerta" al tribunal para hacerlo de oficio. En caso de no tener éxito, siempre se puede recurrir al amparo directo por considerar que la omisión trascendió influyendo el fallo.

En general, el careo procede realizarlo cuando exista contradicción sustancial en las declaraciones de dos personas, pudiendo repetirse cuando el tribunal lo estime oportuno o cuando surjan nuevos puntos de contradicción. No obstante, no se trata de celebrar constantemente careos, de manera indiscriminada, sino sólo cuando sea necesario.<sup>471</sup>

---

<sup>469</sup> Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 188284. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XIV, diciembre de 2001. Pág. 1,699. Rubro: CAREOS EL ART. 20, APARTADO A, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN, NO LIMITA EL EJERCICIO DE LA GARANTÍA QUE CONSAGRA ÚNICAMENTE AL INCULPADO, SINO QUE TAMBIÉN PUEDE SER EJERCITADA A TRAVÉS DE SU DEFENSOR.

<sup>470</sup> Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 178797. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XXI, abril de 2005. Pág. 1,356. Rubro: CAREOS PROCESALES. SI DE LA COMPARACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE LA INCULPADA Y LOS TESTIGOS DE CARGO Y DE DESCARGO SE EVIDENCIAN SÓLO CONTRADICCIONES INTRASCENDENTES O ACCIDENTALES, RESULTA INNECESARIO QUE EL JUEZ DEL PROCESO ORDENE SU PRÁCTICA. En semejante sentido Jurisprudencia con Registro IUS: 185435. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVI, diciembre de 2002. Pág. 19. Rubro: CAREOS PROCESALES. EL JUZGADOR DEBE ORDENAR SU DESAHOGO DE OFICIO, CUANDO ADVIERTA LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIONES SUSTANCIALES EN EL DICHO DE DOS PERSONAS, POR LO QUE LA OMISIÓN DE DESAHOGARLOS CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN DEL PROCEDIMIENTO QUE AMERITA SU REPOSICIÓN, EN CASO DE TRASCENDER AL RESULTADO DEL FALLO.

<sup>471</sup> El art. 265 del CFPP fue reformado por el Decreto 23 de diciembre de 1993, el cual fue publicado en el DOF de 10 de enero de 1994, para con ello impedir precisamente eso, la práctica indiscriminada de careos bajo el mínimo pretexto. Es decir, si hay contradicciones intrascendentes o accidentales no será necesario su práctica (véase sentencia antes citada).

### **g) Prueba documental**

Uno de los medios probatorios más reconocidos por la ley y doctrina es el de los documentos. La fiabilidad es mayor si se le compara con los testimonios, pero no significa que se le valoren siempre con fuerza probatoria absoluta, en virtud que pueden ser falsificados.

La doctrina considera que el documento es una cosa en que se plasma los actos, pero que no pueden ser los actos en sí.<sup>472</sup> Por eso, se considera como documento toda representación que puede ser material o escrita. El juez está obligado a recibir todas las pruebas documentales que sean presentadas por las partes hasta un día antes de la citación de la audiencia o vista,<sup>473</sup> agregándolos al expediente, sin importar que no se cumplan los requisitos mandados por el art. 206 del CFPP;<sup>474</sup> esto nos deja en la situación que el juez deberá realizar el análisis de la validez de cada documento al momento de valorar la prueba.

### **h) Valor jurídico de la prueba**

Estamos ante una tarea intelectual del juez, propia de su arbitrio judicial. En realidad no hay que suponer esto co-

---

<sup>472</sup> Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 468.

<sup>473</sup> La reforma hecha al art. 269 del CFPP, llevada a efecto por el Decreto de 23 de diciembre de 1987, publicado en el DOF de 12 de enero de 1988, hace posible la presentación de los documentos hasta el día antes de la citación de la audiencia o vista.

<sup>474</sup> Dice expresamente: "Se admitirá como prueba en los términos del art. 20 fracc. V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba establecer su autenticidad".

mo parte integrante de la actividad probatoria, pero ubicamos aquí, como último, el valor jurídico de las pruebas por estar considerada también como una de las disposiciones comunes a la averiguación previa y a la instrucción.

La CM prevé reglas generales que inciden en los medios de prueba acogidos en proceso, en específico le configura como un derecho garantizado,<sup>475</sup> pero el CFPP puntualiza sobre la legalidad de los mismos.<sup>476</sup> De tal manera que, se admite cualquier medio de prueba con validez científica reconocida, siempre que no vaya contra derecho, contra la legalidad.<sup>477</sup>

La regulación procesal se muestra poco taxativa, aunque creemos lo hace para no poner obstáculos a los avances científicos que puedan ayudar a probar en el futuro. En cuanto a su producción, son contrarias al derecho cuando se apartan del procedimiento establecido por ley para desahogarlas. Y finalmente, pueden resultar ilegales también, aquellos casos donde los medios carecen de sentido para el proceso; es decir, que no exista relación con la materia del procedimiento penal.

---

<sup>475</sup> Sin embargo, con esto no se determina que la prueba debe recibirse en todo tiempo y a voluntad absoluta de las partes. Vid. Tesis aislada con Registro IUS: 209339. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XV, febrero de 1995. Pág. 203. Rubro: PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL.

<sup>476</sup> La observación es importante en virtud que, solía ser objeto de discusión, la fracc. V del art. 20 constitucional dice: "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca...", lo cual se quería interpretar como un atentado al derecho de defensa el rechazo de algunos medios probatorios por parte de los tribunales. Pero tal interpretación, absurda sin duda, fue superada con lo dicho por el art. 206 del CFPP, que no es inconstitucional dicho sea de paso. En un contexto general de la legalidad del sistema de enjuiciamiento criminal, se admite como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que puede ser conducente y no vaya contra el derecho.

<sup>477</sup> Por eso, la quiromancia, magia, brujería o delaciones anónimas, así como todas aquellas que se derivan de la incomunicación, torturas, sueros de la verdad (escopolamina o pentotal), narcoanálisis, grabaciones, etc., están prohibidas. Cfr. arts. 14, 20, 73, 104 y 133 de la CM y 206 del CFPP.

Los tribunales tienen la obligación de estudiar y analizar de forma razonada todas y cada una de las pruebas que puedan influir en la condena del acusado; por tanto, si se deja de considerar a alguna se estaría ante una violación de garantías.<sup>478</sup>

La presunción de inocencia, reconocida en México implícitamente en la CM<sup>479</sup> y explícitamente mediante firma del PIDCP y por la CADH, surte el efecto que el acusado no necesita probar, sino que es la acusación la que tiene la carga de hacerlo. Por otro lado, en términos generales, el procedimiento probatorio se compone de los siguientes actos: a) Ofrecimiento o proposición; b) Admisión o desecho; c) Preparación, y d) Ejecución, práctica o desahogo. Pero la actividad probatoria esta repartida a lo largo del proceso y no tiene contornos precisos.<sup>480</sup>

## **II. EL JUICIO**

Difícil afirmar completamente que en esta fase rige con plenitud un modelo acusatorio, así como también la manifestación más evidente de principios como la oralidad y publicidad en el proceso penal.

---

<sup>478</sup> Véase jurisprudencia con Registro IUS: 213333. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. 74, febrero de 1994. Pág. 50. Rubro: PRUEBAS. DEBEN ESTUDIARSE Y VALORARSE TODAS LAS, EN EL PROCESO PENAL. También véase Tesis aislada con Registro IUS: 800027. 8ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. VII, junio de 1991. Pág. 383. Rubro: PRUEBAS, DEBEN ESTUDIARSE Y VALORARSE TODAS LAS, EN EL PROCESO PENAL.

<sup>479</sup> Así Tesis aislada con Registro IUS: 186185. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVI, agosto de 2002. Pág. 14. Rubro: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA..., cit.

<sup>480</sup> Vid. FIX-ZAMUDIO / OVALLE FAVELA, Derecho Procesal, Ed. UNAM, México 1991, págs. 89 a 92.



Cuando el CFPP se refiere al juicio penal federal, regula distintos procedimientos ante los jueces de distrito y jurado popular. De tal manera que, con respecto del primero hace referencia a la "audiencia o vista", y con respecto del segundo a la audiencia donde están todos los jurados, Presidente de Debates, el secretario y las partes.<sup>481</sup>

A pesar que la legislación trata en ambos procedimientos de audiencias donde debe desarrollarse un debate, el juicio en México deja de lado a la figura del jurado popular<sup>482</sup>, inclusive ya no se menciona nada al respecto en el proyecto Fox, aunque tampoco expone razones para ello, y con respecto al juicio ante jueces de distrito se reduce simplemente a un formulismo dentro de la denomina "audiencia o vista".<sup>483</sup>

Si consideramos que el juicio conlleva una actividad contradictoria entre las partes ante el juez, en una realidad jurídica moderna habría que extender el concepto a lo que la ley procesal mexicana determina como proceso penal, en virtud que el debate oral, público y contradictorio estaría mandado desde la consignación realizada por el MP ante el órgano jurisdiccional.<sup>484</sup>

---

<sup>481</sup> Vid. Título Noveno, Capítulos I y II, arts. 305 a 350, del CFPP.

<sup>482</sup> El juicio por Jurado Popular ha dejado de ser una vía de enjuiciamiento frecuente a partir de la década de los setenta. Al respecto puede consultarse las sentencias dictadas por la SCJN que sólo llegan hasta las fechas antes dicha. Es decir, tan sólo pueden encontrarse referencias hasta la Séptima Época.

<sup>483</sup> COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 496.

<sup>484</sup> Es decir, desde que puede quedar a disposición de la autoridad judicial el imputado. Véase el art. 134 del CFPP. Al respecto resulta bastante ilustrativo lo que COLÍN SÁNCHEZ dice al referirse a la "audiencia" en nuestra legislación que, "...si se quiere emplear la palabra juicio, con el contenido propio del Derecho Europeo, habría que referirla a todo el proceso, porque el *debate oral, público y contradictorio*, ha tenido lugar desde la consignación,..." y abunda indicando que "...en la ley se establece una instrucción, en la cual, desde su inicio, surge el llamado *debate oral, público y contradictorio*, significándose con eso, que la instruc-

El término "audiencia" tampoco se puede identificar con el término juicio, en virtud que dentro de la misma audiencia el juez no precisamente dicta sentencia, una vez se tuviera lugar el debate oral contradictorio. La legislación prevé, realzando la importancia de la audiencia, una citación con fines de comunicación formal ante la inminencia de avance procesal a la fase de juicio y sentencia. Que se dicte sentencia en la audiencia, o vista, no es categórico, pues hay la posibilidad que se haga dentro de los cinco días posteriores.<sup>485</sup>

Es decir, en los contextos antes dichos el término se encuentra mal empleado dentro de la legislación, puesto que el juicio propiamente dicho lo realiza el juez al dictar sentencia. Es en la sentencia dónde vierte el razonamiento jurídico y dicta su resolución el juez.

Dejando de lado los alcances de la terminología, tampoco podemos deducir totalmente de la legislación que durante esta audiencia se deba cumplir cabalmente con el debate oral, de forma contradictoria y pública, que exigiría la celebración del juicio. El juicio oral no se consume con las características propias de un sistema adversarial europeo por ejemplo, que deba tener como fundamental al principio acusatorio consagrado en la CM. Decir lo contrario sería atribuir características al proceso penal mexicano que no tiene por varias razones. Primero, porque la legislación no prevé claramente como elementos ineludibles a los principios de contradicción, oralidad y publicidad en el procedimiento penal; segundo,

---

ción absorbe al juicio". Vid. COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 497.

<sup>485</sup> Art. 307 del CFPP; y a COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 497.

porque el juicio por jurado popular que los exige ha caído en desuso en nuestros días; y tercero, aún estando el mandato de la ley, los principios jurídicos antes dichos no se cumplen en la realidad, ya que no son usuales en la *praxis* ante los tribunales todo ello debido a que resulta normal que durante la audiencia el MP no presente ni desahogue ninguna prueba.

La fuerza que se atribuye a las diligencias practicadas durante la averiguación previa conllevan a una disminución de las actividades del MP, pues es consiente que la defensa poco puede hacer para desvirtuarlo. Pero por otro lado, es completamente lógico (es un decir) que así sea, puesto que la actividad probatoria ha comenzado desde la averiguación y alcanzado últimas etapas durante la instrucción. El caso es que no hay nada que discutir y en realidad estamos ante un caso concluido. Cuestión distinta será que toda esa actividad probatoria se ha realizado en igualdad de oportunidades y con plena contradicción.<sup>486</sup>

Para todo lo anterior, habría de entenderse por audiencia o vista, la diligencia final de primera instancia, que es la ocasión procesal en la que las partes se hacen escuchar por el órgano jurisdiccional, o por el jurado popular, sobre sus posturas procesales que hayan mantenido durante el proceso.<sup>487</sup> No obstante, como hemos dicho, todos los sujetos que intervienen han soslayado la importancia procesal de esta au-

---

<sup>486</sup> La actividad probatoria es poco intensa en el proceso penal. Al respecto es bastante ilustrativa de la situación el comentario de Miguel Ángel CASTILLO SOBERANES, en El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1993, págs. 194, 195 y 201; también ZEPEDA LECUONA, G., Crimen sin castigo..., op. cit., págs. 133 y 134.

<sup>487</sup> MONTERO AROCA nos señala que el "ser oído públicamente" o el "hallarse presente en el proceso", sólo tiene sentido si se parte de un proceso oral, es decir, de la existencia de una audiencia durante la cual se practiquen las pruebas lo mayor concentradas en el tiempo. Vid. MONTERO AROCA, J., MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 367.

diencia, inclusive en algunas ocasiones echando en falta la asistencia misma de los sujetos.<sup>488</sup>

Al respecto la SCJN ha entendido, por medio de varias sentencias, que la presencia del juez ha de ser necesaria en esta actividad de las partes. Sin embargo, no fundamenta esa presencia en razón del debate contradictorio y práctica de pruebas. La SCJN insiste, no obstante, en el tema de la presencia del juez determinando que es violatoria de garantías la celebración mediante exhorto de la audiencia o vista en el procedimiento penal federal.<sup>489</sup>

El máximo órgano jurisdiccional comprende que la naturaleza jurídica de tal audiencia o vista radica en que, en dicha actuación, el juez de la causa se forma el juicio respecto de lo que habrá de resolver, pero sólo se refiere que lo hará con base en la vista de todas las constancias integrantes del proceso (tal como lo disponen los arts. 306 y 307 CFPP), pero esto puede no incluir una práctica de pruebas durante la audiencia en virtud que, estando todo por escrito la ley deja al arbitrio judicial la decisión de practicarlas si lo considera necesario.<sup>490</sup>

Lo anterior, no se opone al derecho que tiene el procesado de estar presente en las diligencias del proceso, puesto que ello está supeditado a la posibilidad de que acuda a las mismas, lo que no sucede cuando el quejoso está internado en

---

<sup>488</sup> Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 632.

<sup>489</sup> Así Tesis aislada con Registro IUS: 192953. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. X, noviembre de 1999. Pág. 959. Rubro: AUDIENCIA O VISTA CELEBRADA POR EXHORTO. ES VIOLATORIA DE GARANTÍAS.

<sup>490</sup> De esto que el legislador estableciera como pena, cuando el juez que debe fallar el proceso no presida dicha diligencia, que se reponga el procedimiento (así art. 160, fracc. X, de la Ley de Amparo).

una circunscripción territorial distinta de la del juez de la causa, caso que el propio legislador previó, en el art. 87 del CFPP, ya que determinó con claridad que las audiencias, como la de vista, deberían llevarse a cabo concurrieran o no las partes, esto es, no lo establece como una posibilidad, sino como un imperativo, con las excepciones de que acuda el MP a todas y en el caso de la audiencia o vista que no falte el defensor del procesado.

#### **A) Preparación**

Los actos preliminares que podamos citar aquí, no están encaminados en realidad a preparar el juicio, no tienen como objeto, como en el proceso penal europeo, facilitar el paso de la instrucción secreta al debate oral, público y contradictorio, en dónde la acusación, defensa y decisión, tienen lugar durante esta etapa.<sup>491</sup>

Antes de la audiencia final de primera instancia, las partes previamente deben ejecutar los actos procedimentales llamados conclusiones. Así, el MP pasa de la acción persecutoria a la acusación, y por ello al juicio, siempre que formule conclusiones en sentido acusatorio.<sup>492</sup> La defensa hace lo propio con respecto de sus conclusiones. Las conclusiones

---

<sup>491</sup> COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 496. Con respecto de una de las funciones de la Instrucción en el enjuiciamiento criminal español, vid. MORENO CATENA, V., La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en BACIGALUPO /GIMENO / MORENO / TORRES-DULCE, "La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra 2005, pág. 54.

<sup>492</sup> "Es ilegal la sentencia dictada en segunda instancia, en materia penal, cuando en las constancias relativas las conclusiones del MP no existen, por lo que no pueden constatarse los términos en que el representante social las formulara y, por ende, el acto reclamado resulta violatorio de garantías". Tesis aislada con Registro IUS: 186050. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVI, septiembre de 2002. Pág. 1,343. Rubro: CONCLUSIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO. ES ILEGAL LA SENTENCIA PENAL, CUANDO NO OBRAN EN AUTOS.

acusatorias, ya sean formuladas por el agente del MP o por el Procurador, se harán conocer al acusado y a su defensor dándoles vista de todo el proceso, a fin de que, en un término igual al que para el MP se señala, conteste el escrito de acusación y formule, a su vez, la conclusiones que considere.<sup>493</sup>

La práctica habitual produce el hecho de dar vista de la causa a las partes al mismo tiempo, para el efecto que formulen sus conclusiones. Esto olvida el mandato real de la ley de dar vista sucesivamente a las partes y no "al mismo tiempo".<sup>494</sup> La defensa ha de saber previamente cual es la conclusión del MP, en virtud que puede ser no acusatoria y, por eso, la defensa no siempre ha de concluir de forma contraria al MP.<sup>495</sup>

El efecto jurídico de las conclusiones son las de fijar los actos de defensa, y en ocasiones el proceder del órgano jurisdiccional,<sup>496</sup> durante la audiencia final de primera Instancia.

---

<sup>493</sup> Vid. arts. 291 y 296 del CFPP.

<sup>494</sup> Puede verse la claridad, en cuanto al orden, que determina el propio art. 296 del CFPP: "Las conclusiones acusatorias, ya sean formuladas por el Agente o por el Procurador, en su caso, se harán conocer al acusado y a su defensor dándoles vista de todo el proceso, a fin de que, en un término igual al que para el Ministerio Público señala el art. 291, contesten el escrito de acusación y formulen, a su vez, las conclusiones que crean precedentes".

<sup>495</sup> Así las conclusiones del MP van en dos sentidos: acusatorias o inacusatorias. Las conclusiones de la defensa siempre tienen como antecedente las conclusiones del MP. COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., págs. 502 y 506.

<sup>496</sup> Vid. Jurisprudencia con Registro IUS: 188661. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XIV, octubre de 2001. Pág. 44. Rubro: CONCLUSIONES ACUSATORIAS. PROCEDIMIENTO A SEGUIR CUANDO SE FORMULAN EN CONTRAVENCIÓN A LOS ARTÍCULOS 292 Y 293 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (FALTA DE CITA DEL ART. 13 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL). El juzgador, deberá optar por alguno de los siguientes procedimientos: "1. El juez o tribunal dará vista con las conclusiones acusatorias al acusado y a su defensor para que las contesten y, continúe con el procedimiento: A) Cuando los referidos requisitos queden satisfechos en

## **B) Prueba**

Las pruebas deben ser ofrecidas por el MP, por la defensa y por el propio inculpado. De forma previa, en la instrucción judicial, el juez tiene facultades para decretar la práctica de las diligencias que estime sean necesarias para la comprobación del cuerpo del delito. La regulación federal ha imbuido de poco valor y efectividad a las pruebas durante la audiencia final. Las partes y los tribunales, acaso por desconocimiento u otras causas, se han hecho copartícipes en restar importancia a este tema.<sup>497</sup>

---

las conclusiones; B) Si se diera el caso de que se omita citar el art. 13 o sólo la fracción o fracciones respectivas, pero sí se contienen los razonamientos tendientes a demostrar la responsabilidad del acusado y la relación de pruebas que los apoyen, de tal manera que quede claro a qué supuesto de los previstos en las diversas fracciones de ese precepto se refiere la acusación; C) Cuando no obstante que se cite el referido art. 13 y la fracción o fracciones que se estimen aplicables, las razones formuladas para ubicar la responsabilidad y las pruebas que se mencionen para apoyarlas no se adecuen a las fracciones invocadas, sin embargo, no existe duda en cuál fracción o fracciones verdaderamente se ubica la conducta, pues en este supuesto sólo se está ante una cita equivocada de preceptos; 2. El juez o Tribunal tendrá por conclusiones no acusatorias (al no concretizarse la pretensión punitiva) las formuladas por el Ministerio Público y las remitirá con el proceso al procurador general de la República para que confirme o modifique dichas conclusiones, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 294 y 295 del código adjetivo penal en cita: A) Cuando en lo absoluto se satisfagan los requisitos mencionados en líneas precedentes; B) Si en las conclusiones sólo se cita el precepto 13 y la fracción o fracciones correspondientes, pero se omite razonar sobre la responsabilidad del inculpado; y C) Cuando las conclusiones fueren contra constancias (porque tampoco se concretiza la acusación), ya porque los razonamientos no se adecuen a las pruebas mencionadas, o bien, porque éstas, sólo si fueren trascendentales para fincar la responsabilidad, no correspondan a las que obren en el proceso; en esta hipótesis el juzgador debe señalar la contradicción. Si se diera el caso de que se está en cualquiera de los supuestos mencionados en los tres últimos incisos, el Tribunal de apelación debe, en el supuesto de que el apelante sea el acusado, ordenar la reposición del procedimiento, para que el juez de la causa proceda en términos de los arts. 294 y 295 del código adjetivo de la materia, atento lo dispuesto por los numerales 387 y 388, fracc. XIII, del propio ordenamiento. Las reglas mencionadas tienen como propósito otorgar la debida seguridad jurídica en el proceso penal y respetar la garantía de audiencia del inculpado”.

<sup>497</sup> Problema presente y combatido en otras latitudes, tal como lo advierte la “Exposición de motivos” que precede a la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, promulgada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Dice el párrafo XIX, entre otras cosas, que “alude el infrascrito a la

Desafortunadamente la ley contribuye en mucho a la situación antes recogida y podemos referirnos a dos grandes razones. Primero, según se dice por el art. 87 del CFPP, la audiencia puede llevarse a acabo, concurran o no las partes, aun cuando de forma discordante dentro del ordenamiento se obliga al agente del MP y al defensor a que asistan.<sup>498</sup>

En caso que estén presentadas las conclusiones y los "alegatos", la audiencia se reduce a la reproducción verbal de las mismas y rara vez a la promoción de alguna prueba. Al respecto la doctrina advierte que "en la generalidad de nuestros Códigos vigentes puede no haber ninguna prueba en este período; puede no haber ninguna audiencia de debates (aunque ficticiamente se dé por celebrada), y si la hay, puede reducirse a mera audiencia de alegatos sin fuerza legal ninguna sobre el fallo; pueden las partes no moverse para nada desde que se formularon las conclusiones del MP...".<sup>499</sup>

Es decir, en realidad estamos ante una renuncia de las garantías que otorga la vista y, por tanto, a una clara desviación consentida por muchos del desarrollo del proceso debido en México.

---

costumbre, tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado". Puede verse la edición concordada y anotada de la LECrim de MONTERO AROCA J. y GÓMEZ COLOMER, J.-L., Enjuiciamiento Criminal, Ed. Tirant Lo Blanch, 10ª ed., col. Textos legales, Valencia 2005, pág. 41.

<sup>498</sup> Nos parece muy poco claro al respecto el art. 87 del CFPP: "Las audiencias se llevarán a cabo, concurran o no las partes, salvo el Ministerio Público, que no podrá dejar de asistir a ellas... En la audiencia final del juicio también será obligatoria la presencia del defensor quien podrá hacer la defensa oral del acusado, sin perjuicio del alegato escrito que quiera presentar".

<sup>499</sup> ACERO, J., Procedimiento Penal, Ed. José M. Cajica Jr., 2ª ed., Puebla 1961, págs. 171 y 172; mismo sentido COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 515.



Como segundo, el art. 306 deja dicho de forma ambigua que: "podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción..." y más aún, no lo considera esencial para esta audiencia pues añade se realizarán "...siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal, y si hubieren sido solicitadas por las partes, a más tardar al día siguiente en que se notificó el auto citando para la audiencia". La práctica forense suele "ahorrarse" el trabajo con la fórmula "que se tengan por reproducidas" las conclusiones presentes, que se agrega a las constancias.

Con respecto del procedimiento ante el jurado popular, la esencia misma del procedimiento requiere la práctica de la prueba ante los jurados. Para los jurados existe absoluta libertad de apreciación de la prueba que está unida a la característica de falta de fundamento. El jurado tiene la libertad (puesto que la ley sigue vigente) para estimar la prueba sin obligación, como debe hacerlo el juez en el fundamento de su apreciación.<sup>500</sup>

La ley no toma en cuenta a los jurados los medios por los cuales hayan formado su convicción, sólo les manda interrogarse a sí mismos, y examinar, con la sinceridad de su conciencia, la impresión o eficacia que les hayan producido las pruebas rendidas. Por tanto, no estando obligados los jurados al apreciar las pruebas a ceñirse a precepto legal determinado, la propia SCJN ha reconocido no poder someter tal apreciación a un control de constitucionalidad. Tanto más cuanto que las declaraciones hechas por el jurado son irrevocables, salvo el caso previsto por la ley.<sup>501</sup>

---

<sup>500</sup> RIVERA SILVA, M., El procedimiento penal, op cit., págs. 195 y 196.

<sup>501</sup> Tesis aislada con Registro IUS: 259518. 6ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F., Segunda Parte. T. LXXXV. Pág. 15. Rubro: JURADO POPULAR.

Una vez concluido todo lo anterior, el juez declara *visto el proceso* y debe dictar sentencia.

### **C) Sentencia**

La sentencia debe ajustarse a ciertos elementos como la fundamentación y la motivación, que se constituyen como garantía.<sup>502</sup> Las mismas no podrán variar o modificarse una vez formuladas, ni después de ser votadas. Todo esto sin perjuicio de la aclaración de sentencia.<sup>503</sup>

De semejante manera, se consideran principios inspiradores a la congruencia y la exhaustividad. Reflejo de un proceso acusatorio es el principio de congruencia al momento que ha de existir en la sentencia concordancia con los hechos (*causa petendi*); con la calificación de los mismos; y con las pretensiones de las partes. También, el tribunal está obligado a estudiar y analizar todas las pretensiones formuladas, es decir todos los aspectos, con intensividad.<sup>504</sup>

Sin embargo, cuando la legislación habla de audiencia de juicio tampoco hace justicia a lo que acontece en realidad. La ley determina que el MP y el defensor, reproducen de viva voz sus conclusiones, y aun pueden aportar y desahogar pruebas, la sentencia se dicta durante un término, contado a par-

---

NO ESTA SUJETA A CONTROL DE LEGALIDAD LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA QUE HACE EL.

<sup>502</sup> Elementos necesarios en toda resolución por mandato de la CM, los autos dictados y las sentencias penales no son excepción de acuerdo a los arts. 94 y 96 del CFPP.

<sup>503</sup> Art. 101 del CFPP.

<sup>504</sup> GÓMEZ LARA, C., Teoría general del proceso, Ed. Harla, 9ª ed., México 1998, pág. 292.

tir del momento en que se ha declarado "visto el proceso", y no de manera inmediata.

### **III. LOS DISTINTOS TIPOS PROCEDIMENTALES**

La doctrina remarca que los procedimientos ordinarios no deben identificarse con lo "frecuente" en práctica, ni los especiales con lo "ocasional".<sup>505</sup> Se advierte que lo especial difiere de lo ordinario en cuanto que los primeros atienden a lo específico, pero se aplica la especialidad en la ley a procedimientos que se consideran peculiares. Es decir, estas tutelas privilegiadas responden más a la forma externa que toma el proceso, pero también alguno adopta distinta forma por la clase de persona que se ve inmersa en él. Así, en México están señalados con exclusividad: el procedimiento sumario, que es distinto del ordinario en cuanto al tiempo y la simplicidad de formas; el enjuiciamiento ante jurado, por cuanto se desarrolla de forma nada semejante al ordinario y con participación ciudadana; el enjuiciamiento para incapacitados mentales, que lo es por el tipo de persona; y, el enjuiciamiento militar.

#### **A) El procedimiento ordinario**

El mismo día en que el inculpado o su defensor presenten las conclusiones,<sup>506</sup> el juez cita a las partes para la importante audiencia o vista,<sup>507</sup> la citación para esta audiencia

---

<sup>505</sup> SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 383.

<sup>506</sup> Aún no presentándolas en tiempo se tendrán por interpuestas las de no inculpabilidad, así el art. 297 CFPP.

<sup>507</sup> Se llama "audiencia o vista", a la diligencia final de la primera instancia en la que las partes en uso de la palabra se hacen oír sobre las posturas procesales y sobre el fondo del asunto que hayan sostenido. Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 632. Otros autores le denominan "audiencia de juicio", "audiencia final", "debate", "audiencia de fallo", entre otros. Vid. SILVA SILVA, J. A.,

surte efectos de citación a sentencia (art. 305 CFPP). La legislación otorga así a esta audiencia una vital importancia que la práctica procesal penal ha evadido distorsionando su desarrollo.

Sin duda se encuentra implícita en la realización de esta audiencia la obligación del juez y de las partes de estar presentes, eludiendo el juzgador intermediario (secretario) u juez distinto pues, es aquí donde la oralidad de las partes debería imperar expresando las posturas procesales y debatiendo sobre el fondo del asunto.<sup>508</sup> La inmediación procesal obliga al juzgador a actuar junto a las partes, dado que la frescura del proceso permanece en el recuerdo del mismo. El contacto directo y personal con las partes determinan mejor los hechos, causas y personalidad del inculpado, a fin de poder asumir en mejores condiciones jurídicas la obligación de dictar sentencia.

---

Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 365. En concreto, esta audiencia vendría a ser lo que en España se denomina "Juicio oral" según arts. 632 y 633 LECrim.

<sup>508</sup> La Ley de Amparo así lo confirma. "El art. 160, fracc. X, de la Ley de Amparo, establece que se considerarán violadas las leyes del procedimiento penal, cuando se celebre la audiencia de derecho sin la participación del juez que deba fallar...". Por eso, los Tribunales Colegiados de Circuito también han dicho que: "La naturaleza jurídica de la audiencia o vista radica en que en dicha actuación, el juez de la causa se forma el juicio respecto a lo que ha de resolver con base en la vista de todas las constancias integrantes del proceso, tal como lo disponen los arts. 306 y 307 del Código Federal de Procedimientos Penales, porque en ella "... podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el MP y la defensa. Podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal, y si hubieren sido solicitadas por las partes, a más tardar al día siguiente en que se notificó el auto citando para la audiencia. Se dará lectura a las constancias que las partes señalen; y después de oír los alegatos de las mismas, se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia, salvo que el juez oyendo a las partes, considere conveniente citar a nueva audiencia, por una sola vez"; lo que no sería posible cuando la audiencia la celebre otro juez que no sea el que debe fallar el caso...". Vid. Tesis aislada con Registro: 187312. 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XV, abril de 2002; Pág. 1,221. Rubro: AUDIENCIA O VISTA CELEBRADA POR REQUISITORIA O EXHORTO. ES VIOLATORIA DE GARANTÍAS.

Lo anterior, hecha por tierra la costumbre en la práctica de tener por "reproducidas" las conclusiones presentadas, lo cual evita la posibilidad de desarrollo de la audiencia como está prevista en la ley. Es decir, el simplismo de leer algunas diligencias y el mínimo esfuerzo de las partes, desecha la importancia de esta audiencia que ha venido a menos en el proceso penal mexicano, pues, es en ésta donde hay la oportunidad de interrogar al inculcado sobre los hechos, que éste diga su versión sobre los mismos, se reproduzcan las diligencias probatorias<sup>509</sup> y los alegatos, y todo ello directamente ante el juzgador.

## **B) Procedimiento sumario**

El término sumario representa en el medio procesal penal, además de enjuiciamiento, a una etapa del procedimiento conocida como instrucción o actuaciones encaminadas a preparar el juicio. En esta ocasión se hace referencia al mismo como enjuiciamiento y dentro del mismo a la reducción de plazos, formas y actos procesales triviales. Pueden presentarse los procedimientos sumarios en tres casos definidos:<sup>510</sup>

1. Cuando los hechos delictuosos tienen señalada una pena muy leve (no excede de 2 años de prisión o es diversa a la privación de la libertad).

2. Casos de flagrancia, confesión (ante autoridad judicial o ratificada ante la misma la realizada ante el MP) y de menor entidad delictiva, por la concurrencia de elementos como: que la media aritmética de la sanción abstractamente

---

<sup>509</sup> Que en otras legislaciones se producen en mayor medida mientras que en nuestro país tan sólo se reduce a una lectura de las que ya provienen como tal desde la Averiguación. Por ejemplo, en España, durante la fase de celebración del juicio oral (arts. 680 y ss., de la LECrim), audiencia o debate, las partes presentan las pruebas, las preparan y se desahogan ante el Tribunal. Desgraciadamente esto no representa una constante en México.

<sup>510</sup> Según lo señala el vigente art. 152 CFPP.

aplicable no exceda de cinco años, o que excediéndose sea alternativa, pero que la penalidad exceda de dos años.

3. El allanamiento del procesado, con la modalidad que requiere el consentimiento del MP.

De lo anterior, resulta llamativo en el tercer grupo que el inculcado aún allanándose puede optar por el enjuiciamiento ordinario. Por tanto, el juicio sumario no es de oficio, sino que será resultado de una petición de parte.

Debe darse aviso al inculcado y defensores de la posibilidad de abrir el procedimiento sumario, pues en caso de inexistencia de certeza sobre el conocimiento del contenido en el auto de término constitucional, referente a la apertura del procedimiento sumario penal, se actualiza una violación a las leyes del procedimiento.<sup>511</sup> Sin embargo, la elección del procedimiento sumario es potestativa.<sup>512</sup>

El procedimiento, en cuanto a sus pasos, no deja de ser similar al ordinario con la salvedad de concentrarse todo en una misma audiencia, la cual sólo podrá interrumpirse cuando no existan conclusiones acusatorias por parte del MP. Existe una unidad de vista (presentación de conclusiones, lectura de constancias, alegatos e inclusiva la propia sentencia).

## **C) Los procedimientos especiales**

### **1. Procedimiento ante el Jurado Popular**

---

<sup>511</sup> Vid. Jurisprudencia con Registro IUS: 190708. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XII, diciembre de 2000. Pág. 1,286. Rubro: PROCEDIMIENTO SUMARIO PENAL. DEBE EXISTIR CERTEZA QUE DEL REQUERIMIENTO DE SU APERTURA TUVO CONOCIMIENTO EL QUEJOSO Y SUS DEFENSORES.

<sup>512</sup> Tal como lo señala el párrafo último del art. 152. También dicho por la doctrina. Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 280.

La institución del jurado popular no goza en México de una aceptación generalizada. Se puede decir, ante su falta de empleo, que resulta obsoleta y desfasada de la realidad nacional. Estos juicios decayeron en cuanto que, más que una impartición de justicia por conducto de los ciudadanos, se trataba de un espectáculo público en los que las partes combatían, más que debatir, por el favor del jurado popular.<sup>513</sup> La competencia del Jurado recae sobre los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación, aunque desde un punto de vista estricto, el jurado no posee capacidad para juzgar ante la total falta de persecución de delitos cometidos por ese medio.<sup>514</sup>

Inclusive, se da una "fuga" jurídica para no acudir a esta figura ante cualquier posibilidad de utilizarle. Esto lo podemos observar en las diversas aclaraciones hechas por los tribunales. Por ejemplo, se ha dicho que del contexto del art. 20 de la CM se deduce, inexactitud al establecer "como garantía en el procedimiento criminal, la de que el encausado por delitos que no hayan sido cometidos por medio de la prensa, que merezcan pena mayor de un año de prisión, sea juzgado invariablemente por un jurado; sino que dicha garantía radica esencialmente, en que el procesado debe ser juzgado en audiencia pública, bien por un juez o bien por un jurado".<sup>515</sup>

También se ha manifestado que no es indispensable que los procesos penales sean juzgados por un jurado de ciudada-

---

<sup>513</sup> Vid. BRISEÑO SIERRA, H., El Enjuiciamiento penal mexicano, op. cit., págs. 313 y 314.

<sup>514</sup> Su competencia está marcada por el art. 57 de la LOPJF.

<sup>515</sup> Así Tesis aislada con Registro IUS: 314539. 5ª Época. Instancia: 1a Sala. Fuente: S.J.F. T. XXX. Pág. 2,017. Rubro: JURADO POPULAR.

nos, cuando tal institución no existe en la entidad federativa en donde se cometió el delito. Por tanto, asumido se tiene que no es obligatorio juzgar ciertos delitos por esta vía, sino que la CM ampliamente concede a los Estados la facultad de elección entre el juez de derecho y un tribunal de hecho.<sup>516</sup>

No obstante lo anterior, está previsto que una vez formuladas las conclusiones del MP, en aquellos casos en los que sea competente el tribunal, se debe señalar día y hora para la celebración del juicio y se ordenará la insaculación y sorteo de los jurados.<sup>517</sup>

Durante la audiencia deberán estar presentes el Presidente de Debates, su secretario, el representante del MP, el acusado, el cual puede renunciar asistir, su defensor y los jurados insaculados. Instaurado el jurado, se leen las constancias que el presidente estime oportunas y las que sean solicitadas por las partes. El Presidente de Debates interroga al acusado sobre los hechos motivo del juicio, para después lo hagan, si así lo desean, tanto el MP, la defensa y los jurados. De semejante manera se hace con los peritos y testigos. Terminado todo esto, el MP primero, y la defensa después, fundan verbalmente sus conclusiones, evitando referirse a las reglas de la prueba legal, a la sanción correspondien-

---

<sup>516</sup> Tesis aislada con Registro IUS: 314785. 5ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. T. XXVIII. Pág. 843. Rubro: JURADO POPULAR. También Tesis aislada con Registro IUS: 314601. 5ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. T. XXIX. Pág. 652. Rubro: JURADO POPULAR. En semejante sentido Tesis aislada con Registro IUS: 314444. 5ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. T. XXX. Pág. 738. Rubro: JURADO POPULAR; entre otras.

<sup>517</sup> El procedimiento de insaculación lo realiza el juez desde un ánfora con el nombre de cien jurados inscritos en un padrón de jurados, y de ellos se obtendrán treinta, leyendo en voz alta cada nombre. En ese mismo acto tanto la defensa como el MP puede recusar, sin expresión de causa, hasta cinco de los mismos. Vid. art. 310 CFPP.



te, no podrá citar leyes, ejecutorias, doctrinas, ni opiniones jurídicas de ninguna especie.

Por último hablará el acusado, y una vez hecho esto, el Presidente de Debates concluye cerrando los debates. Acto seguido, se formula el interrogatorio que será sometido a deliberación del jurado, uno por cada acusado, respetando las reglas marcadas por ley.<sup>518</sup> Aún así, tanto el MP como la defensa pueden objetar la redacción del mismo, resolviendo sin recurso posterior el propio Presidente. El interrogatorio se entrega al jurado de mayor edad, quien funge como presidente del jurado, el cual se asiste de un secretario, quien será el más joven de los mismos. Una vez agotada la discusión, se procede a la votación individual de las preguntas mediante el empleo de dos fichas marcadas una con la sílaba "sí" y la otra "no". Asentado el resultado de la votación, el secretario recoge la firma de los jurados, certificando que han sido puestas por ellos y, a su vez, firmando el mismo. El resultado se entrega al Presidente de Debates quien le da lectura en voz alta.

Abierta la audiencia de derecho, proceden al uso de la palabra el MP y la defensa, en ese orden, fundando sus peticiones en leyes, ejecutorias y doctrinas que estimen aplicables. Concluido el debate, el juez dicta la sentencia, la que solamente contendrá la parte resolutive y que será leída por el secretario. Dentro de los tres días siguientes, el propio secretario del tribunal extenderá acta pormenorizada de la audiencia, y la sentencia la engrosará dentro de los cinco días siguientes de la fecha del acta.

---

<sup>518</sup> Según el art. 330, con todas sus fracciones, CFPP.

## **2. Procedimientos especiales para incapacitados mentales, menores, y para los que tienen el hábito de consumir estupefacientes o psicotrópicos**

El enjuiciamiento ante el jurado popular nos parece sin duda que constituye una especialidad, pero dentro de este segmento nos hemos de referir también básicamente primero al enjuiciamiento de incapacitados mentales, luego al de menores y a los que tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

El primero, se establece por ley cuando se dude de la capacidad mental del enjuiciado penalmente, dentro del procedimiento ordinario, por lo que se procederá a examinársele. El encargo de hacerlo lo reciben los peritos médicos (no médicos-psiquiatras lo que sería más adecuado tal vez) y si éstos determinan en su dictamen que existe tal incapacidad mental, se debe resolver la cesación del procedimiento ordinario y la apertura del especial.<sup>519</sup> Pero la ley no determina concretamente el procedimiento a seguir, sino que dice dejarlo al "recto criterio y a la prudencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiere tenido el inculpado, y la de estudiar la personalidad de éste, sin necesidad de que el procedimiento que se emplee sea similar al judicial".<sup>520</sup>

Alguna parte de la doctrina ha querido ver en esta libertad de determinar las formas como una flexibilidad orientada a confirmar el hecho, la participación y la personali-

---

<sup>519</sup> No se trata de un sobreseimiento del procedimiento ordinario para iniciar uno especial, pues, en estricto rigor, lo que hay es un cambio a la especialidad del procedimiento.

<sup>520</sup> Tal como lo dice textualmente el art. 496 del código federal. Al respecto SILVA SILVA señala tal omisión como una negligencia de la ley. Vid. SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 395.

dad, a fin de conformar una instrucción. Sin embargo, ante esta libertad, hay quien ha determinado la falta de garantías individuales.<sup>521</sup> No obstante, el tribunal ha de sujetarse a la legalidad, comenzando con las garantías individuales plasmadas en la propia CM, que hacen referencia en especial al proceso penal. Por eso, no hay tal falta de garantías sino que existe sólo una falta de regulación específica apremiante.

Continuando con lo que se sabe, una vez comprobada la *causa petendi*, se abre una audiencia a la que comparece el MP, el defensor y el representante legal (tutor) del ahora incapacitado, en que se solicita el internamiento o el tratamiento en libertad, según sea el resultado de la instrucción. El juez concluye con el procedimiento tomando la resolución correspondiente.<sup>522</sup>

Como segundo, en los lugares donde existan tribunales locales para menores, éstos serán competentes para conocer de las infracciones a las leyes penales federales cometidas por menores de dieciocho años, aplicando las disposiciones de las leyes federales respectivas. De hecho es todo lo que se puede obtener en concreto de la regulación federal que era amplia, pero en su mayoría ya derogada.

Como tercero, cuando el MP tenga conocimiento de que una persona ha hecho uso indebido de estupefacientes o psicotrópicos, al iniciar su averiguación, hará intervenir la autoridad sanitaria federal correspondiente en el caso. Si la averiguación se refiere a la adquisición y posesión de estupefa-

---

<sup>521</sup> Vid. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, J. J., Principios de Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, México 1971, págs. 394 y 395; y SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 395.

<sup>522</sup> Véase los vigentes arts. 495 a 499 del CFPP.

cientes o psicotrópicos, el MP, de acuerdo con la autoridad sanitaria, precisará prontamente si esa posesión tiene por finalidad exclusiva el uso personal que de ellos haga el inculcado. En este caso, y siempre que el dictamen hecho por la autoridad sanitaria indique que el inculcado tiene el hábito o necesidad de consumir ese estupefaciente o psicotrópico y la cantidad sea la necesaria para su propio consumo, no hará consignación a los tribunales; en caso contrario, ejercitará acción penal.

Si el inculcado está habituado o tiene la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos y además de adquirir o poseer los necesarios para su consumo, comete cualquier delito contra la salud, se le consignará, sin perjuicio de que intervenga la autoridad sanitaria federal para su tratamiento.

### **3. El llamado Juicio Político**

El "juicio político" puede iniciarse con la denuncia hecha por cualquier ciudadano por cualquier conducta a la que se refiere la Ley Federal de responsabilidades de los servidores públicos ante la Cámara de Diputados.<sup>523</sup> Es decir, por el ataque a las instituciones democráticas; por el ataque a la forma de gobierno republicano, representativo, federal; por violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales; por ataque a la libertad de sufragio; y por violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal o del

---

<sup>523</sup> Puede denunciar, ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, por cualquier conducta a la que se refiere la Ley Federal de responsabilidades de los servidores públicos (art. 109, párrafo último constitucional).

D.F. y a las leyes que determinan el manejo de los recursos económicos federales y del D.F.<sup>524</sup>

No obstante, la *notitia criminis* no la recibe el MP, y esto parece romper el monopolio de la acción.<sup>525</sup> Dicho órgano acusador, no recibe denuncia alguna, ni inicia averiguación pertinente que permita sostener acusación ante un tribunal jurisdiccional. Esta función, según la legislación respectiva, le ha sido arrebatada en favor de la Cámara de Diputados. En semejante sentido, hay asignación de funciones jurisdiccionales a la Cámara de Senadores (componente del Poder Legislativo) para enjuiciar y sentenciar el procedimiento iniciado por la Cámara de Diputados, atribuyéndose funciones propias de un tribunal.<sup>526</sup>

La denuncia es exclusiva de los ciudadanos excluyendo por ello a cualquier persona extranjera.<sup>527</sup> Se establece como órgano acusador a la propia Cámara de Diputados y como Jurado

---

<sup>524</sup> Pero no procede el juicio político por la mera expresión de ideas. Vid. Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, publicada en el DOF de 31 de diciembre de 1982.

<sup>525</sup> Evidenciada por la doctrina y por la legislación mexicana. Vid. ARILLA BAS, F., El procedimiento penal..., op. cit., pág. 28; y, MORENO HERNÁNDEZ, M., Informes nacionales-México, en MAIER / AMBOS / WOISCHNIK (coordinadores), "Las Reformas Procesales...", op. cit., pág. 547. También véase el art. 21 y el 102-A constitucional. El tema de la acusación será tratado apartados delante de esta tesis.

<sup>526</sup> Inclusive, el art. 3 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, contempla una serie de autoridades competentes para la aplicación de esta ley. Así, además de los Tribunales ordinarios pertenecientes al Poder Judicial, se encuentra que poseen funciones jurisdiccionales: la Asamblea Legislativa del D.F.; la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo; las Dependencias del Ejecutivo Federal; el Órgano ejecutivo local del Gobierno del D.F.; el Consejo de la Judicatura del D.F.; el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; los Tribunales del Trabajo; y, de forma preocupante, la propia ley deja abierta la posible ampliación de más órganos jurisdiccionales que se determinen por otras leyes.

<sup>527</sup> La Cámara de Diputados tiene facultades para recibir denuncias de cualquier ciudadano y puede acusar directamente ante la Cámara de Senadores (art. 109, fracc. III constitucional). Se entiende que se excluyen a los extranjeros por el término "cualquier ciudadano...".

sentenciador, además de forma exclusiva, el Senado de la República que se le inviste como "juez político" para el conocimiento de las faltas de orden político.<sup>528</sup> Para lo anterior tan sólo hay que consultar la literalidad del propio art. 110, párrafo cuarto.<sup>529</sup>

Cabe mencionar que este juicio es trasladable a los estados federales. En virtud de los arts. 108, 110 y 120 de la CM, el ejecutivo, diputados y magistrados, son responsables<sup>530</sup> por violaciones a la CM y leyes federales, así como el manejo de los fondos federales y pueden afrontar juicios llevados por las respectivas cámaras de los congresos locales.<sup>531</sup>

El juicio político se sigue sólo por faltas contempladas por los arts. 6 y 7 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, por lo que los delitos que se puedan

---

<sup>528</sup> Vid. GONZÁLEZ OROPEZA, M., El juicio político como medio de protección de la Constitución mexicana, en FERRER MAC-GREGOR, E. (coordinador), "Derecho Procesal Constitucional", Ed. Porrúa, 2ª ed., México 2.001, pág. 569.

<sup>529</sup> Que dice textualmente: "Para la aplicación de las sanciones a que se refiere este precepto, la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión de aquella Cámara, después de haber substanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del inculpado".

<sup>530</sup> Corroborado por la jurisprudencia constitucional de la SCJN. Registro IUS: 192345. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XI, febrero de 2000. Pág. 629. Rubro: JUICIO POLÍTICO. LOS GOBERNADORES DE LOS ESTADOS SON SUJETOS DE RESPONSABILIDAD OFICIAL, EN TÉRMINOS DE LOS ARTÍCULOS 109, PÁRRAFO PRIMERO Y FRACCIÓN I, Y 110, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

<sup>531</sup> Existe una diferencia marcada entre el juicio político mexicano y su referencia norteamericana. En E.U. la frase "delitos e infracciones graves" está relacionada, mientras que en México se hace diferencia entre responsabilidad penal y política. Las causales de juicio político son bastante determinadas y no tan abiertas como lo puede constituir una violación contra la confianza pública, según concibieron Burke y Hamilton para los Estados federales norteamericanos. Vid. GONZÁLEZ OROPEZA, M., El juicio político..., en FERRER MAC-GREGOR, E. (coordinador), "Derecho Procesal Constitucional", op. cit., pág. 577.

llegar a cometer siguen siendo competencia de los tribunales penales. No obstante hay supletoriedad a favor de normas de carácter penal (CFPP).<sup>532</sup> La diferencia radica en la clase de ley, pues, diferentes serán en cuanto que las faltas son contra la CM y leyes federales, y, en cambio, los delitos son violaciones de las leyes penales.

#### **4. El enjuiciamiento militar**

En los casos de competencia militar, además de contar con un procedimiento ordinario, también existe uno especial o especializado denominado "ante el consejo de guerra", el cual puede ser, a su vez, ordinario o extraordinario. Estos dos últimos son los que interesan.

El primero, el ordinario ante el consejo de guerra, una vez presentadas las conclusiones, primero del MP militar y luego los de la defensa, se cita a una audiencia ordinaria ante el consejo de guerra ordinario. Para esto, previamente, el comandante de la guarnición de la plaza desempeña el papel de indicar la fecha de la celebración del juicio. Las partes, dentro de estas diligencias previas a la audiencia, deben presentar las listad de testigos que desean examinar. Una vez instalado el consejo de guerra, la sesión se abre y, previa excusa o recusación de sus integrantes, se oirá a los peritos y testigos aceptados y se examina al acusado. Tras la lectura a las constancias requeridas, el MP militar formula la acusación y la defensa responde a la misma. El acusado puede hablar si lo desea y una vez el Presidente declara cerrados los debates se formula el interrogatorio semejante al que se

---

<sup>532</sup> En ese sentido Tesis aislada con Registro IUS: 193304. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. X, septiembre de 1999. Pág. 820. Rubro: JUICIO POLÍTICO, LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS NORMAS DE CARÁCTER PENAL AL PROCEDIMIENTO DE, NO IMPLICA SUPLENCIA DE LA QUEJA EN AMPARO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERÉTARO).

prevé en el procedimiento ante el jurado popular. Acto seguido, los miembros del consejo, en sesión secreta, proceden a deliberar y votan sobre la culpabilidad o no del acusado.

En cuanto al consejo de guerra extraordinario, tiene competencia durante las campañas militares sobre los delitos que tengan señalada como pena la muerte (art. 73 CJM). En este tipo de procedimiento militar sí que existe la figura del juez instructor, falto en otros ámbitos, el cual es nombrado previamente a la constitución del consejo de guerra. Este consejo lo conforman cinco militares de igual o superior jerarquía a la del acusado.

El juez instructor, sin pérdida de tiempo, requiere al imputado para que designe defensor, tomará la declaración preparatoria (indagatoria, según la ley), y practicará sumariamente las diligencias que sean posibles antes de la reunión del consejo, para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, motivando auto de formal prisión en su caso; citará a los testigos y petitos que en su criterio deban concurrir a la audiencia (art. 700 CJM). El desarrollo posterior se continúa de manera semejante a las formas y lineamientos para el consejo de guerra ordinario. En caso de veredicto de culpabilidad, el cual tiene la particularidad de ser inapelable, se procede a la ejecución salvo casos con motivos "poderosos" en los que pueda suspenderse (arts. 699 y ss. CJM).<sup>533</sup>

#### **IV. LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN**

---

<sup>533</sup> Al respecto, en el ámbito militar hasta el año de 1995 era posible imponer la pena de muerte. Sin embargo, es destacable que la pena de muerte no se impuso desde 1961 dentro de los procesos penales militares. En nuestros días, el vigente CJM de 31 de agosto de 1933, ha sido derogado en su Capítulo V y se ha suprimido la pena de muerte, con lo que puede decirse que ya no existe pena semejante en todo el ordenamiento jurídico mexicano.



En materia penal, los instrumentos jurídicos para "re-sistirse", corregir, modificar o anular los actos y las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales, cuando estén afectados por deficiencias, errores, sean ilegales o injustos son básicamente: la revocación, la apelación, la denegada apelación y la queja.

#### **A) La revocación**

El objeto del recurso lo constituyen las resoluciones simples que dicta el tribunal, en cuanto que sirven para mantener el impulso de oficio procesal, y se estima no requieren de un procedimiento como el de la apelación.

Solamente deriva interponer la revocación contra los autos que son excluidos del recurso de apelación.<sup>534</sup> También serán revocables los autos que se dicten en segunda instancia antes de la sentencia. Es un recurso ordinario en cuanto que procede contra resoluciones que no han causado estado, y no devolutiva en cuanto que es la misma autoridad que dictó la resolución la que conoce.<sup>535</sup> Por eso, se dice estamos ante un recurso de simple tramitación, pues las resoluciones no revisten de carácter complicado.<sup>536</sup> Pero ante el criterio general, parece no ajustarse el hecho que se concede el recurso de revocación contra todas las resoluciones dictadas en segunda instancia, sin distinción alguna entre simples o complejas.<sup>537</sup>

---

<sup>534</sup> Así lo determina el art. 361 del CFPP.

<sup>535</sup> Vid. RIVERA SILVA, M., El procedimiento penal, op. cit., pág. 323.

<sup>536</sup> Vid. RIVERA SILVA, M., El procedimiento penal, op. cit., pág. 323, y también a DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 660.

<sup>537</sup> "Así, es indudable que muchas resoluciones de carácter importante son objeto de revocación, mas como no es posible conceder un recurso devolu-

La finalidad de la revocación no se agota con la intención de dejar sin efecto la resolución impugnada, sino que también requiere una nueva resolución que la sustituya.<sup>538</sup>

## **B) La apelación**

Es un recurso ordinario, devolutivo, en virtud del cual un tribunal de segunda instancia confirma, revoca o modifica una resolución impugnada. Tiene por objeto examinar si en la resolución recurrida se ha aplicado la ley correspondiente o si aplicándola ha sido de manera incorrecta, si se violaron los principios reguladores de la valoración de la prueba, si se alteraron los hechos o no se fundó o motivó correctamente.<sup>539</sup>

La apelación es el recurso ordinario más importante y se contempla en la mayoría de los procedimientos, a excepción de los que sólo tienen una instancia como los que suceden en la

---

tivo, porque ello implicaría una tercera instancia que retardaría la administración de justicia, el legislador quebranta el principio ya apuntado, de otorgar la revocación exclusivamente contra resoluciones de poca importancia (art. 361 del CFPP)". RIVERA SILVA, M., El procedimiento penal, op. cit., págs. 323 y 324.

<sup>538</sup> Vid. SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 427; y art. 362, párrafo segundo, del CFPP.

<sup>539</sup> Así el art. 363 del CFPP. En semejante sentido véase jurisprudencia, aunque en materia civil, que determina: "El recurso de apelación no es una renovación de la instancia, de tal manera que el Tribunal de alzada no puede realizar un nuevo análisis de todos los puntos materia de la litis natural, ni puede examinar las pruebas aportadas por las partes para determinar su valor legal, sino que conforme a lo dispuesto por el art. 688 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F., el recurso de apelación tiene por objeto que el superior confirme, revoque o modifique la resolución del inferior, de tal manera que el examen del *ad quem* sólo se limita a la sentencia apelada, a la luz de los razonamientos jurídicos que realice la parte apelante en sus agravios y, si los motivos de inconformidad son expuestos en forma deficiente, la autoridad revisora no puede suplir su deficiencia, atento al principio de estricto derecho que rige al recurso de apelación en materia civil"; con Registro IUS: 181793. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XIX, abril de 2004. Pág. 1,242. Rubro: APELACIÓN. NO ES UNA RENOVACIÓN DE LA INSTANCIA.

justicia de Paz. Es sin duda una garantía para el procesado.<sup>540</sup> La resolución por antonomasia contra la cual procede la apelación, es la sentencia definitiva de Primera Instancia.<sup>541</sup>

Por tanto, intervienen dos autoridades, una revisa la resolución de la otra y se da una confirmación, revocación o modificación de la misma.

La revisión la lleva a cabo el Tribunal Unitario de Circuito y el objeto recae únicamente en los errores cometidos por el *a quo* en la sentencia apelada y alegados como agravio por el apelante.<sup>542</sup> "Esta delimitación del objeto de la ape-

---

<sup>540</sup> "De conformidad con lo dispuesto en los numerales 46 y 158 de la Ley de Amparo, el juicio de amparo directo procede únicamente en contra de las sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio. Por estas últimas se han entendido todas aquellas que sin decidir el juicio en lo principal, lo dan por concluido para todos los efectos legales, ya que impiden su prosecución o continuación. Consiguientemente el auto en el que se desecha el recurso de apelación resulta ser, dada su especial naturaleza y los efectos que produce, de aquellos que ponen fin al juicio, pues sin decidir el fondo de la instancia, lo dan por terminado, al dejar firme la sentencia dictada en el juicio natural". Jurisprudencia con Registro IUS: 180958. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, agosto de 2004. Pág. 21. Rubro: APELACIÓN, AUTO DE DESECHAMIENTO. PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO.

<sup>541</sup> "El fin natural de la apelación es la revisión, por mayor juez, de la sentencia impugnada". DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 663.

<sup>542</sup> "La disposición contenida en el art. 366 del Código Federal de Procedimientos Penales, relativa al doble efecto, entre ellos, el devolutivo, en que debe admitirse la apelación de una sentencia definitiva en la cual se imponga alguna sanción, implica que el *a quo* devuelve la jurisdicción al juzgador de segundo grado, quien tiene la obligación de examinar, sin ninguna limitación, si el o los hechos que constituyen la causa son penalmente relevantes, no solamente a la luz de los agravios expresados, sino también para reexaminar si no se alteraron los hechos; si en la resolución recurrida no se aplicó la ley correspondiente o se aplicó ésta inexactamente; si se violaron los principios reguladores de la valoración de las pruebas; o no se fundó o motivó correctamente el acto apelado, por tratarse de la materia penal en que los apelantes son el defensor o el sentenciado, pues en estos casos, con o sin expresión de agravios deben analizarse estas hipótesis previstas en el numeral 363 del citado ordenamiento procesal federal, pues de lo contrario la alzada responsable incurriría en una ausencia de fundamentación y motivación en la resolución reclamada. Situación distinta acontece cuando quien impugna la sentencia condenatoria es únicamente el Ministerio Público, pues en este caso el *ad quem* debe tomar en cuenta que la formación de la litis en segunda instan-

lación tiene como ventaja no sólo evitar que en esta vía se mezcle la impugnación del error *in procedendo* y del error *in judicando*, sino, impedir que la Segunda Instancia abarque una revisión de todo el material de hecho y de derecho de la Primera Instancia".<sup>543</sup>

El momento procesal para ser interpuesto es, al notificarse al acusado la sentencia definitiva de Primera Instancia, se la hará saber el término que la ley concede para interponer el recurso de apelación; lo que se tiene que hacer constar en el proceso.<sup>544</sup> Por tanto, desde la admisión del recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia, estamos ante una instancia posterior dentro del proceso.

La Ley procesal penal federal comete un desacierto al introducir, por conducto del art. 371 del CFPP, una idea falsa de cesación de abogado defensor cuando se inicia una segunda instancia dentro del proceso. Dice el art. referido que: "si el apelante fuere el acusado, al admitirse el recurso se le prevendrá que nombre defensor que lo patrocine en la segunda instancia". Es evidente que, aunque lo sugiera así la ley, no estamos ante un nuevo proceso, sino que el proceso puede estar dividido en instancias.<sup>545</sup> Por eso, no se com-

---

cia se limita a confrontar la resolución apelada frente a los agravios emitidos por esta parte en favor de quien no existe suplencia alguna de queja". Jurisprudencia con Registro IUS: 180718. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, septiembre de 2004. Pág. 1,577. Rubro: APELACIÓN EN MATERIA PENAL. AL REASUMIR JURISDICCIÓN EL TRIBUNAL DE ALZADA DEBE ESTUDIAR TODOS LOS ASPECTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA, SI QUIEN APELA ES EL SENTENCIADO O EL DEFENSOR.

<sup>543</sup> DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 663.

<sup>544</sup> Puede ser interpuesto en el acto de notificación o por escrito o comparecencia dentro de los cinco días siguientes si se tratase de sentencia, o de tres días se interpusiere contra auto. Así el art. 368 del CFPP.

<sup>545</sup> Por eso se puede hablar de sentencias de Primera Instancia y sentencias de Segunda Instancia; a Jueces de Primera Instancia y a Jueces de Segunda Instancia, a pruebas en la Primera Instancia y a otras en la Se-

prende el porqué ha de nombrarse nuevo abogado defensor en cuanto que el apelante ya lo debe tener por virtud del proceso penal en su Primera Instancia.

El anterior precepto es atentatorio de la defensa, en cuanto que minimiza la obligación del abogado particular de llevarla durante todo el proceso penal. Suponemos que el Abogado nombrado de oficio se encontraría en semejante supuesto, aunque no se le aplicaría el concepto de que el apelante sufriría el cobro de nuevos honorarios por tener que recurrir a un segundo abogado pues, como puede desprenderse de lo anterior dicho, no lo tiene ya.

### **C) La denegada apelación**

Procede cuando la Apelación se ha negado, o cuando se conceda sólo en el efecto devolutivo siendo procedente en ambos, aun cuando el motivo de la denegación sea que no se considere parte al que intente el recurso.<sup>546</sup> El recurso se puede interponer por escrito o de forma verbal, dentro de los tres días siguientes al en que se notifique la resolución que niegue la apelación.<sup>547</sup>

### **D) La queja**

La ley dice que procede contra las conductas omisivas de los jueces de distrito que no dicten las resoluciones o no señalen la práctica de diligencias dentro de los plazos y términos que señale la ley, o bien, que no cumplan las forma-

---

gunda Instancia. Tal como advierte DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 685.

<sup>546</sup> Art. 392 del CFPP.

<sup>547</sup> Art. 393 del CFPP.

lidades o no despachen los asuntos de acuerdos a lo establecido por la ley procesal.<sup>548</sup>

En realidad no estamos ante un recurso, porque sólo se pretende obligar al juez a dictar la resolución que debe y, posteriormente, ésta sí puede ser objeto de recurso. Es decir, se utiliza para corregir a los órganos judiciales que se apartan de lo mandado por la ley en sus deberes y funciones que se derivan de su competencia.<sup>549</sup>

### **E) La casación**

La doctrina, que no la ley, ha denominado con frecuencia al amparo directo como "amparo-casación" o "amparo-recurso", en virtud que las sentencias ordinarias que son objeto del acto reclamado, se examinan en cuanto que pueden estar afectadas por procedimientos viciados de ilegalidad.<sup>550</sup>

La casación se reconduce hacia el juicio de amparo directo, aunque la doctrina discute si el amparo en sí es un recurso o un juicio.<sup>551</sup>

Por motivo de seguir un esquema más agrupado y por tanto unificado, en apartado *infra* abordaremos de forma más amplia

---

<sup>548</sup> Art. 398-bis del CFPP.

<sup>549</sup> El sistema de Queja, al cual califica de novedoso DÍAZ DE LEÓN, es introducido por reforma mediante Decreto de 23 de diciembre de 1987, publicado en el DOF de 12 de enero de 1988, y obliga al juez a cumplir con las reglas establecidas para el correcto despacho de los asuntos en los capítulos II y IV del Título Preliminar. Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 783.

<sup>550</sup> Es decir, por *errores in procedendo*, o por *errores in iudicando*. Vid. CASTRO, J.V., El sistema..., op. cit., págs. 50 y 51.

<sup>551</sup> Vid. BURGOA I., El juicio de amparo, Ed. Porrúa, 10ª ed., México 1975, págs. 177 y ss.; y también a SERNA DE LA GARZA, J. Mª., Apuntes sobre el amparo casación, en "Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia", año 2003, núm. 1 enero-junio, pág. 270 y 271.

el desarrollo del amparo-casación, junto con el amparo indirecto, dentro de un sistema de garantías muy importante en México que inciden directamente en el proceso penal.

## **V. LA EJECUCIÓN FORZOSA**

La función del Poder judicial termina con la emisión de la sentencia, por lo que la ejecución no le corresponde al juez.<sup>552</sup> Diferencia sustancial con la jurisdicción civil en que la ejecución supone una sub-función en hacer ejecutar lo juzgado. Por el contrario, la ejecución procesal penal de las penas privativas de libertad tiene base administrativa en el art. 18 de la CM.<sup>553</sup> El ejecutivo tiene a su cargo señalar el lugar de extinción de las penas impuestas por sentencias irrevocables, siempre dentro de la jurisdicción del territorio nacional, salvo lo determinado por convenios entre estados de la república con la federación.<sup>554</sup>

---

<sup>552</sup> La doctrina se divide al considerar unos que la ejecución tiene carácter jurisdiccional (DE PINA; SILVA SILVA); y otros que opinan que no la tiene (PRIETO-CASTRO). Vid. DE PINA, R., Código de procedimientos penales anotado, Ed. Herrero, México 1961, pág. 239 y SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 779. PRIETO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho Procesal Penal, Ed. Tecnos, 4ª ed., Madrid 1989, pág. 431.

<sup>553</sup> Así establecido después de la reforma de 28 de diciembre de 1964, publicada en el DOF del 23 de febrero de 1965. No obstante, las fuentes legales del procedimiento de ejecución son: El Código penal federal (Título Cuarto Capítulo Primero); Código federal de Procedimientos Penales (Título Décimotercero); la Ley que establece las normas mínimas sobre la readaptación social de sentenciados, de 8 de febrero de 1971 (DOF 19 de mayo de 1971 y reformada el 10 de diciembre de 1984); y los diversos Reglamentos expedidos por el Presidente de la República en uso de la potestad conferida por el art. 89, fracc. I de la Constitución.

<sup>554</sup> De esto, aplicable a los ejecutivos de cada uno de los estados federales, los gobernadores no podrán enviar a cumplir penas fuera de su territorio estatal. A fines prácticos, no se podrá enviar reos del estado federado a la Colonia Penal de las Islas María de la federación. No obstante, en la actualidad y gracias a convenios con la federación existe la posibilidad de cumplir condenas a través del territorio nacional. Vid. ARILLA BAS, F., El procedimiento penal..., op. cit., pág. 250; y art. 26 de la Constitución.

En México no existe un juez de ejecución, de acuerdo al CFPP y del CP (arts. 531 y 77 respectivamente), existe la obligación de poner al sentenciado a disposición de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social.<sup>555</sup>

En otro ámbito, la ejecución de sentencia extranjera es novedosa, puesto que antiguamente no era posible. La regulación vigente se encuentra a nivel de tratados bilaterales que son relativamente recientes.<sup>556</sup> Así podemos encontrar tratados con Belice, Bolivia, Canadá, Cuba, Estados Unidos de América, Nicaragua, Panamá, Reino de España, el Salvador y Venezuela.<sup>557</sup> Para lo anterior, dentro de algunos tratados bilaterales se encuentra una "cláusula de reglamentación interna" por la cual se obligan las partes firmantes a crear las condiciones legales para el cabal cumplimiento del tratado. No obstante, México parece no estar tomando los pasos jurídicos necesarios para ello.

## **VI. CRISIS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN MÉXICO Y LA NECESIDAD DE REFORMA DEL PROCESO PENAL. JUSTIFICACIÓN**

### **A) La crisis crónica de la administración de justicia**

---

<sup>555</sup> La voluntad de cumplir del sentenciado en el proceso penal es irrelevante, en contraste con el ámbito civil que sólo se procede a la ejecución forzosa en caso de negarse el condenado.

<sup>556</sup> En situación diferente están las sentencias dictadas por Tribunales de un Estado federado que deban surtir efectos en otro Estado federado. El régimen principal de esta extraterritorialidad está previsto por los apartados del art. 121 de la Constitución.

<sup>557</sup> Las fechas de entrada en vigor son las siguientes: Belice el 3 de enero de 1988; Bolivia el 10 de abril de 1986; Canadá el 29 de marzo de 1979; Cuba el 25 de abril de 1997; Estados Unidos de América el 30 de noviembre de 1977; Nicaragua el 14 de marzo de 2001; Panamá el 11 de junio de 1980; Reino de España el 17 de mayo de 1989; el Salvador el 13 de febrero; y, Venezuela el 28 de marzo de 1998. Puede consultarse la página Web oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores del gobierno de México: <http://tratados.sre.gob.mx>.



En México se dice que estamos ante una crisis del sistema de justicia. También se decía ya desde hace algún tiempo,<sup>558</sup> pero ahora más que nunca se ha puesto de manifiesto el fracaso en alcanzar los objetivos de justicia penal por combinación de la mala administración, procuración e impartición de justicia. El resultado es sin duda que todo el esquema se encuentra en crisis. Recientemente se ha reavivado la discusión tras la publicación de trabajos más concretos que lo ponen en evidencia cada aspecto.<sup>559</sup> Sin embargo, no hay suficientes cifras o estadísticas fiables que ayuden al estudio comprometido de la realidad afirmada con respecto de la administración e impartición.<sup>560</sup> Ahora bien, el sentimiento generalizado en los ámbitos académico-jurídico<sup>561</sup> y popular, la

---

<sup>558</sup> Véase a QUIROZ CUARÓN, A., Crisis de la administración de justicia penal, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", año 1961 enero-junio, núms. 41-42, págs. 319 a 348; también publicado en OVALLE FAVELA, J., "Temas y problemas de la administración de justicia en México", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1982, págs. 263 a 289.

<sup>559</sup> Véase entre otros a Ernesto LÓPEZ-PORTILLO VARGAS en Datos mundiales sobre los sistemas de justicia criminal. México, publicado en formato PDF por *World Justice Information Network*, puede verse el texto en la página Web: [www.wijn.net](http://www.wijn.net). También, algunos datos sobre impunidad y del mal funcionamiento de la justicia en México pueden ser encontrados en: MORENO HERNÁNDEZ, M., Informes nacionales-México, en MAIER / AMBOS / WOISCHNIK (coordinadores), "Las Reformas Procesales...", op. cit., págs. 543 a 604; CANTÚ, C. / CABALLERO JUÁREZ, J. A., Diagnóstico sobre la administración de justicia..., op. cit.; MORENO HERNÁNDEZ, M., Hacia la transformación del sistema procesal penal en México, CEPOLCRIM, México 2005, págs. 31, puede consultarse el documento en formato PDF en la página Web del organismo: [www.cepolcrim.org.mx/html/otros/hacia.pdf](http://www.cepolcrim.org.mx/html/otros/hacia.pdf); y en ZEPEDA LECUONA, G., Crimen sin castigo..., op. cit., págs. 36 y ss.

<sup>560</sup> Las cifras más confiables que pueden encontrarse son las proporcionadas por el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI, página Web: [www.inegi.gob.mx](http://www.inegi.gob.mx)). No obstante, sus estadísticas judiciales sólo consideran cifras a partir de que el MP presenta ante el juez casos en los cuales se cuenta con detenido. Aquéllos otros en los cuales no se conoce al presunto responsable no son contabilizados, que al final importan mucho al ser ejemplo claro de la poca eficacia en la investigación policial en México. Al respecto, el trabajo de ZEPEDA LECUONA, Crimen sin castigo..., op. cit., pág. 24 a 28, presenta estadísticas significativas que son un buen instrumento adicional sobre este tema, pero también advierte en el mismo sentido de lo que manifestamos.

<sup>561</sup> Por ejemplo, GARCÍA RAMÍREZ, S., Intervención en el Segundo Congreso Nacional de Doctores en Derecho de 11 de noviembre de 1983, en "Revista

sociedad que reciente los efectos de forma directa, es que la procuración de justicia no marcha bien.<sup>562</sup> La preocupación de la población es recogida por la prensa nacional, en algunos casos, y también por la internacional.<sup>563</sup>

En resumen, en concreto al aspecto procesal que es lo que centralmente nos importa desde ahora, México no ha sido identificado por organismos internacionales como un país con un proceso penal ágil, eficiente y justo.<sup>564</sup> Y lo más impor-

---

Mexicana de Justicia", año 1983, octubre-diciembre, núm. 4, vol. I, págs. 281 y ss.; MORENO HERNÁNDEZ, M., Necesidad de la reforma penal integral en México y criterios para la misma, en "Boletín Informativo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana", año 1983, marzo-abril, núm. 2, págs. 60 y ss; IDEM, Algunas bases para la política criminal del Estado mexicano, en "Revista Mexicana de Justicia", año 1985, abril-junio, núm. 2, vol. III, págs. 117 y ss; IDEM, Hacia la transformación del sistema..., op. cit., pág. 27; entre otros.

<sup>562</sup> Tal como lo reconoce el Poder Ejecutivo Federal en carta al Senado por el proyecto de reforma constitucional en materia penal de 29 de marzo de 2004. Señala: "La inseguridad pública es, hoy en día, una de las preocupaciones esenciales de la sociedad", asumiendo que esa inseguridad ha generado incertidumbre y desconfianza entre la población hacia instituciones de procuración e impartición de justicia.

<sup>563</sup> Largo sería enunciar aquí todas y cada una de las noticias que aparecen diariamente, de hace un tiempo ya, en páginas de los diarios de mayor circulación en México. Sin embargo, como muestra representativa pueden verse noticias denunciando la corrupción de las instituciones policíacas, negligencia en la administración de justicia, condenas internacionales sobre violaciones de derechos humanos o amparo de impunidad en distintas ediciones de la prensa como el "Diario Reforma", página Web: [www.reforma.com](http://www.reforma.com) o "La Jornada", página Web: [www.jornada.unam.mx](http://www.jornada.unam.mx) o el Universal Proceso, "Excelsior", página Web: [www.el-universal.com.mx](http://www.el-universal.com.mx) o de la propia página oficial de la presidencia de la República, [www.presidencia.gob.mx](http://www.presidencia.gob.mx). Por último, en España véase El País, [www.elpais.es](http://www.elpais.es), noticia internacional del viernes 12 de noviembre de 2004, como ejemplo, entre otros.

<sup>564</sup> Aún en nuestros días se pueden leer noticias de denuncia por "uso de la tortura en México", según afirmó el encargado de la oficina del alto comisionado de la ONU, Anders Kompass, en un acto público a autoridades mexicanas y que fue recogido por la prensa. Consultar Diario el Universal, jueves 31 de marzo de 2005, sección Nación, en [www.el-universal.com.mx](http://www.el-universal.com.mx). También, Reporte Giuliani-SSP, México D.F. a 7 de agosto de 2003, véase el texto en formato PDF en <http://www.metropoli.org.mx/htm/areas/2/ReporteGiuliani.pdf>. Véase al respecto comentario de Guillermo Zepeda, en el Diario "El Economista", edición de 12 de agosto 2003, publicado también la página Web del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CIDAC): <http://www.cidac.org/portalesp/modules.php?name=News&file=article&sid=2380>.

tante sin duda, persiste un reclamo popular creciente, porque sin duda sufre las consecuencias directas cotidianamente, para mejorar efectivamente todo el esquema, es decir, la administración, procuración e impartición de justicia en México.<sup>565</sup>

El sistema de justicia mexicano está sustentado inicialmente por la CM, especialmente por el art. 40 CM que define al Estado mexicano como un Estado Democrático de Derecho, que se autolimita por el reconocimiento de derechos y garantías fundamentales de sus ciudadanos. El sistema judicial está, a su vez, compuesto por diversos subsistemas: el de la prevención del delito, de la procuración de justicia, de administración de justicia, de ejecución penal y el de justicia para menores. De forma consecuente, cada uno de estos subsistemas tiene problemáticas específicas, tanto internas como externas, y la suma de todas ellas nos arroja la crisis generalizada del sistema mexicano de justicia.

En general, el fenómeno de la crisis de la justicia se centra también en su lentitud e ineficacia, por mal empleo de recursos materiales y humanos, en injusticias flagrantes, falta de legitimidad y confianza en las instituciones, entre otras cosas, lo que proyecta una imagen de crisis generalizada ante la sociedad nacional e internacional de la justicia mexicana.<sup>566</sup>

---

<sup>565</sup> Como dice GARCÍA RAMÍREZ, "sobra decir que el sistema penal es la manifestación más delicada y elocuente del encuentro entre el poder público y los ciudadanos: sea para preservar, sea para afectar los bienes fundamentales de aquéllos.". Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S., Comentario a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004, en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pág. 1,086.

<sup>566</sup> Como parte del sentimiento de inseguridad está la impunidad de las conductas delictivas que se cometen en el país. En 1998 la Secretaría de Gobernación señaló que un 90% de los delitos quedaba sin castigo (Diario Reforma de 24 de abril de 1998, en primera plana). Agrega ZEPEDA LECUONA que, entre 1996 y 2003, el estudio del CIDAC ha divulgado que la impuni-

De lo expresado hasta aquí en esta tesis doctoral, conociendo de antemano la configuración del Estado mexicano, la situación general del sistema de enjuiciamiento criminal federal, podemos concretar algunos campos principales que presentan problemas en México:

1. Falta un Poder Judicial realmente independiente que ejercite su función de "contrapeso" a los otros poderes del Estado y que actúe de forma autónoma e imparcial.

2. Hay deficiencia cualitativa de los operadores jurídicos (jueces, ministerios públicos, agentes de policía y abogados defensores) del sistema de administración de justicia. El sistema de carrera judicial resulta poco objetivo en algunos niveles y con ello se afecta la profesionalidad de miembros del Poder Judicial en general.

