



Instituto Federal  
de Defensoría Pública

# Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL/Nº. 26/DICIEMBRE 2018

ISSN 1870-7610





**Encargado del Despacho de la Dirección General**  
Enrique Alfredo Tamayo Díaz

**Coordinadores**  
Enrique Alfredo Tamayo Díaz  
Esperanza del Consuelo Vera Díaz  
Genaro González Licea  
Miriam Falcón Ugalde

Captura: Miriam Falcón Ugalde  
Diseño y formación: Armando Maya Ruiz  
Foto portada: Rubén Charvel Gaos

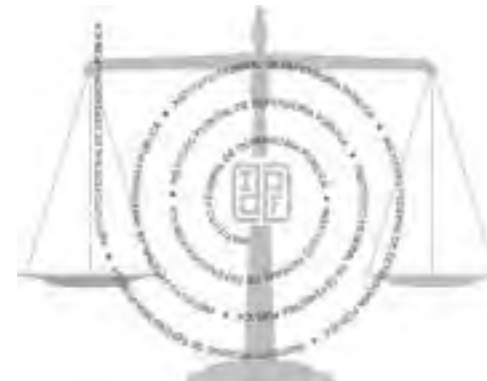
Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública  
Número 26, diciembre de 2018  
Publicación semestral, editada y distribuida por el Instituto Federal de Defensoría Pública, órgano del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal. Bucareli, Nos. 22 y 24, Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06040, México, D.F., tel: 55-18-53-91 y 55-18-53-90, fax 55-18-55-62.

Editor responsable: Enrique Alfredo Tamayo Díaz

Las opiniones expresadas en esta revista son responsabilidad exclusiva de sus autores.

Queda prohibida la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación por vía informática, mecánica, fotocopiado o por cualquier otro medio, sin permiso por escrito del editor responsable.

© Instituto Federal de Defensoría Pública  
ISSN 1870-7610



## Índice

	Página
Presentación .....	7
<b>Presencia de la Corte y la Judicatura</b>	
<i>Consejero Alfonso Pérez Daza</i> Hacia la consolidación del nuevo sistema de justicia penal. A diez años de la reforma constitucional y a dos años de su implementación .....	13
<i>Licenciada Araceli Valtierra Zamudio</i> La argumentación y su importancia en la interpretación y aplicación del Derecho .....	59

**Presencia de la Defensoría**

*Licenciado Fernando Allende Sánchez*  
El principio de inmediación como justificación para impedir la  
revisión de los hechos y su prueba en el recurso de apelación en el  
proceso penal acusatorio y oral mexicano ..... 77

*Licenciado José Francisco Moreno Tec*  
La prueba y la construcción de hechos por las partes en las  
audiencias orales ..... 131

*Licenciado Gabriel Felipe Arce Pérez*  
Investigadores de la defensoría de oficio como elementos para la  
evolución y perfeccionamiento de la defensa penal ..... 151

*Licenciada María Rosario Díaz Ruiz*  
La defensa abstracta en el Código Nacional de Procedimientos  
Penales, un problema con solución ..... 179

*Licenciado José Demetrio Rosas Vargas*  
La justicia restaurativa, exceso o defecto en el garantismo judicial  
que establece el artículo 17 en la Carta Magna ..... 211

**Presencia de la Comunidad Jurídica**

*Licenciado Raúl Miguel Arriaga Escobedo*  
*Licenciado Alhen Rafael Arriaga Sumano*  
La prueba testimonial en materia penal a cargo de los técnicos  
en urgencias médicas de la Cruz Roja Mexicana. Propuesta de  
excepción para su rendición ..... 239

*Licenciado Edgar Ramírez Valdés*  
El uso de tecnologías de la información aplicadas a la seguridad  
pública como elemento garante del derecho a la intimidad, el  
honor y la propia imagen ..... 259

*Licenciado Roberto Rafael Rodríguez Hernández*  
El derecho de defensa ante los Consejos de Honor del Fuero de  
Guerra ..... 289

Actividades de capacitación ..... 311

---

## Presentación

La reforma constitucional en materia penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, transformó radicalmente el sistema de justicia penal en nuestro país. Modificar procedimientos judiciales e implementar un nuevo modelo de juicios orales, y figuras como el debido proceso y medidas alternativas al juicio, implicaba todo un reto que el legislador previó y, por ello, otorgó un plazo de ocho años para su implementación.

¿Qué ha sucedido de la fecha referida a nuestros días?, ¿qué enseñanza han dejado los procesos de instrumentación de la referida reforma constitucional? El Instituto Federal de Defensoría Pública hace un alto en el camino y dedica una reflexión al tema en este número 26 de su *Revista*. Las contribuciones, rigurosas de suyo, que los autores nos han permitido difundir aquí, implícita o explícitamente abordan el tema. Con su prestigio académico y calidad humana que les caracteriza, vierten un juicio crítico al respecto, una conclusión que nos nutre a todos, lo cual de antemano se valora y agradece.

Es el caso de la investigación titulada: *Hacia la consolidación del nuevo sistema de justicia penal. A diez años de la reforma constitucional y a dos años de su implementación*. En ella se estima que dicho sistema, además de atender con agilidad los conflictos penales, protege de una mejor manera los derechos humanos de imputados, así como de víctimas u ofendidos, sin embargo, expone, “aún existen diversas áreas de oportunidad de gran importancia desde el punto de vista operativo, normativo y jurisprudencial que requieren de atención oportuna para una adecuada consolidación del

sistema, ya que pueden incidir de manera negativa en su operación”, y agrega, “es indispensable la coordinación de todas las instituciones y autoridades involucradas en la operación del nuevo sistema de justicia penal y la implementación de controles de vigilancia recíproca para el ejercicio responsable de funciones”.

Conclusión que se ve acompañada, cada cual, desde su propio objeto de estudio, por otras investigaciones también contenidas en esta *Revista*. Por ejemplo, la que analiza el principio de inmediación como justificación para impedir la revisión de los hechos y su prueba en el recurso de apelación en el proceso penal acusatorio, o el que estudia a la prueba y a la construcción de hechos por las partes en las audiencias orales y, más todavía, el que aborda a la prueba testimonial en materia penal, a cargo de los técnicos en urgencias médicas y propone la excepción para su rendición.

Están también los estudios sobre la justicia restaurativa y el derecho de defensa. En el primero se construye una aguda reflexión sobre el exceso o defecto de la citada justicia en el garantismo que anuncia el propio marco constitucional. En cuanto al derecho de defensa, éste se presenta en tres interesantes aspectos: como defensa abstracta o innominada, centrando su estudio en el Código Nacional de Procedimientos Penales; como propuesta de fortalecimiento, mediante la formación de investigadores de la propia defensoría de oficio, a fin de coadyuvar al perfeccionamiento de la defensa penal; y, por último, como un derecho de defensa ante un sector tan especializado como el militar, en particular, el que se ventila ante los Consejos de Honor del Fuero de Guerra.

Finalmente, dos estudios redondean el presente número. El referente a la argumentación jurídica y su importancia en la interpretación y aplicación del

Derecho, y el que se detiene en el uso de tecnologías de la información aplicadas a la seguridad pública como elemento garante del derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen.

Reitero, en nombre del Instituto y del mío propio, mi gratitud y reconocimiento a todos los participantes en la presente *Revista*. Su apoyo será valorado por los lectores de la misma, quienes han hecho de ella un aula virtual e instrumento formativo.

**Enrique Alfredo Tamayo Díaz**

Encargado del Despacho de la Dirección General  
del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Diciembre de 2018.

PRESENCIA DE LA  
CORTE Y LA JUDICATURA

---

**Hacia la consolidación del nuevo sistema de  
justicia penal. A diez años de la reforma  
constitucional y a dos años de su  
implementación**

*Alfonso Pérez Daza\**

RESUMEN: El sistema penal acusatorio es más eficiente que el sistema tradicional o mixto, pues protege mejor los derechos humanos de imputados, así como de víctimas u ofendidos y proporciona una solución más rápida a los conflictos penales. No obstante, aún existen diversas áreas de oportunidad de gran importancia desde el punto de vista operativo, normativo y jurisprudencial que requieren de atención oportuna para una adecuada consolidación del sistema, ya que pueden incidir de manera negativa en su operación. Es indispensable la coordinación de todas las instituciones y autoridades involucradas en la operación del nuevo sistema de justicia penal y la implementación de controles de vigilancia recíproca para el ejercicio responsable de funciones.

SUMARIO: I. Introducción. II. Implementación del nuevo sistema de justicia penal. III. Consolidación del nuevo sistema de justicia penal. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

---

\* Consejero de la Judicatura Federal.

## I. Introducción

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto de reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, que implicó la modificación de diez artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>1</sup>

Dicha reforma concretó un cambio de paradigma en la procuración e impartición de justicia en materia penal en el país, al transitar de un sistema procesal penal mixto o tradicional –preponderantemente escrito– a uno acusatorio y oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A fin de implementar el nuevo sistema de justicia penal, el 5 de marzo de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Código Nacional de Procedimientos Penales. Este ordenamiento tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos para resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.<sup>2</sup>

Dentro de las características del nuevo sistema de justicia penal destacan la oralidad, que implica la preeminencia de la palabra como fuente de comunicación durante el desahogo de los actos procesales, lo que permitirá una mayor agilidad en la tramitación del proceso;<sup>3</sup> la celebración de audiencias públicas, a las que pueden acceder no sólo las partes que

<sup>1</sup> Los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII, del artículo 73; la fracción VII, del artículo 115; y, la fracción XIII, del apartado B, del artículo 123.

<sup>2</sup> Como se establece en el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo 2º, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>3</sup> Pérez Daza, A.: *Código Nacional...* cit., p. 177.

intervienen en el procedimiento sino también el público en general; la prisión preventiva como una medida cautelar de carácter excepcional; el sistema de libre valoración de la prueba; la distinción entre el Juez de control, que interviene en las etapas preliminares –investigación e intermedia–, y el Juez de enjuiciamiento, ante quien se tramita la etapa de juicio y emite la sentencia; el hecho de que los datos de prueba recabados por el Ministerio Público en la etapa de investigación carecen de valor probatorio para fundar la sentencia, pues para su dictado sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio; la inclusión de mecanismos alternativos de solución de conflictos como una vía distinta al juicio;<sup>4</sup> entre otras.

## II. Implementación del nuevo sistema de justicia penal

Por mandato del Constituyente Permanente, la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 debía entrar en vigor en todo el país en un plazo no mayor a ocho años.<sup>5</sup>

De esta manera, la implementación del nuevo sistema de justicia penal se llevó a cabo adecuadamente en el ámbito federal. La implementación requirió de la selección y capacitación de los Jueces, Ministerios Públicos, Defensores y demás servidores públicos involucrados en la operación del sistema, así como de la creación de la infraestructura necesaria para albergar las salas de audiencia, entre otras acciones no menos importantes.

<sup>4</sup> Los artículos 184 y 185, del Código Nacional de Procedimientos Penales prevén el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso como formas de solución alterna, así como el procedimiento abreviado como una forma de terminación anticipada del proceso.

<sup>5</sup> De acuerdo con lo establecido en el artículo segundo transitorio del “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.



En el ámbito federal, el nuevo sistema de justicia penal entró en vigor de manera gradual, a partir del 24 de noviembre de 2014<sup>6</sup> y concluyó el 14 de junio de 2016.<sup>7</sup> Al día de hoy, están en funciones 39 Centros de Justicia Penal Federal: uno en cada entidad federativa, dos en los Estados de Baja California, Chiapas, Estado de México, Tamaulipas y Veracruz; y, tres en la Ciudad de México.

No obstante, la implementación del sistema de justicia penal acusatorio ha corrido con distinta suerte en lo que toca al fuero común. De manera general, podría señalarse que la actuación de los diversos operadores que intervienen en el sistema de justicia penal a nivel local ha sido deficiente. Lo anterior debido no sólo a la falta de capacitación de sus integrantes, sino también a las fuertes restricciones presupuestales, de infraestructura y de evaluación en las que policías estatales, fiscalías, procuradurías y Jueces locales deben actuar.

De acuerdo con el *Índice Global de Impunidad México 2018*, elaborado por el Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia de la Universidad de las Américas Puebla, persiste en las entidades federativas un deterioro en las condiciones estructurales de policías, Ministerios Públicos y Jueces. En ese sentido, el estudio destaca que existe un déficit en el estado de fuerza policial en México: el país posee 120,000 policías estatales operativos

cuando se requerirían 235,944 elementos operativos considerando la población nacional.<sup>8</sup> Igualmente, el reporte consigna que el personal de los Ministerios Públicos está declinando, mientras que el número de delitos aumenta. Lo mismo sucede con el número de Jueces, pues al comparar el número de causas penales en primera instancia frente al número de Jueces existentes se observa que en México existe un déficit en el número de impartidores de justicia.

Evidentemente, los problemas en la implementación del nuevo sistema de justicia penal impactan negativamente en sus resultados. El reporte *Hallazgos 2017* de la organización México Evalúa ofrece un análisis sobre los operadores estatales que intervienen en el nuevo sistema de justicia penal. Respecto a la actuación de las fiscalías o procuradurías estatales, la conclusión de las investigaciones bajo el nuevo sistema de justicia penal es baja, pues sólo Campeche, Yucatán y Zacatecas reportan porcentajes cercanos al 100%, mientras que Colima y Sonora poseen las cifras de resolución de casos más baja, con 5.8% y 0.2% respectivamente.<sup>9</sup>

En cuanto a la actuación de ministerios públicos, el reporte destaca que la judicialización de las investigaciones se presenta cuando existen *suficientes elementos para comprobar la existencia del hecho que la ley señala como delito y la probable participación del imputado en su comisión*, por lo cual el Ministerio Público solicita audiencia para formular la imputación y solicitar la vinculación a proceso. En ese sentido, las entidades con mejores porcentajes de judicializaciones son Tabasco (53.7%), Campeche (28%) y Nuevo León (20.2%), mientras

<sup>6</sup> Con la declaratoria publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de septiembre de 2014, por la que el Congreso de la Unión declaró la entrada en vigor a nivel federal del Código Nacional de Procedimientos Penales, a partir del 24 de noviembre de 2014, en los Estados de Durango y Puebla.

<sup>7</sup> Con la declaratoria publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 2016, por la que el Congreso de la Unión declaró la entrada en vigor a nivel federal del Código Nacional de Procedimientos Penales, a partir del 14 de junio de 2016, en los Estados de Baja California, Guerrero, Jalisco, Tamaulipas, así como en el archipiélago de las Islas Marías y en el resto del territorio nacional.

<sup>8</sup> Le Clerq Ortega y Rodríguez Sánchez Lara, G.: “Índice Global... cit.

<sup>9</sup> México Evalúa: “Hallazgos 2017... cit.

que las entidades con porcentajes más bajos son Colima (0.73), Veracruz (0.65%) y Quintana Roo (0.33%).<sup>10</sup>

Por lo que respecta a la actuación de los Poderes Judiciales locales, el reporte ofrece una tasa de resolución de casos, misma que consigna la capacidad de los Poderes Judiciales estatales de dar respuesta a los asuntos que conocen. En este sentido, los Poderes Judiciales con mejores resultados son los de Chihuahua (74.7%), Querétaro (72.5%), Yucatán (72.2%), Hidalgo (68.5%) y Colima (59.4%), mientras que los más rezagados son los de Chiapas (18.4%), Veracruz (15.2%), Quintana Roo (15.1%), Jalisco (9.9%) y Puebla (4.7%).<sup>11</sup>

Así pues, considerando todos estos elementos, México Evalúa ofrece un ranking nacional sumamente útil, pues evalúa el avance del nuevo sistema de justicia penal a nivel estatal.

RANKING NACIONAL DE AVANCE EN LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL					
Posición nacional	Entidad federativa	Puntaje/600	Posición nacional	Entidad federativa	Puntaje/600
1	Querétaro	483	17	Sinaloa	253
2	Guanajuato	476	18	Jalisco	243
3	Baja California	448	19	Ciudad de México	240
4	Chihuahua	421	20	San Luis Potosí	238
5	Nuevo León	413	21	Aguascalientes	234
6	Yucatán	391	22	Quintana Roo	228
7	Puebla	370	23	Michoacán	227
8	Tabasco	351	24	Colima	223
9	Zacatecas	350	25	Baja California Sur	198
10	Coahuila	311	26	Tlaxcala	188
11	Durango	293	27	Sonora	177
12	Oaxaca	273	28	Nayarit	176
13	Estado de México	271	29	Veracruz	176
14	Chiapas	270	30	Hidalgo	170
15	Tamaulipas	258	31	Campeche	160
16	Morelos	253	32	Guerrero	134

Fuente: Presentación a partir del "Ranking nacional en la consolidación del Sistema de Justicia Penal", en México Evalúa, *Hallazgos 2017. Seguimiento y evaluación del sistema de justicia penal en México*, México, 2018, p. 97.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 90.

Los datos evidencian que la implementación del nuevo sistema de justicia penal avanza a muy diferentes ritmos al interior de la República. Por ello, es necesario el seguimiento puntual y la dotación de recursos, especialmente en las entidades más rezagadas.

### III. Consolidación del nuevo sistema de justicia penal

Aunque es evidente que el nuevo sistema de justicia penal no ha ofrecido los resultados para los cuales fue diseñado, la evidencia estadística nos muestra algunos avances que lo colocan en la ruta de la consolidación.

En el ámbito federal, del total de asuntos finalizados –al 30 de junio de 2018– solamente 5.99% han concluido mediante un juicio oral, 2.84% por un acuerdo reparatorio, 23.03% mediante una suspensión condicional del proceso y 64.98% por virtud de un procedimiento abreviado.<sup>12</sup> Lo anterior indica que el nuevo sistema se acerca paulatinamente al objetivo de tener una impartición de justicia más rápida con motivo de la aplicación de las salidas alternas y formas de terminación anticipada del proceso. Mecanismos que permiten al imputado encontrar una pronta solución a su situación jurídica y a la víctima una efectiva reparación del daño causado con motivo de la comisión del delito.

Pese a los avances, aún existen diversas áreas de oportunidad, desde el punto de vista operativo, normativo y jurisprudencial, de gran importancia para una debida consolidación del nuevo sistema de justicia penal. En este sentido y bajo una lógica sistémica, uno de los retos del nuevo sistema de justicia penal ha sido la divergencia en los resultados de sus partes integrantes, a saber, las policías, Ministerios Públicos, Jueces y autoridades penitenciarias.

<sup>12</sup> Consejo de la Judicatura Federal: "Cuarto informe... cit., p. 29.

Como se sabe, cada una de estas instancias posee responsabilidades específicas dentro del proceso penal. Mientras que la policía participa en las detenciones y la obtención de pruebas que acreditan los delitos, el Ministerio Público se encarga de dirigir la investigación, solicitar órdenes de aprehensión y formular acusaciones. A su vez, el Juez libra las órdenes de aprehensión, tramita y resuelve el proceso, mientras que la autoridad penitenciaria ejecuta las penas impuestas por el Juez.

Con el objetivo de evitar resultados divergentes en nuestro sistema de justicia penal, sus componentes no deben seguir trabajando de manera aislada, con valores, ritmos y dinámicas distintas. Además de fortalecer cada elemento del sistema mediante la constante capacitación y evaluación de sus integrantes, se requiere contar con una mejor coordinación entre ellos. Para esto, se estima conveniente establecer un diseño institucional que incluya una estructura de incentivos mutuos que fomenten procesos de seguimiento, coordinación y rendición de cuentas entre los eslabones del sistema.

En suma, de lo que se trata es de establecer *mecanismos de supervisión recíproca* para que el sistema funcione en su conjunto. Lo anterior ayudaría a resolver problemas que se observan en la práctica. Por ejemplo, cuando el Ministerio Público solicita una orden de aprehensión y el Juez la concede ordenando a la policía su ejecución. Sin embargo, como se sabe, los encargados de perseguir y detener al presunto delincuente no trabajan ni rinden cuentas ante el Juez, sino que pertenecen a una institución independiente y ajena al Poder Judicial. Por ello, a partir de que libra la orden de aprehensión el Juez podría desentenderse,

pues ya no cuenta con facultades para exhortar o vigilar que el sospechoso sea aprehendido. De esta forma, el asunto se archiva provisionalmente hasta que se logre la detención del probable responsable.

Ante esta realidad, uno de los principales retos para la consolidación del nuevo sistema de justicia penal es crear los mecanismos pertinentes que, bajo una lógica de rendición de cuentas, permitan a los operadores del sistema acusatorio coordinarse y supervisarse mutuamente. Lo anterior coadyuvaría a entregar mejores resultados a la sociedad mediante la disminución de los índices de impunidad y, sobre todo, reforzaría la eficacia y legitimidad del nuevo sistema de justicia penal.

Aunado al fortalecimiento del sistema en su conjunto, existen elementos que ayudarían sobremedida a consolidar el nuevo sistema penal acusatorio. Se mencionan a continuación algunos de los más relevantes.

### **A. Registro de la información relacionada con las salidas alternas**

Para las salidas alternas previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales, la autoridad competente contará con un registro para dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso. Dicho registro deberá ser consultado por el Ministerio Público y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder, respectivamente, alguna forma de solución alterna del procedimiento.<sup>13</sup>

Asimismo, la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal prevé

<sup>13</sup> Artículo 183, párrafo tercero, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

la existencia de una base de datos nacional, que será administrada por el Centro Nacional de Información del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, y que deberá estar conformada por la información de las bases de datos de todos los órganos especializados en mecanismos alternativos de solución de controversias de la Procuraduría General de la República y de las procuradurías o fiscalías estatales, así como de los Poderes Judiciales locales. Los reportes de dicha base de datos nacional servirán para verificar si alguno de los intervinientes ha participado en mecanismos alternativos, si ha celebrado acuerdos reparatorios y si, en su caso, los ha incumplido.<sup>14</sup>

Por tanto, es de suma importancia que las autoridades ministeriales y judiciales del país –locales y federales– cuenten con los registros correspondientes y proporcionen oportunamente la información al Centro Nacional de Información, con el fin de mantener actualizada la base de datos nacional y tener certeza en el manejo de los datos relacionados con los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso. Los reportes de esos registros y de la base de datos servirán para verificar si el imputado previamente ha celebrado salidas alternas y, en su caso, conocer las circunstancias del cumplimiento.

La correcta operación de los mecanismos alternativos de solución de controversias depende, en gran medida, de la existencia de los registros y de la base de datos nacional pero, sobre todo, de que estén actualizados. Es decir, que contengan información estadística confiable, verificable y oportuna.

Lo anterior se sustenta debido a que el Código Nacional de Procedimientos Penales establece supuestos

específicos de improcedencia de los acuerdos reparatorios y de la suspensión condicional del proceso. En este sentido, no procederán los acuerdos reparatorios en caso de que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos. Tampoco serán procedentes en caso de que el imputado haya incumplido previamente un acuerdo reparatorio, salvo que haya sido absuelto.<sup>15</sup>

Por otra parte, la suspensión condicional del proceso no procederá cuando no hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento de una suspensión condicional anterior, salvo que en este último supuesto el imputado haya sido absuelto.<sup>16</sup>

En tal virtud, si no existen los registros y la base de datos nacional en comentario, bien, si no se mantienen actualizados, esto puede traer como consecuencia que en la práctica se autoricen salidas alternas improcedentes, en contravención a lo dispuesto por la ley. Esto ante la imposibilidad del Ministerio Público o, en su caso, del Juez de control, de verificar si en el fuero federal o local –incluso en distinta entidad federativa– el imputado celebró previamente otro acuerdo reparatorio por el mismo delito doloso, si incumplió un acuerdo reparatorio previo, o bien, si no han transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento de una suspensión condicional anterior. De ahí la importancia de que los distintos operadores registren la información correspondiente a las salidas alternas y la reporten oportunamente a la base de datos nacional.

<sup>14</sup> Artículo 43 de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

<sup>15</sup> Artículo 187 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>16</sup> Numeral 192, fracción III, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Por otra parte, existen opiniones en el sentido de que, como consecuencia de la implementación del nuevo sistema de justicia penal, las personas que de manera recurrente cometen delitos –por ejemplo, quienes incurrir en robo de manera reiterada–, rápidamente quedan en libertad una vez que son detenidas y vuelven a delinquir. Dicha percepción podría permear aún más si las autoridades competentes autorizan salidas alternas improcedentes, como consecuencia de la imposibilidad de verificar los supuestos de improcedencia previstos en la ley al no tener actualizados los registros y la base de datos nacional.

### ***B. Reforma de ley para homologar los supuestos de improcedencia de las salidas alternas***

Como quedó precisado, existen supuestos específicos de improcedencia de las salidas alternas.

Tratándose de los acuerdos reparatorios, no proceden cuando el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos, ni cuando se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las entidades federativas. Tampoco son procedentes cuando el imputado haya incumplido previamente un acuerdo reparatorio, salvo que haya sido absuelto. A su vez, la suspensión condicional del proceso no procede cuando no han transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento de una suspensión condicional anterior, salvo que en este último supuesto el imputado haya sido absuelto.

Como puede advertirse, los supuestos de improcedencia son distintos para una y otra salida alterna. Por esta razón, es necesario reflexionar acerca de la viabilidad de homologar los supuestos de improcedencia de ambas

salidas alternas para dejar establecido que, al igual que en los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso no será procedente cuando el imputado haya celebrado anteriormente otra suspensión condicional por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos. De forma similar, que tampoco sea procedente cuando el imputado haya incumplido previamente una suspensión condicional del proceso, salvo que haya sido absuelto.

Otra posibilidad es que, tal y como acontece con la suspensión condicional del proceso, los acuerdos reparatorios no sean procedentes cuando no hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento de un acuerdo reparatorio anterior, con excepción para el caso en que el imputado sea absuelto.

De otra manera, una regulación legal disímil en los supuestos de improcedencia de las salidas alternas podría permitir que un imputado que cometió un delito, y cuyo asunto se resolvió mediante un acuerdo reparatorio o una suspensión condicional del proceso, cometa un segundo delito y también el nuevo asunto encuentre solución por alguna de esas salidas alternas, siempre y cuando no se ubique en los supuestos de improcedencia antes precisados.

Esta circunstancia podría tener un impacto en la forma en que la sociedad percibe el funcionamiento de las salidas alternas contempladas en el nuevo proceso penal acusatorio, pues se distorsionaría la naturaleza y finalidad de dichos mecanismos alternativos de solución de controversias si la ciudadanía advierte que una persona reiteradamente comete delitos y su asunto siempre encuentra solución mediante la celebración de un acuerdo reparatorio o, bien, por una suspensión condicional del proceso.



Si, por una parte, los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal tienen como finalidad descongestionar el sistema judicial, por otra buscan servir como herramienta de política criminal para contribuir a una solución de calidad para las partes. Dichos mecanismos alternativos brindan al imputado la oportunidad de evitar los efectos nocivos de un proceso penal y de la eventual imposición de una pena privativa de la libertad, al tiempo de proporcionar a la víctima u ofendido la posibilidad de obtener de manera más rápida la reparación del daño causado por el delito. Ambos elementos aportan mayor rapidez a la justicia penal, con disminución de costos, tanto para el sistema de justicia como para las partes involucradas, y permite racionalizar los recursos públicos para que el Estado centre sus capacidades institucionales en la investigación y persecución de los delitos de mayor gravedad e importancia, lo cual hace más eficiente y oportuna la justicia, así como menos costosa.<sup>17</sup>

No obstante, se estima necesaria una reforma legal para que el Código Nacional de Procedimientos Penales establezca, racionalmente, los supuestos específicos de improcedencia de estas salidas alternas, a efecto de no generar impunidad al solucionar un conflicto penal mediante una forma distinta al juicio y privilegiar la justicia restaurativa sobre la retributiva.

<sup>17</sup> Véase el proceso legislativo que culminó con la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, específicamente la exposición de motivos de la iniciativa presentada por diversos diputados del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática de reforma al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la parte conducente del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación y de Seguridad Pública de la Cámara de Senadores del 13 de diciembre de 2007.

### **C. Autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso**

El seguimiento de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, así como de las condiciones impuestas en una suspensión condicional del proceso, corresponde a la autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso.<sup>18</sup>

Dentro de las funciones de dicha autoridad está realizar la evaluación de riesgos del imputado, a efecto de que el Juez de control cuente con mayores elementos para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida cautelar a imponer. La finalidad es asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido y del testigo, así como de evitar la obstaculización del procedimiento.<sup>19</sup>

Esta autoridad ya existe a nivel federal, pues mediante el acuerdo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de julio de 2017, se creó la Unidad de Seguimiento y Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso como una unidad de apoyo del Comisionado General de la Policía Federal, cuyo objeto es proporcionar información a las partes sobre la evaluación de riesgos que representa el imputado y el seguimiento de las medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso.

Sin embargo, la creación de esta unidad fue posterior al proceso de implementación del nuevo sistema de justicia penal. Además de esto, actualmente su nivel de desarrollo es aún incipiente y se encuentra en condiciones poco óptimas para su operación, pues requiere desarrollo y fortalecimiento de infraestructura, equipamiento y

<sup>18</sup> Artículos 164, 176 y 177 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>19</sup> Artículo 176 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

personal. Por este motivo, no está siendo funcional para que los Ministerios Públicos y Jueces cuenten con información de calidad para la solicitud e imposición, respectivamente, de las medidas cautelares.<sup>20</sup>

Por tanto, es necesario que se proporcionen a dicha Unidad los recursos humanos, materiales y financieros suficientes para el ejercicio de sus funciones, así como asegurar que sus integrantes cuenten con el perfil profesional idóneo para realizar dichas funciones.

De lo contrario, no estarán en posibilidad de llevar a cabo, adecuadamente, las funciones que les corresponden, lo que podría incidir de manera negativa en la correcta operación del sistema de justicia penal, al dificultar en la práctica la evaluación y seguimiento de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, así como de las condiciones impuestas en una suspensión condicional del proceso. Lo anterior tendría como consecuencia que dichas tareas se deleguen en las autoridades policiacas de los distintos órdenes de gobierno o en las unidades de medidas cautelares de las entidades federativas, como acontecía antes de la creación de dicho organismo.

Igualmente, si no se proporciona información a las partes sobre la evaluación de riesgos que representa el imputado, el Juez de control no contará con los elementos suficientes para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida cautelar a imponer. Bajo este escenario, el Juez de control solamente estará en posibilidad de considerar para su toma de decisión los argumentos y datos de prueba que invoquen las partes en la audiencia inicial.

De esta realidad se deriva el apremio de fortalecer a la Unidad citada con los recursos financieros, humanos y materiales suficientes para el ejercicio de sus atribuciones.

<sup>20</sup> México Evalúa: *op. cit.*, p. 116.

### **D. Localizadores electrónicos**

El Código Nacional de Procedimientos Penales prevé la colocación de localizadores electrónicos como una de las medidas cautelares que el Juez de control puede imponer al imputado, a solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido.<sup>21</sup>

Sin embargo, en la actualidad, a nivel federal la Unidad de Seguimiento y Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso no cuenta con esos dispositivos electrónicos, como tampoco la mayoría de las unidades de medidas cautelares de las entidades federativas.<sup>22</sup> Evidentemente, esto incide de manera negativa en la debida operación del sistema, ya que reduce el catálogo de medidas cautelares que el Juez de control puede imponer al imputado.<sup>23</sup>

Esta circunstancia implica, en muchos casos, que el Ministerio Público solicite la prisión preventiva como medida cautelar al considerar que es la única idónea para asegurar la presencia del imputado en el proceso. Esta práctica desnaturaliza la prisión preventiva como medida cautelar, pues ésta debe ser excepcional toda vez que el Ministerio Público podrá solicitarla al Juez de control solamente cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Artículo 155, fracción XII, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>22</sup> Se tiene conocimiento de que al menos los Estados de Nuevo León, Yucatán, México, Puebla y Zacatecas, ya cuentan con los localizadores electrónicos.

<sup>23</sup> En el Centro de Justicia Penal Federal de Nezahualcóyotl, Estado de México, se ha impuesto como medida cautelar la colocación de localizadores electrónicos, pero son los imputados los que cubren el costo correspondiente a la operación del equipo.

<sup>24</sup> Artículo 167, párrafo primero, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

De ahí que, se reitera, es necesario que se proporcione a la Unidad de Seguimiento y Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso de los recursos financieros suficientes para la operación de los localizadores electrónicos.

### **E. Capacitación de la policía**

Una de las grandes áreas de oportunidad hacia la consolidación del nuevo sistema de justicia penal es la debida capacitación y fortalecimiento de los cuerpos policiacos que, en el nuevo sistema de justicia, tienen un papel activo en la investigación bajo la dirección y mando del Ministerio Público. No obstante, como diversos reportes consignan, pese a sus nuevas responsabilidades solamente se advierten mejoras marginales en su desempeño.<sup>25</sup>

Dentro de las principales obligaciones de la policía está realizar detenciones en los casos que autoriza la Constitución General –flagrancia, cumplimiento de orden de aprehensión y caso urgente–, así como informar sin dilación, por cualquier medio, al Ministerio Público sobre la detención de cualquier persona.<sup>26</sup>

Sin embargo, se ha visto en la práctica que con frecuencia los Jueces de control califican de ilegales las detenciones realizadas en flagrancia, ante la evidente vulneración de los derechos humanos de los imputados al ser privados de su libertad, en circunstancias diversas a las narradas por los aprehensores.

Por ejemplo, de 11,324 carpetas en total de investigación judicializadas con detenido ante los Centros de Justicia Penal Federal al 31 de julio de 2018,

<sup>25</sup> World Justice Project México: “La nueva... cit.

<sup>26</sup> Artículo 132, fracciones III y VI del Código Nacional de Procedimientos Penales.

en 885 asuntos no se calificó como legal la detención, es decir, el 8%.<sup>27</sup>

En el ámbito local, Puebla tuvo el mayor número de detenciones calificadas como ilegales en el 2017, con el 32.5% respecto del total de causas penales iniciadas. El segundo lugar lo ocupa Nayarit, con el 28.8% de detenciones ilegales, mientras que el tercer lugar lo ocupa Colima, con el 20.73%.<sup>28</sup>

Además, en muchos casos se evidencia en la audiencia inicial ante el Juez de control que, tratándose de detenciones en flagrancia, existió demora por parte de los policías en la puesta del imputado a disposición del Ministerio Público, sin causa justificada. Incluso, por desgracia, se siguen documentando prácticas que existían en el sistema penal mixto o tradicional, como la tortura de los detenidos. A este respecto, aun cuando son menos las personas forzadas a confesar en el nuevo sistema de justicia penal, todavía 59% de los encuestados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en la Primera Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad, manifestó haber sido objeto de maltrato durante su detención.<sup>29</sup>

Estos datos indican que los cuerpos policiacos que intervienen en la etapa de investigación del nuevo sistema de justicia penal, no han sido debidamente capacitados. Por mencionar un ejemplo, sólo el 26.8% de las policías a nivel nacional se encuentran capacitadas en funciones de primer respondiente.<sup>30</sup>

Esta circunstancia también incide de manera negativa en la persecución de los delitos. A raíz de una

<sup>27</sup> De acuerdo con la información contenida en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE) del Consejo de la Judicatura Federal.

<sup>28</sup> México Evalúa: *op. cit.*, p. 88.

<sup>29</sup> World Justice Project México: *op. cit.*, pp. 7 y 8.

<sup>30</sup> México Evalúa: *op. cit.*, p. 153.



actuación indebida por parte de la policía, los imputados pueden obtener su libertad y, por ende, la comisión de los delitos puede quedar impune ya que la consecuencia de una detención ilegal es la invalidez de los datos de prueba obtenidos directa e inmediatamente con motivo de la propia detención.<sup>31</sup> Lo anterior, como se sabe, impediría judicializar nuevamente el asunto y solicitar el libramiento de una orden de aprehensión o el dictado de un auto de vinculación a proceso con base en los mismos datos de prueba.