3. Persiste la corrupción administrativa en la función ministerial, policial y judicial.

4. La investigación penal resulta ineficaz y la persecución de los delitos muchas veces viola derechos fundamentales, por lo que sólo da como resultado palpable la cada vez mayor pérdida de credibilidad en el órgano público acusador y la poca o nula participación ciudadana.

5. El modelo procesal penal vigente, aunque parcialmente reformado de forma constante, no se ha constituido como el esperado de los principios consagrados por la CM, y por tanto tampoco es un auténtico instrumento efectivo para la aplicación de sanciones penales, ni garante de los derechos humanos y constitucionales para las personas.

6. Se dice que existe un modelo mixto (acusatorio formal) de aplicación del Derecho Penal, pero persiste una tendencia inquisitiva expansiva de los poderes y facultades del

---

dad tienen un promedio del 96% en México. Vid. ZEPEDA LECUONA, G., Crimen sin castigo..., op. cit., págs. 13, 279 y ss.

MP, así que como inadecuada regulación del procedimiento probatorio y juicio oral, que abarca la fase de lo que debería ser configurado como proceso penal con incidencia de principios jurídicos más propios del sistema acusatorio.

7. El procedimiento penal presenta un panorama complejo y de accionar lento, en gran medida por las normas obsoletas que lo conforman, las viciadas prácticas procesales y los constantes atentados a los principios configuradores del procedimiento oral y público.

8. Existen grandes olvidos en la participación procesal por parte de la víctima y ofendido por el delito; entre otros.

En vista de lo anterior, y de otras causas,<sup>567</sup> se impone la idea de una reforma integral al sistema procesal penal, sin detrimento de que se contemple dentro de una, a su vez de fondo, del sistema penal que ya ha sido intentada en anteriores ocasiones sin demasiado éxito.<sup>568</sup>

Es decir, las reformas parciales no ayudarán a transformar el proceso penal si lo que se quiere es adoptar un verdadero sistema acusatorio semejante al modelo utilizado por otros países con modelos jurídicos más avanzados.

En reciente fecha, se puso en marcha un importante proyecto de reforma integral por el Ejecutivo a cargo del Sr. D. Vicente Fox Quesada que tenía como objetivo, entre otras muchas propuestas de leyes, aprobar un nuevo código procesal

---

<sup>567</sup> Causas múltiples clasificables por parte de la doctrina de intrínsecas del sistema y otras de carácter extrínseco. Véase a GARCÍA RAMÍREZ, S., Intervención en el Segundo Congreso Nacional..., op. cit., págs. 281 y ss.; MORENO HERNÁNDEZ, M., Necesidad de la reforma penal..., op. cit., págs. 60 y ss; IDEM, Algunas bases para la política criminal..., op. cit., págs. 117 y ss.

<sup>568</sup> GARCÍA RAMÍREZ, S., Comentario a la iniciativa de reforma..., en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", op. cit., pág. 1,088 y 1,089.

penal federal para combatir -se dice- la creciente delincuencia e inseguridad pública.<sup>569</sup>

El intento ya es de por sí loable, por la magnitud de lo que pretendía reformar, aunque no parece que verá la luz pública. Sin embargo, la sensación que se percibe del gran proyecto en general es, una vez más, de acudir al derecho penal y procesal penal para ampliar el control social en áreas donde ha fracasado su control por otros medios. Esto es, que la idea que promueve el cambio no es precisamente mejorar el sistema procesal penal que sirva para alcanzar efectividad, sino simplemente obtener un mejor resultado en el combate a la delincuencia.<sup>570</sup>

El peligro que esto conlleva es patente. Con el aparente estandarte de lograr una efectiva aplicación de la justicia,<sup>571</sup> se produce un alejamiento de las directrices del Estado democrático de derecho, que genera un sistema autoritario en el que el poder penal se encuentra menos controlado,

---

<sup>569</sup> Como es puesto de manifiesto en la Carta enviada al Senado por el Ejecutivo Federal en fecha de 29 de marzo de 2004.

<sup>570</sup> En ése sentido, MORENO CATENA, presenta una reflexión con respecto del sentido y finalidad del proceso penal que podemos ejemplificar con el siguiente párrafo: "En contra de lo que a primera vista pudiera parecer, no se trata del único elemento estatal diseñado para este fin, ni siquiera puede considerarse el más importante; es una pieza más, que ha de funcionar junto con toda una batería de medidas de política criminal de muy diversa índole, tanto preventiva como represiva, adoptadas por los poderes públicos". Vid. MORENO CATENA, V., La posición del Fiscal en la investigación penal..., op. cit., págs. 45 y ss. IBAÑEZ, en semejante sentido, refiriéndose a la jurisdicción dice que "es una obviedad que casi cuesta trabajo escribir, de puro tópica, que el instrumento punitivo tiene poco que hacer en la reparación de los más graves desequilibrios sociales, los que nutren los índices de la delincuencia de subsistencia en alza permanente". ANDRÉS IBAÑEZ, P., El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal, en Rev. "Teoría & Derecho", junio/diciembre 1/2007, pág. 23.

<sup>571</sup> Sobre el binomio "eficacia-garantías" ANDRÉS IBAÑEZ, P., El fiscal en la actual regresión inquisitiva..., en Rev. "Teoría & Derecho", op. cit., pág. 21.

es decir, y en palabras de MORENO HERNÁNDEZ,<sup>572</sup> "que permiten que el sistema penal sea utilizado no tanto como mecanismo para proteger debidamente los derechos de los ciudadanos sino como un instrumento de dominación y de sujeción del hombre frente al Estado".

MONTERO AROCA nos llama la atención que ante la regulación del proceso penal habrá de atenderse a la eficacia formal del mismo ("la referida fundamentalmente al tiempo y al coste"), pero la atribución de la investigación de la investigación y/o la instrucción, y por tanto decidir desde nuestra situación en México un modelo distinto del actual, ha de decidirse desde la verdadera eficacia del proceso penal. "Se trata de atender en primer lugar, a las garantías de las personas frente al estado a la hora a la hora de la aplicación del derecho penal, garantías referidas sin duda al imputado, pero también a las víctimas, a cada uno de los ciudadanos y a la sociedad en su conjunto".<sup>573</sup>

Por lo que respecta a esta tesis, desde un punto de vista procesal, la necesaria reforma del enjuiciamiento criminal encauzándose en la aplicación del Derecho Penal federal por un verdadero proceso penal se convierte en primordial para la recuperación, primero, de la confianza ciudadana en general en la impartición de justicia y con ello en la administración de justicia, así como de las partes que intervienen en el procedimiento y, como segundo, un sistema sólido de garantías a los derechos humanos que preserve el Estado de derecho necesario para el desarrollo pacífico de la sociedad.<sup>574</sup>

---

<sup>572</sup> MORENO HERNÁNDEZ, M., Hacia la transformación del sistema..., op. cit., págs. 4 y ss.

<sup>573</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., Investigación e instrucción en el proceso penal..., en Rev. "Teoría & Derecho", op. cit., pág. 42.

<sup>574</sup> Tal como se reconoce por el ejecutivo en el proyecto de reforma de 2004 (proyecto Fox) enviado al Senado: "Es claro que aunque las cifras

Es remarcable que el respeto por parte de la autoridad a los derechos humanos de la sociedad se pone a prueba en el campo del Derecho penal y el proceso penal, por lo que la seguridad pública no debe ir contra el respeto de los derechos humanos.<sup>575</sup>

La creciente criminalidad en las sociedades cada vez más complejas, su ineficiente persecución por parte de las autoridades y la corrupción que afecta al procedimiento penal de los cuales México no es excepción, hacen necesaria una reforma generalizada de todos los elementos que intervienen, desde la aclaración conceptual del principio acusatorio, pasando por la adopción y conformación de un nuevo modelo de proceso penal más adversarial, la mejor administración de los recursos y la necesaria profesionalización de los elementos humanos que en ella intervienen.

En definitiva, se necesita armonizar un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal que supere la estructura inquisitiva y se adapte con los postulados rectores de un modelo acusatorio, con predominio efectivo en el juicio de la contradicción, oralidad y publicidad.

## **B) Crítica del vigente sistema de enjuiciamiento adoptado en México**

---

sobre la incidencia delictiva federal muestran una tendencia a la baja, existe la percepción ciudadana de incremento de la delincuencia, tanto federal como del orden común, en todo el país. En cierto modo, este fenómeno se explica por la llamada "cifra negra"; es decir, por el número de delitos que efectivamente son cometidos, pero que no son denunciados ante las autoridades competentes y, por lo tanto, quedan fuera de los registros oficiales". En ése tema también véase a ZEPEDA LECUONA, Crímen sin castigo..., op. cit., págs. 72 a 89.

<sup>575</sup> Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S., Consideraciones sobre la reforma procesal penal..., en GARCÍA RAMÍREZ / VARGAS CASILLAS (coordinadores), "Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)", op. cit., págs. 60.



Por todo lo dicho hasta ahora en esta tesis y de las características de los sistemas de enjuiciamiento criminal conocidos, contamos ya con elementos básicos para abordar el análisis general del sistema de enjuiciamiento que impera en el orden jurídico mexicano.

## **1. Elementos constitucionales**

Ciertamente la CM reconoce para todas las personas, además de establecer el sistema de gobierno de sus ciudadanos y de la estructura orgánica de sus poderes públicos, una serie de derechos y garantías importantes que configuran el Estado Social de Derecho en México.

El art. 14 se refiere a la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio de las personas, al derecho de audiencia y el debido proceso legal. El importante art. 16, constantemente invocado en los juicios de amparo, establece los requisitos legales para dictar órdenes judiciales de aprehensión. El art. 17 prohíbe la autotutela violenta y ofrece a cambio un sistema de justicia que ha de ser pronto y efectivo.

El art. 18 hace referencia a la prisión preventiva y el art. 19 impone el plazo de 72 horas como máximo a la detención ante autoridad judicial, aunque prorrogables, sin que se justifique el motivo de ello. El art. 20 contiene los derechos del procesado en materia penal, así como los de la víctima y ofendido. El art. 21 establece los lineamientos de la persecución de los delitos y de la imposición de las penas por órganos públicos. El art. 22 prohíbe la imposición de penas infamantes y de las mutilaciones.

Sin embargo, todos esos lineamientos pierden efectividad ante la falta de un verdadero proceso que se disipa en sendas inquisitivas,<sup>576</sup> pues de acuerdo a la propia CM, como ya lo resaltó COLÍN SÁNCHEZ, el juicio implica una serie de garantías de seguridad jurídica, "debido a que se hace referencia a la función jurisdiccional, es decir, a que el derecho sea declarado, pero, observando para ello, un conjunto de actos relacionados unos con otros, que permitan la resolución del caso, siempre a cargo de la autoridad judicial".<sup>577</sup>

## **2. Principios jurídicos**

También se reconocen, directa o indirectamente, principios del proceso y del procedimiento penal que, sin embargo, son limitados o vulnerados de forma constante.

Así, el derecho de acción es restringido por el monopolio extendido del MP sobre la acción penal, con limitadas ocasiones de impugnación sobre la decisión de no ejercitarla y la única posibilidad de la víctima u ofendido de coadyuvar en el reclamo de la reparación de los daños civiles.

El principio de contradicción o audiencia no se cumple de forma efectiva, ante la tardanza en conocer los materiales de hecho y de derecho necesarios para la defensa del inculpa-do.

La igualdad que exige el proceso está alterada ante el trato privilegiado que se le dispensa al MP en prácticamente todos los procedimientos penales previos y fases procesales;

---

<sup>576</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., págs. 35 y 36.

<sup>577</sup> COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 64.

la práctica de prueba, que no la prueba *per se*, no representa el medio efectivo para crear la convicción del juez sentenciador, ante la fuerza probatoria que ya poseen las diligencias practicadas durante la averiguación previa, sobre todo las de policía, quedando con ello lastrado el principio de presunción de inocencia.

El procedimiento penal no es expedito, ni se desarrolla con la claridad requerida, tampoco cumple con principios como la concentración y publicidad.

### **3. Procedimiento penal**

El actual sistema de procuración e impartición de justicia penal se divide hasta en seis procedimientos, según terminología del CFPP, aunque en realidad debería decir que son fases procesales. Así, el CFPP señala como procedimientos: el de averiguación, preinstrucción, instrucción, primera instancia, segunda instancia y ejecución. El análisis ya realizado presenta los siguientes problemas nucleares:

Primero. La fase de investigación viene conformada por tres distintos procedimientos preliminares que son la averiguación previa, preinstrucción e instrucción judicial, asumidas por autoridades públicas distintas, que responden a poderes políticos diferentes, dejando a la defensa y acusado en sitio secundario.

Inclusive, la ley determina que los gastos de las diligencias solicitadas por el MP y los tribunales durante la averiguación deben ser cubiertos por el erario público, pero no así las que solicite la defensa o inculpado, constituyendo esto una desigualdad de medios y oportunidades de hacer valer elementos a favor de uno y otro (véase art. 36 CFPP). Además,

el MP cita a declarar al ciudadano hasta el final de la averiguación, cuando sólo queda consignar el asunto, para cubrir un imperativo legal.

Como dice MONTERO AROCA, en realidad se está ante un no-proceso. Un mismo órgano parcial en esencia reúne la evidencia (investiga) y dictamina sobre ella, además de decidir sobre derechos y libertad del individuo en su caso.<sup>578</sup>

Segundo. En virtud de la legislación del CFPP, la *praxis* ha terminado por asumir erróneamente que sea la averiguación el único centro de lo jurídicamente importante, permitiendo que la mayoría de las diligencias aquí desarrolladas, bajo la dirección del MP como autoridad administrativa que posteriormente se constituye como acusación, adquieran relevancia procesal de manera automática durante la fase de enjuiciamiento.<sup>579</sup>

Tercero. Las diligencias de investigación provenientes del procedimiento preliminar hacen prueba plena de difícil destrucción durante el proceso penal que, dicho sea de paso, no se practican como regla general ante el juez sentenciador.

---

<sup>578</sup> Estamos ante una situación tal que, en caso de no reorientar las funciones y naturaleza de la investigación, es necesario reconocer sin tapujos un derecho preprocesal, materializado por intervención de un juez de garantías para cubrir la falta de acotamientos al necesario poder de investigación y decisión del MP, garantizando derechos a las personas envueltas en éste procedimiento. Sobre todo la salvaguarda de derechos con incidencia en el proceso como la presunción de inocencia que se le atribuye, la defensa técnica y el equilibrio de igualdad de armas procesales. No podemos admitir una etapa con fuerte presencia de actividad de las partes y con contenido de naturaleza procesal para fundar la acusación y en la que exista clara inclinación al poder de una de las partes sobre la otra. Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 27 a 33.

<sup>579</sup> Las pruebas y diligencias que el MP haya realizado ante sí, con pobres mecanismos de control interno y en menor medida por el juicio de amparo, se presumen plenamente válidas. En ése sentido ZEPEDA LECUONA, G., Crimen sin castigo..., op. cit., págs. 132 y 133.

La fase de enjuiciamiento pierde en gran parte su sentido al soslayarse principios procesales penales como la audiencia y el principio de contradicción (la defensa), la presunción de inocencia y la práctica de la prueba con inmediación (puesto que ésta ya ha sido en gran parte "practicada" en la fase de investigación y preliminar).<sup>580</sup>

Es normal en México encontrar jueces "lectores" de legajos, conformados con escritos de actuaciones que reflejan una realidad sobre el papel que, probablemente, es diversa a la verdad. Por tanto, estamos ante una simple actividad de trámite y lectura de documentación en la que no es común encontrar un debate público, por consiguiente oral, entre las partes ante el tribunal.<sup>581</sup>

Cuarto. La asesoría legal y representación del acusado tampoco es efectiva y por ello no es satisfactoria. Esta situación no permite que la igualdad se implemente en el proceso penal, minusvalorando la garantía procesal de defensa técnica. Por otro lado, el desconocimiento constante de principios del procedimiento como la oralidad y publicidad presentan procedimientos penales oscuros y difíciles de comprender, sin el elemento público externo de control de la actividad jurisdiccional.<sup>582</sup>

---

<sup>580</sup> Situación semejante como a la que se refería SERRA DOMÍNGUEZ cuando señalaba que "el juicio oral es tan sólo una parodia de proceso, cuyos sujetos tienen el máximo interés en que termine lo antes posible, convencidos de antemano por el resultado de la instrucción". Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., Instrucción, en PELLISÉ PRATS, B. (director), "Nueva Enciclopedia Jurídica", Ed. Francisco Seix, Barcelona 1968, t. III, pág. 118.

<sup>581</sup> "En el medio mexicano, desgraciadamente, esta fase ha venido a menos. Ha colaborado a ello la ausencia efectiva del juzgador en la audiencia (aniquilamiento de la inmediatividad) y la desmesurada importancia que se le da a la instrucción para el desahogo de todas las pruebas, sin dejar nada o casi nada para el juicio". Vid. SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 366.

<sup>582</sup> Sobre el Instituto de la Defensoría Pública Federal puede verse a ESQUINCA MUÑOCA, C., La Defensoría pública..., op. cit.; SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 195 y ss.

Finalmente, en virtud de la parte primera, segunda y tercera de esta tesis, en las que hemos abordado lo relevante de la CM y del CFPP desde el prisma procesal, y del apartado de derecho comparado con las características de los sistemas jurídicos antes vistas, estamos en disposición de decir lo que ya resulta un tanto obvio. México no posee un modelo acusatorio, instrumentado en el proceso penal federal, respetuoso de los derechos y garantías de los individuos, a pesar que puede decirse que está indicado por la CM.

Tampoco podemos decir que existe un modelo de tipo mixto, puesto que el enjuiciamiento vigente no representa una clara y sensata combinación de ventajas de los sistemas acusatorio e inquisitivo. La mezcla de procedimientos inquisitorios y acusatorios, además de la atribución reunida de funciones inquisitivas y facultades jurisdiccionales tanto al MP como al juez así lo corroboran.

Por tanto, a nuestro modo de ver, prevalece en México un sistema no procesal penal, es decir uno administrativo de impartición de justicia penal, de carácter inquisitivo que no hace uso del instrumento necesario del proceso en la aplicación del Derecho Penal federal. Pero esto no es toda la situación, como consecuencia de ese no proceso, tampoco se está acorde con los principios y garantías que consagra la CM. Por tanto, el verdadero problema inicial a resolver es el de establecer un proceso penal claro, pues es pilar importante del ordenamiento jurídico, y luego solucionar su configuración de acuerdo a lo que está mandado por la CM. El proceso es garantía esencial de todos los derechos en tanto por medio de él se permite el acceso a la jurisdicción del Estado.<sup>583</sup>

---

<sup>583</sup> Vid. DE LA RUA, F., en GIMENO SENDRA / DAMIÁN MORENO / GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO / VILLAGÓMEZ CEBRIÁN (coordinadores), Sobre la jurisdic-

Las arbitrariedades de las autoridades encargadas de la averiguación previa, que de forma constante se ven influenciadas por elementos que no son los estrictamente legales, y los constantes reproches nacionales e internacionales hechos a la justicia mexicana tienen su pauta generadora en el modelo inquisitivo, lo que hace inaceptable su conservación y requiere su urgente modificación total.<sup>584</sup>

### **C) La situación de México en el contexto de las reformas legales en América Latina y su perspectiva de futuro**

Evidentemente nos importa aquí la situación de México, pero no podemos ignorar que en nuestro entorno latinoamericano se han estado sucediendo cambios trascendentales en materia legislativa.

#### **1. Las reformas de América Latina**

En América Latina se ha generado un movimiento renovador de leyes procesales penales, al igual que las primeras grandes reformas acaecidas en Alemania, Italia, Portugal y por suceder en España, considerando como modelo más influyente el sistema procesal imperante en los Estados Unidos de Norteamérica por ser en el que se utiliza en su forma más pura.<sup>585</sup> Así, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, algunas pro-

---

ción, la acusación y el proceso común: garantías constitucionales, en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1990, pág.164 y 165.

<sup>584</sup> Al respecto, es deshonrosamente llamativo sendos informes públicos realizados por Amnistía Internacional el 8 de febrero de 2007, en los cuales se reprueba al sistema de justicia vigente y se recomienda su reforma urgente. Puede verse estos informes en la página Web: [www.amnistiainternacional.org](http://www.amnistiainternacional.org).

<sup>585</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., págs. 17 y 18.

vincias de la República Argentina, Venezuela, Paraguay, Bolivia, Honduras, Colombia, Uruguay, Brasil, República Dominicana, Ecuador, Panamá y Perú, cuentan ya en su derecho positivo con moderna legislación procesal penal.<sup>586</sup>

Ante todo ese moviendo renovador, el caso de México resulta bastante significativo por la situación de rezago que impera en el conjunto de la federación. Esto ha llamado la atención de algún autor y ha sido puesto de manifiesto en trabajos sobre la materia.<sup>587</sup> No obstante, algunos Estados de la República mexicana han mostrado iniciativa para reformar sus sistemas judiciales, v. gr., Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas.<sup>588</sup>

La influencia del proceso penal norteamericano se hace patente, en gran medida, por la adopción de modelos de enjuiciamiento criminal concebidos dentro de la perspectiva del principio acusatorio; y la incardinación en ese sistema de un juicio oral y público. Es decir, se pretende adoptar las virtudes que puede presentar el sistema acusatorio puro lleván-

---

<sup>586</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., en TIJERINO PACHECO / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia 2006, págs. 38 y 39.

<sup>587</sup> La sorprendente pasividad mostrada por la legislación mexicana llama la atención de parte de la doctrina internacional. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., Sistema acusatorio puro y reforma procesal penal, El ejemplo de Nicaragua, en GÓMEZ COLOMER, J.-L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L. (coordinadores), "Terrorismo y proceso penal acusatorio", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, pág. 341, en especial nota 6; también MAIER, J.B.J. / AMBOS, K. / WOISHNIK, J., Las reformas procesales penales en América Latina, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 2000, págs. 23 y ss.

<sup>588</sup> Así de marzo de 2006 es el proyecto de Código procesal penal del Estado de Chihuahua; de 31 de enero de 2006 es el anteproyecto de Código procesal penal del Estado de Oaxaca; y de octubre de 2005 el respectivo anteproyecto del Estado de Zacatecas. Además, la prensa nacional ha plasmado en noticia la preocupación de ciertos gobiernos locales ante la crisis que viven sus sistemas de procuración de justicia. Al respecto puede verse la nota del "Diario La Jornada", en su edición de 17 de mayo de 2006, bajo el titular: "es inaplazable reabrir el debate sobre los juicios orales".



doles a la práctica aunque esta intención ha encontrado fuerte reticencia por parte de la comunidad jurídica.

Por tanto, la apuesta latinoamericana en muchos países hacia mejores sistemas jurídicos es bastante importante. Por ahora, México se mantiene en un plano secundario dentro de todo este movimiento de transformación, pero la tendencia indica que un plazo no muy largo más Estados de la república se sumarán al movimiento reformador.

La posible consecuencia que vislumbramos será que, de forma inversa a lo que usualmente acontecía en México, con muchas otras leyes, la tendencia reformista de los estados acabe impulsando un movimiento de reforma en el ámbito federal.

No obstante, en el pasado se han manifestado reformas parciales que ponen en evidencia el trabajo insuficiente sobre un nuevo planteamiento coherente del proceso penal con relación a los principios jurídicos procesales y de la forma que puede adquirir el mismo, todo ello con eje del principio acusatorio. Por tanto, los esfuerzos reformistas parciales no han resuelto el problema de la congruencia general del sistema. Así, podemos nombrar los siguientes:<sup>589</sup>

Sin remontarnos mucho tiempo atrás, pueden considerarse las de 1995 al Capítulo IV de la constitución que se refiere al Poder Judicial de la Federación.

Otras tantas reformas del año 1996, como la del 3 de julio, al párrafo 9º y 10º del art. 16 CM que requería solici-

---

<sup>589</sup> Vid. ADATO GREEN, V., Las reformas..., en GARCÍA RAMÍREZ / VARGAS CASILLAS (coordinadores), "Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)", op. cit., págs. 217 a 222. También, en menor medida, a GARCÍA RAMÍREZ, S., Comentario a la iniciativa de reforma..., en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", op. cit., pág. 1,089.

tar autorización judicial para la intervención de las comunicaciones. Como a los párrafos 1º y 2º, pero del art. 20 constitucional, que introduce la posibilidad de solicitar la negativa a otorgar la libertad provisional, por medio del MP, en delitos considerados como no graves. La del párrafo 2º del art. 22 con referencia al decomiso de bienes del sentenciado por delitos previstos como delincuencia organizada.

En el año 1999, pero fecha 8 de marzo, la del párrafo 2º del art. 16 CM que eliminó la exigencia de acreditar los elementos del tipo penal para el ejercicio de la acción penal. En ese mismo año 1999, se modificó el término de 48 horas a la posibilidad de duplicarlo en caso de hechos relacionados con delincuencia organizada. Al art. 19 constitucional, en su párrafo 1º, en la que se determinan requisitos para dictar auto de formal prisión (siguiendo lo indicado por el art. 16). Destacamos a parte, la importante y acertada -a nuestro parecer, en vista del modelo de investigación adoptado- reforma del art. 20 CM, párrafo 4º de la fracc. X, que hace extensivo los derechos y garantías del proceso penal al indiciado durante la averiguación previa.

Todo lo anterior entre otras reformas legales no menos importantes pero sin relación al proceso penal federal.

Por tanto, una retrospectiva crítica sobre todas las reformas legales acaecidas al CFPP y las continuas resoluciones de los tribunales adecuando el marco jurídico procesal penal de 1934, hacen evidente la necesidad de no más reformas parciales rápidas conteniendo problemas cuando estos se presentan, sino de una nueva estructura legal, con postulados acu-

satorios, que permita la aplicación del Derecho penal por medio del proceso penal.<sup>590</sup>

## **2. Perspectiva de futuro**

En estos tiempos de reforma, imperiosos por la necesidad de proporcionar al Poder Judicial, a sus tribunales, de un medio efectivo de enjuiciamiento de las conductas delictivas, se especula con una reforma integral del sistema de justicia en México que adopte, entre otras cosas, un modelo acusatorio, con un juicio oral y público. Por tanto, es sensato asumir que se estudiarán los sistemas acusatorios imperantes en otros países para asumir un modelo que sirva de referencia.<sup>591</sup>

---

<sup>590</sup> La SCJN reconoce la necesidad de plantear reformas integrales y coherentes al sistema de impartición de justicia, sobre todo porque las reformas parciales llegan a no cumplir con su cometido y agotarse (véase v.gr. la exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, apdo III, de España). Otro ejemplo de esto lo es la consulta nacional lanzada a la comunidad jurídica nacional, así como a instituciones y personas interesadas en presentar propuestas orientadoras. Las Estadísticas publicadas por la propia SCJN señalan, v.gr., 295 propuestas sólo en el tema de "Justicia Penal Nacional", 295 sobre el "proyecto de nueva Ley de Amparo" (instrumento jurídico garante de los derechos), y 150 propuestas de mejoras al "Poder Judicial", entre otras. También, recientemente, puede verse el comunicado de Prensa número 681, de 6 de septiembre de 2004, emitido por la Dirección General de Comunicación Social de la SCJN, en la que se contabilizan las propuestas recibidas. Consúltese <http://www.scjn.gob.mx/>.

<sup>591</sup> Durante los últimos años en México, se han venido sucediendo numerosos cambios legales que, si bien han tenido la intención de mejorar el estado de las cosas, tienen el mismo sentido fundamental de conservar el imperante sistema tradicional mexicano de impartición de justicia. Por ejemplo, el CFPP ha sufrido más de 70 decretos de reforma (GARCÍA RAMÍREZ, S., en GARCÍA RAMÍREZ / VARGAS CASILLAS, (coordinadores), Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000), Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2001, págs. 1 a 3. De éstos, 33 se han dado en los años 1981 a 2000. Resalta LÓPEZ AYLLÓN, S., en Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales de derechos en México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1997, pág. 185, que en materia penal, si bien no se ha expedido un CPF nuevo, el número de reformas y su importancia, sumadas a otras tantas legislaciones que afectan éste ámbito legal (proceso penal, extradición internacional, menores infractores, delincuencia organizada, readaptación social del delincuente), configuran actualmente un nuevo régimen penal. Recientemente, el 29 de marzo de 2004, el entonces Ejecutivo Federal (presidido por D. Vicente Fox Quesada) envió al Senado para su discusión

La influencia norteamericana, patente en otros sistemas latinoamericanos recientemente reformados, puede ejercer un papel importante en esta elección, pero es preciso reconocer que también existen otros sistemas que presentan importantes características acusatorias que configuran relevantes garantías procesales. Es decir, parece evidente que se requiere de una reforma integral de la justicia, pero no de de cualquier forma.<sup>592</sup>

El legislador mexicano ha de tomar en consideración, de manera preliminar, que todo Estado democrático de Derecho requiere para la aplicación del Derecho penal de un efectivo instrumento jurídico como el proceso penal acorde con los principios que caracterizan dicho Estado.

También es importante comenzar por asumir la realidad jurídica que impera en México, para luego abordar su transformación, de que no contamos con un verdadero proceso penal de ámbito federal como instrumento de aplicación del Derecho Penal. Por tanto, no existe en el CFPP un sistema acusatorio adecuado para respetar las garantías y derechos humanos consagrados en las leyes nacionales y tratados internacionales adoptados.

Por otro lado, el sistema acusatorio formal es el que mejor se adaptaría a los contenidos jurídicos ya expuestos en esta tesis, por cuanto que las bases constitucionales parti-

---

un decreto de reforma "integral" de la administración de justicia en México. Un nuevo CFPP está previsto en el paquete de reformas.

<sup>592</sup> "A diferencia del modelo inquisitivo, es preciso evitar que la eficacia del proceso penal se logre a costa del sacrificio de los derechos y garantías del imputado". Vid. ORTEGO PÉREZ, F., El juicio de acusación y la proyectada reforma del enjuiciamiento criminal, en Rev. "Poder Judicial", año 2003, núm. 69, pág. 236.

cipan del elemento acusatorio de la separación en órganos distintos de funciones de acusación y enjuiciamiento (art. 21 CM);<sup>593</sup> y de la consagración de un gran número de principios procesales y procedimentales que incidirían directamente en el ámbito penal.<sup>594</sup>

En el mismo sentido, la función de la defensa está relacionada con los derechos reconocidos por el art. 20 de la CM, además que las audiencias debieran ser públicas, tanto ante un juez como ante un tribunal de ciudadanos. También, puede desprenderse la exigencia de igualdad de las partes ante el tribunal. En general, se cuenta con gran número de características del llamado sistema acusatorio, por lo que es posible fundamentar desde la ley un enjuiciamiento mexicano distinto y conformado en dos grandes fases: la de instrucción y la de enjuiciamiento.

Necesitamos configurar, pues, un instrumento procesal penal de tipo acusatorio con esos lineamientos legales vigentes, redefiniendo otros, aunque para ello no debemos de asumir todas las características del sistema imperante en los países de habla inglesa antes vistas. Considerando las circunstancias del país, algunos de esos elementos pueden ser "configurables", otros pueden no ser asumidos, y aún así respetar la esencia de lo acusatorio, como podremos advertir del estudio de enjuiciamientos criminales en otros países.<sup>595</sup>

---

<sup>593</sup> Considerando de forma única este elemento, puede decirse que el proceso penal federal mexicano es acusatorio. Sin embargo, esta visión resulta incompleta y con un análisis más profundo de los procedimientos penales, se presenta errónea. Por eso, en principio, ISLAS / RAMÍREZ, lo determinan así en El sistema procesal penal..., op. cit., pág. 39.

<sup>594</sup> Véase con respecto de esto los arts. 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 39 y 40 de la CM.

<sup>595</sup> Por eso, "nada dice respecto de la esencia del proceso el que el juez sea profesional o popular o que el procedimiento sea oral o escrito, pero sí afecta a esa esencia el que el juez sea al mismo tiempo el acusador o el que el acusado no sea sujeto sino objeto del proceso". Vid. MONTERO

En la adopción del nuevo modelo, hemos de reconocer la dificultad de tener un proceso acusatorio en su estado puro, puesto que no ha sido practicable en ningún otro país. En cambio, sí que podemos hacer que éste tenga una mayor presencia en la configuración de uno nuevo. De tal forma que, un sistema acusatorio debe prever un proceso penal en el que el principio acusatorio rige durante todo el enjuiciamiento, articulando necesariamente ese proceso penal como instrumento garante de los derechos de las personas. Además, si concurren con aquél principios como la publicidad y oralidad hacen que el enjuiciamiento adquiera mejor sentido y control.<sup>596</sup>

Por tanto, la tarea a realizar es acercar ese proceso penal necesario a las características de lo que se considera acusatorio, superando todo lo que sea determinable como inquisitivo por estar en contra de la esencia de proceso penal.

---

AROCA, J., El significado actual del llamado principio acusatorio, en GÓMEZ COLOMER, J.-L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L. (coordinadores), "Terrorismo y proceso penal acusatorio", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, págs. 320.

<sup>596</sup> Vid. GELSÍ BIDART, A., Algunas observaciones sobre el principio acusatorio en el proceso penal, en "Revista de Derecho Procesal", año 1969, núm. 3, pág. 380.

**Parte IV**

**EL SISTEMA ACUSATORIO, EJE DE UN NUEVO  
PROCESO PENAL FEDERAL MEXICANO**





## **I. SISTEMA ACUSATORIO, PROCESO PENAL ACUSATORIO Y PRINCIPIO ACUSATORIO**

Últimamente, resulta común para los partidos políticos y gobierno en mi país hacer referencia al principio acusatorio, también a los principios de oralidad y publicidad, como argumento para introducir reformas legislativas en el sistema procesal penal en México, que por otro lado son absolutamente necesarias.<sup>597</sup>

El caso más reciente y serio, pues no ha sido el único,<sup>598</sup> lo es sin duda el proyecto de reforma constitucional en materia penal de 29 de marzo de 2004, como lo hemos expresado en la introducción de esta tesis y que hemos abreviado como "proyecto Fox".<sup>599</sup> En esta propuesta se hace referencia

---

<sup>597</sup> LÓPEZ-PORTILLO VARGAS en Datos mundiales..., op. cit., pág. 1.

<sup>598</sup> Por ejemplo, por acuerdo del entonces Presidente Lic. D. Carlos Salinas de Gortari, publicado en el DOF de 31 de enero de 1989, se iniciaron labores semejantes con la creación de un foro general de participación y consulta para la integración de un Plan Nacional de Desarrollo (1989 a 1994). Dentro de ese foro había una sección para la Consulta Popular sobre Seguridad Pública y Administración de Justicia. El coordinador del foro lo fue Jesús Zamora-Pierce. Por lo que respecta al Gobierno de D. Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, hasta la fecha de elaboración de esta tesis, se encuentran presentadas a consideración del Senado dos reformas en materia de justicia, ambas de fecha 9 de marzo de 2007, sobre el MP centrando su actuación bajo los principios de "de certeza, legalidad, objetividad, imparcialidad y profesionalismo" en un intento presumiblemente fallido, a nuestro entender, de otorgar de una autonomía funcional al MP que en realidad no tiene, además de parecer querer imbuir de otras cualidades que son ciertamente necesarias; y otra que afecta a varios arts. de la CM (16, 17, 18, 20, 22 y otros).

<sup>599</sup> El día 23 de agosto de 2000 ya se preveía una vez más, pero esta vez por conducto del equipo de transición en materia jurídica y de seguridad designado por el titular del Poder Ejecutivo Vicente Fox Quesada, trabajar en reformas para áreas importantes como la Jurídica, Seguridad y Justicia y la Comisión de estudios para la reforma del Estado. Otros intentos de reforma trascendentes se han sucedido en fechas anteriores. Así, sin remontarnos demasiado en el tiempo, pueden considerarse las de 1995 al Capítulo IV de la CM que se refiere al Poder Judicial de la Federación. Otras tantas del año 1996, como la del 3 de julio, al párrafo 9º y 10º del art. 16 CM que requería solicitar autorización judicial para la intervención de las comunicaciones. Como a los párrafos 1º y 2º, pero del art. 20 CM, que introduce la posibilidad de solicitar la negativa a otorgar la libertad provisional, por medio del MP, en delitos considerados como no graves. La del párrafo 2º del art. 22 con referencia al decomiso

importante al sistema acusatorio, el cual se pretende adoptar, como el propio de los regímenes democráticos liberales, en donde la libertad y la dignidad del ciudadano ocupen un lugar preferente en la protección brindada por el ordenamiento jurídico.<sup>600</sup>

También se tratan temas como la imparcialidad del juez; la presunción de inocencia y el esclarecimiento judicial de los hechos; así como la oralidad, inmediación, publicidad y contradicción, etc. La intención, se dice, es transformar estructuralmente el proceso y el procedimiento penales, simplificando la averiguación previa, reduciendo el tiempo de la investigación del delito por el fiscal, a la par que se reduzca el valor probatorio de sus actuaciones, para fortalecer las que se realizan durante el juicio. Referencia importante se hace a la instrumentación de medidas alternativas en los procedimientos penales para conseguir una pronta resolución, suprimiendo formalidades innecesarias que dilatan el procedimiento implementando un sistema de audiencias y un proceso abreviado, entre otras muchas cosas.

---

de bienes del sentenciado por delitos previstos como delincuencia organizada. En el año 1999, pero fecha 8 de marzo, la del párrafo 2º del art. 16 CM que eliminó la exigencia de acreditar los elementos del tipo penal para el ejercicio de la acción penal. En ese mismo año 1999, se modificó el término de 48 horas a la posibilidad de duplicarlo en caso de hechos relacionados con delincuencia organizada. Al art. 19 constitucional, en su párrafo 1º, en la que se determinan requisitos para dictar auto de formal prisión (siguiendo lo indicado por el art. 16). Destacamos a parte, la importante y acertada -a nuestro parecer- reforma al párrafo 4º, de la fracc. X del art. 20 de la CM que hace extensivo los derechos y garantías del proceso penal al indiciado, durante la averiguación previa. Todo lo dicho, entre otras reformas. Vid. ADATO GREEN, V., Las reformas..., en GARCÍA RAMÍREZ / VARGAS CASILLAS (coordinadores), "Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)", op. cit., págs. 217 a 222. También, en menor medida, a GARCÍA RAMÍREZ, S., Comentario a la iniciativa de reforma..., en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", op. cit., pág. 1,089.

<sup>600</sup> Que en principio nos parece que es una buena declaración de intenciones, pues un sistema acusatorio efectivo bien puede ser garante de los derechos de los individuos. En ése sentido vid. ORTEGO PÉREZ, F., El juicio de acusación..., en Rev. "Poder Judicial", año 2003, núm. 69, pág. 236.

Es decir, es un hecho que hay una clara tendencia hacia la adopción de lo que se denomina como sistema acusatorio o también llamado en países sajones como adversarial, manifestando que se desea mejorar instituciones y elementos procesales del sistema jurídico mexicano.<sup>601</sup>

En otras latitudes, algunos países europeos ya han sido influenciados más o menos incisivamente en sus sistemas de enjuiciamiento criminal por el modelo adversarial, o se encuentran en situación parecida, casos como Alemania,<sup>602</sup> Italia<sup>603</sup> y España<sup>604</sup> son prueba de ello, aunque han mantenido características jurídicas propias y distintas con respecto del modelo estadounidense de referencia.

Ante lo dicho parece imponerse la realidad de que es cada vez más patente que los legisladores de los países que desean reformar sus sistemas procesales penales, sobre todo los de los países en Latinoamérica, ponen su interés en los sis-

---

<sup>601</sup> Al respecto nos ha llamado la atención una noticia publicada por la Agencia EFE (afo/esc), situada en Houston, Texas, el 13 de abril de 2007, en la que se recoge la visita de un grupo de jueces del estado mexicano de Puebla durante esta semana para estudiar el sistema legal estadounidense y explorar la posibilidad de importar ideas a las magistraturas de México.

<sup>602</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., págs. 31 y 47.

<sup>603</sup> CHIAVARIO, M., La reforma del proceso penal, Ed. UTET, Torino 1988, pág. 80, ahora la segunda edición, La Riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice, Ed. UTET, Torino 1990; VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., El nuevo proceso penal italiano, en Rev. Documentación Jurídica, año 1989, núm. 61, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1989, págs. 13 a 15; GUTIÉRREZ RELINCHES, A., La acusación en el proceso penal italiano. El papel del Ministerio Público y de la víctima, Ed. Colex, Madrid 2006, págs. 21 y 22; y CALVO SÁNCHEZ, M. C., La reforma del proceso penal, en Rev. "Poder Judicial", núm. 19, págs. 28 a 31

<sup>604</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica, en "Revista del Poder Judicial", año 2006, núm. Especial XIX, págs, 25 a 77.

temas procesales penales de países anglosajones.<sup>605</sup> México no parece que vaya a ser la excepción cuando le corresponda abordar, aunque ya de una manera tardía, los acuciantes problemas de la justicia, sobre todo del proceso penal, y su solución.

Por tanto, es necesario realizar un análisis de la esencia y contenido de aquéllo que se pretende adoptar, pues así se ha manifestado en México, para mejorar o transformar el vigente modelo procesal penal. Armonizar los postulados del modelo acusatorio al sistema procesal penal vigente ha de ser una tarea responsable. La doctrina especializada mira con detenimiento al principio acusatorio, estudiándolo en el campo del Derecho comparado e intentado aclarar bien su contenido, límites y sus consecuencias prácticas en el proceso penal.<sup>606</sup>

La verdad es que no resulta nada nuevo discutir sobre este principio, pero a pesar de ello no es posible determinar todavía sin duda lo que realmente significa. En nuestros días, es posible encontrar reconocidas opiniones que atribuyen al principio acusatorio otros tantos principios jurídicos, abusando de su alcance,<sup>607</sup> pero también la diametral opinión de autores, como MONTERO AROCA, que le redefinen al máximo

---

<sup>605</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio..., en "Revista del Poder Judicial", op. cit., págs. 26 a 27.

<sup>606</sup> Como ya hemos citado, recientemente GÓMEZ COLOMER, J.-L., ha hecho público lo que ya venía sosteniendo en diversos foros académicos ante el movimiento en España de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal con posible influencia del modelo imperante en USA. El autor analiza la relación existente entre el *Adversarial System*, proceso acusatorio y principio acusatorio y sus resultados nos hacen reflexionar sobre la más que probable realidad que tal vez todo lo que se pueda esperar del modelo norteamericano ya es una realidad en el modelo español. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio..., en "Revista del Poder Judicial", op. cit., págs, 25 a 77.

<sup>607</sup> Como lo expone ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 265 y 266.

hasta el punto de llegar a la conclusión que en realidad no aporta nada nuevo, en términos jurídicos, a lo que por proceso penal puede y debe esperarse.<sup>608</sup>

Lo cierto es que existe poca claridad debido a la confusión de manifestar como acusatorio a todo sistema que aplica el Derecho Penal de forma distinta a lo que lo haría otro sistema denominado inquisitivo.

La intención que tenemos en este apartado no es contribuir a precisar lo que es principio acusatorio, sino que pretende algo mucho más modesto que es sentar progresivamente los lineamientos generales jurídicos o bases estructurales para una propuesta de un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal mexicano, que permita abandonar definitivamente el caduco sistema de enjuiciamiento que impera en la legislación mexicana hacia uno mejor y más acorde con las garantías con-

---

<sup>608</sup> MONTERO AROCA, J., El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual, en Revista "Justicia", año 1992, núm. IV, págs. 775 y ss. Publicado también en "Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio", VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Córdoba 1993, págs. 175 y ss.; IDEM, La garantía procesal penal y el principio acusatorio, en Rev. "La Ley", año 1994, t. I, págs. 973 y ss. Publicado también en "Justicia y Sociedad", México 1994, págs. 525 y ss.; y en "Ensayos de Derecho Procesal", Barcelona 1996, págs. 581 y ss.; IDEM, La incompatibilidad de funciones en el proceso (crítica de la jurisprudencia del TEDH sobre la imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso), en "Roma e America. Diritto Romano Comune. Revista di Diritto dell'Intergrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina", año 2000, núm. 9, págs. 99 y ss.; IDEM, Principios del proceso penal..., op. cit., págs. 187 y ss.; IDEM, Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales (El sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, págs. 246 y ss.; IDEM, El Juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso), en Rev. "La Ley", año 1999, 16 de febrero; publicado también como Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, págs. 517 y ss.; IDEM, El significado actual del llamado principio acusatorio, en GÓMEZ COLOMER, J.-L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L. (coordinadores), op. cit., págs. 311; y, por último, IDEM, Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político, en GÓMEZ COLOMER, J.-L. (director), "Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2007, en prensa.

sagradas en la CM, y que todo esto pueda ser enmarcado dentro de las más avanzadas legislaciones de tipo acusatorio.

#### **A) Precisiones conceptuales**

Pero antes de abordar la propuesta de futuro sistema procesal penal, es útil señalar la cercanía que pueden llegar a tener algunos conceptos jurídicos, concretamente de tres, como principio acusatorio, proceso acusatorio y sistema acusatorio. El tema en concreto, y como hemos adelantado, ya lo aborda ampliamente GÓMEZ COLOMER y de su estudio puede decirse que la doctrina advierte de cierta confusión en ello.<sup>609</sup>

Primero, es difícil establecer lo que por principio acusatorio se ha de comprender, sobre todo cuando en Europa no se encuentra su contenido de forma pacífica, y en los Estados Unidos ni siquiera se hace referencia al mismo. Lo importante para la doctrina norteamericana, dice GÓMEZ COLOMER, es el sistema o el proceso, no el principio en sí mismo.<sup>610</sup>

Por otra parte, en México, BRISEÑO SIERRA partía de la separación del binomio "principio acusatorio" para explicarle. Por un lado, apuntaba que por principio podía decirse significa que es la "orientación" dada por el legislador a un conjunto normativo cualquiera, orientación que es producto del sentido teórico imperante en la política sobre el orden jurídico positivo. Pero la función de los principios, razonaba, no es especialmente normativa sino técnica. Su carácter directriz permite la coordinación de las soluciones que pueden aportarse cuando hay un problema de interpretación a ese

---

<sup>609</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio..., en "Revista del Poder Judicial", op. cit., págs, 25 a 39.

<sup>610</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio..., en "Revista del Poder Judicial", op. cit., págs, 33.

grupo de normas. En cuanto a lo acusatorio, no sabría explicar muy bien, decía el autor, por qué habría de ser identificado con procesos diversos de lo inquisitivo. Apoyando esa reflexión, nos recuerda que han existido procesos que se califican de acusatorios y no son precisamente más liberales y garantistas de lo que era la inquisición.<sup>611</sup>

BRISEÑO SIERRA vienen a decir que por la combinación de principio con acusatorio no se consigue aclarar nada en concreto, sentido que nos parece es el presentado también por ARMENTA DEU al mencionar que suele citarse incorrectamente por lo que no se consigue claridad,<sup>612</sup> porque acusar semánticamente significa imputar a alguien un delito, y derivadamente perseguir al culpable. Así, el principio acusatorio llevaría a suponer un proceso que pretende el castigo de alguien, y esto es claramente insuficiente para distinguir los procedimientos inquisitivos de los acusatorios.

Por su parte MONTERO AROCA tampoco le atribuye significado jurídico especial, ni siquiera nuevo, de tal manera que bien podríamos asumir hoy en día que no significa nada especial desde un punto de vista jurídicamente dicho. Conclusión premonitoria ésta de MONTERO AROCA nos dice GÓMEZ COLOMER, pero que no pretendemos ahondar aquí sobre algo que no se encuentra a nuestro alcance, y que además el propio autor argumenta, razonadamente, de mejor manera.<sup>613</sup>

---

<sup>611</sup> Véase a BRISEÑO SIERRA citando a MANZINI, V., Tratado de Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 34, en BRISEÑO SIERRA H., El principio acusatorio..., op. cit., págs. 47 y 48.

<sup>612</sup> ARMENTA DEU, T., Lecciones de Derecho Procesal Penal, Ed. Marcial Pons, 2ª ed., Madrid 2004, pág. 55.

<sup>613</sup> En reciente ponencia pronunciada en octubre de 2006 en la Universidad Jaume I de Castellón de la Plana, España, en la que pudimos estar presentes, el Prof. MONTERO AROCA ha recapitulado un poco lo que viene sosteniendo sobre lo "acusatorio" (principio, proceso, sistema) y su posible contenido jurídico. Nos remitimos a los trabajos citados *supra* al respec-

Lo cierto es que, en esta tesis, asumimos que por principio acusatorio ha de entenderse algo contrario a lo inquisitivo, es decir una directriz diversa, porque pueden ubicarse características distintas entre ellos como podremos decir más adelante. Además, lo acusatorio lo identificamos con las partes procesales activas y con un tercero imparcial que garantiza un proceso justo de acuerdo a los principios jurídicos que aceptamos que son más acordes a un régimen democrático y de derecho moderno. Creemos que este enfoque, aún bajo riesgo de la poca claridad, ya advertida por la doctrina, que sobre el término principio acusatorio existe, su confusión o inclusive de su probable vacío jurídico, nos sirve ahora para afrontar una propuesta de nuevo proceso penal federal en México.

Como segundo y tercero, en parte por no tener claridad con el principio acusatorio, se lleva a identificarle con sistemas jurídicos, resultando en calificaciones de acusatorios si están en contraposición de los inquisitivos. Al decir sistema de enjuiciamiento criminal se pretende que esto haga referencia a la configuración total del proceso penal, lo que da cabida para hablar sobre esos distintos "sistemas jurídicos". Sin embargo, no podemos asumir que hablar de un proceso acusatorio implique una "clase" de proceso, pues no existen los procesos inquisitivos.

Es decir, en general se habla de sistema inquisitivo y de sistema acusatorio. Cuando se trata de principio acusato-

---

to y a la futura publicación, que se encuentra en prensa, de ésta y otras ponencias.



rio, por contra, se hace referencia específica a un elemento concreto del proceso.<sup>614</sup>

La precisión anterior es relevante, sobre todo ante la consideración que el Derecho Penal necesita ser aplicado por medio de un efectivo instrumento jurídico. El proceso penal ha sido creado técnicamente para que éso sea posible, y se le ha dotado de una garantía jurisdiccional, que confirma el principio de legalidad, y se refleja en tres monopolios básicos: 1) La titularidad del *ius puniendi* por el Estado; 2) El Derecho Penal sólo es aplicable por los tribunales del Estado; y, 3) El Derecho Penal sólo puede aplicarse por los tribunales mediante el instrumento del proceso, y no de cualquier otra forma, lo que sitúa al mismo como necesario.<sup>615</sup>

Como ha dicho MONTERO AROCA con toda precisión, el sistema inquisitivo no supone un verdadero proceso, pues considera la atribución de funciones persecutorias (la función de acusar) e imposición de penas (la función de juzgar) a una sola persona, u órgano del Estado, que posee las facultades de indagación para conocer la verdad de los hechos, buscar

---

<sup>614</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., El principio acusatorio..., en Rev. "Justicia", op. cit., pág. 776; DÍAZ CABIALE, J. A., Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez, Ed. Comares, Granada 1996, pág. 209; GÓMEZ COLOMER, J.-L., La procedure pénale face au principe accusatoire: La position adoptée par la Ministère Publicen Espagne et dans les principaux pays Latino-Américains. Influences Européennes et Nord Américaines, en "Revue Internationale de Droit Pénal", año 1997, vol. 68, págs. 62 y 63; e IDEM, El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., págs. 35 a 38.

<sup>615</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., El principio acusatorio..., en Rev. "Justicia", op. cit., pág. 777; IDEM, Los Principios del proceso penal..., op. cit., págs. 16 y ss.; IDEM, La garantía procesal penal y el principio acusatorio, en Rev. "La Ley", año 1994-1, pág. pág. 973; IDEM en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, págs. 356 y ss.; IDEM, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 21 y ss.; ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 266 y ss.; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 37.

las evidencias y, después de valorar todos los elementos, dictar sentencia.<sup>616</sup>

El sistema acusatorio puro se caracteriza por la igualdad absoluta en que se posicionan las partes procesales, siendo que el juez, como tercero imparcial, asiste al desarrollo de la contienda como si fuera un simple espectador. En efecto, podemos hablar de proceso, pues en lo acusatorio se dan elementos del juez imparcial, dualidad de posiciones y contradicción. En forma contraria, lo inquisitivo no contempla distinción principal entre la acusación y la función de juzgar.<sup>617</sup>

Siguiendo al autor MONTERO AROCA, observando las características generales antes dichas, es posible establecer que no hay en realidad dos modelos procesales opuestos de aplicación del Derecho Penal, y no considerar esta matización puede llevarnos a la confusión conceptual.<sup>618</sup> Tampoco es difícil imaginar que ninguno de los dos sistemas alcanza el objeto de un proceso penal justo y con todas las garantías, puesto que presentan ventajas y desventajas en ese sentido.<sup>619</sup>

---

<sup>616</sup> MONTERO AROCA, J., La garantía procesal penal..., en Rev. "La Ley", op. cit., pág. 976.

<sup>617</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., El principio acusatorio..., op. cit., pág. 776; IDEM, La garantía procesal penal..., op. cit., pág. 975; e IDEM, Principios del proceso..., op. cit., págs. 25 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A. / ARAGONESES MARTÍNEZ, S. / HINOJOSA SEGOVIA, R. / MUERZA ESPARZA, J. / TOMÉ GARCÍA, J. A., Derecho Procesal Penal, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 5<sup>o</sup> ed., Madrid 2002, págs. 62 y 63.; MORENO CATENA, V., Derecho Procesal Penal, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2005, págs. 47 a 50; GIMENO SENDRA, V., Fundamentos del Derecho Procesal (jurisdicción, acción y proceso), Ed. Civitas, Madrid 1981, pág. 191; e IDEM, en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, 3<sup>a</sup> ed., Madrid 2000, pág. 77.

<sup>618</sup> MONTERO AROCA, J., La garantía procesal penal..., op. cit., págs. 975 y 976.

<sup>619</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 37.

Los legisladores de cada país, concientes o no, han pretendido utilizar las ventajas de ambos sistemas hasta configurar uno mixto, en aras de alcanzar un mejor equilibrio entre la necesidad de sancionar el delito y la libertad de los individuos.<sup>620</sup>

En México la intención ha dado como resultado una mixtura procedimental en el CFPP que creemos ha derivado en una distorsión de sistemas, es decir que no queda claro si en fase preliminar estamos sólo ante facultades inquisitoriales si fuere el caso, para luego, ya en el proceso, encontrar en la fase principal la incidencia plena de los principios identificados con lo acusatorio. Esta confusión ha de ser aclarada y por eso abordaremos en forma general lo que por esos "sistemas jurídicos" se ha comprendido.

## **B) Sobre los sistemas de enjuiciamiento criminal. Breves antecedentes históricos y características generales**

La doctrina moderna comprende que la distinción entre "sistemas" de enjuiciamiento debe servir ya a fines sólo dogmáticos, puesto que puede resultar poco práctico y en bastantes ocasiones hasta confuso, por lo que debemos comenzar a considerar la división como cosa del pasado.<sup>621</sup>

Sin desconocer lo anterior, nos serviremos de cierta esquematización como punto de apoyo, alcanzada por la doctrina a través del estudio de los elementos de cada sistema, con la

---

<sup>620</sup> MARTÍNEZ ARRIETA, A., La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio, Ed. Comares, Granada 1994, pág. 23.

<sup>621</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., El principio acusatorio..., op. cit., pág. 777; IDEM, Principios del proceso penal..., op. cit., pág. 29; IDEM, La garantía procesal penal..., pág. 975. También resaltado por GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 37; y ALMAGRO NOSETE, J., Derecho Procesal..., op. cit., págs. 42 y 45; entre otros.

intención de esclarecer mejor la situación lamentable del vigente modelo de enjuiciamiento penal en México, y a su vez establecer claramente los conceptos necesarios para un nuevo modelo que verdaderamente sea procesal penal de aplicación del Derecho Penal en nuestro país.

Lo que hoy puede considerarse un sistema acusatorio es producto de una evolución del proceso penal.<sup>622</sup>

## **1. Acusatorio**

Tanto a la antigua Grecia como a Roma, en su último siglo, se les considera germen de un procedimiento penal en el cual era presentada y sostenida la acusación por persona distinta del juez. La denominación de acusatorio puede no ser tan precisa, pero ya se articulaba un proceso penal acusatorio en Roma.<sup>623</sup>

MOMMSEN nos dice que la *acussatio* se distingue por no corresponderle a un magistrado que se dedicaba a la deliberación y la sentencia, siendo un representante de la colectivi-

---

<sup>622</sup> GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 79.

<sup>623</sup> En realidad existe imposibilidad de conseguir una definida vida histórica del llamado proceso penal acusatorio. Se suele hacer referencia a la Grecia de Sócrates y a la Roma clásica, como momentos en los que imperaban las características del sistema acusatorio. Vid. AGUILERA DE PAZ, E., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ed. Reus, t. III, 2ª ed., Madrid 1924, págs. 10 a 14; FAIRÉN GUILLÉN, V., Doctrina General..., op. cit., pág. 49; MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 16; IDEM, Principios del proceso penal..., op. cit., pág. 25; GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 79 y 80; ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 13. También puede verse una breve descripción histórica, desde el punto de vista privatista del ilícito penal, del proceso penal acusatorio en DÍAZ CABIALE, J. A., Principios de aportación de parte y acusatorio..., op. cit., págs. 202 a 207; también a HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., págs. 32 y 33. También puede verse un desarrollo desde los orígenes de leyes romanas del sistema acusatorio y sus relaciones con leyes modernas en BURDICK, W. L., The Principles of Roman Law and their relation to modern Law, Ed. WM. W. Gaunt & Sons, Inc., Florida 1989, págs. 626 a 719.

dad el que la ejercía (*accusator*).<sup>624</sup> En principio, la persecución de los delitos era cuestión privada, por lo cual el interés social no tenía lugar, aún cuando conociese de los delitos el juez. Cuando el Estado se atribuye el derecho de penar se contempla ya una distinción entre lo público y lo privado, y con ello acontece un avance de civilización. La división se adapta de mejor manera a la tutela de los intereses que se presentaban en la sociedad.<sup>625</sup>

Los principios orientadores básicos más destacables de este sistema de enjuiciamiento fueron los siguientes:<sup>626</sup>

a) La necesaria acusación propuesta y sostenida por persona distinta del juez, quien sólo estaba encargado de la decisión.

b) La publicidad afectaba a todo el procedimiento.

c) La oralidad durante el proceso.

d) La igualdad de cargas y derechos para las partes (el llamado principio de "igualdad de armas"), aunque con reservas.

---

<sup>624</sup> Vid. MOMMSEN, T., Derecho Penal Romano, trad. P. Dorado, Ed. Temis, Bogotá 1991, págs.130 y 131; título original de la obra en alemán Römisches Strafrecht, Ed. Duncker & Humblot, Leipzig 1899, págs. 189 y 190; resaltado también por MANZINI, V., Tratado..., op. cit., t. I, pág. 6.

<sup>625</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en TIJERINO PACHECO / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), Manual de Derecho Procesal..., op. cit., pág. 34.

<sup>626</sup> Véase la estructuración comparativa entre sistemas en MONTERO AROCA, J., Principios del proceso penal..., op. cit., págs. 26 y 27; GÓMEZ COLOMER, J.-L., en TIJERINO PACHECO / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), Manual de Derecho Procesal..., op. cit., pág. 35; DÍAZ CABIALE, J. A., quien recoge en resumen otras tantas marcadas por la doctrina que vienen a significar alguna generalización también aceptada, en Principios de aportación de parte y acusatorio; la imparcialidad del juez, Ed. Comares, Granada 1996, pág. 206; VÁZQUEZ SOTELLO, J. L., El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español, en Rev. "R.J.Cat.", año 1984, núm. 2, pág. 374; y también a RIVERA SILVA, M., El procedimiento penal, op. cit., págs. 182 a 186; PETRONE, M., El principio acusatorio, en "Justicia y Sociedad", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1994, pág. 507; entre otros.

e) La exclusión de la libertad del juez para acumular pruebas, fueran de cargo o de descargo, paralelamente a las aportadas por las partes.

f) Aportación de pruebas por medio del acusador y del acusado, es decir por las partes.

g) Libertad personal del acusado para afrontar el proceso y hasta que se dictaba sentencia, en el sentido de adelantar la pena antes que lo determinara una sentencia condenatoria.

## **2. Inquisitivo**

El Derecho Canónico contemplaba un proceso penal propio que influye, mezclado con elementos del Derecho Romano, en un procedimiento penal diverso llamado inquisitivo, pero que toma algunos elementos del proceso acusatorio en declive por el auge del Derecho Canónico durante la Alta Edad Media (siglos VIII al XII). Es decir, en realidad estamos en sistemas que prevén superposición de funciones y competencias entre los órganos de acusación y juzgamiento, por lo que se gesta un sistema distinto denominado inquisitivo.<sup>627</sup>

Las notas que se consideran esenciales pueden esquematizarse de la siguiente manera:<sup>628</sup>

a) La intervención *ex officio* del juez.

b) El secreto en el procedimiento con respecto al inculgado y de cara al público.

---

<sup>627</sup> AGUILERA DE PAZ, E., Comentarios..., op. cit., págs. 10 a 14.

<sup>628</sup> Vid. FAIRÉN GUILLÉN. V., Doctrina General..., op. cit., pág. 50; MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 15; PETRONE, M., El principio acusatorio, en "Justicia y Sociedad", op. cit., pág. 509; entre otros.

c) El desarrollo y la defensa del mismo se manifestaron de forma escrita.

d) La aglutinación de poderes de acusar y juzgar en la persona del juez-acusador.<sup>629</sup>

e) La plena libertad del juez en la búsqueda de pruebas.

f) La ausencia de todo derecho del imputado en la misma búsqueda.

g) La prisión provisional del imputado durante el procedimiento.

En síntesis, en el sentido que expresa BRISEÑO SIERRA, lo que caracteriza lo inquisitorial no son elementos aislados de quién hace investigación, acusación, y juzgamiento, sino que el mismo juez que dicta sentencia participe en la acusación.<sup>630</sup> Entendiendo esto en otro tema, lo inquisitivo determina que el juez o tribunal analiza las pruebas y desarrolla el proceso prescindiendo de las partes, que no tienen otra condición que la de testigos.<sup>631</sup>

### **3. Mixto**

El sistema mixto ha sido adoptado por muchos países de Europa, que siguieron en su momento al modelo de Francia introducido por el *Code d'instruction criminelle* de 1808, entre

---

<sup>629</sup> Tres son las manifestaciones en que se descompone la figura del juzgador parte: juez-acusador, juez-accionante y juez-defensor. Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Situaciones intermedias y dudosas relativas al juzgador, en "Estudios de Teoría General e historia del proceso", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, t. I, México 1974, pág. 248.

<sup>630</sup> BRISEÑO SIERRA, H., El principio acusatorio..., op. cit., pág. 57.

<sup>631</sup> Vid. GOLDSCHMIDT, J., Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Ed. Bosch, Barcelona 1935, pág. 67; y en ése sentido SERRA DOMÍNGUEZ, M., Juicio oral, en "Estudios de Derecho Procesal", Ed. Ariel, Barcelona 1969, pág. 206.

ellos Alemania, Italia y España.<sup>632</sup> El sistema mixto es también conocido como sistema acusatorio formal por sus características, o como proceso penal reformado en Alemania, por ejemplo.<sup>633</sup>

En el sistema se encuentra una combinación de elementos en el que, como el sistema inquisitivo, la investigación y persecución de los delitos es encomendada a un órgano público, pero no es éste el juzgador; y la fase de juicio se desarrolla por las partes.<sup>634</sup>

El sistema mixto se distingue posteriormente por la división esencial en dos fases: el sumario y el juicio oral. Pese a esta división de funciones, se lleva lo acusatorio al sumario mediante la publicidad, contradicción y el principio de defensa.<sup>635</sup>

La idea de nombrarle de esta manera nos supone también una transacción entre lo acusatorio y lo inquisitivo, generando un modelo combinado, pero ajustado a nuestro tiempo,

---

<sup>632</sup> PRIETO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 289; también MARTÍN Y MARTÍN, J. A., Instrucción penal y derecho a la tutela judicial efectiva, en Rev. "Actualidad Penal", año 1990 octubre, núm. 36, pág. 393.

<sup>633</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en TIJERINO PACHECO / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), Manual de Derecho Procesal..., op. cit., pág. 34 a 37.

<sup>634</sup> En cuanto a las características, de manera enunciativa y no limitativa, FAIRÉN GUILLÉN, V., Doctrina General..., op. cit., págs. 49 a 51; MONTERO AROCA, J., Principios del proceso penal..., op. cit., pág. 26; IDEM, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 14 a 16. Desde otro punto de vista, pero siempre tratando las características de las formas inquisitiva y contradictoria, véase a DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / DíEZ-PICAZO / VEGA TORRES, Derecho Procesal. Introducción, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 3ª ed., Madrid 2004, págs. 74 a 87; ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 29; GÓMEZ COLOMER, J.-L., en TIJERINO PACHECO / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), Manual de Derecho Procesal Penal..., op. cit., págs. 34 y 35; y en México, RIVERA SILVA, M., El procedimiento penal, op. cit., págs. 182 a 186; y HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., pág. 31 a 35.

<sup>635</sup> ALMAGRO NOSETE, J., Derecho Procesal..., op. cit., págs. 45 y 56.



que reconocería como parte del modelo general un etapa no procesal de investigación del delito y de su probable autor y otra procesal en la que se presentaría la acusación, se llevaría la actividad probatoria y finalmente se dictaría juicio resolutivo. En definitiva, esto abandona en cierta manera la aplicación del Derecho Penal por medio de un no proceso.<sup>636</sup>

Las características principales de este sistema son las siguientes:

a) Las funciones de acusar y de juzgar están separadas en distintos órganos: el Ministerio Fiscal o Público por un lado, que puede ejercitar la acción penal en forma única en cuanto ostente un monopolio o, bien, se permita lo haga también el ofendido, o incluso el no ofendido por el delito.

b) La vigencia del principio acusatorio que determina que no hay juicio sin acusación, siendo la alternativa a la apertura del juicio el sobreseimiento.

c) La existencia de dos fases del proceso. La primera, la de investigación del delito, circunstancias y presunto responsable del mismo, sirviendo toda esta investigación para determinar si se ha de acusar o no; la segunda, la fase de juzgamiento, en donde se han de practicar las pruebas que corroboren los datos obtenidos durante la primera fase. De acuerdo a esto, la primera fase se ve sometida a un principio inquisitivo, y la segunda, la del juicio o vista, a las del acusatorio.<sup>637</sup>

---

<sup>636</sup> Considérese que, según el orden de aparición histórica, se presentó primero un sistema de tipo acusatorio, pero no de la forma en que ahora lo podemos entender. Vid. MONTERO AROCA, J. en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 14 y 15; y PRIETO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 289.

<sup>637</sup> En algunos países de Europa, como España, Francia y en parte Portugal, de la fase sumarial conoce un juez llamado de instrucción. Por tanto, la figura del Ministerio Fiscal no es la que instruye, como, en cambio, sí sucede en Alemania y en Italia. Los países sajones tienen también esta

d) La vista o el acto del juicio oral se rige por los principios de oralidad, publicidad y contradicción o audiencia. La parte fundamental es que el órgano jurisdiccional se forma convicción para la sentencia con base en las aportaciones que en este acto hagan las partes, y no en la fase de investigación.<sup>638</sup>

e) Se puede decir, aunque hoy es discutible, que el juicio con jurado resulta connatural al sistema acusatorio formal.<sup>639</sup>

## **II. EL PRINCIPIO ACUSATORIO REFLEJADO EN LOS SISTEMAS ACUSATORIOS DE ESPAÑA, ALEMANIA Y ESTADOS UNIDOS**

Sistemas jurídicos más avanzados, y que pueden servir de modelo comparativo de estudio, han adoptado el principio acusatorio en sus sistemas procesales penales como eje esencial en los enjuiciamientos criminales. Para esta tesis sólo consideraremos los casos específicos de España, Alemania y Estados Unidos, puesto que en todos rige un proceso penal con principio acusatorio, con singulares repercusiones y características a tener en consideración.

---

última configuración. De la fase del juicio conoce un juez, con o sin Jurado (o Escabinato). Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en TIJERINO PACHECO / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), Manual de Derecho Procesal..., op. cit., pág.37.

<sup>638</sup> La oralidad es el instrumento que mejor sirve para estos propósitos. Como puede verse en la legislación española (con un sistema mixto) y en los países sajones (sistema acusatorio puro).

<sup>639</sup> Al respecto GÓMEZ COLOMER nos dice que la figura del Jurado viene a reforzar al sistema de enjuiciamiento criminal, pues significa la participación del pueblo en el único Poder en que hasta ahora no lo hacía, pues resulta difícil articularlo. El autor reconoce, no obstante, que la falta de esta figura no viola principios esenciales del sistema mixto. Puede verse una explicación sobre la figura del Jurado de GÓMEZ COLOMER, J.-L., en Manual del Jurado..., op. cit., en específico págs. 17 y 18; e IDEM en TIJERINO PACHECO / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), Manual de Derecho Procesal..., op. cit., pág. 37 y 38.

Así, España, que representa una influencia fundamental en la adopción de instituciones jurídicas en nuestro país, además de la rica cultura e historia que nos relaciona,<sup>640</sup> nos importa por su modelo acusatorio formal en el cual prevalece la figura del juez de instrucción como titular de la investigación. Esta característica no supone una incongruencia de funciones y el legislador español ha resuelto el dilema de no reunir en un mismo órgano dos funciones tan distintas como la de acusar y juzgar, otorgando la tarea de enjuiciar el resultado de la investigación a juez distinto a aquél que instruyó, así como la de hacer ejecutar lo juzgado como puede desprenderse del art. 117.3 CE.<sup>641</sup>

Para nosotros, esta forma de organización demuestra la valía que se otorga de conjunto a la jurisdicción y a la persona encargada de la misma. Un juez de instrucción representa en España una garantía más de legalidad en la investigación y un juez distinto cumple con la función de juzgar ante la ne-

---

<sup>640</sup> Al respecto de la legislación española que imperó en época colonial en México, puede verse un resumen en FLORIS MARGADANT, G., Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, op. cit., en especial sus primeras páginas; y SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 57 a 63.

<sup>641</sup> En el mismo contexto hay jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, proponiendo claramente la separación de las funciones de instrucción y de decisión de los jueces de instrucción, por ser contraria a los arts. 5.3 y 6.1. del "Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales", de 1950, cuyos textos americanos equivalentes son los arts. 7.5 y 8.1 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (conocida como "Pacto de San José de Costa Rica"), de 1969. Vid. las SS TEDH en los casos SCHIESSER, de 4 de diciembre de 1979, FD 24° A 31°, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de Jurisprudencia 1959-1983, Ed. Cortes Generales, Madrid 1981, págs. 597 y ss.; también a PIERSACK, de 1 de octubre de 1982, FD 27° a 33°, en Tribunal Europeo de Derechos Humanos..., op. cit., págs. 869 y ss.; DE CUBBER, de 26 de octubre de 1984, FD 23° a 30°, en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987, Ed. Cortes Generales, Madrid 1988, págs. 255 y ss.; y Huber, de 23 de octubre de 1990, FD 37° a 43°, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional, año 1994, núm. 155, págs. 301 y ss.

cesidad que sólo el Poder Judicial puede absolver o condenar al acusado.<sup>642</sup>

Alemania presenta el caso de la aglutinación de la tradición europea y la influencia del llamado sistema acusatorio que domina en países como Inglaterra y los Estados Unidos. El proceso penal alemán fue desarrollándose con gran influencia del proceso penal francés y del proceso penal inglés. Tras períodos de malos recuerdos mundiales entre 1939 y 1945, el control de las potencias de ocupación implicó cambios variados en la vida de este gran país y las leyes no fueron excepción. En el presente, el enjuiciamiento criminal alemán representa una combinación entre lo inquisitivo y lo acusatorio en sus diferentes fases de desarrollo. El modelo es un excelente marco de comparación ante la coincidencia con el modelo mexicano de algunos aspectos institucionales.<sup>643</sup>

Los Estados Unidos pueden representar el ejemplo típico de los estudios comparados sobre la manifestación del principio acusatorio en los sistemas de enjuiciamiento criminal. El sistema acusatorio se configura allí de la forma más pura que se conoce. Además, es el sistema que tiene mayor influencia últimamente sobre América Latina.<sup>644</sup> Así, es la forma más conocida en la actualidad de un modelo de enjuiciamiento crimi-

---

<sup>642</sup> Si bien el fundamento no resulta tan claro, según advierte la doctrina, éste puede desprenderse como consecuencia de los arts. 117.3 y 24.1 de la CE. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 123.

<sup>643</sup> Con respecto de los antecedentes históricos y fuentes del Proceso Penal Alemán véase a GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., págs. 29 a 38; también a FISHER, H., The German legal system and legal language, Ed. Cavendish Publishing Limited, 3ª ed., Londres 2002, págs. 175 a 180.

<sup>644</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., Sistema acusatorio puro y reforma procesal penal..., en GÓMEZ COLOMER, J.-L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L. (coordinadores), "Terrorismo y proceso penal acusatorio", op. cit., pág. 339 a 342.

nal con base en el sistema acusatorio puro. Las partes tienen un papel más acentuado que el juez.<sup>645</sup>

#### **A) España**

La CE<sup>646</sup> consagra en su importante art. 24 la mayoría de principios que informan el sistema de enjuiciamiento penal. Durante el desarrollo del citado art. no se hace mención alguna al principio acusatorio o sistema adversarial.<sup>647</sup> No obstante, los tribunales sí hacen permanente referencia al mismo con el dictado de sus sentencias.<sup>648</sup>

El legislador español adopta un enjuiciamiento criminal con predominio de un sistema acusatorio formal o mixto,<sup>649</sup> con clara inspiración del principio acusatorio.<sup>650</sup> A su vez, éste sistema se ve reforzado con el reconocimiento de otros principios como la libre apreciación de la prueba y la máxima de la presunción de inocencia. Así, en el enjuiciamiento criminal español, las pruebas se valoran con arreglo a criterios racionales.

---

<sup>645</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 18.

<sup>646</sup> Constitución española de 27 de diciembre de 1978.

<sup>647</sup> Vid. ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 33.

<sup>648</sup> S TC 54/1985, de 18 de abril; SS TS 9 de septiembre de 1989 (RA 6327); 20 de julio de 1990 (RA 3900, 4439 y 6792) y 15 de abril de 1991 (RA 2785); recientemente, S TC 59/2000 (Pleno), de 2 marzo, (RTC 2000\59); y S TS 1210/2005 (Sala de lo Penal), de 28 de octubre (RJ 2005/8168); entre muchas otras.

<sup>649</sup> RUIZ VADILLO, E., El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, Ed. Actualidad Editorial, Madrid 1994, pág. 141; también PRIETO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 289, BUENO ARUS, F., Los rasgos fundamentales de la fase preparatoria del proceso penal en el Derecho español, en "Revista General del Derecho", año 1983, pág. 1,723; entre otros.

<sup>650</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 39.

La CE adopta en su art. 24.2 el importante principio de presunción de inocencia, contemplado a nivel internacional por el art. 6.2 del CEDH vigente en España tras su ratificación, y también se implementa el principio jurisprudencial *in dubio pro reo*.<sup>651</sup>

En España, el proceso penal puede dividirse en tres fases: la fase de instrucción; una fase intermedia; y la fase de juicio oral. En general se contemplan varias etapas procesales como la de declaración, en la que se juzga y se pide al juez la condena de una persona tras la celebración de un juicio oral; la ejecución, en la que se ejecuta lo juzgado anteriormente y se da cumplimiento a la sentencia condenatoria; y la cautelar, no prevista de forma directa en la CE pero muy evidente ante la necesidad de hacer efectivo, llegado el momento, el cumplimiento de la sentencia condenatoria.<sup>652</sup>

Ante la creciente *anglosajonización* jurídica, mediante reformas a la LECrim,<sup>653</sup> se ha venido reconociendo una fase denominada policial. En esta fase previa a la de instrucción judicial la policía asume el papel de investigar el delito, aunque por ahora sólo en los procesos abreviados (arts. 769 a 772 LECrim) y en el proceso penal especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 796 LECrim). La asignación de funciones se ha fundamentado en la realidad que

---

<sup>651</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal español, op. cit., pág. 10; sobre el principio de presunción de inocencia vid. VÁZQUEZ SOTELLO, J. L., Presunción de inocencia..., págs. 280 y ss.

<sup>652</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 119.

<sup>653</sup> Promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (Gaceta de Madrid, del 17 de septiembre al 10 de octubre de 1882).

la investigación es tarea de la policía y no del fiscal o juez.

## **1. Distinción entre la instrucción y el juicio**

La LECrim y la LOPJ<sup>654</sup> proporcionan el esquema legal que da forma al sistema acusatorio formal imperante en España. Una de las manifestaciones es la esencial distinción de funciones de instrucción y de enjuiciamiento. La instrucción y formación del sumario se encarga por regla general a un juez instructor, aunque existe también la posibilidad en el proceso penal abreviado de la instrucción por el Ministerio Fiscal,<sup>655</sup> mientras que a un juez decisor distinto unipersonal o colegiado se le encomienda el juicio oral y el fallo del objeto del proceso.<sup>656</sup>

La instrucción representa, básicamente de acuerdo con el art. 299 LECrim, todo el conjunto de actuaciones dirigidas a preparar el juicio y que son realizadas para averiguar y hacer constar las circunstancias del hecho delictivo objeto de investigación que puedan servir para su calificación jurí-

---

<sup>654</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>655</sup> Por eso suele decirse que existen dos clases de procedimientos preliminares, según sea competencia del juez de instrucción o del Ministerio Fiscal. La posibilidad que el fiscal instruya en España existe desde el año de 1988, fecha de introducción del proceso penal abreviado. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 119 y 123.