No debemos soslayar que en el sistema penal acusatorio –donde los actos procedimentales a resolver se llevan a cabo mediante audiencias– rige el principio de inmediación, por virtud del cual toda audiencia debe desarrollarse en presencia del Juez y de las partes. De este modo, la defensa fácilmente puede evidenciar en la audiencia inicial ante el Juez de control una detención ilegal, la demora en la puesta a disposición del imputado ante el Ministerio Público o la tortura del detenido, con las consecuencias que ello implica, como obtener una calificación ilegal de la detención y/o la exclusión de pruebas ilícitas.<sup>32</sup>

Uno de los objetivos del nuevo proceso penal acusatorio, por disposición constitucional y legal,<sup>33</sup> es

<sup>31</sup> Lo que encuentra sustento en la tesis aislada 1a. CCI/2014 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 6, mayo de 2014, Tomo I, página 545, de rubro: *FLAGRANCIA. LAS CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL SON LA INVALIDEZ DE LA DETENCIÓN DE LA PERSONA Y DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA.*

<sup>32</sup> Artículos 308, párrafo segundo y 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>33</sup> Artículo 20, apartado A, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y artículo 2° del Código Nacional de Procedimientos Penales.

procurar que el culpable no quede impune. Para alcanzar este fin, solamente puede coadyuvar una intervención eficiente de la policía y con estricto respeto a los derechos humanos de los imputados.

Por tales razones, se considera de suma importancia que las instituciones involucradas redoblen esfuerzos para que los cuerpos policiacos reciban la debida capacitación en materia de detenciones, derechos humanos y temas relacionados con sus funciones en la etapa de investigación. Todo ello con el objetivo de mejorar sustancialmente su desempeño conforme a los estándares de actuación del nuevo sistema de justicia penal.

Por otra parte, dentro de las obligaciones de la policía también se encuentra la de preservar el lugar de los hechos o del hallazgo y, en general, realizar todos los actos necesarios para garantizar la integridad de los indicios y, en su caso, dar aviso a la policía con capacidades para procesar la escena del hecho y al Ministerio Público. Igualmente, la de recolectar y resguardar objetos relacionados con la investigación de los delitos.<sup>34</sup>

De esto se deriva la necesidad de que los cuerpos policiacos que actúan bajo la conducción y mando del Ministerio Público en la investigación de los delitos, cuenten con elementos o divisiones especializadas para procesar la escena del hecho probablemente delictivo.<sup>35</sup> Los elementos policiacos especializados deben estar altamente capacitados, pues en el nuevo sistema de justicia penal cobra importancia fundamental la cadena de custodia.

<sup>34</sup> Artículo 132, fracciones VIII y IX del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>35</sup> Como lo exige el artículo décimo transitorio del decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, por el que se expidió el Código Nacional de Procedimientos Penales.

El Código Nacional de Procedimientos Penales establece que la cadena de custodia es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.<sup>36</sup> La aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de quienes, en cumplimiento de las funciones propias de su encargo o actividad, tienen contacto con los indicios, vestigios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo, esto es, de la policía.

Una mala aplicación de la cadena de custodia, específicamente en la recolección, preservación, empaque y traslado de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito, puede traer como consecuencia su alteración y, por ende, que carezcan de eficacia probatoria para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate y de sustentar una sentencia condenatoria.<sup>37</sup>

En consecuencia, se estima de fundamental relevancia no sólo que los cuerpos policiacos cuenten con elementos o divisiones especializados para procesar la escena del hecho probablemente delictivo, sino que además reciban la capacitación necesaria para la recolección de indicios y la realización de sus demás funciones.

#### ***F. Actuación del Ministerio Público en la etapa de investigación***

En el nuevo proceso penal acusatorio, la etapa de investigación tiene por objeto que el Ministerio Público

<sup>36</sup> Artículo 227, párrafo primero del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>37</sup> Artículo 228, párrafo primero, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

reúna los indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño.<sup>38</sup> Por ello, compete al Ministerio Público ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar –o refutar– la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión.<sup>39</sup>

La etapa de investigación comprende dos fases, a saber: 1) la investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación; y, 2) la investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación.<sup>40</sup>

En la fase de investigación inicial, el Ministerio Público realiza todas las diligencias de investigación que estime pertinentes para obtener los datos de prueba, a fin de establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, como base para el ejercicio de la acción penal.

Una vez judicializada la carpeta de investigación, se abre la fase de investigación complementaria si el Juez de control dicta el auto de vinculación a proceso en contra del imputado por estimar que, de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprenden datos de prueba que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

<sup>38</sup> Artículo 213 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>39</sup> Artículo 127 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>40</sup> Artículo 211, fracción I del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En la investigación complementaria las partes culminarán de recabar sus fuentes de prueba y de ahondar en el estudio de los datos que obran en la carpeta de investigación, con la finalidad de preparar, en su caso, el proceso penal en materia probatoria.<sup>41</sup>

Como se ve, en el nuevo sistema de justicia penal, una vez que ejerció la acción penal el Ministerio Público, no deja de tener la conducción y el mando de la investigación, pues durante la investigación complementaria tiene la obligación de recabar mayores datos de prueba para sustentar la acusación en contra del imputado y poder demostrar su teoría del caso en el juicio.

Esta es una diferencia respecto a lo que ocurría en el sistema penal mixto o tradicional donde la función investigadora del Ministerio Público solamente se desarrollaba en la etapa de averiguación previa y, una vez que ejercía la acción penal, dejaba de tener el carácter de autoridad.<sup>42</sup> En tal virtud, en la fase de instrucción la autoridad ministerial generalmente no ofrecía pruebas, porque las recabadas en la etapa de averiguación previa conservaban su valor probatorio –a menos de que fueran excluidas por la autoridad judicial– y podían ser tomadas en consideración para sustentar una sentencia, por virtud del principio de permanencia de la prueba.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Dagdug Kalife, A.: *Manual de...* cit., p. 375.

<sup>42</sup> Como incluso se advierte de la jurisprudencia 1a./J. 40/2000 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XIII, febrero de 2001, página 9, de 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 INCUPLADO Y DE SU DEFENSOR, PROCEDE CONSIDERARLAS EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EN EL DE SUJECCIÓN A PROCESO.*

<sup>43</sup> Principio al que hizo referencia la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el conflicto competencial 28/2018 que dio

Sin embargo, bajo el nuevo sistema de justicia penal es importante que el Ministerio Público continúe con la investigación del caso durante la fase de investigación complementaria. Lo anterior significa recabar mayores datos de prueba para sustentar la acusación en contra del imputado, pues pretender demostrar su teoría del caso en el juicio con los mismos datos de prueba que recabó en la investigación inicial –en los que se basó la vinculación a proceso–, implicaría el riesgo del dictado de una sentencia absolutoria al no acreditar, más allá de toda duda razonable, que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que se siguió el juicio.

Cabe destacar que el sistema de justicia penal atiende mayormente casos en los que se configura la flagrancia, o bien, casos menores sin que exista la capacidad de investigar delitos de mayor complejidad.<sup>44</sup> Asimismo, de un total de 860 procedimientos que han finalizado en los Centros de Justicia Penal Federal mediante un juicio oral –al 30 de junio de 2018–, 258 personas, es decir, el 30% fueron absueltas.<sup>45</sup> Tal circunstancia podría ser un indicador de que la investigación que se realiza por los Ministerios Públicos no es de calidad.

De ahí la gran importancia de que, durante la investigación complementaria, el Ministerio Público realmente continúe con una investigación eficiente, exhaustiva y profesional, orientada a explorar todas las

origen a la tesis aislada 1a. CLXVII/2016 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 31, junio de 2016, Tomo I, página 686, de rubro: *CARPETA DE INVESTIGACIÓN. LOS DATOS DE PRUEBA QUE LA INTEGRAN EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN DESFORMALIZADA DEL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL, NO PUEDEN TRASLADARSE A LA AVERIGUACIÓN PREVIA DE UN PROCESO PENAL MIXTO.*

<sup>44</sup> México Evalúa: *op. cit.*, p. 152.

<sup>45</sup> Consejo de la Judicatura Federal: *op. cit.*, p. 30.

líneas de investigación posibles que permitan allegarse de datos de prueba para el esclarecimiento del hecho que la ley señala como delito, así como la identificación de quien lo cometió o participó en su comisión y, de esta manera, estar en condiciones de formular acusación en contra del imputado.<sup>46</sup>

### **G. Lugar de reclusión de los imputados**

De acuerdo con la ley, las personas sujetas a prisión preventiva deben cumplir con la resolución judicial privativa de la libertad en los centros penitenciarios más cercanos al lugar donde se está llevando a cabo su proceso, con excepción de los imputados por el delito de delincuencia organizada y de otras personas privadas de la libertad que requieran medidas especiales de seguridad.<sup>47</sup>

Con el objeto de que los procesados por delitos federales puedan cumplir su medida cautelar en los centros penitenciarios más cercanos al lugar en el que se desarrolla su procedimiento, las entidades federativas deben aceptar internarlos en los centros penitenciarios locales, con el fin de llevar a cabo su debido proceso.<sup>48</sup> Esto es, todo imputado tiene el derecho a que la prisión preventiva a la que se vea sometido se ejecute en el lugar en el que sustancia el proceso, con la salvedad ya indicada.

La intención que subyace en las disposiciones legales que establecen esto, es salvaguardar el derecho del imputado a una defensa adecuada, así como la celeridad en la impartición de justicia.<sup>49</sup> No obstante, en la práctica,

<sup>46</sup> Artículo 212, párrafo segundo, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>47</sup> Artículo 49 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

<sup>48</sup> Artículo 22, párrafo tercero del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>49</sup> Como se advierte de la ejecutoria de la Primera Sala de la Suprema Corte

al menos en el fuero federal, por diversas razones un gran número de imputados enfrentan su proceso privados de la libertad en centros de reclusión ubicados en un lugar diverso a aquel donde se tramita la causa penal.

Esta circunstancia incide en el derecho a una defensa adecuada, así como en la celeridad de la impartición de justicia, ya que el procesado no está en la posibilidad real de participar en la preparación y desahogo de las pruebas. Igualmente, el procesado no tiene contacto directo e inmediato con el Juez de la causa y su defensor, aunado a que el desahogo de las audiencias por el método de videoconferencia generalmente es tardado, pues implica la tramitación de exhortos y la fijación de fechas de las audiencias depende de la agenda del órgano jurisdiccional exhortado.

Por tanto, en la medida de lo posible, debe cumplirse con el mandato legal de que los imputados a quienes se imponga la medida cautelar de prisión preventiva sean internados en centros de reclusión cercanos al lugar en el que se lleva a cabo el proceso, a efecto de cumplir con la intención del legislador.

### **H. Reforma constitucional y al Código Nacional de Procedimientos Penales para la supresión del derecho del imputado y su defensa de solicitar el desahogo de medios de prueba durante el plazo constitucional o su ampliación**

de Justicia de la Nación, que resolvió la contradicción de tesis 390/2014, de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 72/2015 publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, página 672, de rubro: *COMPETENCIA TERRITORIAL DE EXCEPCIÓN, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 10, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. SE ACTUALIZA CUANDO EL MINISTERIO PÚBLICO EJERCE ACCIÓN PENAL POR EL DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA.*

La implementación del nuevo sistema de justicia penal ha demostrado que es necesario realizar ajustes a la normativa procesal que lo regula, con el fin de asegurar una mejor operación.

En este sentido, el plazo constitucional de setenta y dos horas que tiene el Juez de control para dictar el auto de vinculación a proceso podrá duplicarse solamente a solicitud del imputado, con la finalidad de hacer valer su derecho de defensa en esa dilación.<sup>50</sup> Por tanto, el imputado tiene el derecho de solicitar el desahogo de medios de prueba durante el plazo constitucional o su ampliación, en el caso de delitos que ameriten la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa u otra personal.<sup>51</sup>

Lo anterior trae como consecuencia que si durante el plazo constitucional o su duplicidad se desahogan medios de prueba ofrecidos por el imputado, se estaría llevando a cabo todo un procedimiento que implica, en muchos casos, que prácticamente en esa etapa procesal se adelante el juicio. Así, pues, este elemento desnaturaliza por completo la etapa de investigación del nuevo proceso penal acusatorio.

Aunado a lo anterior, se estima que en los supuestos en los que, durante el plazo constitucional o su prórroga, se desahogan medios de prueba ofrecidos por el imputado, se genera un desequilibrio entre las partes. Esto atenta indudablemente contra los principios de igualdad y de contradicción que rigen el nuevo proceso penal acusatorio.

Esto sucede debido a que el Ministerio Público debe solicitar y motivar la vinculación del imputado a proceso

solamente con la exposición de datos de prueba, es decir, con la mera referencia al contenido de determinados medios de convicción, aún no desahogados ante el órgano jurisdiccional, que se adviertan idóneos y pertinentes para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.<sup>52</sup> Mientras tanto, el imputado sí tiene la posibilidad de desahogar medios de prueba durante la dilación constitucional.

Como se ha insistido, esta situación genera una desventaja para el Ministerio Público, pues solamente puede apoyar su solicitud de vinculación a proceso con datos de prueba, mientras que el imputado puede oponerse a tal petición con el desahogo de medios de prueba.

Asimismo, debe apuntarse que el desahogo de medios de prueba tiene una influencia distinta en el ánimo del Juez de control respecto a la apreciación del hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o haya participado en su comisión, en contraste con la simple exposición de datos de prueba. Evidentemente, no genera la misma impresión en el ánimo del Juez de control presenciar la declaración de determinados testigos de descargo en relación con los hechos materia de la imputación, que escuchar la simple referencia al contenido de lo que, según el Ministerio Público, declararon los elementos aprehensores con motivo de la detención.

Debe destacarse, en ese sentido, que el ofrecimiento y desahogo de medios de prueba en la dilación constitucional corresponde a la lógica del proceso penal mixto o tradicional, donde las pruebas desahogadas por el

<sup>50</sup> Artículo 19, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>51</sup> Derecho previsto en el artículo 314, segundo párrafo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>52</sup> Artículo 261, párrafo primero del Código Nacional de Procedimientos Penales.



Ministerio Público en la averiguación previa tenían valor probatorio, por lo que era indispensable otorgarle a la defensa la oportunidad para que, a su vez, desahogara medios de prueba en la etapa de preinstrucción.

Esto ya no acontece en el nuevo proceso penal acusatorio, pues la etapa de investigación es desformalizada y solamente tiene por objeto que el Ministerio Público recabe los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal. Por esta razón, en la investigación inicial no se desahogan medios de prueba –tampoco en la investigación complementaria– como sí acontecía en la etapa de averiguación previa del proceso penal mixto o tradicional. Así, en la carpeta de investigación, en la que se incorporan todos los registros de los antecedentes de la misma, solamente existen datos de prueba.

Otro elemento a tomar en consideración es que, atendiendo a la propia dinámica del proceso penal acusatorio, el Juez de control no está facultado para llevar a cabo el desahogo de medios de prueba.<sup>53</sup>

Por tanto, se considera que el derecho del imputado de prorrogar el plazo constitucional para ejercer su derecho de defensa puede alcanzarse mediante la sola incorporación de los datos de prueba que considere necesarios, con el fin de que sean tomados en consideración por el Juez de control al resolver la vinculación a proceso solicitada por el Ministerio Público.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> La única excepción que se prevé es tratándose del desahogo de la prueba anticipada, en términos de lo dispuesto por el artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>54</sup> Véase la exposición de motivos de la iniciativa presentada por los senadores Arely Gómez González y Roberto Gil Zuarth, de la reforma al Código Nacional de Procedimientos Penales, publicada el 17 de junio de 2016, en la parte conducente a la propuesta de modificación de los artículos 314, 315 y 320.

### ***I. Interpretación jurisprudencial***

La implementación del nuevo sistema de justicia penal ha supuesto un reto para todas las instituciones de procuración e impartición de justicia. De manera particular, para los órganos de control constitucional del Poder Judicial de la Federación ha sido una tarea aún más compleja, debido a la necesaria convivencia entre el juicio de amparo y el proceso penal acusatorio. Elementos que se rigen, respectivamente, por leyes especiales, reglas y principios propios.

La interacción entre el juicio de amparo y el proceso penal acusatorio, ante el análisis de lo resuelto por los juzgadores del nuevo sistema de justicia penal desde la perspectiva del control constitucional –vía juicio de amparo–, ha traído como consecuencia la necesidad de armonizar la interpretación de las distintas instituciones y disposiciones jurídicas que rigen ambos sistemas. Esto con el objetivo de que los criterios emitidos por los órganos de amparo no incidan de manera negativa en el debido funcionamiento y operación del proceso penal acusatorio.

En relación con este asunto, cabe señalar que incluso la interacción entre el juicio de amparo y el proceso penal acusatorio ha obligado al Poder Legislativo a adoptar medidas al respecto. En ese sentido, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 17 de junio de 2016, se reformaron diversos artículos de la Ley de Amparo con el objetivo de adecuar dicha legislación para que sirva como un instrumento jurídico que coadyuve a la mejor operación y funcionamiento del sistema procesal penal acusatorio en nuestro país.<sup>55</sup>

<sup>55</sup> Véase el proceso legislativo, específicamente la exposición de motivos de la iniciativa presentada por los senadores Arely Gómez González y Roberto Gil Zuarth.

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en aras de alcanzar la armonización y sana convivencia entre el juicio de amparo y el nuevo proceso penal acusatorio, ha emitido criterios que han resultado fundamentales no sólo para superar las contradicciones en que incurrieron diversos juzgadores en el país; más importante aún, que construyeron los lineamientos obligatorios de la aplicación de una nueva ley penal. Por mencionar algunos, la Primera Sala estableció que para el dictado del auto de vinculación a proceso, no es necesario que el Juez de control analice si están acreditados los elementos objetivos, normativos y subjetivos de la descripción típica del delito materia de la imputación. En su lugar, solamente debe llevar a cabo un ejercicio tendiente a determinar si el hecho materia de la imputación encuadra en alguna de las descripciones típicas que en abstracto describe la norma penal como delitos.<sup>56</sup>

También destaca el criterio respecto a la improcedencia del juicio de amparo contra el auto de vinculación a proceso, cuando con posterioridad el imputado celebra un acuerdo reparatorio o se acoge a la suspensión condicional del proceso.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Al resolver la contradicción de tesis 87/2016, de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 35/2017, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 45, agosto de 2017, Tomo I, página 360, de rubro: *AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA SATISFACER EL REQUISITO RELATIVO A QUE LA LEY SEÑALE EL HECHO IMPUTADO COMO DELITO, BASTA CON QUE EL JUEZ ENCUADRE LA CONDUCTA A LA NORMA PENAL, DE MANERA QUE PERMITA IDENTIFICAR LAS RAZONES QUE LO LLEVAN A DETERMINAR EL TIPO PENAL APLICABLE (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL)*.

<sup>57</sup> Emitido en la contradicción de tesis 220/2016 que originó la jurisprudencia 1a./J. 33/2017, consultable en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 43, junio de 2017, Tomo I, página 461, de rubro: *CONSENTIMIENTO DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ACONTECE CUANDO EL IMPUTADO ACEPTA CONCLUIR EL PROCESO PENAL A TRAVÉS DE UN ACUERDO REPARATORIO O SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA, POR LO QUE SE ACTUALIZA LA CAUSA DE IMPROCEDENCIA QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 61, FRACCIÓN XIII, DE LA LEY DE AMPARO*.

Igualmente, los Ministros resolvieron que en el procedimiento abreviado no opera el principio de contradicción, pues no existe desahogo de medios de prueba, en virtud de que el imputado acepta los hechos materia de la acusación y renuncia al juicio oral con la finalidad de acceder a los beneficios previstos en la ley. En consecuencia, no debe exigirse que el Ministerio Público acredite plenamente el delito y la responsabilidad penal del acusado en su comisión. Tampoco el Juez de control debe ponderar el valor probatorio de los medios de convicción que sustentan la acusación para verificar la acreditación de dichos extremos y, a partir del resultado, formarse convicción sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Por tanto, en el amparo directo derivado de un procedimiento abreviado no podrá ser materia de cuestionamiento la acreditación del delito y la responsabilidad penal del acusado, ni la exigibilidad de valoración de pruebas.<sup>58</sup>

Además, en el máximo tribunal del país se determinó que el juicio de amparo indirecto, por regla general, es improcedente contra la determinación que admite un

<sup>58</sup> Al resolver el amparo directo en revisión 1619/2015, del que derivó la tesis aislada 1a. CCXII/2016, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, agosto de 2016, Tomo II, página 783, de rubro: *PROCEDIMIENTO ABREVIADO. CONNOTACIÓN Y ALCANCES DEL PRESUPUESTO DE PROCEDENCIA CONSISTENTE EN QUE “EXISTEN MEDIOS DE CONVICCIÓN SUFICIENTES PARA CORROBORAR LA IMPUTACIÓN”, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*; así como la diversa tesis aislada 1a. CCX/2016, consultable en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, agosto de 2016, Tomo II, página 788, de rubro: *PROCEDIMIENTO ABREVIADO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CONSIDERACIONES QUE PUEDEN SER MATERIA DE CUESTIONAMIENTO CONSTITUCIONAL EN EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO PROMOVIDO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA DERIVADA DE AQUÉL*.

medio de prueba en la audiencia intermedia, pues por sí misma no constituye un acto de imposible reparación.<sup>59</sup> Por otra parte, concluyó que en el amparo directo las violaciones a derechos fundamentales sólo pueden ser objeto de revisión constitucional cuando se materialicen durante la tramitación de la etapa de juicio, sin que resulte posible su estudio cuando hayan sido cometidas durante las etapas previas.<sup>60</sup>

Es conveniente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito continúen emitiendo criterios jurisprudenciales que abonen a una adecuada interacción entre el juicio de amparo y el nuevo sistema de justicia penal.

Uno de los problemas de interpretación aún no definidos, derivado de la coexistencia transitoria del sistema penal mixto o tradicional y del nuevo sistema penal acusatorio, consiste en determinar qué asuntos deben tramitarse ya conforme a este último sistema. En un principio, dicho problema de interpretación radicaba en dilucidar si el Código Nacional de Procedimientos Penales era aplicable a los procedimientos penales iniciados a partir de su entrada en vigor o, bien, a los procedimientos penales iniciados por hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigor.

Este problema obedece a que cuando se expidió el Código Nacional de Procedimientos Penales, el 5 de marzo de 2014, el artículo tercero transitorio de dicho ordenamiento establecía lo siguiente:

*ARTÍCULO TERCERO. Abrogación*

*El Código Federal de Procedimientos Penales publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1934, y los de las respectivas entidades federativas*

*vigentes a la entrada en vigor del presente Decreto, para efectos de su aplicación en los procedimientos penales iniciados por hechos que ocurran a partir de la entrada en vigor del presente Código, quedarán abrogados, sin embargo respecto a los procedimientos penales que a la entrada en vigor del presente ordenamiento se encuentren en trámite, continuarán su sustanciación de conformidad con la legislación aplicable en el momento del inicio de los mismos.*

...

Mientras que el artículo cuarto transitorio del decreto de reforma constitucional en materia penal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, establece lo siguiente:

*Cuarto. Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto.*

Del contenido de los transitorios antes mencionados se advierte que ambos establecen la regla de carga cero para la aplicación del nuevo sistema de justicia penal acusatorio y la convivencia transitoria del mismo con el sistema penal tradicional. Sin embargo, el transitorio del decreto de reforma constitucional dispone que las normas procesales del sistema tradicional serán aplicables para los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio. De esto último se desprende, a *contrario sensu*, que los procedimientos penales que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor del sistema de justicia penal acusatorio se seguirán conforme a éste, con independencia de que los hechos se

<sup>59</sup> En el amparo en revisión 907/2016.

<sup>60</sup> En el amparo directo en revisión 669/2015.



hayan realizado con anterioridad a su entrada en vigor, toda vez que el transitorio constitucional no establece ninguna previsión al respecto.

Por su parte, el artículo transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales establecía la abrogación de las normas procesales del sistema tradicional para efectos de su aplicación en los procedimientos penales iniciados por hechos ocurridos a partir de la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio. De lo anterior se colige que dicho transitorio circunscribía la aplicación del sistema penal acusatorio a los procedimientos penales que se inicien por hechos acontecidos con posterioridad a su entrada en vigor, es decir, agregaba una variable relevante –a saber, la fecha de los hechos– que no estaba prevista en el transitorio constitucional.

Esto generó, en principio, un problema de interpretación en relación con la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales. La disyuntiva era si el nuevo proceso penal acusatorio era aplicable a todos los procedimientos penales iniciados a partir de la entrada en vigor de dicho código, o bien, si debía circunscribirse a los procedimientos penales que se iniciaran por hechos acontecidos con posterioridad a su vigencia.

Afortunadamente, el 17 de junio de 2016 se reformó el citado artículo tercero transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales, con la finalidad de armonizarlo con el cuarto transitorio de la reforma constitucional, para quedar en los siguientes términos:

**ARTÍCULO TERCERO. Abrogación**

*El Código Federal de Procedimientos Penales publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1934, y los de las respectivas entidades federativas vigentes a la entrada en vigor del presente Decreto, quedarán abrogados para efectos de su aplicación en*

*los procedimientos penales que se inicien a partir de la entrada en vigor del presente Código, sin embargo respecto a los procedimientos penales que a la entrada en vigor del presente ordenamiento se encuentren en trámite, continuarán su sustanciación de conformidad con la legislación aplicable en el momento del inicio de los mismos.*

*En consecuencia el presente Código será aplicable para los procedimientos penales que se inicien a partir de su entrada en vigor, con independencia de que los hechos hayan sucedido con anterioridad a la entrada en vigor del mismo.<sup>61</sup>*

Esta reforma solucionó parcialmente el problema de interpretación antes precisado, ya que aclaró que se aplica el Código Nacional de Procedimientos Penales tomando en consideración la fecha de inicio del procedimiento penal, no así, la fecha de los hechos.

Sin embargo, el problema de interpretación que aún subsiste radica en dilucidar qué debe interpretarse por *inicio del procedimiento* para determinar la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales. Por ejemplo, cuando el Ministerio Público consigna una averiguación previa iniciada antes de la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>61</sup> Véase Secretaría de Gobernación, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales; del Código Penal Federal; de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública; de la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal; de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de Defensoría Pública, del Código Fiscal de la Federación y de la Ley de Instituciones de Crédito”, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de junio de 2016, consultable en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp/CNPP\\_ref03\\_17jun16.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp/CNPP_ref03_17jun16.pdf).

Esto implica responder a la siguiente interrogante: ¿el inicio del procedimiento que determina la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales debe entenderse como el inicio de la investigación ministerial, o bien, como el inicio del procedimiento en sede judicial con motivo del ejercicio de la acción penal, esto es, la consignación de la averiguación previa ante el Juez?

Al respecto, hay juzgadores que sostienen que para la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales, el inicio del procedimiento debe atender a la fecha de inicio de la investigación –averiguación previa– por parte del Ministerio Público. Por tanto, solamente las carpetas de investigación que se inicien a partir de la vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales –con independencia de la fecha de los hechos, es decir, después del 18 de junio de 2016– deberán tramitarse de conformidad con las reglas del sistema penal acusatorio. A su vez, las averiguaciones previas iniciadas con anterioridad a la vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales deberán continuar su trámite conforme a las reglas del sistema penal tradicional, incluso cuando se consignen ante el Juez.

En contraste, un segundo criterio considera que para la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales debe atenderse a la fecha de inicio del procedimiento en sede judicial. Es decir, con motivo de la consignación de la averiguación previa ante el Juez y no de la fecha de inicio de la indagatoria correspondiente.

En consecuencia, de acuerdo con este último criterio, solamente aquellos asuntos que al inicio de la vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales ya se encontraban en trámite ante los Jueces del sistema tradicional seguirán substanciándose hasta su conclusión conforme las reglas de dicho sistema. Por su parte, los

asuntos derivados de las averiguaciones previas que se consignen a partir de la vigencia del Código Nacional, deberán tramitarse conforme al sistema penal acusatorio.

El problema no sólo complica determinar qué autoridad es competente, además impacta directamente en la duración del plazo de coexistencia transitoria de ambos sistemas penales, considerando el número de averiguaciones previas que aún existen en trámite ante las procuradurías y que eventualmente podrían ser consignadas.

Otro pendiente de interpretación, al menos hasta la fecha de publicación del presente artículo, tiene que ver con la oportunidad procesal para solicitar el procedimiento abreviado. Cabe señalar que esta figura jurídica fue incorporada en el nuevo proceso penal acusatorio como una medida de política criminal con la finalidad de despresurizar el sistema de justicia penal. Lo anterior debido a que la figura responde a la necesidad de contar con una vía expedita y sencilla de resolver el conflicto penal de manera anticipada en aquellos casos en los que no es necesario el desahogo de medios de prueba –y, en consecuencia, el juicio oral–, debido a que no existe controversia entre las partes respecto de los hechos materia de la acusación. Por el contrario, el imputado renuncia al juicio oral, consiente la aplicación del procedimiento abreviado y admite su responsabilidad en los hechos delictivos que se le atribuyen ante el estímulo que significa la oferta de disminución sustancial de la pena por parte del Ministerio Público. Esto sucede siempre que existan datos de prueba que hagan verosímil la responsabilidad del acusado.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> Véase el proceso legislativo que culminó con la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, específicamente la exposición de motivos de la iniciativa presentada por

De acuerdo con la regulación legal del procedimiento abreviado contenida en el Código Nacional de Procedimientos Penales, el Ministerio Público podrá solicitar la apertura de dicha forma de terminación anticipada, después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral.<sup>63</sup> Pero en la práctica se han presentado casos en los que ya en la etapa de juicio, antes de comenzar la audiencia de juicio, el Ministerio Público solicita al Juez de enjuiciamiento la apertura del procedimiento abreviado en virtud de que llegó a un acuerdo con el acusado.

Una corriente judicial considera improcedente tal petición, por haber concluido la etapa intermedia y, por tanto, transcurrido el momento procesal oportuno para la solicitud del procedimiento abreviado. Pero de acuerdo con un criterio opuesto, es procedente admitir a trámite el procedimiento abreviado, ya que debe privilegiarse la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales,<sup>64</sup> aunado a que de esa forma también se cumple con el objeto del proceso.

Finalmente, apunto el problema de interpretación relacionado con la legitimación para solicitar el procedimiento abreviado.

---

diputados de diversos grupos parlamentarios, de reforma y adiciones, entre otros, al artículo 20, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como el proceso legislativo relativo a la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales, específicamente la exposición de motivos de la iniciativa presentada por los senadores Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Manuel Camacho Solís, Pablo Escudero, Angélica de la Peña Gómez, Omar Fayad Meneses, Luis Armando Melgar Bravo, Dolores Padierna y Layda Sansores San Román, en la parte conducente a los procedimientos especiales.

<sup>63</sup> Artículo 202, párrafo primero del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>64</sup> Artículo 17, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La previsión constitucional establece que, una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley.<sup>65</sup> Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el Juez citará a audiencia de sentencia. Derivado de esto, la ley establece los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

En el supuesto del procedimiento abreviado, de acuerdo con la regulación prevista en el Código Nacional de Procedimientos Penales, solamente se tramita a solicitud del Ministerio Público, en el supuesto de que: *a)* el imputado reconozca estar debidamente informado de su derecho a un juicio oral y de los alcances del procedimiento abreviado; *b)* renuncie expresamente al juicio oral; *c)* consienta la aplicación del procedimiento abreviado; *d)* admita su responsabilidad por el delito que se le imputa; y, *e)* acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación, siempre y cuando la víctima u ofendido no presente oposición fundada.<sup>66</sup>

En tal virtud, existen opiniones en el sentido de que la regulación legal no mantiene armonía con lo establecido en la Constitución respecto a la forma de terminación anticipada del proceso.

Como se ha expuesto, actualmente existen diversos problemas de interpretación en la operación del nuevo

---

<sup>65</sup> Artículo 20, apartado A, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>66</sup> Artículo 201 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

sistema de justicia penal, como los antes precisados y otros tantos no menos relevantes. En tal virtud, es conveniente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito emitan los criterios jurisprudenciales que resuelvan esos problemas de interpretación, a fin de fomentar la uniformidad en las decisiones de los tribunales, evitar el dictado de resoluciones judiciales divergentes y, con ello, dar certidumbre jurídica a los operadores. Debe reiterarse que la importancia de la jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano radica en que, al resolver las diferencias de interpretación entre los órganos jurisdiccionales, da contenido a las instituciones y figuras, así como certeza jurídica a los operadores, pues su aplicación es obligatoria.<sup>67</sup>

#### IV. Conclusiones

La implementación del nuevo sistema de justicia penal trajo como consecuencia un cambio de paradigma en la procuración e impartición de justicia en materia penal en el país, pues implicó una modificación sustancial de las reglas procesales, esto es, de la forma en que deben tramitarse los procesos penales.

El nuevo sistema de justicia penal es más eficiente que el sistema penal mixto o tradicional, ya que garantiza de mejor manera los derechos humanos del imputado, asegura la reparación del daño causado a la víctima u ofendido por la comisión del delito y proporciona una solución de los conflictos penales más rápida, en virtud de las salidas alternas y forma de terminación anticipada del proceso.

Es indudable que, a pesar de los beneficios palpables que ha traído consigo el nuevo sistema de justicia penal,

persisten diversas áreas de oportunidad desde el punto de vista operativo, normativo y jurisprudencial, que deben atenderse para una adecuada consolidación.

Por principio de cuentas, es fundamental fortalecer la coordinación entre las instituciones integrantes del sistema de justicia. Con el fin de evitar resultados divergentes, lo más pertinente sería establecer mecanismos de vigilancia recíproca que permitan dar seguimiento a los asuntos que se procesan desde su inicio y hasta su conclusión. La rendición de cuentas, la supervisión y el exhorto entre los propios integrantes del sistema de justicia permitiría consolidarlo con base en la eficacia, la reducción de la impunidad y la legitimidad ante la sociedad.

Además de esto, es necesario fortalecer la dotación de herramientas jurídicas, financieras y materiales para los operadores del sistema. En este sentido, todas las autoridades ministeriales y judiciales del país, locales y federales, deben contar con registros para las salidas alternas y proporcionar oportunamente la información correspondiente al Centro Nacional de Información, para que la base de datos nacional sea un sistema estadístico confiable. Asimismo, es necesario que se proporcione a la Unidad de Seguimiento y Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso los recursos humanos, materiales y financieros suficientes para el ejercicio de sus funciones y que sus integrantes tengan el perfil idóneo.

No menos relevante es que las corporaciones policiacas reciban la capacitación necesaria para mejorar el desempeño de sus funciones. Igualmente, que los Ministerios Públicos durante la investigación complementaria recaben mayores datos de prueba para sustentar la acusación. Y, en la medida de lo posible, se debe procurar que los imputados cumplan con la medida

<sup>67</sup> Artículo 217 de la Ley de Amparo.

cautelar de prisión preventiva en centros de reclusión cercanos al lugar donde se lleva a cabo su proceso.

En materia normativa, es necesario realizar ajustes al Código Nacional de Procedimientos Penales con el fin de tener una mejor operación del nuevo sistema de justicia penal. En este sentido se estima necesario, como se mencionó, suprimir el derecho del imputado de desahogar medios de prueba en la audiencia inicial. Asimismo, es muy importante que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito continúen emitiendo criterios jurisprudenciales que resuelvan los diversos problemas de interpretación que actualmente existen en la práctica –aunado a los que se vayan presentando– para dar certidumbre jurídica a los operadores.

Nos encontramos ante una nueva forma de procurar e impartir justicia en materia penal en el país. Una ruta novedosa que ya se implementó y que ahora se encuentra en su fase de consolidación. No obstante, transitar definitiva y eficazmente hacia un nuevo paradigma solamente se logrará con el redoblamiento y suma de esfuerzos, así como el ejercicio responsable de funciones por parte de todas las instituciones y autoridades involucradas en la operación del nuevo sistema de justicia penal.

## V. Bibliografía

- Consejo de la Judicatura Federal: “Cuarto informe al Congreso de la Unión, para los fines previstos en el artículo décimo tercero transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales, junio 2018”. Consultable en la página: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/index.htm#Publicaciones-InfCongreso>.
- Dagdug Kalife, Alfredo: *Manual de Derecho Procesal Penal, teoría y práctica*. Ubijus, México, 2016.