<sup>656</sup> Desde el inicio la clara separación de funciones estuvo prevista en España, pero esto se modificó por Ley de 8 de abril de 1967 y por la Ley Orgánica de 11 de noviembre de 1980, en la que se encomienda al Juzgado de Instrucción el conocimiento de delitos menos graves, incluyendo así la fase de investigación y de enjuiciamiento a un mismo juez. La situación se restablece con la Ley Orgánica de 28 de diciembre de 1988, de Demarcación y Planta Judicial (BOE 30-12-1988), la cual crea los Juzgados Penales con la tarea de conocer del juicio oral. La LOPJ a su vez prevé ante el conocimiento de la instrucción (supuesto de personas aforadas) de un órgano jurisdiccional colegiado, que uno de los magistrados de la Sala actúe como instructor pero no pudiendo participar del enjuiciamiento posterior (vid. arts. 57.2; 61.2; y, 73.4).

dica, así como a sus autores, asegurando a las personas y responsabilidades de carácter pecuniario de los mismos.<sup>657</sup>

La finalidad antes dicha representa la principal para la LECrim, siempre que existiendo acto de imputación se celebre el juicio oral, pues en realidad la instrucción puede servir también para otros fines como: impedir que se abra el juicio oral ante la falta de elementos suficientes para ello; práctica de actos de investigación y de prueba anticipada; y práctica de actos cautelares como la prisión y libertad provisional.

La actividad realizada en el procedimiento preliminar puede ser entendida como administrativa,<sup>658</sup> o como jurisdiccional, incluso como mixta.<sup>659</sup> Sin embargo, se mantiene su naturaleza jurisdiccional con base en el argumento que únicamente con el sumario puede resolverse la condena o absolución, tanto penal como civil, del acusado. Por ejemplo, cuan-

---

<sup>657</sup> Legalmente, el procedimiento preliminar se denomina "sumario" en el proceso penal ordinario por delitos más graves, "diligencias previas" en el proceso penal abreviado y "diligencias urgentes" en el proceso penal para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 120.

<sup>658</sup> Porque se realizan actos por el juez que son administrativos, además porque intervienen órganos no jurisdiccionales como la Policía Judicial, y porque ninguna de sus decisiones tienen el carácter de definitivas, sino que pueden ser revocables.

<sup>659</sup> Preocupación creciente en España es si el proceso penal debe seguir siendo instruido por un juez, o si bien debe atribuírsele al Ministerio Fiscal como acontece en otros países europeos v.gr. Alemania, Italia o Portugal, produciéndose un cambio legal. La discusión doctrinal en España no es nueva y desde inicio trae tintes polémicos básicamente por entender que un modelo de instrucción en donde instruya el Ministerio Fiscal no va conforme a lo indicado por la CE. Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., La reorganización del Ministerio Fiscal español, en "Temas del Ordenamiento Procesal", t. I, Ed. Tecnos, Madrid 1969, págs. 516 y 517; GÓMEZ COLOMER, J.-L., La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal..., en "La reforma de la Justicia Penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Klaus Tiedemann, con ocasión de su nombramiento como Doctor *Honoris Causa* de la Universitat Jaume I de Castellón", op. cit., págs. 459 y ss.; IDEM, El Fiscal instructor, en Rev. "Justicia", op. cit., págs. 259 y ss.; e IDEM, El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., págs. 107 y ss.



do se conforma con la pena solicitada en la calificación provisional, pues entonces no hay juicio oral. Cuando hay sobreseimiento libre, con efectos de cosa juzgada, se actúa también con base única del sumario, lo que sería inconcebible si el procedimiento preliminar no tuviera naturaleza jurisdiccional. Las posibles lagunas legales pueden ser mejor resueltas de poseer esta actividad naturaleza jurisdiccional.<sup>660</sup>

La legislación española mantiene la asignación de esta fase al control del Poder Judicial.<sup>661</sup> Es importante observar que no es requisito ineludible asignar la instrucción al MP en detrimento de la figura del juez, bajo pretexto de mantener el sistema libre de influencias inquisitorias.<sup>662</sup> Es posible, y probablemente más coherente con un sistema jurídico científico, mantener la instrucción en manos del Poder Judicial, pues con base en su resultado puede decidirse la situación jurídica del individuo. Además, a los tribunales se ha asignado constitucionalmente la aplicación del Derecho Penal.

Los principios rectores de esta fase son ciertamente de naturaleza inquisitiva, pero no se dan en toda su pureza al

---

<sup>660</sup> Vid. FENECH NAVARRO, M., Derecho Procesal Penal, t. II, Ed. Labor, Barcelona 1960, págs. 989 y ss. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 122. DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 65.

<sup>661</sup> Existiendo aún la polémica, la legislación española sigue principalmente manteniendo el encargo de la instrucción al juez, aunque cuenta ya con algunas excepciones como la posible instrucción por el Ministerio Fiscal en el proceso penal abreviado y en el proceso con implicación de menores (proceso penal de menores previsto en la LO 5/2000, de 12 de febrero). Todas las causas penales las instruye un juez, según art. 87.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, y 14.2 de la LECrim. Como se ha dicho, el proceso penal abreviado es instruido por el fiscal cuando tenga conocimiento de hechos con apariencia de delito, bien sea directamente, o bien porque exista una denuncia o atestado, de acuerdo con el art. 773.2 LECrim.

<sup>662</sup> Puede verse al respecto a GÓMEZ COLOMER, J. L., La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal..., op. cit., págs. 459 y ss. También publicado en Internet en [www.cienciaspenales.org](http://www.cienciaspenales.org).

encontrarse limitados con otros del sistema acusatorio. Así, pueden encontrarse principios como la escritura de las actuaciones procesales y el secreto de las actuaciones que recae en la falta de publicidad hacia el público y no con respecto de las partes.

La fase intermedia comprende actos como la promoción de artículos de previo pronunciamiento que significan la paralización de procedimiento hasta que se resuelva sobre ellos (v.gr. la prescripción); las calificaciones provisionales de las acusaciones como de la defensa, pudiendo el acusado manifestar conformidad con la calificación, principalmente en el proceso abreviado; una serie de actos preparatorios de la vista como: la proposición de los medios de prueba, la resolución del órgano jurisdiccional sobre su admisión, proposición del incidente de recusación de peritos en su caso, solicitud de práctica anticipada de determinados medios de prueba, señalización en el auto sobre admisión de las pruebas del día para la vista o juicio oral en sentido estricto, la citación de peritos y testigos, la citación de las partes, entre otros.

Por último, se celebra la vista, o el juicio oral en sentido estricto, que vendría siendo en términos del CFPP el procedimiento de primera instancia, que se estructura primeramente con el auto de apertura del juicio oral, dictado por el órgano jurisdiccional competente, a partir del cual todos los actos devienen públicos (de cara a la sociedad en general, art. 649 LECrim), se lleva a cabo el debate jurídico de forma eminentemente oral ante el tribunal, compuesto de una o de varias sesiones según sean necesarias para la práctica de las pruebas y termina con la declaración formal de conclusión de la vista (art. 740 LECrim), previa a la sentencia.

En clara diferenciación con la instrucción, los principios rectores del proceso penal alcanzan en esta fase mayor plenitud. Podemos dividirlos en principios relativos a las partes, el principio acusatorio y otros principios relativos al proceso y al procedimiento.

Con respecto de los primeros principios son patentes el de contradicción y de igualdad. Las partes gozan de igualdad de oportunidades para alegar hechos y proponer pruebas, para atacar y defenderse (principio de igualdad de armas procesales). En relación al proceso el principio acusatorio se convierte en el fundamental y constituye en esencia que en esa fase la acusación contra una persona es propuesta y sostenida por persona distinta del órgano que juzgará.<sup>663</sup>

## **2. No hay juicio oral sin la debida acusación**

La fase oral del juicio no acontece si falta la acusación mantenida por parte pública o privada. Esto es un imperativo ante la imposibilidad del juez de asumir a la vez funciones distintas como la de acusar y juzgar. La acusación, formulada por personas distintas del juez como el órgano público obligado a ello, la acusación particular o la acusación popular, representa la culminación del principio acusatorio en el proceso penal español.<sup>664</sup>

Una vez se abre el juicio oral, existiendo razones para ello y persona imputada, sin existir motivos para sobreseer

---

<sup>663</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 234 y ss.

<sup>664</sup> Vid. Los arts. 642 y 645 de la LECrim sobre el proceso ordinario y arts. 790.3 y 790.4, también LECrim, sobre el procedimiento abreviado. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 254.

la causa, se presenta la acusación. A partir de esto, el órgano jurisdiccional conoce con exactitud la opinión de la acusación con respecto de los hechos punibles, las circunstancias, consecuencias jurídicas tanto penales como civiles que le atribuye y quién considera es su autor. Por otro lado, la defensa también conoce con exactitud los límites marcados y en los que ha de mover su defensa.<sup>665</sup>

En España la acusación se articula en dos momentos procesales diferentes. Un primer momento denominado calificación provisional en el proceso ordinario seguido por delitos más graves y que cambia de nombre en los abreviados al de acusación, nada más se abre el juicio. El segundo, una vez se practican las pruebas en el juicio oral y en consecuencia las partes pueden calificar definitivamente.<sup>666</sup>

Comparado con México, cabe mencionar aquí cierta diferencia con respecto de las partes que conforman la acusación y que ejercitan la acción penal, aunque se dice que el ejercicio de la misma no implica necesariamente la acusación.<sup>667</sup>

La figura del Ministerio Fiscal, que en España también posee cierta dificultad en su caracterización al atribuírsele multitud de funciones, adquiere un papel relevante, pues es el órgano público que ejercita la acción penal y puede ejer-

---

<sup>665</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 255.

<sup>666</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 255.

<sup>667</sup> Sobre todo porque la actitud del Ministerio Fiscal, manteniendo su condición de parte, no ha de ser siempre acusadora. El Fiscal no siempre ha de sostener la acusación, sino que puede pedir también solicitar la absolución del acusado por otro. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 63.

cer acusación en los delitos públicos y en los delitos semi-públicos previa denuncia del ofendido (arts. 124.1 CE; 541.1 LOPJ; 105 y 271 LECrim).

Sin embargo, el ordenamiento español contempla en términos generales el ejercicio de la acción penal, de la acusación, como pública y popular, según se materializa en la CE (art. 125), en la LECrim (arts. 100, 101 y ss.) y en la LOPJ (arts. 19.1 y 20.3). Es decir, que la acción penal sea "pública" le viene de que es ejercida por órgano público como lo es el Ministerio Fiscal, pero además en España se le da cabida al uso "popular", por lo que puede ser ejercitada por todos los ciudadanos españoles con arreglo a la ley.<sup>668</sup> Es decir, el ejercicio de la acción no está en régimen de monopolio, a diferencia de la situación en México, ante la posibilidad de cualquier ciudadano (ofendido o perjudicado por el delito, o en utilización de la acción popular) de mantener la acusación.<sup>669</sup>

El sistema español introducido por la ley española (CE, LOPJ, y LECrim) no afecta ni a la finalidad de la acusación ni tampoco a su unidad. No hay trato especial al proceso si las acusaciones coinciden, y una acusación no excluye a la otra.<sup>670</sup>

---

<sup>668</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed, Valencia 2005, pág. 139.

<sup>669</sup> Art. 125 de la vigente CE y art. 101 LECrim. También a DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 180 y ss.

<sup>670</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 139.

Si bien la doctrina española recoge crítica al sistema,<sup>671</sup> de esa manera se reconoce a todos los ciudadanos el derecho a ejercitar la acción popular, lo que significa que sin necesidad de ser parte ofendida por el delito pueden ejercitar la acción penal en defensa de la legalidad, como lo haría el Ministerio Fiscal. De forma consecuente, si se permite lo anterior a persona no ofendida, también se reconoce la acusación particular por persona que es ofendida por el delito.

Esta situación se nos presenta como un sistema externo de control adicional, por parte de la sociedad, a la capacidad acusadora del Ministerio Fiscal. Para nosotros esta es en realidad una ventaja. La posibilidad contrasta con la marginación casi absoluta de la víctima u ofendido en el sistema mexicano, que sólo le queda el camino del amparo en caso del no ejercicio de la acción penal por el MP.

### **3. La práctica efectiva de la prueba**

Otro importante reflejo del sistema acusatorio en el proceso penal español, es la necesidad que el juez forme su convicción a partir de las *pruebas practicadas en el juicio oral*.<sup>672</sup> La prueba es la actividad esencial en el proceso,

---

<sup>671</sup> GÓMEZ ORBANEJA apunta que el sistema en realidad no aporta ventaja alguna con respecto de uno en el que rige el monopolio de la acción. Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed, Valencia 2005, pág. 140.

<sup>672</sup> La prueba puede definirse en el proceso penal español como "la actividad procesal, de las partes (demostración) y del juez (de verificación), por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos allegados al proceso". Vid. BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 290.

pues fundamenta y justifica la sentencia que decide el litigio.<sup>673</sup>

Así como la actividad de aportar los hechos al proceso es de las partes, la actividad probatoria también es un acto de parte, de la acusadora principalmente, salvo los casos de aportación de hechos por la defensa que requiere prueba por ésta, en virtud que son ellas las encargadas de llevar el material de comprobación.<sup>674</sup> El acusado no necesita probar nada, por regla general, de manera que si la acusación no prueba hecho alguno, ni responsabilidad imputada, conlleva la imposibilidad de la declaración de culpabilidad.

Considerando que la actividad probatoria en el proceso penal tiene como uno de sus destinos al juez,<sup>675</sup> es decir que es propiamente el sujeto al que ha de convencerse de la realidad de los hechos aportados y de las afirmaciones realizadas, nos parece muy relevante señalar que, pese a lo dicho, la posición del juzgador no es de "inerte" espectador. Precisamente porque él es destino de esa actividad probatoria, la ley procesal española le posibilita a intervenir en la práctica de la prueba, a pedir declaraciones o explicaciones. Si bien la propia ley "parece" dar cobijo a la posibilidad de que realice prueba de oficio (arts. 728 en contraste con el 729.2 ambos LECrim), la doctrina no lo ve tan claro.<sup>676</sup>

---

<sup>673</sup> Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 371.

<sup>674</sup> Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 371.

<sup>675</sup> Vid. GUZMÁN FLUJA, V. C., Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, págs. 29 y 30.

<sup>676</sup> Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 372.

Por tanto, no estamos ante un juez totalmente pasivo. Si bien el órgano jurisdiccional sentenciador no puede realizar investigación e incorporar nuevos hechos, esto no es contrario a que acuerde de oficio la práctica de medios probatorios concretos. El objeto de semejante actividad es alcanzar la verdad de los datos incorporados por las partes acusadoras.

La prueba idónea y suficiente es la que se realiza durante el juicio oral (art. 741 LECrim), celebrado con todas las garantías de la CE y de la LECrim. El tribunal alcanza la convicción de forma directa. Por eso, los actos de investigación celebrados durante la fase preliminar no nacen con vocación de prueba, aunque algunos pueden alcanzar valor probatorio.<sup>677</sup> El llamado atestado policial no constituye en principio prueba sin más que decir, salvo que se traten de prueba anticipada o preconstituida,<sup>678</sup> tampoco los actos del Minis-

---

<sup>677</sup> Por mucho que se crea que las diligencias de instrucción parecen actos probatorios, éstos no lo son. En principio las actuaciones llevadas a cabo durante esta fase no cumplen con lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim. Vid. ORTELLS RAMOS, M., Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LECrim, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", año 1982, núm. 1, págs. 365 a 427; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 195; y con respecto de las diligencias de la policía a ESQUIROL ZULOAGA, I., Diligencias policiales en GARCÍA, P. M. (director), "La actuación de la policía judicial en el proceso penal", Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2006, pág. 60. Al respecto puede verse las S TC 31/1981, de 28 de julio (RTC 1981/31), que en su FJ 3 dice: "las pruebas a las que se refiere el propio art. 741 de la LECrim son «las pruebas practicadas en el juicio», luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él («*secundum allegata et probata*»)". En FJ 4 siguiente, determina que "...la confesión del procesado ante la Policía, recogida en el folio 21 del sumario, podría desvirtuar la presunción de inocencia. Ahora bien, dicha declaración al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim, y no basta para que se convierta en prueba de confesión con que se dé por reproducida en el juicio oral; es preciso que sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial,..."

<sup>678</sup> Como lo ha aceptado la jurisprudencia del TC español. Véase la S TC 10/1992, de 16 de enero (RTC 1992/10), que en su FJ 2 dice que "...no es menos cierto que también se ha dicho por este Tribunal que esa idea no puede entenderse de manera tan radical -de no otorgar valor probatorio a los actos de investigación si no es actividad del juicio oral (RTC 1981/31)- que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitu-



terio Fiscal,<sup>679</sup> sino tan sólo sirve como denuncia (art. 297 LECrim). Con intención de incorporarlo al proceso ha de reproducirse con contradicción y debate durante el juicio.

Los elementos típicos son la presunción de inocencia, como principio que incide en todo el proceso penal; la no obligación de declarar; la posible práctica de oficio; y la valoración libre de la prueba.<sup>680</sup>

Por otro lado, refuerzan este sistema probatorio los principios de *oralidad*,<sup>681</sup> *inmediación*<sup>682</sup> y *publicidad*,<sup>683</sup> así como la *concentración*,<sup>684</sup> que imperan en los debates del juicio oral.

---

ción y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatar-se en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Ello es claro en los supuestos en que, bien sea por la fugacidad de las fuentes de prueba, bien por su imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral mediante el correspondiente medio probatorio, sea necesario dotar al acto de investigación sumarial practicado con las debidas garantías del valor de la llamada prueba anticipada y la preconstituida, supuestos en los cuales el juzgador podrá fundar en tales actos la formación de su convicción, sin necesidad de que sean reproducidos en el juicio oral". La frase en cursiva es añadido nuestro.

<sup>679</sup> Los actos del Ministerio Fiscal son "investigación" y, por tanto, no pueden alcanzar eficacia probatoria. La lectura de las diligencias puede llegar a tener valor de pruebas de cargo, atendiendo al valor de ser auténticos los actos de autoridad (art. 5, fracc. III, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

<sup>680</sup> Las cuales deberá apreciar en conciencia para dictar sentencia. Vid. art. 741 de la LECrim.

<sup>681</sup> La oralidad puede ser limitada en los supuestos de actos irrepetibles (art. 726 LECrim).

<sup>682</sup> La inmediación se ve limitada en los supuestos de prueba anticipada (arts. 718, 727, entre otros, de la LECrim).

<sup>683</sup> Manifestación de los arts. 24.2 y 120.1 de la CE. También del art. 680 de la LECrim. No obstante, el Presidente del Tribunal puede mandar la celebración de las sesiones a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad, de orden público o de respeto a las personas ofendidas.

<sup>684</sup> Art. 744 de la LECrim: "Abierto el juicio oral, continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión".

#### **4. La "tesis de desvinculación" del órgano jurisdiccional**

Lo que se conoce en España por tesis de desvinculación, es la posibilidad de permitir al órgano jurisdiccional sentenciador discutir las tesis jurídicas de la acusación, si considera con criterio que se han calificado los hechos de manera errónea concurriendo los elementos legalmente previstos en la ley española.<sup>685</sup>

El fundamento de esta institución se presenta complejo, pero por otra parte justificado. Por un lado, se afirma que es un acto inquisitivo por parte del juez y, por tanto, una alteración del principio acusatorio rector del sistema de enjuiciamiento español. Pero también, al mismo tiempo, se dice que es una confirmación del principio de contradicción. La tesis se relaciona con el principio acusatorio y el principio de contradicción (de defensa) consagrado por el art. 24.2 CE.

Una de las posturas mantiene que el principio acusatorio no puede permitir que el efecto de cosa juzgada material, que impide un nuevo enjuiciamiento por los mismos hechos delictivos imputados, prevalezca de forma total, sobre todo por la consecuencia de tener calificaciones erróneas inmodificables.<sup>686</sup>

---

<sup>685</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 282. En la LECrim se deriva primeramente del art. 733 para el proceso por delitos más graves; e implícitamente también de los arts. 788.4 y 789.3 para el proceso abreviado.

<sup>686</sup> "Dicho en otras palabras, pasaría a cosa juzgada una impunidad parcial, al no poderse acusar del mismo hecho posteriormente, una vez descubierto el error, como delito de asesinato cuando se condenó por homicidio". Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 283.

Sin embargo, la doctrina entiende que la posibilidad no es una excepción, sino, al contrario, constituye una corroboración del principio acusatorio, pues la tesis del tribunal versa sobre los mismos hechos sin modificarlos o variarlos.

La jurisprudencia española más moderna ha tomado otro camino y reinterpretado los principios en cuestión, el acusatorio y de contradicción (defensa). Así, se ha extraído que la no aceptación por la acusación de la nueva tesis más grave propuesta por el órgano jurisdiccional convierte al mismo en juez y parte, y por tanto infringe el principio acusatorio si se condena con base en la calificación propuesta por el tribunal y no por el de la acusación.

GÓMEZ COLOMER hace referencia al anterior planteamiento como dogmáticamente erróneo. Lo que realmente importa es que los hechos esenciales no se vean alterados. El tribunal, considerando los hechos, es el único autorizado legalmente para atribuir la calificación jurídica definitiva. Con base en el principio de legalidad y *iura novit curia*, se entiende que el tribunal califique los hechos como lo considere más ajustado a Derecho, y por consecuencia se imponga la pena correspondiente.<sup>687</sup>

El aspecto importante destacable es la posibilidad por el tribunal, en consonancia con la vigencia del principio acusatorio, de aplicar la calificación jurídica que considere más apropiada siempre que se respeten los hechos objeto del proceso penal.

---

<sup>687</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 284.

La aceptación de la tesis no supone dificultad con el principio de contradicción (derecho de defensa), porque lo que se requiere ante la nueva tesis jurídica presentada por el tribunal, susceptible de influir en otro sentido la sentencia, es un debate entre la defensa, más interesada ante la agravación, y la acusación.

## **5. Estructura del proceso penal español**

El proceso penal español presenta una diversidad procedimental basada sobre la división de las infracciones de tipo penal en delitos y faltas.<sup>688</sup> Así, un procedimiento llamado ordinario se prevé para los delitos castigados con más de nueve años de privación de la libertad;<sup>689</sup> el abreviado para aquéllos que no excedan de ese tiempo,<sup>690</sup> y con respecto de éste, existe una modalidad denominada "juicio rápido" para enjuiciar conductas sobre cuya autoría y las circunstancias haya pocas dudas y sin que la sanción a imponer supere los cinco años de privación de la libertad.<sup>691</sup>

---

<sup>688</sup> Vid. MONTÓN REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 444; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 51 y ss.; y DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 287 y ss.

<sup>689</sup> Un ejemplo de este tipo de proceso es aquel llevado por delitos más graves. Nos referimos a este proceso penal por ser el más ampliamente regulado en la legislación procesal española. El proceso penal contempla tres fases, aunque la LECrim sólo se refiere a dos de ellas: la fase del sumario y la fase de juicio oral. Sin embargo, hay quienes consideran una fase intermedia como una más del proceso penal, y otros autores que le niegan tal importancia. A favor de su existencia HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA, Derecho Procesal Penal, Ed. Artes Gráficas, 10ª ed., Madrid 1987, págs. 226 y 227; FENECH NAVARRO, M., Derecho Procesal..., op. cit., págs. 989 y ss.; y PRIETO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 288 y ss.

<sup>690</sup> Art. 757 y ss. de la LECrim.

<sup>691</sup> Art. 795 y ss. de la LECrim.

Para las faltas se prevé un procedimiento con una única estructura, aunque también hay especialidades, pero son estas menos acusadas que en otros procedimientos. Las particulares versan sobre el modo de iniciar la actividad procesal; a las medidas cautelares que deban adoptarse, o al procedimiento preliminar.

Podemos distinguir en el proceso de declaración tres momentos perfectamente identificados y delimitados que son: la fase de instrucción (procedimiento preliminar), la fase intermedia y por último, el juicio oral (procedimiento principal).<sup>692</sup>

#### **a) La fase de instrucción**

La instrucción podemos entenderla como consecuencia del sistema acusatorio formal que rige en España; que impide el juzgar a nadie si no es previamente acusado. Así, en el proceso penal español se prevé una primera fase previa al juicio y de acuerdo a la legislación puede conocerse también como sumario (art. 299 LECrim), diligencias previas (art. 774 LECrim), o diligencias urgentes (art. 797 LECrim), según se trate de un proceso por delito, o el denominado abreviado, o el juicio rápido.<sup>693</sup>

---

<sup>692</sup> Vid. MONTÓN REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 444; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 51 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 287 y ss.

<sup>693</sup> La LECrim en su art. 299 determina que el sumario lo constituye el grupo de "actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos".

Actualmente, el término instrucción tiene un significado genérico empleado para designar a la fase preliminar cualquiera que sea el proceso que se siga.<sup>694</sup> La instrucción es campo para investigar si los hechos bien valen para ser juzgados en fase posterior, si estos siguen manteniendo la apariencia de delito, y si es posible imputarlos a persona concreta. En efecto, la instrucción también tiene la misión del aseguramiento de las personas y de las responsabilidades pecuniarias producidas, de forma razonable ya que no hay sentencia todavía, de los hechos y esto implica ciertas actividades que interfieren en los derechos de las personas, pero que no pueden realizarse de cualquier forma.<sup>695</sup>

Este procedimiento es competencia de un juez instructor (art. 14.2 LECrim), el cual controla las actuaciones preliminares del proceso. Al juez instructor se solicitan, o bien puede por propia iniciativa, la práctica de diligencias de investigación de esos hechos presentados como punibles, para determinar las responsabilidades.<sup>696</sup>

El Ministerio Fiscal es parte y órgano fiscalizador en esta fase; su función es la de instar la realización de diligencias de investigación, solicitando la terminación de la instrucción cuando corresponde. La Policía Judicial lleva a cabo la investigación, de oficio (investigación preliminar,

---

<sup>694</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 294.

<sup>695</sup> Vid. MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 53, 193 y 194.

<sup>696</sup> Las actuaciones pueden integrar a los testigos, documentos, o peritos. Los resultados tienen cualidad de investigación, por lo que no constituyen en realidad una resolución de fondo. Sin embargo, fundan un primer convencimiento judicial, del juez instructor, sobre la necesidad y conveniencia de someter a juicio oral los hechos. Vid. MONTÓN REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 457.

art. 282 LECrim) o a solicitud del Ministerio Fiscal (igualmente investigación preliminar) o del juez instructor (diligencias instructoras) como puede apreciarse de los arts. 284, 770 y 796 LECrim. Los derechos constitucionales en España obligan a que el acusado también pueda solicitar la práctica de las diligencias que ayuden a su defensa y sus intereses.<sup>697</sup>

Es decir, en esta fase se determina si la *notitia criminis* es suficiente para realizar un juicio,<sup>698</sup> y la culpabilidad concreta de una persona no está desvirtuada, para lo que van sucediendo aquí las cada vez más importantes medidas cautelares que aseguran en lo posible las mejores condiciones para el enjuiciamiento posterior.<sup>699</sup>

Nos parece importante resaltar que cabe adoptar medida cautelar que afecte la libertad, pero durante un período de tiempo poco prolongado, para garantizar las responsabilidades civiles derivadas del hecho presuntamente constitutivo de delito. Las medidas que pueden adoptarse son personales o patrimoniales. Las primeras van en el sentido de asegurarse la

---

<sup>697</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 197 y 203.

<sup>698</sup> Ya que la *notitia criminis* desencadena una actividad estatal. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 293.

<sup>699</sup> Las medidas cautelares son una manifestación de la función jurisdiccional que garantiza la efectividad del *ius puniendi* del Estado. Estas medidas tienen como fundamento en el proceso penal el asegurar el cumplimiento adecuado y efectivo de la posible sentencia de condena. Básicamente afectan derechos garantizados (v.gr. la libertad ambulatoria) por la constitución española (arts. 17.1, 2, 3 y 4). La presunción de inocencia rige también por imperativo constitucional (art. 24.2 CE) en la consideración de su aplicación por parte de la autoridad judicial, no pudiendo quedar en duda más que por una suficiente fundamentación sobre la necesidad de adopción de la medida cautelar. Es decir, no existe aquí tampoco ninguna medida que quede a la discrecionalidad judicial, discrecionalidad arbitraria, pues además se exige concurren circunstancias que legalmente permitan adoptarlas como la petición de parte y un debate sobre su procedencia o no (art. 504 *bis* 2 LECrim).

inexistencia de fuga del imputado y que por eso se suspenda el proceso por ausencia y, en su caso, también aseguran el cumplimiento de la pena privativa de la libertad. Así, se prevén detención, prisión preventiva la libertad provisional. Con respecto de las segundas, se pretende evitar la desaparición de cosas o la insolvencia a efectos de responder a las responsabilidades pecuniarias.<sup>700</sup>

Las características que definen esta fase pueden ser: 1. Las actuaciones no son predominantemente orales y no rige el principio de concentración; 2. Las diligencias de instrucción, en principio, no son actos probatorios; 3. El principio de investigación de oficio incide en la instrucción; y 4. Las actuaciones de instrucción son secretas.<sup>701</sup>

Todos las anteriores características tiene cabida en virtud que la fase preliminar no es enjuiciamiento.

#### **b) La fase intermedia**

Cuando el juez instructor haya practicado todas las actuaciones pertinentes para comprobar el delito y la responsabilidad del presunto responsable, y considere que ha terminado la investigación, debe dictar un auto declarando concluida la instrucción, el llamado sumario, de acuerdo a lo que determina el art. 622, I LECrim.

En la fase intermedia, tras el auto de conclusión del sumario, y una vez se reciban los autos y las piezas de convicción en el tribunal competente para conocer del juicio, se

---

<sup>700</sup> Vid. MONTÓN REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 461.

<sup>701</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 194 y 195.



examina si el sumario está bien concluido o no, y en caso afirmativo el tribunal analiza si concurren los presupuestos necesarios para que se proceda a juicio oral. Entonces procederá la apertura del juicio oral. Pero nótese que esta trascendental decisión se ha tomar cuando está declarada cerrada la instrucción o la primera fase sumarial.

Es decir, la instrucción se agota cuando se ha considerado que se han practicado todas las diligencias de investigación, no existiendo solicitud de las partes para más (art. 627 LECrim), y del resultado puede determinarse si se sostiene acusación o se retira.

En esta fase el acusado realmente poco tiene que decir con respecto de si se ha de sostener la acusación.<sup>702</sup> Es decir, en caso de persistir la acusación, son los propios acusadores los que solicitan la apertura del juicio oral ante el órgano sentenciador, que reiteramos, por su importancia, es distinto del que ha instruido.<sup>703</sup>

La decisión de hacerlo le compete exclusivamente al órgano jurisdiccional y con su auto de apertura del juicio oral concreta la imputación reconociendo la acusación. La opción contraria a este resultado factible es el auto de sobreseimiento (art. 634 LECrim), como acto judicial que impide la acusación de forma absoluta o provisional.<sup>704</sup>

---

<sup>702</sup> Lo que sorprende a la doctrina cuando se remarca en la fase intermedia del proceso penal español. Vid. TOMÉ GARCÍA, J. A., en DE LA OLIVA SANTOS, A., en ARAGONESES MARTÍNEZ / DE LA OLIVA SANTOS / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1995, pág. 434.

<sup>703</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 339 y 340.

<sup>704</sup> Esta primera fase del proceso penal sirve en dos sentidos. El primero para comprobar los hechos delictivos, asegurando a los posibles responsables, y el segundo, para determinar si ha lugar a la acusación, dando sitio a los supuestos de sobreseimiento. Vid. FENECH NAVARRO, M., Derecho

### **c) Juicio oral y público**

En cuanto al juicio oral se constituye como el procedimiento principal, si es que lo mencionamos como continuación del procedimiento preliminar hablando en sentido estricto, pues es aquí en donde se da en claridad la acusación y ha de resolverse sobre la condena o no del imputado en la sentencia (art. 742 LECrim). Si bien la instrucción se encomienda a un juez, el juicio oral está presidido por órgano jurisdiccional distinto.

Esta fase del proceso penal español se concentra en sesiones y en ella encuentran su máxima expresión los principios de oralidad, publicidad (art. 680 LECrim)<sup>705</sup>, contradicción, igualdad, y la aportación de parte.<sup>706</sup>

La acusación ahora adquiere todo su sentido, y el tribunal no puede enjuiciar hechos distintos de los que son acusados, pero es posible que pueda realizar calificación jurídica distinta de la solicitada, si es que esto cabe y se realiza por los cauces legales (art. 733 LECrim).

Durante el juicio oral se presentan las alegaciones que encierran la acusación y la defensa, contenidos en unos es-

---

Procesal..., op. cit., pág. 940; GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 120 y ss.; y, del mismo autor, El proceso penal español, op. cit., pág. 66; también CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 193.

<sup>705</sup> Dice el importante artículo que. "Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad". Aunque puede existir alguna medida del presidente del tribunal de mandar que las sesiones se celebren a puerta cerrada por razones de moralidad o de orden público.

<sup>706</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 339 y 340.

critos denominados de calificación provisional y, posteriormente practicada la prueba, pues la presunción de inocencia para ser desvirtuada requiere de un al menos un mínimo probatorio, se plasman en calificaciones definitivas e informes finales de la acusación y defensa.<sup>707</sup>

El principio de contradicción obliga a la oportunidad que la parte acusada se pronuncie con respecto de los hechos, su calificación y solicitud de pena, pudiendo conformarse o no, pero todo dentro de un debate oral. La actividad probatoria pertinente acontece aquí, siendo apreciada por el órgano jurisdiccional, al igual de otras que se realizaren anticipadamente, y valorada conforme a conciencia según la sana crítica y el sano juicio (art. 741 LECrim).<sup>708</sup>

Celebrada la vista, el tribunal dicta la sentencia que debe estar siempre motivada y leerse en audiencia pública (arts. 120.3 CE y 160 LECrim). La sentencia será condenatoria o absolutoria y está sujeta a medios de impugnación previstos por la Ley española (art. 142 LECrim).

## **6. Principios de oralidad, publicidad e inmediación como rectores del acto del juicio oral**

El juez instructor realiza diligencias de investigación que sólo pueden considerarse pruebas cuando éstas sean prac-

---

<sup>707</sup> En estos escritos se contienen los hechos resultantes del primer procedimiento ya abordado, es decir del preliminar, la calificación que se le atribuyen, las responsabilidades y sanciones o absolución en su caso que se consideren deben proceder. Esto delimita los hechos y a las personas, no pudiendo variarse los hechos integradores del objeto, ni exigirse a persona distinta responsabilidad alguna. Vid. MONTÓN REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 458; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 234 a 238.

<sup>708</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 57 y 58.

ticadas en el juicio oral, con oralidad como medio de interacción entre las partes y el juez, publicidad, inmediación y contradicción. Según los textos fundamentales internacionales sobre derechos humanos y el art. 120.2 de la CE, la segunda fase del proceso ha de ser oral.<sup>709</sup>

En efecto, los mandatos legales repercuten en el tiempo del juicio, pues ha de ser preparado de tal forma que se desarrolle en las menores sesiones posibles. Es decir, el juicio tiende a su concentración. Situación contraria, con respecto de la celebración de la audiencia o vista, pues debiera ser considerado un juicio predominantemente oral en el proceso penal mexicano pero que es en realidad una sesión de lectura de diligencias de instrucción.<sup>710</sup>

Sin embargo, lo que resulta relevante señalar aquí, es que la CM y los tratados internacionales signados o reconocidos por México, como acontece en España, proclaman el derecho de toda persona a un proceso penal con juicio pronto, público y oral, el cual no se respeta cabalmente.

Así, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, determina en su art. 10 que "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial...". En semejante sentido la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>711</sup> de 2 de

---

<sup>709</sup> Vid. MONTÓN REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 361.

<sup>710</sup> Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 632; y SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 339.

<sup>711</sup> Adopción realizada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948.

mayo de 1948, dice en su art. XXVI que "toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública,...".

Es decir, existe un mandato legal para que el legislador nacional regule leyes procesales en las que incidan los principios de oralidad y publicidad, además de configurar un procedimiento ágil y corto. Una vez vigente la legislación, el derecho positivo es de aplicación directa por los tribunales. Durante el proceso penal, ha de implementarse un juicio contradictorio y practicarse prueba con predominio de la oralidad y publicidad.

Continuando con España, el material procedente de la investigación se transforma en prueba al cumplirse con lo anterior. El art. 741 LECrim dispone que el tribunal dicte sentencia con base en las pruebas practicadas en el juicio, escuchando las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los procesados, todo lo cual apreciará según su conciencia.<sup>712</sup>

## **B) Alemania**

Alemania se configura políticamente, muy a semejanza del Estado mexicano, como un Estado federal (*Bundesstaat*), con régimen de República federal (*Die Bundesrepublik*), democrático y social, de acuerdo al art. 20.1 de la Constitución (*Grundgesetz*)<sup>713</sup>. En este sentido, el sistema de organización política es mucho más cercano al de México que España.

---

<sup>712</sup> También GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA, Derecho Procesal..., op. cit., págs. 156 y 157.

<sup>713</sup> Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949.

La jurisdicción está encomendada al poder judicial (*die rechtsprechende Gewalt*), en específico a los jueces (*Rich-ter*), que será ejercido por el Tribunal Constitucional Federal (*das Bundesverfassungsgericht*), por los Tribunales Federales (*Bundesgerichte*) que se prevén en la Ley Fundamental y los tribunales de los Estados federados (*die Gerichte der Länder*).<sup>714</sup>

En Alemania el proceso penal está regido básicamente por la *Strafprozeßordnung* (StPO),<sup>715</sup> que es la Ley Procesal Penal alemana, complementándose con la *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG)<sup>716</sup>, Ley Orgánica de los Tribunales. En el ordenamiento alemán también llega a incidir de manera importante el derecho de audiencia judicial (*Recht auf rechtliches Gehör*)<sup>717</sup> y de forma indirecta a través de tratados el principio *in dubio pro reo*.<sup>718</sup>

---

<sup>714</sup> Art. 92, Capítulo IX, "De la Jurisdicción", (*Die Rechtsprechung*), de la GG.

<sup>715</sup> Ley Procesal Alemana, promulgada en 1 de febrero de 1877, entrando en vigor el 1 de octubre de 1879. Posteriormente, fue reformada en la posguerra por la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Un cambio decisivo aconteció con la denominada "Gran Reforma del Proceso Penal" cuya Primera Ley de Reforma, de 9 de diciembre de 1974, derogó la instrucción previa judicial, así como la última audiencia a los participantes del proceso en aras de lograr una mayor rapidez del proceso penal. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., págs. 32 a 35; también véase del mismo autor, El sistema procesal alemán: su historia y principios más relevantes, en "Sistemas penales europeos", Cuadernos de Derecho Judicial, año 2002, t. IV, págs. 245 a 272.

<sup>716</sup> Ley Orgánica de los Tribunales, promulgada el 1 de febrero de 1866.

<sup>717</sup> Consagrado en § 103, apdo. 1 GG. Vid. BAUMANN, Grundbegriffe und System des Strafrechts: eine Einführung in die Systematik an Hand von Fällen, Ed. Kohlhammer, 4ª ed., Stuttgart 1972, págs. 79 a 82; KÜHNE, H.-H., Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, Ed. C. F. Müller, 6ª ed., Heidelberg 2003, pág. 143; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 50.

<sup>718</sup> Consagrado a través del art. 6, apdo. 2, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Denominado en alemán: *Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten* (EMRK) de 7 de agosto de 1952 (publicada en BGBl 1952, II). Vid. ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., pág. 75; VOLK, K., Grundkurs StPO, Ed. C. H. Beck, 4ª

La estructura básica del proceso penal alemán es semejante al que predomina en el continente europeo, recibiendo influencia del Derecho francés, por lo que cabe distinguir una combinación de principios del procedimiento inquisitivo con los principios del proceso acusatorio puro. Por rasgo inquisitivo nos referimos, por ejemplo, a la imposibilidad de calificar al proceso penal alemán como uno "contradictorio de partes", pues éstas no disponen sobre la materia procesal y es el juez, una vez se ha interpuesto la acción, el que realiza los interrogatorios y produce bajo su responsabilidad las pruebas que sirven tanto para la declaración de culpabilidad o para el descargo de la misma. Por otro lado, las actividades de persecución y juzgamiento se encuentran atribuidas a órganos distintos, autoridades independientes, en el que la autoridad judicial se mantiene al margen de la acusación y su conocimiento sólo procede con el ejercicio de la acción.<sup>719</sup>

Pueden apreciarse claramente tres fases (*Verfahrensstadien*)<sup>720</sup> fundamentales en el proceso penal: a) una primera fase de averiguación (*Das Ermittlungsverfahren*),<sup>721</sup> que también recibe el nombre de procedimiento preliminar o preparatorio; b) una fase intermedia (*Das Zwischenverfahren*);<sup>722</sup> y c) el procedimiento principal (*Das Hauptverfahren*).<sup>723</sup>

---

ed., München 2005, pág. 183; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 53.

<sup>719</sup> Vid. ROXIN, C., Derecho Procesal Penal, trad. Córdoba, G. E. y Pastor, D. R., Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, págs. 122 y 123.

<sup>720</sup> Vid. KÜHNE, H.-H., Strafprozessrecht..., op. cit., págs. 369 y 370.

<sup>721</sup> Vid. ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., págs. 305 a 314; KÜHNE, H.-H., Strafprozessrecht..., op. cit., págs. 170 a 187; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., págs. 145 a 155.

<sup>722</sup> Vid. ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., págs. 325 a 330; KÜHNE, H.-H., Strafprozessrecht..., op. cit., págs. 320 a 334; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., págs. 157 a 160.

## **1. Principios del Derecho Procesal Penal alemán**

En las leyes alemanas sólo se encuentran expresados explícitamente algunos principios del Derecho Procesal Penal. Además de los que ya hemos dicho que están en la Ley Fundamental, en la Ley Orgánica de los Tribunales se ubica el principio de publicidad (§ 169, GVC). En la StPO hallamos el principio acusatorio (§§ 151, 155 y 264), el principio de oficialidad (§ 152, I), el principio de legalidad (§ 152, II), y el principio de instrucción (§§ 155 y 244, II).

Otros muchos principios se deducen de otras disposiciones particulares. Así, el principio de oralidad (§§ 261 y 264), el principio de inmediación (§ 250) y el de concentración (§ 229). El principio *in dubio pro reo*, antes dicho, se deduce de la presunción de inocencia del art. 6, II, EMRK.

De todo lo dicho anteriormente, destacamos los siguientes:

### **a) El principio acusatorio**

La persecución penal no está en manos de los particulares, sino que es asumida por el Estado alemán. De este modo, el sistema procesal penal sólo puede situarse en un modelo acusatorio o en un enjuiciamiento de tipo inquisitivo.

La elección alemana recae sobre el acusatorio, pero no es asumido en su pureza. Como al ordenamiento jurídico español, el principio le inspira como rector. En ese sentido, es-

---

<sup>723</sup> Vid. ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., págs. 331 a 389; KÜHNE, H.-H., Strafprozessrecht..., op. cit., págs. 335 a 368; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., págs. 157 a 160.



tamos ante el principio acusatorio formal que rige al derecho procesal penal en Alemania. Esto conlleva que la acusación la ostenta un órgano estatal, el MP que la ejerce en exclusiva como en México y ambos de forma diferente a España, y la función de juzgar está encomendada a los tribunales.<sup>724</sup>

La influencia regente de este principio implica que los tribunales alemanes no pueden actuar de oficio, ni siquiera cuando vean cometerse el delito ante sus propios ojos, salvo excepción señalada por ley procesal penal (§ 165 StPO). En ese supuesto debe comunicarlo al MP para lo procedente (§ 183 GVG). Es decir, quedando en manos del MP la acusación, debe ésta preceder a la apertura del juicio contra persona alguna (§ 151 StPO). Tampoco pueden extender el proceso pendiente a otras personas distintas, ni a otros hechos del mismo autor que sean independientes jurídicamente entre sí.<sup>725</sup>

## **b) El principio de legalidad**

El principio obliga, por un lado, a investigar todos los hechos que contengan sospecha de constituir delito; por otro, la obligación de formular acusación en caso que de esas investigaciones se mantenga la sospecha dicha. En Alemania, por tanto, hay la obligación de perseguir y acusar como lo entendemos es mandado de semejante manera en México. Lo que se conoce como principio de necesidad en España, es concretado como principio de legalidad en Alemania.<sup>726</sup>

---

<sup>724</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El sistema procesal alemán..., en "Sistemas penales europeos", op. cit., pág. 258; y PLANCHADELL GARGALLO, A., El derecho fundamental..., op. cit., pág. 64.

<sup>725</sup> Rige el axioma: "donde no hay acusador no hay juez". ROXIN, C., Derecho Procesal..., op. cit., pág. 86; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 47.

<sup>726</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El sistema procesal alemán..., en "Sistemas penales europeos", op. cit., pág. 259.

Sin embargo, hoy día no se aplica de manera absoluta, pues el Fiscal puede, por razones de prevención general y especial, dejar de perseguir determinados delitos, ligado a esto la necesidad y conveniencia del castigo penal previsto, generalmente con la aprobación del tribunal y de acuerdo a la ley. Es decir, con ajuste a los §§ 153 y siguientes de la StPO que configura el principio de oportunidad, implica aquí facultades del Ministerio Fiscal de "archivar" directamente el proceso en gran parte de los casos.<sup>727</sup>

El principio de oportunidad en el ordenamiento alemán rige concretamente en los siguientes supuestos:<sup>728</sup>

a) Casos absolutamente irrelevantes, por mínima culpabilidad e insignificancia de los hechos (§§ 153 y 153b StPO);

b) Casos en los que no exista gran importancia de la consecuencia jurídica a imponer al lado de la que ya se ha impuesto. Es decir, casos relativamente irrelevantes (§§ 154, apartado (1), núm. 1, y 154a StPO);

c) Casos de hechos cometidos por extranjeros o en país distinto, en los que el interés público sea mínimo (§ 153c StPO);

d) Por delitos leves, en los cuales la pena sea sustituible por condiciones o mandatos (§ 153a StPO);

e) Por motivos políticos previstos en la ley (§ 153d StPO);

f) Cuando se dé el arrepentimiento activo del § 153e StPO;

---

<sup>727</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 48; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El sistema procesal alemán..., en "Sistemas penales europeos", op. cit., pág. 259.

<sup>728</sup> Seguimos a GÓMEZ COLOMER, J.-L., El sistema procesal alemán..., en "Sistemas penales europeos", op. cit., págs. 259 a 260.

g) En casos en que exista coacción o chantaje, según el § 153c StPO;

h) En caso de cuestión prejudicial civil o administrativa (§ 154d StPO);

i) Cuando a causa de falsa sospecha o injurias ya existiera un proceso penal o administrativo disciplinario pendiente (§ 154e StPO); y

j) En supuestos de delitos de acción privada, el principio de oportunidad rige también, porque depende de la discrecionalidad del MP en la persecución o no de ellos (§§ 376 y 377 StPO).

### **c) Los principios sobre la prueba**

Aglutinamos aquí los principios de investigación oficial, inmediación, libre valoración de la prueba e *in dubio pro reo*. En la investigación oficial,<sup>729</sup> o principio de averiguación, el tribunal instruye por sí mismo los hechos de la causa y, en esto, no está vinculado a los requerimientos y declaraciones de las partes del proceso.<sup>730</sup> En la búsqueda de la verdad material, el tribunal no queda ligado a las declaraciones de los participantes en el proceso; a las actitudes del imputado, pues la incomparecencia del mismo no significa nada de cara a la cuestión principal de si es culpable o no;

---

<sup>729</sup> El principio de investigación ha entrado en crisis, porque a causa, normalmente aducida, de la carga de trabajo en los tribunales, incide de manera importante en las decisiones de finiquitar los asuntos de investigación lo antes posible, de manera que sólo procedan a juicio lo que se considera realmente "importante". De esto que se entienda la promoción de acuerdos (*Absprache*) entre el MP y el imputado, con marcada influencia anglosajona, y que el Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) admita en cierta medida su existencia declarándolo constitucional. Así, puede verse la Sentencia BGH, de 28 de agosto de 1997. El acuerdo tiene carácter tripartito, pues la víctima tiene opinión a ser considerada y su acuerdo también es importante. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El sistema procesal alemán..., en "Sistemas penales europeos", op. cit., pág. 263.

<sup>730</sup> Vid. ROXIN, C., Derecho Procesal..., págs. 99 y 100; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 51.

ni a los requerimientos de prueba, pudiendo introducir las que considere oportunas y convenientes.<sup>731</sup>

La inmediación es un principio propio de la audiencia de juicio, de la vista oral o juicio, y comporta que el juez debe dictar sentencia en base al conocimiento directo del acusado y de las pruebas (§ 261 StPO). El juicio oral representa el momento procesal oportuno en el cual este principio adquiere relevancia.<sup>732</sup> La declaración de los testigos no puede ser reemplazada, en principio, por la lectura de un acta elaborada por persona distinta a la que debe sentenciar (§ 250 StPO).

Por lo que respecta al principio de libre apreciación, la legislación del proceso penal alemán no contempla pruebas tasadas (§ 261 StPO), es decir de valoración legal, y por ello la libre valoración de la prueba rige en todo el procedimiento y para todos los órganos de la administración de justicia penal, por consiguiente se impone también para la Fiscalía y policía. Existen, no obstante la claridad del principio, algunas restricciones: el juez no puede dejar de considerar los datos objetivos y su apreciación no puede ser arbitraria. El silencio del imputado durante el momento de declaración no puede ser valorado probatoriamente en sentido alguno, sin embargo, si el imputado presta libremente declaración y omite hacerlo sobre puntos en particular, se convierte "él mismo" en un medio de prueba y, con esto, sujeto a la libre valoración.<sup>733</sup>

---

<sup>731</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El sistema procesal alemán..., en "Sistemas penales europeos", op. cit., pág. 263.

<sup>732</sup> Vid. ROXIN, C., Derecho Procesal..., pág. 102.

<sup>733</sup> Vid. ROXIN, C., Derecho Procesal..., págs. 108 y 109; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 52.

Por último, una vez terminada la valoración de pruebas, y aún no estando contemplado de forma expresa en la StPO, aunque puede ser extraído del propio § 261 StPO e incorporado como "presunción de inocencia", ha de considerarse que ante la duda se debe decidir en favor del acusado.<sup>734</sup>

#### **d) Los principios de oralidad, inmediación y publicidad**

La oralidad, inmediación y publicidad adaptan la forma del proceso penal alemán, lo externo del mismo, pero sólo en una parte del procedimiento principal llamada vista principal.

La oralidad como principio implica que el fundamento de una sentencia sólo puede ser aquéllo que fue aportado y explicado en el proceso de forma oral. Es decir, lo que no ha sido dicho no puede ser considerado como existente.<sup>735</sup> La inmediación supone, formalmente, que el tribunal que dicta la sentencia es el que actúa por sí mismo, por lo que se impone la práctica de las pruebas y la extracción de los hechos por sí mismo de los materiales y fuentes aportados, por eso también puede interrogar a los testigos (§§ 223 a 225 StPO).<sup>736</sup>

La publicidad rige sólo para el juicio oral, conforme al primer inciso del § 169 GVG "la vista ante el tribunal sentenciador..., serán públicas", por tanto, ni la averiguación, ni la fase intermedia se ven afectadas por el mismo.<sup>737</sup>

---

<sup>734</sup> Vid. ROXIN, C., Derecho Procesal..., pág. 111; GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 53; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El sistema procesal alemán..., en "Sistemas penales europeos", op. cit., pág. 263.

<sup>735</sup> Vid. ROXIN, C., Derecho Procesal..., pág. 405 y ss.

<sup>736</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El sistema procesal alemán..., en "Sistemas penales europeos", op. cit., pág. 263.

<sup>737</sup> Vid. ROXIN, C., Derecho Procesal..., pág. 405 y ss.

La jurisprudencia alemana los ha considerado principios importantes, en especial a la publicidad.<sup>738</sup> La falta de publicidad se reconoce como motivo de casación absoluto (§ 338, núm. 6 StPO), puesto que por su consagración y práctica se fortalece la confianza pública en el Poder Judicial, se encausa la responsabilidad de los órganos que participan directamente en la administración de justicia, y se ayuda a evitar que los tribunales puedan oscurecer las razones y motivos por los cuales dictan sentencias.<sup>739</sup>

No obstante, la publicidad tiene excepciones en el sistema procesal penal alemán, que son las siguientes:

a) No hay publicidad en las causas que tienen por objeto el internamiento del inculpado en centros psiquiátricos o en centros de desintoxicación (§ 171 GVG). Tampoco si es de temerse la puesta en peligro de la seguridad del Estado, del orden público o de la moralidad (§ 172, núm. I GVG). En casos en que se deba interrogar a una persona menor de 16 años (§ 172, núm. 4 GVG).

b) La publicidad tampoco tiene cabida para determinadas personas como los menores de edad (§ 175, apartado I GVG); los desobedientes (el inculpado, § 177 GVG) y para las personas que no se comportan debidamente o comportamiento incorrecto (§ 178 GVG).

## **2. La fase de averiguación**

---

<sup>738</sup> Sentencia BGH de 20 de enero de 1953.

<sup>739</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El sistema procesal alemán..., en "Sistemas penales europeos", op. cit., pág. 269.

En Alemania, antes de 1975 la instrucción era encomendada a un juez instructor (*Untersuchungsrichter*), que seguía el modelo francés ostentando el procedimiento preliminar. Sin embargo, no tenía gran relevancia su papel, porque las funciones investigadoras las realizaba en realidad la policía y el fiscal. Por tanto, tras la fecha dicha, se procede al cambio del juez instructor por el fiscal, otorgando a éste la instrucción en el procedimiento preliminar. La adecuación vino a reglamentar lo que ya era patente, y tuvo la influencia más de cerca modelos imperantes en países sajones.<sup>740</sup>

El caso es que la persecución penal no se deja en manos de los particulares. El Estado por medio de la autoridad pública del Ministerio Fiscal (*Staatsanwaltschaft*), se adjudica la fase de investigación y persecución de los delitos en los cuales existe un interés público, asumiendo con ello la acusación en régimen de monopolio (*Anklagemonopol*).<sup>741</sup> Ahora, junto con el MP, existe una persecución privada (*Privatklage*), que no excluye por completo la acción pública, con respecto de otros delitos considerados leves en los que el interés público resulta insignificante, como por ejemplo el allanamiento de morada (§ 374, apartado 1, StPO).

Por otro lado, la legislación alemana ha previsto un procedimiento para forzar el ejercicio de la acción penal (*Klageerzwingungsverfahren*),<sup>742</sup> ante la negativa del Ministerio Fiscal de hacerlo. La pretensión es otorgarle a la vícti-

---

<sup>740</sup> Hasta 1975 existió en Alemania un juez de instrucción. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 87.

<sup>741</sup> Aplicación del principio oficial. En el proceso penal alemán la persecución penal de los hechos punibles está encomendada a una autoridad del Estado. La persecución es de oficio. Vid. VOLK, K., Grundkurs StPO, op. cit., pág. 177; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 47.

<sup>742</sup> De acuerdo a los §§ 172 a 177 de la StPO.

ma la oportunidad, que le ha sido prácticamente arrebatada con el monopolio, de solicitar al tribunal que verifique si el MP, en su decisión negativa de ejercer la acción penal, se ha ajustado en cumplimiento del principio de legalidad o, de forma contraria, ha sido una decisión arbitraria.<sup>743</sup>

En virtud de lo anterior, no estamos ante una aplicación plena de un proceso penal de partes; pero sí nos encontramos ante un proceso acusatorio.<sup>744</sup> Los tribunales alemanes no proceden de oficio (§ 165 StPO), ni pueden extender el proceso pendiente sobre otras personas, ni a otros hechos independientes jurídicamente del mismo autor (§ 155 StPO). Por el contrario, en el Derecho Procesal penal alemán rige el principio de persecución de oficio.<sup>745</sup> El Estado alemán ha configurado su sistema previendo que la persona que acusa sea distinta de la que va a juzgar como elemento importante de un sistema acusatorio.<sup>746</sup>

Así, la figura del Ministerio Fiscal posee una importante función instructora durante la fase de investigación que

---

<sup>743</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 54.

<sup>744</sup> Cuando la persecución se deja a cargo de particulares, el proceso penal esencialmente un proceso de partes. Vid. ROXIN, C., Derecho Procesal..., op. cit., pág. 86; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., págs. 44 y 46.

<sup>745</sup> Vid. PERRON, W. / LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., El Ministerio Fiscal-Director de la investigación en el proceso penal alemán, en GIMENO SENDRA, V., "El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción", Ed. Iustel, Madrid 2006, pág. 78.

<sup>746</sup> Estipulado por la StPO, en § 151. También vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 47. Sin embargo, para FISHER es una combinación entre un sistema acusatorio y otro inquisitivo. Vid. FISHER, H. D., The German legal system and legal language, Ed. Cavendish, 3ª ed., Londres 2002, pág. 175. No obstante hay que considerar las diferencias entre puntos críticos del sistema europeo de enjuiciamiento criminal de aquél en Inglaterra. Sobre la estructura del proceso alemán en general vid. ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., págs. 114 a 116; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., págs. 29 a 239.



sirve para preparar la decisión de la Fiscalía sobre si hay que acusar o no, pero también para recoger el material probatorio y examinarlo.<sup>747</sup> Ahora bien, el vigor del principio de legalidad exige al Ministerio Fiscal que practique las investigaciones necesarias en caso de existir sospechas de haberse cometido hechos delictivos, pero no se aplica hoy de forma rigurosa. El principio de oportunidad rige en parte de su actividad.<sup>748</sup> El fiscal puede, con aprobación del tribunal, prescindir de la persecución de ciertos delitos por considerarse inconveniente de hacerlo en ese momento, en espera de mejores pruebas y elementos para perseguirlos.

### **3. La fase intermedia**

Esta fase intermedia se comporta como un filtro de acusaciones que no posean una sospecha suficiente para imputar a una persona la autoría de hechos punibles.<sup>749</sup> Por consiguiente, la base de esta fase la constituye la investigación anterior (§ 203 StPO). El ahora imputado tiene derecho a solicitar la práctica de pruebas con el fin de que se demuestre que la apertura del juicio oral es innecesaria. Esta posibilidad contrasta con lo que acontece en la fase intermedia en España y su ausencia inexplicable para la doctrina de la defensa.

---

<sup>747</sup> El Ministerio Fiscal tiene poder coactivo, pero limitado, pues, puede ordenar por sí mismo la detención en casos de urgencia, pero no puede decretar prisión provisional que está reservada al juez. Vid. ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., págs. 214 y 218.

<sup>748</sup> Vid. ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., págs. 66 a 71; y VOLK, K., Grundkurs StPO, op. cit., pág. 179.

<sup>749</sup> De igual forma que para iniciar la averiguación ROXIN habla de una sospecha con mayor intensidad, ésta ha de mantenerse lo suficientemente "fuerte" (sospecha justificativa del proceso le llama ROXIN) tras el resultado de la averiguación. Vid. ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., pág. 216.

Por tanto, el tribunal tiene ante sí la tarea de decidir la apertura o no del juicio oral.<sup>750</sup>

#### **4. La fase principal**

El auto de apertura del procedimiento principal, que da inicio a esta fase en el proceso penal alemán, es el resultado del desarrollo del procedimiento de averiguación y del procedimiento intermedio con resultado de mantener la acusación.

A semejanza del art. 744 LECrim y de lo que podría extraerse del art. 305 y 306 CFPP, la vista principal está revestida de principios como la concentración.<sup>751</sup>

La vista principal es una unidad, aunque pueda ésta tomar varios días, lo que se entendería como sesiones consecutivas en España y que en México se prevé como una sola. Esta fase, que es la principal, el punto culminante en palabras de ROXIN,<sup>752</sup> por desarrollarse en ella el enjuiciamiento del acusado decidiendo su culpabilidad o inocencia en base a las pruebas practicadas, y termina a su vez con la sentencia.<sup>753</sup>

---

<sup>750</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 158 y 159.

<sup>751</sup> Así el art. 6, apdo. I, EMRK, que tiene el requisito de ser escuchado en un período apropiado. KÜHNE señala que la sobrecarga de la fiscalía y las cortes no pueden ser reconocidos como razón importante para no cumplir con esto, pero la jurisprudencia acepta sin embargo algunas excepciones. Vid. KÜHNE, H.-H., Strafprozessrecht..., op. cit., pág. 147.

<sup>752</sup> ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., pág. 236.

<sup>753</sup> La regulación del procedimiento principal esta contemplado por el Libro II, apdos. Cuarto a Séptimo, §§ 207 a 275, StPO.

GÓMEZ COLOMER identifica, a su vez, esta decisiva fase en tres grandes subfases:<sup>754</sup>

a) La preparación de la vista, o la serie de actos ordenados de acuerdo a la ley para que pueda llevarse a cabo el juicio oral en sentido estricto.

b) La vista principal, en la que predomina el principio de oralidad y de los que de él se derivan. Esta subfase termina con la publicación de la sentencia (§§ 261 y 264 StPO).

c) La fase de sentencia, que forma parte de la vista principal.

Los principios que la rigen y adquieren plenitud son los de oralidad,<sup>755</sup> inmediación<sup>756</sup> y publicidad.<sup>757</sup> Así, la doctrina entiende que la oralidad significa que la sentencia ha de basarse en el material probatorio aportado de manera oral durante la vista principal. La inmediación supone que el tribunal es el que actúa por sí mismo, significando que deba proceder a la práctica de la prueba y, materialmente, deba extraer los hechos de las fuentes inmediatas. La ley obliga a la publicidad en esta fase, pero no lo hace en las fases previas de averiguación y procedimiento intermedio. La jurisprudencia alemana ha recalcado la importancia de este principio, pues ayuda al fortalecimiento de la confianza pública, entre otras cosas.<sup>758</sup>

---

<sup>754</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 162.

<sup>755</sup> El principio de oralidad no está directamente plasmada en el ordenamiento de manera positiva. Pero se desprende de los §§ 250, 261 StPO, y 169 GVG. Vid. KÜHNE, H.-H., Strafprozessrecht..., op. cit., pág. 368.

<sup>756</sup> Desprendida de los §§ 223 a 225 y 250 StPO.

<sup>757</sup> Así §§ 169, apdo. 1; 171; 172 núm. 1 a 4; 175, apdo. 1; 177; y 178 GVG.

<sup>758</sup> Vid. ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., págs. 258 a 272; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., págs. 167 a 170.

### **C) Estados Unidos de Norteamérica**

En los Estados Unidos la influencia del sistema inglés es evidente, reflejada en una tradición adversarial como lo manifiesta VOGLER, pero se ha conformado en su historia con instituciones propias que le proporcionan características distintas.<sup>759</sup> La acusación en el proceso penal la ostenta una figura pública o funcionario, a diferencia de la posibilidad de que lo haga una persona particular en el derecho de Inglaterra, que acusa en nombre del Estado Federal, o de los Estados Unidos. El *Federal Department of Justice* tiene asignada esa tarea, que cumplimenta mediante representantes (*Agents*) del *U.S. Attorney General*. Es decir, la persecución de los delitos, como su posterior acusación en el proceso penal, está encomendada a ese organismo federal.<sup>760</sup>

La fase de investigación la realiza propiamente la policía, cuya actividad es instada por el fiscal, que comunica al juez los hechos cuando se ha detenido al sospechoso, iniciando con ello generalmente el proceso penal. El proceso penal se conforma, a grandes rasgos, de una audiencia preliminar contradictoria o también llamada comparecencia previa al juicio (*preliminary hearing*), en la que normalmente el fiscal, con base en el material investigado por la policía, presenta el caso al juez con la intención de conseguir de él el paso siguiente hacia el verdadero juicio penal, acusando formal-

---

<sup>759</sup> Con respecto del nacimiento del denominado principio adversarial puede verse a VOGLER, R., *A World View of Criminal Justice*, Ed. Ashgate, Aldershot 2005, págs. 131 y ss.

<sup>760</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., *El Tribunal Penal Internacional...*, op. cit., pág. 90.

mente. Posteriormente, el juez, junto con el jurado, analiza los materiales y dicta la sentencia.<sup>761</sup>

Ante lo dicho, habrá que hacer notar el carácter federal en la configuración política de los Estados Unidos. Por un lado se encuentra un gobierno de ámbito federal que abarca a todo el territorio del país, y por el otro, un gobierno en cada uno de los Estados pertenecientes a la federación. La organización política se refleja también en la organización de los Poderes Públicos.<sup>762</sup> Por tanto, el Poder Judicial tiene la característica de conformarse con dos sistemas judiciales distintos, el federal y el local.<sup>763</sup>

## **1. Incidencia de la Constitución en el proceso penal**

Originalmente, la Constitución de Estados Unidos no poseía muchas referencias al enjuiciamiento criminal.<sup>764</sup> El texto constitucional comienza a incidir con la ratificación de las primeras diez enmiendas, de las cuales cuatro de ellas hacen referencia específica al mismo, la cuatro, cinco, seis

---

<sup>761</sup> SCHMIDT, N., Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung, Ed. C.F. Müller, Heidelberg 1986, págs. 36 y ss.; ESPARZA LEIBAR, I., El principio del proceso debido, op. cit., págs. 91 y 92; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 91.

<sup>762</sup> Puede verse una exposición sobre la organización judicial federal en Estados Unidos, compuesta por los Jueces inferiores, Tribunales de Distrito, Tribunales de Apelación y el Tribunal Supremo en PÉREZ CEBADERA, M.-A., Las instrucciones al Jurado, op. cit., págs. 52 y ss.

<sup>763</sup> Se delimitan claramente dos grandes jurisdicciones. Por un lado encontramos la "jurisdicción federal", cuya competencia de los Tribunales que la integran se extiende a todo el país, y por el otro, está la "jurisdicción estatal", en la que los tribunales ejercen jurisdicción dentro de los límites territoriales de cada estado respectivamente, habiendo un total de 51 jurisdicciones distintas. Vid. HICKEY, T. J., Criminal Procedure, Ed. McGraw-Hill, Boston MASS 1998, pág. 13.

<sup>764</sup> Vid. ISRAEL, J. H. / LAFAVE, W. R., Criminal procedure. Constitutional Limitations, Ed. West Group, St. Paul, MINN. 2001, pág. 3.

y ocho.<sup>765</sup> Importante para el sistema federal norteamericano ha resultado la Decimocuarta Enmienda<sup>766</sup>, que juntamente con la Quinta Enmienda, prevén el derecho al "proceso debido", declarando que ningún estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o de su propiedad, sin las debidas garantías procesales, ni se negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.<sup>767</sup>

El *Due Process* procesal, significa que ningún órgano jurisdiccional puede privar de la vida, libertad o propiedad, a ningún sujeto de derecho, excepto a través de procesos ajustados a la Constitución norteamericana. Es decir, la administración no puede limitar o privar arbitrariamente a los individuos de Derechos Fundamentales sin disponer de un motivo que así lo justifique. Se trata de un control por vía constitucional de la discrecionalidad de la administración pública. El objetivo procesal se traduce en un juicio "limpio" para las partes, en cualquier proceso, pues la jurisdicción sujeta a esto ayuda a minimizar el riesgo humano de resoluciones injustas.<sup>768</sup>

También se ha de advertir que con la adición de la Declaración de Derechos fundamentales (*Bill of Rights*),<sup>769</sup> la

---

<sup>765</sup> HOCHSTEDLER, E. / FRANK, N., Criminal Court Process, Ed. West Publishing, St. Paul MINN. 1996, pág. 45; NEUBAUER, D. W., America's Courts and the Criminal Justice System, Ed. Wadsworth Publishing Company, 6ª ed., Belmont CA 1999, pág. 23; y HALL, D. E., Criminal Procedure and the Constitution, Ed. Delmar Publisher, Albany 1997, págs. 54 y ss.

<sup>766</sup> Decimocuarta Enmienda de 9 de julio de 1868.

<sup>767</sup> Vid. ESPARZA LEIBAR, I., El principio del proceso debido, op. cit., págs. 7 y ss.

<sup>768</sup> Al respecto véase el trabajo sobre el tema de ESPARZA LEIBAR, I., El principio del proceso debido, op. cit., págs. 7 a 76.

<sup>769</sup> Las primeras diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos fueron propuestas a las asambleas legislativas de los diversos estados por el Primer Congreso, el 25 de septiembre de 1789.

cual tiene la intención de contener el abuso de poder por parte del gobierno federal sobre los derechos individuales, la justicia procesal penal tomó un lugar significativo dentro de la misma, y por consiguiente de cara a los tribunales federales.<sup>770</sup>

En las primeras ocho enmiendas<sup>771</sup> se puede encontrar veintisiete garantías anotadas de las cuales quince están orientadas específicamente al enjuiciamiento criminal. Nos parece importante destacar aquí cuatro de ellas:<sup>772</sup>

La Cuarta Enmienda dice textualmente que "el derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirá al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas".

La enmienda es aplicable a los Estados a través de la cláusula de debido proceso legal de la Decimocuarta Enmienda, pero incide en ambos niveles, el federal y estatal. Esta enmienda regula las actuaciones de los agentes de policía, o de cualquier otra persona privada que actúe bajo dirección o pedido de oficiales del gobierno. Cualquier prueba que sea obtenida en violación de dicha enmienda no es aceptada por los tribunales estatales ni federales, pero éstas están sujetas a

---

<sup>770</sup> ISRAEL, J. H. / LAFAVE, W. R., Criminal procedure. Constitucional..., op. cit., pág. 3.

<sup>771</sup> Que junto con la enmienda nueve y diez fueron ratificadas efectivamente el 15 de diciembre de 1791.

<sup>772</sup> Vid. ISRAEL, J. H. / LAFAVE, W. R., Criminal procedure. Constitucional..., op. cit., pág. 4.

la excepción de buena fe. Es decir, la policía está autorizada a realizar un registro limitado sin una previa autorización, como durante un arresto calificado de legal.

La Quinta Enmienda determina que "nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal: ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización".

Tampoco permite la Quinta Enmienda admitir confesiones de los sospechosos obtenidas por medio de la violencia física, con base en la idea de que un interrogatorio forma parte del proceso mediante el cual un Estado impone una condena, y por eso, debe estar sujeto a los requisitos del debido proceso legal de la importante Decimocuarta Enmienda. La Suprema Corte ha mantenido que las sentencias fundadas sobre las confesiones obtenidas por medio de violencia física tienen que ser anuladas "no porque sea improbable que ellas sean verdaderas, sino porque los métodos usados para obtenerlas transgreden un principio subyacente en la ejecución -dice la corte- de nuestro derecho penal: de que el nuestro es un sistema acusatorio y no inquisitivo".<sup>773</sup>

---

<sup>773</sup> Vid. *ROGERS vs. RICHMOND*, 365 U.S. 534, 81 S.Ct. 735, 5 L.Ed.2d 760 (1961).



La Sexta Enmienda añade que "en toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación; de que se le caree con los testigos que depongan en su contra; de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda".

La Octava Enmienda establece que "no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas desproporcionadas, ni se infligirán penas crueles e inusitadas".

Antes de la Segunda Guerra mundial, los derechos previstos en las primeras ocho enmiendas de la Constitución sólo se referían a la protección del individuo ante la acción del gobierno federal. Posteriormente, una vez finalizada la contienda bélica, esos derechos han sido incorporados y aplicados también en la ejecución de leyes a nivel estatal.

## **2. El sistema acusatorio norteamericano**

En el sistema norteamericano no se hace referencia al principio acusatorio. GÓMEZ COLOMER nos advierte que el término "acusatorio" se utiliza para calificar globalmente al modelo de Justicia penal que se ha adoptado.<sup>774</sup> Es decir, al parecer se asume de antemano que el sistema de por sí ha de conformarse con la separación entre quien investiga con aquél quien juzga.

---

<sup>774</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio..., en "Revista del Poder Judicial", op. cit., págs. 73 y 74; también del mismo autor, El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 19.

El modelo instaurado en Estados Unidos se considera como el ejemplo clásico del sistema acusatorio,<sup>775</sup> del cual la doctrina y tribunales se autodenominan como sistema adversarial,<sup>776</sup> o lo que es llamado *Adversary System* de forma pura.<sup>777</sup> En el enjuiciamiento criminal las partes adquieren un mayor papel que el juez en comparación a lo que acontece en otros sistemas, por eso la doctrina norteamericana considera, desde este prisma, como inquisitivos los sistemas imperantes en Europa.<sup>778</sup>

Las características principales del sistema acusatorio norteamericano son las siguientes: a) Rige el principio de presunción de inocencia;<sup>779</sup> b) Papel neutral del juez desde que conoce la comisión del delito;<sup>780</sup> y c) La figura del jurado como parte importante del enjuiciamiento criminal.<sup>781</sup>

También se reconocen junto a los anteriores características las siguientes:<sup>782</sup> 1. Son las propias partes las que

---

<sup>775</sup> Se desarrolla en el marco de un sistema acusatorio. Vid. BURNHAM, W., Introduction to the legal system of the United States, Ed. Nest Publishing Co., St. Paul MINN. 1995, pág. 275; y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo, Ed. Ariel Derecho, Madrid 2000, págs. 78 y 79.

<sup>776</sup> A manera de ejemplo véase el voto discrepante del Juez Harlan en *MAPP vs. OHIO*, 367 U.S. 643, 81 S.Ct. 1684, 6 L.Ed.2d 1081 (1961).

<sup>777</sup> Vid. TINOCO PASTRANA, A., Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla 2001, pág. 92.

<sup>778</sup> Vid. LAFAVE, W. R. / ISRAEL, J. H. / KING, N. J., Criminal procedure, Ed. West Publishing, St. Paul MINN. 2000, págs. 31 y 32; y THAMAN, S. C., Europe's new Jury Systems: The cases of Spain and Russia, en Law and Contemporary Problems, vol. 62, Spring 1999, pág. 233.

<sup>779</sup> Vid. SAMAHA, J., Criminal Procedure, Ed. West / Wadsworth, 4ª ed., Belmont CA 1999, pág. 8.

<sup>780</sup> Vid. ABRAHAM, H. J., The Judicial process. An introductory analysis of the Courts of the United States, England and France, Ed. Oxford University Press, 6ª ed., New York-Oxford 1993, pág. 97.

<sup>781</sup> Vid. FLETCHER, G. P., En defensa propia, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992, pág. 33.

<sup>782</sup> Vid. BURNHAM, W., Introduction to the..., op. cit., págs. 85 a 87.

han de realizar las investigaciones para descubrir las pruebas que deseen introducir al juicio oral; 2. El principio de concentración rige al juicio, en lo que parece ser una constante de los sistemas estudiados ante la necesidad de no dilatar innecesariamente la situación jurídica del procesado y del requerimiento de una justicia pronta; 3. Las partes tienen igualdad de oportunidades; y 4. El principio de publicidad rige los actos procesales.

Por tanto, el principio de dualidad se encuentra presente de manera indispensable para la estructura del proceso.<sup>783</sup> La acción penal está reservada al Estado que la ejerce mediante los fiscales, constituyendo un monopolio.<sup>784</sup> El principio de contradicción dispone que las partes dispongan de las facultades necesarias para poder alegar y demostrar todo lo que aquéllas consideren oportuno para conformar la sentencia.<sup>785</sup> La contradicción es fundamental en el concepto del debido proceso.<sup>786</sup>

El principio de "igualdad de armas" otorga mejor sentido al principio de contradicción. Sin embargo, de acuerdo a la configuración del procedimiento penal, el fiscal cuenta con mayores recursos materiales para preparar y sostener la acu-

---

<sup>783</sup> Como está manifiesto por MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 323.

<sup>784</sup> Vid. WEINREB, L. L., Criminal process. Cases, comment, questions, Ed. Foundation Press, New York 1998, págs. 634 y ss.

<sup>785</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 325.

<sup>786</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 27.

sación, pudiendo existir una desigualdad con respecto de la defensa.<sup>787</sup>

En los Estados Unidos el fiscal o el Gran Jurado son los que formulan la acusación y no un juez, que es el encargado de juzgar junto con el jurado.<sup>788</sup>

También se entiende que el juez no ha de asumir facultades de dirección material del desarrollo del proceso; toda vez que se contempla al mismo como una contienda entre las partes a la cual el juez asiste meramente como un espectador asumiendo un papel neutral. La característica implica la imposibilidad de aportar hechos en fase de investigación y en el juicio oral. Por eso, no puede concebirse en este sistema un juez de instrucción directamente activo en los anteriores menesteres.<sup>789</sup>

### **3. Actos procedimentales relevantes**

La doctrina se hace eco sobre las estadísticas de delitos cometidos y reportados para investigación.<sup>790</sup> Muchos crí-

---

<sup>787</sup> Vid. BAUM, L., American Courts. Process and policy, Ed. Houghton Mifflin Company, 4ª ed., Boston 1998, págs. 194 y 195.

<sup>788</sup> Vid. LAFAVE, W. R. / ISRAEL, J. H. / KING, N. J., Criminal procedure, op. cit., pág. 36.

<sup>789</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., págs. 18 a 20.

<sup>790</sup> Por ejemplo, una publicación del Instituto Nacional de Justicia, dependiente del Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de América, señala en la página 2 de su reporte anual relativo al año de 2004 (NIJ 2005 Annual report) que: "in 2004, violent crime reached an 11-year low, with 5.2 million violent crimes reported. Statistics do not tell the full story, however. Some jurisdictions continue to experience high crime rates". (En 2004, el crimen violento alcanzó por 11ª año, un nivel bajo, con 5.2 millones de crímenes violentos reportados. Sin embargo, la estadística no señala la situación completa. Algunas jurisdicciones continúan experimentando altos niveles de criminalidad). Traducción privada del autor de esta tesis. Puede verse la publicación on-line en <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/213267.pdf>.

menes no son reportados nunca a la policía. El inicio del procedimiento que se sigue por delitos en realidad está situado en la comisión del mismo, aunque la policía tiene la obligación de realizar investigación aún cuando el delito no se ha consumado en su totalidad. De igual forma ha de iniciar investigaciones sobre aquéllos delitos cuyos participantes son "espontáneos" (en los llamados "*victimless crimes*") como las apuestas y la distribución de narcóticos en los cuales la propia policía utiliza agentes encubiertos (*undercover agents*), y otras técnicas de investigación, a efecto de lograr atrapar a otros potenciales delincuentes a fin de completar la actividad criminal.<sup>791</sup>

Procedemos a señalar brevemente, con más detalle de lo mencionado al inicio, el procedimiento realizado en casos de delitos graves o mayores.

**a) La investigación (*Investigation*)**

En el proceso penal federal estadounidense, la investigación criminal la realiza la policía principalmente,<sup>792</sup> dejando al fiscal la posibilidad de solicitar investigaciones complementarias para preparar mejor la acusación.<sup>793</sup> Es decir, si bien es el Ministerio Fiscal el encargado formalmente de la investigación, éste es auxiliado materialmente por la policía en la investigación. Por tanto, no existe aquí figura alguna de juez instructor y, de esto, que en los países euro-

---

<sup>791</sup> Vid. ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R. / KING, N. J., Criminal procedure and the Constitution. Leading Supreme Court cases and introductory text, Ed. West Publishing, St. Paul Minnesota 2007, pág. 4.