- Le Clerq Ortega y Rodríguez Sánchez Lara, Gerardo: «Índice global de impunidad México 2018», p. 9. Consultable en la página: [https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/2018/igimex2018\\_ESP.pdf](https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/2018/igimex2018_ESP.pdf).
- México Evalúa: “Hallazgos 2017. Seguimiento y evaluación del sistema de justicia penal en México”. Consultable en la página: <https://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2018/08/Hallazgos2017.pdf>.
- Pérez Daza, Alfonso: *Código Nacional de Procedimientos Penales, teoría y práctica del proceso penal acusatorio*. Tirant lo Blanch, 2ª. ed., México, 2017.
- World Justice Project México: “La nueva justicia penal en México, avances palpables y retos persistentes”. Consultable en la página: [https://worldjusticeproject.mx/wp-content/uploads/2018/06/wjp\\_nueva\\_justicia\\_penal\\_MX.pdf](https://worldjusticeproject.mx/wp-content/uploads/2018/06/wjp_nueva_justicia_penal_MX.pdf).



---

## **La argumentación y su importancia en la interpretación y aplicación del Derecho**

*Araceli Valtierra Zamudio\**

*El verdadero Juez tiene un rostro y tiene un nombre,  
pero no le interesa perpetuarlo entre los hombres,  
le basta su buena conciencia para perpetuarlos  
ante Dios.*

*Magistrado Jaime Manuel Marroquín Zaleta*

RESUMEN: La argumentación es una herramienta indispensable en el discurso jurídico a fin de justificar la interpretación y aplicación del Derecho, asimismo, debe basarse en el correcto uso del lenguaje y en la aplicación de ciencias auxiliares.

SUMARIO: I. Introducción. II. Interpretación del Derecho. III. Aplicación del Derecho. IV. La argumentación y su importancia en el Derecho. V. Hacia de una teoría de la argumentación jurídica. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

### **I. Introducción**

Hoy en día la teoría de la argumentación se enfoca al estudio del discurso jurídico, es decir, de las razones que apoyan o justifican una decisión, al resultado de un proceso argumentativo, más no así de la descripción y explicación del proceso que llevó a tomar una decisión

---

\* Oficial Administrativo del Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

en específico. Esto conlleva a la formulación de diversas interrogantes, como son: ¿Es necesario argumentar? Y, en este sentido, ¿por qué y para qué se argumenta?

El Derecho, debido a su naturaleza social está condicionado por el lenguaje, por la acción comunicativa en términos de la teoría de Jürgen Habermas, es por ello que debe ser visto también como argumentación, tanto en la etapa de interpretación como aplicación, ya que tales ámbitos comprenden el proceso cognoscitivo y el resultado que se obtiene.

## II. Interpretación del Derecho

*Interpretar* significa clarificar el campo de aplicación de una norma, esto es, atribuir significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación.<sup>1</sup>

La interpretación en sentido amplio se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias. Cualquier decisión en torno al significado de un texto constituye interpretación.

La interpretación jurídica puede ser vista desde dos perspectivas, por ejemplo, los Jueces *interpretan* a efecto de entender la esencia de la norma y que se aplique al caso concreto, en este sentido, la teoría cognitiva de la interpretación está estrechamente relacionada con la doctrina de la separación de poderes, con el principio de sujeción del juzgador a la ley (principio de legalidad en la jurisdicción).

La interpretación judicial de una determinada disposición puede ser entendida como una *decisión* en torno a una cierta norma. Las decisiones interpretativas

de los Jueces producen efectos jurídicos al caso concreto decidido, por lo que se orienta a los hechos. Los Jueces no se preguntan cuál es el significado de un texto normativo en abstracto, sino que atienden a si un determinado supuesto de hechos se encuentra o no dentro del campo de aplicación de una cierta norma. De ahí que el Juez no pueda sujetarse únicamente a la interpretación textual de la ley.

Por otra parte, los abogados también realizan una interpretación de la norma, pero en ese caso puede decirse que se encamina a encontrar la aplicación más favorable a los intereses de las personas que defienden, por lo que no se busca encuadrar un determinado hecho al supuesto normativo, sino que realmente se obtenga un resultado próspero.

En esta tesitura, es conveniente establecer una diferenciación entre *interpretar* y *aplicar* una ley, ya que la primera, como se ha indicado, concierne al sujeto propiamente, por lo que puede realizarla desde el estudiante, así como el investigador, abogado en el ejercicio profesional o el juzgador; mientras que la aplicación de la ley, ya como actividad del Estado, concierne principalmente a los Jueces.

En segundo lugar, la interpretación no se lleva a cabo únicamente respecto de normas, sino también respecto de textos jurídicos, en tanto que la aplicación sí se establece como una función que se atribuye a órganos jurisdiccionales y, por tanto, se dirige a la esfera jurídica de los gobernados.

Por otra parte, los *enunciados interpretativos* adscriben significado a un texto normativo. La *disposición*, es todo enunciado perteneciente a una fuente del Derecho, de ahí que la expresión *norma* pueda ser reservada al sentido de la disposición, su significado.

<sup>1</sup> Guastini, R: *Estudios sobre...* cit., pp. 3-4.

La disposición es el objeto de la actividad interpretativa y la norma su resultado. La norma es una disposición interpretada y reformulada por el intérprete.

Un enunciado interpretativo puede ser usado para interpretar en sentido estricto, esto es, dar un significado a un texto normativo; asimismo, un enunciado interpretativo puede ser usado para referirse a una interpretación de otros, es decir, transmitir el significado dado por alguien más a dicho texto.

Por otro lado, existen diversas teorías relativas a la interpretación, una de ellas es llamada *cognitiva*, que verifica el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores. La *teoría escéptica* sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento sino de valoración y decisión, desde este punto de vista, la norma jurídica no preexiste a la interpretación, más bien, es su resultado.

Con base en lo indicado, se puede también hacer referencia a una *teoría intermedia*, que considera a la interpretación, en ocasiones, como una actividad de conocimiento y, en otras, como una actividad de decisión discrecional.

Así también suele distinguirse entre interpretación auténtica, oficial, judicial y doctrinal.

- a) Auténtica: realizada por el autor del documento interpretado; en sentido estricto es la interpretación de la ley hecha por el propio legislador.
- b) Oficial: llevada a cabo por el órgano del Estado en ejercicio de sus funciones.
- c) Judicial: por los tribunales.
- d) Doctrinal: juristas.

La interpretación ha de guiarse por el intento de conciliar seguridad y justicia, es decir, la atención al caso concreto de acuerdo con criterios equitativos, a la vez

que se consigue el respeto mayor posible al ordenamiento jurídico.

De esta manera, el Juez desempeña tres funciones, el respeto a la ley, la protección a los derechos de los gobernados y la búsqueda de la justicia.

### III. Aplicación del Derecho

La función de los Jueces en la interpretación y aplicación del Derecho, es de suma importancia, ya que la misma no se limita a conocer la ley y aplicarla a un caso concreto, sino que debe dar una solución al tópico planteado, aun cuando no exista una norma expresa para el supuesto, en consecuencia, deberá acudir a los principios y valores, en virtud de que no puede dejar un asunto sin resolver, lo que conlleva a que la actividad de un Juez va más allá del texto mismo de la norma, del Derecho Positivo, a que deberá atender además al contexto social y a las condiciones que imperan en relación con un determinado problema jurídico, razón por la cual es evidente la necesidad de la metodología jurídica en el quehacer jurisdiccional.

Esto es así en atención a que el juzgador deberá hacer uso de las herramientas fundamentales para la sustentación de un determinado criterio, es decir, como representante del Estado hace una interpretación y aplicación oficial, pero además debe dar las razones que lo llevaron a fallar en ese sentido (argumentación).

En cuanto a la aplicación del Derecho, en principio debe entenderse que no es posible aplicar una norma si antes no se ha entendido su significado, es decir, interpretarlas; el término *aplicación* hace referencia a un conjunto de normas y principios que forman parte de un ordenamiento jurídico que son vigentes y válidas y, que en primera instancia, tales normas son las que los Jueces tienen que interpretar y aplicar a los casos que se presenten.



La aplicación del Derecho puede ser entendida como el conjunto de actividades y el resultado de las mismas implicadas en el proceso a través del cual un órgano del Estado determina las consecuencias jurídicas de ciertos hechos, por tanto, la interpretación es una de las actividades relacionadas con el proceso de aplicación. Los caracteres distintivos de la aplicación del Derecho respecto de la interpretación se determinan por el carácter institucional de la misma, los sujetos competentes, su finalidad, sus consecuencias y su carácter definitivo.

El carácter institucional de la aplicación del Derecho se refiere a que ésta se desarrolla en el marco de una institución, el proceso, lo que significa tener presente a la norma procesal que establece la obligatoriedad de tomar una decisión definitiva (cosa juzgada).

Por lo que hace a los sujetos que aplican el Derecho de manera oficial, tal función se centra en el Juez, ya que la interpretación puede realizarla cualquier persona, sin necesidad de que ostente una posición institucional, ya que la aplicación tiene por finalidad dar una solución individualizada, que conlleva consecuencias de carácter vinculante respecto de las partes en el proceso, por tanto, las decisiones judiciales establecen normas individuales para sus destinatarios; de tal forma que las decisiones judiciales adquieren en un determinado momento el carácter de definitividad, de manera que ya no pueden ser alteradas las situaciones jurídicas decididas.

La interpretación se realiza en el proceso de aplicación del Derecho y no puede ser concebida como una pura actividad de conocimiento porque el sujeto que interpreta también decide y, por tanto, debe elegir entre distintas alternativas, lo que lleva al ámbito de la argumentación, en virtud de que la solución propuesta debe estar apoyada en razonamientos lógico-jurídicos que la sustenten.

En el ámbito jurisdiccional es indispensable para los juzgadores dar una razón y justificar adecuadamente el sentido de las resoluciones que tienen que emitir sobre las controversias que son sometidas a su consideración, ya que de la forma en que se expone un argumento depende su aceptación.

De lo hasta aquí expuesto se obtiene que la aplicación del Derecho no puede analizarse de forma aislada, sino en forma conjunta con la interpretación y argumentación.

En la aplicación del Derecho se concentran los estudios metodológicos al tratar de profundizar en la interpretación e integración del Derecho, al ser la labor jurisdiccional la actividad, que de manera más clara, hace ver la aplicación del Derecho en forma real y permanente, al presuponer un cúmulo de conocimientos teóricos y prácticos y un gran criterio jurídico que sólo se forja como producto de la experiencia.

#### **IV. La argumentación y su importancia en el Derecho**

Para el Doctor Manuel Atienza el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva, la actividad de todo jurista al momento de aplicar el Derecho, consiste primordialmente en argumentar, lo que a su vez puede distinguir a un buen jurista de aquel que no lo es.<sup>2</sup>

Al inicio se plantearon las interrogantes ¿por qué y para qué se argumenta? las cuales son trascendentes tratándose de la labor del profesionista del Derecho, ya que en cualquiera de los ámbitos en que se ejerza, ya sea en el litigio, judicatura, investigación, incluso como estudiantes, el enfoque argumentativo del Derecho es de gran utilidad a la hora de elaborar trabajos de

<sup>2</sup> Atienza, M.: *El derecho...* cit., pp. 67-72.

investigación, porque puede ayudar no sólo a la redacción de un texto, sino a dotar de fortaleza a los argumentos que se intentan demostrar. Además, la interpretación y aplicación del Derecho siempre requerirá que se den razones que apoyen nuestra postura, por lo que esto justifica, en principio, la necesidad de argumentar.

La teoría de la argumentación tiene como objeto la reflexión. Pueden distinguirse tres campos jurídicos, en los cuales se lleva a cabo la argumentación, como son la producción o establecimiento de normas jurídicas, la aplicación y la dogmática jurídica, en esta última, cabe distinguir tres funciones como lo es suministrar criterios para la producción del Derecho en las diversas instancias, para su aplicación y para la ordenación y sistematización del ordenamiento jurídico.<sup>3</sup>

La argumentación es una actividad que consiste en dar razones, ya sea a favor o en contra de una determinada postura, por ende, es una práctica argumentativa, un discurso, ya que las sentencias deben estar fundadas y motivadas, dar argumentos lógico-jurídicos (interpretación y aplicación de la ley), los abogados formulan sus pretensiones (interpretación y aplicación de la ley), además, desde el momento mismo de la creación de las leyes, el legislador expone sus razones de la necesidad de la norma (exposición de motivos).

Por otra parte, es necesario argumentar porqué el Derecho no es estático, en consecuencia, la misma norma siempre evolucionará en virtud de los factores políticos, económicos y sociales, lo que conlleva a que en el momento de su aplicación se presenten supuestos que no fueron previstos por el legislador, lo que lleva a la ambigüedad, vaguedad y lagunas en la ley, que es necesario interpretar.

<sup>3</sup> Atienza, M.: *Las razones...* cit., pp. 1-4.

La razón de la argumentación también radica en la clasificación que se ha hecho sobre casos fáciles y difíciles.

La diferencia entre casos fáciles y difíciles radica en el tipo de razonamiento requerido para su solución, ya que, en principio, puede pensarse que los casos fáciles pueden ser solucionados satisfactoriamente mediante un razonamiento silogístico, mientras que los difíciles requieren la ponderación de principios encontrados. Sin embargo, si con base en las consideraciones expuestas hasta este momento, se ha dicho que es necesario dar razones suficientes que sustenten una postura, no podría hablarse de la existencia de casos fáciles, ya que aunque la norma contemple un supuesto en específico, siempre será necesario que como abogados o funcionarios de la administración de justicia, se expresen los argumentos que lleven a concluir que un determinado caso, se ubica dentro del supuesto normativo.

Por otro lado, los casos difíciles pueden surgir por conflictos normativos, esto es, por ambigüedad o lagunas en la ley, o por la problemática de determinación de los hechos.

Con base en lo expuesto, se puede responder a la primera pregunta, ¿por qué se argumenta? en el sentido de que se argumenta precisamente para justificar la interpretación y aplicación de la norma jurídica, del Derecho, ya que de no ser así se regresaría a la figura de un Estado autoritario que no necesita explicar el porqué de sus determinaciones, ya que sólo las aplica sin mayor fundamento.

Ahora, ¿para qué se argumenta? Se argumenta porque en un Estado de derecho, la norma debe ser respetada y aplicada a fin de conservar el bien común de la sociedad, por lo que con la argumentación se resuelven de manera legítima los problemas jurídicos, el

legislador argumenta para justificar la implementación o modificación de las leyes.

La argumentación sirve como medio de investigación y, en consecuencia, conlleva a la obtención de un resultado bajo el ejercicio de ciertas reglas, rechaza el autoritarismo y permite el desarrollo del discurso (argumentar y contra argumentar).

Por otro lado, en el caso de la labor jurisdiccional, la argumentación es una actividad primordial, ya que los juzgadores deben dar una razón y justificar adecuadamente el sentido de las resoluciones que tienen que emitir sobre las controversias que son sometidas a su consideración. De la forma en que se expone un argumento depende su aceptación. Además los Jueces deben tener un conocimiento amplio de la retórica que es donde se ubica el discurso jurisdiccional y se dan los instrumentos necesarios para construir y perfeccionar el discurso.

La retórica ha sido el fundamento que ha dado origen a las nuevas reflexiones y a las diversas corrientes de la teoría de la argumentación.

En este sentido, para poder argumentar correctamente no basta contar con un buen argumento jurídico, es necesario saberlo exponer con claridad y una buena estructura lógica. Este problema involucra, sin duda alguna, una correcta redacción.

Por otro lado, ya que se ha concluido que es importante argumentar, otro cuestionamiento que puede formularse es el sentido de si es posible resolver un problema jurídico sin necesidad de soportar su argumento exclusivamente en una norma.

Al respecto, es importante advertir que el Derecho atiende al ideal de justicia, por lo que desde esta perspectiva el papel del jurista consiste en preparar, por

medio de sus reflexiones y de su análisis, la solución más justa o equitativa de cada caso concreto, lo que involucra a los principios generales del Derecho, a la jurisprudencia, a la costumbre, es decir, a las fuentes del Derecho como tales, sin que ello signifique que la solución a un determinado problema jurídico pueda prescindir de la norma, en virtud de que ésta última es precisamente el sustento en el cual se basa el problema a dilucidar; sin embargo, la labor argumentativa implica tanto tomar como base a la norma, así como a las demás fuentes del derecho y la propia experiencia profesional para dar una solución al conflicto planteado.

## **V. Hacia una teoría de la argumentación jurídica moderna**

La argumentación es la base para la justificación del discurso jurídico al ser el lenguaje el instrumento cotidiano de trabajo del jurista, por lo tanto, hacer un correcto uso del idioma, así como conocer y saber utilizar los conectores lógicos del lenguaje, son la base para realizar una adecuada argumentación.

Actualmente ha tenido auge la implementación de la teoría de la argumentación, la cual considero, tiene como elementos fundamentales el uso correcto del lenguaje y se apoya además en la retórica.

En el ámbito jurisdiccional es indispensable para los juzgadores dar una razón y justificar adecuadamente el sentido de las sentencias que pronuncian, por lo que en ellos recae principalmente la tarea de acercarse a una teoría argumentativa que les permita exponer con mayor claridad los razonamientos que viertan en los fallos judiciales.

Para poder argumentar correctamente, no basta contar con un buen argumento jurídico, es necesario

saberlo exponer con claridad y una buena estructura lógica, así como profundizar en el conocimiento amplio de la retórica que es donde se ubica el discurso jurisdiccional y se dan los instrumentos necesarios para su construcción y perfeccionamiento.

Durante años también se ha discutido acerca de la necesidad de simplificar el contenido de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales, toda vez que las mismas deben ser dirigidas, principalmente, al gobernado, por lo que debe evitarse el uso rebuscado del lenguaje.

La retórica ha sido el fundamento que ha dado origen a las nuevas reflexiones y a las diversas corrientes de la teoría de la argumentación. No tener una clara idea de los elementos esenciales y de la importancia de la retórica, implica abordar sin el instrumental adecuado, las recientes reflexiones sobre argumentación jurídica.

Por tanto, no se puede concebir una teoría de la argumentación y menos aún su adecuado ejercicio sin hacer, previamente, un estudio de la retórica, porque ésta se encuentra presente, de modo necesario en la exposición de todo argumento.

Un buen empleo de la retórica ayuda eficazmente para plantear mejor las razones que se expongan para apoyar o defender nuestras posturas.

Por otro lado, debe destacarse la estrecha relación que guarda la argumentación con diversas ciencias como lo son la lógica, ética, filosofía, la dialéctica y, desde luego, con el lenguaje en general, al ser disciplinas auxiliares que aportan elementos que enriquecen el discurso jurídico.

Por otra parte, es importante considerar que desde la formación académica debe estar presente la argumentación. Actualmente las escuelas de Derecho han despertado su interés por incluir dicha asignatura en sus planes de estudio, en virtud de que se deben formar

abogados en atención a las necesidades actuales, toda vez que se requiere de profesionistas que puedan razonar y argumentar para resolver los diferentes problemas jurídicos que se plantean. En forma ejemplificativa se tiene el auge de los juicios orales, en los cuales se requiere que el abogado sea capaz de elaborar un discurso convincente respecto de los alegatos de su contrario en el desarrollo de las audiencias respectivas.

Con base en lo expuesto, la teoría de la argumentación jurídica debe comprender el uso correcto del lenguaje y la aplicación de ciencias auxiliares como la retórica, lógica, filosofía y metodología, al tener como objetivo la justificación de los razonamientos en la fase de interpretación y aplicación del Derecho, así como en la fase de creación de la norma, en virtud de que corresponde al legislador exponer el porqué de la norma en atención a los diversos aspectos políticos, económicos y sociales.

## VI. Conclusiones

Como lo ha señalado el doctor Manuel Atienza, el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva (en el litigio, como juzgador, investigador o estudiante) la actividad de todo jurista consiste en argumentar, en justificar sus razonamientos, por lo que la habilidad para presentar buenos argumentos define a un buen jurista de aquel que no lo es y, en consecuencia, la teoría de la argumentación jurídica se encarga de estudiar dichas cuestiones.

Por otro lado, en la interpretación y aplicación del derecho, es de suma importancia tener bases argumentativas, ya que dichas actividades no se limitan solamente al conocimiento de la ley, sino a la resolución de un caso en específico, comúnmente estas tareas se analizan a partir de la figura del juzgador, quien deberá

brindar una solución con base no sólo en la norma, sino en los principios, valores y experiencia profesional, por lo que las razones vertidas en la sentencia deben tener un respaldo lógico y argumentativo, lo que conlleva a que la actividad de un Juez va más allá del texto mismo de la norma, del Derecho Positivo, a que deberá atender además al contexto social y a las condiciones que imperan en relación con un determinado problema jurídico, razón por la cual es evidente la necesidad de la metodología jurídica en el quehacer jurisdiccional, de ahí que se hable de la existencia de los casos fáciles y difíciles.

En cuanto a la aplicación del Derecho, en principio debe entenderse que no es posible aplicar una norma si antes no se ha comprendido su significado, es decir, interpretarlas; el término *aplicación* hace referencia a un conjunto de normas y principios que forman parte de un ordenamiento jurídico que son vigentes y válidas y, que en primera instancia, tales normas son las que los Jueces tienen que interpretar y aplicar a los casos que se presenten.

La interpretación se realiza en el proceso de aplicación del Derecho y no puede ser concebida como una pura actividad de conocimiento porque el sujeto que interpreta también decide y, por tanto, debe elegir entre distintas alternativas, lo que lleva al ámbito de la argumentación, en virtud de que la solución propuesta debe estar apoyada en razonamientos lógico-jurídicos que la sustenten.

En este sentido, se argumenta para justificar la interpretación y aplicación del Derecho, además en un Estado de derecho, la norma debe ser respetada y aplicada a fin de mantener el orden social, asimismo, la argumentación se encuentra presente desde el momento mismo de creación de la norma, en virtud de que, en la exposición de motivos, el legislador justifica la necesidad de creación o modificación de una ley.

Finalmente, al ser la argumentación una herramienta necesaria en el discurso jurídico, una teoría de la argumentación jurídica debe comprender el uso correcto del lenguaje y la aplicación de ciencias auxiliares como la retórica, lógica, filosofía y metodología.

## VII. Bibliografía

- Atienza, Manuel: *Derecho y argumentación*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1997.
- \_\_\_\_\_: *El derecho como argumentación*. Distribuciones Fontamara, Madrid, 2004.
- \_\_\_\_\_: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México, Segunda reimpresión, México, 2005.
- Courtis, Christian: *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- García Amado, Juan Antonio: *Interpretación y argumentación jurídica*. Consejo Nacional de la Judicatura, Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, El Salvador, 2011.
- Guastini, Riccardo: *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Editorial Porrúa, Novena edición, México, 2011.
- Iturralde Sesma: *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Editorial Gredos, Madrid, 1994.
- Suárez Romero, Miguel Ángel: *Argumentación jurídica. Cuadernos de Trabajo del Seminario*

*de Filosofía del Derecho*. Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Segunda edición, México, 2012.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Introducción a la retórica y la argumentación*. Comité de Publicaciones, Comunicación Social, Difusión y Relaciones Institucionales, Sexta edición, México, 2010.
- Vázquez Sánchez, Omar: *Teoría de la argumentación jurídica sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Grupo Editorial Gudiño, México, 2008.
- Zagrebelsky, Gustavo: *El derecho dúctil*. Editorial Trotta, Décima edición, Madrid, 2011.

PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA

---

**El principio de inmediación como justificación para impedir la revisión de los hechos y su prueba en el recurso de apelación en el proceso penal acusatorio y oral mexicano**

*Fernando Allende Sánchez\**

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. Una regla procesal de casación transpolada al recurso de apelación. III. El principio de inmediación como justificación a la regla procesal del artículo 468, fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales. IV. Principio de inmediación Vs. derechos fundamentales. V. La regla procesal del artículo 468 a la luz de la jurisprudencia nacional. VI. Propuestas de solución. VII. Bibliografía.

**I. Planteamiento del problema**

En los sistemas procesales–probatorios existen criterios para controlar la valoración judicial de la prueba, entre los que importa señalar el de la racionalidad, en el que suele hacerse un control *ex ante* (el Juez controla su propio razonamiento sobre criterios racionales al dictar su resolución) o *ex post*<sup>1</sup> (el razonamiento probatorio es controlado con la misma herramienta por órganos de segunda instancia vía apelación o casación). Sin embargo, existen legislaciones y opiniones jurisprudenciales que mantienen la idea de que el tribunal de alzada tiene

---

\* Defensor Público Federal.

<sup>1</sup> Sobre este tipo de control, véase Taruffo, M.: *La prueba...* cit., p.422.



limitada la facultad para revisar y rectificar los hechos y la valoración de la prueba que el órgano decisor de primera instancia realizó, bajo el argumento de que la alzada no tiene intermediación en la práctica de la prueba y, que por ello, no tiene las condiciones óptimas para valorarla.

Esta problemática no existía en el proceso penal acusatorio con tendencia inquisitiva mexicano (también llamado proceso penal tradicional o mixto), vigente hasta la entrada en vigor del proceso penal acusatorio y oral en el año 2008 (en adelante PPAO), donde el recurso de apelación, además de revisar el derecho, también se ocupaba de examinar los hechos, su determinación y la valoración integral de la prueba, según se advierte en el artículo 363 del Código Federal de Procedimientos Penales:

*Artículo 363.- El recurso de apelación tiene por objeto examinar 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 la prueba, si se alteraron los hechos o no se fundó o motivó correctamente.*

Sin embargo, ahora con el PPAO vigente a raíz de la reforma constitucional mexicana de 2008, se ha acentuado la problemática señalada al inicio del presente análisis; lo que en cierta forma pareciera constituir un contrasentido, pues si lo que animó al poder reformador de México a cambiar de sistema de justicia penal, entre otros motivos, fue la intención de implementar un proceso que garantizara y maximizara mejor los derechos de las partes, para que en este contexto se buscara solucionar los conflictos surgidos con motivo de hechos delictuosos y esclarecer los hechos (búsqueda de la verdad). Objetivos que difícilmente pueden lograrse si no se permite controlar mediante el recurso de apelación, hechos y la valoración

de la prueba, ya que esta regla procesal limita los derechos de las partes, como puede ser el derecho a un recurso efectivo, pero también se genera una repercusión epistémica dado que si se impide que la alzada pueda controlar la valoración probatoria que hizo el órgano decisor de instancia, y que culminó con la declaratoria relativa a tener o no probados determinados hechos, no podrían corregirse posibles errores en dicha resolución, específicamente errores del tipo falso positivo (condenas falsas) o falso negativo (absoluciones falsas). Si esto es así, no se estaría cumpliendo con el objeto del proceso relativo a esclarecer los hechos, ya que al tener por probados hechos que no corresponden con la realidad, sino que más bien al tratarse de condenas falsas o absoluciones falsas, de modo alguno podrían corregirse errores sobre los hechos y, con ello, la búsqueda de la verdad fracasaría.

Si bien en el PPAO está reglamentado el recurso de apelación, es necesario resaltar que uno de los numerales relativo a dicho medio de impugnación, específicamente el artículo 468, fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP), estipula que sólo son apelables, entre otras, *las consideraciones contenidas en las sentencias definitivas que no tengan que ver con la valoración de la prueba, siempre y cuando aquellas otras, no comprometan el principio de intermediación*, tal y como se lee enseguida:

*Artículo 468. Resoluciones del Tribunal de enjuiciamiento apelables*

*Serán apelables las siguientes resoluciones emitidas por el Tribunal de enjuiciamiento:*

*I. Las que versen sobre el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público;*

*II. La sentencia definitiva en relación a aquellas consideraciones contenidas en la misma, distintas*



*a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, o bien aquellos actos que impliquen una violación grave del debido proceso.*

El contenido de la segunda fracción del artículo recién transcrito, en lo referente a lo que interesa, bien puede tener dos lecturas. La primera forma de leer dicha porción normativa, es en el sentido de que excluye la posibilidad para poder impugnar mediante el recurso de apelación lo siguiente: a. las consideraciones que tengan que ver con la valoración de la prueba; y, b. las consideraciones diferentes a la valoración de la prueba que comprometan el principio de inmediación. Aquí valdría la pena pensar en actividades probatorias distintas a la valoración de la prueba, como podría ser cuestiones que tuvieran que ver con la práctica de alguna prueba (práctica de un testimonio) ya que su revisión comprometiera el principio de inmediación.

Entonces, en lo que interesa, está claro que no es apelable todo lo que tenga que ver con la valoración de la prueba –porque lleva implícito la inmediación– y, además, tampoco son apelables consideraciones diferentes a la valoración de la prueba que comprometan el principio de inmediación.

Una segunda lectura a la fracción II del numeral 468 citado, podría ser en el sentido de que son apelables las consideraciones que tienen que ver con la valoración de la prueba, siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación. Afirmación que se produce porque el dispositivo en mención sostiene que las consideraciones de las sentencias definitivas son apelables por regla general, lo que asumimos porque cuando se señala el término *distintas*, con ello se generan dos grupos de consideraciones: 1) las consideraciones generales que

no tienen que ver con la valoración de la prueba; y, 2) consideraciones específicas que tienen que ver con la valoración de la prueba, las que a su vez se subdividen en dos categorías; la primera referida a las consideraciones que tienen que ver con la valoración de la prueba y que comprometen el principio de inmediación y, las segundas, referidas a consideraciones que tienen que ver con valoración de la prueba pero que no comprometen el principio de inmediación.

Pareciera confusa la sub-clasificación de las consideraciones específicas que tienen que ver con la valoración de la prueba; sin embargo, tiende una lógica, pues dado que hay pruebas personales como las declaraciones de las partes, testigos y peritos donde la inmediación es necesaria y marcada, y es precisamente éste el caso, donde caben las consideraciones que tienen que ver con la valoración de pruebas que pueden comprometer el principio de inmediación. Pero diferente es el caso de la prueba documental que sí puede ser valorada en las mismas condiciones, tanto por el *a quo* como por la alzada, dado que se considera que no se afecta la inmediación.<sup>2</sup> Incluso, en algunos casos como en España, se llega a permitir en algunas resoluciones de casación del Tribunal Supremo, se modifiquen los hechos sobre la base de valorar prueba pericial.<sup>3</sup>

Creemos que la forma en que se ha regulado el recurso de apelación en el CNPP, específicamente la regla establecida en su artículo 468, fracción II, se debe a dos motivos principales; por un lado, pareciera que se mal entiende el recurso de casación, y se traslada una regla de ese medio de impugnación que ha operado en otros países

<sup>2</sup> Gimeno Sendra, V.: *Derecho...* cit., pp. 146, 921 y 922.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 923.

de Latinoamérica en que se ha implementado el PPAO, hacia el recurso de apelación, donde se ha reglamentado la imposibilidad de revisar hechos. Por otro lado, se pretende justificar en el principio de inmediación, ya que éste ha sido puesto y fuertemente defendido como estandarte para impedir que el tribunal de apelación conozca sobre los hechos y su inseparable relación con la prueba y su valoración.

Esta problemática ha derivado en declarar inadmisibles recursos de apelación en contra de sentencias definitivas dictadas en algunos PPAO, precisamente, bajo la idea de que si el *ad quem* revisara la valoración de la prueba realizada por el órgano decisor de primera instancia, o efectuara una nueva valoración de las pruebas, se violentaría el principio de inmediación al considerar que los órganos jurisdiccionales de apelación no tienen inmediación con la prueba; lo que ha llevado a que determinados tribunales de alzada hayan inadmitido en un primer momento, el recurso de apelación con la grave consecuencia de dejar intocados los hechos declarados probados, y la valoración de la prueba que fueron determinantes para imponer condenas altas a los justiciables. No obstante, fue a través del juicio de amparo que se interpuso contra dichas inadmisiones, que se logró la admisión de los recursos de apelación para que pudiera valorarse la prueba, tal y como se pone de evidencia en el siguiente caso:<sup>4</sup>

*II. Antecedentes del asunto. Dentro de la causa penal XXX, el Tribunal de Enjuiciamiento del Sistema de Justicia Penal, Acusatorio y Oral, de la Región Morelia, en fecha XXX, dictó sentencia condenatoria en contra XXX, por el delito de homicidio calificado, en agravio*

<sup>4</sup> Amparo directo penal número 254/2016, Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Primer Circuito.

*de YYY, previsto y sancionado en los artículos 122 y 135 fracción I, inciso d), del Código Penal del Estado de Michoacán.*

*El tribunal de enjuiciamiento estableció el grado de culpabilidad mínimo, consecuente a lo cual le impuso veinte años de prisión, con abono de la prisión preventiva sufrida a partir del treinta de abril de dos mil quince en que fue detenido con motivo de los hechos materia de la causa penal de origen...*

*Sentencia en contra de la cual interpusieron recurso de apelación los defensores públicos del sentenciado, del cual conoció el tribunal de alzada del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, radicando el toca de apelación XXX, celebrando la audiencia de apelación a que se refiere el artículo 477 del Código Nacional de Procedimientos Penales y dictando la resolución respectiva por escrito dentro de los tres días siguientes –de conformidad con el ordinal 478 de la codificación invocada–, en que determinó actualizada la hipótesis de la fracción II, del artículo 470, del ordenamiento nacional adjetivo penal, declarando inadmisibile el recurso de apelación planteado.*

Otras veces, se ha llegado a decir que dada la naturaleza del recurso de apelación, extraída de una interpretación literal del dispositivo 468, fracción II del CNPP, no es posible que el tribunal de alzada pueda pronunciarse sobre cuestiones de valoración de prueba de la sentencia de primera instancia, porque ello compromete el principio de inmediación, siendo que en cumplimiento de este principio, sólo el tribunal de enjuiciamiento fue el que presenció el desahogo de las pruebas y, por ello, es el único que puede realizar el examen de valoración de las pruebas para determinar los hechos.

Queda expuesta así, en términos generales la problemática ocasionada con motivo de la traslación y aplicación la regla procesal que impide, que en el recurso de apelación se controlen los hechos y se revise o haga una valoración de las pruebas, propia del recurso de casación, pero también sustentada en el principio de inmediación y su regulación en el recurso de apelación, a merced del cual se ha llegado a determinar la imposibilidad de poder impugnar cuestiones que tengan que ver con la revisión de los hechos y la valoración de la prueba.

#### **A. Primera problemática específica**

La problemática presentada puede exponerse más específicamente, es decir, refiriendo algunos ejemplos de cómo puede afectarse en formas distintas a las partes procesales que acuden a la apelación, ya que si bien la regla en análisis puede generar algunos puntos coincidentes en tales afectaciones que ocasiona, no menos cierto es que dada la naturaleza e intereses de cada una de las partes procesales, necesariamente les reparará afectaciones a su esfera jurídica de modo diferenciado.

Por ejemplo, en casos donde se apelara una sentencia absolutoria por parte del ofendido o víctima, donde la absolución fuera producto de la valoración de las pruebas en la que el órgano decisor consideró no probada la hipótesis fáctica inculpativa, es decir que no se probó el delito más allá de toda duda razonable; a lo que el *ad quem*, en aplicación de la regla establecida en el artículo 468, fracción II del CNPPP, no podría conocer sobre dicho recurso y tendría que declararlo inadmisibile; cuestión que muestra cómo una situación de este tipo, afectaría de manera diferenciada a las partes, puesto que un criterio así sería benéfico al sentenciado absuelto al no correr riesgo alguno de que su absolución pueda revocarse.

Sin embargo, a la parte ofendida o víctima del delito se le estaría ocasionando un perjuicio a su esfera jurídica, dado que no podrían impugnar tal absolución, negando con ello diversos derechos como el de un recurso efectivo para acceder a la justicia, la reparación de sus daños y derecho a la verdad.

#### **B. Segunda problemática específica**

Lo mismo acontecería en los casos en que el apelante fuera el justiciable como ya se adujo antes, ya que se le negaría el derecho a un recurso efectivo en detrimento de la presunción de inocencia, con las consecuencias graves de no poder revisar los hechos delictivos que se declararon probados como producto de la valoración probatoria, es decir, la consecuencia de aplicarle penas elevadas. Tanto en el supuesto de la víctima y ofendido, como en la hipótesis del sentenciado, existirían afectaciones comunes y diferenciadas a sus intereses, destacando que en los dos casos habría un punto de coincidencia epistémico, ya que ante la imposibilidad de revisar la valoración de la prueba y los hechos probados mediante dicha actividad, de facto, tales resoluciones se tornarían irrevocables, siendo que este tipo de resoluciones constituyen una gran fuente de error al no permitirse que opere un mecanismo de detección para las falsas absoluciones y falsas condenas, y su ulterior corrección.<sup>5</sup> Caso contrario, es decir cuando se permite que opere la revisión de los hechos y la valoración de la prueba en apelación, ahí será posible detectar los errores y poder corregirlos, aumentando la probabilidad de esclarecer los hechos, o dicho de otro modo, que lo que se ha declarado probado coincida con la verdad, entendida como correspondencia.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Cfr. Laudan, L.: *Verdad...* cit., p. 40.