<sup>792</sup> Vid. ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R., Criminal procedure and the Constitution, Ed. West Publishing, St. Paul MINN. 1997, pág. 4, 5 y 15.

<sup>793</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 21.

peos que cuentan con esta figura en sus sistemas los norteamericanos los consideren de tipo inquisitivo.<sup>794</sup>

## **b) La detención (Arrest)**

El término tiene varias definiciones en el ámbito jurídico estadounidense creando discusiones con respecto a su significado verdadero. El sentido que hemos empleado aquí es el de sujetar a una persona bajo custodia con el propósito de acusarle de la comisión de un delito.<sup>795</sup>

La detención es sin duda consecuencia de una acusación formulada, sea por el fiscal, sea por el Gran Jurado,<sup>796</sup> pero ésta siempre habrá de ser dictada por órgano jurisdiccional (*arrest warrant*) como acontece en los otros sistemas estudiados.<sup>797</sup> La propia Constitución determina la garantía ante la detención, puesto que sólo podrá ordenarse por una autoridad judicial.<sup>798</sup>

---

<sup>794</sup> Vid. FLETCHER, G. P., Las víctimas ante el Jurado, trad. Molina Anza y Muñoz Aunió, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1997, pág. 216.

<sup>795</sup> Vid. ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R. / KING, N. J., Criminal procedure..., op. cit., pág. 5.

<sup>796</sup> Reconocido en la V Enmienda de la Constitución. Vid. PÉREZ CEBADERA, M.-A., Las instrucciones al Jurado, op. cit., pág. 80.

<sup>797</sup> Así también sucede en México, sin embargo hay que considerar alguna importante diferencia. Cuando el MP, o cualquier persona o policía según determina la propia CM, ordena la aprehensión, no representa un estado determinante para la persona en esa situación, pues es temporal y siempre habrá de ser el juez, una vez se analizan las razones, quien determine que esa aprehensión se convierta en detención o no. En caso contrario, el juez ordena se restablezca la libertad del aprehendido, devolviéndole a su *status* normal.

<sup>798</sup> Así la IV Enmienda de la Constitución Norteamericana (*Bill of Rights*, de 15 de diciembre de 1791). En época pasada el *warrant* era emitido por el *Prosecutor*, pero eso se declaró impropio en 1971, con el caso *Coolidge vs. New Hampshire*, 403 U.S. 443, Vid. TINOCO PASTRANA, A., Fundamentos del Sistema..., op. cit., pág. 123.

La policía sirve de instrumento ejecutor del mandato judicial, que posterior a las investigaciones realizadas resulte ordenado detener a alguna persona. Sin embargo, existen varias excepciones que no necesitarán mandato judicial previo ("warrantless" arrest), la primera, en caso de "felonies", no importando exista flagrancia o no, por lo que la policía puede proceder al arresto; en los casos de "misdemeanors" si se da la hipótesis que se sorprenda al sospechoso *in fraganti*; y, cuando durante el inicio de la investigación existe suficiente información que apunta a la culpabilidad de una persona en particular y que justifiquen su arresto.<sup>799</sup>

**c) Primera comparecencia del acusado (*First Apperance*)**

Trascendente para la defensa resulta ser la primera comparecencia del acusado, pues es en ella en donde se le informa de los hechos delictivos que se le imputan, y de los derechos que le asisten de asistencia técnica de confianza o de oficio, concretándose también así el principio acusatorio. Entre los diversos contenidos que pueden presentarse, en virtud de la naturaleza del hecho criminal que se trate, se le informa el derecho que tiene a permanecer en silencio y no inculminarse de acuerdo a la Quinta Enmienda.<sup>800</sup>

---

<sup>799</sup> Vid. STUCKEY, G. B., / ROBERSON, C., / WALLACE, P. H., Procedures in the Justice System, Ed. Prentice Hall, 5ª ed., Saddle River New Jersey 1998, pág. 79; ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R. / KING, N. J., Criminal procedure..., op. cit., pág. 4, que señalan inclusive la posibilidad en ese mismo acto de realizar interrogación (*questioning*) y registro o cacheo sobre la persona ("*pat-down*"); y, TINOCO PASTRANA, A., Fundamentos del Sistema..., op. cit., pág. 123.

<sup>800</sup> En especial nos referimos al caso *MIRANDA vs. ARIZONA* 384 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602, 16 L.Ed.2d 694 (1966) con la que la corte estableció la doctrina de la confesión sobre el privilegio en contra de la autoincriminación. También véase a GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 24.

La presentación ante el juez ha de ser sin demora innecesaria, haya sido practicada la detención dentro del territorio de los Estados Unidos o fuera de este.<sup>801</sup>

**d) El derecho a la audiencia Preliminar (*Preliminary Hearing* o *Preliminary Examination*)**

Los imputados por delito, que no por faltas, tienen derecho a una audiencia preliminar ante un juez, aunque pueden renunciar a la misma. Durante esta audiencia se pretende analizar las pruebas que disponen las partes, no a efecto de dictar ya un juicio, sino para verificar que son suficientes para continuar hacia la fase del juicio. Hay que advertir que no estamos ante una actividad probatoria, sino que se pretende decidir si del resultado de las mismas se desprenden indicios suficientes de criminalidad en contra del imputado, que podrán desarrollarse posteriormente sin contratiempos en el juicio ante un jurado.<sup>802</sup>

El fiscal adquiere un papel verdaderamente importante durante la celebración de esta audiencia, en virtud que su función va encaminada a mostrar que existen pruebas suficientes para incriminar, sirviéndose aún de indicios que por su naturaleza no puedan ser admitidos posteriormente en el juicio oral, v.gr. la presentación de testigos de "referencia"

---

<sup>801</sup> Consúltense Regla 5.1 a), de la Federal Rules of Criminal Procedure (conocidas así por disposición de la regla 60, según reforma del 19 de abril de 2002 y con eficacia desde el primero de diciembre de 2002).

<sup>802</sup> En gran medida estamos ante una audiencia que sirve de filtro para evitar acusaciones infundadas. El Fiscal intenta mostrar que cuenta con suficiente pruebas para incriminar al presunto autor del delito. Vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica, Ed. Comares, Granada 1996, pág. 31; y TINOCO PASTRANA, A., Fundamentos del Sistema..., op. cit., pág. 129.



("hearsay"), es decir, que no tienen conocimiento directo de los hechos.<sup>803</sup>

Se deduce de todo esto que las reglas para la admisión y práctica de la prueba son menos rigurosas que las que han de regir en el juicio oral.

El principio de contradicción rige esta audiencia, por lo que los testigos pueden ser interrogados por la defensa e introducir, a su vez, las pruebas que considere oportunas.<sup>804</sup>

Una vez realizado lo anterior, el propio juez considerando las pruebas presentadas declara válido lo actuado para ir a juicio con lo que el fiscal presenta la acusación formal (*information*) ante el órgano jurisdiccional competente,<sup>805</sup> considerando que posteriormente la defensa puede impugnar las pruebas en las que se basó el criterio del magistrado.<sup>806</sup>

---

<sup>803</sup> Utilizamos el término testigo de "referencia" como puede extraerse del art. 710 de la LECrim. Ahora bien, en fecha relativamente cercana, la SCJN en México ha establecido que las declaraciones de los testigos de "oídas" -de referencia queremos decir, pero de esa forma le dice la jurisprudencia- deben tenerse como indicios cuando existen en actuaciones otros elementos que les den validez. Jurisprudencia con Registro IUS: 198936. 9ª Época. Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. V, abril de 1997. Pág. 202. Rubro: TESTIGOS DE OÍDAS. VALOR DE SU TESTIMONIO. En semejante sentido Jurisprudencia con Registro IUS 197940. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. VI, agosto de 1997. Pág. 634. Rubro: TESTIGOS DE OÍDAS.

<sup>804</sup> ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R. / KING, N. J., Criminal procedure..., op. cit., pág. 11.

<sup>805</sup> Vid. HENDLER, E., Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos, Ed. *Ad-Hoc*, Buenos Aires 1996, pág. 186; cuya opinión va en el sentido que el Magistrado realiza una valoración a fin de elevar a juicio o bien desestimar el asunto.

<sup>806</sup> Vid. PÉREZ CEBADERA, M.-A., Las instrucciones al Jurado, op. cit., pág. 89.

Hay dos casos en los que no se celebrará esta audiencia, de acuerdo a la Federal Rules of Criminal Procedure:<sup>807</sup> Cuando ya existe acusación formal acordada por el Gran Jurado (*indictment*); y cuando con posterioridad a la fecha de celebración de la audiencia el fiscal acusa formalmente a una persona en concreto.

**e) Audiencia ante el Gran Jurado (*Grand Jury*)**

El objeto de esta audiencia es semejante a la que se persigue con la audiencia preliminar antes dicha. Que sea una u otra audiencia depende del tipo de hecho criminal que se pretende imputar. Para que se realice la audiencia ante el Gran Jurado se tienen que dar dos supuestos: a) que el hecho criminal imputado tenga como sanción la pena de muerte; y b) que el delito lleve aparejada pena superior a un año de privación de la libertad, en este caso el imputado puede renunciar a este derecho de ser acusado por un Gran Jurado.<sup>808</sup>

El Gran Jurado posee una doble naturaleza. Por un lado, puede ejercer funciones investigadoras, cuyo objeto es determinar circunstancias sobre hechos criminales, y por el otro, se puede constituir como una especie de órgano revisor, cuyo objeto es dilucidar si existen pruebas suficientes en contra del imputado de las presentadas por el fiscal.<sup>809</sup>

---

<sup>807</sup> Vid. Regla 5 a) y c), de la Federal Rules of Criminal Procedure, versión de 2006 que incorpora la última enmienda de 1 de diciembre del mismo año, y es citada de acuerdo a como está indicado por la regla 60 de la propia ley que dice: "These rules may be known and cited as the Federal Rules of Criminal Procedure" (As amended Apr. 29, 2002, eff. Dec. 1, 2002).

<sup>808</sup> Vid. PÉREZ CEBADERA, M.-A., Las instrucciones al Jurado, op. cit., pág. 92 y 93.

<sup>809</sup> Vid. ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R. / KING, N. J., Criminal procedure..., op. cit., pág. 11; y BARONA VILAR, S., La conformidad en el proceso penal, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1994, pág. 47.

Llama la atención que, en este acto procesal, ni el sospechoso o imputado, ni su abogado, por tanto la defensa, tienen derecho a estar presentes en Sala del Gran Jurado con lo que no hay presentación de medios de prueba a su favor ni puede rebatir las que presenta el fiscal. Esta circunstancia ha llevado a la tesis que el Gran Jurado, aún estando bajo la órbita del Poder Judicial y configurándose como una garantía, se haya convertido en un instrumento en manos del fiscal. Lo anterior es así en cuanto que, resulta raro el rechazo de propuestas de acusación formal contra una persona ante la única posibilidad de evaluar pruebas provenientes de la acusación.<sup>810</sup>

**f) Declaración del acusado frente a la acusación (*Arraignment*)**

Una vez hecha formalmente la acusación contra una persona ante órgano jurisdiccional competente, se le da a conocer la misma al imputado en alguna de las audiencias antes dichas, la pena máxima aparejada al delito y, en su caso, sobre la posibilidad de una pena sustitutiva de la privación de la libertad. De igual forma se le dan a conocer sus derechos a tener un abogado, a declararse no culpable, y a un Juicio con Jurado. En general, el inculcado es requerido a que se pronuncie sobre ello y sobre los hechos imputados.<sup>811</sup>

La declaración del acusado puede revestir tres sentidos: que se declare culpable, no culpable, o *nolo contendere*.<sup>812</sup>

---

<sup>810</sup> WEINREB, L. L., Criminal process..., op. cit., pág. 710; y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., El poder de acusar..., op. cit., pág. 80.

<sup>811</sup> Regla 10 de la Federal Rules of Criminal Procedure.

<sup>812</sup> Regla 11 a) 1, de la Federal Rules of Criminal Procedure. Si el acusado declara el *nolo contendere*, se procede a sentenciarlo como si se hubiere declarado culpable. El *nolo contendere* se trata de un acto procesal que permite al inculcado no refutar la acusación, pero que con ello no se tiene el efecto probatorio en un posterior ejercicio de acción civil.

Si hay declaración de culpable o de *nolo contendere*, el proceso ha de concluirse con la sentencia, siempre que previamente el juez se cerciore que se trata de una declaración de voluntad libremente adoptada y realizada.<sup>813</sup>

#### **g) Preparación del juicio oral**

Cuando la declaración del inculcado es de "no culpable", el proceso continúa. Pero previamente se da una preparación del mismo mediante una serie de actos procesales que resuelven las cuestiones previas, bien sea el planteamiento de objeciones, o bien sea para resolver las peticiones antes que inicie el juicio oral y público.<sup>814</sup> Si la parte a quien interese no alega algo aquí, se entiende que renuncia a las cuestiones previas, pero es posible que el juez permita su planteamiento posterior.<sup>815</sup>

Durante esta fase puede pedirse asimismo que el juez no admita algún medio de prueba que alguna de las partes pretenda introducir en el juicio, porque considere que pueda vulnerar alguna garantía constitucional. Por último, puede plantearse a través de cuestiones previas que cada parte revele a la adversaria, defensa y fiscalía, cuáles son las pruebas de las que dispone y que desea se practiquen en el juicio, siendo la práctica obligatoria. A esto se conoce como el procedimiento de *descubrimiento (discovery)*.<sup>816</sup>

---

<sup>813</sup> Regla 11 d), de la Federal Rules of Criminal Procedure.

<sup>814</sup> Regla 12 e), de la Federal Rules of Criminal Procedure.

<sup>815</sup> Regla 12 f), de la Federal Rules of Criminal Procedure.

<sup>816</sup> Regla 12 b) 4 en relación con la Regla 16, ambas de la Federal Rules of Criminal Procedure. El *discovery* se utiliza para conocer el material probatorio del adversario y, en virtud de ello, poder actuar en consecuencia. Vid. TINOCO PASTRANA, A., Fundamentos del Sistema..., op. cit., pág. 131.

El procedimiento del "discovery" es fundamental en el proceso norteamericano.<sup>817</sup> Si el juez tiene conocimiento de que cualquiera de las partes no ha cumplido debidamente con el descubrimiento, puede optar en ampliar el plazo para que la incumplidora haga lo que debe y se espera, o bien no permitir se introduzca en juicio dicha prueba no producida y por lo tanto no conocida.<sup>818</sup>

#### **h) El juicio oral**

Durante la etapa del juicio se procede a la selección del jurado, las alegaciones iniciales, la práctica de la prueba, las conclusiones finales y las instrucciones al jurado y su veredicto final.<sup>819</sup>

Las alegaciones iniciales vienen después de haber elegido el jurado, pero antes de la práctica de la prueba. En ellas no se hace alusión alguna al Derecho aplicable a las pruebas. La finalidad es de presentar en general el caso, ayudando así a los jurados a comprender cuál es el objeto de

---

<sup>817</sup> Vid. ESPARZA LEIBAR, I., El principio del proceso debido, op. cit., pág. 100.

<sup>818</sup> Regla 16.2 b), de la Federal Rules of Criminal Procedure. Es necesario que previamente a la celebración del juicio oral tanto la defensa como el Fiscal, pongan en conocimiento del adversario las pruebas que han de presentar. De igual manera, la defensa debe de revelar al Fiscal si utiliza una coartada, o que alegará enajenación mental o el ejercicio de autoridad pública como causas de justificación. Véase Reglas 12.1, 12.2, 12.3, de la Federal Rules of Criminal Procedure.

<sup>819</sup> El procedimiento de selección del Jurado se hace con la presencia del acusado, de forma pública, consistiendo en el examen de los candidatos por parte del juez, o bien conjuntamente con las partes. La idea general es la de elegir un grupo de personas que no posean prejuicios o ideas preconcebidas para actuar y pensar de cara a las pruebas presentadas en el caso. SUBIN, H. L. / MIRSKY, C. L. / WEINSTEIN, I. S., The Criminal Process. Prosecution and defense functions, Ed. West Publishing, St. Paul MINN. 1993, pág. 293 y ss.; WEINREB, L. L., Criminal process..., op. cit., pág. 923; y LEVINE, J. P., Juries and politics, Ed. Brooks / Cole Publishing Company, California 1992, pág. 47.

la prueba que viene a continuación y que se realizará en su presencia.<sup>820</sup>

La práctica de la prueba sigue una vez hechas las alegaciones iniciales. El fiscal como acusación es el primero en presentar sus medios de prueba y el juez pregunta a la defensa si desea oponerse a ella. Una vez se concluya con esta actividad, la defensa puede solicitar al juez que dicte sentencia absolutoria, en virtud de que entiende que no fue suficiente la actividad probatoria del fiscal para obtener del jurado un veredicto de culpabilidad.

En caso que la defensa no formule la propuesta, pasará a presentar sus propios medios de prueba, pero aún tiene la posibilidad de solicitar al juez que dicte sentencia absolutoria por entender que no hay prueba suficiente que determine una sentencia condenatoria.<sup>821</sup>

Las conclusiones finales vienen después de la práctica de las pruebas. También se pueden realizar con posterioridad a las instrucciones que imparte el juez a los jurados, o con anterioridad a las mismas.<sup>822</sup> Ahora es cuando las partes pueden hacer alusión al Derecho aplicable, de acuerdo a las posturas que sostienen.<sup>823</sup>

Las instrucciones finales son el paso previo al momento en que los jurados se retiren a deliberar para emitir el ve-

---

<sup>820</sup> Vid. ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R. / KING, N. J., Criminal procedure..., op. cit., pág. 1130; y CARP, R. A. / STIDHAM, R., Judicial process in America, Ed. Congressional Quarterly Inc., 4ª ed., Washington, D.C. 1998, pág. 162.

<sup>821</sup> Vid. BURNHAM, W., Introduction to the..., op. cit., pág. 105.

<sup>822</sup> Regla 30, de la Federal Rules of Criminal Procedure.

<sup>823</sup> Vid. BURNHAM, W., Introduction to the..., op. cit., pág. 105.

redicto, lo cual hacen en secreto.<sup>824</sup> En general el veredicto consiste en una simple afirmación de culpabilidad o inculpabilidad, el cual se debe obtener por unanimidad. En caso de conseguir la unanimidad el juicio se declara nulo. Para evitar esto, se puede proceder a instruir por segunda vez (*allen charge*), para que se desarrolle una segunda deliberación y se pueda alcanzar una decisión unánime.<sup>825</sup>

Una vez se obtenga el veredicto por el jurado, el juez dicta la sentencia de acuerdo con el contenido del mismo.<sup>826</sup>

#### **4. La negociación como característica del sistema norteamericano**

El sistema acusatorio norteamericano deja sentir toda su influencia en las posibilidades de negociación entre el Ministerio Fiscal o policía y la defensa, con intención de dar por terminado el proceso penal, o mejor dicho evitar el juicio, por medio de una sentencia que ya ha sido acordada entre las partes. Algo por demás muy común en el sistema norteamericano.<sup>827</sup>

---

<sup>824</sup> Vid. THAMAN, S. C., El Jurado norteamericano, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), "Comentario a la Ley del Jurado", Ed. Aranzadi, Granada 1999, pág. 85.

<sup>825</sup> Vid. PÉREZ CEBADERA, M.-A., Las instrucciones al Jurado, op. cit., pág. 115.

<sup>826</sup> Vid. ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R. / KING, N. J., Criminal procedure..., op. cit., pág. 15.

<sup>827</sup> La decisión del acusado de declararse culpable, nos dice DE DIEGO DÍEZ, es la base de un alto porcentaje de condenas en los EE.UU. Se dice que aproximadamente el 90% de las mismas se consiguen con base en el *plea bargaining*. Vid. DE DIEGO DÍEZ, L. A., Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, pág. 31. Por su parte ESPARZA LEIBAR señala el hecho llamativo de, aún contando con un proceso con bastantes garantías a disposición del imputado en las que la posibilidades de defensa son elevadas, en la mayor parte de los procesos se llegue a la no celebración del proceso penal con la emisión consensuada de una culpabilidad en cuya conformación no se han visto las garantías antes dichas.

Tal vez pueda decirse como primero, que el objeto del acuerdo es evitar dilatar más el proceso y la celebración del juicio oral, debido en gran parte a que el principio del proceso sin dilaciones indebidas (*right to speedy trial*) ejerce una influencia muy importante en algunos Estados de la Unión Norteamericana.<sup>828</sup> Como segundo, si se llevase a cabo el juicio oral y terminare de forma normal, es decir con sentencia, tal vez la previsible y posible futura decisión del juez vendría en el sentido que ninguna de las partes desea o se aventure aceptar. En los Estados Unidos, en la actualidad, la mayoría de las causas penales son resueltas de esta manera.<sup>829</sup>

Este aspecto importante y característico del sistema acusatorio norteamericano hace referencia al principio de oportunidad, y conlleva la declaración de culpabilidad del acusado como consecuencia de esa negociación entre las partes, lo que se conoce en el sistema norteamericano como *plea bargaining*.<sup>830</sup>

Normalmente la declaración del inculcado sobreviene ante alguna concesión por parte del órgano público de persecución.<sup>831</sup>

---

Vid. ESPARZA LEIBAR, I., El principio del proceso debido, op. cit., pág. 106.

<sup>828</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio..., en "Revista del Poder Judicial", op. cit., págs. 73 y 74.

<sup>829</sup> Vid. CARP, R. A. / STIDHAM, R., Judicial process..., op. cit., págs. 151 a 157.

<sup>830</sup> Vid. ESPARZA LEIBAR, I., El principio del proceso debido, op. cit., pág. 106.

<sup>831</sup> Vid. SUBIN, H. L. / MIRSKY, C. L. / WEINSTEIN, I. S., The Criminal Process..., op. cit., pág. 215 y ss.



Podemos identificar el *plea bargaining* con la institución de la conformidad, pues representa una actividad de negociación entre el fiscal (la acusación) y el acusado y su abogado defensor (la defensa), en cualquier momento del proceso penal y siempre antes del veredicto del jurado, mediante la cual se pretende alcanzar un acuerdo que incluye recíprocas concesiones, que pueden resultar en el *plea agreement* (*charge bargaining*) y la *sentence bargaining*, pero en todo caso contemplará la declaración de culpabilidad del acusado.<sup>832</sup>

Presentado así, parece ser que tiene una naturaleza transaccional y esto implicaría un cierto derecho por parte del MP para transigir sobre el derecho del Estado a imponer penas. Lo anterior, supone un negocio jurídico entre el fiscal y el acusado, basado en cierta disposición sobre el proceso. El grado de disposición viene fundamentado en mayor o menor grado de acercamiento al sistema acusatorio. Así, entre más adversarial es el sistema las negociaciones serán más frecuentes y amplias.<sup>833</sup>

En los Estados Unidos, en donde el sistema adversarial se contempla en estado más puro, las negociaciones se utilizan ampliamente cuando se verifica que gran parte de las cau-

---

<sup>832</sup> Al respecto véase a BARONA VILAR, S., La conformidad..., op. cit., págs. 36 y ss.; IDEM, El consenso en el proceso penal americano: Plea bargaining, en "RGD", año 1993, núm. 591, págs. 11,687 y ss; IDEM, Algunas reflexiones en torno al instituto de la conformidad en el proceso penal, en Revista "La Ley", año 1994, núm. 4, págs. 920 a 922; BUTRÓN BALIÑA, P. M., La conformidad del acusado en el proceso penal, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1998, págs. 95 y ss.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., El Ministerio Público y la justicia negociada..., op. cit., págs. 62 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, La justicia penal negociada. Experiencia de Derecho Comparado, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca 1997, págs. 27 y ss.

<sup>833</sup> Vid. GUERRERO PALOMARES, El principio acusatorio, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra 2005, pág. 114.

sas penales no llegan a constituirse procesos ante el jurado, sino que son resueltas por el fiscal y la defensa.<sup>834</sup>

Los acuerdos que se pueden alcanzar son los siguientes:<sup>835</sup>

a) *Charge bargaining* o *charge reduction*, se produce cuando el fiscal formula acusación por un delito inferior, o bien cuando retira o no formula otros cargos adicionales al principal.

b) *Sentence bargaining* o *sentence reduction*; de manera no vinculante para el juez, se "recomienda" una pena menos gravosa para el acusado, o que el fiscal no se opone a la que solicita la defensa.

c) Acuerdo entre el Ministerio Fiscal y la defensa sobre una sentencia específica, o mejor dicho, una promesa hecha por el primero que es aceptada por la defensa.

La negociación se concibe como un contrato celebrado entre el Estado norteamericano y el acusado.<sup>836</sup> Existe, pues toda una estructura que apoya esta inclinación al proporcionar facultades al Ministerio Fiscal y policía de accionar en éste sentido.

---

<sup>834</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., La acusación penal en Inglaterra, en "Tribunales de Justicia", año 1997, núm. 11, págs. 1103; e IDEM, La configuración jurídico-política de la acusación pública en Estados Unidos, en Rev. "Tribunales de Justicia", año 1997, núm. 3, pág. 302.

<sup>835</sup> Vid. BARONA VILAR, S., La conformidad..., op. cit., págs. 62 y ss.

<sup>836</sup> Vid. *BOYKIN vs. ALABAMA*, 395 U.S. 238, 89 S.Ct. 1709, 23 L.Ed.2d 274 (1969); puede verse al respecto también a ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R. / KING, N. J., Criminal procedure..., op. cit., págs. 605 a 607.

### III. EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES EN LA CONFIGURACIÓN DE UN NUEVO PROCESO PENAL FEDERAL EN MÉXICO

En el sentido expresado al inicio de esta última parte de la tesis, debemos ahora abordar en concreto el principio acusatorio y lo que de él se puede desprender para la futura reforma del proceso penal federal en México, considerando lo estudiado en los procesos penales de otros países, del proyecto de reforma al código de procedimientos penales de ámbito federal presentado en su momento por el gobierno de D. Vicente Fox Quesada, y lo aportado por la doctrina procesal consagrada que nos sirve de apoyo.

#### A) Concepto básico del principio acusatorio en la actualidad

No encontramos en las leyes de los sistemas estudiados (España, Alemania y Estados Unidos) una definición de lo que es principio acusatorio. Tampoco la hay en el sistema mexicano vigente, ni en el que fuera previsto por el proyecto Fox.<sup>837</sup> En algún caso, como en el sistema norteamericano, ni siquiera se hace referencia al mismo como principio.<sup>838</sup> Sin embargo, a pesar que difícilmente el concepto "acusatorio" puede determinarse sin riesgo de sufrir interpretaciones diversas, según el punto de vista subjetivo de cada autor, como lo señala BRISEÑO SIERRA,<sup>839</sup> algún concepto general básico orientador sí que podemos alcanzar en espera que la doctrina,

---

<sup>837</sup> A pesar de referirse, en diversas ocasiones, a términos como "acusatorio" y "adversarial" a lo largo de los 96 folios de presentación, por parte del entonces titular del ejecutivo, del proyecto Fox al presidente de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión.

<sup>838</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 19.

<sup>839</sup> Vid. BRISEÑO SIERRA, H., El principio acusatorio..., op. cit., pág. 47; también GALDANA PÉREZ MORALES, M., Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario, Ed. Comares, Granada 2002, págs. 4 y 6.

y legislación procesal penal, pueda unificar mejor algunos criterios.

Del sistema español, alemán y norteamericano, podemos afirmar que un proceso penal que se moldea en el principio acusatorio supone necesariamente una contienda de partes procesales activas, aunque como hemos dicho el alemán no sea en estricto sentido un proceso penal de partes.<sup>840</sup> El debate es dirimido por un tercero que se mantiene constantemente imparcial al objeto de la contienda y de las partes mismas, pero imbuido de un valor de búsqueda de la verdad material para aplicar mejor justicia.<sup>841</sup>

El principio acusatorio, como rector principal de un sistema de enjuiciamiento criminal, tiene un núcleo diferenciador compuesto de tres importantes elementos relacionados que se traducen por un lado en la necesaria acusación previa al inicio del proceso, y por el otro, en la condena en su caso por los hechos constitutivos de delito, todo ello por medio de un enjuiciamiento por órgano jurisdiccional imparcial con respecto de las partes y del objeto del proceso.<sup>842</sup>

Tradicionalmente la doctrina había estado incluyendo en el concepto a otros principios, tal vez porque existe alguna conexión entre el derecho a ser informado de la acusación o

---

<sup>840</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., págs. 44 y 46.

<sup>841</sup> Vid. ROXIN, C., Derecho procesal penal, op. cit., pág. 381 y 382.

<sup>842</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., Principios del proceso penal..., op. cit., pág. 86; GÓMEZ COLOMER, J.-L., La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional, en "Revista del Poder Judicial", año 2001, cuarto trimestre, págs. 209 a 211; IDEM, El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 38; ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 84. No obstante, ARMENTA DEU, expresa duda sobre la total reconducción de la imparcialidad a la esencia del principio acusatorio. Con ser cuestión fundamental, debe ir precedida de una acción y, posteriormente, sostenida. Ver pág. 35 de la obra citada.

el derecho de defensa, pero que al final pueden encontrar mejor acomodo en el principio de contradicción.<sup>843</sup>

Así, la contradicción se refiere a las partes en el proceso, en referencia principal al acusado, garantizando que tengan conocimiento de la acusación que se imputa, que puedan expresarse con respecto de ella y que tengan oportunidad real de defensa en cuanto al fondo y en cuanto a la forma.<sup>844</sup>

Cierto es que estos principios son garantías fundamentales que inciden en el proceso penal, pero cuando de principio acusatorio se trata sólo hemos de relacionar éste con la actividad del órgano jurisdiccional, con respecto de las partes y frente al objeto del proceso penal.<sup>845</sup>

Un concepto moderno del principio acusatorio determinaría que la autoridad judicial impone de forma exclusiva (monopolio) las penas en caso de que proceda; pero la persecución de los delitos ha de estar encomendada a una nueva autoridad administrativa como lo es el MP. Por consiguiente, la separación de funciones sin duda afectaría necesariamente al inicio y continuación del proceso penal.<sup>846</sup>

---

<sup>843</sup> Vid. ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 84.

<sup>844</sup> ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 84; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 39.

<sup>845</sup> En México, el derecho de defensa es considerado pilar básico de la idea de proceso. Así, se comprende en éste derecho de defensa otros derechos consagrados por el importante art. 20 de la CM: el derecho a ser informado de la acusación; el derecho a rendir declaración; el derecho a ofrecer pruebas; el derecho a ser careado contra quien depone en contra; y, el derecho de tener un defensor. Vid. ZAMORA-PIERCE, J., Garantías y proceso penal, op. cit., pág. 255.

<sup>846</sup> Primer problema doctrinal que surge ante el conocido principio de derecho de que nadie puede ser juez y parte, *nemo iudex in sua causa*, y se resuelve de esa manera. Es decir, se debe acudir a la diferenciación de los órganos jurisdiccionales. Mientras la resolución del conflicto se atribuye a un órgano jurisdiccional, la acusación se reserva a un funcionario administrativo creado expresamente para ello: el Ministerio fiscal. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., Juicio oral, op. cit., pág. 205.

En México, en principio, el previo ejercicio de la acción penal y la acusación por el actor recae en régimen de monopolio en una institución pública, un órgano público, creado expresamente para ello, que no ha de decidir sobre la causa.<sup>847</sup> En virtud que la persecución penal no se deja en manos de los particulares, sino que la asume el Estado mediante el órgano público que es el MP, el modelo en México es desde ese punto de vista acusatorio. Esta fuerte tradición no tiene miras de variar, o al menos de aceptar un diferente enfoque con respecto de las personas que pueden ejercer también dicha acusación, pues en el proyecto Fox lo único que se prevé a favor de la víctima u ofendido es la posibilidad de revisar, por el propio fiscal, la inconformidad que presentaren ante la negativa del fiscal de ejercer la acción penal.<sup>848</sup>

Aceptamos que esto supone que la persecución penal no se deja en manos privadas sino que debe ser asumida por el Estado, eso sí conforme al principio de legalidad. La creación del MP responde en parte para poder mantener el esquema básico del proceso tal y como lo podemos encontrar en el proceso civil (actor y demandado), aunque el MP, en sí mismo, no es un distintivo acusatorio necesario como lo viene manteniendo MONTERO AROCA, pues tan sólo es resultado de una elección

---

<sup>847</sup> Importante característica que puede servirnos para fundamentar la necesidad de un proceso penal para México, en parte porque no existiría verdadero proceso penal si hay confusión en una sola persona de la función de juez y acusador. Vid. MONTERO AROCA, J., El significado actual del llamado principio acusatorio, en GÓMEZ COLOMER, J.-L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L. (coordinadores), op. cit., pág. 327.

<sup>848</sup> Debiendo el fiscal informar a la víctima u ofendido sobre el estado de la averiguación previa y, en su caso, del proceso (art. 8 del proyecto Fox). Pero no hay extensión para el ejercicio individual de la acción penal por parte del ofendido o la víctima, tan sólo cabe la coadyuvancia. Cfr. arts. 4, A, IX y 8 del proyecto Fox.

realizada para preservar mejor las funciones e intereses que se crean en el ámbito procesal penal.<sup>849</sup>

Lo que realmente es importante preservar, es que la persona encargada de perseguir los delitos no sea la que deba decidir en el proceso penal. Nada impediría, de acuerdo al modelo procesal penal y el principio acusatorio, que la función de acusar sea "compartida" con las víctimas y ofendidos, dando así cabida, junto a la acción pública, a acciones particulares y populares que existen afianzados en otros sistemas jurídicos. Este enfoque, junto con otros que desarrollaremos, es el que pretendemos adoptar para nuestro modelo.<sup>850</sup>

Como lo demuestran las legislaciones procesales de España, Alemania, y Francia, esta característica puede contener otros acusadores además del MP y aún así respetar en esencia el principio acusatorio, que rige desde el inicio de los procesos penales, durante su avance procesal y hasta el final de los mismos.<sup>851</sup>

Como señalaremos a continuación, un nuevo proceso penal federal mexicano ha de ajustarse esencialmente a tres carac-

---

<sup>849</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 18; y ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 39.

<sup>850</sup> Como en España, la acción penal es pública pudiendo ejercitarla además del órgano público todos los ciudadanos españoles (art. 101 LECrim), pero no así en Alemania que cuenta con un monopolio de la acción en manos del MF (§ 152 StPO), ni en Francia (art. 1 y 31 del CPP), y tampoco en Italia (art. 50 del CPP). Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 18; y ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 64.

<sup>851</sup> El principio es una garantía constitucional del proceso penal en España. Véase el art. 24.2 de la CE. Con respecto de Alemania véase a GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 50.

terísticas para continuar respetando los lineamientos del principio acusatorio.<sup>852</sup>

**1. No hay proceso sin la debida acusación previa, formulada por persona distinta de quien ha de juzgar**

La acusación, como veremos más adelante en detalle, deviene parte condicionante importante del inicio del proceso. En definitiva, se constituye como un presupuesto del mismo y la intención primordial de esta característica, además de demarcar el inicio del proceso, es la de garantizar la distinción de funciones y la cualidad intrínseca de imparcialidad del órgano juzgador. Con ello se evita la persecución por parte del juez de cualquier conducta que constituya delito.<sup>853</sup>

Todo sistema procesal penal requiere de un órgano público acusador, en virtud de lo que ya apunta la doctrina con respecto de la imposibilidad de abandonar en manos particulares la facultad discrecional en la persecución de los delitos y su investigación. Además, el principio acusatorio determina distinción entre funciones de acusación y de decisión, las cuales han de estar asignadas a distintos individuos u órganos.<sup>854</sup>

---

<sup>852</sup> Características generalmente resaltadas por la doctrina especializada. Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 22; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., La investigación criminal..., en "Revista del Poder Judicial", op. cit., págs. 209 a 211; IDEM, El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., págs. 38 a 47.

<sup>853</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., Principios del proceso penal..., op. cit., pág. 96 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J.-L., La procedure pénale..., op. cit., págs. 63 y 64. "La máxima preocupación del constitucionalismo en materia de proceso penal ha sido asegurar una separación efectiva entre acusador y juez", DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., Siete tesis sobre la idea de fiscal investigador, en Rev. "Teoría & Derecho", junio/diciembre 1/2007, pág. 35.

<sup>854</sup> "Esta afirmación resulta evidente ante la presencia constante de un órgano público acusador en todo sistema acusatorio, puro, menos puro,



Es decir, que se requiera sólo de una acusación para abrir un proceso ha de suponer en el sistema acusatorio que esa acusación ha de realizarse por sujeto distinto del juez que ha de conocer de la fase procesal que se abre. Por supuesto, en un modelo acusatorio esta acusación la situamos en manos de persona distinta del órgano judicial. Por eso, la novedad introducida por la CM de 1917 (la cual sustituye a la anterior de 5 de febrero de 1857) fue la separación de funciones, y distinción, incorporando al MP como órgano público de persecución y acusación bajo la esfera de influencia del Poder Ejecutivo,<sup>855</sup> a pesar del error cometido por el legislador constitucional de 1917 de articular al MP dentro del capítulo IV denominado "Del Poder Judicial".<sup>856</sup>

Pero no sólo alcanza el inicio del proceso penal esta característica, pues la acusación ha de ser sostenida en varios momentos procesales para alcanzar el fin normal del proceso que es la sentencia, reflejando en la misma el juicio del órgano jurisdiccional. De tal manera que la acusación es presupuesto del proceso y de la condena.<sup>857</sup>

En consecuencia, por lo dicho hasta ahora en párrafos anteriores, ante la elección de separar de la figura del juez

---

formal o mixto". Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 72.

<sup>855</sup> Con anterioridad, la investigación estaba confiada al Poder Judicial. Éste la ejercía por conducto de Jueces llamados "de Instrucción", quienes tenían a sus órdenes a la Policía Judicial (en parte ahí la razón de su denominación). Es verdad que existía la figura del MP, pero éste actuaba de distinta forma y como parte de la Policía Judicial. Vid. ZAMORA-PIERCE, J., Garantías y proceso penal, op. cit., págs. 443 y 444.

<sup>856</sup> Por razones que desconocemos, pero criticable porque ello no es tema a legislar en la Constitución, el legislador prevé dentro de ése capítulo dedicado al Poder Judicial aspectos organizativos y funcionales del MP. Véase en especial el art. 102 de la CM.

<sup>857</sup> Vid. ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., pág. 56.

el ejercicio de la acción penal, evitando con esto un modelo inquisitivo en inicio, se ha aislado un primer elemento esencial del principio acusatorio, y con ello de un sistema acusatorio, que es la necesaria acusación previa para poder iniciar el proceso penal.<sup>858</sup>

En México, el presente CFPP se configura en este sentido acusatorio, lo que nos indica la precisión que existe al menos sobre este punto en este código desfasado, pero que se ha de mantener en principio, pues la consignación es el acto procesal, a través del cual, el MP ejercita la acción penal.<sup>859</sup>

El proyecto Fox también respetaría este requisito esencial al determinar que el ejercicio de la acción penal corresponde al Fiscal, como lo hace patente el art. 4<sup>860</sup>, consignando el asunto ante el juez de distrito competente, solicitando con ello la incoación del proceso penal y fundando y motivando el cuerpo del delito.<sup>861</sup>

---

<sup>858</sup> Vid. ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 39.

<sup>859</sup> Regulado en el art. 134 del vigente CFPP. En efecto, este elemento acusatorio modificó radicalmente la situación inquisitiva en que un mismo juez investigaba, instruía, acusaba y juzgaba. Vid. ZAMORA-PIERCE, J., Garantías y proceso penal, Ed. Porrúa, 11ª ed., México 2001, pág. 443; también véase el discurso de D. Venustiano Carranza sobre las reformas procesales penales introducidas por la primera redacción de la CM de 1917, en Diario de los Debates del Congreso Constituyente, Período único, Tomo I, núm. 12, Querétaro a 1º de diciembre de 1916, págs. 264 y ss.; y GÖSSEL, K. H., El Ministerio Fiscal y la Policía Judicial en el procedimiento penal del Estado de Derecho, en "Revista del Ministerio Fiscal", año 1997, núm. 4, pág. 25. También puede verse al respecto del concepto de consignación y forma de realizarla ante los tribunales a COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., págs. 307 a 310.

<sup>860</sup> "Compete al Fiscal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales".

<sup>861</sup> La tradición jurídica mexicana tiene en la figura del MP, que el proyecto Fox denomina como Fiscal, al órgano encargado del ejercicio de la acción penal y de la persecución de los delitos (arts. 178 y 179).

Por supuesto, cualquier nuevo código procesal penal habrá de regular dicha característica para mantenerse dentro de los lineamientos acusatorios. Así, queda establecido de manera firme por la CM que el MP es el encargado constitucionalmente de la persecución de los delitos ante los tribunales.<sup>862</sup>

Lo único que pensamos debería mejorarse en nuestra opinión, es la claridad de los momentos procesales en que se ha de interponer la acusación. Sobre esto diremos algo *infra* cuando tratemos el nuevo esquema de proceso penal que proponemos, en especial la apertura de la instrucción judicial y el tema de la acusación, manifestándose en las llamadas calificaciones provisionales y definitivas en el juicio oral, que son conocidas en el medio jurídico mexicano como "conclusiones" de la acusación y de la defensa.

En un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal, mantener la acusación y persecución en manos del MP no es, desde nuestro punto de vista, contrario al concepto de lo acusatorio. El principio acusatorio, no obstante, nada determina sobre la adjudicación específica de la acusación a un órgano del Estado en particular, es decir que deba recaer necesariamente la función en el MP. Lo importante aquí es establecer que simplemente no pueden ser ejercidas ambas actividades por un solo individuo. De tal manera que es posible prever legalmente la presentación y posterior sostenimiento de la acusación por persona u órgano distinto del MP. Por supuesto, excluyendo naturalmente al juez, y cumpliendo, aún así, con esta característica primordial.

---

<sup>862</sup> Cfr. art. 21 y 102, A, de la CM.

## **2. No cabe condena por hechos distintos de los reflejados en la acusación, ni a persona distinta de la acusada**

Siguiendo en general a MONTERO AROCA con respecto de estas características, otra de las manifestaciones clave del principio acusatorio es la imposibilidad de condenar al acusado, en caso de probar la culpabilidad del mismo, por hechos punibles distintos de los que se acusa haber cometido.<sup>863</sup>

Lo acusatorio abarca el contenido de la acusación, lo que viene a constituir el objeto del proceso penal mismo junto con la postura de la defensa. Para determinar dicho objeto resultará indiferente quién es el acusador, pero sí que importa la persona del acusado y de qué se le acusa.<sup>864</sup>

El objeto del proceso penal es aquello sobre lo que se proyecta la actividad jurisdiccional y éste ha de ser delimitado. Por eso no ha de aceptarse, nos dice DE LA OLIVA, que el proceso penal sea incoado con una finalidad genérica. De esto que la determinación y objeto del proceso penal viene dado por las partes y no por el juez.<sup>865</sup>

---

<sup>863</sup> MONTERO AROCA, J., El principio acusatorio..., en Rev. "Justicia", op. cit., pág. 782; publicado también en "Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio", VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Córdoba 1993, págs. 175 y ss.; IDEM, La garantía procesal penal y el principio acusatorio, en Rev. "La Ley", op. cit., págs. 973 y ss.; publicado también en "Justicia y Sociedad", México 1994, págs. 525 y ss.

<sup>864</sup> En México el MP ostenta el monopolio de la acción penal, sin embargo aún señalando nosotros que debe cambiar esa situación, nada tendría que afectar al objeto del proceso penal que tratamos aquí. Es decir, se tiene el derecho a acusar, o el deber si viene impuesto por la ley como al MP, pero no hay ningún derecho de penar. Vid. MONTERO AROCA, J., El principio acusatorio..., en Rev. "Justicia", op. cit., pág. 782; ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., pág. 57.

<sup>865</sup> Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 194.

En ese sentido, el que juzga no puede determinar los hechos que se imputan ni a quién se han de imputar. Dicho de otra manera, la persona a quien se imputa y el hecho concreto del que se le acusa, han de ser determinados por sujetos distintos del órgano jurisdiccional, que no pueden ser más que las partes.<sup>866</sup>

Por lo tanto, en un nuevo modelo de proceso, el objeto del proceso penal no puede ser distinto, en principio, el hecho criminal imputado a una persona, elementos que determinan la extensión de la investigación y del conocimiento del juez, según nos dice GÓMEZ COLOMER. En Efecto, el MP al advertir que del resultado de las pruebas queda manifiesto que debe acusar a otras personas, además de las que primeramente había hecho, puede y debe hacerlo, pues estamos en realidad ante una clara delimitación progresiva del objeto del proceso.<sup>867</sup>

Es decir, desde la denuncia o querrela hasta las conclusiones finales después de la prueba en el juicio oral, pasando por la consignación, investigación y conclusiones previas, el objeto del proceso penal se va conociendo mejor y adquiere mayor precisión en cuanto a los hechos y su calificación y en cuanto a sus autores.<sup>868</sup>

---

<sup>866</sup> En ése sentido ORTELLS RAMOS, M., en ORTELLS RAMOS / CÁMARA RUIZ / SÁNCHEZ, Derecho Procesal..., op. cit., pág. 277.

<sup>867</sup> El objeto del proceso es determinado de manera progresiva e inmutable conforme se avanza en el proceso por las partes y se excluye de ello al tercero. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 100.

<sup>868</sup> En semejante sentido que Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 100; también DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 198.

Esta característica adquiere entonces mayor relevancia en el momento de la apertura del juicio oral para que se respete la imparcialidad del juzgador. Por razón procesal lógica, no se puede reunir en una misma persona dos funciones distintas e incompatibles.<sup>869</sup>

Concretando, el principio acusatorio sólo puede servirnos aquí como determinante del contenido de la acusación, refiriéndonos a la persona y al hecho criminal. Esto implica que el juez queda sujeto de manera especial a lo que se acusa y contra quien se hace, por lo que no podrá apartarse deliberadamente de esto.<sup>870</sup>

Ahora bien, en el medio jurídico mexicano tendremos que atender varios momentos como lo son el ejercicio de la acción penal (consignación) y las conclusiones del MP. Ciertamente ambos momentos obligan al tribunal a resolver dentro del marco jurídico en ellas planteado y esto parece estar bastante bien asumido por la legislación y jurisprudencia.<sup>871</sup>

---

<sup>869</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., El principio acusatorio..., en Rev. "Justicia", op. cit., pág. 783; IDEM, Principios del proceso penal..., op. cit., pág. 96.

<sup>870</sup> Vid. PICO I JUNOY, J., Las garantías constitucionales..., op. cit., pág. 112.

<sup>871</sup> La consignación tal y como se regula actualmente limita el sentido que el proceso penal pueda albergar durante las investigaciones de la instrucción judicial. En el proyecto Fox la situación no cambia en realidad (véase por ejemplo los arts. 176 y ss. Capítulo Noveno. "Ejercicio de la acción penal y consignación). Con ello, el tribunal tiene que seguir la pauta de las investigaciones que se han realizado durante la averiguación. En cambio, si por ejercicio de la acción penal entendiésemos una imputación pero no definitiva, las posibilidades de la investigación de los hechos se abren y cabe la ampliación de la acusación. Las conclusiones tienen un significado importante en el proceso penal, pues fijan definitivamente la acusación de los hechos y la atribución de la culpabilidad a determinada persona por parte del MP. Con esto, durante las investigaciones de la instrucción sólo se da lugar a confirmar unilateralmente la persecución de los hechos y la posibilidad de ampliar la acusación a otras personas. Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., págs. 205 y 206; también págs. 573 y 574; HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., pág. 531.

Se puede decir así que se está ante una garantía de *litis cerrada*. Como nos dice GÓMEZ COLOMER, el objeto del proceso penal no puede ser más que, en principio, el hecho criminal imputado a una persona.<sup>872</sup>

También, el objeto del proceso penal se caracteriza por su inmutabilidad, compatible con la delimitación progresiva (DE LA OLIVA), pues no es posible variarlo ni eliminarlo, ni por la actividad de las partes en ese sentido.<sup>873</sup>

Por ende, se convierten en esenciales para el objeto penal los hechos aducidos y las personas acusadas. El requisito conlleva al planteamiento de la congruencia en el proceso penal, es decir de la correlación objetiva y subjetiva entre la acusación formulada y la sentencia dictada.<sup>874</sup> La sentencia sólo va a poder condenar o absolver por aquéllos hechos esenciales vertidos en la acusación y no por otros distintos.<sup>875</sup>

---

<sup>872</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 99. Conviene decir que el MP está obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el juez debe resolver lo conducente (arts. 31 y 31-bis CPF).

<sup>873</sup> "El objeto del proceso penal se suele delimitar o perfilar progresivamente conforme éste avanza". Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 99; y DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal..., op. cit., pág. 198.

<sup>874</sup> Correcta en los términos, la CM determina el hecho imputable como "hecho punible", concretamente dice el art. 20.III: "Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria".

<sup>875</sup> Vid. MARTÍNEZ ARRIETA, A., La nueva concepción..., op. cit., págs. 24 y 25; ASECIO MELLADO, J.-M<sup>a</sup>., Introducción al Derecho..., op. cit., pág. 208; RUIZ VADILLO, E., El principio acusatorio..., op. cit., pág. 51; y PLANCHADELL GARGALLO, A., El derecho fundamental..., op. cit., pág. 70.

Así, sólo se podrá condenar a las personas que previamente han sido acusadas, pero también ha de hacerse sólo mención sobre los hechos esenciales que forman el hecho punible fundamentado por la acusación.

Por tanto, es primordial para la defensa conocer los hechos que forman la acusación en todas sus circunstancias, y esta exigencia deriva de la aplicación del principio acusatorio, aun cuando está ello conforme con el principio de contradicción.<sup>876</sup>

La incidencia del principio acusatorio en el proceso y el principio de imparcialidad manifestado en la figura del tercero que juzga, no permiten que el propio juzgador pueda fijar él mismo los hechos que se imputan y la persona a la que se imputan, quedando obligada por ello. Pero una instrucción en la que se realicen las investigaciones y determinación de la persona acusada, permite al MP optar por solicitar la pena respectiva atribuyendo autorías a las personas que resulten involucradas. En el juicio oral tiene mejor sentido esto que decimos, pues de la actividad probatoria se desprende la conclusión final.

Ahora bien, todo lo anterior viene a confluir ante la cuestión distinta de la calificación jurídica que de los hechos se deba hacer. Esto es una exigencia posible pero complementaria. La calificación jurídica y la pena a imponer están sometidas al principio *iura novit curia* y al de legalidad, por lo que quedan fuera de la disposición final de las partes. Sin embargo, en un proceso penal inmerso en un sistema adversarial, la posibilidad de debatir entre las partes

---

<sup>876</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., La procedure pénale..., op. cit., págs. 63 y ss.; GIMENO SENDRA, V., en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 80 y 81; y PLANCHADELL GARGALLO, A., El derecho fundamental..., op. cit., pág. 70.



sobre la nueva calificación jurídica debería existir. Pero esto no es ya cuestión del principio acusatorio en sí, sino de la aplicación del principio de contradicción.<sup>877</sup>

No debemos suponer que la calificación que designa el MP durante la consignación sea determinante, de tal manera que irremediablemente la sentencia tenga que dictarse por el delito o delitos que estén señalados en el auto de formal prisión que prevé el CFPP vigente. Es lógico suponer que tras la actividad probatoria sobre los hechos, que no varían desde ése entonces, pueda deferirse que se trate de distinto delito al consignado o que simplemente no lo haya.

Es decir, no olvidemos que lo que se está enjuiciando penalmente es el hecho o hechos, al menos eso es lo que entendemos que quiere el MP cuando ejercita la acción penal y consigna hechos con apariencia de delito en su opinión para que se investigue (dictamen), se prueben y se juzgue su tipo, atribuyendo su autoría sin duda alguna a determinada persona.

### **3. La imparcialidad del juzgador**

Conviene comenzar por señalar que nos referimos a la imparcialidad del juzgador durante la fase de juicio. Al respecto, retomamos la idea que el proceso penal determina claramente que debe existir una diferencia entre la persona que acusa y la que juzga. Relacionado de manera lógica con el primer elemento estudiado del concepto básico del principio

---

<sup>877</sup> MONTERO AROCA, J., El principio acusatorio..., en Rev. "Justicia", op. cit., pág. 784. Hay una diferencia sustancial. El principio acusatorio nos sitúa en la perspectiva del órgano jurisdiccional frente a las partes, en tanto que el principio de contradicción se sitúa entre ellas procurando que sean oídas, que conozcan y puedan defenderse de los materiales de hecho y de derecho. Vid. ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no), en "Revista de Derecho Procesal", año 1996, núm. 2, pág. 274.

acusatorio, la acusación es formulada por persona distinta de quien ha de juzgar.

Cuando abordamos el análisis de la imparcialidad del juzgador, no debemos pensar que es necesaria por motivo del principio acusatorio, sino que esta característica viene determinada por la distinción de funciones de acusar y juzgar. La esencia misma de la jurisdicción supone, que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser al mismo tiempo parte en la causa sometida a su decisión. Esa esencial característica es la que queremos cumpla ese tercero en el proceso penal, de forma que por una distinción clara de las mismas tenga como uno de los resultados una protección de la imparcialidad. Siguiendo a MONTERO AROCA, funciones incompatibles no pueden recaer sobre el mismo sujeto.<sup>878</sup>

La doctrina ha insistido en la idea que el que debe juzgar ha de ser un tercero imparcial, y ser tercero ya es y debe ser una característica del juzgador. En este sentido, pretender señalar al principio acusatorio como garantía de la imparcialidad, no es distinto de lo ya establecido por la idea fundamental del proceso. Además, la imparcialidad debe significar también que el juicio del juzgador viene determinado sólo por el cumplimiento de su función, o lo que es la adecuación de derecho objetivo al caso concreto, sin que exista para ello influencia externa.<sup>879</sup>

No obstante, suele relacionarse la imparcialidad como una exigencia del principio acusatorio, por cuanto que aquél

---

<sup>878</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 98; y MONTERO AROCA, J., Sobre la imparcialidad del Juez..., op. cit., págs. 246 y ss.

<sup>879</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 22.

que conoce de la instrucción no debe conocer del juicio por que se vería afectado en su imparcialidad. MONTERO AROCA ha insistido en el tema y manifestado que, bien observado, el juez no quedaría "contaminado", pues si antes durante la investigación era sujeto imparcial con respecto de las partes y de los hechos, del objeto del proceso penal, no lo dejaría de ser posteriormente en el juicio, por cuanto se mantendrían las mismas partes y hechos, sin defecto de que se fueran delimitados mejor mientras avanza el proceso.<sup>880</sup>

Es decir, el asunto principal del cambio de juez instructor a otro distinto que emitirá juicio, radica en la distinción de funciones en el proceso, en la incompatibilidad de las actividades de investigación y enjuiciamiento. Para el juez instructor, ya no sería adecuado para juzgar, pues habiendo investigado los hechos no podrá posteriormente limitarse a verificar los mismos en el juicio. Además, no hay que olvidar que hay requerimiento constitucional de brindarle al acusado un juicio justo con las garantías necesarias, de forma previa a cualquier acto judicial que afecte a sus derechos y libertad en caso de condena. La sentencia sólo ha de estar conformada por la actividad probatoria desarrollada en juicio oral.<sup>881</sup>

Ahora bien, si mantenemos el modelo que impera en el CFPP se niega esa distinción y la oportunidad del juicio justo al acusado, pues, como puede observarse en la propia ley, el mismo juez que conoce de la instrucción, con sus complejas

---

<sup>880</sup> MONTERO AROCA remarca al proceso como una garantía para las partes. Puede verse, además de las obras citadas del autor, Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, págs. 517 y ss.

<sup>881</sup> Aunque se trate de una obra sobre el proceso civil, la imparcialidad y la distinción de funciones son elementos comunes del proceso. Vid. MONTERO AROCA, J., La prueba en el proceso civil, op. cit., pág. 39.

divisiones en preinstrucción e instrucción, conocerá de la audiencia o vista o juicio. Ocurre que no hay aplicación de lo que en España resultaría el principio del "juez no prevenido".<sup>882</sup>

El proyecto Fox realiza al menos una aproximación sobre la distinción de funciones que se apunta en este apartado. Al respecto, se dice en la presentación del proyecto "que la razón de que exista un juez que conozca de la audiencia principal, diverso al de la etapa preliminar es garantizar la objetividad del juez en la resolución final del caso"<sup>883</sup>. El art. 17 del proyecto viene a materializar esa postura al determinar, que en ningún caso el juez que conoció de alguna diligencia en la etapa de averiguación previa o que presidió alguna de las audiencias previas a la principal del juicio, podrá conocer de éste. No obstante, sigue manteniendo el modelo de atribuir la instrucción al MP y encargar algunas diligencias de investigación al juez.

El panorama con respecto de este asunto se presenta en dos partes. Por un lado, afirmamos que con la ley procesal penal vigente se niega la propia garantía de proporcionar un juicio justo por tercero imparcial, pues no hay distinción de funciones de instruir y enjuiciar atribuidas a personas distintas. Por otro, la distinción de funciones de la que se habla es contemplada en el proyecto Fox, pero no está fundada

---

<sup>882</sup> Una aplicación más acertada de la distinción de funciones a desempeñar por parte del órgano jurisdiccional, implicaría que una vez se declare cerrada la instrucción por parte del juez instructor, figura que como diremos pensamos ha de tener distinta función y cometido dentro de un proceso penal nuevo, la causa se envía al órgano judicial juzgador que sea competente, que será distinto en virtud de la distinta función que desempeñará. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 61.

<sup>883</sup> Proyecto Fox, pág. 19.

en la garantía de ser juzgado por un juez imparcial.<sup>884</sup> Por deducción, el modelo de enjuiciamiento no mejoraría con la adopción, si fuese el caso, del nuevo código procesal penal federal del proyecto Fox. No hay en realidad intención de adoptar un proceso penal, en el cual se distingan claramente las funciones de instrucción y enjuiciamiento.<sup>885</sup>

Para nosotros, aplicando el razonamiento presentado al modelo de enjuiciamiento que pretendemos, no cabe pensar que aquél que realiza la instrucción durante la fase preliminar se vaya a convertir posteriormente en juzgador en la fase principal del enjuiciamiento.<sup>886</sup> Aunque bien entendemos que esto no es en realidad sólo un problema de parcialidad, sino que también y simplemente no es compatible con la idea fundamental de proceso penal como instrumento garante de un juicio justo. Por tanto, es necesario distinguir claramente en el proceso penal entre actividades de investigación y enjuicia-

---

<sup>884</sup> A pesar que el art. 1, en su fracc. I, del proyecto Fox, determina que "todo imputado tiene derecho a ser juzgado a través de un debido proceso penal". Seguidamente, en el mismo precepto, se define como debido proceso penal a aquel en el que impera la imparcialidad de juez, la presunción de inocencia y el esclarecimiento judicial de los hechos... etc.

<sup>885</sup> Termina el art. 1 del proyecto Fox diciendo: "El juez que conoció de la audiencia del procedimiento preeliminar cesará en su competencia al momento en que dé inicio la audiencia principal del juicio, por lo que será competente para dirimir las controversias que se susciten hasta antes del inicio de la audiencia principal, salvo los casos previstos expresamente en este Código".

<sup>886</sup> Al respecto nos parece interesante el razonamiento del TC español, en el FJ 2 de la S TC 145/1988, de 12 de julio (RTC 1988/145), que: "la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible". En concreto, el TC español declaró inconstitucional que un mismo juez instruyera y juzgara, lo que requirió en España que se promulgara la LO 7/1988 de 28 de diciembre, volviendo al sistema que originalmente planteó la LECrim. Sin embargo, no es precisamente ése sentido el que debe basar el cambio de juez instructor por otro distinto que deba juzgar. El pensamiento de MONTERO AROCA, que venimos empleando, concreta la postura distinta.

miento, atribuyendo cada una de ellas a personas u órganos distintos.

Recordemos que un tipo de instrucción (sin sentido cabe agregar) se encuentra reconocido en el vigente CFPP y es atribuido a un juez (arts. 142 a 152). El tema de la imparcialidad en el ordenamiento mexicano no responde a un problema de negación, muy al contrario el principio de imparcialidad viene consagrado como una garantía fundamental en el art. 17 CM. De tal manera que al juzgador se le exige esa condición esencial de ser y mantenerse ajeno a los intereses de las partes en controversia y de dirigir y resolver el juicio sin favorecer indebidamente a alguna de ellas.<sup>887</sup>

Sin embargo, la visión que posee la doctrina y jurisprudencia creemos que no alcanzaría a comprender el modelo que se proponga de realizar efectivamente una fase de instrucción otorgada a un órgano judicial. En sentido de que se le otorgue a un juez instructor que garantice la legalidad, la igualdad de medios de investigación para la defensa y que además termine su función con el cierre de la instrucción, a fin de que sea otro juez distinto el que conozca del juicio.

---

<sup>887</sup> El principio se entiende en dos dimensiones: a) la subjetiva, que es la relativa a las condiciones personales del juzgador, misma que en buena medida se traduce en los impedimentos que pudieran existir en los negocios de que conozca, y b) la objetiva, que se refiere a las condiciones normativas respecto de las cuales debe resolver el juzgador, es decir, los presupuestos de ley que deben ser aplicados por el Juez al analizar un caso y resolverlo en un determinado sentido. Véase, por ejemplo, la Tesis aislada en materia constitucional con registro IUS: 176993. 9ª Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XXII, octubre de 2005. Pág. 697. Rubro: IMPARCIALIDAD. CONTENIDO DEL PRINCIPIO PREVISTO EN EL ART. 17 CONSTITUCIONAL. También puede verse con respecto del impedimento del juez de conocer del asunto, la jurisprudencia con registro IUS: 181726. 9ª Época. Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XIX, abril de 2004. Pág. 1,344. Rubro: IMPEDIMENTO. ES UNA FIGURA JURÍDICA QUE LIMITA AL JUZGADOR EN SUS FUNCIONES PARA INTERVENIR EN CASOS ESPECÍFICOS, EN QUE PUEDE VERSE AFECTADA SU IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA.

Como hemos observado en el apartado III asignado al sistema vigente en México, esto no ocurre así en nuestro país. El juez que interviene en la fase de instrucción judicial se mantiene durante el juicio. Es decir, la autoridad judicial que conoce de la instrucción judicial, es la misma que va a conocer del juicio, según se dispone expresamente de los arts. 168 a 304 que tratan sobre las disposiciones comunes a la averiguación previa y la instrucción. Sin embargo, en el sistema vigente parece lógico que se mantenga conociendo el mismo juez en la instrucción y en el juicio, pues, como hemos criticado ya, las pruebas comienzan a practicarse antes del juicio oral (no precisamente nos referimos a las anticipadas). Es decir, se salvaguarda de una manera equivocada la inmediación ante el tribunal que ha de dictar sentencia.<sup>888</sup>

En concreto, la imparcialidad es un elemento fundamental en la configuración del juicio penal justo, exigible del órgano jurisdiccional y ha de guardarse durante todo el proceso penal.<sup>889</sup>

#### **B) La adopción en el modelo de enjuiciamiento de otros principios del proceso penal relacionados con el principio acusatorio**

---

<sup>888</sup> Podemos asimilar la explicación que nos recuerda MONTERO AROCA, que no justificación dice el autor, sobre el sistema anterior a 1882 que existía en España, con un proceso escrito que constaba de dos fases: 1) Un Sumario, en la que se trataba de recoger los medios de prueba que eran necesarios para alcanzar la verdad de los hechos; y 2) un Plenario, que se seguía para confirmar, corregir o ampliar lo hecho antes, de modo que en esta fase no siempre era necesario practicar prueba. Había un mismo juez que conocía de ambas fases, y por ello se le daba importancia a la primera. Vid. MONTERO AROCA, J., Investigación e instrucción en el proceso penal..., en Rev. "Teoría & Derecho", op. cit., pág. 71.

<sup>889</sup> Por ejemplo, la CEDH le reconoce como tal por su art. 6.1, y en España la CE lo recoge en su art. 24.2 dentro del derecho a un proceso con todas las garantías.

Este apartado trae consigo la tarea de concretar los principios que son convenientes considerar como propios del proceso penal. Para nosotros, algunos principios jurídicos que están contemplados en el marco legal vigente en México resultarán bastante importantes de puntualizar en la implementación de un nuevo proceso penal. Ya se cuenta con ellos, pero han de ser adaptados a un nuevo enfoque en el que el órgano jurisdiccional, y no el MP, es el director de la instrucción.

Estos principios son el de legalidad en el Derecho Procesal Penal, el de necesidad, el de oficialidad de la persecución penal y el de contradicción o audiencia.<sup>890</sup>

### **1. Principio de legalidad**

El principio de legalidad determina la fijación de actuaciones para las autoridades conforme a las disposiciones de la ley. Dentro de un régimen de Estado de Derecho, cualquier afectación a la esfera jurídica de las personas ha de respetar y seguir ciertos requisitos jurídicos previamente establecidos, en definitiva, debe seguirse la ley para considerarse como válidas desde el punto de vista del Derecho.

En México, como ha sido estudiado por la doctrina, se dice que la legalidad constituye el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe estar sujeta la actividad de las autoridades para poder afectar válidamente la esfera de los gobernados.<sup>891</sup>

---

<sup>890</sup> Véase el análisis del estado actual de implementación de estos principios y otros en el vigente ordenamiento mexicano en la parte III de esta tesis.

<sup>891</sup> En ése sentido BURGOA, I., Las garantías individuales, Ed. Porrúa, 24ª ed., México 1992, pág. 504; y OVALLE FAVELA, J., Garantías Constitucionales..., op. cit., pág. 47.



La legalidad en el ordenamiento mexicano, analizado en la parte II *supra*, está determinada en mayor medida en los arts. 14 y 16 de la CM, que pone a salvo a toda persona de cualquier acto que no se siga conforme a disposición legal, independientemente de la jerarquía y naturaleza del ordenamiento al que pertenezca. Esto nos parece que abarca a las autoridades en general, aunque, por su parte, el art. 21 estipula que las autoridades policiales han de ceñirse a la legalidad.

En realidad lo que se ha establecido fuertemente en México es la legalidad material, determinando que no existe delito sin ley previa que así lo determine, pero esto no se ha manifestado con la misma fuerza en el ámbito procesal.<sup>892</sup> Por tanto, lo que corresponde es establecer definitivamente esa garantía jurisdiccional para los individuos dentro de la ley procesal penal.

Por un lado, la legalidad determina que la pretensión punitiva del Estado, que se base sobre hechos constitutivos de delito, debe hacerse valer por el órgano público respectivo y adecuado, siempre que en el caso concurren las condiciones que exige la ley previa al hecho, excluyendo toda facultad discrecional y con ello toda consideración de oportunidad. En efecto, en el proceso penal el órgano estatal no es libre de escoger formular o no la acusación, sino que forzo-

---

<sup>892</sup> Al respecto puede verse la tesis aislada con registro IUS: 175846. 9ª Época. Instancia: TCC. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. T.: XXIII, febrero de 2006. Pág. 1,879. Rubro: PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA TIPICIDAD CONSTITUYE SU BASE FUNDAMENTAL Y RIGE, CON LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD Y DE PLENITUD HERMÉTICA DERIVADOS DE AQUÉL, COMO PILAR DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

samente debe hacerlo siempre que persistan las condiciones que están previstas en la ley.<sup>893</sup>

Por otro lado, la garantía jurisdiccional tendría que tomar mayor fuerza en nuestro ordenamiento jurídico mexicano, sobre todo porque beneficiaría al hecho de que en cualquier ámbito procesal, el proceso ha de iniciarse, desarrollarse y finalizar conforme a lo que la ley determina, de tal manera que el órgano jurisdiccional siempre ha de juzgar condenando o absolviendo según las condiciones previstas por la ley.<sup>894</sup>

Las cosas así, los legisladores no deben ignorar que la garantía abarcaría un amplio espectro jurídico del cual no hay duda que el ámbito jurídico penal está fuertemente incluido, específicamente el proceso penal federal en este caso. Esto también significa que los espacios para la discrecionalidad de las autoridades estarán restringidos, tanto para las facultades del MP como para los órganos judiciales, así como las excepciones de la aplicación estricta del mandato legal y ni que decir de la arbitrariedad. Por tanto, el sistema jurídico mexicano habiendo optado claramente por el principio de la legalidad material, habría de ser complementado con el principio de legalidad procesal, prevaleciendo sobre el principio antagónico que es la oportunidad.<sup>895</sup>

---

<sup>893</sup> Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., Juicio oral, op. cit., pág. 208.

<sup>894</sup> Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 43; y SERRA DOMÍNGUEZ, M., Juicio oral, op. cit., pág. 208.

<sup>895</sup> De la misma manera que el proceso civil se basa en principios como la oportunidad y dispositivo, mismos que responden a la autonomía de la voluntad y libre disposición de los particulares de sus derechos, el proceso penal se rige por principios opuestos como la legalidad que informa el conjunto del derecho material penal y que ha de determinar el proceso en que se aplica aquél. Vid. MONTERO AROCA, J., MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 18; en semejante sentido DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 43; y ARMENTA DEU, T. Cri-

Un resultado lógico de lo anterior sería que la legalidad procesal ha de dejar su constancia en nuestro ordenamiento, de manera expresa, como por ejemplo acontece en el art. 1 LECrim española que dice: "No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por juez competente".<sup>896</sup>

No obstante, el art. 1 del proyecto Fox establece que todo inculpado tiene el derecho a ser juzgado a través de un debido proceso penal, que entendemos será el que está regulado en el propio proyecto y no por otro. Al menos podemos calificar esto como un acercamiento a este concepto, que nos gustaría que fuese más claro, tanto para los propios legisladores como para los que deben regirse por la ley.<sup>897</sup>

La adopción de forma tan clara, como acontece en el ordenamiento español, obligaría siempre al uso del proceso penal como instrumento único para la aplicación de las penas. Situación que implicaría igualmente la necesidad de contar en realidad con un proceso penal. Por ello, el legislador nacional tiene dos tareas a cumplir a este respecto.

---

minimalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, Ed. PPU, Barcelona 1991, págs. 181 a 144; entre otros.

<sup>896</sup> El principio de legalidad material penal se encuentra consagrado en los arts. 25.1 CE y 2.1 CP de 1995.

<sup>897</sup> Seguidamente el propio proyecto de Código Federal Procesal Penal determina que "...se entiende por debido proceso penal el sistema procesal en el que impera la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia y el esclarecimiento judicial de los hechos y, en su caso, aplica las medidas alternativas a que haya lugar, las cuales constituyen criterios de justicia restaurativa, misma que consiste en la aplicación de mecanismos capaces de restaurar rápidamente el tejido social...", art. 1, fracc. I.

La legalidad formal o procesal supondría entonces que iniciado un verdadero proceso penal, éste ha de realizarse conforme a lo que está estipulado en la Ley. El efecto más importante de implementar el principio jurídico a un nuevo Código procesal penal, implicaría reconocer que sólo podrá aplicarse el Derecho Penal por medio del instrumento previsto por la ley procesal. Esto incluiría a todos los procesos penales previstos, sean éstos ordinarios o sumarios.

Las consecuencias de la legalidad sobre otras autoridades, y volviendo sobre el desarrollo normal del proceso penal, antes de iniciado éste, impondrían que mediando denuncia o querrela la policía por sí misma, si es la receptora inicial de la *notitia criminis*, o requerida por la autoridad, deba iniciar siempre investigaciones ante el conocimiento de cualquier hecho constitutivo de delito, no pudiendo suspenderlas o terminarlas sino por razones contempladas por la ley expresamente.

Tampoco el ejercicio de la acción penal estaría bajo capricho del MP, pues en tanto subsistan los hechos y sea posible atribuirlos a los supuestos autores ha de continuarse su promoción ante el juez. Este imperativo se convertiría así en garantía importante ante la opción del otorgamiento del monopolio del ejercicio de la acción penal al órgano público que es el MP, determinando, como regla general, que todos los hechos con apariencia de delito han de ser perseguidos sin excepción.

Cuando nos referimos a la intensidad de la aplicación de la legalidad, en realidad queremos decir que el MP siempre ha de acusar en los supuestos sospechosos de constituir delito, pero hay excepciones que sólo deben ser contempladas en la

ley sin atisbo de duda. Por tanto, seguirá rigiendo por regla general el principio de legalidad en su actuación.<sup>898</sup>

Cuestión distinta será la situación de la policía judicial la cual está bajo el mandato del MP.<sup>899</sup> Sabemos que puede recibir denuncias de hechos posiblemente constitutivos de delito, pero esto no significa que pueda utilizar instrumentos de oportunidad para iniciar investigación alguna.<sup>900</sup> La obligación marcada en su actuación indica que ha de informar directamente al MP sobre la denuncia recibida, por lo que le están vedadas facultades de decisión sobre la averiguación previa con respecto a este concreto tema.<sup>901</sup>

En ese mismo sentido, pero sólo ya dentro de un proceso penal, el MP ha de sustentar la acusación contra persona cul-

---

<sup>898</sup> Cuando se dice que el MP ha de ejercitar la acción penal no se trata en pureza de un poder de éste, en realidad se trata de una función establecida por la CM que ha sido encomendada al órgano público. Por tanto, no estamos ante un poder que puede o no ejercer a su criterio, sino que se trata de una atribución constitucional que debe desempeñar como un deber, pues es garantía para la sociedad. Pero, si el ejercicio de la acción penal no es claro en cuanto a la pretensión punitiva, no existe o es ilegal, el MP no ha de promoverla en virtud que si bien es parcial su función acusadora también ha de serlo objetiva. El MP no ejercitará la acción penal: Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la Ley Penal; cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquél; cuando, aún pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable; cuando la responsabilidad penal se halla extinguida legalmente, en los términos del Código Penal; y cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal (art. 137 CFPP).

<sup>899</sup> Art. 3, del CFPP: "La Policía Judicial Federal actuará bajo la autoridad y el mando inmediato del Ministerio Público Federal...".

<sup>900</sup> Art. 3, numeral I, del CFPP: "Recibir las denuncias sobre hechos que puedan constituir delitos del orden federal, sólo cuando debido a las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser formuladas directamente ante el Ministerio Público, al que la Policía Judicial Federal informará de inmediato acerca de las mismas y de las diligencias practicadas."

<sup>901</sup> Como acontece en Alemania que "para la policía rige el principio de legalidad sin las excepciones que existen para la fiscalía". Vid. ROXIN, C., Derecho Procesal..., op. cit., pág. 90.

pable por esos hechos puesto que a ello está obligado en el ejercicio del imperativo constitucional de perseguir los delitos. Por el contrario, pero respetando el sentido del principio de legalidad, no ha de empecinarse en la persecución cuando se determine que no hay actividad delictiva alguna que pueda desprenderse de las investigaciones y comprobaciones del cuerpo del delito.

Por ende, su aplicación implica la idea retributiva que el Estado ha de castigar sin excepción toda violación a la ley penal.<sup>902</sup> Y siendo que en México el ejercicio de la acción penal está en manos del MP por imperativo constitucional, él ha de iniciar la averiguación previa y realizar la investigación respectiva para presentar, en su caso, acusación ante órgano jurisdiccional, puesto que la aplicación del instrumento del proceso es irrenunciable.<sup>903</sup> De forma complementaria, el MP ha de realizar también actividad mínima de investigación para decidir por resolución motivada el no perseguir como delito los hechos denunciados.<sup>904</sup>

Por eso, el inicio del proceso penal no puede estar sujeto simplemente a criterios arbitrarios, por lo que no cabe el albedrío en la incoación del proceso penal. El principio acusatorio exige la acusación previa al proceso, de forma concreta, pero el principio de legalidad, así como otros principios, lo articula dentro de un sistema acusatorio re-

---

<sup>902</sup> Vid. ROXIN, C., Derecho Procesal..., op. cit., pág. 89.

<sup>903</sup> Vid. CORDÓN MORENO, F., Las Garantías constitucionales..., op. cit., pág. 20.

<sup>904</sup> En el sentido que se tiene hoy en algún Estado de la República mexicana según opinión de la SCJN. Véase la Tesis aislada con registro IUS: 183255. 9ª Época. Instancia: Tribunal Colegiado de Circuito. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XVIII, septiembre de 2003. Pág. 1,408. Rubro: MINISTERIO PÚBLICO. LA RESOLUCIÓN EN LA QUE DECLARA LA INEXISTENCIA DE DELITO Y SE NIEGA A ABRIR E INTEGRAR LA AVERIGUACIÓN PREVIA, ES VIOLATORIA DE LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).

quiriendo que la aplicación de penas pueda ser sólo por el instrumento regulado en el Código que respete lo consagrado por la CM.

## **2. Principio de necesidad**

La diferencia entre el ámbito procesal penal y el civil se refleja con el contraste de intereses públicos y privados. No podemos aquí, como dice MONTERO AROCA, tratar de igual forma esos distintos intereses. Esto conlleva a un elemento clave, a la aplicación del principio de necesidad al Derecho Procesal Penal y, en su caso, al instrumento de su aplicación que es el proceso penal.<sup>905</sup>

Nosotros entendemos que por principio de necesidad se comprende que ante la existencia de un hecho con apariencia de delito se ha de poner en marcha la actividad jurisdiccional, siendo la legalidad la que impone cuándo inicia el proceso penal. Pero una vez de comienzo el proceso, debe tener normalmente como resultado final una sentencia. Es decir, el proceso penal no termina por actos discrecionales de nadie, sino por lo que la ley determina.<sup>906</sup>

Es necesario instrumentar un proceso penal respetuoso de las garantías y derechos consagrados a favor de las personas, como único medio de imposición de las penas. Nosotros soste-

---

<sup>905</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 358. También MONTÓN REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 443.

<sup>906</sup> De esto que la admisión de hechos que se realicen por las partes no sean determinantes para aceptar su existencia, de modo que así se vincule al juez y con ello exista en realidad una disposición de la pena por las partes. Tampoco puede admitirse reglas legales de valoración de las pruebas, pues una vez más las partes estarían utilizando éstas para conformar la sentencia. Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, págs. 358 y 359.

nemos que no hay tal proceso penal en nuestra vigente ley, en el sentido pretendido de identificar al proceso acusatorio con los regímenes democráticos, como de forma acertada lo señala y pretende el proyecto Fox.<sup>907</sup>

El principio de necesidad en un nuevo proceso penal supone dos cosas principalmente:<sup>908</sup>

Primero, ante la existencia de hechos presuntamente constitutivos de delito el Derecho Penal sólo se aplicará por medio de los órganos jurisdiccionales, lo que implica que, relacionado con el principio de legalidad antes visto, es por medio de la ley que se ha de prever cuándo se ha de iniciar el proceso penal. Una vez más, no estamos aquí ante la observancia general de reglas de completa aplicación sobre la oportunidad en el campo procesal penal.