<sup>6</sup> Sobre el concepto de verdad como correspondencia, véase: Taruffo, M.: *op. cit.*, p. 59; y, Ferrer Beltrán, J.: *Prueba...* cit., pp. 18 y 73.

Otra problemática propia de la regla establecida en el artículo 468, fracción II del CNPP, se da en los casos donde el motivo de agravio tiene consideraciones diversas a la valoración de la prueba, como cuando se solicita la revisión de cuestiones de derecho, ya que ello bien puede comprometer el principio de inmediación. Para mostrar tal inconveniente, se procede poner los siguientes casos: a) se recurre en vía de apelación una sentencia definitiva condenatoria por delito de homicidio doloso sin agravante alguna, donde el *ad quem* estima que la calificación jurídica fue incorrecta, pues a su consideración el delito que se actualiza es el de homicidio con la calificativa de premeditación; b) se impugna una condena por delito de homicidio con dolo eventual, alegando que si bien se actualiza el homicidio, lo es con culpa con representación y no con dolo eventual. En ambos casos y, como sucede en muchos asuntos similares, la problemática pareciera centrarse únicamente en la cuestión del Derecho, es decir que se trata de un problema que sólo atañe a la calificación jurídica de los delitos, dado que la diferencia entre ellos se da en el plano subjetivo; sin embargo, es obvio que para evaluar cuál es la calificación jurídica correcta en cuanto a la subjetividad, resulta necesario que en el razonamiento judicial se revise la premisa fáctica para verificar cuál fue la intención del sujeto y, posteriormente, integrarla al razonamiento junto a la premisa normativa, estableciendo de esta manera la conclusión. Los ejemplos expuestos, permiten mostrar que el motivo que origina los recursos de apelaciones, en estricto sentido, tienen que ver con consideraciones distintas a la valoración de la prueba, más lo cierto es que en la determinación del Derecho en esos casos, no puede dejar de comprometerse el principio de inmediación, porque indirectamente se tendrá que efectuar una valoración de las pruebas que atañen a la

subjetividad del delito, obligando así al tribunal de alzada a correlacionar el análisis de prueba directa sobre las que se probara indirectamente (dado que la prueba de este tipo de subjetividades, como el dolo, no puede probarse de manera directa) el plano subjetivo del delito, tales como testimoniales y periciales.

Lo antes dicho nos da muestra de la polémica delimitación que se quiere dar a la comprobación de cuestiones de hecho y derecho, pues hasta el día de hoy la legislación mexicana citada es muestra de esa pretendida diferenciación con la regla procesal que nos ocupa y que se incluyó en el recurso de apelación, cuando lo cierto es que la opinión dominante<sup>7</sup> sostiene que esa separación es imposible, pues casos como los expuestos, permiten mostrar que la revisión sobre la comprobación de hecho y derecho se hace de manera conjunta.

Bajo este enfoque, si se fuera riguroso en la aplicación de la regla procesal que se contiene en la porción normativa del artículo 468, fracción II del CNPP, tampoco podrían ser objeto de revisión en apelación, cuestiones de Derecho que siendo distintas a la valoración de la prueba, comprometen el principio de inmediación, porque debe revisarse conjuntamente a su calificación jurídica la cuestión probatoria, como cuando se revisa si ha quedado probado un dolo eventual o culpa consciente, ya que para hacer dicho juicio es indispensable analizar conjuntamente los hechos, la prueba y la calificación jurídica. Incluso, cuando se alegaran violaciones al derecho, como cuando se expone un agravio sobre violación al derecho a la presunción de inocencia, en su acepción de regla de juicio, difícilmente la alzada podría resolver dicha problemática sin dejar de analizar la cuestión que tiene que ver con la

<sup>7</sup> En este sentido, véase: Roxín, C.: *Derecho...* cit.; y, Pastor, D.: *La nueva...* cit., p. 13.

valoración de la prueba, es decir, que para resolver una cuestión de este tipo que tiene que ver con el hecho de si en primera instancia se obtuvo o no prueba suficiente<sup>8</sup> para que el *a quo* declarara que la presunción de inocencia quedó derrotada.

Planteadas las problemáticas generales y específicas, pasaremos a analizar si la regla del recurso de apelación a la que nos hemos venido refiriendo (artículo 468 del CNPP), le es ajena y se trata más bien de una regla propia del recurso de casación, que en algún momento fue transpolada a aquel medio de impugnación, generando confusión y problemáticas como las referidas. Además, se analizará si la regla procesal en comento tiene justificación suficiente en el principio de inmediación para seguir vigente en el CNPP.

## II. Una regla procesal de casación, transpolada al recurso de apelación

Debemos considerar que el recurso de apelación es visto mayoritariamente como una segunda instancia,<sup>9</sup> ya que precisamente en el segundo grado se encuentra inmerso el que es considerado el medio de impugnación más importante, es decir la apelación.<sup>10</sup>

*La apelación es un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico*,<sup>11</sup> de donde se colige que su naturaleza jurídica es la de ser un medio de impugnación ordinario que da vida a una segunda instancia en la que el tribunal de alzada pueda revisar y valorar, además del derecho, toda la actividad probatoria desarrollada en el proceso, incluyendo la propia valoración de la prueba

que hizo el órgano decisor para determinar los hechos primigeniamente. Es decir, que la propia naturaleza<sup>12</sup> del recurso de apelación, genera a la alzada amplias facultades para revisar el derecho y los hechos, lo que obliga a considerar *contra naturam* al recurso de apelación, la regla que el legislador fijó en la fracción II del numeral 468 de CNPP.

En realidad, la regla que impide que el tribunal de apelación pueda conocer de los hechos y de la valoración de las pruebas, es más bien propia del recurso de casación,<sup>13</sup> entendido como un medio de impugnación extraordinario que produce los efectos de devolutivo y, en ocasiones, suspensivo y extensivo, mediante el cual se somete a un tribunal superior el conocimiento de determinadas resoluciones definitivas que son dictadas por órganos judiciales inferiores, cuya finalidad es lograr la nulidad de la resolución recurrida, por la existencia de vicios en la aplicación e interpretación de las normas de derecho sustantivas y procesales.<sup>14</sup> Dada la naturaleza de la casación, se limita a la revisión del Derecho,<sup>15</sup> al juicio sobre ese derecho y a cuestiones que resuelven sobre nulidades.<sup>16</sup> La explicación de esta regla, puede encontrarse en los antecedentes históricos del recurso de casación, por lo que trataremos de referir algunas ideas para sustentar esta afirmación.

Daniel Pastor,<sup>17</sup> nos permite visualizar algunos datos históricos del recurso de casación que consideramos relevante para el tema que nos ocupa, ya que nos

<sup>12</sup> De esta opinión, Chiovenda, G.: *op. cit.*, pp. 523 y 530.

<sup>13</sup> Véase, Nieva Fenoll, J.: *Fundamentos...* cit., p. 320.

<sup>14</sup> Cfr. Gimeno Sendra, V.: *op. cit.*, p. 910.

<sup>15</sup> Roxín, C.: *op. cit.*, p. 466.

<sup>16</sup> Chiovenda, G.: *op. cit.*, pp. 500 y 523.

<sup>17</sup> Cfr. Pastor, D.: *op. cit.*, pp. 11 y ss.

<sup>8</sup> Véase a este respecto, Nieva Fenoll, J.: *Fundamentos...* cit., p. 330.

<sup>9</sup> En este sentido, véase Nieva Fenoll, J.: *La valoración...* cit., p. 349.

<sup>10</sup> En este contexto se pronuncia Chiovenda, G.: *Curso de...* cit., p. 506.

<sup>11</sup> Roxín, C.: *op. cit.*, p. 456.



enseña que uno de los fines que se confiere al recurso de casación es el de la finalidad política, consistente en asegurar la unidad del Derecho Objetivo a través de su debida interpretación y aplicación judicial, logrando en su caso, la corrección y vigencia del derecho. Luego, el que la casación se ocupara únicamente del derecho tiene una explicación histórica, pues desde su concepción en la revolución francesa, se buscó por esa vía recursiva asegurar el respeto de la ley ante decisiones judiciales que implicaban una clara rebelión a la reciente soberanía normativa impuesta con motivo del triunfo de dicha revolución. De ahí, el motivo por el que se delimitó en la casación el examen de cuestiones de derecho con respecto a las cuestiones de hecho. A lo anterior, habrá que mencionar el dato histórico relativo a la creación francesa del primer tribunal de casación en 1790, que para nada era un órgano judicial, sino que más bien se trataba de un órgano político, debido a que el monarca transformó el *conseil des parties* (creado también por el monarca para cuidar que los Jueces aplicaran debidamente la ley) en ese primer tribunal, lo que a su vez explica la existencia de la figura del reenvío de la resolución de casación al Juez de primera instancia, puesto que al no ser propiamente un órgano jurisdiccional dicho tribunal, no tenía los conocimientos necesarios para poder corregir cuestiones que tenían que ver con los hechos y la prueba, lo que obligaba a que, una vez que se corregía el Derecho, reenviara a los Jueces de instancia el caso para que emitieran una nueva resolución. Con esta estructura, la casación fue extendiéndose a la mayoría de los países de la Europa continental<sup>18</sup> y, de ahí, arriba a países del continente Americano, como también llegaron muchas otras instituciones jurídicas.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 24.

Actualmente, hay quien sostiene que la razón por la que hoy día no se permite que en segunda instancia se conozca de los hechos y la prueba, tiene que ver con la idea de evitar que las cargas laborales de los tribunales de alzada se disparen al conocer ya de esas cuestiones.<sup>19</sup> No obstante, si bien el recurso de casación que originariamente separó las cuestiones de derecho y hecho para conocer sólo de las primeras, ha ido evolucionado y adaptándose a las exigencias del Estado, por lo que hoy día esa limitación parece no estar acorde a las exigencias de un Estado democrático de derecho, dado que un recurso de ese tipo limita notablemente diversos derechos de las partes. De ahí que empieza a desdibujarse dicha delimitación, llámese recurso de casación o apelación como veremos más adelante.

En el breve análisis sobre algunos puntos históricos del recurso de casación, puede verse que los motivos por los que imperaba en ese recurso la regla de separar el análisis del derecho y de los hechos, no tiene nada que ver con el principio de inmediación como actualmente se suele sostener. Además de que el recurso de apelación es, por excelencia, un medio de impugnación amplio que permite por esa vía conocer y resolver cuestiones relativas al derecho y a los hechos y su prueba, sin que reglas procesales como la prevista en la fracción II del artículo 468 del CNPP, desde la perspectiva de la teoría general de proceso, sean propias de ese medio de impugnación, sino que extrañamente es propia del recurso de casación, y por motivos desconocidos se trasladó a la apelación.

<sup>19</sup> *Cfr. ibidem*, p. 17.

### III. El principio de inmediación como justificación a la regla procesal del artículo 468, fracción II del CNPP

En efecto, el principio de inmediación es la justificación que se quiere dar a la regla procesal fijada en el artículo 468, fracción II del CNPP. Sin embargo, esa justificación nos parece insuficiente para legitimarla. Para demostrar esta afirmación consideramos necesario conocer a conciencia el concepto y naturaleza jurídica del principio de inmediación y, sólo después de esto, analizar si como lo sostenemos, dicho principio es insuficiente para justificar y defender la regla procesal aludida.

#### A. Concepto del principio de inmediación

En tal orden de ideas, debemos considerar que ya Chiovenda<sup>20</sup> decía que el principio de inmediación implica que el Juez que dicte la sentencia debe ser la misma persona que ha oído a las partes, a los testigos, a los peritos y examinado los lugares y objetos de controversia; es decir, debe existir identidad entre quien sentencia y ha recogido los medios de convicción durante el proceso. Cabe preguntarnos si el principio de inmediación así entendido, podría aceptar cierta atenuación derivado de los avances tecnológicos de hoy día, pues en la fecha en que se le concibió no existían mecanismos para efectuar pruebas a distancia o que quedaran grabadas en audio y video para ser reproducidos en otra instancia.

Cumplir con la inmediación exige que el Juez esté presente en la realización de la prueba, y que este mismo Juez que presenció la práctica probatoria, sea el que dicte la sentencia.<sup>21</sup>

Conforme a lo que establece el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el concepto de inmediación no debe entenderse como ausencia de mediación contextualizada en la distancia, más bien, como un atributo a lo inmediato. En la idea del proceso como dialogo de Carnelutti,<sup>22</sup> es necesario garantizar que ese diálogo implique un entendimiento recíproco entre quien habla y quien escucha, constituyéndose una directriz en la que las partes del proceso deben inspirarse, es decir, generar una dialéctica cercana, inter partes, precisamente en ese dialogo procesal.

Se dice que la inmediación tiene como destinatario principal al juzgador de los hechos, y tiene vital funcionalidad como mecanismo cognoscitivo,<sup>23</sup> pues por un lado, busca reducir errores al evitar intermediarios en la transmisión directa, inmediata y personal de la información que aportan los medios de prueba, ya que hace posible que el Juez perciba de manera directa esa información –especialmente las personales– y, por otro lado, propicia el momento adecuado para que las partes puedan desarrollar la contradicción de la prueba en presencia del mismo Juez que la valorará.

El artículo 9 del Código Nacional de Procedimientos Penales de México, señala lo que debe entenderse por principio de inmediación:

*Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.*

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 28.

<sup>21</sup> Cfr. Montesinos García, A.: *La videoconferencia...* cit., p. 138.

<sup>22</sup> *Derecho...* cit., p. 99.

<sup>23</sup> En este sentido, se pronuncia Jordi Ferrer en: “El control... cit., p. 189.

El principio de inmediación, por una parte exige que las diligencias se desarrollen con presencia de las partes y el Juez, ya que con ello se maximiza a su vez el derecho a la contradicción. Por otro lado, exige que el Juez no delegue en nadie la admisión, desahogo o valoración de la prueba. Es decir, que se requiere de un contacto personal y directo entre los declarantes, partes y Juez, privilegiando una comunicación oral y sin intermediarios en la práctica de la prueba, para que posteriormente sea el mismo Juez que intervino en la práctica de la prueba, el que efectúe su valoración y emita la sentencia.

En el CNPP se contemplan algunas excepciones al principio de inmediación, lo que parece hasta cierto punto razonable, ya que de no haberlas contemplado tal principio se constituiría en una limitante, ya no sólo para el tribunal de segunda instancia como afirma Ferrer,<sup>24</sup> sino también para los Jueces de primera instancia, quienes se verían impedidos a valorar pruebas en las que no estuvieron presentes como lo exige la inmediación. Esto podría pasar en la prueba que haya sido practicada por otros Jueces distintos al que la valora, como cuando se encarga su práctica vía exhorto nacional o internacional como lo señalan los artículos 75, 79 y noveno transitorio del CNPP, cuando hay prueba anticipada que refiere el artículo 304 del CNPP, pues ésta se desahoga ante el Juez de control pero la valora el Juez de enjuiciamiento. Caso similar en que no se practica la prueba ante el Juez de juicio oral, pero la valora al serle incorporada, es el caso de prueba o peritaje irreproducible que alude el numeral 374 del CNPP. Ni que decir de las actuaciones que tienen que ver con el delito de delincuencia organizada, realizadas en la fase de investigación, que bien pueden tener valor

probatorio cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas, como lo ordena el artículo 20, apartado B de nuestra Carta Magna. Por último, tenemos el caso en el que la practica de pruebas mediante mecanismos alternos como la videoconferencia, como ordena el artículo 405 del CNPP, caso en el que el juzgador no está recibiendo la prueba de forma directa, por lo que la inmediación también se ve matizada.

Habría que preguntarse si es posible adicionar a esas excepciones, el caso en que un Juez de apelación puede imponerse de las actuaciones probatorias que han quedado registradas en audio y video. Pero además, preguntarse si esas excepciones aplican para el Juez de juicio que no percibió directamente el desahogo de la prueba, entonces, ¿por qué motivos no pueden ser reconocidas al tribunal de alzada, que de la misma manera que el *a quo*, tampoco presencio su práctica?

### ***B. Naturaleza jurídica del principio de inmediación***

Consideramos necesario analizar si el mismo tiene como base la protección de un derecho fundamental, ya que, de ser así, sería plausible admitir como válida la justificación que este principio da a la regla procesal establecida en el artículo 468, fracción II de la ley procesal nacional. Por el contrario, si su naturaleza jurídica no es la relativa a proteger derechos fundamentales, es claro que un principio así entendido, no puede estar por encima de los derechos como el de la doble instancia, recurso efectivo, debido proceso y presunción de inocencia que se buscan proteger con un medio de impugnación de apelación amplio.

En tal sentido es importante considerar la diferencia entre principios y reglas, pues a decir de Alexy<sup>25</sup> ello

<sup>24</sup> "El control... cit., p. 187.

<sup>25</sup> Cfr. Alexy, R.: *Teoría...* cit., p. 63.

resulta esencial para entender la estructura de los derechos fundamentales, pues no pocas veces se llama a los derechos fundamentales *principios* y, aún más, a los principios se les otorga el carácter de derechos fundamentales. Así, se dice que reglas y principios son normas porque pueden formularse en términos deónticos (ordenar, permitir o prohibir), lo que implica que sean expresiones referidas al deber ser, a razón de lo cual se puede llevar juicios deontológicos que ayudarán a efectuar juicios específicos<sup>26</sup> de lo que debe ser. Luego, principios y reglas son normas, aunque de distintos tipos. La diferencia entre principios y reglas se da en el ámbito cualitativo; es decir, en las cualidades que cada norma contiene.