No obstante lo dicho, el proyecto Fox otorga un importante lugar a la facultad del MP para decidir sobre el ejercicio de la acción penal, más aún, la intención manifestada es la de "ahorrar" costes del proceso ante la adopción de lo que denomina "soluciones rápidas del problema", mediante la implantación de negociaciones o conciliaciones.<sup>909</sup>

Al respecto pensamos que, si bien no es algo único considerar algunos supuestos de aplicación del principio de oportunidad, resulta desalentador que sea la idea de preten-

---

<sup>907</sup> Vid. Proyecto Fox, págs. 6 y 7.

<sup>908</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 358 y 359; y CORDÓN MORENO, F., Las Garantías constitucionales..., op. cit., pág. 20.

<sup>909</sup> El art. 178 del proyecto, en su fracc. VI, dice textualmente que en el ejercicio de la acción penal, corresponde al Fiscal: "Aplicar criterios de oportunidad de conformidad con las disposiciones legales aplicables".



der ahorrar costes al Estado mediante la negación del proceso penal, que recordemos es la garantía previa a utilizar para poder aplicar el Derecho Penal en el Estado de Derecho.

Segundo, los jueces y magistrados sólo podrán aplicar el Derecho Penal por medio del instrumento del proceso, que implica que una vez ese proceso penal se ha puesto en marcha, debe naturalmente tender a la terminación normal del mismo, es decir a la sentencia, y no por decisión arbitraria de nadie. El proceso penal no ha de estar sujeto a modificación, suspensión o terminación sino sólo en los casos previstos por ley, no dejando sitio a resolución discrecional alguna.

En ese mismo sentido, la terminación del proceso tampoco queda a la discreción de nadie. El proceso penal no puede ser revocado, suspendido, modificado o suprimido sino sólo en los casos previamente establecidos por la ley de manera expresa, dejando de lado cualquier supuesto ambiguo o decisión discrecional.

En México, sabemos que la condición de parte acusadora está asignada al MP, el cual ejerce un monopolio sobre la acción penal. Que sea el MP el encargado de presentar y mantener la acusación en nuestro sistema responde a dos hechos concretos:

Primero, en virtud que la acusación no puede dejarse en manos de los particulares<sup>910</sup> y que el acusador ofendido por el delito no tiene derecho subjetivo a la imposición de pena alguna, el Estado asume esa faceta y se desdobra en figura distinta del juez "enjuiciador". Esto trajo como consecuencia la quiebra del tradicional esquema del proceso civil, en el

---

<sup>910</sup> Evitando con ello la venganza privada. Vid. CASTRO, J. V., El Ministerio Público..., op. cit., págs. 3.

cual la postura del demandante vendría a estar ocupada por el acusador y la demandada la persona acusada de cometer el delito.<sup>911</sup>

Segundo, en un principio, la investigación del delito en México estaba confiada al Poder Judicial, en concreto a un juez de instrucción. Pero esta postura se abandonó radicalmente con la promulgación de la CM de 1917, la cual contempla la nueva faceta del MP en tareas de investigación y acusación en el proceso penal.<sup>912</sup>

Por consiguiente, debe existir necesariamente una actividad preparatoria de la acusación previa, como el demarcado en el proyecto Fox (arts. 310 a 317), cuyo fin debe ser corroborar la perpetración del delito y sus circunstancias, así como su probable autor, asegurando su persona, pruebas y la responsabilidad pecuniaria, que son todas ellas actividades en las que prima el interés público y que deben ser llevadas a cabo por órgano público regido por el principio de legalidad.<sup>913</sup>

Uno de los propósitos derivados de la necesaria actividad de investigación e instrucción, es el de evitar a persona

---

<sup>911</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 359.

<sup>912</sup> El Congreso constituyente que expide la CM de 1917, discutió sobre los arts. 21 y 102 constitucionales que se refieren al MP. El primer Jefe Venustiano Carranza, explicaba que la investigación dada a los jueces había creado la figura de la llamada "confesión con cargo", debido a que los jueces en un afán de notoriedad cometían actuaciones arbitrarias. Esto era una situación insostenible. Vid. CASTRO, J. V., El Ministerio Público..., op. cit., págs. 13.

<sup>913</sup> Este sentido lo encontramos perfilado en el proyecto Fox, en específico en el Capítulo Tercero "Diligencias de Averiguación Previa", pues se limita la indagación a lo necesario para que el MP pueda determinar si ha de proceder a ejercitar la acción penal o no. El sentido es distinto al que mantiene el vigente CFPP que regula todo un procedimiento, como si de proceso penal se tratara, en la averiguación previa.

alguna un enjuiciamiento innecesario. Es decir, sólo se abrirá juicio oral penal cuando existan los elementos suficientes y razonables para ello.<sup>914</sup>

Por tanto, el principio acusatorio sólo determina el aspecto de la acusación previa para el inicio del proceso, cumpliendo adecuadamente con el hecho de ser persona distinta al juzgador. Son otros principios y decisiones de índole política los que, una vez más, articularán esa acusación dentro de un sistema coherente, respetuoso de los derechos y garantías legales.

### **3. Principio de oficialidad en la persecución penal**

Preliminarmente, por principio de oficialidad hemos de comprender el criterio por el que el proceso penal ha de iniciarse, desarrollarse y finalizar conforme a las previsiones legales, pues la intención es la de tutelar el interés público sin que éste se vea limitado por poderes de disposición de sujetos jurídicos.<sup>915</sup>

Conociendo que el Estado posee la pretensión material penal en detrimento de que la ostente únicamente la sociedad, le coloca a su vez en la obligación y derecho de la persecución penal. La acción penal oficial viene a ser complemento del principio de legalidad, informador del proceso penal.<sup>916</sup>

---

<sup>914</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 361.

<sup>915</sup> Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 32; y ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., pág. 36.

<sup>916</sup> Vid. GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 187.

El órgano del MP, o el llamado por el proyecto Fox como Fiscal,<sup>917</sup> es el legitimado expresamente para ejercitar la acción penal en el ordenamiento jurídico mexicano. El legislador nacional sigue firme en la idea del monopolio de la acción penal y de que la víctima u ofendido sólo pueda coadyuvar aportando elementos de prueba.<sup>918</sup>

Que esté legitimado el MP para ejercer la acción penal no resulta algo único en nuestro entorno, pues muchos países consideran a dicho órgano público con semejante legitimación. Distinto resulta que sea el único autorizado para ello, en régimen de monopolio, característica distinta en España, por ejemplo, y aún así estamos ante un sistema acusatorio.<sup>919</sup>

Considerando que la jurisdicción y el proceso están al servicio del interés jurídico público, no particular, el MP ha de cumplir con la obligación constitucional de ejercer la acción penal, pero también debe velar por la legalidad y el interés público, que le pueden autorizar, mediante la ley, a la alternativa de restricción del principio de legalidad en beneficio de ese interés público.<sup>920</sup>

---

<sup>917</sup> Intentado con ello otorgar un nuevo enfoque al órgano público, pero que sólo queda en realidad en el cambio de nombre. Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S., Comentario a la iniciativa de reforma..., en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", op. cit., pág. 1,089.

<sup>918</sup> Cfr. arts. 4, 5, 8, 9, y otros, del Proyecto Fox.

<sup>919</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 63; y GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 188.

<sup>920</sup> Al respecto, hemos de tener siempre presente que en México ante la prohibición de la autotutela en el ámbito penal, el Estado ha determinado incorporarse el *ius puniendi* en régimen de monopolio. En esa tesitura, sólo ha de poder imponerlo cuando corresponde y por resultado de haber utilizado el instrumento del proceso penal. Vid. GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 45 y 188.

Lo anterior implica que el inicio del proceso penal no depende de la voluntad de los particulares, sino que, salvo las excepciones previstas por la ley, se efectúa por el propio órgano jurisdiccional una vez que se tiene el conocimiento de la comisión de actos presuntamente delictivos.

Los anteriores lineamientos jurídicos debemos incorporarlos bajo este principio de oficialidad en nuestro nuevo modelo acusatorio de futuro, el cual consideramos ha de incidir de forma más acentuada ante los límites que pueden contemplarse con la aplicación moderada del principio de oportunidad.<sup>921</sup>

Sin embargo, la aplicación del principio de oportunidad no debe extralimitarse, en virtud de la elección que preferimos de otros principios como el de legalidad, su derivado principio de necesidad y del principio que ahora nos ocupa. Por principio de oportunidad cabe pensar en un régimen alternativo o de excepción al régimen de legalidad y éste debe afectar al MP en el ámbito procesal sólo bajo los supuestos en que concurriesen las circunstancias contempladas en la ley.<sup>922</sup>

Sustancialmente, en los sistemas en donde rige el principio dispositivo parece congruente que el proceso no se inicie sin que uno de los sujetos relacionados así lo pida; pero el Estado entonces sólo podría satisfacer dicha solicitud me-

---

<sup>921</sup> Los principios de oficialidad y de legalidad no pueden ser exagerados hasta que siempre ha de interponerse la acción penal ante la comisión de cualquier hecho punible, ni que una vez instaurado el proceso penal, no puedan en ningún caso desistirse de la acción iniciada. Vid. GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 188.

<sup>922</sup> Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 44; y ARMENTA DEU, T. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad..., op. cit., págs. 181 a 244.

diante la realización del proceso respectivo, lo que en principio podría dejarnos la errónea idea que los individuos tienen un derecho subjetivo sobre el proceso.

Al respecto, nuestra postura, siguiendo a la doctrina consultada, es que en realidad las partes tienen derecho a obtener una resolución de la autoridad sobre lo denunciado o querellado. Esto es, no tienen derechos subjetivos sobre el proceso mismo y el *ius puniendi* en sentido alguno,<sup>923</sup> sino a que sólo exista una "resolución" motivada sobre su denuncia o querrela, en especial cuando se ha rechazado darle curso, como la decisión de no ejercitar acción penal por parte del MP; o la decisión del juez de sobreseer el asunto durante la instrucción.

De esta forma la *notitia criminis* llega hasta el órgano público materializado en un juez de instrucción, y éste da comienzo al proceso penal, pues se obliga a ello, teniendo el MP el deber de solicitar que se inicie para desterrar la posibilidad que el Derecho Penal no se aplique a los hechos que presumiblemente lo requieran. El MP tiene así un papel importante, pues ante la falta de relación jurídica material penal y la inexistencia de derecho subjetivo penal alguno en manos de los particulares, la acusación es pública.<sup>924</sup>

---

<sup>923</sup> "El Estado es el único titular, en cuanto representante de la sociedad, de la facultad de imponer una pena, que a falta de otra designación conceptual más precisa denominaremos derecho de castigar o *ius puniendi*". Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., Juicio oral, op. cit., pág. 205.

<sup>924</sup> En la mayoría de los países estas afirmaciones derivan en la adopción del Ministerio Público o Ministerio Fiscal. Otra cuestión será que ése MP ejerza la acción penal en monopolio. En España, cuando se dice que la acción penal es pública se entiende que corresponde a cualquier persona, bien al ofendido o perjudicado (acusación particular), bien a cualquier ciudadano (acusación popular). Esta previsión se ha tomado como un medio más para evitar que el Ministerio Fiscal utilice políticamente la acción penal. Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 368.

En cuanto a los particulares, sabemos que en México el ofendido puede "participar" en el inicio del procedimiento con su denuncia, o bien puede coadyuvar a la persecución que realiza el MP. Pero esto no es ni debe ser necesario para que el MP continúe con la persecución de esta clase de delitos.<sup>925</sup> Así, el interés público en la prevención y castigo del delito seguirá condicionando la aplicación de cualquier acción privada o popular que pretendamos que se instaure en el nuevo modelo de procedimiento penal.<sup>926</sup>

Al respecto hemos de considerar, no obstante, que existen dos restricciones respecto de la aplicación del principio de oficialidad.<sup>927</sup> Hay hechos punibles en los que se inicia la persecución sólo a petición del ofendido (al menos en general), en los llamados delitos perseguibles a instancia de parte.<sup>928</sup> Y también en los delitos sujetos a antejuicio se ha de necesitar de una previa autorización especial para la persecución.<sup>929</sup>

Ahora bien, se ha dicho que para la apertura del juicio oral o audiencia o vista en México, se ha de mantener la acu-

---

<sup>925</sup> Así los arts. 119, 120 y 141 numeral II, del CFPP. En Alemania, por ejemplo, nos dice ROXIN que la razón de esto apunta a la intención que los hechos punibles no queden sin persecución. Muchas veces los particulares no están en la situación de ejercer la acción por sí mismos. Vid. ROXIN, C., Derecho Procesal..., op. cit., pág. 83.

<sup>926</sup> Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 32.

<sup>927</sup> Vid. ROXIN, C., Derecho Procesal..., op. cit., pág. 82.

<sup>928</sup> En el Código Penal Federal (publicado en DOF de 14 de agosto de 1931), básicamente nos referimos a los delitos listados bajo el Título Vigésimo, denominados delitos contra el honor (golpes; otras violencias físicas simples; injurias y difamación; calumnias).

<sup>929</sup> ROXIN, C., Derecho Procesal..., op. cit., pág. 85.

sación. Pero la acusación no vincula de forma total la apertura obligada del proceso penal en sí mismo.<sup>930</sup>

Con referencia a la fase preliminar, el juez puede perfectamente rechazar la apertura de la instrucción judicial ante la firme creencia que los hechos antepuestos a su consideración no son constitutivos de delito y, por otro lado, puede acordar iniciar el proceso de oficio. Pero, lo anterior no ha de responder a criterios de oportunidad, muy al contrario, la decisión estaría sujeta a la legalidad.<sup>931</sup>

#### **4. Principio de contradicción o audiencia**

En esa clara tendencia de acrecentar los alcances del significado de sistema acusatorio, o mejor dicho, del sistema que tiene como eje al principio acusatorio, se le acreditan características que no le son propias. Este es el caso de la relación entre la contradicción con lo acusatorio.<sup>932</sup> La doctrina ya ha manifestado lo erróneo de este acercamiento.<sup>933</sup> Y los significados distintos que poseen.<sup>934</sup>

---

<sup>930</sup> Vid. MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, págs. 368 y 369; y CORDÓN MORENO, F., Las Garantías constitucionales..., op. cit., pág. 126.

<sup>931</sup> Un atisbo de esto puede obtenerse del art. 141, último párrafo, del CFPP.

<sup>932</sup> ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 83.

<sup>933</sup> MONTERO AROCA, J., La garantía procesal penal..., pág. 983; ASENCIO MELLADO, J.-M<sup>a</sup>, Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal, Ed. Trivium, Madrid 1991; ORTELLS RAMOS, M., Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia, en Rev. "Justicia", año 1991, pág. 793 y ss.; y ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 83; entre otros.

<sup>934</sup> MONTERO AROCA, J., La garantía procesal penal..., op. cit., pág. 983; y ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio: Realidad y utilización..., en "Revista de Derecho Procesal", op. cit., pág. 275.



Con respecto de la contradicción podemos mencionar que forma parte de esos principios relativos y naturales al proceso, y por consiguiente al proceso penal. Antes, hemos mencionado que el proceso supone dualidad de posiciones, que deben asumirse por las partes. Si hay verdadero proceso, entonces estamos ante la presencia de partes que disponen de facultades para contender y participar en la conformación de la sentencia que ha de dictar el juez.<sup>935</sup>

También sabemos que la contradicción está dirigida inicialmente al legislador que conformará el proceso penal, de hecho de cualquier proceso, contemplando las facultades procesales para poder participar en la conformación de la sentencia penal dictada por el tribunal.

La obligada configuración legislativa del nuevo proceso a realizar debe prever la garantía, desde un inicio, de que el acusado será informado de la imputación, y lugar propicio para ello es la instrucción judicial, pues ahí previa consignación (en realidad una acusación) se le cuestiona sobre los hechos y su autoría, según informe de los registros aportados por el MP en el ejercicio de la acción penal. De semejante manera, durante el desarrollo del proceso debe garantizarse también que las dos partes mantengan siempre posturas iguales conociendo en todo momento los hechos y el Derecho aplicable.<sup>936</sup>

La contradicción exigida para el legislador, una vez que está plasmada en ley, tiene que ser respetada por el juez. Garantizar el cumplimiento de la misma no supone atentado al-

---

<sup>935</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 27.

<sup>936</sup> Vid. GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Introducción al Derecho Procesal, op. cit., pág. 240; y EZQUIAGA GANUZAS, F. J., Iura novit curia, Ed. Lex Nova, Valladolid 2000, págs. 34 y 35.

guno a su imparcialidad, pues el juez de instrucción debe cuidar que existen las mismas oportunidades durante la fase de instrucción para que en el juicio se tengan en realidad las mismas oportunidades procesales.

El contenido de la contradicción se refleja directamente en las partes y supone dos cosas: Primero, que exista la posibilidad real de ser oído, siendo un derecho no renunciable por las partes; y segundo, el necesario conocimiento de los materiales, de hecho y de derecho, que puedan influir en esa conformación de la sentencia.

Con respecto al conocimiento de los materiales de hecho alegados por las partes, no cabe concebir un proceso penal que permita la aceptación de alegaciones de parte que sean secretas al conocimiento de la otra. Creemos que la instrucción viene a dar la oportunidad real de conocer por parte del inculcado de las investigaciones previas que ha realizado la policía por mandato del MP.

Por otra parte, la audiencia es en general formulada como "nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido previamente en juicio".<sup>937</sup> La contradicción supone en el proceso penal cosa algo distinta que en el proceso civil, pues en éste se respeta cuando el demandado tiene la posibilidad real de ser oído, sin que sea necesario que lo utilice (la rebeldía como inactividad de la parte); pero en cambio en el proceso penal supone una obligación del Estado la presencia del imputado. Cosa distinta será que una vez esté presente se le

---

<sup>937</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. II, pág. 206; DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 53; también en DE LA OLIVA SANTOS / FERNÁNDEZ, Lecciones de Derecho Procesal, Ed. PPU, 3ª ed., Barcelona 1986, pág. 80.

expulse de la Sala.<sup>938</sup> Por tanto, esto es una exigencia para la justicia penal. En la fase de juicio oral el acusado ha de tener la oportunidad suficiente de alegar y probar lo que sostiene en su favor. Si esto no fuera así, estaríamos claramente ante un incumplimiento de este principio y creemos que también ante una violación a un mandato constitucional de hacerlo.<sup>939</sup>

Sin embargo, el principio de contradicción no puede ser considerado de forma semejante al principio acusatorio. En nuestra opinión, el proceso penal encauza de mejor manera la fuerza del principio acusatorio, pues considerar únicamente el elemento de la acusación no necesariamente ha de identificarse sólo con lo procesal. En otras ocasiones, en los procedimientos no procesales también se han dado acusaciones previas a emitir juicio. La doctrina ha dispuesto separación en el principio y la contradicción, concediéndoles significados distintos, porque lo tienen, aun cuando en algunas ocasiones ciertos criterios manejados por los tribunales tienden a no hacer distinción alguna.<sup>940</sup>

El principio acusatorio está referido a la postura del órgano jurisdiccional con respecto de las partes, y apurando el significado de la esencia del mismo en la necesidad de que exista una acusación previa al proceso, que sabemos concluye normalmente con la sentencia que hace referencia a esa acusación. Por camino distinto, la contradicción se refiere a la

---

<sup>938</sup> Al respecto, FAIRÉN GUILLÉN, V., Algunas notas sobre la problemática de la expulsión del acusado de las sesiones del juicio oral, en "Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional", Ed. Tecnos, vol. II, Madrid 1984, págs. 379 a 400.

<sup>939</sup> Que se desprende de la obligación de procesar al inculcado mediante un juicio con todas las garantías; art. 14, párrafo primero de la CM.

<sup>940</sup> MONTERO AROCA, J., El significado actual del llamado principio acusatorio, en GÓMEZ COLOMER, J.-L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L. (coordinadores), op. cit., págs. 333 a 335.

necesidad de que las partes conozcan los materiales (de hecho y de derecho) y que sean oídas para que puedan defenderse. Es decir, esto si bien se convierte en una obligación del legislador de articularlo en la ley y del Juzgador de respetarlo, va dirigido a las partes.<sup>941</sup>

El efecto real de lo anterior es el siguiente, que vulnerando el derecho de defensa no se infringe el principio acusatorio ante cualquier falta de oportunidad de conocer materiales introducidos al proceso, acusación no conocida o audiencia negada. De igual forma, cabe pensar en la realidad sobre una vulneración del principio acusatorio y no de la contradicción, al momento en que la sentencia se refiera a cosa distinta de la acusación pero sobre asuntos que han sido debatidos lo suficiente para cumplir con la contradicción.<sup>942</sup>

#### **IV. CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO EN UN NUEVO SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN MÉXICO**

De la exposición realizada en apartados anteriores, se hace patente que el sistema empleado en México para la aplicación del Derecho Penal no es precisamente identificable con un proceso penal. En realidad creemos que existe un no-proceso, razón suficientemente importante como para modificar dicho sistema y garantizar los derechos fundamentales que se encuentran consagrados en el ordenamiento constitucional mexicano.<sup>943</sup>

---

<sup>941</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en TIJERINO PACHECO / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), Manual de Derecho Procesal..., op. cit., pág. 52.

<sup>942</sup> ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 86.

<sup>943</sup> Es nuestra opinión, que coincide con alguna parte de la doctrina que se inclina a catalogar nuestro sistema como inquisitivo. Vid. COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 86; y HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., pág. 35. Sin embargo, el propio proyecto Fox de reforma a la justicia califica el modelo vigente como de carácter mixto (pág. 7).

En ese sentido, proponemos precisamente que el Derecho Penal en México sea aplicado en el contexto de un proceso penal, incardinado en un verdadero sistema acusatorio. La razón que nos sirve como base, es que un verdadero proceso penal sirve mejor para hacer efectivas las garantías y los derechos consagrados en la CM.<sup>944</sup>

Para la concreción del principio acusatorio en un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal federal, nos sirven de guía comparativa los modelos continentales europeos como el español y el alemán. Estos sistemas, que seguimos más de cerca que el americano, proporcionan una mayor garantía en el respeto a los derechos de los individuos, lo que se traduce en un mayor control sobre las autoridades durante la investigación y en las facultades discrecionales que se reconocen al MP. Esta consideración es de suma importancia, pues el vigente sistema procesal penal federal mexicano no es valorado precisamente por ser muy respetuoso de los derechos humanos durante la fase de averiguación previa.<sup>945</sup>

La tendencia de la doctrina, en resumen, es exigir un reconocimiento y aplicación de principios procesales y derechos en procedimientos penales, que son más apropiados al

---

<sup>944</sup> Aunque habría que decir que la simple reforma de los códigos procesales no basta para superar los males que aquejan a la administración de justicia mexicana, aún cuando las reformas sean técnicamente correctas. Se necesita una transformación y revisión de otros aspectos. "La reforma integral de la justicia mexicana no se logrará, pues, comenzándola por el tejado (las leyes procesales), sino por el cimiento, a saber: por las bases constitucionales y orgánicas", en palabras de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Derecho Procesal Mexicano, Ed. Porrúa, t. I, México 1976, pág. 305.

<sup>945</sup> Como ha quedado documentado por organismos oficiales y privados, nacionales e internacionales como los de AMNISTÍA INTERNACIONAL, antes citados, con respecto de los casos de coacción física y moral a declarantes. También puede verse al respecto a ZEPEDA LECUONA, G., Crimen sin castigo..., op. cit., págs. 349 y ss.

juicio oral. Nos cuestionamos, entre otras cosas, ¿por qué se considera inconscientemente que hay acusación procesalmente relevante en la averiguación previa? ¿Por qué hemos de ir ampliando en México la presencia de la defensa en un procedimiento administrativo en manos del MP, que no es proceso penal, en el que no hay acusación formal ante autoridad judicial? ¿Por qué debemos aceptar que las diligencias de investigación sean prácticamente pruebas si no se realizan con contradicción? ¿Por qué se insiste en mantener el mismo modelo de investigación y enjuiciamiento en México? Si se prosigue en ese camino el resultado práctico y jurídico, como hemos advertido ya, es la desnaturalización del procedimiento de averiguación y la minusvaloración del proceso penal creando con ello una suerte de "pseudo-juicio", si cabe la expresión, previo de índole totalmente inquisitivo.<sup>946</sup>

No podemos ser ajenos a los requerimientos de transparencia de la aplicación del Derecho Penal demandada por los ciudadanos, tampoco podemos serlo del movimiento reformador hacia sistemas acusatorios que se viene dando en los países latinoamericanos, pues estaríamos condenando a nuestro país a mantener una impartición de justicia injusta y nada compatible con una sociedad libre y democrática.

En ese sentido, consideramos que el sistema acusatorio ha de incidir en la configuración de un nuevo proceso penal federal, pero en el marco legal de un proceso más garantista que controle las facultades de la policía y MP durante la investigación. Una vez iniciado el proceso penal, ha de establecerse un mejor equilibrio entre las partes en su actividad ante el tribunal, proporcionando a la defensa una función

---

<sup>946</sup> Situación en semejante sentido advertida en España con respecto del valor del sumario. Vid. CALVO SÁNCHEZ, M. C., ¿Ministerio fiscal o juez instructores..., op. cit., pág. 139.

igualmente importante como la que tiene la acusación, todo esto de acuerdo a los principios procesales consagrados ya en la CM.

Indeterminadamente, con ánimo de modificar la estructura vigente como más ampliamente expondremos *infra*, creemos que es más adecuado mantener las siguientes fases del proceso penal, previa denuncia o querrela: Una primera conformada de una instrucción judicial, una segunda intermedia para ultimar los detalles que permitan el desarrollo sin interrupciones de la tercera fase principal, que será la del juicio oral y público.<sup>947</sup>

Sin embargo, debemos darle sitio en el esquema a otra actividad importante que, al igual que acontece en otros ordenamientos jurídicos, la doctrina viene otorgando mayor protagonismo a la cada vez más importante fase policial.<sup>948</sup> De

---

<sup>947</sup> En el vigente CFPP no se contempla de forma clara la distinción de estas fases. Así, el art. 3 trata de la averiguación previa que constituiría aparentemente una investigación en manos del MP y la Policía; el art. 4 separa los procedimientos que conformaría el proceso penal federal; y los arts. 5 y 529 tratan del procedimiento de ejecución, encargado al Poder Ejecutivo en México. Puede verse el texto actualizado del CFPP en la página Web de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión de México: [www.camaradediputados.gob.mx/](http://www.camaradediputados.gob.mx/).

<sup>948</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional...*, op. cit., t. III, pág. 119. En México, entre las dos primeras reformas, en materia jurídica, propuestas por el Gobierno de D. Felipe de Jesús Calderón Hinojosa se encuentra una de fecha 9 de marzo de 2007, que pretende conceder al MP mayores herramientas de investigación que puedan ser implementadas con la premura que casos como los delitos de bandas organizadas lo requieren. Lo que nos parece criticable, a falta que se concrete mejor, la amplia facultad que se deja en manos del MP para poder aplicar medidas cautelares cuando se dice en la propuesta que "en los asuntos del orden penal la autoridad judicial, o el MP, con posterior revisión de aquélla, podrán imponer medidas cautelares para garantizar la continuación de los procedimientos, proteger o restituir los derechos de la víctima u ofendido, o salvaguardar el interés social, en los términos que establezca la ley". Es decir, estamos ante la posibilidad que cualquier medida cautelar puede ser aplicada por el MP en primer lugar, aunque posteriormente se deba revisar por el juez, lo que significa que ya se ha causado una primera limitación de un derecho que bien puede no ser procedente. Lo que falta aquí es determinar expresamente qué medida es la que puede aplicar el MP, y en qué casos. Es intención para querer presentarse cuando en párrafos

tal manera que una vez la policía tiene conocimiento de la comisión de hechos presuntamente constitutivos de delito, procede a una investigación preliminar, también llamada instrucción preliminar, la cual no tiene comparación con la instrucción judicial.

En general, podemos adjudicar a cada fase las siguientes funciones:

1. La fase Policial, como una averiguación previa, tal y como creemos era la intención original de la CM al referirse a ésta en 1916, en que la policía judicial, una vez tenga conocimiento de los hechos (denuncia o querrela), realiza una indagación para recabar los elementos e información de los hechos de manera ordenada y preliminarmente comprobada para que a su vez el MP pueda presentarlo ante el órgano judicial. Es decir, en realidad estamos ante una denuncia que ha sido examinada policialmente para cerciorarse de su contenido, a fin de evitar, como primer filtro, que la maquinaria judicial se accione sin motivo real, y que es transmitida al órgano judicial (*notitia criminis*) igualmente como denuncia.<sup>949</sup>

En ese sentido, la averiguación que prevemos es necesariamente preprocesal y no guarda relación de semejanza con la

---

delante de la propuesta de reforma del art. 16 de la CM, se dice que "sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave, ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, el MP podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder". Por último, nos parece que estamos casi siempre ante propuestas de reforma para mejorar "la seguridad pública", en vez de mejorar también al proceso penal mexicano. Es decir, las reformas van encaminadas a la fase policial y del MP, en vez de reforzar al proceso penal.

<sup>949</sup> A semejanza de la naturaleza atribuida en España al atestado policial, según puede verse de los arts. 259, 292, 297, 770 y 772.2 de la LECrim. Por parte de la doctrina también puede verse a MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 185.



instrucción judicial.<sup>950</sup> Tampoco la tendría con la averiguación previa vigente en el CFPP, pero sí que guardaría alguna similitud con la contemplada en el proyecto Fox.<sup>951</sup> Nuestra intención es que la averiguación previa contemplada en la tradición jurídica mexicana se mantenga pero reconducida y limitada al objetivo antes dicho, cambiándola además de nombre para no inducir a confusión.<sup>952</sup>

Es decir, la averiguación es una fase inicial de investigación por la policial, pues los agentes son los que llevan el peso de la actividad, teniendo la responsabilidad de realizar las primeras pesquisas para cerciorarse, sin constituir investigación definitiva, que hay base para que el MP ejercite la acción penal.<sup>953</sup>

---

<sup>950</sup> Por que no hay órgano judicial que la realice y porque técnicamente tampoco sería proceso penal. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 185.

<sup>951</sup> Se dice que la averiguación previa tendría el objeto de recabar los elementos necesarios para acreditar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del imputado en la comisión de un delito. Al MP le es atribuida su realización y se concluye con la determinación de ejercitar o no la acción penal. Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Véanse los arts. 2 y 177 del proyecto Fox.

<sup>952</sup> La preocupación por transformar estructuralmente el procedimiento penal federal y, al mismo tiempo, conservar los valores esenciales de la tradición jurídica mexicana están patentes en el proyecto de reforma que presentó el gobierno del entonces titular del Poder Ejecutivo Federal D. Vicente Fox. La intención del legislador mexicano, no obstante que el proyecto Fox no parece avanzar en su tramitación legislativa, sigue siendo incorporar nuevos mecanismos que respondan a la exigencia constitucional y social de una justicia pronta y expedita pero respetando lo que denominan como la tradición jurídica del país. Puede verse los motivos del Proyecto Fox, en especial la págs. 8 y 9.

<sup>953</sup> Que el cuerpo del delito se configure de acuerdo a lo que la jurisprudencia de la SCJN ha venido delimitando. Así, ha dicho el máximo tribunal se "permite afirmar que el cuerpo del delito recepta los elementos objetivos descriptivos y normativos del tipo penal, pues el primer dispositivo establece que por dicha figura procesal se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera, a su vez, dispone que los componentes de la responsabilidad penal son la intervención del sujeto activo, la comisión dolosa o culposa y no exista acreditada a favor del indiciado

De esa manera el MP controlaría las facultades de investigación de la policía, pues los resultados y avances de la indagatoria le han de ser reportados, marcando un cauce en algo parecido a lo que el proyecto Fox denominó como "dirección funcional";<sup>954</sup>

2. Una fase de instrucción procesal penal de naturaleza jurisdiccional, inédita de la forma que plantearemos en nuestro ordenamiento procesal penal vigente desde 1934 y que tampoco se propone en el proyecto Fox,<sup>955</sup> que bien puede realizarse con detenido o sin él, ante sede judicial y llevada por un juez instructor, que resuelve la situación del detenido en su caso.

---

alguna causa de licitud o de inculpabilidad, elementos que deberán estudiarse a título probable en las órdenes de aprehensión y autos de plazo constitucional, de esta manera con mayor razón deberán analizarse al dictar sentencia definitiva, porque es en esta resolución en la que tienen que acreditarse a plenitud dichas figuras procesales que contienen al delito mismo...". Tesis aislada con registro IUS: 177646. 9ª Época. Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XXII, agosto de 2005. Pág. 1,879. Rubro: CUERPO DEL DELITO, SU COMPROBACIÓN EN SENTENCIAS DEFINITIVAS (LEGISLACIÓN FEDERAL). También véase También jurisprudencia con Registro IUS: 184166. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XVII, junio de 2003. Pág. 710. Rubro: CUERPO DEL DELITO. SU ANÁLISIS, EN MATERIA FEDERAL, DEBE HACERSE EXCLUSIVAMENTE EN LAS RESOLUCIONES RELATIVAS A LA ORDEN DE APREHENSIÓN, COMPARECENCIA O DE PLAZO CONSTITUCIONAL, PERO NO EN TRATÁNDOSE DE SENTENCIAS DEFINITIVAS.

<sup>954</sup> Véase el proyecto Fox, en su pág. 11. Además en el proyecto Fox se prevé también una nueva Ley Orgánica de la Policía Judicial en la que el art. 18 reafirma lo dicho: "En sus funciones de investigación y combate a los delitos, la Policía Federal estará bajo la dirección y supervisión funcional de la Fiscalía General de la Federación, con el fin de que todas sus actuaciones se lleven a cabo en el marco de la legalidad y con las formalidades necesarias para que los resultados de tales actuaciones puedan presentarse como evidencia ante los tribunales".

<sup>955</sup> El CFPP vigente contiene un capítulo asignado a la instrucción judicial, con los consiguientes problemas ya descritos en apartados de esta tesis. Con lo que respecta al proyecto de Fox, no se prevé ninguna instrucción por parte de un órgano judicial, sino que en vez de ello se trata del inicio de las actuaciones judiciales en lo que se denomina como "plazo constitucional".

En esta fase las partes solicitan las diligencias de investigación correspondientes, se aportan en su caso los medios de prueba que correspondan, se practican aquéllos que sean necesarios realizarse por su naturaleza y que sean acordados por el juez instructor en fiel cumplimiento de las garantías consagradas en la legislación vigente, sobre todo las que la CM otorga a las personas y en defensa del inculpado, determinando preliminarmente el objeto del proceso penal y con ello si ha lugar a la apertura del juicio tras el sostenimiento de la acusación y la supervivencia de los datos inculpativos, que serán sujetos a actividad probatoria posterior, en una audiencia preliminar para resolver también cualquier incidente de previo pronunciamiento que impida la realización normal del juicio.

Con esta orientación hacia la naturaleza jurisdiccional de la instrucción debido a su efectiva asignación a un órgano judicial, evitaríamos que algunas de las decisiones actuales que toma el MP durante la averiguación sean verdaderos sobreseimientos con efecto de cosa juzgada, usurpando funciones que son propias de los órganos jurisdiccionales; y, por último,

3. Una fase intermedia que sirve de análisis por parte del juez competente del juicio sobre el resultado de la fase policial y de instrucción, con intervención de la acusación y defensa en su caso, para poder establecer si en realidad debe abrirse el juicio oral.

Es importante resolver cuestiones que puedan impedir el normal desarrollo del juicio oral. Por tanto, nos referimos a un momento adecuado para decidir si bien vale continuar y enfrentar al procesado al "banquillo", porque se ha revisado que lo hecho hasta aquí es suficiente, es adecuado y se han

resuelto los aspectos que harían que el desarrollo "fluido" del juicio oral se truncara.

4. Una fase de juicio oral concentrada y pública, presidida por tribunal (unipersonal o colegiado) sentenciador conformado por juez distinto al de instrucción, en el sentido que demuestra el enjuiciamiento criminal español, que con plena vigencia de los principios de contradicción o audiencia, se lleve a cabo actividad probatoria ante el tribunal en juicio oral y público las pruebas propuestas por las partes, se sostenga las alegaciones finales y se proceda al dictado de la sentencia respectiva que resuelva el juicio.

Como se ha podido observar en esta tesis, en su parte III *infra*, el vigente CFPP no contempla una fase principal de juicio oral en el sentido antes dicho. Al menos, el proyecto Fox no olvida hacer referencia al juicio oral, al que llama audiencia principal, haciendo hincapié en la oralidad, publicidad e inmediación (arts. 471 y ss.). Además, le otorga al juicio una finalidad de averiguar la que denomina "verdad histórica" (art. 1), lo que, dicho sea, no encaja de forma natural con la intención de adoptar un proceso penal de partes, muy semejante al modelo norteamericano en nuestra opinión.<sup>956</sup>

El esquema general antes descrito, de manera preliminar, simplificaría en gran medida al vigente por el CFPP, presentando una nueva estructura de un proceso penal federal. En efecto, la fase preliminar requiere de una policía judicial que abandone su postura inquisitiva represora y adquiera sentido de actividad profesional científica. El MP se mantendría volcado en su actividad genuina de acusar, exigiendo un papel

---

<sup>956</sup> Vid. El texto presentación del proyecto Fox, en especial págs. 5, 7, 8 y 10.

de contrapeso por parte de la defensa que ha de ser necesariamente activa en cuanto a la solicitud de medios de investigación que beneficien y refuerzan la presunción de inocencia del inculpado. Los órganos judiciales, por su lado, se mantendrían más en su función jurisdiccional, con una vigilancia estrecha sobre la legalidad y el cumplimiento del proceso penal con juicio oral y público. Esta función última, es compartida primero por un juez de instrucción y posteriormente por el juez que emitirá juicio, presidiendo el juicio oral, público y contradictorio calificando los hechos e imponiendo la sanción correspondiente derivada del juicio.

Ahora bien, es preciso mencionar que el nuevo modelo exige necesariamente otros cambios y adecuaciones, además de una inversión de recursos económicos apropiada para poder funcionar con éxito y de una preparación conjunta de la judicatura, abogacía y doctrina. Así, una policía profesional con mejores funciones de investigación requiere reorganización y mejor capacitación en criminalística; un MP que ejerce la persecución objetiva de los delitos supone agentes preparados y profesionales; una defensa técnica efectiva requiere un gremio profesional especializado de defensores suficiente y eficaz; y, que el Poder Judicial, mediante su organización judicial, asuma de forma independiente su función constitucional de ejercer jurisdicción.

Por tanto, procederemos a exponer más detalladamente los lineamientos de las fases jurídicas que consideramos necesario ajustar en México, conforme al sentido expuesto de un proceso penal más acorde con los requerimientos constitucionales y, por supuesto, con incidencia del principio acusatorio.

#### **A) La investigación del delito**

Intentando dar un esquema lógico a la investigación del delito dentro de un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal mexicano, podríamos decir que la investigación abarcaría en el proceso una fase preliminar que estaría nutrida de las diversas actuaciones posibles de la policía judicial, del MP o fiscal y, de forma central, del juez de instrucción. Es decir, habría dos momentos importantes para el procedimiento de investigación: 1) uno primero que ubicaríamos en una fase preprocesal de averiguación previa y, 2) otro que se desarrollaría por las diligencias de investigación realizadas durante la instrucción judicial. Esto es básicamente lo que pretendemos desarrollar en los siguientes apartados.

La forma de iniciar el proceso puede ser situada en el hecho que se dé a conocer la *notitia criminis* a las autoridades correspondientes. En virtud que la denuncia o querrela tienen como parte importante la narración de hechos con apariencia de delito, además que en la querrela se manifiesta la intención de constituirse como parte, esta fase de investigación que presentamos aquí tendría como objeto directo el justificar inicialmente, sin prejuicio de la comprobación posterior, la veracidad de la narración de los hechos y que éstos sea posible tipificarlos en algún precepto penal, y la determinación de los presuntos culpables. Para nosotros, esto es de vital importancia. La denuncia o querrela así corroborada, constituirían los primeros límites sobre los que versará la investigación y además serviría de primer filtro para aquellas falsas denuncias que puedan tener intenciones deshonestas.

Los actos de instrucción podrían ser realizados por la policía, el MP o el juez de instrucción, pero éste último es el que primaría ante nuestra elección por un modelo de inves-

tigación a cargo del órgano judicial instructor. Desde un punto de vista esquemático, estaríamos ante la necesidad de replantear el sentido jurídico y práctico de la vigente averiguación a cargo del MP, o de renunciar a ella en favor total de una instrucción judicial,<sup>957</sup> lo que al final es nuestra elección, pues sería absurdo presentar pruebas por parte de la defensa y desahogarlas ante el MP en un procedimiento que no es parte del proceso penal sino que sólo es averiguación preliminar a la instrucción.<sup>958</sup>

Es decir, proponemos abandonar el modelo tradicional de averiguación previa que rige en México por uno más acorde a nuestras garantías consagradas en la CM, como veremos enseguida.

## **1. La averiguación previa por la policía**

No escapa a la doctrina que la fase policial va adquiriendo cada día mayor importancia ante la complejidad de los delitos que se presentan en nuestros días. El derecho comparado muestra que esas investigaciones le corresponden a la policía, con creciente poder en ello.<sup>959</sup> Pero sigue mante-

---

<sup>957</sup> En detrimento del protagonismo del MP como instructor, que dicho sea de paso ha fracasado en México ante los manifiestos atropellos que comete. Sin embargo, parte de la doctrina se encuentra favorable a la introducción del MP como instructor, sobre todo en sistemas como el español en el que todavía la instrucción por juez es lo dominante. Véase al respecto a MORENO CATENA, V. La justicia penal y su reforma, en Rev. "Justicia", año 1998, págs. 313 y ss.; GIMENO SENDRA, V., Algunas sugerencias para la atribución del Ministerio Fiscal de la instrucción oficial, en Rev. "Justicia", año 1988, págs. 830; entre otros.

<sup>958</sup> En ése sentido véase a HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., pág. 141.

<sup>959</sup> En el caso alemán véase a ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., págs. 54 a 61; caso en Estados Unidos, PÉREZ CEBADERA, M.-A., La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre, en Rev. "Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal", año 2002, núm. 11, págs. 1 y ss. En México dice el art. 180 del CFPP: "Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad el indiciado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para

niéndose que no es proceso penal, aunque actualmente se suceden en ella elementos de investigación que serán de gran relevancia, primero, para el MP y su determinación de ejercitar la acción penal, y segundo, para el órgano judicial que también tomará decisiones en base al resultado de la investigación.

Sin embargo, como remarca GÓMEZ COLOMER con respecto de la situación en Alemania, el Estado no puede investigar los hechos presuntamente constitutivos de delito a cualquier precio, tal y como lo dice el BGH.<sup>960</sup> Considerando que estamos en el marco jurídico de un Estado de Derecho, la investigación ha de realizarse dentro de parámetros legales.<sup>961</sup>

Ante esa necesidad, el nuevo esquema de proceso penal requiere de la adopción definitiva de una verdadera policía investigadora, que se guíe por métodos científicos apropiados y no sea simplemente un cuerpo represor. La policía judicial debe ser un órgano auxiliar del Poder Judicial, del MP, y también de los ciudadanos.<sup>962</sup>

Sin embargo, no pretendemos abordar aquí los cambios organizativos que se deban aplicar en la policía, que por otro

---

emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a Derecho".

<sup>960</sup> El Tribunal Supremo Federal alemán ha dicho que no es un principio de la Ley Procesal Penal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio. Sentencia de 14 de junio de 1960, tomo 14, pág. 365. También véase GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 128.

<sup>961</sup> "El problema es, entonces, hasta dónde puede llegar el Estado en sus investigaciones, es decir, la cuestión es fijar los límites de la investigación...". Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en TIJERINO PACHECO / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), Manual de Derecho Procesal..., op. cit., pág. 41.

<sup>962</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal español para no juristas, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1987, pág. 152.



lado son cambios necesarios a fin de depurarlo, sino tan sólo manifestar que en su funcionamiento, en vista de los modelos que podemos encontrar como el de policía judicial puro y el mixto, preferimos que en México se mantenga por el momento ahí en donde está, es decir, bajo la dirección funcional del MP.<sup>963</sup>

Dicho está, entonces, que dejamos de lado las cuestiones estructurales y es la actividad de policía la que abordamos aquí. La averiguación previa como fase procesal se nutrirá con la función policial, pues es una posible vía de hacer llegar a las autoridades el conocimiento de hechos con apariencia de delito.<sup>964</sup>

Aún considerando un modelo de instrucción judicial, la policía podría comenzar actividades ante la posibilidad de ser receptora inicial de la denuncia o querrela, ambas instituciones como actos de dar a conocer la *notitia criminis*. Re-

---

<sup>963</sup> Podemos encontrar dos modelos encontrados: la creación de un cuerpo de Policía Judicial puro, es decir incardinado en el Poder Judicial; y uno segundo denominado mixto, lo que vendría a ser una pertenencia o sumisión a dos poderes distintos, aunque se advierte la posibilidad de llegar por este motivo a la esquizofrenia. Una policía bajo el amparo del Poder Judicial tiene el inconveniente de compartir en su función de policía y de ser parte de la administración de justicia. Por otro lado, la restricción de los principios propios de la jurisdicción como la independencia e inamovilidad. Vid. SALA i DONADO, C., La policía judicial, Ed. McGRAW-HILL, Madrid 1999, págs. 4 a 7; MARTÍNEZ PÉREZ, R., Policía Judicial y Constitución, Ed. Aranzadi, Navarra 2001, págs. 313 a 327; e IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M<sup>a</sup>., La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma, Ed. Aranzadi, Navarra 2001, págs. 25 a 44.

<sup>964</sup> Para nosotros la función va en el sentido de indagar la verdad material de los hechos denunciados o querrellados. Por supuesto, esta averiguación no esta situada propiamente en un procedimiento preprocesal (averiguación previa), sino que es una función a realizar por la policía y el juez de instrucción. Es decir, estamos ante una actividad determinada por la situación, a semejanza de lo que podemos decir con respecto de las funciones de policía judicial. No es que sólo pueda ser desempeñada por un cuerpo denominado "policía judicial" (que en España, por ejemplo, no existe como tal), sino que lo será por cualquier autoridad que realice funciones de policía judicial en auxilio del órgano judicial. Esto último, es el sentido que creemos debe entenderse de los arts. 19 y 20 de la CM.

cordemos que el vigente CFPP posibilita, en principio, que la policía judicial pueda recibir las denuncias sobre hechos que puedan constituir delitos del orden federal, pero sólo cuando debido a las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser formuladas directamente ante el MP. Al respecto, el proyecto Fox continuaba esta línea, de forma acertada opinamos, manifestando la intención de armonizar el deber de denuncia ciudadana con la participación de la comunidad en el combate a la delincuencia.<sup>965</sup>

Esta posibilidad nos parece bastante apropiada que se mantenga en un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal en el que se utilice la instrucción judicial, a pesar de que es la propia policía una de las instituciones que no inspiran la debida confianza en la población, tal y como es reconocido por el proyecto Fox, pues seguiría sirviendo para diluir en lo posible el impedimento de dar a conocer (denuncia o querrela) cualquier acto que pueda constituir delito.<sup>966</sup>

En ese contexto, la policía judicial federal una vez realice sus diligencias de prevención deberá quedar obligada a informar de inmediato acerca de las mismas y del tipo de diligencias que ha practicado.<sup>967</sup> Por eso, las diligencias son preliminares y básicamente hablamos de las que podrán ser realizadas por iniciativa propia debido a que la policía ha

---

<sup>965</sup> Cfr. art. 3 del vigente CFPP y art. 26 del proyecto Fox, además véase de la carta presentación al Senado del propio proyecto la pág. 10.

<sup>966</sup> Vid. Carta presentación al Senado de la República del proyecto Fox, pág. 2.

<sup>967</sup> Una de las misiones es recoger los datos sobre los delitos que se cometieran en cierto territorio. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 130 a 132; GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal español para no juristas, op. cit., págs. 153 y 154; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 199.

sido receptora inicial de la denuncia o querrela, o bien por que las realiza por mandato directo del MP.<sup>968</sup>

Las diversas policías, cuando actúen en auxilio del MP, inmediatamente deberán dar aviso a éste, dejando de actuar independientemente cuando así se determine, pues la dirección funcional le seguiría siendo confiada al MP.<sup>969</sup> Es decir, su actividad ha de terminar de esta forma en cuanto traslade el conocimiento al MP y éste solicite la apertura del procedimiento de instrucción sobre los mismos hechos denunciados.<sup>970</sup>

Las características principales con incidencia procesal penal serían: otorgar auxilio necesario a las víctimas; averiguar las circunstancias de la comisión de los hechos delictivos denunciados; averiguar la identidad de los responsables del supuesto delito y en su caso detenerlos para ponerlos inmediatamente a disposición judicial; y, servir como testigos llegado el momento procesal oportuno.

Estas actividades que conforman la fase primera de averiguación por parte de la policía, son especialmente recomendables si es el caso que el propio cuerpo de policía ha recibido la denuncia o querrela.<sup>971</sup> No obstante, el cuerpo de po-

---

<sup>968</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 199.

<sup>969</sup> La dirección funcional que prevé el CFPP, sigue siendo la misma en el proyecto Fox como ya hemos citado. Es decir, la Policía Judicial Federal actuará bajo la autoridad y el mando inmediato del MP federal y dentro del marco constitucional del art. 21, pues en parte el propio MP es el primero en vigilar la legalidad de sus actuaciones.

<sup>970</sup> Condición presente en el ordenamiento español (art. 773.2 LECrim). Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 199.

<sup>971</sup> Con esto evitaríamos la discusión doctrinal que puede encontrarse en el medio doctrinal mexicano con respecto de la necesidad de la vigente averiguación previa, sobre todo porque la reemplazaríamos por una instrucción judicial. Vid. BRISEÑO SIERRA, H., El Enjuiciamiento penal mexicano, op. cit., pág. 19 y ss.; también SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 251.

licía ha de dar paso preferencial a la instrucción judicial, pues es en esa fase cuando la policía se convierte en el instrumento investigador profesional que requerimos, pues realizará actos en auxilio del juez o MP.

La naturaleza de estas diligencias no es precisamente jurisdiccional, sino que tienen el objeto de asegurar una mejor instrucción recabando datos e información para ello, pues sus actuaciones tienen un valor de denuncia.<sup>972</sup> La actuación pronta de la policía tiene también el sentido de evitar que, en su caso, se siga cometiendo el delito, y atenuando la condición de la víctima al tomar las medidas necesarias.<sup>973</sup>

Además, cabe pensar aquí en posibles aprehensiones pero sólo por motivos de urgencia y flagrancia, y por ello en declaraciones rendidas ante la propia policía.<sup>974</sup> Al respecto,

---

<sup>972</sup> De amplio contenido ciertamente, pues contiene documentación, además de opiniones o apreciaciones de la policía, declaraciones de los imputados en su caso, dictámenes o peritajes tales como los de dactiloscopia, de identificación, análisis químicos, de balística y otros necesarios. Además, también puede contener la relación de los instrumentos o efectos que se encontraran en el sitio del delito, o lo que se conoce como la huella del delito. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 134.

<sup>973</sup> Todo esto sigue estando de acuerdo con las garantías consagradas para la sociedad y en particular a la víctima del delito por la CM en sus arts. 16 y 20, B, III. También véase a ZAMORA-PIERCE, J., Garantías y proceso penal, op. cit., págs. 12 y 13.

<sup>974</sup> La ley procesal penal vigente y el proyecto Fox coinciden en determinar qué ha de entenderse por flagrancia: el imputado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito; inmediatamente después de ejecutado el delito, el imputado es perseguido materialmente, o el indiciado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su responsabilidad en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, y haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la investigación del delito. Cfr. arts. 193 CFPP y 307 del proyecto Fox.

la jurisprudencia mexicana ya ha estado avanzando en el camino de no atribuirle eficacia probatoria plena a este tipo de declaraciones sin la consideración de otras circunstancias.<sup>975</sup>

En conclusión, la investigación durante la averiguación requerirá que la policía, bajo la autoridad y mando del MP, sólo corrobore la existencia de hechos posiblemente constitutivos de delito; provea de seguridad y auxilio a las víctimas; impida que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; saber qué personas fueron testigos; evitar que el delito se siga cometiendo y, en general impedir que se dificulte la instrucción judicial posterior, proce-

---

<sup>975</sup> Previamente al 1 de febrero de 1991, las confesiones eran consideradas eficaces para los fines del proceso penal. Al respecto puede verse la sentencia con registro IUS: 219651, 8ª Época. Instancia: TCC. Fuente: S.J.F. T. IX, abril de 1992. Pág. 461. Rubro: CONFESIÓN ANTE LA POLICÍA JUDICIAL FEDERAL, RENDIDA ANTES DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, VIGENTES A PARTIR DEL UNO DE FEBRERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO. "Si bien en las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el ocho de enero de mil novecientos noventa y uno, vigentes a partir del uno de febrero de este mismo año, se estableció que los únicos competentes para recibir la confesión del inculcado lo son el representante social federal y el juez o el tribunal de la causa y que por ende la vertida ante la Policía Judicial carece de valor (arts. 207 y 287, fracc. IV, del CFPP reformado), empero, si la confesión del hoy recurrente fue rendida ante la Policía Judicial antes de esa fecha, esto es, cuando el código procesal anterior a las citadas reformas, señalaba que la Policía Judicial Federal era órgano competente para recibir la confesión del inculcado, es claro que la vertida por el ahora quejoso ante los elementos policíacos fue hecha en términos de ley y en tal virtud la responsable no violó por ese concepto ley alguna, al concederle valor probatorio a la confesión inicial del quejoso". También véase en semejante sentido a las sentencias con registro IUS: 221022; 221023; 221339; 231153; y 231167. Señalando lo impropio de considerar la validez a esta declaración, véase a COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 302. Por ejemplo en España, para que alcancen valor probatorio habrían de ser ratificadas ante órgano judicial en el juicio oral, de tal manera que el juez pueda formar su propia convicción al respecto, aún cuando niegue el imputado el sentido de la declaración realizada ante la policía o juez de instrucción. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 135.

diendo a la detención de los que intervinieron en su comisión sólo en los casos de urgencia o delito flagrante.<sup>976</sup>

## **2. El papel del Ministerio Público**

Al MP también le es dado poder recibir las denuncias y querellas que se formulen, por motivo de la comisión de hechos presuntamente delictivos. La facultad está reconocida por el vigente CFPP y también se ha pensado mantener esa facultad en el proyecto Fox.<sup>977</sup> Esta es otra posibilidad al alcance de la sociedad para poder transmitir el conocimiento de los hechos delictivos a las autoridades competentes y por ello no pensamos deba ser modificada.

Sin embargo, el MP no es precisamente el más adecuado para realizar investigación, ciertamente tampoco lo será el juez, pero esto hay que considerarlo desde el punto de vista de la misma tarea de investigación, pues esta actividad debe ser claramente asumida por la policía investigadora.<sup>978</sup> Es decir, habrá necesidad de un cuerpo de policía profesional. El papel del MP en la investigación preliminar habrá de entenderse como la posibilidad de dirigir funcionalmente a la policía judicial en sus actividades de investigación, como lo aclara el proyecto Fox, en busca de los elementos inculpa-

---

<sup>976</sup> Ejerciendo el derecho y obligación de la primera intervención, de información al MP y el deber de practicar las diligencias que le solicite el mismo. Es decir, lo que se conoce como diligencias de prevención en España (art. 13 LECrim). Como también es el caso en Alemania de acuerdo al §§ 161, 163, apdos. 1 y 2, de la StPO. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 67. Estamos ante las indagaciones propias que la policía judicial realiza de forma inmediata tras recibir la noticia de la posible existencia de un delito. Vid. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., La investigación preparatoria del Ministerio Público en el nuevo proceso penal costarricense, en "Ministerio Público", Editores del Puerto, Buenos Aires 1997, pág. 82.

<sup>977</sup> Cfr. art. 2.I del CFPP y art. 4.A.I del proyecto Fox.

<sup>978</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal español para no juristas, op. cit., pág. 153.

res, pues no es imparcial sino que será parte acusadora, dando inicio a las diligencias o completando lo que hasta el momento se haya realizado.<sup>979</sup>

Conviene hacer aquí un paréntesis y realizar una observación antes de continuar con el tema. De una vez por todas, nuestros legisladores deben asumir algo obvio en el esquema del proceso penal. El MP es el órgano creado para sostener la acusación, es decir asumir la postura parcial de acusar en el proceso y no cualquier otra postura que implique decidir en juicio sobre lo que es delito, la culpabilidad o no del sujeto acusado y la pena a imponer.<sup>980</sup> No cabe esperar y proclamar del MP que es un órgano imparcial, pues en todo caso lo que se pide en su función es que sea objetivo y observador de la legalidad.<sup>981</sup>

Al MP no se le debe pedir que actúe imparcialmente, pues es elemento parcial complementario en el esquema jurídico procesal penal. En cambio, al MP sí puede exigirse que no actúe de mala fe, de forma ilegal y arbitraria.<sup>982</sup> Además, siendo órgano público con autoridad en la investigación,

---

<sup>979</sup> El MP tiene una colaboración estrecha con la Policía durante la averiguación de los hechos delictivos cometidos y el descubrimiento de sus responsables. Además, la actividad va encaminada a recoger los elementos probatorios para la acusación. Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, R., Policía Judicial y Constitución, op. cit., págs. 328 a 329.

<sup>980</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 18 y 19.

<sup>981</sup> No obstante, la tradición jurídica sitúa al MP en la tesitura de ser autoridad administrativa con pleno dominio de la averiguación previa convertida en un complicado procedimiento penal en donde se contemplan los vicios más graves del sistema mexicano como ya hemos mencionado. Pues bien, si no hay elección en favor de la simplificación de las actividades, manteniendo sin revisar la cualidad de autoridad, pues ha de conservarse también la vía de amparo como medio de protección ante posibles arbitrariedades. Vid. art. 4 de la Ley de Amparo.

<sup>982</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un slogan político, en prensa, págs. 28 y 29.

creemos también que ha de exigírsele sólo actúe lo que le permite la ley, y no en el sentido de hacer todo lo que no sea ilegal.<sup>983</sup>

Por tanto, si bien podemos aceptar que el MP mantenga facultades de mando en la investigación, de autoridad administrativa durante la averiguación para evitar impunidades, también hemos de contemplar medidas que controlen ese poder, pues esta fase sin duda posee futuros alcances procesales.

Al respecto, GOLDSCHMIDT advertía que la imparcialidad del MP es un "error psicológico", pues sólo el juez es titular del derecho de penar, y éste se deriva de la distinción técnica entre el Estado como titular del *ius puniendi*, que es representado por el MP, y el Estado como titular de la jurisdicción, representado por los órganos jurisdiccionales.<sup>984</sup>

En efecto, el MP ha de poder contar con facultades de dirección funcional en dos momentos importantes. Primero, durante la fase de averiguación ante la necesidad de ordenar se practiquen diligencias para comprobar la veracidad de la narración (denuncia o querrela), pero sólo eso, que sirve como transmisora de la *notitia criminis*. Como segundo, ya iniciado el proceso penal, ha de poder dirigir todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado.<sup>985</sup>

---

<sup>983</sup> Como dice GONZÁLEZ ÁLVAREZ, si bien el comentario del autor es con respecto de la objetividad del fiscal, la sociedad está interesada tanto en la condena del culpable como en la absolución del inocente. Vid. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., La investigación preparatoria..., op. cit., pág. 91.

<sup>984</sup> Vid. GOLDSCHMIDT, J., Problemas jurídicos..., op. cit., págs. 25 y 28; en España, la idea la recoge GÓMEZ ORBANEJA, E., Derecho Procesal Penal, Ed. Artes Gráficas, 6ª ed., Madrid 1968, pág. 84.

<sup>985</sup> AGUILERA DE PAZ menciona que por cuerpo del delito ha de entenderse, en sentido estricto, la referencia de la persona o cosa objeto del mismo, contra la cual iba dirigido el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos. Pero también cabe distinguir aquí los instrumentos que



Al respecto, el legislador nacional se había empeñado en requerir la comprobación del cuerpo del delito como previo al ejercicio de la acción penal (véase el vigente art. 168 CFPP y el proyectado art. 177 del proyecto Fox). Esa exigencia se traduce en la práctica, en la precipitación para realizar diligencias de comprobación durante las 48 horas posteriores a la detención, a fin de poder cumplir, a veces de forma sospechosamente ilegal, con el ejercicio de la acción y la puesta a disposición de la autoridad judicial del detenido.

El legislador nacional debe dejar en claro lo que necesariamente se requiere al MP para que pueda proceder al ejercicio de la acción penal, pero sin olvidar que en muchas ocasiones la complejidad de los hechos no permite establecer, por medio de las diligencias de investigación, todos los requisitos legales que actualmente se piden. La investigación también puede realizarse durante la instrucción judicial.<sup>986</sup>

Debemos pensar que si permaneciera la intención de requerir rigurosamente la comprobación del cuerpo del delito,

---

son los medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del hecho delictivo. Las piezas de convicción vienen siendo los objetos, huellas y vestigios que, no siendo ni cuerpo ni instrumentos, tienen relación con el delito y sirven de apoyo para la comprobación de la existencia y autoría del hecho criminal. Vid. AGUILERA DE PAZ, E., Comentarios..., op. cit., pags. 384, y 387 a 389; y a MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 223.

<sup>986</sup> El planteamiento creemos que es bastante diferente del que existe ahora en el ordenamiento mexicano. Como hemos abordado ya en esta tesis, la comprobación del cuerpo del delito es requerida durante la averiguación previa, que como hemos dicho reiteradamente no es parte del proceso penal. Esto implica realizar probanzas fuera del proceso penal. Tampoco es distinto lo que se pretende con el proyecto Fox que solicita como requisito para el ejercicio de la acción penal la comprobación del cuerpo del delito en el mismo sentido de lo que ahora se pide, según lo entendemos. Así, dice el art. 176 del proyecto Fox: "el fiscal reunirá los elementos que acrediten el cuerpo del delito de que se trate y que hagan probable la responsabilidad penal del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si los elementos son suficientes para presumir ambos requisitos".

de acuerdo al tipo legal según la ley penal, junto con todo lo que conlleva la realización del hecho criminal, previamente al ejercicio de la acción penal, entonces no habría ningún caso de continuar abriendo un proceso penal si fuese aquí el momento oportuno de comprobar todas las circunstancias de los hechos denunciados, la culpabilidad del imputado, recoger y presentar todas las pruebas, desahogando las mismas en un procedimiento con la defensa. Por supuesto, un modelo así resulta completamente inaceptable.<sup>987</sup>

Es decir, el papel del MP durante el modelo de averiguación que proponemos será la de dirigir las diligencias que pueda y necesite realizar para llegar a la convicción unilateral de ejercer la acción penal, pero esto no incluye obviamente aquellas actuaciones que por su naturaleza deban ser obligadamente realizadas o autorizadas por la autoridad judicial. Ocurre entonces que, no se tratará de una fase en la que deba existir la bilateralidad de forma necesaria (bien puede cooperar el sospechoso conocido al declarar), o la contradicción, pues sólo estaremos ante actuaciones unilaterales que llevarán al MP a solicitar del juez de instrucción se avoque al conocimiento particular de un asunto.<sup>988</sup>

Por tanto, en primer término el MP podrá practicar u ordenar a la policía judicial la realización de diligencias tendentes a la comprobación preliminar de la narración de hechos contenidos en la denuncia o querrela recibida, comprobando ciertos elementos del cuerpo del delito, pero no rigu-

---

<sup>987</sup> En virtud de ser simple averiguación, no hay presencia de garantías procesales necesarias, pero decir esto no dar anuencia de actuaciones fuera de la ley. Además, MORENO CATENA nos recuerda que la actividad de investigación no es actividad probatoria. Vid. Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 372.

<sup>988</sup> En ése sentido puede verse a HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., pág. 528.

rosamente todos, como lo pueden ser los instrumentos, piezas de convicción, huellas y vestigios y, en su caso, la presunta responsabilidad de los que estuvieren implicados y que hayan sido detenidos.<sup>989</sup>

Nosotros no entendemos esta actividad como una instrucción judicial plena, sino que será simple actividad de verificación.<sup>990</sup> En realidad, no estamos ante un proceso penal todavía, pero esto no significa que la actividad no deba ser desarrollada dentro del marco legal de la CM, lo que implica que, existiendo la necesidad de diligencias atribuidas al órgano judicial (v.gr. entrada y registro de sitios cerrados, intervención de las comunicaciones, las intervenciones corporales y los agentes encubiertos, entre otros), el MP deberá incoarlas necesariamente ante el juez de instrucción correspondiente para poder ejecutarlas con probabilidad de ser aceptadas luego como medios de prueba legales en el proceso penal.<sup>991</sup>

---

<sup>989</sup> Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 223.

<sup>990</sup> En el sumario, en el caso de España, dice la doctrina que se verifican la casi totalidad de los actos procesales, dando lugar a actos de impugnación. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., Juicio oral, op. cit., pág. 212.

<sup>991</sup> La investigación profunda se realiza en la instrucción judicial, pues nos parece poco acertado realizar varias instrucciones para que ante el juez de instrucción tengan que repetirse actuaciones previamente realizadas, pues sólo estaremos derrochando recursos y tiempo en ello. Esta situación se constituye, en general, como una de las razones para determinar el cambio en Alemania del juez instructor hacia la instrucción por el MP. Como también sucedió en Italia y Portugal como nos resalta GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 92, destacando con respecto de Alemania, PETERS, K., Strafprozeß. Ein Lehrbuch, Ed. C.F. Müller, Karlsruhe 1952, págs. 353 y ss.; y en Italia CHIAVARIO, M., La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo Codice, Ed. Utet, 2º ed., Turín 1990, págs. 83 y ss. Por ejemplo, en España la intervención del órgano judicial, cumpliendo los fines de la instrucción, también va en el sentido de cuidar las garantías procesales constitucionales de los individuos y controlar las diligencias de investigación, como debe corresponder a un Estado de Derecho respetuoso de las libertades de los individuos. Cfr. los arts. 17.2, 18.2 y 18.3, 20.5 y 22.4 CE; y el art. 773 LECrim.

Así, se debe remitir las actuaciones realizadas hasta el momento y, en su caso, poner a disposición judicial al detenido.

De igual forma, las diligencias preliminares sirven para descartar esas denuncias o querellas sobre hechos que no se corresponden con ningún tipo penal previsto, o lo que es lo mismo, que no son hechos constitutivos de delito. Con respecto de esa primera observación, podemos entender que deban ser reconocidas, en aras de hacer funcionar el modelo de investigación adoptado, decisiones que conlleven valoraciones durante la investigación penal. Por supuesto, el MP con base en ello puede elegir ejercer o no la acción penal ante los tribunales competentes, siempre que así lo contemple la ley. Por tanto, ante el resultado negativo de ejercer acción penal, procedería a archivar el asunto.<sup>992</sup>

Al respecto, y considerando la crítica que ya hemos realizado en apartados *supra* de esta tesis, la resolución del MP no deberá ser fijada como final, pues con el modelo de instrucción judicial que se propone, cabría que el denunciante o querellante acuda al juez de instrucción ante la facultad que le corresponde de recibir también denuncias o querellas. Por supuesto, no es que el juez de instrucción realice investigación, pues sólo deberá dar conocimiento de los hechos denunciados o querellados al MP para que decida según crea. Así, el MP deberá tener mejor cuidado al determinar si ejerce o no la acción penal, fundando su decisión de forma clara. Estaríamos ante criterios de oportunidad sobre la investigación, como lo establece claramente el proyecto Fox (art. 4, fracc.

---

<sup>992</sup> Durante la averiguación se realizan una serie de calificaciones o análisis sobre los hechos, de carácter provisional ciertamente, pero que con ello se opera un filtro valorativo para evitar en su medida juicios innecesarios, costosos e injustos. En ése sentido HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., págs. 138 y 139.

X). Recordemos que sólo el Poder Judicial, por medio de los órganos judiciales, es el que decide si los hechos son o no constitutivos de delito y eso es un mandato claro.

Lo que queremos remarcar es que el resultado de la investigación preliminar será fundamental para la toma de decisiones judiciales que pueden afectar garantías constitucionales del proceso en México. De esto que la importancia del cuidado de la investigación deba ser resaltada.

Ahora bien, el MP no deberá ejercitar acción penal alguna ante hechos que indudablemente no son punibles, pues de forma lógica no deberán obviar las circunstancias que hablen en favor del inculpado.<sup>993</sup>

En esa tesitura, el MP valorará de manera unilateral si con esos resultados preliminares tiene mejores posibilidades de ejercitar la acción penal, sin defecto que requiera se realice alguna diligencia de investigación en particular para cumplimentar las bases para ejercer esa acción ante el juez de instrucción, o bien procede a su archivo ante la imposibilidad de conseguir una acusación que le lleve a una sentencia de condena.<sup>994</sup>

---

<sup>993</sup> A semejanza del Ministerio Fiscal alemán; y como apunta GÓMEZ COLOMER, de acuerdo con el sistema alemán, el Fiscal es "la autoridad más objetiva del mundo". Vid. WOLF, M., Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, Ed. C. H. Beck, 6ª ed., München 1987, pág. 295; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El debate acerca del quién de la investigación a la luz de la experiencia y el modelo procesal alemán, Ed. Ministerio Fiscal, año 2001, núm. VI, pág. 109.

<sup>994</sup> Su posición jurídica de autoridad de investigación como primero, y de parte formal una vez iniciado el proceso penal, como segundo, nos parece que no impide la contemplación de los hechos favorables al imputado. El MP como órgano público cumple un fin dentro de la estructura del proceso, ha de conducirse apegado a la ley en su función, porque ahí donde no hay posibilidades de acusación no hay que empecinarse en ello. No encontramos soporte en la realidad práctica ante el posible binomio de parte acusado-ora-imparcial. Dentro de las facultades amplias de que goza el MP en México, las solicitudes de sobreseimiento y presentación de conclusiones no acusatorias no son empleadas frecuentemente, tal como lo pueden demostrar las estadísticas del Estado de Jalisco, que son de las pocas con las que

Por tanto, en un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal, al MP no se le autorizaría a desahogar pruebas ante sí, valorando su resultado para determinar situación jurídica alguna de la persona investigada. Durante la averiguación se requerirá sólo de una actividad que es preprocesal, es decir que no debe tener ninguna relevancia probatoria en el acto, sino que va encaminada tan sólo para determinar si se ha de ejercer acción penal. En ese sentido insistimos que el MP sólo es un órgano que dirigirá a la policía en un primer paso de investigación unilateral, no de instrucción judicial, que emitirá solicitudes pero no tomará decisiones judiciales, como queda establecido de mejor manera que en el vigente CFPP por el proyecto Fox (art. 4). Es decir su función no está relacionada con juzgar.<sup>995</sup>

Por último, se ha manifestado el inconveniente de la falta adecuada de estipular la duración sobre esta fase inicial del procedimiento penal. Pues bien, el derecho comparado nos muestra que un período de seis meses, prorrogables por otro período igual, bien puede ser un límite razonable para determinar si se archiva o se procede a la instrucción judicial.

### **3. La instrucción por órgano judicial**

---

se cuenta. Vid. ZEPEDA LECUONA, G., Crimen sin castigo..., op. cit., pág. 281.

<sup>995</sup> Vid. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., La investigación preparatoria..., op. cit., pág. 89. Su condición de autoridad administrativa durante la investigación policial, se pierde una vez hay proceso penal incoado. Véase en el ámbito federal la Tesis aislada con Registro IUS: 312594. 5ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. T. XLIII. Pág. 503. Rubro: MINISTERIO PÚBLICO, DOBLE CARÁCTER DEL; y en el ámbito local la Tesis aislada con Registro IUS: 307737. 5ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. T. LXXV. Pág. 2,794. Rubro: MINISTERIO PÚBLICO, DOBLE CARÁCTER DEL.

Nuestra convicción es que debemos estructurar un sistema procesal penal en donde exista una fase de instrucción asignada a un órgano judicial, lo que vendría a suponer un cambio radical de asignación al responsable principal de dirigir la investigación, no de realizarla en sentido estricto pero sí de dirigir una fase de instrucción en la que se realiza investigación.<sup>996</sup>

Nuestra opinión es que debe superarse la situación en que el CFPP encarga realizar las mismas diligencias de tipo jurisdiccional, procesalmente relevantes, a distintos órganos públicos como el MP y el juez. Básicamente este esquema que criticamos no es tan distinto al que propone el proyecto Fox.<sup>997</sup>

El modelo vigente en México, que permite la tan criticada por nosotros actividad de la averiguación previa, tal y como está regulada por el CFPP, y una instrucción judicial, vacía prácticamente de contenido al igual que el juicio oral, nos parece que ha fracasado.<sup>998</sup>

Del análisis de sistemas jurídicos distintos como el español, el alemán y el norteamericano, podemos darnos cuenta que se encuentra fuera de discusión la necesidad de contar con una instrucción, y de la intervención de un órgano judicial en la misma, pues "aunque se prescindiera del juez ins-

---

<sup>996</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., Investigación e instrucción en el proceso penal..., en Rev. "Teoría & Derecho", op. cit., pág. 61.

<sup>997</sup> Cfr. arts. 289 y ss. del proyecto Fox.

<sup>998</sup> Aunque CORTÉS DOMÍNGUEZ se refiere a esta situación, al esquema decimos, como una hipótesis deseable, en la que el MP y el juez de instrucción se repartirían facultades que permitiría la plena vigencia del principio acusatorio y posibilitaría una fase instructora con plena vigencia del principio de contradicción. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 197.

structor, no puede en manera alguna prescindir de sus funciones".<sup>999</sup>

Hemos de decidir entonces si la dejamos en manos de uno u otro órgano, es decir en manos del MP o del juez.<sup>1000</sup> En México, las opciones posibles se encuentran entre mejorar el modelo de instrucción por el órgano público del MP, pues partimos de la idea que este es la elección del legislador en el CFPP y del proyecto Fox, o remplazarlo por otro bajo dirección de un juez de instrucción, que en nuestra opinión resultaría mejor y más garantista. Por supuesto, ambas decisiones viene acompañadas de sus características particulares que demuestran aciertos y problemas, mismos que han sido estudiados por la doctrina.<sup>1001</sup>

Para nosotros, la instrucción debe ser considerada parte importante del proceso penal, aún cuando mínimamente se le

---

<sup>999</sup> Vid. AGUILERA DE PAZ, E., Comentarios..., op. cit., pág. 29. Al respecto, SERRA DOMÍNGUEZ señala que esta fase, con influencia inquisitiva, es necesaria para evitar la primitiva ignorancia de los hechos en que se encuentra el Estado. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., Juicio oral, op. cit., pág. 207.

<sup>1000</sup> La discusión doctrinal sobre el planteamiento la encontramos más viva entre la doctrina europea consultada que entre otras como la mexicana o norteamericana. Al respecto, puede verse recientemente una muestra del debate entre varios autores como: Perfecto Andrés IBÁÑEZ, Luis María Díez-PICAZO, Juan MONTERO AROCA, Víctor MORENO CATENA y Tomás S. VIVES ANTÓN; en AA.VV. ¿Ministerio Fiscal o Juez instructor? La investigación penal a debate, en Rev. "Teoría & Derecho", junio/diciembre 1/2007, págs. 11 a 121.

<sup>1001</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El debate acerca del quién de la investigación..., en "El Ministerio Fiscal en el Derecho comparado", op. cit., págs. 97 a 119; GIMENO SENDRA, V. (director), El Ministerio Fiscal-Director de la instrucción, Ed. IUSTEL, Madrid 2006; CALVO SÁNCHEZ, M. C., ¿Ministerio fiscal o juez instructores..., op. cit., págs. 144 a 149; SANCHÍS CRESPO, C., El Ministerio Fiscal y su actuación..., op. cit., págs. 48 a 54. Ciertamente esta es una opción legislativa entre un único órgano instructor como el MP, o un juez de instrucción. Emplear uno u otro no tiene, a decir de CORTÉS DOMÍNGUEZ, "fundamento serio e incontestable". La cuestión es que en la instrucción se dan diligencias que son oportunas sean decididas por el MP y otras que lo habrían de ser por un órgano judicial. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 197.



pueda considerar una simple preparación del juicio,<sup>1002</sup> y habrá de encargársela a un órgano judicial distinto del que enjuiciará, es decir es una fase necesaria y debe ser asignada a un órgano judicial.<sup>1003</sup>

De todo ello se deduce que nuestra propuesta es que el órgano al que le encargáramos la instrucción en el nuevo modelo propuesto para México lo vendría a ocupar un juez de instrucción de renovado protagonismo, pues no hay que crear figura distinta de lo que ya está en la estructura judicial actual, dentro de una nueva fase judicial de instrucción con naturaleza predominantemente jurisdiccional.<sup>1004</sup>

Volviendo a nuestra propuesta, la instrucción por el juez nos parece que es la mejor elección ante la necesidad de

---

<sup>1002</sup> Así dicho por la legislación española, por ejemplo véase el art. 299 LECrim. También véase por ejemplo a GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 261; y a GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 267. En México la doctrina también contempla una fase preparatoria del proceso penal. Vid. ARILLA BAS, F. El procedimiento penal..., op. cit., pág. XIX y XX; COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. XIII; y RIVERA SILVA, M., El procedimiento penal, op. cit., pág. 19.

<sup>1003</sup> A pesar de que precisamente, se considera como inquisitivo el sistema que contempla a la instrucción por un juez. Es decir, es esta una de las argumentaciones que se esgrimen para calificar el sistema de inquisitivo, y por eso se le otorga mejor al MP. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 92.

<sup>1004</sup> Ciertamente estamos ante una elección de asignación de la instrucción que genera mucha discusión, y que en México representaría un aparente retroceso. No obstante, en cuanto a esto último, no creemos que pueda compararse la instrucción judicial que acontecía bajo los auspicios del abrogado código federal procesal de 1908, a lo que hoy pueda entenderse como una instrucción judicial moderna. Sobre todo porque parte de la lucha por mejorar la administración de justicia va en el sentido de asegurar la independencia de los órganos jurisdiccionales. Dice la exposición del Jefe del Congreso Constituyente de 1916, con respecto de la función del nuevo MP: "La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso -inquisitivo-, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes". Vid. Diario de los Debates del Congreso Constituyente, cit., pág. 264.

garantizar los derechos fundamentales consagrados en la CM. Desde un punto de vista dogmático, la adopción del modelo de instrucción propuesto no altera la vigencia del principio acusatorio. En el sentido que podemos encontrar del principio tal y como ha sido acogido en otros sistemas diversos del norteamericano, v.gr. en España o en Francia, y como intentamos visualizarlo en el nuevo modelo, de distinta forma al vigente o al que propusiera el proyecto Fox, decir que la instrucción la puede asumir el juez no resulta contrario al modelo esencial de proceso penal. Es decir, lo importante en última instancia es que se respete la idea central que la persona que ha de juzgar no sea la que previamente acuse.<sup>1005</sup>

De esa manera, que sea un juez distinto del juzgador o el MP el encargado de realizar la instrucción en realidad sólo responde a una decisión de conveniencia que no va en detrimento del rigor del principio acusatorio en el proceso penal, pero que preservaría de mejor manera las garantías constitucionales de las partes.<sup>1006</sup> Los fines de la instrucción bien podrían estar bajo la dirección del órgano judicial, tal y como puede observarse del estudio comparado del sistema que rige en España. Así, el juez instructor podrá controlar mejor la legalidad de las diligencias a desarrollar y hacer respetar los derechos y garantías de las partes implicadas.<sup>1007</sup>

---

<sup>1005</sup> De esto que "la creación del MP como órgano de acusación es, por tanto, una institución artificial creada para poder adoptar la forma normal del proceso jurisdiccional -el contradictorio- en el proceso penal y para paliar en lo posible la parcialidad teórica del órgano jurisdiccional, en cuanto titular del derecho de castigar". Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., Juicio oral, op. cit., pág. 207.

<sup>1006</sup> MONTERO AROCA hace referencia a este tipo de elección, además de interpretaciones técnicas jurídicas, a motivos políticos, pues al final de lo que se trata es de saber si el ejecutivo o el judicial tendrá la asignación de la instrucción y/o la investigación. Vid. MONTERO AROCA, J., Investigación e instrucción en el proceso penal..., en Rev. "Teoría & Derecho", op. cit., págs. 41 a 45.

<sup>1007</sup> No podemos aceptar que el MP tenga las facultades de investigación tal y como se le configuran actualmente por el CFPP. No puede resultar semejante una investigación realizada dentro del marco de un sistema in-

También consideramos que las actuaciones realizadas durante la instrucción nos llevan a dilucidar sobre su naturaleza jurídica. Es decir, si estamos ante una actividad administrativa, que bien puede realizarlas el juez o el MP, o ante una de naturaleza jurisdiccional, que implica que sólo el órgano jurisdiccional podría hacerlas en el proceso penal. Nosotros estamos de acuerdo que dentro de la misma instrucción pueden existir actividades que no son jurisdiccionales, pero básicamente su objeto sí que lo es, en virtud que se ha de valorar de la admisión o no de la querrela, o denuncia, así como la imposición de medidas precautorias (cautelares).<sup>1008</sup>

Aunado a eso, con base en la instrucción se puede decidir sobre la acusación con intención de hacer avanzar el proceso, o por el sobreseimiento de la causa.<sup>1009</sup> Por otro lado, pero siempre dentro del importante abanico de finalidades de esta fase, las actuaciones van encaminadas a preparar el debate en caso de que proceda y asegurar y prevenir las consecuencias penales y civiles de los hechos criminales.<sup>1010</sup> Mejor

---

quisitivo, como el que se desarrolla durante la averiguación, a aquélla que deba hacerse bajo los auspicios del sistema acusatorio ajustado a los lineamientos de la CM que no son otros que el respeto de los derechos y garantías fundamentales. Vid. SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 286.

<sup>1008</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., Jueces imparciales, Fiscales "investigadores"..., op. cit., págs. 70 y 71.

<sup>1009</sup> Nos sumamos a la argumentación de GÓMEZ COLOMER, que resalta una de las funciones principales del procedimiento preliminar (y en México la averiguación e instrucción lo son) de que con base exclusivamente en ello, se puede resolver la absolución o condena, tanto penal como civil, del acusado. Vid. MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 120 y 122; también ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., pág. 146. En sentido contrario FENECH NAVARRO, M., Derecho Procesal..., op. cit., pág. 94; GÓMEZ ORBANEJA, E., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 82; y SERRA DOMÍNGUEZ, M., Juicio oral, op. cit., pág. 211.

<sup>1010</sup> Vid. ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., págs. 143 y 147.

dicho, los actos van encauzados a la determinación de saber si ha de llevarse o no a debate los hechos criminales en cuestión y la supuesta culpabilidad del inculpado.<sup>1011</sup>

Por esa razón de peso, porque la instrucción tiene naturaleza jurisdiccional,<sup>1012</sup> es necesario que sea un órgano jurisdiccional el que tome esas decisiones y no sea una parte como el MP que es parcial por esencia, por más que se diga por ley que funcionando como autoridad administrativa será objetiva deba guiarse por la búsqueda de la justicia y la legalidad. Su función dentro del esquema procesal es sin duda la de asumir la parte acusadora.<sup>1013</sup>

Ahora bien, como en la averiguación previa vigente, la nueva instrucción judicial bien puede tener ciertos principios identificables con el sistema inquisitivo. Sin embargo, éstos no son tan dramáticos de mantener y sí necesarios por

---

<sup>1011</sup> ALCALÁ-ZAMORA reflejaba al respecto que la instrucción no tiene como finalidad dictar sentencia, sino que con elementos en ella reunidos en todo caso se podrá decidir si ha lugar o no al debate final, "es decir, del proceso de fondo en estricto sentido", vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., En torno a la noción de proceso preliminar, en "Estudios de Teoría General e historia del proceso", Ed. Porrúa, México 1974, t. I, págs. 491 y 492.

<sup>1012</sup> A nosotros nos parece que en realidad puede encontrarse argumento a favor de la naturaleza jurisdiccional de la instrucción en nuestra jurisprudencia, que se advierte en sentencias dictadas por la SCJN, v.gr. véase el Registro IUS: 179990. 9ª Época. Instancia: 1ª Sala. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XX, diciembre de 2004. Pág. 22. Rubro: AVERIGUACIÓN PREVIA. EL JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DEL JUICIO DE AMPARO INTERPUESTO CONTRA LOS ACTOS REALIZADOS POR EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO DURANTE LA INTEGRACIÓN DE AQUÉLLA; en donde se dice, entre otras cosas, que: "...aun cuando durante la integración de la Averiguación previa el agente del Ministerio Público es una autoridad formalmente administrativa, los actos que realiza son de naturaleza penal, ya que practica toda clase de diligencias con fundamento en leyes penales, tanto sustantivas como adjetivas,...". Es decir, no es que se separen funciones administrativas para el MP y funciones jurisdiccionales para el juez, sino que ambas se reúnen en el MP; si cambiamos de autoridad encargada de la instrucción, el argumento adquiere mayor claridad.

<sup>1013</sup> No sobra advertir una vez más que, en México la CM atribuye en forma exclusiva la función jurisdiccional a los tribunales, por lo que otorgar atribuciones de la misma naturaleza al MP resulta ser algo sospechosamente anticonstitucional.

algún tiempo limitado. Por ejemplo, la escritura viene siendo base de las actuaciones, pues con los documentos ha de tomarse la decisión de seguir adelante en el proceso penal, o sobreseer el mismo. El secreto, por el contrario de la publicidad en el juicio oral, también tiene aquí sentido. Pero éste se entiende con respecto del público en general y no de las partes que obviamente tienen el derecho de participar en las diligencias que se deban realizar. Por último, más difícil de comprender en el sistema acusatorio que deseamos es la iniciación de oficio de la instrucción judicial. El juez de instrucción bien puede ser el primero de recibir también la *notitia criminis* y por ello deberá remitirlas al MP para que éste decida si ha de iniciar las averiguaciones pertinentes.<sup>1014</sup>

Al respecto, la legislación española (arts. 303, I y 308 LECrim), dándose cuenta de ello, manda al juez poner del conocimiento del Ministerio Fiscal el inicio de la instrucción para que éste se constituya parte.<sup>1015</sup>

También, considérese que la instrucción debe tomar su tiempo razonable, pero por economía procesal y como una respuesta adecuada del Estado ante la sociedad por el mandato constitucional de impartir justicia pronta y expedita, hay obligación de simplificar en la medida de lo posible el proceso penal.<sup>1016</sup> Por tanto, se hace necesario prever bien las

---

<sup>1014</sup> El procedimiento preliminar judicial está regido por principios como la escritura, el secreto de las actuaciones (no con respecto de las partes) e iniciación de oficio en el caso de la Instrucción Judicial en España. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 125.

<sup>1015</sup> También véase a GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA, Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 129 y ss.

<sup>1016</sup> Inclusive se refiere la CM, en el art. 17 reconoce la garantía individual, el derecho de todo ciudadano a que se le administre justicia por tribunales que deberán estar expeditos para impartirla gratuitamente, en

actuaciones procesales, procurando resolver aquí las cuestiones que sean de difícil concreción durante el juicio oral.

Con el nuevo modelo jurídico que proponemos, contando ya con la averiguación (fase policial) como un primer paso, aunque no imprescindible, y en el sentido propuesto, conseguiríamos asignar al período de instrucción la mayor parte de las diligencias y de las decisiones que requieren intervención judicial. Pero también necesitamos adoptar sólo un procedimiento de instrucción, consiguiendo con ello por un lado un notable aceleramiento del proceso penal con relación al vigente del CFPP, y por otro, concentrar en el juicio oral la auténtica importancia de la práctica de las pruebas, dejando los actos de la instrucción para fundar exclusivamente la apertura del juicio oral, o el sobreseimiento, resolviendo preliminarmente las cuestiones que se requieran para impulsar el juicio sin interrupciones.

La instrucción es en donde se deberán llevar a cabo los actos procesales para que el juez instructor conozca la verdad material, lo que realmente sucedió, y la personalidad del procesado. Consecuentemente, se comienzan a dar los actos acusatorios, de defensa y los decisorios en una fase totalmente distinta.<sup>1017</sup>

#### **a) El equilibrio de las armas procesales**

Otra razón para atribuir a un órgano judicial la instrucción es el equilibrio de armas procesales que se pide

---

los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Por otro lado, el art. 102, A, determina una obligación del MP de hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita.

<sup>1017</sup> Vid. COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 311.

exista en el proceso penal.<sup>1018</sup> Para nosotros esta es una de las consecuencias que se puede atribuir naturalmente al modelo de instrucción que pretendemos. El necesario equilibrio entre las partes lo ha de procurar el órgano jurisdiccional desde la instrucción, pues como tercero su esencia está más cercana a la imparcialidad y objetividad de las que pueda tener el MP como antiguo encargado de la instrucción en México.<sup>1019</sup>

Partiendo del sentido que se atribuye al principio acusatorio y al sistema adversarial en los Estados Unidos, que expone GÓMEZ COLOMER,<sup>1020</sup> decir principio acusatorio no es necesariamente hablar de sistema adversarial, pero estos conceptos bien pueden ser complementarios. Así, dentro de ese sistema adversarial podemos esperar que exista actividad de las partes para aportar los hechos y las pruebas que les son favorables y que básicamente van perfilándose durante la instrucción.<sup>1021</sup>

---

<sup>1018</sup> El proceso penal responde a una configuración con base en los principios de dualidad de partes y al principio de contradicción. Vid. GOLDSCHMIDT, J., Principios generales del proceso, Ed. EJEJA, 2ª ed., Buenos Aires 1961, pág. 28; y DÍAZ CABIALE, J. A., citando también a GOLDSCHMIDT, en Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez, Ed. Comares, Granada 1996, pág. 214.

<sup>1019</sup> La obligación de regular la contradicción está dirigida al legislador, pero ha de ser aplicada a las partes por el juez cuidando que se respete la oportunidad real de hacerse escuchar. Véase al respecto a MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 325.

<sup>1020</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio..., en Revista del Poder Judicial, op. cit., págs. 32 a 39, en especial la 33.

<sup>1021</sup> Nos parece que para guardar el sentido de proceso de partes habría que permitir a la defensa la oportunidad de un trabajo semejante, por tanto ha de estar enterada de los elementos de acusación. Referirnos aquí al principio de igualdad es en realidad un modo de materializar el derecho a audiencia. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, en DE LA OLIVA SANTOS / FERNÁNDEZ, Derecho Procesal Civil, t. I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990, pág. 90.

Como dice BERZOSA, "la existencia misma de dos partes y su derecho a ser oídas perderían, en buena medida, su sentido si no gozasen de idénticas posibilidades procesales para sostener y fundamentar lo que cada una estime oportuno".<sup>1022</sup>

En ese contexto, la figura de un juez de instrucción hace posible esa fórmula adversarial que difícilmente podría darse si la instrucción estuviera en manos exclusivas del MP, que evidentemente no es parte imparcial, sino todo lo contrario.<sup>1023</sup>

Transformando la mentalidad inquisitiva que predomina en la averiguación previa vigente, en que se espera encontrar solamente elementos que soporten la acusación, en la nueva instrucción judicial se debe suponer existan diligencias instructoras para investigar la realidad de los hechos y la identidad de los posibles culpables, de tal manera que el resultado sirva tanto para la acusación como para la defensa.<sup>1024</sup>

Por tanto, la defensa ha de poder disponer de un tiempo razonable para conocer las investigaciones, medios de prueba

---

<sup>1022</sup> BERZOSA, V., Principios del Proceso, op. cit., pág. 569.

<sup>1023</sup> Así, cuando se dice que el fiscal no siempre ha de sostener la acusación, sino que puede también pedir la absolución, ello no le convierte en parte imparcial. Mantener esto sería una *contradictio in terminis*, sino que se debe a la legalidad en su actuación, lo que debe llevarlo a pedir la consecuencia jurídica que se deriva de los hechos que se acreditan. Véase al respecto a MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 65; y a BRISEÑO SIERRA, H., El principio acusatorio..., op. cit., pág. 70.

<sup>1024</sup> El vigente CFPP parece referirse sólo a actividades del MP y del juez durante el procedimiento de instrucción judicial. Este planteamiento deja de lado a la actividad de la defensa, la contraparte de la acusación, puesto que no está contemplada en esa presentación preliminar de los hechos y en la relación de medios de prueba. Una vez más, un enfoque inquisitivo predomina si se mantiene así el modelo, por lo que éste requiere ser transformado y permitir mayor igualdad en la oportunidad de presentación de los datos y la preparación de la defensa.



y alegatos de la acusación y poder contar así con los elementos para su actividad antes de que el juez determine su resolución.<sup>1025</sup>

Otra consideración, importante para adoptar un modelo de instrucción judicial, es que el MP es claramente un órgano público dependiente del Poder Ejecutivo, lo que presenta un panorama potencialmente peligroso para realizar una investigación objetiva e hipotéticamente imparcial; sobre todo si ésta ha de realizarse contra miembros del propio gobierno.<sup>1026</sup>

Nuestra elección por una sola instrucción judicial simplifica ante un órgano jurisdiccional toda la actividad procesalmente relevante que antes estaba repartida hasta en tres tipos de "instrucción", sin que pueda determinarse que se correspondían claramente a instrucciones preliminares atribuidas a la policía judicial, al MP y luego a un juez.<sup>1027</sup>

---

<sup>1025</sup> Un espíritu semejante a la etapa del proceso penal norteamericano conocida como *discovery*. Véase regla 12 b) 4 en relación con la Regla 16, ambas de la Federal Rules of Criminal Procedure. El *discovery* se utiliza para conocer el material probatorio del adversario y, en virtud de ello, poder actuar en consecuencia. Vid. TINOCO PASTRANA, A., Fundamentos del Sistema..., op. cit., pág. 131. Además, la defensa necesita un espacio y tiempo razonables. El MP ha procedido a promover la acción penal porque cree firmemente, de acuerdo con la ley, que no hay elementos exculpatorios encontrados durante la averiguación previa y que por ello existe una sospecha fundada de responsabilidad penal. ¿Qué otro motivo podría existir si no? Por tanto, ha tenido tiempo para evaluar el producto de la investigación, preparando la acción penal. Luego la defensa ha de responder de manera consecuente, presentando lo que considere preciso y tenga para desvirtuar el cuerpo del delito, y en su caso también la presunta responsabilidad del inculpado. Pero ha de necesitar tiempo para ello.

<sup>1026</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., El Ministerio Fiscal..., en "Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional", op. cit., págs. 149 a 187; publicado también en Rev. "Tapia", año 1989 enero-febrero y marzo-abril.

<sup>1027</sup> Como pudimos observar en el apartado tercero de esta tesis, el vigente CFPP contempla varios procedimientos previos a la apertura del juicio: la averiguación previa; preinstrucción e instrucción. Todos períodos preliminares a la audiencia de juicio (juicio oral). El esquema procesal penal vigente en México no se puede mantener de forma coherente. De mantenerse la averiguación como actualmente está, puede resultar superflua la instrucción judicial ante las importantes actividades que son asumidas por el MP previamente y que están más acordes a un sistema inquisitivo.

No pretendemos, de ninguna manera, comparar la actividad investigadora de la policía con la de instrucción llevada a cabo por el juez, sino que, fuera de ser esto influencia de tipo inquisitivo, estamos en una etapa de aportación de datos ante el juez por parte del MP, y que también debe serlo por parte de la defensa, para establecer apertura o no del juicio oral.

Así pues, la finalidad de la instrucción es bastante amplia y de considerable importancia jurídica, pues la acción penal ejercitada por el MP servirá de base fáctica para que el Juez determine en cierto modo la imputación.<sup>1028</sup> Así, la instrucción en un sistema adversarial sí debe permitir actividad de las partes para, por un lado, aportar los medios y elementos de prueba para verificar la existencia o inexistencia de ciertos hechos considerados como delitos, y las posibilidades de los medios de prueba que comprueben más adelante la responsabilidad o irresponsabilidad del sujeto pasivo en el proceso.<sup>1029</sup>

Además, el juez ha de poder "depurar" el caso para poder dictar resolución sobre la apertura del proceso o el sobreseimiento promovido por las partes acusadoras y la defensa según se corresponda.

## **b) Los actos de instrucción**

---

<sup>1028</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 202 y 203.

<sup>1029</sup> Con ello, el posible autor se convierte en acusado. Como determina el TC español, nadie puede ser acusado sin haber sido antes judicialmente imputado. Vid. GALDANA PÉREZ MORALES, M., Correlación entre acusación y sentencia..., op. cit., pág. 35.

La función de la instrucción es la de saber hasta qué punto la *notitia criminis* puede dar lugar a un juicio oral, y por ello se ha de recabar todo género de pruebas de las partes, y la importante declaración preparatoria del imputado, para concretar la existencia del delito en su caso, las circunstancias en que fue cometido, las condiciones personales del imputado, así como el grado de responsabilidad penal o no que se le atribuya.

Sin embargo, si bien la actividad de las partes debe ser intensa de acuerdo a sus intereses, la obligación del juez instructor de encontrar la verdad de los hechos investigados, le obliga a actuar en consecuencia y allegarse las pruebas que considere necesarias para decidir si ha de continuarse hacia un juicio oral o bien debe detenerse y cerrarse el asunto. Así, una instrucción requiere una actividad de valoración que resulta mejor atribuirle al órgano judicial,<sup>1030</sup> en vez de dejarla en manos de una de las partes.<sup>1031</sup>

Para alcanzar los objetivos anteriores se han de realizar diligencias de investigación, o lo que se denominan también como actos instructorios que son diferentes de los de aseguramiento que propondremos aparte. Estas investigaciones son en principio realizadas a petición de las partes, de tal manera que por un lado la acusación intenta desvirtuar la

---

<sup>1030</sup> Valoración semejante se le atribuye actualmente al MP, la parte acusadora en el proceso, durante la averiguación en México (arts. 134 y 168 CFPP). La inconsistencia de esta situación ya ha sido puesta de manifiesto por la doctrina mexicana y para ello puede verse a FIX ZAMUDIO, H., Procedimientos penales, en "Diccionario jurídico mexicano", Ed. UNAM, México 1982-1984.

<sup>1031</sup> En contra de este argumento se levanta aquel que señala precisamente que la función jurisdiccional ha de limitarse a sólo emitir juicio y no ha instruir, ubicándose claramente su función en el juicio oral. Vid. VIVES ANTÓN, T. S., Doctrina constitucional..., en Rev. "Poder Judicial", op. cit., págs. 101 y 102; y RUIZ VADILLO, E., La actuación del Ministerio Fiscal..., en Rev. "Poder Judicial", op. cit., págs. 84 a 87.

presunción de inocencia que asiste a todo imputado, y por el otro, la defensa intenta consolidarla.

Las diligencias de instrucción están al alcance de ambas partes, pues se tiene la misma posibilidad de ir corroborando o destruyendo lo que se va investigando. En este sentido, y como abordaremos adelante, entendemos la igualdad de armas procesales, pues se tiende a otorgar las mismas posibilidades de contar con medios de prueba.

Ahora bien, si de la instrucción puede esperarse como la actividad de formación del sumario realizada por el juez, para determinar si hay existencia del delito y responsabilidad o no del acusado para proceder a juicio,<sup>1032</sup> un órgano jurisdiccional totalmente pasivo no pensamos que tenga cabida. No obstante, a pesar del principio acusatorio que predicamos debe servir de eje al nuevo proceso penal, el juez de instrucción también podría realizar actos de instrucción de oficio. Aunque en este sentido lo que pretendemos decir es sólo que ante la noticia recibida por el juez de instrucción de la comisión de un hecho presuntamente constitutivo de delito se tiene la obligación de iniciar estos actos. Al respecto encontramos que ni siquiera la tiene en el paradigma de sistema acusatorio que es el norteamericano, pues a pesar de la actividad del MP y del requerimiento del estudio detenido por parte del juez del material presentado, el principio de investigación (el cual rige también en México) requiere del juez una cierta actividad para mejor conocer sobre lo que de-

---

<sup>1032</sup> En España, la LECrim señala que de hecho la instrucción constituye el sumario, es decir, las actuaciones "encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos". Cfr. art. 299 LECrim.

be acordar y la decisión judicial de declarar cerrada la instrucción o sobreseer es de delicada importancia.<sup>1033</sup>

Así, se espera que el juez se entere de las circunstancias peculiares del inculpado, allegándose datos para conocer su edad, educación e ilustración; sus costumbres y conductas anteriores; los motivos que lo impulsaron a delinquir; sus condiciones económicas y las especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito; la pertenencia del inculpado, en su caso, a un grupo étnico indígena y las prácticas y características que como miembro de dicho grupo pueda tener; los demás antecedentes personales que puedan comprobarse; así como sus vínculos de parentesco, amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, que en su conjunto demuestren la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente. El tribunal deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.<sup>1034</sup>

Los actos instructorios pueden ser muy variados y algunos sólo pueden ser autorizados por el juez. La doctrina española, a diferencia de la mexicana, ha dedicado esfuerzos a

---

<sup>1033</sup> En virtud de que los intereses jurídicos son distintos (en el proceso civil son esencialmente privados), en el proceso penal rige el principio de investigación (*Der Ermittlungsgrundsatz*), también llamado principio de la verdad material o principio de instrucción o inquisitivo. Vid. ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht...*, op. cit., págs. 94 y 95; igualmente puede verse la traducción en *Derecho Procesal...*, op. cit., págs. 99 y 100. Además, este es el momento para evitar un mayor peso sobre los derechos y garantías de la parte acusada que se dará durante el juicio oral, fase que es obligadamente pública y en la que además se sufre, de manera preliminar a la posible condena, la llamada pena de banquillo.

<sup>1034</sup> Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., *Código federal de procedimientos...*, op. cit., págs. 248 y 249.

su estudio y esquematización.<sup>1035</sup> Así, podemos citar de forma general que el nuevo proceso penal debería contar entre los actos de investigación garantizados, es decir, sólo autorizados por un juez, primeramente con diligencias de entrada y registro en lugar cerrado (orden judicial de cateo); las intervenciones corporales; el registro de libros y papeles; la detención de la correspondencia postal, o telegráfica; y las intervenciones telefónicas. También están otros actos que no requerirán previamente orden judicial como las diligencias de inspección ocular; las declaraciones de testigos; los careos; los informes periciales; los documentos; las diligencias de identificación del imputado.<sup>1036</sup>

En este segmento toma mayor relevancia la observación crítica, que hemos apuntado ya, con respecto del cambio a mayor profesionalidad en la actividad de la policía judicial y la necesidad de contar con cuerpos de profesionales científicos y laboratorios. Así, habrá de esperarse utilizar diligen-

---

<sup>1035</sup> Véase en general a GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 158 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 203 y ss.; GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 267 y ss.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 330 y ss.; y ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., págs. 155 y ss. En forma particular también puede verse a MONTERO AROCA, J., La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999; GÓMEZ COLOMER, J.-L., Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español, en "Revista de Derecho Procesal", año 1993, núm. 3, pág. 567; MONTÓN REDONDO, A., Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas, en Rev. "La Ley", año 1995, t. IV, pág. 1,042; y ETXEBERRÍA GURIDI, F., La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal, Ed. APD, Madrid 1998; PERAY BARJÉS, A. de, La diligencia de entrada y registro..., en GARCÍA, P. M. (director), "La actuación de la policía judicial en el proceso penal", op. cit., págs. 159 a 198; entre otros.

<sup>1036</sup> Esquemáticamente, los primeros actos citados se corresponderían a buscar y adquirir las fuentes de investigación, y el segundo bloque lo constituyen los actos que proporcionan por sí mismos las fuentes de investigación. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 159.

cias como el reconocimiento para poder determinar si la persona a la que se imputa participación en los hechos criminales, es en realidad la que se detiene y es posible imputárseles; empleo de técnica dactiloscópica para contrastar las huellas que se han hallado con las que se posean en alguna base de datos fiable sobre criminales; la realización de grabaciones autorizadas; pruebas de balística; y pruebas de ADN, son cada vez más necesarias ante la complejidad moderna de los delitos.

Primordial resulta comprender totalmente que algunas diligencias de investigación pueden limitar o restringir derechos fundamentales. Observación ésta que es importante ante el deseo de fortalecer el Estado de Derecho, por lo que imbuir un grado mayor de cuidado a la adopción de ciertas diligencias de investigación, también a los actos probatorios anticipados, bien puede ser justificable ante la consagración de derechos en la CM como la libertad, la propiedad y la privacidad, y de los derechos procesales penales como la contradicción.

En todo caso, creemos que el juez ha de poder contar con la facultad de atraerse datos que mejoren aquéllos que han sido ya presentados, o solicitar los que no han sido aportados y tienen relación con las personas y los hechos, ante la trascendental resolución que ha de adoptar. La orientación elemental de la actividad es distinta en cuanto el juez, con miras a mejor decidir en esta fase, puede hacerse llegar elementos que le ayuden a este propósito. Pero no serán de distinta índole a los presentados, ni sobre personas distintas a las involucradas, pues esa función es encomendada al MP en una ampliación de la acusación por ejemplo.

**c) Medidas precautorias o actos aseguratorios**

Este tema ha de cambiar su situación de oscuridad en México y por su importancia le dedicamos este apartado. Si la intención de adoptar un nuevo proceso penal de partes moderno no está acompañada de medidas que aumenten su efectividad, poco en realidad podemos decir que hemos avanzado con respecto del modelo de proceso penal que debemos abandonar al criticarle de inefectivo. Al respecto explicaremos la situación.

En México, la regulación sobre las medidas cautelares en el ámbito penal no se encuentra condensada en la ley. Tampoco existe una amplitud de medidas claramente previstas que sirvan a las necesidades modernas de aplicación del proceso penal como expondremos. No hay un sistema unificado previsto en capítulo alguno del CFPP. Sin embargo, sí se contemplan algunas medidas denominadas "providencias cautelares";<sup>1037</sup> pero lo anterior no es producto de estudios en conciencia que produzcan argumentos que las soporte doctrinalmente.<sup>1038</sup>

Por esto, no resulta tan extraño que la jurisprudencia de la SCJN tampoco haga bastante mención de medidas cautela-

---

<sup>1037</sup> Las medidas cautelares son lo que comúnmente se conoce en México como medidas precautorias. Las diversas denominaciones que recibe pueden ser "medidas precautorias" (según arts. 2.III; 104; 155; 365; 367.VIII; 468; y 493 del CFPP y el término se siguió empleando en el proyecto Fox); "proveimientos o medidas cautelares" según DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 186; por ejemplo en Alemania se les denomina como "medidas coercitivas" (según traducción al español por GÓMEZ COLOMER, J.-L., en El proceso penal alemán..., op. cit., pág. 102), o también como "providencias cautelares" (según CALAMANDREI, P., Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Ed. El Foro, Buenos Aires 1997, pág. 140 y ss.). En todo caso, la regulación de las medidas precautorias en México no es satisfactoria en comparación de otros países.

<sup>1038</sup> GARCÍA RAMÍREZ hace referencia de forma exclusiva en un apartado de su obra Estudios penales, Ed. Escuela Nacional de Artes Gráficas, México 1977, pág. 87 y ss., a las medidas cautelares. De semejante manera SILVA SILVA, siguiendo a GARCÍA RAMÍREZ, también abre ya un capítulo en referencia en su obra Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 483 y ss., pero no hay de forma generalizada en la doctrina mexicana estudios concretos sobre el tema.



res en el ámbito procesal penal,<sup>1039</sup> aunque suele adoptarse la prisión provisional con bastante frecuencia, lo cual es llamativo ante la importancia que adquieren en otros ordenamientos jurídicos.<sup>1040</sup>

El proyecto Fox hace referencia importante a esta clase de actos aseguratorios, pero sólo a los de carácter personal, haciendo hincapié en la complicada prisión provisional ante el reconocimiento expreso que realiza que todo imputado ha de afrontar el proceso penal en libertad, excepto en los casos considerados por el código previsto como delitos graves (arts. 237 y ss.), pero tampoco contempla medida distinta de las aplicables a la persona del imputado.<sup>1041</sup>

Ante esta situación, nos parece necesario prever una mejor regulación de estas medidas y también considerar otras más distintas de las que se contemplen, sobre todo porque nos dan la oportunidad de afianzar la idea que el imputado tenga por regla general afrontar el proceso penal en libertad, pero también de que exista la oportunidad que al final de proceso penal pueda resarcirse los daños ocasionados por el delito,

---

<sup>1039</sup> Con respecto de la jurisprudencia, mediante el programa IUS de la SCJN de consulta a las sentencias por su página Web, sólo puede encontrarse algunas referencias en el ámbito civil en materia familiar y económica.

<sup>1040</sup> SILVA SILVA expresa que "en la mentalidad del legislador aparece una completa ignorancia de lo que son las medidas cautelares". Vid. SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 487.

<sup>1041</sup> Partiendo del art. 9 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que señala que "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo", el proyecto Fox se vuelca solamente en las medidas preventivas de carácter personal, además de la prisión, tales como las ya conocidas de arraigo y prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

ante la posible acumulación al proceso penal de un proceso civil.<sup>1042</sup>

Como concepto de medidas cautelares podemos señalar que son actuaciones que se pueden dar en el proceso penal para asegurar la celebración del juicio oral y la efectividad de la sentencia condenatoria en su caso. Es decir, además de los actos de instrucción que se deban realizar, pueden darse otros que tienden a asegurar a las personas y las responsabilidades pecuniarias de los acusados.<sup>1043</sup>

El principio de contradicción o audiencia configura una garantía que determina que antes de hacer efectivo el *ius puniendi*, antes de sancionar al acusado, debe llevarse a cabo el proceso penal respectivo. Sin embargo, en algunas ocasiones el curso natural del proceso penal, puede representar una tardanza que pone en peligro la realización del juicio oral y la aplicación efectiva de la sanción si antes no se prevé alguna medida que garantice la viabilidad de la misma.<sup>1044</sup>

Hay entonces la necesidad de adoptar claramente algunas medidas cautelares, que pueden ser personales por recaer so-

---

<sup>1042</sup> Al respecto, recordemos que resulta normal en otros sistemas jurídicos que en el procedimiento se pueda tener dos objetos procesales, uno penal y otro civil, como hemos abordado *supra*. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 99.

<sup>1043</sup> Vid. BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 475 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 205 y 206; GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 481; ARAGONESES MARTÍNEZ, S., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 392; y ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., pág. 201.

<sup>1044</sup> Calamandrei habla del establecimiento de medidas o providencias para "salvaguardar el *imperium iudicis*", lo que es impedir que la soberanía del Estado en la aplicación de la justicia devenga, por motivos de mecanismos lentos, tardía o inútil. Vid. CALAMANDREI, P., Introducción al estudio sistemático..., op. cit., pág. 140.

bre la persona del imputado, patrimoniales porque afectan los bienes o el patrimonio del mismo, o bien considerar las importantes medidas de protección (desafortunadamente en auge ante el incremento de la violencia intrafamiliar). Aunque las últimas no son consideradas propiamente medidas cautelares, sí que sirven a fines preventivos.<sup>1045</sup>

Así, de las primeras podemos citar principalmente a la detención, libertad provisional, prisión provisional en sus modalidades comunicada e incommunicada, y algunas que restringen derechos personales como lo pueden ser la privación del permiso de conducir (la licencia de manejo), la suspensión en los cargos públicos, secuestro de publicaciones, y la suspensión de actividades empresariales. Con respecto de las segundas, medidas cautelares patrimoniales, podemos citar medidas de conservación como la aprehensión y depósito; y como medidas de aseguramiento a la fianza, el embargo y la pensión.<sup>1046</sup>

También puede hablarse de algunas otras medidas que son más propias de sistemas penales sajones, en especial de los Estados Unidos, como: a) custodia por policía de testigos; y b) la prohibición de conducir vehículos. Por otro lado, en España, contemplándose más o menos de la misma forma a lo descrito,<sup>1047</sup> resultan especialmente importantes de señalar

---

<sup>1045</sup> Siguiendo básicamente a la doctrina española. Vid. BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 479; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 205 y ss.; GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 481 y ss.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 392 y ss.; y ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., págs. 201 y ss.

<sup>1046</sup> Vid. BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 475 a 521. También puede verse la clasificación que hace SILVA SILVA, J. A., en Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 488 y ss.

<sup>1047</sup> Medidas cautelares personales: a) detención y sus modalidades (por particulares, policial, judicial), incluyendo la orden de detención euro-

las medidas de desarrollo de la orden de protección a las víctimas de violencia doméstica.<sup>1048</sup>

En principio, las medidas cautelares tienen sentido si son adoptadas por órgano jurisdiccional, pues básicamente en el acuerdo de su aplicación estamos ante una función jurisdiccional necesaria para que se vean afectados derechos fundamentales y propiedades especialmente protegidos, aunque sean de forma temporal, por la CM (art. 14). En definitiva, algunas medidas cautelares afectan directamente a la persona del individuo y su acuerdo no puede ser dejado en manos ajenas del órgano jurisdiccional.<sup>1049</sup>

Ahora bien, en realidad no estaríamos adoptando cuestiones totalmente ajenas a nuestro ordenamiento, sino que sólo estaríamos requiriendo se dejase en claro qué nuevas medidas pueden llegar a adoptarse y se mejorasen junto con las existentes en su sistemática, aclarando los conceptos y momentos de empleo. Así, de forma no tan acertada en la decisión, obsérvese que contamos con medidas cautelares personales en la fase de investigación con la detención o aprehensión que or-

---

pea; y medidas cautelares patrimoniales b) fianza, c) embargo, d) anotación preventiva, e) pensión provisional, f) intervención inmediata del vehículo, y g) medidas de desarrollo de la orden de protección a las víctimas de violencia doméstica. Vid. BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 475 a 521.

<sup>1048</sup> Posibles por la introducción del art. 544 *ter* de la LECrim, por Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. Vid. GÓMEZ COLOMER, J., Violencia de Género y Proceso, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2007; GÓMEZ COLOMER, J., Visión general sobre la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, en "Tutela procesal frente a hechos de violencia de género", Ed. Universidad Jaume I, Castellón 2007, págs. 73 a 132; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 520.

<sup>1049</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., Investigación e instrucción en el proceso penal..., en Rev. "Teoría & Derecho", op. cit., pág. 67; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 475.

dena practicar el MP y es ejecutada por conducto de la policía judicial, o que puede realizarse por cualquier otra persona,<sup>1050</sup> en los casos de flagrancia o urgencia que se caracteriza por ser provisional y que ha de ser revisada para su confirmación o revocación por el órgano jurisdiccional en la instrucción judicial.<sup>1051</sup>

Nos parece llamativo, pero relativamente lógico dentro del sistema poco garantista de los derechos y libertades que impera en nuestro ordenamiento, que sea el propio MP el que decida durante la averiguación si concede o no la libertad sin caución alguna, tal y como lo dice el art. 135-bis del CFPP, anteponiendo algunas características para determinarlo. Es decir, posee una facultad que tendría que ser revisada en caso de plantearse la adopción de un nuevo código en el sentido acusatorio que exponemos a lo largo de este apartado.<sup>1052</sup>

Mención especial requiere la privación provisional de la libertad por constituir la más severa de las medidas a implementar. La privación provisional de la libertad (prisión pre-

---

<sup>1050</sup> "En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público". Art. 16 de la CM; y arts. 193 y 193 *bis* del CFPP.

<sup>1051</sup> "Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder". Para continuar diciendo el art. 16 de la CM: "En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley".

<sup>1052</sup> Las características que pide la ley observar al MP cuando otorga la llamada libertad sin caución, que presupone existe una modalidad con caución, son: que el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años, siempre que 1) no exista riesgo fundado de que se pueda sustraer a la acción de la justicia; 2) tenga domicilio fija con antelación no menor de un año, en el lugar de residencia de la autoridad que conozca del caso; 3) tenga un trabajo lícito; y 4) que el inculcado no haya sido condenado por delito intencional.

ventiva) sólo puede ser ordenada por autoridad judicial.<sup>1053</sup> La prisión en este caso presenta más carácter de permanencia que la detención y por ello es más intensa y prolongada en el tiempo.

Desafortunadamente, la prisión provisional resulta ser una medida adoptada de manera típicamente abusiva en el proceso penal mexicano, a pesar que el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos firmado y ratificado por México va en sentido contrario (art. 9), lo que impone una situación que ha de cambiar y ante lo que ya hemos expresado críticas con respecto de su aplicación,<sup>1054</sup> sobre todo por el amplio listado de delitos graves que no deja casi sitio a la posibilidad de afrontar el proceso penal en estado de libertad.<sup>1055</sup>

---

<sup>1053</sup> Este requisito se mantiene claro y firme. En el proyecto Fox sigue reafirmando con base ineludible del art. 16 CM., puede verse el art. 306 del proyecto.

<sup>1054</sup> Una revisión de oficio sobre las causas que determinan su aplicación es pedida, por alguna parte de la doctrina, en un período de dos meses, o al menos al momento en que se cierre la instrucción. Por nuestra parte, pensamos que tal vez sería más conveniente, como primer paso, una revisión sobre los delitos calificados como graves, en la medida de lo posible, para implementar un sistema de valoración de la gravedad y con base en eso delimitar temporalmente en distintos grados la prisión provisional, como acontece en España, sin defecto de imponer una revisión periódica para verificar si las causas que determinaron la medida han sufrido cambios. Aunque ciertamente el art. 296 del CFPP contempla que cuando el MP presente conclusiones acusatorias de hechos que merezcan pena no privativa de la libertad, el tribunal respectivo debe resolver sobre la libertad restringida provisionalmente del procesado. BARONA VILAR nos expresa que la naturaleza cautelar de la detención está reñida con la posible determinación temporal de la medida. En teoría, ésta debe durar lo necesario para garantizar las diligencias de averiguación para esclarecer los hechos. Pese a ello, por cuanto afecta el derecho de la libertad, restringiéndolo, limitándolo o privando al individuo de ella, se hace presente el deseo de limitarla en su duración. Vid. BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 485. Por otra parte, FIX ZAMUDIO expresa la vigorosa corriente doctrinal en muchos países para limitar en lo posible a la detención preventiva. Véase comentario de FIX ZAMUDIO, H., prisión provisional, en "Diccionario jurídico mexicano", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1985.

<sup>1055</sup> Sin embargo, el proyecto Fox pretendía ampliar el catálogo de delitos considerados como graves. Aunque la intención era incluir los delitos cometidos por servidores públicos, que defraudan la confianza de la so-

El distinto punto de vista, que ha de servirnos para cambiar nuestra situación en México, es que la prisión preventiva ha de ser adoptada cuando exista razón objetiva para ello, y no concurra otra alternativa menos gravosa para el individuo.<sup>1056</sup> En el fondo, la aplicación de esta medida puede llegar a ser perjudicial a la imagen de alguien que no ha sido encontrado culpable y condenado por ello, aunque se afirma que con ella se asegura: a) la ejecución de la posible condena, pues se impide al individuo la posibilidad de fuga; b) se asegura la presencia del sujeto pasivo al proceso penal; c) se le impide destruya fuentes de prueba; pero también, d) se intenta protegerle de cualquier venganza privada; entre otras razones.<sup>1057</sup>

En México, la privación provisional de la libertad tiene fundamento en los arts. 16 y 18 de la CM,<sup>1058</sup> pudiendo mantenerse hasta la duración máxima de la pena que establece la ley para el delito perseguido, aunque el tiempo transcurrido le será al final computado en su favor, situación, no obstan-

---

ciencia haciendo mal uso del encargo que les es conferido. Cfr. Proyecto Fox, págs. 32 y 33.

<sup>1056</sup> Por ejemplo, el art. 502.3 de la LECrim determina que el juez tendrá en cuenta para la adopción de la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta.

<sup>1057</sup> Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S., y ADATO, V., Prontuario del proceso penal mexicano, Ed. Porrúa, México 1980, págs. 74 y 75; PIETRO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho Procesal Penal, Ed. Tecnos, Madrid 1982, pág. 262; y en ése sentido la redacción del art. 503.1.3° de la LECrim.

<sup>1058</sup> Conviene recordar que el art. 14 de la CM establece que para que el gobernado pueda ser privado de su libertad, se requiere que previamente se agote el procedimiento respectivo para ello en el que se cumplan con las formalidades del procedimiento. La excepción a la regla se encuentra en la propia CM, y no en ordenamiento distinto y de menor jerarquía. Así, el art. 18 dice que sólo por delito que merezca pena de carácter corporal, habrá lugar a la prisión preventiva. También el art. 16 determina algo cuando establece que se aplicará cuando al menos esté sancionada la conducta delictuosa por una pena restrictiva de la libertad.

te, que puede resultar bastante extensa y gravosa para el individuo.<sup>1059</sup>

Al respecto, entendemos que esa fundamentación expuesta es incompleta, ya que siendo verdad que el Estado de Derecho debe perseguir eficazmente los delitos y que ha prohibido la justicia por propia mano, también lo es el deber de respetar los derechos fundamentales de los individuos (art. 17 CM). La libertad es ahora el bien jurídico más valioso en México, porque acertadamente ya no cabe la aplicación de la pena de muerte en ningún ámbito jurídico.<sup>1060</sup> Es decir, la regulación de la privación provisional de la libertad, y de cualquier norma que restringe derechos fundamentales, ha de estar ponderada por el legislador entre la obligación de eficacia en la persecución de los delitos y el respeto de la libertad y presunción de inocencia consagrados por la propia CM.<sup>1061</sup>

---

<sup>1059</sup> El art. 20, apdo. A, fracc. X, párrafo tercero, de la CM establece que en toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención; por tanto, para el cómputo de la sanción privativa de libertad, debe considerarse el tiempo que el reo estuvo recluido en prisión preventiva, aun cuando ésta ya se hubiere computado al compurgar una pena anterior impuesta en diverso proceso, pues la detención y prisión preventiva afectan la libertad del procesado, al margen de que se encontrara compurgando una pena, máxime que el precepto constitucional en comento no establece esa limitación. Véase Tesis aislada con Registro IUS: 176506. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XXII, diciembre de 2005. Pág. 2,737. Rubro: PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. PARA SU CÓMPUTO DEBE CONSIDERARSE EL TIEMPO QUE EL REO ESTUVO RECLUIDO EN PRISIÓN PREVENTIVA, AUN CUANDO ÉSTE YA SE HUBIERE COMPUTADO AL COMPURGAR UNA PENA ANTERIOR IMPUESTA EN DIVERSO PROCESO.

<sup>1060</sup> El CJM del 31 de agosto de 1933, que preveía en su Capítulo V a la pena de muerte, fue derogado el 29 de junio de 2005 suprimiendo dicho capítulo.

<sup>1061</sup> En España lo ha expuesto la jurisprudencia del TC, así de inicio la S TC 41/1982, de 2 de julio (RTC 41/1982), entre otras muchas hasta la fecha como la S TC 35/2007, de 12 de febrero (RTC 2007/35), que dice en su FJ 2: "reiterada y consolidada jurisprudencia de este Tribunal sobre la necesidad de fundamentar las resoluciones limitativas de derechos fundamentales y, en particular, de las relativas a la restricción de la libertad personal (art. 17.1 CE [RCL 1978, 2836]). En concreto, desde la S TC 128/1995, de 26 de julio (RTC 1995, 128), este Tribunal ha venido señalando que la medida cautelar consistente en el ingreso en prisión provisional es de naturaleza excepcional (en este mismo sentido, entre otras, SS TC 37/1996, de 11 de marzo (RTC 1996, 37), F. 6.a; 62/1996, de 15 de



Por otro lado, con respecto de las medidas cautelares patrimoniales (reales), en la legislación vigente del CFPP, se prevé que el MP pueda solicitar a la autoridad jurisdiccional el aseguramiento provisional de bienes para los efectos de la reparación del daño (art. 136, fracc. III, CFPP).<sup>1062</sup>

Ahora bien, en el modelo de enjuiciamiento criminal que planteamos, el legislador nacional ha de prever también la incidencia de importantes características y principios jurídicos en la configuración de un apartado en la ley de las medidas cautelares necesarias. Al menos creemos que sigue siendo importante remarcar esto, ya que el intento serio por parte del proyecto Fox de un nuevo código tampoco lo preveía como lo expresamos. No obstante, el proyecto Fox sí que intentaba remediar la preocupación por el uso indiscriminado de la privación de la libertad provisional, que fuera de ser una medida cautelar, más bien parece un instrumento represor de política criminal.<sup>1063</sup>

Así, la adopción por la autoridad judicial de las medidas cautelares solicitadas por las partes acusadoras habrían de ajustarse a ciertas características, estudiadas por la

---

abril [RTC 1996, 62], F. 5; y 66/1997, de 7 de abril (RTC 1997, 66), F. 4.b)".

<sup>1062</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ, CORTÉS DOMÍNGUEZ y SILVA SILVA utilizan también para referirse a estas medidas el término de reales. Vid. ARAGONESES MARTÍNEZ, S., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 392; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 323; y SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 488 y ss.

<sup>1063</sup> Pretendía el proyecto Fox suprimir la facultad del Fiscal de oponerse a la procedencia de la libertad provisional en los delitos no graves, en concordancia con la reforma constitucional sometida en su oportunidad al Constituyente Permanente por el propio D. Vicente Fox. Puede verse las páginas 30 a 32 del Decreto de reforma del proyecto.

doctrina, como son: el principio de legalidad, la proporcionalidad de la medida, su excepcionalidad, y se ha de cumplir con los presupuestos, acreditándolos, del *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*.

Por legalidad entendemos que cualquier limitación de los derechos o bienes del imputado ha de estar claramente manifestada en la ley, al igual que determinada exactamente. La proporcionalidad hace referencia al contenido de las normas legales restrictivas de derechos el cual tiene que ser proporcional a los fines que se pretendan alcanzar. Si hemos dicho que la regla general tiene que ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal, pues la adopción de la medida restrictiva de la libertad ha de ser la excepción.<sup>1064</sup>

Con lo que respecta de los presupuestos, la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) implica la existencia de uno o varios hechos tipificables de delito y que existan motivos bastantes para creer en la responsabilidad criminal del delito de la persona contra quien se pretende aplicar la medida cautelar. El peligro de retraso (*periculum in mora*) tradicionalmente viene referido a asegurar la presencia del imputado en el proceso; evitando con ello el peligro de fuga.<sup>1065</sup>

---

<sup>1064</sup> BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 475 a 479; MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 269 y 270; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 205 y 206; también GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 481 a 485; ARAGONESES MARTÍNEZ, S., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 391 y 392; y ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., págs. 204 y 205.

<sup>1065</sup> BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 479 a 482; MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 269 y 270; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en

El objeto de esas medidas cautelares y sus consecuencias, debe entenderse en el sentido de asegurar la realización completa del proceso penal, preservando las fuentes de prueba y asegurando bienes que hagan factible la imposición de la pena de la sentencia condenatoria.<sup>1066</sup>

También, esas medidas legales tienen una orientación provisoria, pues sus efectos estarán limitados en el tiempo, en tanto en cuanto se pronuncie la providencia definitiva respectiva. Por eso, característica de las medidas cautelares es que no constituyen resoluciones terminantes, por lo que no alcanzan autoridad de cosa juzgada.<sup>1067</sup>

Otra de las intenciones que pueden buscarse es la de evitar que se agrave el daño marginal que pueda producirse,<sup>1068</sup> en caso de no imponerse esa medida provisional, y el de evitar que una situación de peligro devenga en realidad.<sup>1069</sup>

---

MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 205 y 206; también GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 481 a 485; ARAGONESES MARTÍNEZ, S., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 391 y 392; y ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., págs. 204 y 205.

<sup>1066</sup> Vid. DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código federal de procedimientos..., op. cit., pág. 336.

<sup>1067</sup> La duración de la medida cautelar es limitada, dado que, por su propia naturaleza, desaparecen al hacerlo las razones que las motivan. Vid. BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 475.

<sup>1068</sup> La medida cautelar no impide ya el delito por sí mismo, sino que el daño pueda seguir cometiéndose.

<sup>1069</sup> Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., La reforma del proceso cautelar español, en "Temas del ordenamiento procesal", vol. 2, Ed. Tecnos, Madrid 1969, págs. 897 a 912.

Concretando, durante la averiguación policial previa a la instrucción judicial sólo cabrían medidas cautelares tendentes a la detención provisional de las personas por causas de urgencia o flagrancia. Es decir, tiene la facultad el MP de poder ordenar la detención de persona ante las circunstancias especiales mismas que ha de motivar y fundar ante el órgano jurisdiccional cuando le ponga a disposición judicial en un plazo no mayor de 48 horas para que luego ante la autoridad judicial no se dilate más de 72 horas (como lo mandan los arts. 16 y 19 CM y tiene a bien establecer el vigente art. 161 CFPP). Sigue teniendo sentido que esa detención la puede realizar la propia policía judicial, o autoridad civil, o cualquier individuo según lo manifiesta la CM (art. 16).<sup>1070</sup>

Ahora que nos parece bastante acertado que durante los primeros actos de averiguación se puedan adoptar medidas o previsiones cautelares o precautorias de forma rápida. Las que afecten a derechos fundamentales y bienes del imputado no han de quedar en manos del MP. No hay demasiada coherencia en que el MP tenga facultad discrecional para aplicarlas, salvo las excepciones antes dichas, pues su naturaleza de parte, aunque sea formal, le obligan de cualquier manera ha solicitar su adopción al juez. Por tanto, adoptando un nuevo modelo de instrucción judicial, las medidas cautelares que afectan a derechos fundamentales deben ser adoptadas previa solicitud de parte por órgano judicial.

---

<sup>1070</sup> "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado", según art. 19 CM. Y el art. 161 del CFPP: "Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión...".

#### **4. El ejercicio de la acción penal**

Cuando el MP ejerce la acción penal está cumpliendo con la función establecida por la CM, es decir cumple con un deber público, pues es garantía para la sociedad. En caso de no ejercitar la acción penal, incurriría en un delito tipificado contra la administración de justicia, cometido por servidores públicos.<sup>1071</sup>

El principio acusatorio, no obstante, nada determina sobre la adjudicación específica de la acusación a un órgano del Estado en particular, es decir que deba recaer necesariamente la función en el MP. Lo que importa sin duda es respetar siempre que las funciones de acusar y juzgar no recaiga en un solo individuo. De tal manera que es posible prever legalmente la presentación y posterior sostenimiento de la acusación por persona u órgano distinto del MP. Por supuesto, excluyendo naturalmente al juez, y cumpliendo, aún así, con esta característica primordial.

---

<sup>1071</sup> Véase art. 225, fracc. IX, del CPF de 14 de agosto de 1931: Son delitos contra la administración de Justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes: "Abstenerse injustificadamente de hacer la consignación que corresponda de una persona que se encuentre detenida a su disposición como probable responsable de algún delito, cuando ésta sea procedente conforme a la Constitución y a las leyes de la materia...". También, Tesis aislada con registro IUS: 179410. 9a. Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. XXI, febrero de 2005. Pág. 1,618. Rubro: ACCIÓN PENAL. ES PROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO POR EL PROBABLE RESPONSABLE, CONTRA LA ABSTENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE PRONUNCIARSE SOBRE SU EJERCICIO O INEJERCICIO; la cual dice: "Ante la falta de pronunciamiento por parte del MP, respecto del ejercicio o inejercicio de la acción penal, la Primera Sala de la SCJN, en la tesis jurisprudencial número 1a./J. 16/2001, publicada en el S.J.F. y su Gaceta, Novena Época, T. XIII, mayo de 2001, pág. 11, estableció la procedencia del juicio constitucional promovido por el ofendido; por otra parte, debe considerarse que la omisión sobre el ejercicio o inejercicio de la acción penal, además de afectar el interés de la parte ofendida por la comisión de un delito, también lesiona la esfera jurídica del inculpado, toda vez que en tanto la institución del M.P. se pronuncia sobre el particular, su situación jurídica se encuentra pendiente de resolver, de manera indefinida, lo cual desde luego deja en estado de incertidumbre, indefensión e inseguridad jurídica al inculpado, quien ante ello se encuentra legitimado para promover el juicio de amparo".

La función ha recaído en el MP, pero hemos de considerar que el MP federal en México, así como en el ámbito local, es el único asignado a ejercer la acción penal ante los tribunales, y por ello, también se constituye como único en el ejercicio de la acusación.

El monopolio de la acción no es contrario al principio acusatorio, pero supone problemas por resolver con respecto de su control ante la existencia de decisiones unilaterales que puedan ser arbitrarias y de dos posibles riesgos evidentes. Como advierte GÓMEZ COLOMER,<sup>1072</sup> uno de los inconvenientes es que se pone a los particulares ante la posibilidad de ser desplazados o sustituidos totalmente en el proceso penal, como ha sucedido en México; y el otro es que el MP decida de forma arbitraria no ejercer acción alguna.<sup>1073</sup>

Hay tres posibilidades contempladas por la ley para con el ejercicio de la acción penal: el ejercicio de la acción penal o consignación ante los tribunales, porque considera que hay delito que perseguir; el no ejercicio de la acción penal, pues considera lo contrario; y, el archivo provisional de la investigación, con las reservas de la ley, por considerar no hay suficientes elementos para valorar si ejerce la acción o no.<sup>1074</sup>

---

<sup>1072</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., págs. 42 y 43.

<sup>1073</sup> Véase al respecto los controles internos de la PGR sobre las decisiones de los agentes sobre el ejercicio o no de la acción penal, a ZEPEDA LECUONA, G., Crimen sin castigo..., op. cit., págs. 111 y 118.

<sup>1074</sup> Según la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de 27 de diciembre de 2002, en su art. 8 se dice: El Procurador General de la República, así como los servidores públicos en quienes delegue la facultad y los que autorice el Reglamento de esta Ley, resolverán en definitiva:

1. El no ejercicio de la acción penal;
2. La solicitud de cancelación o reclasificación de órdenes de aprehensión, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Penales;
3. La formulación de conclusiones no acusatorias, y

Recordemos que el olvido de la víctima del delito y del ofendido en la legislación procesal penal federal mexicana no es ocasional, y ello se debe en gran medida por la postura exclusivamente favorable al régimen de monopolio de la acción en favor del MP.<sup>1075</sup>

Comprendemos que al hablar de monopolio del ejercicio de la acción, se está en realidad queriendo decir que corresponde en exclusiva su ejercicio al MP, con las consecuencias que esto supone en caso de decidir no ejercitarle. Por tanto, cualquier medio pensado para obligarle a ejercer la acción simplemente rompe ese monopolio. En este contexto, cuando se trata de aplicar control jurídico, hemos de entender que va en sentido de revisar que la autoridad administrativa del MP ha dado cumplimiento al principio de legalidad, fundando y motivando su resolución. En otras palabras, que no ha sido arbitrario su acto.

Sin embargo, en nuestro tiempo parece difícil aceptar todavía un régimen de monopolio "absoluto" sobre el ejercicio de la acción. Prueba de ello son la situación imperante en Alemania, en donde el MP ostenta el monopolio (§ 152 StPO) y su procedimiento para forzar la acusación (*Klageerzwingungsverfahren*, §§ 172 a 177 StPO).<sup>1076</sup> Otro ejemplo, más claro aún, es España, donde se reconoce por la CE que la acción penal

---

4. Las consultas que agentes del MP de la Federación formulen o las prevenciones que la autoridad judicial acuerde en los términos que la ley prevenga, respecto de la omisión de formular conclusiones en el término legal, de conclusiones presentadas en un proceso penal o de actos cuya consecuencia sea el sobreseimiento del proceso o la libertad absoluta del inculpado antes de que se pronuncie sentencia.

<sup>1075</sup> Al respecto CASTRO, J. V., El Ministerio Público..., op. cit., págs. 109 a 111.

<sup>1076</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 54.

puede ser pública, privada, particular o popular (deducido de los arts. 24, 25, y 125), constituyendo la acción popular un medio más de control democrático de la actuación de los fiscales y jueces.<sup>1077</sup>

En México, por medio del art. 21 CM, se dice que las resoluciones del MP sobre el no ejercicio de la acción penal puedan ser impugnadas por la vía jurisdiccional del Juicio de Amparo, y lo seguirán siendo mientras no se establezca en la legislación secundaria un medio de defensa ordinario. Por otro lado, existe un medio de control interno en el propio MP federal. Cuando en vista de la averiguación previa el Agente del MP determinare que no va a ejercitar la acción penal por los hechos que se hubieren denunciado como delitos, o por los que se hubiere presentado querrela, el denunciante, el querellante o el ofendido, podrán presentar su inconformidad a través de un escrito en el cual expongan los argumentos o elementos de la averiguación previa que considere que el MP dejó de atender para ejercitar la acción penal, ante el Procurador General de la República (titular del MP federal) dentro del término de quince días contados a partir de que se les haya hecho saber la determinación mediante notificación personal. El procurador decidirá en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal.<sup>1078</sup>

En vista de lo anterior, en México no estamos ya en realidad ante un monopolio sin fisuras, y puesto que la propia

---

<sup>1077</sup> Véase a MONTERO AROCA, J., El principio acusatorio..., op. cit., pág. 781; GIMENO SENDRA, V., Fundamentos de Derecho Procesal..., op. cit., pág. 191; y MARTÍN Y MARTÍN, J. A., Instrucción penal y..., en Rev. "Actualidad Penal", op. cit., pág. 395.

<sup>1078</sup> El párrafo segundo del art. 133 del CFPP señala: "El Procurador General de la República, oyendo el parecer de sus agentes auxiliares y analizando los argumentos del escrito de inconformidad y de las causas del no ejercicio de la acción penal propuesto por el Ministerio Público, decidirá en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal".



idea de exclusividad no acepta medio externo para obligar a ejercer la acción, pues creemos es mejor comenzar hablar de la posibilidad que el ejercicio de la acción penal recaiga también en otras personas. Además, sería mejorar la situación de olvido permanente de las víctimas y ofendidos en nuestro derecho. De esta manera evitamos lo difícil de la coexistencia de un monopolio con medios jurídicos, que conllevan controles por tribunales, para forzar al MP a ejercer la acción penal cuando éste no lo hace aduciendo un motivo legal previsto.

Reafirmando lo dicho, nos resultaría más sensata una contemplación del ejercicio de acusación "repartida" entre otras personas que manteniendo únicamente al MP en ello, como acontece en el sistema español y que no lo hace en el sistema de los Estados Unidos, pues como hemos visto ésto no supone atentado alguno al principio acusatorio, sino que lo reafirma a nuestro modo de ver.

Esta propuesta supone contar con un ejercicio más plural de la acción, convirtiéndose la sociedad en un control externo de la necesaria persecución de los delitos. Además, tiene sentido equilibrar la participación de la sociedad en la administración de justicia, como mecanismo de contrapeso al gran poder reconocido al MP, ante la renuncia total o parcial de los particulares al ejercicio persecutorio.<sup>1079</sup>

## **B) La fase intermedia**

Un nuevo esquema de proceso penal, además de estar compuesto de una fase preliminar y de otra principal, bien puede

---

<sup>1079</sup> Vid. GÖSSEL, K. H., El Ministerio Fiscal y..., en "Revista del Ministerio Fiscal", op. cit., págs. 29 a 32; y MARTÍN Y MARTÍN, J. A., Instrucción penal y..., en Rev. "Actualidad Penal", op. cit., pág. 395.

integrar una fase intermedia, que no se contempla en el vigente CFPP pero que en el proyecto Fox pudiera asemejarse en algún momento al contemplado en los arts. 384 y ss., que vendría a suponer una transición entre la instrucción y el juicio oral.<sup>1080</sup>

Una vez se declare cerrada la instrucción por parte del juez instructor, la causa se envía al órgano juzgador que sea competente, que será distinto en virtud de la distinta función que desempeñara cumpliendo con lo que se denomina en España como el principio del "juez no prevenido",<sup>1081</sup> y éste, previa declaración de apertura del juicio oral, ha de examinar las piezas con las que cuenta el caso. Esta fase sirve de un segundo filtro para encaminar, en su caso, el proceso penal para que no sufra interrupciones innecesarias.

La intención de integrarla en el esquema del procesamiento penal y delimitarla notoriamente no es simple capricho, sino que su función principal vendría a servir de análisis por parte del juez competente del juicio sobre el resultado de la instrucción, con intervención de la acusación y defensa en su caso, para poder en realidad abrir el juicio oral. Es decir, nos referimos a una fase que cronológicamente seguiría después de la fase preliminar y que se encuentra en realidad antes de la fase principal del proceso penal, pues

---

<sup>1080</sup> Normalmente, según el CFPP, cuando se da por concluida la instrucción judicial, el juez manda poner la causa a la vista del MP por diez días para que se formulen las conclusiones. Es decir, no hay alguna audiencia anterior que permita realizar dicha valoración ante las partes (cfr. art. 291). El proyecto Fox divide de forma clara el proceso penal en dos partes: Procedimiento preliminar (arts. 384 y ss.) y el juicio o audiencia principal (arts. 471 y ss.). Aún no previendo claramente la fase intermedia, supone un mejoramiento en el esquema del proceso penal con respecto del vigente CFPP y de sus llamados procedimientos penales (cfr. arts. 2, 142 y 305).

<sup>1081</sup> Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 61.

aún puede darse por finalizado el proceso sin juicio, de forma que integra en un todo lo preliminar con lo principal.<sup>1082</sup>

Que se le denomine como "intermedia", bien puede ser algo conseguido por la doctrina, pues no necesariamente se identifica de forma clara en las legislaciones consultadas.<sup>1083</sup> Sin embargo, estructurando el proceso penal para su estudio, parece adecuado contar con un momento procesal de análisis ante la necesidad de cerrar correctamente la instrucción y preparar mejor el juicio oral.<sup>1084</sup>

En efecto, esta audiencia en el proceso penal mexicano sería un punto crucial para la continuación o no del proceso penal, pues constituiría un elemento evaluador que se encuentra al final de la instrucción para determinar si ésta ha de considerarse cerrada y que es preludio de la importante audiencia o vista, o juicio oral, que representa a su vez el punto decisivo del proceso penal.<sup>1085</sup>

---

<sup>1082</sup> Vid. ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., pág. 240.

<sup>1083</sup> La LECrim en España trata obviamente de la terminación del sumario y contempla instituciones como el sobreseimiento (cfr. arts. 622 y ss.). No obstante, parece que la determinación de esta fase es más doctrinal como citaremos. En el proceso penal alemán se habla de un procedimiento intermedio o procedimiento sobre la apertura. Vid. ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., págs. 325 a 330; KÜHNE, H.-H., Strafprozessrecht..., op. cit., págs. 320 a 334; y GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán..., op. cit., págs. 157 a 160.

<sup>1084</sup> Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., Comentarios..., op. cit., pág. 234; FAIRÉN GUILLÉN, V., El anteproyecto de Bases para el Código Procesal Penal de 1967, en "Temas del ordenamiento procesal", Ed. Tecnos, Madrid 1969, págs. 1157 y 1161; TOMÉ GARCÍA, J. A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 433; VÁZQUEZ SOTELLO, J.L., El principio acusatorio..., en "Rev. J. Cat.", op. cit., págs. 391 a 393; PRIETO-CASTRO, L. en PRIETO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho Procesal Penal, Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid 1987, págs. 299, 301, y 307 a 321; ALMAGRO NOSETTE, J., en MORENO CATENA, V. (director), El nuevo proceso penal, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992, pág. 198 y 199; PICO I JUNOY, J., Las garantías constitucionales..., op. cit., pág. 112; ORTEGO PÉREZ, F., El juicio de acusación..., en Rev. "Poder Judicial", op. cit., págs. 237 y ss.

<sup>1085</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal español, op. cit., pág. 244.

Se trata de cumplir dos objetivos a examen por parte del órgano judicial que deberá emitir juicio decisorio: 1) analizar si la instrucción está bien concluida o no, es decir, si es necesario o no practicar nuevas diligencias de instrucción para completarla; y 2) en caso de estar agotada la instrucción, se debe analizar si concurren los presupuestos necesarios para poder abrir el juicio oral, pues si no es así se ha de sobreseer el asunto.

Respecto de los objetivos, no hay duda que las partes han de intervenir en esta fase ante el órgano judicial, pues tienen intereses en ello y no se puede ignorar. Sin embargo, el tribunal no queda vinculado con la petición de uno u otro, es decir en su sentido, pues bien puede decidir por sí mismo continuar con el proceso, devolverlo al juez de instrucción para realizar otras diligencias faltantes, o bien puede sobreseerlo.<sup>1086</sup>

De forma práctica ha de considerarse que así se contaría con otro paso legal para evitar en lo posible juicios inútiles y con ello se minimiza el efecto estigmatizador del mismo al derivarse en público.<sup>1087</sup> Además, la fase intermedia se constituye en un filtro judicial sobre aquellas acusaciones

---

<sup>1086</sup> Vid. TOMÉ GARCÍA, J. A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 435.

<sup>1087</sup> Pensamos así en un sistema de control progresivo sobre la causa. Primero, la policía verifica preliminarmente la veracidad de los elementos del hecho presuntamente constitutivo de delito y su autor; segundo, el juez de instrucción analiza los elementos del cuerpo del delito y los elementos que llevan al órgano público perseguidor de los delitos a ejercer la acción penal, llevando la instrucción de acuerdo a la legalidad; y finalmente, el juez competente para emitir juicio estudia el sumario para asegurarse puede realizarse el juicio oral.

faltas de los elementos legales necesarios para proceder, en concreto que no son viables jurídicamente.<sup>1088</sup>

En caso de confirmar, es decir de dictar un auto que concluya la instrucción, y previa la acusación, que sostiene el sistema acusatorio,<sup>1089</sup> se procede al juicio oral con base en un enjuiciamiento positivo de la actividad instructora llevada a cabo por el juez de instrucción.

Así las cosas, en caso de estar agotada la investigación y contar con un objeto del proceso penal sólido procede continuar; o bien ponderando los datos existe la necesidad de continuar con las diligencias para completarlas y sólo hasta entonces avanzar en el proceso.<sup>1090</sup> El resultado positivo ha de prever que la apertura y desarrollo del juicio oral está libre de sufrir en lo posible de interrupciones innecesarias.<sup>1091</sup>

Por otro lado, el derecho comparado nos muestra que aquí tienen cabida instituciones procesales como el sobreseimiento y la conformidad, aunque ésta última no se encuentra reconocida en nuestro medio jurídico, pero que habrá de contemplar

---

<sup>1088</sup> ALMAGRO NOSETE, J., le denomina algo así como la "seriedad de la pretensión punitiva" en ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE, Instituciones de Derecho Procesal, Ed. Trivium, t. III, Madrid 1993, pág. 45; ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., El período intermedio del proceso penal, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1997, pág. 28.

<sup>1089</sup> Vid. GÓMEZ DE LIAÑO, F., El Proceso Penal, Ed. Ariel, Oviedo 1987, pág. 29; IDEM, El Proceso Penal. Tratamiento..., op. cit., pág. 32.

<sup>1090</sup> Como acontece en el proceso penal alemán, que es un filtro de acusaciones que no posean una sospecha suficiente para imputar a una persona la autoría de hechos punibles. Vid. ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, op. cit., pág. 216.

<sup>1091</sup> "La finalidad esencial de la fase intermedia consiste en determinar si concurren o no los presupuestos, materiales y formales, que condicionan la apertura del juicio oral o, lo que es lo mismo, la admisibilidad y fundamentación de la pretensión penal". Vid. GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 585.

en supuestos claramente regulados y siempre adoptada finalmente ante el juez.<sup>1092</sup>

Si se pretende adoptar con mayor compromiso la institución de la conformidad, dando nuevas facultades al MP y policía para ello, se ha de revisar necesariamente el requerimiento del ordenamiento mexicano sobre la búsqueda de la verdad material, requerido también por el proyecto Fox (art. 1), y ponderar entre el principio de legalidad y su opuesto, el principio de oportunidad, en el derecho mexicano.<sup>1093</sup>

Pero volviendo a las funciones de esta fase, podemos considerar que en ella va a estudiarse si la acusación tiene base fundada y resulta verosímil, de manera que pueda pensarse que hay razones para abrir un proceso con posible resultado de imponer una pena. Para nosotros, esta fase también tiene la enorme ventaja de poder evitar someter a alguien a un proceso penal público, en el que se le acuse por delito, pero que no se tiene bastantes razones y evidencias para hacerlo. En caso que no subsista el objeto del proceso penal, es decir que los hechos no son constitutivos de delito o no puede

---

<sup>1092</sup> El proceso es la garantía ante la acusación, de tal manera que la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 determina en su art. 11, inciso 1 que: "Toda persona acusada de delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". En términos semejantes, el art. 6, de la Convención de Roma, para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, que dice: "Toda persona acusada de delito se presumirá inocente mientras no se haya probado su culpabilidad".

<sup>1093</sup> Sosteniendo cosas contrarias entre sí, a propósito de lo dicho sobre la búsqueda de la verdad denominada como "material" como objetivo del proceso penal, el proyecto Fox dice buscar también la "eficiencia del sistema penal a través de la implementación de la denominada "Justicia Alternativa" y de mecanismos auto compositivos. Este criterio es el que se retoma en la presente Iniciativa, a través de las figuras de "La Conciliación" y la "Suspensión Condicional del Proceso", mismos que en su conjunto se denominan "Medidas Alternativas".

atribuirse la culpabilidad a determinada persona, no hay motivo para continuar.

## **1. La valoración sobre la acusación**

La actividad central de la instrucción, tal y como la proponemos, discurrirá en la investigación de los hechos constitutivos de delito y la determinación del autor de los mismos. Una vez llegada a su "madurez" se originaría un análisis judicial profundo sobre los hechos, elementos y demás características que se han aportado hasta ese instante.<sup>1094</sup>

De semejante manera a lo que acontece en el proceso civil, en que se analiza la demanda como paso previo a la inadmisión, en el proceso penal se revisaría que se ha cumplido con lo mandado por el Derecho penal de manera previa al juicio sobre los hechos.<sup>1095</sup> Esto sería un "juicio valorativo" que necesariamente debe ser realizado por un órgano jurisdiccional.<sup>1096</sup> Y por ello, el importante resultado determinará si ha de proseguirse a la apertura del proceso penal principal o no. Es sin duda un momento preciso, que no tiene parangón en el vigente CFPP ni en el proyecto Fox puesto que ambos tienen al MP como figura central en la fase de instrucción.<sup>1097</sup> Por

---

<sup>1094</sup> Vid. ORTEGO PÉREZ, F., El juicio de acusación..., en Rev. "Poder Judicial", op. cit., pág. 237.

<sup>1095</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., Principios del proceso penal..., op. cit., pág. 104; y ALMAGRO NOSETE, J., en ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE, Instituciones..., op. cit., pág. 45.

<sup>1096</sup> GÓMEZ ORBANEJA empleó el concepto de "juicio de acusación", aunque no está totalmente extendido su empleo entre la doctrina. Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E, Comentarios..., op. cit., pág. 234; MORENO CATENA, V., en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 786; PICO I JUNOY, J., Las garantías constitucionales..., op. cit., pág. 112; VÁZQUEZ SOTELLO, J.L., El principio acusatorio..., en "Rev. J. Cat.", op. cit., págs. 391 a 393; y ORTEGO PÉREZ, F., El juicio de acusación..., en Rev. "Poder Judicial", op. cit., pág. 238; entre otros.

<sup>1097</sup> La investigación del delito y sus resultados siguen siendo objeto de la llamada Averiguación previa a cargo del MP. No podemos apreciar una instrucción judicial propiamente dicha, pues a pesar que el proyecto Fox

tanto, como lo determina FAIRÉN GUILLÉN, esta valoración sería pieza clave del proceso.<sup>1098</sup>

Por incidencia del principio acusatorio, no hay apertura del proceso penal sin la debida acusación y ésta se va definiendo en ese sentido después de los análisis del desarrollo de los actos e investigaciones realizados durante la instrucción, durante la fase intermedia y concretando en las calificaciones provisionales, para luego en realidad comenzar el juicio procesal penal. El proceso penal en un Estado de Derecho sirve efectivamente para controlar el *ius puniendi*, pero también ha de evitar su imposición de forma irracional, de tal manera que se restablezca la libertad de las personas cuando proceda. Así, antes de debatir sobre la culpabilidad o inocencia del imputado se ha de decidir si la acusación es lo bastante consistente para proseguir o, por el contrario, no tienen posibilidades de prosperar. Esta resolución vendría entonces dada en un período intermedio y puede concluir con la alternativa del sobreseimiento.<sup>1099</sup>

Importa decir aquí que no estaríamos ante una actividad plenamente con fines probatorios, con resultados de incorporar al conocimiento del juzgador las pruebas que influyen en el dictado de su sentencia. Tan sólo se trataría de una presentación material y jurídica seria del fundamento de la instrucción como primero, además de que no sería el mismo juez el encargado de dictar sentencia, pero con intención de continuar el proceso como segundo, lo que ha de determinar que

---

prevé un procedimiento preliminar, no guarda semejanza con lo descrito (arts. 384 y ss).

<sup>1098</sup> Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., El Anteproyecto..., en "Temas del ordenamiento procesal", op. cit., pág. 1,182.

<sup>1099</sup> Vid. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., El período intermedio..., op. cit., pág. 23 y ss.



es factible y necesaria la apertura del debate en juicio oral. Lo que se valorará es si se está ajustado al Derecho Penal, por lo que atribuirle cualidades de enjuiciamiento anticipado no sería nada adecuado. Por esas razones, la valoración se debe realizar ante y por un órgano jurisdiccional en cuanto que los alcances que aquí se advierten tienen función judicial.<sup>1100</sup>

Es decir, estaríamos ante un momento que requiere y justifica nuestra postura de cambio a un juez instructor a semejanza del modelo español. En la fase intermedia, la celebración de una audiencia con la presencia de las partes serviría para determinar la continuación o no del proceso penal, para evaluar si existen elementos de prueba suficientes con el fin de que pueda procederse al juicio.<sup>1101</sup>

La decisión adoptada incidiría invariablemente en la condición jurídica del individuo y debe de ser tomada por un órgano judicial. Porque, se dice que la instrucción es oficio de juez, no de parte, y encargarla al MP resulta un contrasentido, además que un error. También, porque en el proceso penal que se inclina por la búsqueda de los hechos como han acontecido de manera objetiva, no se agota en la búsqueda de

---

<sup>1100</sup> La doctrina española le señala a la instrucción un alcance judicial, muy semejante al sentido que percibimos e intentamos manifestar. Así, se dice que con base únicamente en el sumario se puede resolver la absolución o condena del acusado. Vid. GÓMEZ COLOMER, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 122 y 123; MORENO CATENA, V., La posición del Fiscal en la investigación penal..., op. cit., pág. 59; y ORTEGO PÉREZ, F., El juicio de acusación..., en Rev. "Poder Judicial", op. cit., pág. 238.

<sup>1101</sup> Como una especie de audiencia preliminar del sistema norteamericano, en la cual se da una valoración de suficiencia, con el fin precisamente de poder ir a juicio. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional..., op. cit., pág. 24.

las pruebas, sino que implican una valoración, lo que requiere imparcialidad del que lo hace.<sup>1102</sup>

Siendo el MP el encargado de la función persecutoria, y no un juez de forma lógica, la instrucción judicial debe servirle para presentar de forma argumentativa ante el juez instructor los hechos y razonamientos acusatorios producto de las investigaciones y diligencias preliminares de la averiguación previa y la investigación, que pretende fundar de forma seria el inicio del proceso ante órgano jurisdiccional distinto. Pero también habría de tener papel importante la defensa y el imputado, pues sus alegaciones tenderían a mantener fuerte la presunción de inocencia y solicitar el sobreseimiento por no ser los hechos constitutivos de delito, o no ser atribuibles al ahora imputado, o porque existen causas de inimputabilidad.<sup>1103</sup>

Así, se previene que los hechos se corresponden al supuesto penal y que existen pruebas que pretenden demostrar que esos hechos considerados preliminarmente como delictivos pueden ser imputados con un cierto grado de credibilidad al sujeto procesado. Es decir, se concretaría una valoración de la instrucción muy cercana a la intención que tiene el art. 382 del proyecto Fox. Además, se daría participación a las partes de una forma que se otorga la misma oportunidad a ambas, aunque el órgano jurisdiccional puede mantenerse sin

---

<sup>1102</sup> Véase a GÓMEZ COLOMER, J.-L., El debate acerca del quién..., en "El Ministerio Fiscal en el Derecho comparado", op. cit., págs. 107 y 108.

<sup>1103</sup> Esta observación no haría más que confirmar y hacer efectivo lo que el CP federal dice en su art. 15.II: "Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate". Además, el vigente art. 134 del CFPP pide al juzgador que analice después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda estos elementos. El cambio propuesto radicaría en la persona del juez que lo realiza, es decir por el juez de instrucción y no por el que decide la cuestión de fondo, y el momento procesal que sería en la instrucción, por lo que continuamos afirmando que sólo se abre juicio oral si se ha superado este "examen".

ataduras de lo solicitado por las mismas y resolver lo que considere procedente.

## **2. El sobreseimiento**

Con la anterior valoración puede vislumbrarse que el proceso penal también puede acabar sin que se abra la siguiente fase del juicio oral, o bien puede paralizarse ante la falta de algún requisito esencial para que continúe. Las condiciones y elementos que pueden ocasionar estas situaciones se agrupan por la ley y la doctrina bajo el conocido término de sobreseimiento. La terminación del proceso penal mediante el sobreseimiento conlleva la absolución del procesado.<sup>1104</sup>

Por sobreseimiento entendemos una resolución firme, dictada por órgano jurisdiccional competente de esta fase intermedia que mencionamos, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal, y que goza de los efectos de la cosa juzgada en su mayoría. El sobreseimiento puede ser libre provisional, derivando al archivo del asunto. Por eso tiene sentido que sea asumido sus causas por el órgano jurisdiccional.<sup>1105</sup>

La opción del sobreseimiento se toma con el mismo rigor jurídico que la acusación, pues nos referimos a la misma fase

---

<sup>1104</sup> GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 240; TOMÉ GARCÍA, J. A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 435; ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., pág. 244.

<sup>1105</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 240 y 241; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 341; TOMÉ GARCÍA, J. A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 435; GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 583; y ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., pág. 244.

procesal. El modelo de proceso penal que proponemos, con una fase intermedia definida, permitiría también la adopción más ordenada de instituciones procesales que pueden encontrarse ya en nuestro ordenamiento jurídico pero de forma dispersa o poco reglamentada. El vigente CFPP, que en nuestra opinión resulta ser más claro en este aspecto que el proyecto Fox, aunque ambos fallan en aglutinar las causas de sobreseimiento como sí hace la LECrim (arts. 634 y ss.), determina que el MP promoverá el sobreseimiento y la libertad absoluta del inculgado, cuando durante el proceso aparezca que la conducta o los hechos no son constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en el CPF; que el inculgado no tuvo participación en el delito que se persigue; que la pretensión punitiva está legalmente extinguida, o que existe en favor del inculgado una causa excluyente de responsabilidad (art. 138).<sup>1106</sup>

Que no siga el proceso adelante por cuanto no hay comisión de hechos punibles o la persona sospechosa de cometerlos no es culpable (*v.gr.* supuestos de sobreseimiento libre), es una decisión que bien puede tomarse a raíz de esta fase intermedia que proponemos y que además debe recaer en órgano judicial. Con base en la naturaleza jurisdiccional y su posición de conexión entre la instrucción y el juicio oral, bien puede considerarse que la decisión del juez es de suma relevancia para el proceso penal. El juez ha de tomar a petición de parte o bien de oficio la decisión de continuar hacia el juicio oral, o denegarlo desvinculándose de la solicitud de las partes, por entender que procede el sobreseimiento.

La facultad reconocida al Poder Judicial en forma exclusiva de juzgar a los hechos y a las personas requiere para

---

<sup>1106</sup> Cfr. arts. 189; 321, párrafo último; y 355 del Proyecto Fox; y del CFPP los artículos 138; 200; 291; 330.III; y 426.

nosotros una conexión lógica con la fase preliminar. Por tanto, que se centre en este momento el dilucidar preliminarmente que hay elementos suficientes para continuar es facultad de un juez.

El derecho comparado nos muestra que se establecen diferentes momentos para el sobreseimiento, o bien, las clases de sobreseimiento tienen cabida dependiendo de las circunstancias. Así, según la LECrim por ejemplo (arts. 637 y 641), podemos hablar de sobreseimiento libre y provisional, además del sobreseimiento total y parcial.<sup>1107</sup>

El sobreseimiento libre se da cuando el juez ordena poner definitivamente y de forma anticipada el proceso penal, que entendemos es básicamente lo que el vigente art. 138 CFPP establece. El denominado provisional, también ordenado por juez, pero en este caso el decisor, suspende temporalmente el proceso penal por faltar en él la averiguación de algún elemento fáctico, sin el cual no puede dictarse la sentencia de fondo. El sobreseimiento total o parcial hace referencia a las personas. Es decir, será total si afecta a todos los imputados en la causa, cuyo resultado es el archivo; será parcial cuando no afecta a todos, lo que significa que el proceso ha de continuar con respecto de éstos.

Ahora bien, por influencia del principio acusatorio, considerando éste concretamente referido a la acusación, a la audiencia de confirmación de cargos, o en otros sistemas denominada "fase intermedia", le son aplicables los principios *nemo iudex sine actore* y el expresivo *iudex iudicat secundum allegata et probata partium*. De tal forma que, al menos una

---

<sup>1107</sup> Puede verse a GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 240 a 242; y PRIETO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 311 y ss.

de las partes acusadoras habrá de solicitar al tribunal la apertura del juicio oral, quedando vinculado a resolver esta petición. Aunque también, por lo menos desde el punto de vista de la legislación positiva,<sup>1108</sup> el tribunal quedará vinculado de la misma forma si la solicitud es por sobreseimiento.<sup>1109</sup>

El sobreseimiento podrá decretarse por el juez, de oficio, o bien a solicitud de parte, como lo prevé el proyecto Fox. Así, se podría sobreseer principalmente cuando el MP formule conclusiones no acusatorias; cuando durante el proceso aparezca que la conducta o los hechos no son constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en CP o que el inculpado no tuvo responsabilidad en el delito que se persigue; cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida; cuando no se hubiere dictado auto de sujeción a proceso y aparezca que el hecho que motiva la investigación no es delictuoso, o cuando estando agotada ésta se compruebe que no existió el hecho delictuoso que la motivó; cuando esté plenamente comprobado que en favor del inculpado existe alguna causa eximente de responsabilidad penal; y cuando existan pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado.

Concretando, no resultaría nada nuevo prever supuestos de sobreseimiento en el ordenamiento mexicano, pero sí lo supondría regularlo específicamente, a semejanza del proyecto

---

<sup>1108</sup> Como lo señala el vigente art. 138 del CFPP: "El MP promoverá el sobreseimiento y la libertad absoluta del inculpado, cuando durante el proceso aparezca que la conducta o los hechos no son constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal; que el inculpado no tuvo participación en el delito que se persigue; que la pretensión punitiva está legalmente extinguida, o que existe en favor del inculpado una causa excluyente de responsabilidad".

<sup>1109</sup> PRIETO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 316.

Fox (Capítulos V y VI; y arts. 346 a 355 que determina algunos casos en párrafo anterior expuestos), dentro de una nueva fase intermedia que proponemos y que es celebrada ante el juez que conocerá en su caso del juicio oral.

### **C) El proceso principal con juicio oral y público**

El juicio oral será abierto con una resolución del órgano jurisdiccional, con un auto que determinará que desde ahora los actos procesales son públicos. En esta fase se darán la acusación y la defensa, por motivo de los principios acusatorio y contradictorio, además de los actos de preparación de la vista.<sup>1110</sup>

La resolución judicial (el auto) tiene aquí gran importancia procesal penal, además de ir materializando aún más la incidencia del principio acusatorio. Por ejemplo, este auto determina finalmente a los acusadores, pues no habrá de esperarse otro distinto de los que son y están desde la instrucción. También quedan establecidos los hechos por los que se imputa un delito y a las personas a las que se imputa, estableciendo claramente que si surgiera persona diversa presuntamente responsable durante la fase de juicio oral, se le abriría diligencias de investigación distintas.<sup>1111</sup>

La fase principal debe ser concentrada en una o varias sesiones y en ellas rigen con toda su fuerza los principios que antes hemos estudiado, como la oralidad y publicidad.

---

<sup>1110</sup> Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 368; y GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 635.

<sup>1111</sup> Vid. GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 627 y 628.

Es decir, en esta fase procesal acontece el enjuiciamiento de los hechos que se han definido durante la investigación, además de enjuiciar la responsabilidad penal que tenga sobre los mismos el acusado, derivado del debate procesal contradictorio, en igualdad de circunstancias, con la aportación de las partes, aunque con la salvedad de la posibilidad de que el juez proponga de oficio algunas diligencias de prueba, y bajo el principio de acusación.<sup>1112</sup>

La labor general del tribunal se materializa con el dictado de la sentencia que declarará sobre esos hechos, si son o no constitutivos de delito, y sobre la participación y responsabilidad penal del acusado. Por último, es ahora cuando el proceso penal es público, tanto para las partes, en lo que era secreto, aunque sobre esto diremos algo al final de este apartado, como para la sociedad en general.<sup>1113</sup>

El principio de publicidad comienza entonces a tomar protagonismo determinante en el proceso penal, y es tan importante que, por ejemplo, es causa de nulidad en el proceso penal español si no se respeta como lo mandan las leyes españolas (cfr. arts. 120.1 CE; 680 LECrim; y 232 LOPJ). El proyecto Fox, de forma acertada, pretendía otorgar al principio de publicidad un sitio de principio rector, de tal manera que a través de "juicios orales debidamente preparados, pero expeditos, transparentes y confiables, no sólo el imputado, sino también la víctima u ofendido, así como la sociedad en ge-

---

<sup>1112</sup> Por acusación hemos de entender aquí que la conducta a enjuiciar en esta fase será precisamente la que ha sido objeto de la acusación, y por ello, que guarda identidad con el auto dictado por el juez para abrir el juicio oral. Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 367.

<sup>1113</sup> MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 368; y GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 635; y MONTÓN REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 333.



neral, tengan la certeza de que las resoluciones públicas de los jueces serán apegadas a Derecho".<sup>1114</sup>

La segunda fase del proceso, en un sistema acusatorio, deberá desarrollarse en forma oral.<sup>1115</sup> Esto lo confirma en nuestros días los textos internacionales sobre reconocimiento de derechos humanos, que requieren que es segunda fase del proceso deba desenvolverse de forma oral y no de manera escrita.<sup>1116</sup>

Como se ha señalado, el verdadero proceso penal comienza cuando existe una calificación jurídico-penal, una acusación aunque sea provisional, sobre los hechos considerados delito y se abren los debates, en sesiones orales y públicas, en la

---

<sup>1114</sup> El proyecto Fox, en lo que al nuevo código de procedimiento penal se refiere, manifiesta que entre otros principios rectores del proceso, se encuentra la publicidad (arts. 1, fracc. VI; y 117). Sin embargo, también se establecen reglas procesales particulares, que respeta aspectos como la confidencialidad, la no publicidad del juicio oral en los casos que el juez lo decida (art. 324), aunque aparentemente la preocupación del proyecto es extender esa publicidad inclusive a la parte de la investigación. Parece olvidarse que durante la instrucción bien puede ser apartado momentáneamente este principio por motivo de un objetivo beneficioso para la investigación. El deseo de implementar la publicidad ha llevado a pretender exigirla ahí en donde cabe en verdad el secreto del sumario. Vid. Proyecto Fox, págs. 7, 42 y arts. citados.

<sup>1115</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 362.

<sup>1116</sup> La Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, dice en su art. 10 que "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial... para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". También, en el art. 11.1, apunta que "toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público, en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, el art. 14.1 dice que "toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley... La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios...". El art. 14.2, d, que toda persona tiene derecho a "hallarse presente en el proceso".

que se desarrolla la prueba ante el órgano que debe pronunciarse sobre estos, es decir que deba dictar sentencia.<sup>1117</sup>

Esta fase es el momento procesal más importante para hacer valer los argumentos de cargo y de descargo de cada parte, manteniendo la igualdad de condiciones procesales, ante el juez o jueces que han de formar su convicción de forma directa para dictar sentencia.<sup>1118</sup>

### **1. La acusación**

El principio acusatorio adquiere toda su importancia cuando llega el momento procesal en que se formula la acusación, sea por parte del MP que tiene la obligación constitucional de hacerlo, y también de las personas que puedan efectuarlo en el modelo propuesto (*nemo iudex sine actore*), según sea el caso, y exceptuando en esta circunstancia, de manera lógica, al propio juez.

La acusación abre el juicio oral, pero por imperativo del principio acusatorio ha de sostenerse dicha acusación hasta el momento de la sentencia. Así, debemos considerar en general que hay una primera acusación provisional una vez que la investigación (instrucción) ha concluido, determinando la inexistencia de causa alguna para el sobreseimiento o de la falta de presupuesto procesal material y antes de la actividad probatoria. Un segundo momento procesal para la acusación viene concretándose en las llamadas "conclusiones fina-

---

<sup>1117</sup> Como sintetiza Carnelutti, "el proceso se hace para obtener un juicio". Vid. CARNELUTTI, F., Cómo se hace un proceso, Ed. Temis, Bogotá 2007, pág. 97.

<sup>1118</sup> MONTÓN REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 330.

les",<sup>1119</sup> mejor dicho en el escrito de acusación final, cuyo sentido y contenido viene derivado de las pruebas.<sup>1120</sup>

Como primero, dentro del modelo procesal penal propuesto, la acusación provisional constituirá una de las piezas de la materia del debate (objeto del proceso penal) que se celebrará en la audiencia pública,<sup>1121</sup> la otra lo será la defensa como veremos, y será producto de la instrucción judicial, a diferencia de la intención del proyecto Fox de adoptar como acusación provisional el llamado escrito de consignación que viene derivado de la averiguación previa realizada por el MP.

Para nosotros, la acusación provisional derivada del modelo de instrucción judicial que se propone, sustituyendo la base que tiene actualmente en la averiguación previa, sigue cumpliendo con el mandamiento del art. 21 CM, que determina que el MP es el órgano técnico encargado de perseguir ante los tribunales a los imputados de cometer un delito. Por lo tanto, se cumple con este requisito constitucional del ordenamiento mexicano.

El contenido de esa primera acusación viene siendo la calificación jurídico-penal provisional de los hechos, del principal y de los conexos, como no puede ser de otra manera ante la falta de la prueba de los hechos como constitutivos definitivos de delito; la atribución de la participación que

---

<sup>1119</sup> Cfr. arts. 2 fracc. IV; 4 inciso B fracc. VI; y 11 fracc. III; 346, fracc. I; entre otros, del proyecto Fox.

<sup>1120</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 259; MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 351; TOMÉ GARCÍA, J. A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 454; y ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., pág. 252.

<sup>1121</sup> Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 352.

hubiere tenido el ahora acusado (o acusados si fueren varios); los hechos derivados de la instrucción que puedan resultar atenuantes o agravantes del delito, o las eximentes de la culpabilidad; y las penas que correspondan legalmente por esos hechos. Por otra parte, si consideramos posible la acumulación al proceso penal de un proceso civil, permitiendo con ello la simplificación de procesos y su resolución en un uno solo, el escrito de acusación ha de contener además referencias a la pretensión civil como la cantidad reclamada por concepto de daños y perjuicios causados por el delito, la cosa que ha de ser restituida y, por último, las personas que aparezcan como las responsables de los mismos.<sup>1122</sup>

Como segundo, la acusación termina de tomar contenido con la calificación definitiva realizada tras la práctica de la prueba. Es decir, técnicamente es el último momento para acusar en el proceso penal. El contenido se correspondería al que ya hemos hecho referencia con respecto de la calificación provisional, pero considerando que éste puede sufrir modificaciones por motivo de las pruebas. De esa forma, en la calificación final bien puede suceder dos cosas concretamente: una primera que consiste en sostener la acusación, que bien puede ser confirmando la calificación jurídico-penal realizada previamente, o bien modificándola; y un segundo supuesto puede ser que se retire la acusación, por lo que se pide la absolución del acusado por el MP o por el acusador.

Por último, contemplando aquí la petición de pena por el delito, el tribunal se encuentra, en principio, vinculado por la calificación jurídico-penal que ha realizado la acusación, por lo que no puede condenar a pena más grave de la que se ha solicitado. Sin embargo, el ordenamiento español contempla

---

<sup>1122</sup> Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., Juicio oral, op. cit., pág. 215.

una interesante "tesis de desvinculación" (art. 733 LE-Crim)<sup>1123</sup>, que ha generado importantes estudios doctrinales, de la cual no encontramos referencia en México,<sup>1124</sup> que consiste en la posibilidad de que el tribunal, ante el manifiesto error en la calificación de los hechos por el resultado de las pruebas, proponga que las partes examinen una calificación distinta. De semejante manera, ante la petición de absolución ha de entenderse que el tribunal queda igualmente vinculado a ello. Pero por aplicación de esa tesis de desvinculación, bien puede proponer en debate el tribunal que procede la condena, aunque sólo la podrá implementar si la acusación reconsidera su postura y asume esa tesis.<sup>1125</sup>

Al respecto, DE LA OLIVA SANTOS nos señala la importancia de mantener en claro que en la sustancia de la acusación no se encuentra la de perfilar la conceptualización jurídica del

---

<sup>1123</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 287; y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 416 a 419.

<sup>1124</sup> Ni en la doctrina consultada, ni en la ley vigente. Tampoco el proyecto Fox, más moderno en su planteamiento del proceso penal, contempla posibilidad alguna de lo que determina esta tesis de desvinculación. El art. 447 del proyecto determina tan sólo que: "Concluida la etapa de desahogo de pruebas, el Juez aperturará la etapa conclusiva y cederá la palabra al Fiscal, al defensor y al inculpado; así como a la víctima u ofendido o su representante, exclusivamente respecto de la reparación del daño, para que expongan sus conclusiones, teniendo el derecho de replicar el contenido de las conclusiones de las otras partes, en el mismo orden de intervención". Aún más, tan sólo se prevé que el tribunal deberá decidir sobre la responsabilidad penal del procesado en la misma audiencia o en continuación de la misma, a más tardar dentro de las setenta y dos horas siguientes al cierre del debate (art. 478). Es decir, no hay previsto supuesto alguno en caso que se pretenda calificar distinto. Sin duda, esta situación puede llevar a casos de condenar por delito menos grave cuando no lo es, o bien, a lo contrario.

<sup>1125</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 265 y 266; DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 533 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 416 a 419; GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 669 y 670; y ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., págs. 304 y ss.

objeto procesal. De tal manera que, cuando el tribunal formula la calificación diversa de la propuesta, en realidad no está introduciendo reproche penal por la conducta, ni se la atribuye a persona alguna. Tampoco determina con ello la apertura de juicio oral, ni adopta la postura de parte. Es decir, la imparcialidad no se ve afectada y se mantiene la esencial distinción, por el principio acusatorio, de que "quien acusa no puede juzgar y el que juzga no puede acusar".<sup>1126</sup>

Consecuentemente, ante la elección de separar de la figura del juez el ejercicio de la acción penal, evitando con esto un modelo inquisitivo, se ha aislado un primer elemento esencial del principio acusatorio, y con ello de un sistema acusatorio, que es la necesaria acusación previa para poder iniciar el proceso penal.<sup>1127</sup>

También hemos de reafirmar que nuestra postura va en sentido de ir concretando la acusación de "manera progresiva", pues desde la consignación se va ejercitando una imputación, de esto que la presencia de la defensa en la instrucción sea necesaria, así se pasa a la calificación provisional y, por último, la acusación en realidad tiene su última y definitiva oportunidad en las calificaciones finales.<sup>1128</sup>

---

<sup>1126</sup> El error radica, para el citado autor, en asumir que este planteamiento por el tribunal constituye una acusación, en cuanto que por ello ha de entenderse que es la "imputación, personalmente individualizada, de una conducta con caracteres de delito". La acusación, de acuerdo a lo dicho, es también un presupuesto de procedibilidad absoluto en el un proceso penal configurado de manera contradictoria. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESSES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 535 a 542.

<sup>1127</sup> Vid. ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., pág. 39.

<sup>1128</sup> El TC español ha dictado jurisprudencia, ya consolidada, que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas y por ello ha dicho de forma reiterada que toda sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes, no sobre las provisionales. Vid. S TC 20/1987 (Sala Primera), de 19 de febrero (RTC 1987\20). También véase a GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 259 y ss.

La posibilidad que el tribunal que emitirá sentencia se muestre "activo" en este contexto cabe dentro del modelo de proceso penal propuesto, todo esto en virtud que estaríamos respetando los lineamientos del principio acusatorio, y no va contra la CM, que requieren que el órgano jurisdiccional llamado a decidir sobre la causa penal no represente una doble función de acusador y sentenciador. No obstante, la regla para superar cualquier atisbo de problema será, en el sentido que se sostiene de proceso penal, la ponderación entre la libertad del tribunal de calificar el delito y el principio de contradicción o audiencia, el principio de igualdad y el derecho de defensa.<sup>1129</sup>

## **2. La defensa**

La defensa es la contraparte de la acusación en el proceso penal y, al menos la defensa por abogado, viene a ser exigida por imperativo del principio de contradicción y por la igualdad de armas procesales.<sup>1130</sup>

En un nuevo modelo, la defensa debe tener también un sitio relevante y activo como la acusación en el juicio oral, mayor que el que tiene ahora en el vigente CFPP,<sup>1131</sup> pues si

---

<sup>1129</sup> Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 546; y a GÓMEZ COLOMER, J.-L, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 266 y 267.

<sup>1130</sup> Igualdad que venimos insistiendo en su cuidado e implementación desde la instrucción judicial en este modelo propuesto. La defensa ha de manifestar lo que a su derecho convenga, luego de conocer el contenido del escrito de calificación provisional de las partes acusadoras. Vid. ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., pág. 256.

<sup>1131</sup> Los arts. 305 a 307 del CFPP regulan el procedimiento ante los jueces de Distrito, es decir el juicio. En tan sólo tres arts. se dice que la defensa presentará las conclusiones, podrá interrogar en la audiencia al acusado sobre los hechos materia del juicio, al igual que el juez y el

bien antes hemos dicho que no hay juicio oral sin previa acusación, en realidad el juicio oral contradictorio se inicia formalmente cuando hay a su vez escrito de la defensa.<sup>1132</sup>

Lo que queremos es consolidar para la defensa un lugar y función más importante de la que actualmente tiene en la *praxis* jurídica en México. Aunque, la doctrina mexicana ha venido últimamente resaltando el importante papel que debe tener durante el proceso penal.<sup>1133</sup>

En ese sentido, al menos el proyecto Fox pretendía proporcionar a la defensa una función determinante al considerar que "cada persona tiene derecho a una defensa efectiva en todas las fases del procedimiento penal, desde el primer acto de molestia y corresponde a las autoridades federales tutelar la adecuada prestación de la defensoría profesional".<sup>1134</sup>

---

MP. Podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal, etc.

<sup>1132</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 268.

<sup>1133</sup> Durante los años 1987 y 1988, una comisión en el Instituto Nacional de Ciencias Penales integrada por Roberto Hernández Martínez, Moisés Moreno Hernández, José Ovalle Favela, Celestino Porte Petit, Bernardo Tirano Gutiérrez y Jesús Zamora-Pierce, redactaron un proyecto de Código de Procedimientos Penales. El derecho a tener defensor era contemplado de manera especial desde la averiguación previa. Para nosotros, lo importante con respecto de este tema de dicho anteproyecto lo fue que se decía que el derecho era inviolable en todo grado y estado de los procedimientos penales. El imputado tendrá derecho a la asistencia de un defensor desde que se inicien las diligencias de preparación del ejercicio de la acción penal hasta la terminación del proceso. Vid. ZAMORA-PIERCE, J., Garantías y proceso penal, op. cit., pág. 449.

<sup>1134</sup> En el nuevo código procesal penal propuesto por el proyecto Fox, se contempla en su capítulo Quinto la regulación de la defensa en la función de los profesionales que podrían ejercerla (arts. 18 a 25). Por otro lado, en las págs. 72 y 84 del proyecto, entre otras, se expresa en particular una reforma para cambiar la denominación de defensor de oficio por la de defensor público, lo anterior en atención a los arts. 232, fracc. III, y el 233, del proyecto de reforma para la Ley Federal de Defensoría Pública, en el que se propone la denominación de Ley Federal de Defensoría, toda vez que en ella se sugiere regular tanto la actuación de los defensores públicos, hoy de oficio, como la de los defensores privados,



Un aspecto que nos parece importante mantener del propio proyecto Fox, es el requerimiento de contar siempre para toda audiencia con la presencia de la defensa, junto con la del juez y MP que suele ser la norma general (véase el art. 326).

La presencia constante de la defensa es parte de nuestra propuesta, pues es el caso que la defensa ha de estar articulada en las distintas fases del proceso penal que proponemos, es decir en la fase preliminar, la fase intermedia y sobre todo en la fase principal del juicio cuando acontecen las probanzas y con ello las calificaciones finales, actuando de acuerdo a lo que se requiere en cada una de ellas. Así, durante la averiguación previa no necesariamente estaríamos ante actos de defensa, pero sí ante una asesoría jurídica necesaria. Los actos de defensa se requieren ahí en donde de alguna manera hay ya imputación de hechos con carácter de delito, pero superando el esquema vigente de pretender actividad probatoria ante la propia parte acusadora en la averiguación previa, pues en realidad no hay proceso penal abierto todavía, ni acusación formal respectiva.

No resultará reiterativo advertir que la defensa es una de las garantías más importantes a respetar por el Estado de Derecho en el proceso penal, a tal grado que, por ejemplo, el TS en España se ha referido a ello de la manera siguiente: "el derecho de defensa es un derecho sagrado, quizás el más sagrado de todos los derechos en la justicia".<sup>1135</sup>

---

es decir la de los litigantes en materia penal. Proyecto que tiene como objetivo primordial la profesionalización de los abogados en esta rama del derecho, y de esta forma acabar con el denominado "coyotaje"; de suerte tal que la ciudadanía se vea favorecida al contar con una defensa de calidad y ética.

<sup>1135</sup> Vid. SS TS núm. 851/1993 (Sala de lo Penal), de 12 abril (RJ 1993\3082); y la núm. 2320/1993 (Sala de lo Penal), de 18 octubre (RJ 1993\7788).

Por tanto, la postura de la defensa no puede ignorarse, pues si por imperativo del principio acusatorio decimos, que es necesario el escrito de acusación para iniciar el juicio oral determinando la imposibilidad de presuponerle, en caso de faltar el escrito de defensa habría de entenderse que se solicita la absolució. Sin embargo, la defensa con sus escritos tiene la posibilidad de esclarecer mejor la posición del inculpa. con respecto del objeto del proceso penal, y con ello concretar el derecho de defensa procesal del inculpa. <sup>1136</sup>

En ese contexto, el contenido y efecto del escrito debe ser semejante al de la acusación, es decir contar con los mismos elementos y puntos de referencia, antes vistos en el apartado anterior, pero obviamente en sentido contrario. Lo anterior se va concretando en lo que se conoce en España como calificación provisional y calificación final, términos más técnicos de lo que en México son propiamente las "conclusiones", en este caso de la defensa. <sup>1137</sup>

Así, puede esperarse de la calificación provisional que la defensa proponga artículos de previo pronunciamiento; la conformidad, que habría que prever procesalmente sus supues-

---

<sup>1136</sup> El efecto que produce la presentación de las conclusiones de la defensa (lo que vendría a ser las calificaciones jurídico-penales) es el fijar los actos de la misma sobre los que versará el debate. Vid. COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 500; y SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 355.

<sup>1137</sup> Terminología mantenida por el proyecto Fox. Vid. Título Séptimo del vigente CFPP, y del proyecto de Fox, págs. 18 y 29, así como los arts. 2, 4, 11, 346, en especial el 477 que dice: "Concluida la etapa de desahogo de pruebas, el juez aperturará la etapa conclusiva y cederá la palabra al Fiscal, al defensor y al inculpa; así como a la víctima u ofendido o su representante, exclusivamente respecto de la reparación del daño, para que expongan sus conclusiones, teniendo el derecho de replicar el contenido de las conclusiones de las otras partes, en el mismo orden de intervención". Todos del proyecto de nuevo CFPP.

tos y efectos claramente en el ordenamiento mexicano;<sup>1138</sup> y presentar la calificación provisional de los hechos, negándolos sin dar mayores explicaciones, formulando versión distinta que vaya en sentido de descargo, sea para la futura absolución o para la condena inferior; por último, admitir los hechos, pero negando que sean delito con base en la distinta calificación jurídica.<sup>1139</sup>

Con la calificación definitiva, ha de esperarse que ésta se realice de forma oral principalmente, pues vienen derivadas de los resultados de la práctica de la prueba.<sup>1140</sup>

Debemos advertir que, si bien la defensa basa sus pedidos en lo solicitado por el MP, debe también considerar todas las fuentes y elementos de prueba para dar mayor solidez a sus peticiones, tanto en las calificaciones provisionales como, desde luego, en las finales. Por último, el uso de la palabra al inculpado también conlleva una carga importante de defensa ejercida por el propio inculpado. Para nosotros estas razones vienen a reforzar nuestra postura de cambio de

---

<sup>1138</sup> OVALLE FAVELA clasifica en el medio jurídico mexicano la presencia de dos instituciones procesales como la "aceptación" y la "negación" u "oposición". Así, cabría aceptación de las pretensiones del demandante (allanamiento); la aceptación de los hechos en que se funda la pretensión (confesión); y, la aceptación con el fundamento jurídico de la pretensión del demandante (reconocimiento del derecho). Sin embargo, en el ámbito penal mexicano no caben actitudes autocompositivas de las partes. Por eso decimos que si se ha de contemplar cuestiones similares, la institución de la conformidad habría de estudiarse a fondo su naturaleza y efectos. Vid. OVALLE FAVELA, J., Teoría General del Proceso, Ed. Harla, México 1991, págs. 356 y 357.

<sup>1139</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 268.

<sup>1140</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 268.

modelo de la instrucción bajo un órgano judicial que mantenga la igualdad de oportunidades en la investigación.<sup>1141</sup>

En virtud de lo dicho, la defensa tiene su oportunidad cumbre en el juicio oral, pero nos hemos de referir de forma concreta a dos supuestos de la misma, las cuales han de quedar claramente contempladas en el nuevo modelo para poder superar la ineficacia actual. Así, podemos encontrar: la auto-defensa y la defensa técnica.

La autodefensa es aquélla que vendría ejercida por el propio imputado, participando en los actos de la defensa, utilizando los medios de impugnación a su alcance (v.gr. la apelación, revocación, denegada apelación y el de queja)<sup>1142</sup> y aportando las afirmaciones y pruebas que contribuyan a mantener sólida su inocencia. Estas situaciones se reducirían a casos en que pueda efectivamente hacerlo, pues en otros no convendría a sus intereses siendo mejor dejarlo en manos de una defensa profesional. En cambio, la defensa técnica es la que se ejerce por medio de un profesional del derecho, por un Licenciado en Derecho en ejercicio (abogado), y versa sobre el consejo y asesoramiento de las cuestiones procesales y materiales del proceso penal.<sup>1143</sup>

La autodefensa no es desconocida por el ordenamiento mexicano, sin embargo en la propuesta de nuevo proceso penal ha de adoptarse en sentido distinto al que pueda dársele hoy

---

<sup>1141</sup> Toda solicitud de exculpación o disminución de la penalidad sería inconsistente si se limitara la defensa a simplemente negar lo que solicita el MP. Vid. COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 500.

<sup>1142</sup> Cfr. arts. 361, 365, 392 y 398 del CFPP.

<sup>1143</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 267 y 268.

según la legislación vigente. Así, la CM permite una defensa practicable por el mismo inculpado (art. 20, apartado A, fracc. IX), pero para nosotros no hay duda que esto no debe interpretarse de forma extensiva y tomar control de la defensa en todo el proceso penal. En el enjuiciamiento criminal, la autodefensa debe abarcar sólo aquéllos supuestos en los que es conveniente contar con el propio inculpado, para promover actuaciones a favor de su defensa. Así, podría presentar los escritos para utilizar los medios impugnatorios que hemos citado, solicitar amparo, por ejemplo contra las órdenes de aprehensión como lo dice el vigente CFPP (art. 158) y que mantiene de forma simplificada el proyecto Fox (art. 366),<sup>1144</sup> las afirmaciones que convengan a su defensa y que van contra las que ha realizado la acusación, y el derecho a decir la última palabra previsto por el art. 90 del CFPP, pero que el proyecto de Fox no prevé.

Ahora bien, el citado artículo de la CM también dice que la defensa podrá llevarse por persona de confianza o por un abogado y entendemos que en defecto de lo anterior, el tribunal nombrará un defensor de oficio. Al respecto, el elemento que nos llama la atención aquí es la posible presencia de una persona de confianza, que no necesariamente deba ser abogado, que lleve sobre sus hombros la defensa del inculpado. Los tribunales han mantenido en algunas opiniones que esto es posible, pero en otras lo han intentado enmendar. El caso es

---

<sup>1144</sup> Amparo que, por supuesto, puede y debe solicitar también el abogado de oficio, tal y como lo reitera el proyecto Fox en su propuesta de nueva Ley Federal de Defensoría, en especial el art. 40, fracc. IV. Por otra parte, el proyecto Fox también pretendía facilitar esta vía al considerar que el "recurso de apelación contra la sentencia condenatoria sea optativa para el sentenciado y su defensa con el objeto de hacer procedente la promoción del juicio de amparo aun sin agotar el principio de definitividad, a efecto de abreviar los procedimientos, en beneficio del inculpado, en concordancia con la tendencia del Poder Judicial de la Federación de ampliar la protección del juicio de amparo,...". Vid. proyecto Fox, pág. 93; además de su propuesta de reforma al art. 73, fracc. XIII, de la Ley de Amparo, reglamentaria de los arts. 103 y 107 de la CM.

que para nosotros la confianza es importante sin duda, pero ha de ser la que se tiene sobre el abogado que proporciona la defensa técnica, y sólo en defecto de ésto el abogado de oficio.<sup>1145</sup>

En ése sentido, el CFPP vigente dice que durante la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averigua-

---

<sup>1145</sup> Ejemplo de lo primero, una sentencia de un TCC, de septiembre de 1998 determinó lo siguiente: "Una correcta interpretación de la fracc. IX del art. 20 de la Constitución General de la República lleva a la conclusión de que el inculpado tendrá entre otras garantías, el derecho a una defensa adecuada, misma que puede efectuarse, constitucionalmente, en primer lugar por sí mismo, esto es que el inculpado manifieste de manera clara su voluntad de defenderse por sí solo, es decir se nombre su defensor, o bien designe como tal a una persona de su confianza, en estas hipótesis es claro que no es requisito que el inculpado o la persona de su confianza sean abogados, es decir peritos en derecho. Sin embargo, cuando el inculpado no manifiesta su voluntad de defenderse por sí mismo y además expresa que no tiene persona de su confianza que lo defienda a quien nombrar, deberá ser defendido por un abogado, entendiéndose el término "abogado" como sinónimo de licenciado en derecho, pues de lo contrario la defensa que se le asigna no sería la adecuada por lo que si la persona que el MP nombró para su defensa no es abogado, sino sólo estudiante de derecho, es obvio que tal nombramiento no satisface la garantía constitucional otorgada y por lo tanto las declaraciones ministeriales así emitidas carecen de valor probatorio". Cfr. registro IUS: 195549. 9ª Época. Fuente: TCC. Instancia: S.J.F. y su Gaceta. T. VIII, septiembre de 1998. Pág. 1,157. Rubro: DECLARACIÓN MINISTERIAL INVÁLIDA, SI SE LE ASIGNA AL PROCESADO COMO DEFENSOR A UN ESTUDIANTE DE LEYES. De acuerdo a lo segundo: "El citado precepto constitucional establece la facultad del indiciado para nombrar su defensor y en caso de no querer o no poder hacerlo, su voluntad será sustituida por la de la autoridad quien le nombrará un defensor de oficio; sin embargo, la Carta Magna no precisa que el defensor de oficio que se designe deba ser licenciado en derecho, es decir, el texto constitucional no consagra la garantía de que el defensor de oficio que nombre la autoridad deba ser abogado, lo que seguramente se debe a que el legislador se reservó la facultad de precisarlo, al considerar que un nombramiento de esta naturaleza dependerá de diversas circunstancias, entre ellas, las diferencias socioeconómicas y culturales de cada región del país, que provocan que existan lugares en los que abundan los profesionales del derecho, pero también otros en los que es difícil encontrar un abogado, o bien, los existentes no deseen desempeñarse como defensores de oficio porque las percepciones que pueden ofrecerles las diversas entidades federativas no responden a sus expectativas, sino que lo que la Constitución determina es que el designado cumpla con realizar una defensa adecuada". Vid. Tesis aislada con registro IUS: 191975. 9ª Época. Instancia: Pleno. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. T. XI, abril de 2000. Pág. 70. Rubro: DEFENSORES DE OFICIO EN MATERIA PENAL. EL ART. 20, FRACCIÓN IX, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NO EXIGE QUE TENGAN TÍTULO PROFESIONAL. También puede verse a GÓMEZ COLOMER, J., La exclusión del abogado defensor de elección en proceso penal, Ed. Bosch, Barcelona 1988.

ción previa, el inculpado tiene el derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza.

Nosotros insistimos que no es posible mantener una defensa en condiciones "adecuadas" cuando resulta evidente la desventaja que existe entre un abogado y una persona que no lo sea, aunque sea de confianza, al momento de afrontar la defensa de una persona. Suponemos que la medida de que la defensa técnica la asuma una persona de confianza estaba contemplada para aquéllas situaciones en las que no era posible contar con un defensor abogado, ya sea porque no había suficiente número de profesionales (la disposición viene desde 1917), o sea porque no se consideraba obligación del Estado proporcionarlo. En nuestros tiempos, esa interpretación no tiene ya total cabida, pues la defensa técnica tiene que estar en manos profesionales y ha de estructurarse mecanismos para que ésta siempre exista.<sup>1146</sup>

Una defensa, en general, que prevea una buena combinación de autodefensa con defensa técnica necesariamente es más equilibrada y efectiva, pues MONTERO AROCA nos señala que "la defensa adecuada no es la realizada por la propia parte, carente de los conocimientos precisos, sino la que se confía a un profesional técnico. Cabe que la ley recoja manifestaciones de autodefensa, que pueden ser útiles en situaciones y

---

<sup>1146</sup> La redacción original de la CM determinaba ya en su art. 20, fracc. IX: que en todo juicio de orden criminal el inculpado tendrá las siguientes garantías: "Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que, o los que les convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite".

casos concretos, pero es en la asistencia de abogado donde se articula realmente la defensa".<sup>1147</sup>

Por tanto, contemplar actos en los que sea posible la autodefensa y actos en los cuales interese que la defensa sea asumida por un abogado es importante distinguirlos, pero sin olvidar que el derecho de autodefensa no excluye a la defensa técnica.<sup>1148</sup> Una depuración de estas cuestiones dentro del orden jurídico mexicano podría ser conveniente.

Volviendo a los actos de defensa técnica podemos considerar dentro de una nueva legislación procesal penal a los escritos de defensa para la calificación jurídico-penal provisional y definitiva de los hechos, junto con todas las consideraciones que antes hemos visto, es decir, referirse a cada punto de la acusación negando la versión de los mismos o expresando versión distinta cuando cabe.<sup>1149</sup>

No obstante, la defensa técnica tendría el encargo de ir acompañando el desarrollo adecuado del proceso penal en cuanto que interviene asesorando al inculcado ante sus declaraciones (v.gr. durante la investigación por la policía y la instrucción), solicitando el sobreseimiento en los casos respectivos (v.gr. en la fase intermedia y una vez practicadas

---

<sup>1147</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional...*, op. cit., t. III, pág. 31; en el mismo sentido pueden verse algunas sentencias en España dictadas por el TC que determinan que "el derecho a la defensa privada o derecho a defenderse por sí mismo, aun en el contexto de una cultura jurídica como la nuestra, caracterizada por el predominio de la defensa técnica, forma parte, ciertamente, del derecho más genérico, reconocido en el art. 24.2 CE, a la defensa". Cfr. SS TC núm. 181/1994 (Sala Primera), de 20 junio (RTC 1994\181); y la núm. 29/1995 (Sala Primera), de 6 febrero (RTC 1995\29).

<sup>1148</sup> Vid. ARMENTA DEU, T., *Lecciones...*, op. cit., pág. 115.

<sup>1149</sup> La defensa por abogado en ejercicio también estaba proyectada en mejor sentido que la actualidad por reformas previstas para la Ley Federal de Defensoría Pública que antes hemos citado.



las pruebas y que pueda derivarse de ello), propone los incidentes de previo pronunciamiento, ofrecer pruebas, presentar los escritos de defensa con las calificaciones previas y finales correspondientes para los hechos y la responsabilidad civil, todo ello durante la fase principal del proceso penal.

De forma general, la defensa ha de presentar en los escritos de la postura de defensa del inculcado en tiempo, negando los hechos que se le atribuyen cuando corresponde, o bien reconociéndolos pero con distinta calificación jurídica y negando las conclusiones del MP, aunque se espera lo realice de una forma profesional y técnicamente apropiada. Sin duda alguna, esta faceta es una de las tantas cosas que tiene que ser distinta en nuestro proceso penal mexicano, pues la práctica común del abogado suele ser ineficaz desde el punto de vista jurídico. El trabajo del defensor en nuestro medio jurídico, en algunos casos, suele limitarse a las negaciones sistemáticas de los hechos durante el proceso penal sin razonamientos ni fundamentos jurídicos. GÓMEZ COLOMER puntualiza dicha actitud a tal grado que, en fraude del cliente imputado, se llega a negar cosas absurdas como el nombre y apellidos, la edad y los hechos que pueden favorecerle.<sup>1150</sup>

Consideremos que el derecho de defensa no es un derecho subjetivo renunciable sin más; sino que es una institución inherente al proceso penal desde sus mismos comienzos, una condición de la propia validez del proceso cuya observancia interesa a toda la sociedad en su conjunto. En efecto, la defensa es un derecho del inculcado que se traduce en parte por la posibilidad inafectable de su autodefensa; pero por otra

---

<sup>1150</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 269.

parte contiene la defensa ejercida por un profesional, que ha de ser efectiva, y que no es renunciable.<sup>1151</sup>

### **3. El procedimiento probatorio**

En el sistema de enjuiciamiento vigente en México, con una fase de averiguación previa a cargo del MP, los actos de prueba comienzan a realizarse desde la fase de averiguación. De esa forma, cuando en el proceso penal se celebra la audiencia o vista, que en España viene siendo el juicio oral, son pocos los actos de prueba que se ubican en ella.

Debemos contar con un nuevo modelo de procedimiento probatorio, y distinguir entre fuente y medio de prueba. Como fuente entendemos elementos ajenos al proceso, anteriores a al mismo y que, por tanto, carecen de efectos jurídicos procesales en tanto no se abra un proceso y se incorporen. Por medio de prueba entendemos que son instrumentos procesales a través de los que se incorporan al proceso las fuentes antes referidas.<sup>1152</sup> Es importante superar el vigente y poder ubicar los actos de prueba en el juicio oral del nuevo proceso penal, aunque esto no quiere decir que no puedan darse por anticipado o preconstituidas algunas pruebas, antes de la celebración del juicio, como diremos.<sup>1153</sup>

---

<sup>1151</sup> La doctrina sentada por la Sala de lo Penal del TS en España, sentencias de 9 de diciembre de 1997 y 5 de abril de 2000, determina que del derecho fundamental a la defensa que se garantiza a todos el art. 24.2 CE, ha de considerarse que el derecho a la defensa es uno y el derecho a la asistencia de letrado es otro, de suerte que la efectividad del segundo no deja sin contenido al primero. SS TS núm. 849/2003 (Sala de lo Penal), de 9 junio, (RJ 2003\7159); y núm. 866/2002 (Sala de lo Penal), de 16 mayo, (RJ 2002\6382).

<sup>1152</sup> La tarea de buscar las fuentes de prueba no puede ser actividad probatoria, sino que es una actividad extraprocesal. Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 373 y 374.

<sup>1153</sup> La prueba anticipada es distinta de la preconstituida. La última viene siendo cualquier diligencia de investigación que resulta irrepetible o de muy difícil reproducción en el juicio. Vid. BARONA VILAR, S., en

Así, durante la fase principal del enjuiciamiento tienen las partes mayor oportunidad de desahogar el material probatorio, pues así como la actividad de aportación de los hechos en las alegaciones corresponde a las partes, claro efecto del principio acusatorio que excluye de ello al juez, la actividad probatoria es también actividad de parte, pues ellas son las que tienen la responsabilidad de llevar al proceso el material de comprobación para obtener una resolución favorable.<sup>1154</sup>

El planteamiento resulta coherente con el hecho que, con el modelo propuesto de fase preliminar (investigación policial e instrucción judicial), fase intermedia y fase principal (juicio oral), ya se han fijado hasta aquí los hechos fundamentales del proceso, el objeto del proceso penal, por lo que podrán proponerse otros actos de prueba que por su naturaleza hubieran sido antes inconducentes.

Como hemos indicado, para la aplicación del Derecho Penal (*ius puniendi* estatal) se necesita de un instrumento jurídico eficaz como el proceso penal.<sup>1155</sup> Pues, dentro del proceso la prueba resulta trascendente para cumplir con lo dicho. Como dice COLÍN SÁNCHEZ, "la prueba, es el factor básico sobre el que gravita todo el procedimiento; de ésta dependerá

---

MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 310.

<sup>1154</sup> Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 371.

<sup>1155</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 310; y ARMENTA DEU, T., Lecciones..., op. cit., pág. 32.

el nacimiento del proceso, su desenvolvimiento y la realización de su último fin".<sup>1156</sup>

Quienes han de decidir sobre la situación jurídica del inculcado, de la comisión de una conducta o hecho ilícito, han de sustentarse sobre las pruebas realizadas, pues en ello va la fuerza de la justificación de sus resoluciones.<sup>1157</sup> Como recientemente lo ha recalcado GUZMÁN FLUJA, con base en la doctrina consagrada, "puede afirmarse sin ningún temor, de forma rotunda, que la prueba es el alma del proceso en cuanto es el instrumento a través del cual se logra la formulación del juicio de hecho, la determinación del relato fáctico en que consiste un caso concreto y sobre el cual debe procederse a la aplicación e interpretación del derecho".<sup>1158</sup>

Los temas que encierra la prueba son amplios, pero aquí sólo nos interesa el procedimiento probatorio por ser éste, de acuerdo al modelo que proponemos, bastante distinto al que ahora impera, pues lo pretendemos centrar en su mayor parte en el juicio oral.<sup>1159</sup> No obstante, la SCJN ha comenzado a poner cotas a la intención de las partes de practicar pruebas

---

<sup>1156</sup> Vid. COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., págs. 357 y 358.

<sup>1157</sup> Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 371. Antes, BENTHAM, J., Tratado de las Pruebas Judiciales, Ed. EJEA, vol. I, Buenos Aires 1959, de la cual hay compilación de los escritos del autor por E. Dumont, traducidos al español por Manuel Ossorio Florit, editado por Comares, Granada 2001, pág. 4 y SENTÍS MELENDO, S., La Prueba. Los grandes temas del Derecho Probatorio, Ed. EJEA, Buenos Aires 1979, pág. 141.

<sup>1158</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., en Anticipación y preconstitución de la prueba..., op. cit., pág. 25.

<sup>1159</sup> La clasificación hecha por SENTÍS MELENDO sobre los temas relevantes probatorios constituye base de los estudios sobre la prueba. Así, se puede hablar de concepto de prueba, objeto de prueba, carga de la prueba, procedimiento probatorio y valoración de la prueba. Nosotros tan sólo nos queremos referir al procedimiento, dejando de lado los otros temas que ampliamente superarían la intención de este apartado ubicado en la exposición del modelo de juicio oral que pretendemos en la tesis. Vid. SENTÍS MELENADO, S., La Prueba..., op. cit., pág. 10.

cuando lo estimen oportuno, concretando que sólo podrá hacerse en el tiempo que la ley conceda para ese efecto.<sup>1160</sup>

En ese contexto, lo acusatorio aquí determinaría, tal y como ya lo considera el proyecto Fox, que en un proceso penal sólo aquello que se ofrece y desahoga en juicio tiene valor probatorio, de tal manera que los medios de prueba allegados durante la indagatoria no pueden tener pleno valor probatorio, sino sólo cuando son practicados en la audiencia del juicio correspondiente y ante el tribunal que ha de dictar sentencia.<sup>1161</sup>

La actividad probatoria tiene que tener entonces su expresión principal en el juicio oral, a diferencia de lo que actualmente acontece y que el proyecto Fox tiene el acierto de estipular al decir que el juicio daría inicio con la apertura de la audiencia del juicio oral, durante la cual el Fiscal precisa su pretensión y el inculpado su defensa ante el juez, se reciben, desahogan y valoran las pruebas (art. 2, fracc. IV). En efecto, debemos estructurar un procedimiento probatorio acorde con el modelo de proceso penal propuesto. De este modo, y previa declaración del recibimiento del pleito a prueba, podremos distinguir tres fases en el procedimiento probatorio necesario: la proposición; la admisión; y, la práctica.

La proposición se traduce en la presentación por las partes de los medios de prueba, mediante los escritos de calificación provisional, de la acusación y de la defensa, que se presentan una vez concluida la fase preliminar y a los que

---

<sup>1160</sup> Al respecto a HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, op. cit., pág. 444.

<sup>1161</sup> Vid. Proyecto Fox, en especial la "consignación al tribunal", págs. 13 a 15.

en apartado anterior hemos hecho referencia. Esta fase está en manos de las partes, aunque esto no significa la imposibilidad de la prueba practicada de oficio.<sup>1162</sup>

La admisión es un acto por el cual el juez determina que medios de prueba han de ser practicados, previo examen legal de su procedencia. El acto de admisión, que es cosa del juez y lo concreta mediante auto, debe fundarse en los requisitos previstos por la ley, de tal modo que: a) sólo se admitirían los medios previstos legalmente; b) sólo serán aceptados aquellos medios de prueba que hayan sido obtenidos de forma lícita, aunque esto no pueda determinarse en estos momentos sino hasta su práctica y debate; y c) la admisibilidad estará condicionada a los principios de pertinencia y utilidad de la prueba.<sup>1163</sup>

En lo que respecta a qué medios de prueba están contemplados en la legislación mexicana, debemos considerar que la CM dice en su art. 20, fracc. V, que en todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tienen como garantía que se les reciba "los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso".<sup>1164</sup>

---

<sup>1162</sup> Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 383; y BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 309.

<sup>1163</sup> Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 384; y BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 309.

<sup>1164</sup> Al respecto, el art. 206 del vigente CFPP está redactado de la siguiente forma: "Se admitirá como prueba en los términos del art. 20 fracc. V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la auto-

Los medios de prueba aceptados comúnmente en el orden jurídico mexicano, como puede verse en el vigente CFPP (arts. 207 a 278), los cuales son básicamente los mismos del proyecto Fox (art. 389), son la confesión, la inspección, los dictámenes de peritos, la declaración de testigos, la confrontación, los careos y los documentos públicos y privados.<sup>1165</sup>

No obstante parece un tanto inútil citarlos, pues sólo hay que observar el art. 206 CFPP vigente y la parte final del art. 389 del proyecto Fox que dicen básicamente que se ha de aceptar como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho. De tal manera que, por un lado se dice cuáles serán solo los medios aceptados y por el otro se permite que lo sea cualquiera que no esté contra derecho.<sup>1166</sup>

Considerando que la aplicación del Derecho Penal y la sanción han de recaer efectivamente sobre hechos constituti-

---

tividad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad".

<sup>1165</sup> El medio de prueba, es la prueba en sí. Es un vehículo para alcanzar un fin. Eso significa que, para su operancia, debe existir un órgano que le imprima dinamismo, y así, a través de uno o más actos determinados, se actualice el conocimiento. COLÍN SÁNCHEZ, G., en Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 365. FRANCO SODI, aclara que "es el tema del proceso o la verdad histórica concreta por conocerse, el órgano de la misma es la persona física que aporta el conocimiento, y el medio de prueba es el acto o modo usado por la persona física referida, para proporcionar el citado conocimiento". Consecuentemente, conocer es "individualizar un objeto de nuestra conciencia, y el modo de conocer el medio de prueba". Vid. FRANCO SODI, C., Procedimiento Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 3ª ed., México 1946, págs. 222 a 224.

<sup>1166</sup> Al respecto, nos parece bastante llamativa la opinión de COLÍN SÁNCHEZ con respecto de los sistemas probatorios en los que convergen el objeto, medios de prueba y valoración. Según el autor, en México rige un sistema mixto pero que sin embargo muestra la legislación un temor a la libertad, de la cual dice que "es incongruente que, a diestra y siniestra, se pregone la democracia, cuya base de sustentación es la libertad y, por otra parte, se ignore o se pretenda ignorar la vigencia de un sistema contraria a esa base de sustentación". COLÍN SÁNCHEZ, G., en Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, op. cit., pág. 366.

vos de delito y sobre persona efectivamente culpable, se ha de permitir, en aras de buscar la verdad material, diversidad de medios de prueba y no, por el contrario, limitar las posibilidades de las partes para probar.

Por último, debemos modificar la visión legislativa en cuanto a su práctica, pues un proceso penal ajustado a las garantías procesales de las partes, viene a exigir el respeto de los principios de contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad, que son propiamente garantías, todas ellas, del juicio oral.<sup>1167</sup> La propuesta constituiría así un aspecto nuevo con referencia a lo que rige actualmente en virtud del CFPP, pero que el proyecto Fox de buena manera pretendía situar al decir que las pruebas debían de recibirse y desahogarse en la audiencia oral (art. 122).

Otros aspectos a considerar en la estructura propuesta, en los que incide la práctica de la prueba, vendrían a ser: el lugar en dónde se practica, el orden y el tiempo. En cuanto al lugar, por regla general tienen que ser en el local del tribunal que emitirá sentencia. Por supuesto, hay excepción a la regla, pues ocasionalmente podrá ser necesario que el tribunal se traslade al lugar donde deba practicarse la prueba.

En cuanto al orden en que se practicará la prueba, será el que ha sido propuesto por las partes en los escritos de calificación provisional, siendo primero el MP y las acusaciones, y por último la defensa. Sin embargo, por cuestiones de conveniencia bien puede alterarse ese orden, sea por que así lo soliciten las propias partes o bien de oficio, cuando así se considere que resulta beneficioso para el esclarecimiento de los hechos.

---

<sup>1167</sup> Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 375 a 378.



En cuanto al tiempo, por regla general han de practicarse en el juicio oral, lo que implica la presencia de las partes y del tribunal obviamente y el respeto del principio de inmediación. Pero resultará importante que el legislador nacional tenga claro que si bien las pruebas practicadas en el juicio son las que vinculan al tribunal en lo alegado y probado, no debe considerarse de forma tajante, sino que más bien esto sería lo normal. No es absoluta la regla de la producción de las pruebas en el juicio, pues hay excepciones como la prueba preconstituida en cuanto que es irreproducible en juicio, pero se ha realizado respetando los principios de inmediación, la contradicción y la oralidad. Y también la prueba anticipada, que constituye la ejecución de medios probatorios en fase distinta del juicio oral, como en al instrucción por ejemplo, en cuanto que concurren también circunstancias de irrepetibilidad y previsibilidad, pero siempre cumpliendo con las garantías y principios de inmediación judicial porque la prueba la recibirá el órgano judicial que habrá de dictar la sentencia, de oralidad, de publicidad y derecho de defensa. Por tanto, en ambos casos se les considerará que tienen valor probatorio.<sup>1168</sup>

El proyecto Fox comparte esa regla de producción de las pruebas en el juicio, pero reconoce que tanto el Fiscal, el inculpado o la defensa, puedan solicitar al juez de prueba anticipada. El juez determinaría en cada caso si la prueba es irrepetible o no, pero en todo caso considera irrepetible la inspección del lugar de los hechos cuando ésta se realice en propiedad privada y sea relevante para los fines del proceso (ver art. 257). Sin embargo, aún dando el valor probatorio

---

<sup>1168</sup> Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 385; también ASENCIO MELLADO, J.-M<sup>a</sup>., Prueba prohibida y prueba preconstituida, Ed. Trivium, Madrid 1989, pág. 159 y 171

que se debe a la prueba desahogada con las garantías procesales, el proyecto sigue insistiendo en que la intermediación bien la puede cumplir el juez o el secretario en algo que resulta difícil de aceptar para nosotros (ver art. 258).<sup>1169</sup>

En cambio es un acierto que el proyecto Fox establezca que las pruebas obtenidas ilegalmente sean nulas, aunque nos parece más correcto decir que hayan sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Pero no dice más al respecto, pues la disposición se encuentra inmersa en la regulación que de la prueba y su valor realiza. Pero al menos es un avance, aunque corto, que se diga expresamente que las pruebas sólo tendrán valor si han sido obtenidos por medios lícitos, de acuerdo a lo que indique la ley.<sup>1170</sup>

El principio *in dubio pro reo* se incorpora expresamente, pues implícitamente ya se encuentra reconocido ampliamente por los tratados internacionales. El proyecto Fox deja claro que ante la ausencia de prueba plena debe absolverse, precisamente porque la sentencia condenatoria debe apoyarse en situaciones que produzcan certeza al juzgador.<sup>1171</sup>

---

<sup>1169</sup> De forma muy previsoramente, la prueba debe grabarse o estenografiarse según dice el art. 259 del propio proyecto Fox.

<sup>1170</sup> La cuestión de la ilicitud de la prueba es un tema que ha de ser estudiado a profundidad por la doctrina mexicana. Básicamente nos referimos al intento de incorporar a la legislación la doctrina norteamericana conocida como "fruto del árbol envenenado", que determina la inadmisibilidad de todo lo obtenido, de forma directa o indirecta, mediante procedimientos policiales ilícitos. Sobre la regla de la prueba prohibida puede verse a ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R. / KING, N. J., Criminal procedure..., op. cit., pág. 55 y ss. El resultado incide en la convicción del juzgador. También a MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 387; y BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 311.

<sup>1171</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 art. 11, inciso 1; y la Convención de Roma, para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, art. 6.

También, a semejanza de otros ordenamientos jurídicos, el proyecto Fox incorpora el sistema de la sana crítica para la valoración de las pruebas, pero mantiene distinta valoración para los casos expresamente señalados por la ley, lo que determina de alguna manera que el legislador mexicano sigue apostando por un sistema mixto.<sup>1172</sup> Lo anterior implica que el juzgador, en caso de aprobarse el proyecto, deberá analizar y valorar las pruebas conforme las reglas de la lógica y la experiencia, otorgando valor determinado a aquéllas pruebas que vienen así determinadas por la ley.<sup>1173</sup>

Sin embargo, para nosotros las pruebas han de ser valoradas libremente. Nos referimos a todas y no a un sistema mixto, con lo que pretendemos mantener coherencia con el modelo propuesto y cumpliendo con la relación que tendría con el principio de necesidad. Es decir, las partes no podrían influir en la sentencia, preconstituyendo pruebas de esta forma.

#### **4. La audiencia o vista oral y sus características generales**

Como lo determina la doctrina, el genuino proceso penal dará comienzo con la acusación formulada en la calificación provisional por parte de los acusadores, y con ello la apertura de los debates entre las partes ante el órgano jurisdiccional.<sup>1174</sup>

---

<sup>1172</sup> En el proyecto sigue presente la sustitución de la labor del juez por el legislador, pues al menos se establece un *numerus clausus* de medios probatorios, sancionando el valor que debe atribuírseles. Vid. ASENCIO MELLADO, J.-M<sup>a</sup>., Prueba prohibida y prueba preconstituida, op. cit., pág. 19; y arts. 457 a 468 del proyecto Fox.

<sup>1173</sup> Vid. Proyecto Fox, pág. 28 y 29; y art. 1, fracc. VIII.

<sup>1174</sup> Vid. TOMÉ GARCÍA J. A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 546; MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 368; y MONTÓN

La audiencia pública y oral, en la que se celebra el debate procesal, está regida por los principios de oralidad, publicidad, concentración y contradicción, y en ésta se enjuicia la conducta del acusado para obtener de ello la condena o absolución en una sentencia que pone fin al proceso penal.<sup>1175</sup>

En ese sentido, se desarrolla el procedimiento probatorio en igualdad de condiciones para presentar las pruebas de cargo y de descargo de las cuales los miembros del tribunal formarán su convicción.<sup>1176</sup> Por tanto, la audiencia pública y oral es la culminación de la garantía de un proceso debido para las partes.<sup>1177</sup>

El legislador nacional no debe soslayar la importancia crucial de esta audiencia o vista, al incluirla con distinta forma en la estructura de un nuevo proceso penal. Resulta impostergable que el nuevo modelo de proceso penal necesita de

---

REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 333.

<sup>1175</sup> Como es sabido, en el proceso penal mexicano, como en otros ordenamientos jurídicos, no cabe la absolución en la instancia. Cfr. art. 23 de la CM; también se expresa en la exposición de Motivos de la LECrim española y puede verse a MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 367; también a MONTÓN REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 333.

<sup>1176</sup> TOMÉ GARCÍA J. A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 546; MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 368; y MONTÓN REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, pág. 333.

<sup>1177</sup> El juicio oral se funda en la necesidad de preservar la imparcialidad y limpieza del proceso, de un proceso justo, salvaguardando los derechos de las personas. En ese sentido véase a PECES MORATE, J. E., Publicidad y secreto sumarial, en Rev. "Poder Judicial", núm. Especial XI, pág. 131.

un efectivo juicio público y oral, por lo que principios como la oralidad y publicidad adquieren renovada importancia.<sup>1178</sup>

Concretando el marco jurídico general, ésta es la fase en la que se manifiesta la pugna entre las partes y en donde se decide sobre los hechos y la culpabilidad del acusado. La conducta que se enjuicia es la que ha sido objeto de acusación, identificado con el auto del juez que da por abierta esta fase, tras la instrucción y los escritos de acusación correspondiente, y no como ha sido entendido en el ordenamiento jurídico mexicano, que sigue el proceso penal por el "delito" que se expresa en el auto de formal prisión, que como ya hemos expuesto es dictado por el juez ante la consignación tras la averiguación previa, la cual no es técnicamente proceso penal.<sup>1179</sup>

Acotemos primero la incidencia de la oralidad en la fase final del proceso penal, así como sus principios consecuencias, para luego tratar la publicidad más detenidamente, y finalmente trataremos algunas características que se debe tener en cuenta como el lugar, día y hora en que dará inicio, la función de la policía y el registro de la sesión.

#### **a) La oralidad en las sesiones**

---

<sup>1178</sup> Los requerimientos resultan elementos necesarios para el nuevo modelo de enjuiciamiento, a efecto de superar lo que acontece en la audiencia o vista, según el vigente CFPP, configurando efectivamente un proceso penal. Al respecto puede verse que de los arts. 305 y 306 del CFPP, el tribunal tiene la facultad de decidir si es necesario o no, la "repetición" de las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, lo que deja la garantía del juicio público y oral sin fuerza.

<sup>1179</sup> Cfr. art. 19 de la CM que dice: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente".

Para presentar la idea procedimental en el nuevo modelo de enjuiciamiento criminal acusatorio, es necesario hacer referencia a la conformación de la segunda fase o juicio oral, a la forma que adopta por motivo de los principios que inciden en el procedimiento penal.

Hay que notar que hay actos en el procedimiento penal que pueden ser realizados de forma verbal o escrita. Por ejemplo, resulta evidente que mantener la acusación poco tendrá que ver con la oralidad, en cuanto que ésta puede muy bien sostenerse también en un procedimiento escrito. Pero si hablamos de un juicio oral, éste ha de ser oral si se atiende a su momento probatorio, aunque los actos de apertura del juicio oral y la posterior sentencia se realicen por escrito.<sup>1180</sup>

Esto implica abordar el principio de oralidad y sus consecuencias prácticas en la forma del proceso. Sin embargo, antes de desarrollar este tema, es necesario dejar claro, de forma definitiva, que un procedimiento penal moderno significaría que los actos procesales son predominantemente orales, lo que no quiere decir que nos olvidemos totalmente de la escritura.

En realidad, como se nos advierte, la oralidad responde más a una de las formas que puede adoptar el procedimiento penal. Pero para nosotros el procedimiento penal, en el juicio, debería ser oral. Un procedimiento penal eminentemente por escrito no resultaría adversarial, ni distinto del que ahora está vigente en México, aunque nada tendría que ver con

---

<sup>1180</sup> DE LA OLIVA SANTOS / ARAGONESES, Derecho Procesal Penal, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2002, pág. 65.

relación a los principios procesales fundamentales y se respete la esencia de un proceso penal.<sup>1181</sup>

La implementación de principios del procedimiento como la oralidad, inmediación y publicidad, viene siendo preocupación política de los intentos de reforma a la justicia en México. Así, por ejemplo, el proyecto Fox parte en reconocer que en México están ausentes esos principios, de forma práctica, pero proponía su implementación en el desarrollo de las audiencias (arts. 324 y 325), lo que es sin duda un acierto.<sup>1182</sup>

La forma del proceso penal debe representar un elemento de certeza para las partes intervinientes en el mismo. Con lo que respecta a la oralidad en el proceso penal, junto con la publicidad y concentración, suponen el cambio trascendente ante el enjuiciamiento secreto, escrito y tardado que predomina en la *praxis* jurídica mexicana.<sup>1183</sup>

La fase principal, o lo que es el juicio, ha de ser predominantemente oral en detrimento de las prácticas usuales en

---

<sup>1181</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 382. Ciertamente la actividad jurisdiccional en su forma externa puede ser predominantemente oral o predominantemente escrita. Con esta situación, cabe decir, como dice MONTERO AROCA, que los problemas de configurar la forma externa del procedimiento se resumen en dos principios alternativos: la oralidad y la escritura. Vid. MONTERO AROCA, J., El principio de oralidad y su práctica..., en Rev. "Justicia", op. cit., pág. 266.

<sup>1182</sup> Puede consultarse la presentación que se envió en su momento, por parte del Ejecutivo, a la Cámara de Senadores presentando el paquete de reformas legales; en especial la pág. 7 y los arts. citados.

<sup>1183</sup> El predominio de la escritura afectó al procedimiento penal mexicano convirtiéndolo en lento, falta de respeto a las garantías procesales como la publicidad y, en efecto, a representar algo insociable. Riesgos presentados por el exceso de la escritura en el procedimiento. Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., Algunas notas sobre la problemática..., op. cit., pág. 383; también publicado en Rev. "La Ley", Madrid, año 1984; del mismo autor, Principio de oralidad, de escritura y de socialización del proceso, en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", año 1981, núm. IV, Madrid, pág. 555.

los tribunales de intercambio de escritos y ratificaciones de las actuaciones por las partes. La forma oral del procedimiento facilita otros principios como la publicidad, la inmediación y la concentración necesarias para otorgarle un sentido distinto al procedimiento penal en México.<sup>1184</sup>

Sin embargo, hoy día, encontramos que una mejor interacción entre los principios supone refuerzos de uno a otro. Como señalaba CHIOVENDA, partiendo de la imposibilidad de configurar un procedimiento totalmente oral, sería más apropiado hablar de un procedimiento mixto.<sup>1185</sup>

Así, la oralidad adquiere permanencia cuando se transcriben los actos orales,<sup>1186</sup> pues debe ser entendida como una prevalencia y no una exclusividad en detrimento de aspectos de documentación escrita necesarios y compatibles.<sup>1187</sup>

El propio CHIOVENDA determinaba que la experiencia derivada de la Historia permitía considerar que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando, la bondad intrínseca de la justi-

---

<sup>1184</sup> Las dos reglas técnicas, la oralidad y la inmediación, han sido mal desarrolladas y han contribuido a la ineficiencia de la administración de justicia. Vid. LÓPEZ BLANCO, H. F., La simplificación de los procedimientos, en "Justicia y Sociedad", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1994, págs. 709.

<sup>1185</sup> CHIOVENDA, G., Instituciones de Derecho Procesal Civil, trad Emilio Gómez Orbaneja, Ed. Revista de Derecho Privado, t. III, Madrid 1940, págs. 159 y ss.

<sup>1186</sup> Sobre los principios de oralidad y escritura véase a GOLDSCHMIDT, J., Problemas jurídicos y políticos..., op. cit., págs. 84 y 85; MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, págs. 390 y ss.; también a BERZOSA, V., Principios del Proceso, op. cit., pág. 609.

<sup>1187</sup> Vid. ARMIENTA CALDERÓN, G., La oralidad como expresión simplificadora del proceso, en "Justicia y Sociedad", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1994, pág. 753.



cia, la proporciona de manera más económica, más simple y de manera más pronta. A esto le aumentaríamos que también la hace más transparente de cara a la sociedad.<sup>1188</sup>

Es decir, el problema principal se encuentra situado en una cuestión de coordinación y preferencia entre los principios, ya no en una exclusividad de uno u otro principio. Sumando a ello otros principios se puede conformar un sistema más justo en el que confíen los ciudadanos.<sup>1189</sup>

En los modelos de enjuiciamiento criminal acusatorio tanto de España, Alemania y los Estados Unidos, se puede notar semejanzas en cuanto a la forma externa que adopta sus procedimientos. La oralidad y publicidad son elementos claves de los procedimientos en esos sistemas jurídicos. Aunque no sean parte esencial del principio acusatorio, se han constituido como principios importantes en el proceso penal. La aplicación de estos principios del procedimiento supone otorgarle a los elementos característicos del principio acusatorio un mejor sentido de garantía hacia las partes, de cara al tribunal mismo y ante la sociedad.<sup>1190</sup>

---

<sup>1188</sup> Vid. CHIOVENDA, G., Principios de Derecho Procesal Civil, Ed. Reus, t. II, Madrid 1925, págs. 127 y 128.

<sup>1189</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., Introducción al Derecho Procesal..., op. cit., pág. 254; IDEM, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, págs. 382 a 384; y también en El principio de oralidad y su práctica..., en Rev. "Justicia", op. cit., pág. 266; GIMENO SENDRA, V., Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, acción y proceso), Ed. Civitas, Madrid 1981, pág. 222.

<sup>1190</sup> Cfr. art. 120.1 CE que acaba con cualquier discusión doctrinal en España sobre si ha de ser el procedimiento oral o escrito, pero abre otro acerca de los límites de la oralidad; art. 680 LECrim; y art. 232 LOPJ en España; en Alemania puede verse con respecto de la oralidad a §§ 261 y 264 StPO; y en EE.UU., las reglas del procedimiento criminal federal manifiestan en varios momentos actos que son esencialmente orales, podemos citar algunos como la regla 5.1, *Preliminary Hearing*; la regla 6, *The Grand Jury*; y en especial la rule 26, *Taking Testimony*; entre otras.

La oralidad favorece por su naturaleza a los principios de inmediación, concentración y publicidad, que inciden en el desarrollo del proceso penal. Así, de la inmediación se dice que se convierte en la esencia del juicio oral,<sup>1191</sup> es su compañera necesaria, hasta llegar a decir que no se tratan de dos principios distintos o autónomos, sino aspectos de una misma realidad.<sup>1192</sup>

La inmediación impide el cambio físico de las personas que componen el órgano jurisdiccional durante el desarrollo del proceso penal, especial referencia al juicio oral, pues de las pruebas el tribunal ha de formar su convicción para dictar sentencia.<sup>1193</sup> El legislador ha de prever en ese sentido las consecuencias al proceso penal ante la falta de los miembros del tribunal por alguna causa o motivo (v.gr. enfermedad o muerte).<sup>1194</sup>

Con respecto de la concentración, este también principio consecuencia supone que los actos procesales han de desarrollarse en una sola audiencia, o llegado el caso en las mínimas en número posibles, además que deben estar cercanas en el tiempo. El objetivo primordial es mantener lo más fresco posible en la memoria del tribunal las pruebas y las palabras dichas por las partes durante las sesiones.<sup>1195</sup>

---

<sup>1191</sup> Vid. CHIOVENDA, G., Instituciones..., op. cit., págs. 162 y ss.

<sup>1192</sup> Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso, Ed. Artes Gráficas, Valencia 1975, págs. 393 a 398.

<sup>1193</sup> Vid. CHIOVENDA, G., Instituciones..., op. cit., págs. 163; y FAIRÉN GUILLÉN, V., El Tribunal de las Aguas..., op. cit., pág. 393.

<sup>1194</sup> Previsiones realizadas por la LECrim en España, por ejemplo arts. 746 y 749; imposibilidades en el sistema de votación entre los Magistrados según arts. 154 y 164. También véase a MONTERO AROCA, J., El principio de oralidad y su práctica..., en Rev. "Justicia", op. cit., pág. 270.

<sup>1195</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., El principio de oralidad y su práctica..., en Rev. "Justicia", op. cit., pág. 271.

La concentración implica juicios orales cortos en relación a los juicios por escrito. De esto que ALCALÁ-ZAMORA meditara que si las ventajas del procedimiento oral obedecen al principio de concentración, sería mejor decir proceso concentrado en vez de oral.<sup>1196</sup>

De la publicidad abriremos un apartado siguiente para tratarle, así que por ahora no agregaremos más, salvo remarcar que la publicidad implica a la sociedad que sirve de medio de control para los órganos jurisdiccionales.<sup>1197</sup>

Por tanto, la oralidad es un refuerzo de esos principios. Sin embargo, como se ha advertido no puede regir de manera absoluta en todos los actos del proceso, sino que ha de comprenderse la referencia al predominio que tiene sobre otras maneras de expresión como la escritura.

De forma general, también podemos entender por oralidad, además de considerar a los actos procesales en general, que la resolución judicial se basa sólo en el material procesal aportado de forma oral, constituyendo este simple aspecto un gran cambio en el procedimiento penal mexicano.

La exigencia procesal penal que el juez base su resolución sobre los materiales aportados al proceso por las partes, introducidas de acuerdo a las vías legales previstas pero practicadas oralmente en la audiencia, requiere naturalmente la presencia física del tribunal sentenciador. Difícil-

---

<sup>1196</sup> Vid. ALCALÁ-ZAMORA, N., Proceso oral y abogacía, en "Estudios de Teoría General e historia del proceso", op. cit., págs. 17 a 19.

<sup>1197</sup> MONTERO AROCA al respecto trae a colación las palabras de Mirabeau ante la asamblea constituyente: "Dadme el juez que vosotros queráis, parcial, corrompido, incluso mi enemigo si queréis; no me importa, siempre que él no pueda actuar más que ante la cara del público". Vid. Vid. MONTERO AROCA, J., El principio de oralidad y su práctica..., en Rev. "Justicia", op. cit., pág. 272.

mente el tribunal podrá percatarse de reacciones que le ayuden a la convicción de su juicio si todo el proceso penal se realiza simplemente con base en la escritura de los actos procesales.

No hay vulneración de la oralidad si se procede a la documentación del acto jurídico realizado. El efecto que se pretende con un proceso penal primordialmente oral es, que el juez al momento de dictar su resolución, no se base en actas que documentan actos y diligencias que no ha presenciado, sino directamente en el desarrollo del procedimiento contradictorio de las audiencias de vista. Por tanto, el objetivo es establecer qué actos pueden ser llevados por escrito sin que el proceso pierda el predominio de la oralidad que incide en el mismo.<sup>1198</sup>

Con lo anterior pretendemos manifestar que, la oralidad habrá de ser un instrumento que facilita mejor los fines del proceso en su mayor magnitud, no considerando ésta como vía única de realizar actos que pueden perderse de la memoria por el paso del tiempo.<sup>1199</sup>

La tradición, puesta de manifiesto por la doctrina clásica, sitúa a la oralidad como la manera de aportar las partes los hechos al proceso y de formular su pretensión. Es decir, a casos concretos. Luego se ha mantenido que el principio de oralidad va a determinar la forma en que se introduce

---

<sup>1198</sup> el enjuiciamiento suele obtener su plenitud con una audiencia oral, en la cual el juez toma contacto directo con las partes y con el desahogo de las pruebas, sin perjuicio que esta audiencia haya sido preparada por actos escritos. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 385.

<sup>1199</sup> Vid. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal, en "Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica", julio 1996, Año 8, núm. 11, pág. 641.

el material al proceso y que será lo único que el juez considere para la resolución final.<sup>1200</sup>

Estamos entonces ante decisiones de adopción de medios para el proceso penal. Nos parece que ya no cabría discusión centrada sobre los fundamentos ideológicos de cada uno de estos instrumentos (oralidad o escritura), sino que se trataría más de la consideración sobre los efectos prácticos de su empleo en la forma procesal penal.

Una valoración general de las garantías y principios que se pretendan configuren el proceso penal federal ha de responder a la mejor adopción del instrumento de forma. La escritura nada tiene que quitarle al principio acusatorio, pero tampoco beneficia mucho algunos aspectos del proceso acusatorio moderno. En cambio, creemos que la oralidad sí puede proporcionar un mejor sentido al principio acusatorio, pero también al sistema procesal penal federal como instrumento de garantía del derecho penal en el Estado de Derecho.<sup>1201</sup>

Es necesario adecuar los tribunales en este sentido. La oralidad supone publicidad, lo escrito difícilmente podrá ser público, en virtud que consta en documentos y tendría que ser leído. Sólo un procedimiento oral y concentrado permite la implicación y fiscalización popular de la administración de

---

<sup>1200</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 383; GIMENO SENDRA, V., con respecto de lo principios del procedimiento penal, en Derecho Procesal, Ed. Tirant Lo Blanch, t. II, vol. I, Valencia 1987, pág. 90.

<sup>1201</sup> Es un instrumento que facilita los principios y garantías del proceso penal. Vid. BINDER, A., Introducción al Derecho Procesal Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 1983, pág. 96.

justicia. La trasgresión de estos principios deriva en repudio por la sociedad.<sup>1202</sup>

#### **b) La publicidad de las sesiones**

Los actos procesales en el nuevo modelo deben ser públicos como norma general. La publicidad debe ser patente sobre todo en las sesiones que se celebren en el juicio oral.

Tengamos en consideración que la publicidad en el proceso es una exigencia recogida por la comunidad internacional en los citados Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, art. 10, que dice "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial..."; en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, art. 6, al señalar que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable..."; y en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, art. 14.1, que dice que "...toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente...".

La publicidad está suficientemente reconocida por la comunidad internacional y se presenta como alternativa al secreto de los procesos. Como puede apreciarse, no estamos ante una exigencia reciente y sorpresiva, en realidad la publicidad es una constante exigida para los procesos penales en especial, como se puede desprender inclusive desde mucho antes cuando encontramos una línea constitucional ligada a nuestra

---

<sup>1202</sup> TOMÉ GARCÍA, J. A., Protección procesal de los derechos humanos ante los Tribunales ordinarios (CE y leyes de desarrollo), Ed. Montecorvo, Madrid 1987, pág. 116.

tradición jurídica desde la Constitución de Cádiz, que en su art. 302 ya la pedía para los juicios penales.<sup>1203</sup>

La vigente CM manda que las audiencias deban ser públicas, requerimiento que se mantiene aún en las propuesta de reforma que significó el proyecto Fox (art. 1, fracc. VI), por lo que estamos sin duda ante una garantía consagrada a favor expreso del inculpado, ante una exigencia jurídico-fundamental del proceso penal.<sup>1204</sup>

La publicidad procesal debe ser, entonces, la regla general necesaria para el proceso penal, lo que quiere decir que ha de contemplarse por la ley las restricciones que pueda tener y que la aplicación de su restricción debe ser de manera proporcionada.<sup>1205</sup> La publicidad contemplada por la CM, es decir como derecho consagrado en la Constitución, deviene

---

<sup>1203</sup> El legislador español, más ligado a esa tradición constitucional que mencionamos, la consagra en la actual Constitución española en el art. 24.2, según el cual "todos tienen derecho... a un proceso público". En Europa en general, en las primeras normas la tradición se percibe, así la Constitución de la entonces República Democrática Alemana lo contemplaba en su art. 133, en el cual se decía que los "debates ante los tribunales son públicos..."; el Estatuto de Baviera, en su art. 91.1 lo determinaba en el mismo sentido. La Constitución austriaca, en su art. 90, dice que "los debates en las causas civiles y criminales ante los tribunales son orales y públicos, salvo las excepciones establecidas por la ley". La Constitución de Luxemburgo, de 1868, en su art. 88 determina que "las audiencias de los tribunales son públicas, a menos que tal publicidad sea peligrosa para el orden o para la amoral, en cuyo caso el tribunal lo declarará en resolución motivada". Inclusive en la extinta URSS, en su constitución de 4 de octubre de 1977, dice que "las audiencias en todos los tribunales son públicas. Se permite la vista de la causa a puerta cerrada únicamente en los casos establecidos por la ley, con observancia de todas las reglas procesales...". Puede verse estas referencias y otras en PEDRAZ PENALVA, E., Notas sobre publicidad y proceso, en Rev. "Poder Judicial", núm. Especial XI, pág. 119.

<sup>1204</sup> La publicidad de las sesiones, en la vista oral en su conjunto, es un presupuesto de validez en el ordenamiento español. La garantía está recogida en el art. 24.2 de la CE y ratificada por el art. 120.1 y 232.1 de la LOPJ. En el proceso penal español la LECrim lo contempla, en sintonía con la Ley fundamental, en los arts. 680 a 682.

<sup>1205</sup> Vid. PEDRAZ PENALVA, E., Notas sobre publicidad y proceso, en Rev. "Poder Judicial", op. cit., pág. 118.

permanente, es también irrenunciable y goza de imprescriptibilidad.<sup>1206</sup>

En realidad la publicidad de las sesiones abarca al proceso en sí, en especial a la audiencia o vista oral, protegiendo a todas las partes involucradas de la aplicación de una justicia sin control público, por lo que en una nueva perspectiva incluye a la sociedad misma, de la manera que expondremos.<sup>1207</sup>

De la publicidad se habla procesalmente desde la idea que el proceso implica la percepción inmediata de todas las actuaciones por las partes, pero también por personas que no forman parte del proceso penal mismo. Al respecto, GIMENO SENDRA hace referencia a un sentido de la publicidad que puede ser aún más incisiva en algunos actos del proceso. Así, entendemos junto con el autor que la publicidad bien puede ser aplicada para todo el proceso, pero es necesaria en el momento de la práctica de la prueba, que se realiza mediante la posibilidad de asistencia física, no sólo de las partes, sino de la sociedad en general.<sup>1208</sup>

---

<sup>1206</sup> Estas características son presentadas para la publicidad en el ordenamiento español, reiterado por el TC en diversas sentencias. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., Notas sobre publicidad y proceso, en Rev. "Poder Judicial", op. cit., pág. 118.

<sup>1207</sup> Art. 20. I, A, III: "En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: A. Del inculpado: III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria". También, en apartado adelante: "VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o Jurado de Ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un Jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación".

<sup>1208</sup> GIMENO SENDRA, V., Introducción al Derecho Procesal, Ed. Colex, 3ª ed., Madrid 2005, págs. 301 y 302; e IDEM, Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, Madrid 2004, págs. 97 a 101.



En México las audiencias de derecho se suponen públicas, al igual que el proceso penal salvo excepciones. La publicidad es un derecho garantizado por la CM al imputado mediante el art. 20, A), III y VI de la CM, y por ello con respecto de éste el proceso penal tiene que ser público. En ese sentido, la base constitucional para la implementación de la publicidad procesal no es obstáculo alguno.<sup>1209</sup>

Sin embargo, de la publicidad puede distinguirse algunas clasificaciones, como por ejemplo la publicidad procesal y la que es instrumental, espacial o relativa al lugar en que se desarrolle el proceso. GIMENO SENDRA señala que la publicidad es absoluta y relativa. La primera presupone la posibilidad de la asistencia a las actuaciones procesales de cualquier miembro de la comunidad social (publicidad *erga omnes*); la segunda, se refiere cuando sólo las partes en el proceso pueden tomar conocimiento de las actuaciones. A su vez, dice el autor citado, la publicidad relativa puede ser directa o activa e indirecta o pasiva. Es directa, si las partes están autorizadas a intervenir en la producción del acto procesal e indirecta, cuando una vez realizado el acto, se les da cuenta posteriormente de su contenido. Ahora bien, la publicidad absoluta, puede ser inmediata o mediata, de la que la primera es la asistencia personal del público, mientras que la segunda es la que se conduce por los medios de comunicación social como la TV, la radio, prensa.<sup>1210</sup>

---

<sup>1209</sup> "La publicidad del juicio es un hecho histórico y un valor aceptado. El juicio público es parte de la civilización y cultura universales". Vid. PECES MORATE, J. E., Publicidad y secreto sumarial, op. cit., pág. 131. En España la publicidad goza de una importante consideración. Se puede encontrar al principio como informador importante de las actuaciones judiciales (art. 120.1 CE) y como Derecho Fundamental que deja ver su influencia en el proceso (art. 24.2 CE y art. 232.1 LOPJ).

<sup>1210</sup> Vid. GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., págs. 97 y 98.

Así, en general la publicidad puede ser considerada en dos grandes aspectos distintos, por un lado la publicidad de cara a las partes, que ha de referirse al principio de contradicción o audiencia, prevista en el la Ley mexicana, y la que debe existir frente al público, de la que se olvida el ordenamiento vigente pero también cualquier propuesta de reforma hecha hasta el momento.<sup>1211</sup> Aunque, para MONTERO AROCA, en pureza es una distinción sin sentido porque lo que usualmente se llama publicidad para las partes es en realidad la contradicción o audiencia, que ya hemos considerado en el proceso penal.<sup>1212</sup>

La contradicción o audiencia es necesaria para el proceso de forma evidente, pero queremos resaltar en nuestra propuesta a la "otra publicidad". Esta publicidad no es llevada a su consecuencia práctica por el aparato judicial, por lo que es imprescindible que el legislador nacional la considere a fin de cumplir con los requerimientos modernos. La publicidad que nos interesa implantar es la que ha de incluir a los medios de comunicación social (prensa, radio, televisión),<sup>1213</sup> como ha expresado MONTERO AROCA, y ha de entenderse que proceso público es también aquél al que pueden tener acceso esos medios, pues constituyen una especie de "representantes" del

---

<sup>1211</sup> Puesto que en realidad puede existir un proceso secreto de cara al público pero en el cual sí se respete la bilateralidad de las partes. Por tanto, es un proceso. Vid. MONTERO AROCA, J. Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso, Ed. Tecnos, 2ª ed. Madrid 1979, pág. 269; y PEDRAZ PENALVA, E., Notas sobre publicidad y proceso, en Rev. "Poder Judicial", op. cit., pág. 117.

<sup>1212</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 388.

<sup>1213</sup> El art. 324 del proyecto Fox establece que las audiencias podrán ser públicas salvo en supuestos que podrá ser a puerta cerrada, de manera parcial o total, a juicio del tribunal, de oficio o a petición de parte.

público, por lo que tendrán los mismos derechos, pero no más.<sup>1214</sup>

No obstante, es difícil para el público en general acudir al desarrollo de una audiencia de derecho en virtud que los sitios dónde desarrollan actividad los tribunales no cuentan, en principio, con medios adecuados para acoger a los medios de información y al público en general. En este sentido resulta necesario considerar que para obtener un buen resultado de las reformas en la impartición de justicia, han de acompañarse con otras en la administración que le faciliten el camino de la consolidación.

Si cualquier ciudadano puede presenciar el juicio oral, lo lógico es que se cuente con espacio necesario para que un número razonable de personas pueda acudir a las Salas a ver los actos procesales. Limitar este espacio de forma caprichosa consistiría en una restricción arbitraria de ese derecho.<sup>1215</sup>

La publicidad es un principio identificado con el proceso liberal del siglo XIX, en el entendido que se establece para proteger al inculgado de acciones arbitrarias, amparadas en el secretismo, de la autoridad judicial. Que el proceso sea público permite la "participación" de la sociedad en el esquema normal de los sujetos intervinientes (partes y autoridad), reforzando el control de la sociedad sobre la efectiva sumisión a la ley por parte de la autoridad.<sup>1216</sup>

---

<sup>1214</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. I, pág. 389.

<sup>1215</sup> Vid. PEDRAZ PENALVA, E., Notas sobre publicidad y proceso, en Rev. "Poder Judicial", op. cit., pág. 120.

<sup>1216</sup> Vid. MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 369; también a PEDRAZ PENALVA, E.,

Sin embargo, no estaremos ante una aplicación absoluta y sin excepciones. Resulta adecuado considerar casos en los que por razones de orden público y de protección a los derechos y libertades, el tribunal pueda guardar el secreto del juicio oral o de parte de las actuaciones que se celebren en él (juicio a puerta cerrada). Pero estaríamos antes casos que resultaría la excepción y, además, supuestos considerados legalmente de forma razonable. La restricción de la publicidad tiene que ser acordada por resolución fundada y motivada, ya sea de oficio por parte del tribunal o bien a solicitud de parte. Es decir, una vez más, lo que debe ser la regla general es la celebración del juicio de manera pública de forma rigurosa, pues en esta fase se da el importante procedimiento probatorio, las alegaciones de las partes y las conclusiones de la acusación y la defensa.<sup>1217</sup>

Concluyendo. La actividad de los tribunales resulta trascendente en la sociedad, máxime en el proceso penal, por lo que se exige que las actuaciones no se desarrollen en secreto evitando la fiscalización social que se hace necesaria como parte de la soberanía popular.<sup>1218</sup>

---

Notas sobre publicidad y proceso, en Rev. "Poder Judicial", op. cit., pág. 116.

<sup>1217</sup> Si el tribunal decide celebrar a puerta cerrada todas o parte de las sesiones del juicio, ha de exigir el abandono de la Sala del público presente en el juicio, de los medios de prensa también en su caso, a excepción obviamente de las partes procesales y de sus representantes y defensores. Por ejemplo, esta situación está prevista en los arts. 681 y 682 de la LECrim en España. Además, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14, prevé la exclusión de la prensa y el público por motivos de moral, orden público o seguridad nacional, o cuando así lo exige el interés de la vida privada de las partes. Vid. TOMÉ GARCÍA J. A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 500.

<sup>1218</sup> Así MONTERO AROCA, J., Introducción al Derecho Procesal..., op. cit., pág. 268; BAUMAN, J., Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales, Ed. Depalma, Buenos Aires 1986, pág. 108. La publicidad se comporta como el más preciosos instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores. En último término, el

Para el modelo de proceso penal que proponemos, es necesario que los sujetos participantes en el proceso lo asuman como algo fundamental, lo que significa un obstáculo más para cualquier adopción en nuestro ordenamiento del principio de oportunidad que limitaría esa publicidad. Además, resulta necesario adecuar a los tribunales materialmente para que pueda aceptarse a la concurrencia de acuerdo a lo mandado por la CM en este sentido. La oralidad supone publicidad, lo escrito difícilmente podrá ser público, en virtud que consta en documentos y tendría que ser leído. Insistimos en que sólo un procedimiento oral y concentrado permite la implicación y fiscalización popular de la administración de justicia.<sup>1219</sup>

Además, esta disposición ayudaría a paliar en algo la desconfianza de la sociedad hacia la impartición de justicia puesta de manifiesto en la primera mitad de nuestra tesis, hecha evidente de forma reiterada por los autores y políticos mexicanos.

### **c) Las características generales del acto de la vista oral**

La audiencia pública o vista oral, propiamente el juicio oral, para poder desarrollarse con normalidad necesitará de que previamente se afinen los preparativos que fijen el día y la hora de celebración, se garantice la presencia de los implicados en el proceso y que las sesiones se desarrollen de la forma establecida en la ley, recogiendo constancia de lo que ahí acontece. La publicidad en la sesión es de obligado

---

pueblo es juez de los jueces. Vid. COUTURE, E.-J., Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ed. De Palma, 3ª ed. Buenos Aires 1990, pág. 192.

<sup>1219</sup> TOMÉ GARCÍA, J. A., Protección procesal de los derechos humanos..., op. cit., pág. 116.

cumplimiento y la oralidad representa un excelente medio para esto.

Todas esas características han sido cuidadas, y fueron consideradas de forma acertada, en comparación con el vigente CFPP, en la regulación propuesta para el nuevo código procesal penal federal del proyecto Fox (véase arts. 324 a 327).

El día, lugar y la hora se encontrarán fijados, de forma general, en el auto de admisión o rechazo de las pruebas que se proponen, lo que se le denominó auto de apertura al juicio oral por el proyecto Fox (art. 471). El proyecto prevé la citación del Fiscal, el inculpado, su defensor, en su caso, la víctima u ofendido y los demás intervinientes. De esto que podamos decir que esta actuación facilita la concentración de la audiencia principal, o lo que vendría a ser una directriz preparatoria.<sup>1220</sup>

La fecha dependerá en gran parte de lo complejo del asunto, nos referimos a la complicación de las pruebas y de la situación en la que se encuentre el acusado, es decir, su situación de libertad o prisión.

Para que los actos se realicen en la vista es necesaria la presencia de todas las partes, de los acusadores, del acusado y de su defensa. Pero también de aquellos que aportan al juicio sus conocimientos por la ciencia o experiencia, es decir, la presencia de los peritos y testigos.

La presencia del acusado y de su defensor es obligatoria en la audiencia o vista, para que se pueda mantener la bilateralidad de la audiencia y con ello que se tenga acceso al

---

<sup>1220</sup> Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., Algunas notas sobre la problemática..., op. cit., pág. 384.

juicio oral, evitando la indefensión. Es importante considerar que, faltando las partes no es posible celebrar el juicio y siendo el caso la audiencia debe suspenderse.<sup>1221</sup>

En virtud de lo anterior, resulta importante la eficacia de las citaciones, para todas las partes y sujetos que intervienen, empleando las medidas necesarias para que se garantice la presencia de todos. La doctrina española hace hincapié en que las citaciones no son simplemente requisitos formales, sino que forman parte del derecho a la indefensión consagrado en su Constitución. La tarea de cuidar esa garantía viene otorgada al órgano judicial, de tal manera que debe verificar que efectivamente se han realizado.

Ante la publicidad que hemos reafirmado en este apartado, la conducta que deben guardar todos los que estarán en las sesiones de la audiencia o vista oral debe ser apropiada, por respeto al tribunal, a todos los presentes y por el buen desarrollo de los actos. El tribunal debe cuidar este aspecto, por lo cual el legislador debe prever facultades sancionadoras del tribunal para mantener el orden, tal y como lo prevé la regulación española que es más completa en este sentido.<sup>1222</sup>

---

<sup>1221</sup> El proyecto Fox muestra claridad con respecto de este requerimiento, pues señalaba en su art. 471 del código federal procesal penal, que el Fiscal, el inculpado y su defensor, en su caso, la víctima y ofendido y los demás intervinientes, se apersonarán en el juzgado para dar inicio al juicio. Inclusive, el juez debía verificar la presencia de las personas, advirtiendo al inculpado sobre la importancia y el significado de lo que va a ocurrir en el juicio, según el art. 473 del proyecto.

<sup>1222</sup> Así, por ejemplo, el tribunal tiene facultades tales como acordar la celebración de las sesiones a puerta cerrada, por motivo de alteraciones o en prevención de las que puedan suceder durante la misma (art. 680 LECrim); también puede llamar la atención, imponer multas y llegar a expulsar de la Sala a cualquier persona que altere el orden, incluso al propio acusado por tiempo determinado o por todas las sesiones (art. 684 LECrim y art. 192 LOPJ). Entre otras facultades también puede mandar detener a cualquiera que incurra en conducta que son estimadas de punibles, con la puesta a disposición del tribunal que corresponda la instrucción (art. 684 LECrim); sancionar disciplinariamente a quienes intervengan en el acto, es decir a los Procuradores, Abogados, a los presos y detenidos.

Así, por ejemplo, el tribunal tendría facultades tales como acordar la celebración de las sesiones a puerta cerrada, por motivo de alteraciones o en prevención de las que puedan suceder durante la misma;<sup>1223</sup> también puede llamar la atención, imponer multas y llegar a expulsar de la Sala a cualquier persona que altere el orden, incluso al propio acusado por tiempo determinado o por todas las sesiones.<sup>1224</sup>

Sin embargo, cautelosos habrá que ser en la elección de las situaciones que permitan la expulsión del acusado de la Sala, pues esta facultad está claramente en contraposición del derecho que tiene a estar presente en su propio juicio. La necesaria presencia del acusado ha sido destacada por la los ordenamientos jurídicos que hemos tomado de referencia. Así, con lo que respecta a la doctrina norteamericana, la presencia del acusado se muestra como algo muy necesario ante la combinación de la cláusula de confrontación que le garantiza el derecho a encontrarse presente en cualquier etapa que pueda contribuir al llamado *cross examination*; y de la *Due Process Clause* que concede al imputado el derecho a estar presente en todas las etapas del procedimiento.<sup>1225</sup>

Entre otras facultades también puede mandar detener a cualquiera que incurra en conducta que son estimadas de punibles, con la puesta a disposición del tribunal que correspon-

---

Puede advertir y en su caso sancionar las muestras de aprobación o desaprobación que sucedan en la Sala, tendentes a alterar el orden que debe imperar (art. 686 LECrim y art. 191 LOPJ).

<sup>1223</sup> Por ejemplo, el art. 680 LECrim.

<sup>1224</sup> Por ejemplo, el art. 684 LECrim y el art. 192 LOPJ.

<sup>1225</sup> Vid. ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R. / KING, N. J., *Criminal procedure...*, op. cit., págs. 752 y 753; y LANGEVIN, J. H., *El derecho del imputado a estar presente en su propio juicio*, en "Revista de Derecho Procesal Penal", año 2006, núm. 2, págs. 259 y ss.



da la instrucción;<sup>1226</sup> sancionar disciplinariamente a quienes intervengan en el acto, es decir a los Procuradores, Abogados, a los presos y detenidos. Puede advertir y en su caso sancionar las muestras de aprobación o desaprobación que sucedan en la Sala, tendentes a alterar el orden que debe imperar. Esta facultad se encuentra en principio establecida para el juez en el proyecto Fox, cuando se dice que tanto la autoridad judicial como el fiscal "tienen el deber de mantener el buen orden y de exigir que se les guarde, tanto a ellos como a las demás autoridades, el respeto y la consideración debidos, aplicando en el acto, por las faltas que se cometan, las correcciones disciplinarias que este Código señala".<sup>1227</sup>

Las sesiones de las audiencias de vista contienen una fisonomía que permite la realización de las características que vamos presentando. Así, una vez reunidos en la Sala del tribunal, cronológicamente, se da la apertura de la sesión con la colocación de las piezas de convicción necesarias para el procedimiento probatorio. Corresponde luego determinar por parte del tribunal si la sesión se celebrará públicamente, lo que debe ser la regla general, o a puerta a cerrada, aunque ésta última circunstancia puede decidirse una vez en desarrollo la audiencia. Acto seguido se le da la palabra al acusado para que pueda declararse culpable o no de los hechos y responsabilidad de que se le acusa.

El juicio oral en el procedimiento abreviado<sup>1228</sup> en España prevé un turno para plantear las cuestiones que pueden in-

---

<sup>1226</sup> Véase el art. 684 LECrim.

<sup>1227</sup> Cfr. art. 110 del proyecto Fox, el art. 686 de la LECrim y el art. 191 de la LOPJ.

<sup>1228</sup> Procedimiento penal aplicado para el enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de la libertad no mayor de 9 años (arts. 757 y ss. LECrim).

terferir en el desarrollo del proceso como la competencia, infracción de derechos fundamentales, causas de suspensión de la vista o de nulidad, o proposición de nuevas pruebas. Ordenar la entrada de los testigos y peritos, verificando su identidad. Durante la prueba, cuidar que ésta se desarrolle ordenadamente, mirando que las preguntas a testigos no resulten capciosas o impertinentes. O bien, que se requiera a las partes que ratifiquen o modifiquen sus conclusiones. En el proceso penal ordinario los artículos de previo pronunciamiento (declinatoria de jurisdicción, cosa juzgada, prescripción del delito, amnistía o indulto, y la falta administrativa para procesar) son presentados en una vista antes del juicio oral, y resueltas al día siguiente.<sup>1229</sup>

Por último, otorgar la palabra a los defensores para que informen, y al acusado en uso de su derecho a la última palabra, declarando cerrada la sesión y el acto, quedando el juicio visto para sentencia.<sup>1230</sup>

El derecho a la última palabra está considerado una manifestación del derecho de defensa y del poder de postulación en el ordenamiento jurídico español. La importancia que deseamos destacar, y que nos parece importante considerar para nuestro modelo, es la oportunidad que tiene el acusado de usar ese derecho para expresar en su defensa todo lo que considere que le favorece, o simplemente aquello que quiera decir. Sin embargo, CORTÉS DOMÍNGUEZ advierte que dicho derecho queda cercenado por la dirección letrada del acusado, perdiendo en buena medida su posible eficacia.<sup>1231</sup>

---

<sup>1229</sup> El tribunal resuelve en auto y procede de acuerdo a lo estipulado por los arts. 666 a 679 de la LECrim.

<sup>1230</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 419.

<sup>1231</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 419.

Si bien en la audiencia o vista predominará la oralidad, la función del secretario del tribunal tomará importancia ante la necesidad de hacer constar en acta los actos y diligencias que se realicen. El acta debe ser fiel a lo que aconteció en la sesión, es decir, debe reflejar lo que sucedió, el resultado de las pruebas, las incidencias, reclamaciones y las resoluciones adoptadas.<sup>1232</sup>

Las técnicas modernas pueden resultar de gran ayuda en con respecto de este último aspecto. Métodos modernos de reproducción de imagen y sonido, como las grabaciones magnetofónicas o videos de lo sucedido, pueden ayudar a reforzar esa acta, inclusive creemos que pueden incluso que le sustituyan como acontece en algunos casos en España. El problema será el de autenticar esas grabaciones o filmaciones, pero una vez logrado eso bien puede el tribunal considerarles su valor, independientemente que puedan estar acompañadas de sus versiones mecanografiadas.

El acta escrita necesita de la fe del secretario judicial y de la firma de todos los miembros del tribunal, del MP y de la defensa. Previamente, es exigible su lectura ante la posibilidad de que las partes puedan solicitar rectificaciones al momento.

También nos hemos referido a la importancia de la inmediación del tribunal con los medios de prueba que se practican, pero la importancia del acta radica en el reflejo que en ella se hace de los resultados, es decir, que se ha practica-

---

<sup>1232</sup> Vid. MONTÓN REDONDO, A., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional..., op. cit., t. III, págs. 345 y 346; y TOMÉ GARCÍA J. A., en DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 513.

do prueba y se consideran sus resultados, plasmando la actividad mínima probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, que justifique la sentencia condenatoria.

Y finalmente, la constancia escrita de lo actuado le convierte en elemento adecuado, para que sirva de base al momento de hacer uso de los recursos posteriores a los que se tiene derecho.

Hasta aquí el desarrollo de nuestra propuesta de un nuevo proceso penal federal de tipo acusatorio para México, que constituye nuestro objetivo central, aunque sabemos también que hay manifestación importante del principio acusatorio en el importante tema de la sentencia, como la correlación entre acusación y sentencia, el hecho objeto del proceso, los límites de la pena y la valoración libre. En este sentido, también los recursos posibles a disposición de las partes para impugnar la resolución son influenciados por el principio estudiado. Por tanto, son temas que deberán ser tratados como complemento de la presente tesis.

## **CONCLUSIONES**



Los resultados de la investigación precedente nos hacen llegar a las siguientes tres conclusiones definitivas:

**Primera:** En México no existe un verdadero Estado de Derecho. Si bien puede deducirse su existencia desde un punto de vista formal, pues la Constitución prevé los lineamientos generales del sistema jurídico que deben alcanzar a los Poderes de la Unión, no se puede asegurar, con plena certeza, que exista una independencia y autonomía del Poder Judicial.

Las razones en concreto son las siguientes:

a) La propia Constitución mexicana ha olvidado otorgar protagonismo, semejante al Ejecutivo y Legislativo, al Poder Judicial (art. 49).

b) El sistema presidencialista mexicano, aún en nuestros días, genera subordinación del Legislativo y del Judicial al Ejecutivo.

c) Los ataques a la independencia del Poder Judicial no han desaparecido y es común encontrar tribunales fuera del Poder Judicial. Es decir, en México no se respeta el principio de la exclusividad jurisdiccional, ya que no existe un monopolio judicial en las potestades sancionadoras del Estado.

Esta realidad tiene una influencia muy negativa en el ámbito procesal penal.

**Segunda:** Como no existe un verdadero Estado de Derecho en México, los principios legales no se cumplen cabalmente y ello deriva en el ámbito procesal penal federal en la inexistencia de un proceso penal. Por esto no podemos afirmar que

el procedimiento vigente, en el que está ausente el juicio público y oral efectivo, sea de tipo acusatorio. Es decir, en México no se cumple con la garantía jurisdiccional de aplicación del Derecho Penal, sino que se emplea un sistema inquisitivo de aplicación del Derecho Penal.

Las principales razones de esta segunda conclusión son que la legislación nos demuestra que hay importantes principios no recogidos, o que están indebidamente desarrollados, en la legislación mexicana como:

**a)** El Ministerio Público durante la averiguación previa, que no es proceso penal, está investido de facultades para decidir unilateralmente si los hechos son o no constitutivos de delito con las consecuencias jurídicas que supone, además de hacerlo sobre derechos y libertades del inculpado. Aunado a lo anterior, las diligencias realizadas durante esta fase tienen fuerza probatoria y son incorporadas al proceso normalmente sin cumplir con el principio de contradicción y el principio de inmediación, lo que hace que sea difícil discutir y desvirtuarlas para la defensa. Por tanto, la instrucción judicial vacía de contenido, pues casi todas las diligencias de investigación e instrucción ya se han realizado durante la fase anterior ante el Ministerio Público.

**b)** Las fases procesales no están claramente delimitadas, pues pueden llegar a distinguirse hasta tres procedimientos penales (según terminología del Código Federal Procesal Penal) que son preliminares. No hay en realidad una distinción entre el juez que conoce de la instrucción judicial con aquél que debe conocer del juicio; es decir, es un mismo juez quien conoce de ambas funciones distintas.



c) Una vez iniciado el procedimiento penal, la contradicción o audiencia, tan importante en el proceso y en el procedimiento probatorio, no se cumple.

d) La igualdad procesal es difícil de establecer en el esquema vigente del Código Federal Procesal Penal.

e) La forma que adopta el procedimiento penal es predominantemente escrito sin apenas actos orales que permitan vislumbrar el principio de oralidad y por ello difícilmente es oral. Estas características dan cobijo a la desconfianza de la sociedad y permiten resoluciones injustas por parte de los tribunales, que difícilmente lo son si el juicio es oral y público.

f) Por último, la fase de juicio oral no se celebra como debiera esperarse, es decir con incidencia de los principios de oralidad y publicidad, por lo que se vulnera la garantía de realizar juicio previo para que una vez probado sin duda la culpabilidad se pueda imponer la pena correspondiente.

**Tercera:** El legislador mexicano se muestra renuente a reformar totalmente el modelo de enjuiciamiento criminal, para adoptar de una vez un proceso penal federal de tipo acusatorio. Las reformas que van siendo adoptadas son sólo parciales y no contribuyen a cambiar la inercia inquisitiva del enjuiciamiento.

Se ha perdido una gran oportunidad para mejorar el sistema vigente por no adoptar finalmente, hasta la fecha de la conclusión de esta tesis, el proyecto integral de reforma propuesta por el entonces presidente de la República Sr. D. Vicente Fox Quesada, que incluye un proyecto de nuevo Código Federal de Procedimientos Penales. Si bien el modelo propues-

to por dicho proyecto no es semejante al que formulamos, contiene aspectos positivos que harían cambiar de forma importante el modelo inquisitivo, por lo que esto constituiría *per se* la mayor ventaja.

Las razones que consideramos para concluir esto son bastante claras:

**a)** La federación, contrariamente a la tradición no escrita, va a la zaga en reformas con respecto de los estados. Así, a favor del sistema acusatorio, Chihuahua ha implementado una reforma integral a su sistema de justicia, Oaxaca la ha aprobado, Nuevo León ha realizado ya alguna parcial, y Aguascalientes, Tamaulipas y Zacatecas tienen pendiente de aprobar otras. También, Coahuila y Sonora han iniciado procesos de reforma. Si bien es verdad que no todos los estados cuentan con reformas, muchos han manifestado interés de afrontarlas, con excepción de Campeche, Chiapas, Nayarit, Puebla, Sinaloa y Yucatán. Creemos que, contrario a la tradición, las reformas de los sistemas de justicia de los estados terminarán influenciando positivamente el cambio en la federación. Además, en el contexto geográfico de América Latina, México se encuentra entre los últimos en iniciar reformas legales de tipo acusatorio.

**b)** Como aciertos de la propuesta del proyecto Fox, podemos mencionar:

**1.** La relevancia que otorga a los principios jurídicos y derechos a favor del acusado: reafirma la presunción de inocencia; la obligación de informar al acusado sobre los hechos imputados; la asistencia jurídica y defensa a la que tiene derecho en un sentido más técnico; y los derechos constitucionales que le asisten.

2. Con respecto del proceso penal establece a un juez que ha de conocer de la audiencia principal diverso al de la etapa preliminar; también implementa claramente el concepto de prueba prohibida al declarar nulidad de actuaciones por motivo de violación de derechos.

3. Por lo que respecta del procedimiento penal, la oralidad y sus principios consecuencia ganan considerablemente importancia y se prevén para el juicio, así como la publicidad en la audiencia.

Pero también encontramos algunos aspectos negativos que debemos resaltar, como son:

a) No introduce un modelo distinto del que ha fracasado en nuestro país, al repetir el esquema de asignar la investigación e instrucción al Ministerio Público, que tiene sus ventajas ciertamente pero que no creemos sea posible repetir en México debido a la posición que debe ocupar en el esquema del proceso penal de parte acusadora y por ello parcial, no obstante la consagración en el art. 1, al afirmar que el objetivo del proceso penal es la averiguación de la verdad llamada "material".

b) El proyecto permite espacio constitucional al sistema de oportunidad procesal en manos del Ministerio Público, que bien puede tomarse como un refuerzo del sistema acusatorio, aunque ello va en contra de la obligación que existe del Ministerio Público de perseguir los delitos, siempre iniciando diligencias de averiguación y, en su caso, consignando los hechos e inculpado, si lo hay en ese momento, ante los tribunales. Y, en general, el fin del proceso no es siempre el juicio oral y público hacia el acusado, pues permite la in-

troducción de "medidas alternativas", como la "negociación", "la conciliación" y la "suspensión condicional del proceso", entre las partes, a fin de evitar con ello el desarrollo normal del proceso penal.

**Cuarta:** Por último, es evidente que México necesita urgentemente un nuevo proceso penal de tipo acusatorio que permita procesar a los individuos con todas las garantías jurídicas que caben en un Estado de Derecho, y por medio del que se imponga una sanción penal, en caso de proceder, de manera justa.

El modelo que proponemos, que sustituiría de manera total al vigente, debe seguir los siguientes lineamientos de tipo jurisdiccional y acusatorio:

**a)** El único instrumento viable a utilizar por los tribunales para individualizar el Derecho Penal es el proceso penal previsto por las leyes, que no puede ser más que de tipo acusatorio.

**b)** Elementos de ese proceso penal han de ser que no puede existir si no hay acusación formulada por persona distinta de la que ha de juzgar; no podrá seguirse, y por ello condenarse, por hechos distintos de los acusados ni ha persona distinta de la acusada; y por último, la imparcialidad del que juzgador, entendiendo con ello que no pueden atribuírsele poderes de dirección material del proceso que lo pongan en duda.

**c)** Pudiendo existir varios tipos de procesos penales acusatorios, como los que hemos abordado en esta tesis (v.gr. el español, el alemán, y el norteamericano), nuestra propues-

ta en general determinaría que el modelo mexicano debe tener las siguientes fases:

1. Una preliminar de investigación policial para que el Ministerio Público pueda alcanzar de forma unilateral la convicción de ejercer la acción penal ante los tribunales.

2. Una segunda de instrucción a cargo de un órgano judicial, que entre otros fines aseguraría al inculpado, lo mejor posible, medios de investigación semejantes a los de la acusación.

3. Una fase intermedia, en la que se valora por parte de órgano judicial, distinto del encargado de la instrucción, si hay razones de hecho y de derecho suficientes para celebrar el juicio oral.

4. Y, una fase de juicio oral y público, con tribunal integrado por juez distinto al de instrucción presidiendo la audiencia, en que previo desarrollo del procedimiento probatorio y con respeto de las garantías y demás principios jurídicos, se llegue a la convicción para dictar sentencia condenatoria o no.

5. Pero también y antes de la ejecución, una fase de conclusión (sentencia) y otra de impugnación acordes con el nuevo modelo propuesto.



**TESIS**





Es absolutamente necesaria la sustitución inmediata del proceso penal federal vigente en México, porque ha derivado en un conglomerado de normas inquisitivas de aplicación del Derecho Penal, que son absolutamente inadmisibles por antidemocrático. Los derechos y garantías de las partes, sobre todo de la parte acusada, no son respetados como se exige en un Estado de Derecho. Ese nuevo proceso penal debe basarse en el modelo acusatorio, enriquecido por las garantías y derechos previstos por los tratados internacionales firmados por nuestro país y por la Constitución mexicana. Atendiendo a las experiencias de otros países jurídicamente más avanzados que lo han adoptado, la decisión de fondo sobre si se condena o absuelve a una persona ha de tomarse después de agotar el proceso penal, con igualdad de armas, de manera justa y por un juez imparcial.



## ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO



AA.VV. ¿Ministerio Fiscal o Juez instructor? La investigación penal a debate, en Rev. "Teoría & Derecho", junio/diciembre 1/2007; págs. 11 a 121.

AA.VV., Diccionario jurídico mexicano, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1985.

AA.VV., XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Ed. UNAM, México 1993.

ABRAHAM, H. J., The Judicial process. An introductory analysis of the Courts of the United States, England and France, Ed. Oxford University Press, 6ª ed., New York-Oxford 1993.

ADATO GREEN, V., Las reformas de los últimos cinco años en materia de administración de justicia penal, en GARCÍA RAMÍREZ / VARGAS CASILLAS (coordinadores), "Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2001, págs. 217 a 222.

AGUILAR LÓPEZ, M. A., Análisis comparativo del proceso penal español y mexicano, en CIENFUEGOS / NATARÉN / RÍOS (coordinadores), "Temas de Derecho Procesal Penal de México y España", Ed. UNAM, México 2005, págs. 87 a 134.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Derecho Procesal Mexicano, Ed. Porrúa, t. I, México 1976.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., En torno a la noción de proceso preliminar, en "Estudios de teoría general e historia del proceso", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, t. I, México 1974, págs. 453 a 501.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Estudios de Teoría General e historia del proceso, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, t. I, México 1974.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Estudios de Teoría General e historia del proceso, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, t. II, México 1974.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Proceso, autocomposición y autodefensa, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 3ª ed., México 1991.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Síntesis del Derecho Procesal-civil, mercantil y penal, en "Derecho Procesal Mexicano", Ed. Porrúa, t. II, México 1977.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Situaciones intermedias y dudosa relativas al juzgador, en "Estudios de Teoría General e historia del proceso", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, t. I, México 1974.

ALCALÁ-ZAMORA, N., Proceso oral y abogacía, en "Estudios de teoría general e historia del proceso", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, t. II, México 1974.

ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE, Instituciones de Derecho Procesal, Ed. Trivium, t. III, Madrid 1993.

ALMAGRO NOSETE, J., Derecho Procesal. Proceso Penal, t. II, vol. 1º, Ed. Trivium, Madrid 1995.

ALMAGRO NOSETE, J., en MORENO CATENA, V. (director), El nuevo proceso penal, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992.

ÁLVAREZ CONDE, E., El régimen político español, Ed. Tecnos, 4ª ed., Madrid 1990.

ANDRÉS IBAÑEZ, P., El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal, en Rev. "Teoría & Derecho", junio/diciembre 1/2007, págs. 11 a 26.

ARILLA BAS, F., El procedimiento penal en México, Ed. Porrúa, 6ª ed., México 2001.

ARMENTA DEU, T., Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, Ed. PPU, Barcelona 1991.

ARMENTA DEU, T., Lecciones de Derecho Procesal Penal, Ed. Marcial Pons, 2ª ed., Madrid 2004.

ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio y Derecho Penal, Ed. J.-Mª. Bosch, Barcelona 1995.

ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio: Realidad y utilización (lo que es y lo que no), en "Revista de Derecho Procesal", núm. 2, 1996, págs. 265 a 291.

ARMIENTA CALDERÓN, G., La oralidad como expresión simplificadora del proceso, en "Justicia y Sociedad", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM", México 1994, págs. 743 a 758.

ASENCIO MELLADO, J.-Mª, Introducción al Derecho Procesal, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia 2002.

ASENCIO MELLADO, J.-M<sup>a</sup>, La intervención de la defensa en la fase de instrucción, en "Revista de Derecho Procesal", año 1997, núm. 1 págs. 7 a 44.

ASENCIO MELLADO, J.-M<sup>a</sup>, Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal, Ed. Trivium, Madrid 1991.

ASENCIO MELLADO, J.-M<sup>a</sup>., Prueba prohibida y prueba preconstituida, Ed. Trivium, Madrid 1989.

BARONA VILAR, S., Algunas reflexiones en torno al instituto de la conformidad en el proceso penal, en Revista "La Ley", año 1994, núm. 4, págs. 920 a 922.

BARONA VILAR, S., El consenso en el proceso penal americano: Plea bargaining, en "RGD", año 1993, núm. 591, págs. 11,687 a 11,709.

BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal, Ed. Tirant Lo Blanch, 15<sup>a</sup> ed., t. III, Valencia 2007.

BARONA VILAR, S., La conformidad en el proceso penal, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1994.

BARRIOS DE ANGELIS, D., Derecho humanos en el Código Modelo Procesal Penal, en "XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal", Ed. UNAM, México 1993, págs. 314 a 336.

BAUM, L., American Courts. Process and policy, Ed. Houghton Mifflin Company, 4<sup>a</sup> ed., Boston 1998.

BAUMANN, Grundbegriffe und System des Strafrechts: eine Einführung in die Systematik an Hand von Fällen, Ed. Kohlhammer, 4<sup>a</sup> ed., Stuttgart 1972.

BERZOSA, V., Principios del Proceso, en Rev. "Justicia", año 1992, núm. III, págs. 553 a 620.

BEULKE, W., Strafprozessrecht, Ed. C.F. Müller, 8<sup>a</sup> ed., Heidelberg 2005.

BINDER, A., Introducción al Derecho Procesal Penal, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires 1983.

BRAVO GONZÁLEZ / BRAVO VALDÉS, Derecho Romano, Ed. Porrúa, 18<sup>a</sup> ed., México 2001.

BRISEÑO SIERRA, H., El principio acusatorio en el proceso penal, en "Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la

Universidad Iberoamericana", año 1970, núm. 2, págs. 47 a 108.

BRISEÑO SIERRA, H. Derecho Procesal, Ed. Porrúa, t. IV, México 1974.

BRISEÑO SIERRA, H., Derecho Procesal, Ed. Cárdenas, México 1969.

BRISEÑO SIERRA, H., El Enjuiciamiento penal mexicano, Ed. Trillas, México 1976.

BUENO ARUS, F., Los rasgos fundamentales de la fase preparatoria del proceso penal en el Derecho español, en "Revista General del Derecho", año 1983, págs. 1,723 a 1,732.

BURDICK, W. L., The Principles of Roman Law and their relation to modern Law, Ed. WM. W. Gaunt & Sons, Inc., Florida 1989.

BURGOA ORIHUELA, I., Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Porrúa, México 1973.

BURGOA ORIHUELA, I., Las Garantías individuales, Ed. Porrúa, 24ª ed., México 1992.

BURNHAM, W., Introduction to the legal system of the United States, Ed. Nest Publishing Co., St. Paul MINN. 1995.

BUTRÓN BALIÑA, P. M., La conformidad del acusado en el proceso penal, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1998.

CABALLERO JUÁREZ, J. A., La independencia de los Poderes Judiciales a diez años de reforma en México, en "Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia", año 2005, núm. 6, págs. 85 a 100.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica, Ed. Comares, Granada 1996.

CALAMANDREI, P., Derecho Procesal Civil. Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código, Ed. Ediciones jurídicas Europa-América, vol. I, trad. 2ª ed. italiana y estudio preliminar Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires 1986.

CALAMANDREI, P., Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Ed. El Foro, Buenos Aires 1997.



CALVO SÁNCHEZ, M. C., ¿Ministerio fiscal o juez instructores de la causa?, en "Cuadernos Abulenses", año 1996, núm. 22, págs. 135 a 152.

CALVO SÁNCHEZ, M. C., La reforma del proceso penal, en Rev. "Poder Judicial", núm. 19, págs. 9 a 35.

CANTÚ, C. / CABALLERO JUÁREZ, J. A., Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2001.

CARBONELL Y SÁNCHEZ, M., Posibles reformas al Poder Judicial en México, en VEGA GÓMEZ / CORZO SOSA (coordinadores), "Tribunales y Justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional", Ed. UNAM, México 2002, págs. 59 a 83.

CARBONELL Y SÁNCHEZ, M., Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano, en "Boletín Mexicano", Infojus, num. 87, págs. 1 a 24.

CARNELUTTI, F., Cómo se hace un proceso, Ed. Temis, Bogotá 2007.

CARNELUTTI, F., Derecho Procesal Civil y Penal, trad. Santiago Sentís Melendo, vol. II, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1971.

CARNELUTTI, F., Trattato del processo civile, Ed. Morano, Nápoli 1958.

CAROCCA PÉREZ, A., Garantía constitucional de la defensa procesal, Ed. Bosch, Barcelona 1998.

CARP, R. A. / STIDHAM, R., Judicial process in America, Ed. Congressional Quarterly Inc., 4ª ed., Washington, D.C. 1998.

CARPIZO, J., Derecho Constitucional, en SOBERANES / FIX-ZAMUDIO (compiladores), "El Derecho en México", Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1996, pág. 149 a 175.

CARPIZO, J., Veintidós años de presidencialismo mexicano: 1978-2000. Una recapitulación, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año XXXVI, núm. 100, enero-abril de 2001, págs. 71 a 99.

CASTRO, J. V., El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones, Ed. Porrúa, 12ª ed., México 2002.

CASTRO, J. V., El sistema del Derecho de Amparo, Ed. Porrúa, 2ª ed., México 1979.

CHAIRES ZARAGOZA, J., La independencia del Poder Judicial, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004, págs. 523 a 545.

CHIAVARIO, M., La reforma del proceso penal, Ed. UTET, Torino 1988.

CHIAVARIO, M., La Riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice, Ed. UTET, 2ª ed., Torino 1990.

CHICHINO LIMA, M. A., Las formalidades externas en el procedimiento penal mexicano, Ed. Porrúa, México 2000.

CHIOVENDA, G., Instituciones de Derecho Procesal Civil, trad Emilio Gómez Orbaneja, Ed. Revista de Derecho Privado, t. III, Madrid 1940.

CHIOVENDA, G., Principios de Derecho Procesal Civil, Ed. Reus, t. II, Madrid 1925.

COLÍN SÁNCHEZ, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, 14ª ed., México 1993.

Congreso Mexicano de Derecho Procesal, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", año: enero-marzo 1967, núm. 65, págs. 133 a 178.

Congreso Nacional de Derecho Procesal, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", año: enero-octubre 1960, núms. 37-40, págs. 825 a 838.

CORDÓN MORENO, F., Las Garantías constitucionales del Proceso penal, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Pamplona 2002.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, 2ª ed., Madrid 2003.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed, Valencia 2005.

COUTURE, E.-J., Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ed. De Palma, 3ª ed. Buenos Aires 1990.

DAMIÁN MORENO, J., Introducción al Sistema Judicial Español, Ed. Aranzadi, Navarra 2002.

DÁVALOS MORALES, J., Panorama del sistema legal mexicano, en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", mayo-agosto de 1992, núm. 74, págs. 485 a 494.

DE DIEGO DÍEZ, L. A., Asistencia jurídica gratuita. Intervención judicial en el marco de su nueva regulación, en Rev. "La Ley", año 1997, núm. 3, págs. 1740 a 1749.

DE DIEGO DÍEZ, L. A., Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.

DE LA OLIVA / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 7ª ed., Madrid 2004.

DE LA OLIVA SANTOS / ARAGONESES, Derecho Procesal Penal, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2002.

DE LA OLIVA SANTOS / DÍEZ-PICAZO / VEGAS TORRES, Derecho Procesal. Introducción, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid 2001.

DE LA OLIVA SANTOS / FERNÁNDEZ, Derecho Procesal Civil, t. I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990.

DE LA OLIVA SANTOS / FERNÁNDEZ, Lecciones de Derecho Procesal, Ed. PPU, 3ª ed., Barcelona 1986.

DE LA OLIVA SANTOS, A., en ARAGONESES MARTÍNEZ / DE LA OLIVA SANTOS / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1995.

DE LA OLIVA SANTOS, A., Jueces imparciales, Fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal, Ed. PPU, Barcelona 1988.

DELMAS MARTY, M., European Criminal Procedures, Ed. University Press, Cambridge 2002.

DÍAZ DE LEÓN, M. A., Código Federal de Procedimientos Penales comentado, Ed. Porrúa, 7ª ed., México 2003.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo, Ed. Ariel Derecho, Madrid 2000.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., La acusación penal en Inglaterra, en Rev. "Tribunales de Justicia", año 1997, núm. 11, págs. 1,097 a 1,110.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., La configuración jurídico-política de la acusación pública en Estados Unidos, en Rev. "Tribunales de Justicia", año 1997, núm. 3, págs. 291 a 306.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., Siete tesis sobre la idea de fiscal investigador, en Rev. "Teoría & Derecho", junio/diciembre 1/2007, págs. 29 a 38.

ESPARZA LEIBAR, I., El Jurado inglés, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), "Comentario a la Ley del Jurado", Ed. Aranzadi, Granada 1999, págs. 61 a 74.

ESPARZA LEIBAR, I., El principio del proceso debido, Ed. Bosch, Barcelona 1995.

ESQUINCA MUÑOA, C., La Defensoría pública federal, Ed. Porrúa, México 2003.

ESQUIROL ZULOAGA, I., Diligencias policiales, en GARCÍA, P. M. (director), "La actuación de la policía judicial en el proceso penal", Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2006, págs. 57 a 61.

ETXEBERRÍA GURIDI, F., La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal, Ed. APD, Madrid 1998.

EZQUIAGA GANUZAS, F. J., Iura novit curia, Ed. Lex Nova, Valladolid 2000.

FAIRÉN GUILLÉN, V., Algunas bases para la reforma procesal penal en España y países Iberoamericanos, en Rev. "La Ley", año 1984, núm. 4, págs. 1,058 a 1,069.

FAIRÉN GUILLÉN, V., Algunas notas sobre la problemática de la expulsión del acusado de las sesiones del juicio oral, en "Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional", Ed. Tecnos, vol. II, Madrid 1984, págs. 379 a 400; también publicado en Rev. "La Ley", Madrid, año 1984.

FAIRÉN GUILLÉN, V., Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales, Ed. Bosch, Barcelona 1990.

FAIRÉN GUILLÉN, V., El Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Penal de 1967, en "Temas del ordenamiento procesal", t. II, Ed. Tecnos, Madrid 1969, págs. 1,141 y ss.

FAIRÉN GUILLÉN, V., El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988, en "Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional", Ed. Edersa, t. III, Madrid 1992, págs. 149 a

187; publicado también en Rev. "Tapia", año 1989 enero-febrero y marzo-abril.

FAIRÉN GUILLÉN, V., El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso, Ed. Artes Gráficas, Valencia 1975.

FAIRÉN GUILLÉN, V., El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso, Ed. A.G. Soler, 2ª ed., Valencia 1988.

FAIRÉN GUILLÉN, V., Estudios de Derecho Procesal, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.

FAIRÉN GUILLÉN, V., La participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, en "El Poder Judicial, Ed. Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales", vol. I, Madrid 1983, págs. 125 a 206.

FAIRÉN GUILLÉN, V., La reforma del proceso cautelar español, en "Temas del ordenamiento procesal", vol. 2, Ed. Tecnos, Madrid 1969, págs. 897 a 912.

FAIRÉN GUILLÉN, V., La reorganización del Ministerio Fiscal español, en "Temas del Ordenamiento Procesal", t. I, Ed. Tecnos, Madrid 1969.

FAIRÉN GUILLÉN, V., Principio de oralidad, de escritura y de socialización del proceso, en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", año 1981, núm. IV, Madrid, págs. 547 a 577.

FENECH NAVARRO, M., Derecho Procesal Penal, t. II, Ed. Labor, Barcelona 1960.

FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., Responsabilidad civil judicial, Ed. Aranzadi, Pamplona 1987.

FISHER, H. D., The German legal system and legal language, Ed. Cavendish, 3ª ed., Londres 2002.

FIX-ZAMUDIO / OVALLE FAVELA, Derecho Procesal, Ed. UNAM, México 1991.

FIX-ZAMUDIO, H., La función constitucional del Ministerio Público, en "Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo", Ed. UNAM, 1ª reimp., México 2002, págs. 33 a 87.

FIX-ZAMUDIO, H., La institución del Ministerio Público y su carácter de representante social. Una revaloración, en "Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo", Ed. UNAM, 1ª reimp., México 2002, págs. 89 a 138.

FIX-ZAMUDIO, H., Los problemas contemporáneos del Poder Judicial, Ed. UNAM, México 1986.

FIX-ZAMUDIO, H., Nuevas reflexiones sobre el Ministerio Público, en "Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo", Ed. UNAM, 1ª reimp., México 2002, págs. 176 a 199.

FIX-ZAMUDIO, H., Presente y futuro del Ministerio Público en México, en CARBONELL, M. (coordinador), "Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2004, págs. 15 a 57.

FLETCHER, G. P., En defensa propia, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992.

FLETCHER, G. P., Las víctimas ante el Jurado, trad. Molina Anza y Muñoz Aunió, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1997.

FLORIS MARGADANT, G., Introducción a la historia del derecho mexicano, Ed. Esfinge, 9ª ed., Estado de México 1990.

FRANCO SODI, C., Procedimiento Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 3ª ed., México 1946.

GALDANA PÉREZ MORALES, M., Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario, Ed. Comares, Granada 2002.

GARCÍA RAMÍREZ / VARGAS CASILLAS (coordinadores), Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000), Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2001.

GARCÍA RAMÍREZ, S., Inconstitucionalidad del juicio arbitral, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", enero-marzo 1969, t. XIV, núm. 53, págs. 33 a 62.

GARCÍA RAMÍREZ, S., Comentario a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004, en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, págs. 1,085 a 1,150.

GARCÍA RAMÍREZ, S., Consideraciones sobre la reforma procesal penal en los últimos años, en GARCÍA RAMÍREZ / VARGAS CASILLAS (coordinadores), "Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2001, págs. 57 a 67.

GARCÍA RAMÍREZ, S., Desarrollo reciente del procedimiento penal mexicano, en AA.VV., "XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal", Ed. UNAM, México 1993, págs. 285 a 297.

GARCÍA RAMÍREZ, S., Estudios penales, Ed. Escuela Nacional de Artes Gráficas, México 1977.

GARCÍA RAMÍREZ, S., Intervención en el Segundo Congreso Nacional de Doctores en Derecho de 11 de noviembre de 1983, en "Revista Mexicana de Justicia", año 1983, octubre-diciembre, núm. 4, vol. I, págs. 281 y ss.

GARCÍA RAMÍREZ, S., La división en fases del procedimiento penal, en "Estudios penales", Ed. Escuela Nacional de Artes Gráficas, México 1974.

GARCÍA RAMÍREZ, S., Origen, fundación y perspectivas de los tribunales agrarios, puede consultarse el texto completo en la página Web del tribunal en [www.tribunalesagrarios.gob.mx](http://www.tribunalesagrarios.gob.mx).

GARCÍA RAMÍREZ, S., y ADATO, V., Prontuario del proceso penal mexicano, Ed. Porrúa, México 1980.

GARCÍA, P. M. (director), La actuación de la policía judicial en el proceso penal, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2006.

GELSÍ BIDART, A., Algunas observaciones sobre el principio acusatorio en el Proceso Penal, en "Revista de Derecho Penal", año 1969, núm. 3, págs. 375 a 404.

GIMENO SENDRA / DAMIÁN MORENO / GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO / VILLAGÓMEZ CEBRIÁN (coordinadores), Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1990.

GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, 3ª ed., Madrid 2000.

GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Introducción al Derecho Procesal, Ed. Colex, Madrid 1997.

GIMENO SENDRA, V., Algunas sugerencias para la atribución del Ministerio Fiscal de la instrucción oficial, en Rev. "Justicia", año 1988, págs. 830 y ss.

GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, Madrid 2004.

GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal, Ed. Tirant Lo Blanch, t. II, vol. I, Valencia 1987.

GIMENO SENDRA, V., El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción, Ed. Iustel, Madrid 2006.

GIMENO SENDRA, V., Fundamentos del Derecho Procesal (jurisdicción, acción y proceso), Ed. Civitas, Madrid 1981.

GIMENO SENDRA, V., Introducción al Derecho Procesal, Ed. Colex, 3ª ed., Madrid 2005.

GIMENO SENDRA, V., Introducción al Derecho Procesal, Ed. Colex, Madrid 2003.

GOLDSCHMIDT, J., Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez, Ed. Comares, Granada 1996.

GOLDSCHMIDT, J., Principios generales del proceso, Ed. EJEA, 2ª ed., Buenos Aires 1961.

GOLDSCHMIDT, J., Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Ed. Bosch, Barcelona 1935.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., La exclusión del abogado defensor de elección en proceso penal, Ed. Bosch, Barcelona 1988.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., Violencia de Género y Proceso, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2007.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., Visión general sobre la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, en "Tutela procesal frente a hechos de violencia de género", Ed. Universidad Jaume I, Castellón 2007, págs. 73 a 132.

GÓMEZ COLOMER, J.-L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L., Terrorismo y proceso penal acusatorio, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica, en "Revista del Poder Judicial", año 2006, núm. Especial XIX, págs. 25 a 77.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español, en "Revista de Derecho Procesal", año 1993, núm. 3, págs. 567 a 592.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., Constitución y proceso penal, Ed. Tecnos, Madrid 1996.



GÓMEZ COLOMER, J.-L., El beneficio de pobreza. La solución española al problema del acceso gratuito a la justicia, Ed. Bosch, Barcelona 1982.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., El debate acerca del quién de la investigación a la luz de la experiencia y el modelo procesal alemán, en "El Ministerio Fiscal en el Derecho comparado", Ministerio de Justicia, año 2001, núm. VI, págs. 97 a 119.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., El enjuiciamiento criminal por jueces legos, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), "Comentario a la Ley del Jurado", Ed. Aranzadi, Granada 1999, págs. 51 a 60.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Fiscal instructor, en Rev. "Justicia", año 1996, núm. 2, págs. 259 a 286.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., El nuevo régimen del beneficio de la asistencia jurídica gratuita, en Rev. "La Ley", año 1996, núm. 2, págs. 1579 a 1587.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Ed. Bosch, Barcelona 1985.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal español, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia 1997.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal español. Para no juristas. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1987.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado, Ed. Civitas, Madrid 1996.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., El sistema procesal alemán: su historia y principios más relevantes, en "Sistemas penales europeos", Cuadernos de Derecho Judicial, año 2002, t. IV, págs. 245 a 272.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., El Tribunal Penal Internacional: Investigación y acusación, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2003.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., en Manual del Jurado para ciudadanos, Ed. Aranzadi, Navarra 2000.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, Ed. Tirant Lo Blanch, 15ª ed., Valencia 2007.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA J. y GÓMEZ COLOMER, J.-L., Enjuiciamiento Criminal, Ed. Tirant Lo Blanch, 10ª ed., col. Textos legales, Valencia 2005.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., en TIJERINO PACHECO / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia 2006.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado, en "La reforma de la Justicia Penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Klaus Tiedemann, con ocasión de su nombramiento como Doctor *Honoris Causa* de la Universitat Jaume I de Castellón", Ed. Universidad, Castellón 1997, págs. 459 a 496.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional, en Separata de la "Revista del Poder Judicial", año 2001, cuarto trimestre, págs. 205 a 245.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., La procedure pénale face au principe accusatoire: La position adoptée par la Ministère Publicen Espagne et dans les principaux pays Latino-Américains. Influences Européennes et Nord Américaines, en "Revue Internationale de Droit Pénal", año 1997, vol. 68, págs. 61 a 82.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., Paralización del procedimiento, en "NEJ", año 1986, t. XVIII, págs. 848 a 877.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., Sistema acusatorio puro y reforma procesal penal: El ejemplo de Nicaragua, en GÓMEZ COLOMER / GONZÁLEZ CUSSAC, "Terrorismo y proceso penal acusatorio", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, págs. 339 a 367.

GÓMEZ DE LIAÑO, F. El Proceso Penal. Tratamiento jurisprudencial, Ed. Forum, Oviedo 1992.

GÓMEZ DE LIAÑO, F., El Proceso Penal, Ed. Ariel, Oviedo 1987.

GÓMEZ LARA, C., Derecho Procesal Civil, Ed. Trillas, México 1984.

GÓMEZ LARA, C., Teoría general del proceso, Ed. Harla, 9ª ed., México 1998.

GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA, Derecho Procesal Civil, Ed. Bosch, 6ª ed., t. I, Madrid 1969.

GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA, Derecho Procesal Penal, Ed. Artes Gráficas, 10ª ed., Madrid 1987.

GÓMEZ ORBANEJA, E., Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, Ed. Bosch, t. I, Barcelona 1947.

GÓMEZ ORBANEJA, E., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, t. II, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona 1951.

GÓMEZ ORBANEJA, E., Derecho Procesal Penal, Ed. Artes Gráficas, 6ª ed., Madrid 1968.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., La investigación preparatoria del Ministerio Público en el nuevo proceso penal costarricense, en "Ministerio Público", Editores del Puerto, Buenos Aires 1997, págs. 81 a 110.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal, en "Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica", julio 1996, año 8, núm. 11, págs. 639 a 670.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, J. J., Principios de Derecho Procesal Penal mexicano, Ed. Botas, 2ª ed., México 1945.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, J. J., Principios de Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, México 1971.

GONZÁLEZ OROPEZA, M., El juicio político como medio de protección de la constitución mexicana, en FERRER MAC-GREGOR, E. (coordinador), "Derecho Procesal Constitucional", Ed. Porrúa, 2ª ed., México 2001, págs. 569 a 582.

GÖSSEL, K. H., El Ministerio Fiscal y la Policía Judicial en el procedimiento penal del Estado de Derecho, en "Revista del Ministerio Fiscal", año 1997, núm. 4, págs. 25 a 48.

GUASP DELGADO, J., Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil, t. I, Ed. Aguilar, Madrid 1943.

GUASP DELGADO, J., Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil, t. II, vol. 1 y 2, Ed. Aguilar, Madrid 1947.

GUERRERO PALOMARES, S., El principio acusatorio, Ed. Aranzadi, Navarra 2005.

GUTIÉRREZ ARAGÓN / RAMOS VERÁSTEGUI, Esquema fundamental del derecho mexicano, Ed. Porrúa, 12ª ed., México 1997.

GUTIÉRREZ RELINCHES, A., La acusación en el proceso penal italiano. El papel del Ministerio Público y de la víctima, Ed. Colex, Madrid 2006.

GUZMÁN FLUJA, V. C., Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006.

HALL, D. E., Criminal Procedure and the Constitution, Ed. Delmar Publisher, Albany 1997.

HENDLER, E., Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos, Ed. *Ad-Hoc*, Buenos Aires 1996.

HERNÁNDEZ PLIEGO, J. A., El proceso penal mexicano, Ed. Porrúa, México 2002.

HICKEY, T. J., Criminal Procedure, Ed. McGraw-Hill, Boston MASS 1998.

HOCHSTEDLER, E. / FRANK, N., Criminal Court Process, Ed. West Publishing, St. Paul MINN. 1996.

HUERTA OCHOA, C., La jurisprudencia como técnica, en "Boletín mexicano", Infojus, núm. 95, págs. 1 a 12.

ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R. / KING, N. J., Criminal procedure and the Constitution. Leading Supreme Court cases and introductory text, Ed. West Publishing, St. Paul MINN. 2005.

ISRAEL, J. H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W. R., Criminal procedure and the Constitution, Ed. West Publishing, St. Paul MINN. 2007.

ISRAEL, J. H. / LAFAVE, W. R., Criminal procedure. Constitutional limitations, Ed. West Publishing, St. Paul MINN. 2001.

IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M<sup>a</sup>., La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma, Ed. Aranzadi, Navarra 2001.

KÜHNE, H.-H., Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, Ed. C.F. Müller, 6<sup>a</sup> ed., Heidelberg 2003.

LAFAVE, W. R. / ISRAEL, J. H. / KING, N. J., Criminal procedure, Ed. West Publishing, St. Paul MINN. 2000.

LANGEVIN, J. H., El derecho del imputado a estar presente en su propio juicio, en "Revista de Derecho Procesal Penal", año 2006, núm. 2, págs. 259 a 293.

LEVINE, J. P., Juries and politics, Ed. Brooks/Cole Publishing Company, California 1992.

LÓPEZ BLANCO, H. F., La simplificación de los procedimientos, en "Justicia y Sociedad", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1994, págs. 705 a 725.

LÓPEZ GAVILÁN, A. La asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional, en Rev. "La Ley", año 1996, núm. 5, págs. 1512 y 1513.

LÓPEZ-AYLLÓN / FIX-FIERRO, ¡Tan cerca, tan lejos!, en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año XXXIII, núm. 97, enero-abril de 2000, págs. 155 a 267.

LÓPEZ-PORTILLO VARGAS, E., Datos mundiales sobre los sistemas de justicia criminal. México, en *World Justice Information Network*, formato PDF que puede consultarse en [www.wijn.net](http://www.wijn.net).

MAIER, J.B.J. / AMBOS, K. / WOISHNIK, J., Las reformas procesales penales en América Latina, Ed. *Ad-Hoc*, Buenos Aires 2000.

MANZINI, V., Tratado de Derecho Procesal Penal, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, t. I, Buenos Aires 1951.

MARTÍN REBOLLO, L., Jueces y responsabilidad del Estado, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983.

MARTÍN Y MARTÍN, J. A., Instrucción penal y derecho a la tutela judicial efectiva, en Rev. "Actualidad Penal", año 1990 octubre, núm. 36, págs. 393 a 400.

MARTÍNEZ PÉREZ, R., Policía Judicial y Constitución, Ed. Aranzadi, Navarra 2001.

MARTÍNEZ PINEDA, A., El proceso penal y su exigencia intrínseca, Ed. Porrúa, 2ª ed., México 2000.

MOMMSEN, T., Derecho Penal Romano, trad. P. Dorado, Ed. Temis, Bogotá 1991.

MOMMSEN, T., Römisches Strafrecht, Ed. Duncker & Humblot, Leipzig 1899.

MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), Comentario a la Ley del Jurado, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999.

MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional I. Parte General, Ed. Tirant Lo Blanch, 15ª ed., Valencia 2007.

MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil, Ed. Tirant Lo Blanch, 15ª ed., Valencia 2007.

MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, Ed. Tirant Lo Blanch, 15ª ed., Valencia 2007.

MONTERO AROCA, J., El Juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso), en Rev. "La Ley", año 1999, 16 de febrero; publicado también como Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, págs. 517 y ss.

MONTERO AROCA, J., El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual, en Rev. "Justicia", año 1992, pág. 776 a 788.

MONTERO AROCA, J., El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, en Rev. "Justicia", año 1983, núm. II, págs. 263 a 308.

MONTERO AROCA, J., El proceso civil llamado social como instrumento de justicia autoritaria, en MONTERO AROCA, J. (coordinador), "Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, págs. 129 a 165.

MONTERO AROCA, J., El significado actual del llamado principio acusatorio, en GÓMEZ COLOMER, J.-L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L., Terrorismo y proceso penal acusatorio, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, págs. 313 a 337.

MONTERO AROCA, J., Independencia y responsabilidad del Juez, Ed. Civitas, Madrid 1990.

MONTERO AROCA, J., Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid 1979.

MONTERO AROCA, J., Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral, en Rev. "Teoría & Derecho", junio/diciembre 1/2007, págs. 41 a 72.

MONTERO AROCA, J., La garantía procesal penal y el principio acusatorio, en "Justicia y Sociedad", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1994, págs. 525 a 546.

MONTERO AROCA, J., La garantía procesal penal y el principio acusatorio, en Rev. "La Ley", año 1994, núm. 1, págs. 973 y 984.

MONTERO AROCA, J., La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.

MONTERO AROCA, J., La prueba en el proceso civil, Ed. Civitas, 4ª ed., Madrid 2005.

MONTERO AROCA, J., Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1997.

MONTERO AROCA, J., Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006.

MONTERO AROCA, J., Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial, Ed. Tecnos, Madrid 1988.

MONTERO AROCA, J., Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales (El sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso), Ed. Tiran Lo Blanch, Valencia 1999.

MONTESQUIEU, C. de S., Del Espíritu de las Leyes, Ed. Tecnos, 1ª reimpresión, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid 1987.

MORALES SANTACRUZ, M. A., Facultades administrativas del Consejo de la Judicatura, en "Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia", núm. 1, año 2003, págs. 27 a 30.

MORENO CATENA / ALMAGRO NOSETE / CORTÉS DOMÍNGUEZ / GIMENO SENDRA, El nuevo proceso penal, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1989.

MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ / GIMENO SENDRA, Introducción al Derecho Procesal, Ed. Colex, 4ª ed., Madrid 2003.

MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Introducción al Derecho Procesal, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia 2005.

MORENO CATENA, V. (director), El nuevo proceso penal, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992.

MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia 2005.

MORENO CATENA, V., Derecho Procesal Penal, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2005.

MORENO CATENA, V., en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, 3º ed., Madrid 2000.

MORENO CATENA, V., La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en BACIGALUPO / GIMENO / MORENO / TORRES-DULCE, "La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra 2005, pág. 45 a 76.

MORENO HERNÁNDEZ, M., Algunas bases para la política criminal del Estado mexicano, en "Revista Mexicana de Justicia", año 1985, abril-junio, núm. 2, vol. III, págs. 117 y ss.

MORENO HERNÁNDEZ, M., Hacia la transformación del sistema procesal penal en México, CEPOLCRIM, México 2005.

MORENO HERNÁNDEZ, M., Informes nacionales-México, en MAIER / AMBOS / WOISCHNIK (coordinadores), "Las Reformas Procesales Penales en América Latina", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 2000, págs. 543 a 604.

MORENO HERNÁNDEZ, M., Necesidad de la reforma penal integral en México y criterios para la misma, en "Boletín Informativo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana", año 1983, marzo-abril, núm. 2, págs. 60 y ss.

MORENO HERNÁNDEZ; M., en ZAFFARONI (coordinador), El proceso penal, Sistema penal y Derechos humanos, Ed. Porrúa, México 2000.

NEUBAUER, D. W., America's Courts and the Criminal Justice System, Ed. Wadsworth Publishing Company, 6ª ed., Belmont CA 1999.

OLIVA SANTOS / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, Ed. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 7ª ed., Madrid 2004.

OLIVA SANTOS / ARAGONESES MARTÍNEZ / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, Ed. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 6ª ed., Madrid 2003.



OLIVA SANTOS / DÍEZ-PICAZO / VEGAS TORRES, Derecho Procesal. Introducción, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2ª ed., Madrid 2001.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., El período intermedio del proceso penal, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1997.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., Introducción al Derecho Procesal, Ed. Marcial Pons, Madrid 2.002.

ORTEGO PÉREZ, F., El juicio de acusación y la proyectada reforma del enjuiciamiento criminal, en Rev. "Poder Judicial", año 2003, núm. 69, págs. 233 a 260.

ORTELLS RAMOS / CÁMARA RUIZ / SÁNCHEZ, Derecho Procesal. Introducción, Ed. Punto y Coma, Valencia 2003.

ORTELLS RAMOS, M., Introducción al Derecho Procesal, Ed. Comares, Granada 1999.

ORTELLS RAMOS, M., Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LE-Crim, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", año 1982, núm. 1, págs. 365 a 427.

ORTELLS RAMOS, M., Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia, en Rev. "Justicia", año 1991, pág. 793 y ss.

OVALLE FAVELA, J., El principio de la división de poderes y el Poder Judicial Federal, en "Temas y problemas de la administración de justicia en México", Ed. Miguel Ángel Porrúa, México 1985, págs. 221 y 222.

OVALLE FAVELA, J., El principio de la división de poderes y el Poder Judicial Federal, en "Temas y problemas de la administración de justicia en México", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1982, págs. 181 a 210.

OVALLE FAVELA, J., Garantías Constitucionales del proceso, Ed. McGraw-Hill, México 1996.

OVALLE FAVELA, J., La Administración de justicia en México, en OVALLE FAVELA, J. (coordinador), "Administración de justicia en Iberoamérica", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie B: Estudios comparativos, Núm. 28, México 1993, págs. 235 a 283.

OVALLE FAVELA, J., La independencia judicial en el Derecho mexicano, en Rev. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año XVIII, núm. 49, enero-abril 1984, págs. 55 a 79.

OVALLE FAVELA, J., Teoría General del Proceso, Ed. Harla, México 1991.

PECES MORATE, J. E., Publicidad y secreto sumarial, en Rev. "Poder Judicial", núm. Especial XI, págs. 131 a 136.

PEDRAZ PENALVA, E., Notas sobre publicidad y proceso, en Rev. "Poder Judicial", núm. Especial XI, págs. 116 a 130.

PERAY BARJÉS, A. de, La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, en GARCÍA, P. M. (director), "La actuación de la policía judicial en el proceso penal", Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2006, págs. 159 a 198.

PÉREZ CEBADERA, M.-A., La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre, en Rev. "Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal", año 2002, núm. 11, págs. 1 y ss.

PÉREZ CEBADERA, M.-A., Las instrucciones al Jurado, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2003.

PERRON, W. / LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., El Ministerio Fiscal-Director de la investigación en el proceso penal alemán, en GIMENO SENDRA, V., "El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción", Ed. Iustel, Madrid 2006, págs. 75 a 96.

PETRONE, M., El principio acusatorio, en "Justicia y Sociedad", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1994, págs. 503 a 524.

PICO I JUNOY, J., Las garantías constitucionales del proceso, Ed. J. M<sup>a</sup> Bosch, Barcelona 1997.

PIETRO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho Procesal Penal, Ed. Tecnos, Madrid 1982.

PLANCHADELL GARGALLO, A., El derecho a ser informado de la acusación, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.

PLANCHADELL GARGALLO, A., El Escabinato francés, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), "Comentario a la Ley del Jurado", Ed. Aranzadi, Granada 1999, págs. 95 a 101.

PRIETO-CASTRO / ALMAGRO NOSETE / GONZÁLEZ-DELEITO, Tribunales españoles. Organización y funcionamiento, Ed. Tecnos, 5<sup>a</sup> ed., Madrid 1979.

PRIETO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho Procesal Penal, Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid 1987.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., Derecho Procesal Civil, Ed. Revista de Derecho Privado, t. I, Madrid 1972.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., Tratado de Derecho Procesal Civil, Ed. Aranzadi, 2ª ed., vol. I, Pamplona 1985.

QUIROZ CUARÓN, A., Crisis de la administración de justicia penal, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", año 1961 enero-junio, núms. 41-42, págs. 319 a 348.

QUIROZ CUARÓN, A., Crisis de la administración de justicia penal, en OVALLE FAVELA, J., "Temas y problemas de la administración de justicia en México", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1982, págs. 263 a 289.

RAMOS MÉNDEZ, F., El sistema procesal español, Ed. Atelier, 7ª ed., Barcelona 2005.

RIVERA SILVA, M., El procedimiento penal, Ed. Porrúa, 32ª ed., México 2003.

ROSALES GUERRERO, E. G., Estudio Sistemático de la Jurisprudencia, Ed. Suprema Corte de Justicia, México 2005.

ROXIN, C., Derecho Procesal Penal, trad. Córdoba, G. E. y Pastor, D. R., Editores del Puerto, Buenos Aires 2000.

ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, Ed. C. H. Beck'sche, München 1998.

ROXIN, C., Strafverfahrensrecht. Ein studienbuch, Ed. C.F. Müller, 25ª ed, München 1998.

RUIZ VADILLO, E., El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, Ed. Actualidad Editorial, Madrid 1994.

RUIZ VADILLO, E., La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal, en Rev. "Poder Judicial", núm. Especial II, págs. 84 a 87.

SALA i DONADO, C., La policía judicial, Ed. McGRAW-HILL, Madrid 1999.

SAMAHA, J., Criminal Procedure, Ed. West/Wadsworth, 4ª ed., Belmont CA 1999.

SÁNCHEZ BRINGAS, E., Derecho Constitucional, Ed. Porrúa, 6ª ed., México 2001.

SANCHÍS CRESPO, C., El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal, Ed. Comares, Granada 1995.

SCHMIDT, N., Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung, Ed. C.F. Müller, Heidelberg 1986.

SENTIS MELENDO, S., La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, Ed. EJEA, Buenos Aires 1979.

SERNA DE LA GARZA, J. Mª., Apuntes sobre el amparo casación, en "Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia", año 2003, núm. 1 enero-junio, pág. 263 a 278.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., Instrucción, en PELLISÉ PRATS, B. (director), "Nueva Enciclopedia Jurídica", Ed. Francisco Seix, Barcelona 1968, t. III.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., Juicio oral, en "Estudios de Derecho Procesal", Ed. Ariel, Barcelona 1969.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., Jurisdicción, en "Estudios de Derecho Procesal", Ed. Ariel, Barcelona 1969.

SIERRA PUENTE, A. Mª., Por una reforma constitucional, para crear la carrera judicial de secretarios, actuarios y oficiales judiciales del Poder Judicial de la Federación, en "Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia", núm. 7 enero-junio 2006, págs. 111 a 133.

SILVA SILVA, J. A., Derecho Procesal Penal, Ed. OXFORD, 2ª ed., México 2003.

STUCKEY, G. B. / ROBERSON, C. / WALLACE, P. H., Procedures in the Justice System, Ed. Prentice Hall, 5ª ed., Saddle River New Jersey 1998.

SUBIN, H. L. / MIRSKY, C. L. / WEINSTEIN, I. S., The Criminal Process. Prosecution and defence functions, Ed. West Publishing, St. Paul MINN. 1993.

TENA RAMÍREZ, F., Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Porrúa, 23ª ed., México 1989.

THAMAN, S. C., El Jurado norteamericano, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), "Comentario a la Ley del Jurado", Ed. Aranzadi, Granada 1999, págs. 74 a 95.

THAMAN, S. C., Europe's new Jury Systems: The cases of Spain and Russia, en Law and Contemporary Problems, vol. 62, Spring 1999.

TIJERINO PACHECO / GÓMEZ COLOMER (coordinadores), Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia 2006.

TINOCO PASTRANA, A., Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla 2001.

TOMÉ GARCÍA, J. A., en DE LA OLIVA SANTOS, A., en ARAGONESES MARTÍNEZ / DE LA OLIVA SANTOS / HINOJOSA SEGOVIA / MUERZA ESPARZA / TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1995.

TOMÉ GARCÍA, J. A., Protección procesal de los derechos humanos ante los Tribunales ordinarios (CE y leyes de desarrollo), Ed. Montecorvo, Madrid 1987.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L., El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español, en Rev. "R.J.Cat.", año 1984, núm. 2, pág. 374 a 410.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L., Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal, Ed. Bosch, Barcelona 1984.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L., Presunción de inocencia y prueba indiciaria, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (director) y SANZ HERMIDA, Á., (coordinadora), "Investigación y prueba en el proceso penal", Ed. Colex, Madrid 2006, págs. 31 a 80.

VEGA GÓMEZ / CORZO SOSA (coordinadores), Tribunales y Justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ed. UNAM, México 2002.

VIVES ANTÓN, T. S., Doctrina constitucional y reforma del proceso penal, en Rev. "Poder Judicial", núm. Especial II, págs. 101 y 102.

VOGLER, R., A World View of Criminal Justice, Ed. Ashgate, Aldershort 2005.

VOLK, K., Grundkurs StPO, Ed. C. H. Beck, 4ª ed., München 2005.

WEINREB, L. L., Criminal process. Cases, comment, questions, Ed. Foundation Press, New York 1998.

WOLF, M., Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, Ed. C. H. Beck, 6ª ed., München 1987.

ZAMORA-PIERCE, J., Garantías y proceso penal, Ed. Porrúa, 11ª ed., México 2001.

ZEPEDA LECUONA, G., Crimen sin castigo. Procuración e Justicia penal y Ministerio Público en México, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 2004.

ZIPF, H., Strafprozeßrecht, Ed. De Gruyter, Berlín 1996.