Bajo este contexto, se dice que los principios son mandatos de optimización, *que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*.<sup>27</sup> Esto significa que los principios se pueden cumplir en diferentes grados, según lo permitan las posibilidades reales y jurídicas. La posibilidad de cumplimiento jurídica, dependerá de lo permisible por otros principios y reglas que le fueran oponibles,<sup>28</sup> mientras que las posibilidades reales están referidas a las circunstancias fácticas que lo rodean. Por lo que hace a las reglas, *son normas que sólo pueden ser cumplidas o no*,<sup>29</sup> por lo que contienen determinaciones que fáctica o jurídicamente es posible cumplirlas. Es importante considerar que los principios colisionan, mientras que las reglas entran en conflicto, lo que tiene suma importancia dado que la

forma de solucionar esos conflictos es diferente, según se trate de colisión o conflicto.

Cuando Dworkin se refiere a un principio, lo hace en el sentido de referirse a un estándar que ha de ser observado, por ser una exigencia de la justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.<sup>30</sup>

Bajo este breve panorama, es posible significar al principio, como una norma que ordene que las cosas se hagan en la mayor medida de lo posible como lo indica. A su vez, la inmediación significa que la prueba sea recibida por el Juez de manera directa, personal y oral en la audiencia con la presencia de las partes, y que ese mismo Juez sea quien valore tales pruebas al emitir sentencia definitiva. De este modo, la *inmediación*, en tanto principio, implica que las pruebas sean practicadas en la mayor medida que la juridicidad y realidad lo permitan de forma oral, con la presencia directa y personal del Juez que habrá de justipreciarlas, así como de las partes que de esa forma tendrán la oportunidad de desarrollar la contradicción de las pruebas que se practiquen. Cabe precisar que el principio de inmediación, si bien maximiza el cumplimiento del contradictorio que implica a su vez el derecho a la defensa de las partes, no menos cierto es, que esta tutela termina ahí en la práctica de la prueba.

Una vez establecido el concepto y naturaleza jurídica del principio, pasamos a establecer algunos motivos por los que nos parece que el impedimento establecido en el artículo 468, fracción II del CNPP para que el tribunal de apelación pueda conocer y resolver sobre los hechos y la valoración probatoria, resulta insostenible; es decir, que el principio de inmediación no es justificación suficiente para sostener dicha regla.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 64 y 65.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p.67.

<sup>28</sup> *Cfr. ibidem*, p. 68.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> Dworkin, R.: *Los derechos...* cit., p. 72.

### **C. Excepciones al principio de inmediación**

Además de lo antes dicho, ¿existen otras razones por las que el principio de inmediación debe ser flexible y no oponerse a que se revisen los hechos y valoren pruebas en segunda instancia?

Ya se refirieron algunas excepciones al principio de inmediación. Ahora, lo que nos ocupa es determinar si la revisión de los hechos y la valoración de la prueba en apelación pueden erigirse como una excepción más a dicho principio. Y es que son conocidos aquellos casos donde la prueba se desahoga por exhorto, los casos de la prueba anticipada, la prueba irreproducible, las actuaciones practicadas en delitos de delincuencia organizada, que bajo ciertas condiciones pueden servir como prueba para sustentar sentencia. Todos estos supuestos tienen en común que son pruebas practicadas ante un Juez diverso al que dictará la sentencia, incluso, en el último caso relativo a la delincuencia organizada, es ante el Ministerio Público donde se practica la actuación probatoria y no ante un Juez.

Cuando se analizó la naturaleza jurídica del principio de inmediación, se dijo que el mismo implicaba buscar que las cosas se hicieran en la mayor medida que la ley o realidad lo permitiera, por lo que bajo esta idea es que se pueden justificar ciertas matizaciones en su cumplimiento. Para mostrar lo racional de esta idea, es necesario tener presente aquellos casos en donde el Juez de primera instancia que dictó la sentencia definitiva tampoco pudo cumplir en forma absoluta con tal principio de inmediación. Piense en los casos donde se practican declaraciones mediante videoconferencia, donde existe un *contacto audiovisual entre el tribunal y las partes, o los testigos, que pueden verse y oírse recíprocamente como si se encontraran en la misma sala a pesar de hallarse*

*a miles de kilómetros de distancia.*<sup>31</sup> Sin duda, este tipo de casos permitirá advertir que un fenómeno similar acontece cuando el tribunal de alzada se impone de las videograbaciones generadas en el juicio oral a efecto de resolver un recurso.

Lo que pretendemos al citar el caso de la videoconferencia, es demostrar argumentativamente que el principio de inmediación no siempre puede cumplirse de forma absoluta, pues existen casos donde se le matiza, sea porque quien practica y percibe la prueba es un órgano jurisdiccional diverso al que la valorará y dictará la sentencia (supuesto en el que se ordenan exhortos para que un Juez distinto al que resolverá, practique la prueba), o porque la práctica de un medio de prueba es recibido mediante videoconferencia, o en los casos donde en el juicio existe prueba anticipada, o como sucede en otros países como España, se incorpore prueba preconstituida que en cierta forma se asimila al caso relativo a la delincuencia organizada planteada.

En la exposición de motivos del CNPP, es posible advertir que fueron previstas ciertas excepciones al principio de inmediación, cuando se dice:

*...Que la nueva legislación procesal penal prevea los mecanismos necesarios y adecuados que permitan, por un lado, hacer efectivos los principios y garantías previstos en la Ley Fundamental, característicos del sistema procesal acusatorio; y, por el otro, hacer realidad los principios y garantías propios del derecho penal sustantivo o material de corte democrático y liberal, que igualmente tienen su base en la Constitución y que expresa o tácitamente se encuentran consagrados en los Códigos Penales.*

<sup>31</sup> Montesinos García, A.: *op. cit.*, p. 138.



(...)

*...Dado que el nuevo Código cumplirá una función no sólo normativa sino también pedagógica, se acordó incluir una definición de los principios constitucionales que regirán el procedimiento penal. Por ejemplo, el principio de inmediación mereció especial pronunciamiento en tanto constituye uno de los ejes rectores del nuevo sistema de justicia. En ese sentido, se acordó la pertinencia de matizar la prohibición al Juez de delegar la práctica de diligencias debido a la utilidad de figuras como el exhorto, la competencia auxiliar, entre otras...*

Entonces, si existen las hipótesis referidas en la ley, a través de la cual se contemplan excepciones al principio de inmediación, es legítimo preguntarnos: ¿por qué no admitir a la valoración de la prueba en segunda instancia<sup>32</sup> como un supuesto más de atenuación o excepción al principio de inmediación?

Para responder la anterior pregunta, consideramos oportuno abundar en el supuesto en que se practica prueba mediante videoconferencia, porque es una forma en que el Juez de primera instancia percibe la prueba y que tiene mucha similitud con la forma en que un tribunal de alzada se impone de las actuaciones (visualizando los videos de las audiencias). Si bien, entre ambos supuestos existe una diferencia, dado que en la videoconferencia el Juez puede intervenir en tiempo real, mientras que cuando se imponen de un audio grabación, no es en tiempo real y tampoco se puede intervenir en la práctica de la prueba, siendo ésta la diferencia esencial entre esos dos medios.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 138 y 142.

En tal orden de ideas, la modalidad de la teleconferencia,<sup>33</sup> es un servicio multimedia de comunicación que permite los encuentros a distancia en tiempo real entre los distintos grupos de personas que se hallan en diferentes lugares. Este medio alternativo de practicar medios de prueba a distancia, convino la trasmisión de imágenes y sonidos para permitir un diálogo real y virtual entre diferentes personas en conferencia, y puede ser entre dos puntos –punto a punto– y entre más de dos puntos –multipunto– en tiempo real.

Hay quien alude y sostiene diversos grados en que el principio de inmediación sufre graduación. Por ejemplo, de Urbano<sup>34</sup> sostiene que existen diferentes niveles de inmediación, entre ellos: a) primer grado, referida a las pruebas personales que exige la necesaria presencia física del Juez, como testimonios; b) segundo grado, implicada a las pruebas reales, como pueden ser documentos o reconocimientos, donde se dice que es posible valorar su constancia; y, c) la inmediación virtual, de la que se dice que a pesar de oposiciones a su uso, permite la producción de pruebas personales a distancia del juzgador.

Diferenciados los diversos grados de inmediación, hay quienes sostienen que la videoconferencia no demerita dicho principio, sino al contrario, lo potencializada porque en casos donde tendría que practicarse prueba por exhorto<sup>35</sup> ante la imposibilidad de que el testigo comparezca; mas este medio permite que el Juez y las partes entren en contacto directo con el testigo; por ejemplo,

<sup>33</sup> La teleconferencia engloba los diversos encuentros a distancia que se pueden realizar, están contemplada la audioconferencia donde sólo se da por audio, y hasta la videoconferencia donde se dispone de audio, video y datos. Cfr. Montesinos García, A.: *op. cit.*, p. 25.

<sup>34</sup> Citado por Montesinos García, A. en: *La videoconferencia...* cit., pp. 48 y ss.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 140.



además de que el mismo Juez que la practica por esa vía, será el que la valore, de ahí que se vea potencializada con dicho principio. En similitud a este caso, la valoración de la prueba en segunda instancia, pensando en el caso mexicano donde la práctica de la prueba queda video grabada, también permite potencializar el principio de inmediación, porque el tribunal de alzada podrá tener un buen registro de las declaraciones,<sup>36</sup> y no tendrá que confiar en lo que un expediente o Juez dice que aconteció.

Es importante aquí referir lo dicho por Perfecto Ibáñez, en relación con la inmediación en la segunda instancia, cuando afirma:

*...una correcta y fiel documentación de lo acontecido en la primera y una sentencia motivada con el necesario rigor, la falta de ese contacto original con una parte del material probatorio, no representaría un obstáculo insalvable para la racional valoración de su rendimiento por otro tribunal. Incluso permitiría –lo que es una ventaja– que ésta pudiera realizarse con el distanciamiento crítico preciso para detectar y subsanar eventuales desviaciones intimistas e irracionales de la apreciación probatoria.*<sup>37</sup>

Generalmente la videoconferencia ofrece más ventaja que desventajas,<sup>38</sup> pero lo que interesa analizar aquí, es la afirmación de que mediante ese método alternativo de practicar medios de prueba, se pierden ciertos componentes físicos y visuales en la comunicación, lo que significa que la comunicación no verbal decaiga. Esto mismo pasa cuando la alzada pudiera imponerse de las pruebas contenidas en registros audiovisuales,

ya que como se dijo, pudiera demeritarse ciertos componentes que el contacto cara a cara impone, ya que la comunicación no verbal decae;<sup>39</sup> sin embargo, es importante replantear si esta atenuación realmente afecta a todas las partes –donde el lenguaje no verbal puede ser una guía para desarrollar el interrogatorio de las partes– y Juez por igual, pues por ejemplo, sería interesante plantearnos si un Juez en su sentencia razona y resuelve demeritar un testimonio porque el declarante miró para determinado lugar, puso cara de desconcentración, se mostró con cara de duda, o porque dudó o tartamudeó al contestar determinada pregunta. Incluso, también se debe considerar si el formato de la videoconferencia repercute en el comportamiento<sup>40</sup> o declaración que puede tener o dar el declarante.

Un buen ejemplo, para enseñar que la inmediación o percepción de la prueba no resulta necesario para determinar el valor de un testigo, se aprecia enseguida:

*...un ejemplo banal pero habitual, depende estrictamente de la percepción determinar si un testigo se muestra manifestamente nervioso, pero concluir de ello que el testigo no es fiable, depende de una inferencia probatoria a la que se incorpora la*

<sup>39</sup> Cfr. Montesinos García, A.: *op. cit.*, p. 58.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 59. En este mismo punto es interesante lo dicho por Perfecto Andrés Ibáñez, quien alude que la lectura del lenguaje gestual, de la actitud del que declara, en el momento en que lo hace, conformada por rasgos esencialmente ambiguos, de imprecisa significación y, por ello, abiertos a todas las interpretaciones en cualquiera de las claves posibles. Pues, la palidez del rostro, el tartamudeo y la inseguridad en la expresión o lo que se haga con las manos durante el interrogatorio, a ojos de un observador no especializado en esa clase de exámenes y sin otros datos y antecedentes del declarante que los formalizados que consten en la causa, lo mismo podría significar miedo del culpable a ser descubierto en la escenificación de la mentira, que pavor del inocente a no ser creído en la afirmación de la verdad, “Sobre... cit., pp. 207 y ss.

<sup>36</sup> En este sentido, véase a Gimeno Sandra, V.: *op. cit.*, p. 147.

<sup>37</sup> “Sobre el valor... cit., p. 65.

<sup>38</sup> Sobre este punto, puede verse más ampliamente Montesinos García, A.: *op. cit.*, pp. 48 y ss.

*premisa de que el nerviosismo de un testigo es síntoma de su mendacidad. Esa inferencia no depende en absoluto de la percepción, sino de generalizaciones o máximas de experiencia que han sido estudiadas por la psicología del testimonio y demostradas absolutamente infundadas. Por ello, en conclusión no necesitamos haber estado presentes en la práctica de la prueba para mostrar la incorrección de una valoración testifical basada en una generalización falsa de ese tipo. El principio de inmediación resulta, pues, compatible con el control de las inferencias probatorias.*<sup>41</sup>

Este ejemplo nos sirve para enseñar que la idea de que el *ad quem* no debe valorar prueba porque no existe inmediación en la prueba, más bien pareciera carecer de sustento racional, no sólo por todo lo hasta aquí dicho, sino también a ello, habría que adicionar lo dicho por Nieva Fenoll, en el sentido de que lo que se valora es la declaración no al testigo, en clara referencia a los estudios aportados por la psicología del testimonio.<sup>42</sup>

A mayor reforzamiento de lo antes dicho, en el caso de las pruebas documentales o materiales, el tribunal de apelación podrá contar dichas pruebas en las mismas condiciones que tuvo el órgano decisor de primera instancia, caso en que al ser óptimas condiciones para su estudio y valoración,<sup>43</sup> no habría justificación para que en esos casos se limite al tribunal de alzada la valoración en aplicación a la fracción II del artículo 468 del CNPP.

Diferente es, en supuestos de pruebas relativas a la inspección judicial y testimonios de personas o peritos,

donde la situación pudiera ser más compleja para valorarlas, que si se contara con el objeto y percepción directa de dichas pruebas. Sin embargo, no puede negarse que la videograbación proporciona cualidades similares a las de la videoconferencia, para que a través de esos registros pueda imponerse de tales pruebas y pueda efectuarse una valoración adecuadamente. Si bien en estos casos existirá la limitación por parte de la alzada, al no poder intervenir como sí puede hacerlo el Juez decisor, no menos cierto es que existe la ventaja de la alzada para ver las videograbaciones varias veces, ventaja que no tiene el Juez de juicio oral que debe resolver en la misma audiencia, apenas con unas horas de meditación, que pudieran ser insuficientes para analizar las videograbaciones.

Entonces, pareciera que la limitación a la que nos hemos venido refiriendo (artículo 468, fracción II del CNPP), obedece más bien, como dice Nieva Fenoll,<sup>44</sup> a una imposición de tendencia jurisprudencial que impide al tribunal de alzada volver a valorar las pruebas que dependan de la inmediación del Juez de primera instancia, bajo la idea de que en segunda instancia no existe el contacto directo y personal como lo hay ante el Juez *a quo* al recibir las declaraciones y valorarlas. Sin embargo, el mismo autor<sup>45</sup> alude que dicha limitación sólo es un intento por limitar los recursos y evitar saturar de cargas laborales a los *ad quem*.

#### **IV. Principio de inmediación vs derechos fundamentales**

A aquellos férreos legalistas y defensores del cumplimiento irrestricto del principio de inmediación en segunda instancia, que se rasgan las vestiduras al defender la

<sup>41</sup> Ferrer Beltran, J.: "El control... cit., pp. 189 y 190.

<sup>42</sup> *Fundamentos...* cit., p. 320.

<sup>43</sup> Cfr. Nieva Fenoll, J.: *La valoración...* cit., p. 352; y, Gimeno Sendra, V.: *op. cit.*, p. 146.

<sup>44</sup> *Fundamentos...* cit., p. 319.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 330.

idea de que la alzada no debe realizar la revisión de los hechos y efectuar valoración de las pruebas, habría que replicarles que, además de los argumentos ya vertidos, la idea que defienden atenta contra diversos derechos fundamentales de las partes del proceso.

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, impedir que en segunda instancia el tribunal de apelación conozca de los hechos y valoración de la prueba, implica una imposibilidad para controlar la valoración o razonamiento probatorio que realizó el Juez de primer grado, lo que sin lugar a dudas se apartaría de una concepción racionalista de la prueba. Pero además, se suele decir en defensa del principio de inmediación, que no es posible un control de la valoración de la prueba realizado por el Juez natural, porque éste fue quien tuvo una percepción directa de la prueba que se considera intransferible, a merced de la cual le generó un estado mental consistente en una creencia sobre los hechos,<sup>46</sup> misma que se piensa no es posible que lo tengan los órganos revisores al no existir la inmediación. Sin embargo, esta forma de entender la inmediación evidentemente nos reconduce a una concepción subjetivista de la prueba, en tanto que se relaciona la percepción de las pruebas con el estado mental que generan exclusivamente al órgano decisor, cayendo con ello en concepciones subjetivas de la prueba, dado que no es posible someter a un control intersubjetivo la motivación o subjetividad del juzgador, lo que incluso pudiera ser generador de una mala práctica en el sentido de no motivar sus resoluciones, dado que serían sabedores de que no se las revisaría un órgano superior.

A lo anterior, hay que adicionar que el que no se permita revisar los hechos y la valoración de la prueba en

segunda instancia, claramente ello sería en detrimento de los derechos fundamentales al debido proceso, derecho a la prueba, recurso efectivo como parte del derecho a una defensa adecuada, así como también se contravendría la presunción de inocencia que implica el diverso derecho a una doble instancia para revisar si se alcanzó el estándar de prueba suficiente para vencer precisamente la presunción de inocencia.

### **A. Inmediación y presunción de inocencia**

En primer lugar, debe decirse nuevamente que si el cumplimiento de un principio es gradual, según lo permita la juridicidad y realidad existente, ello significa que al serle oponibles otras reglas, derechos y principios, sería necesario buscar su armonización con esos otros derechos, principios y reglas. Esto quiere decir, que el principio de inmediación debe ser matizado en la segunda instancia para permitir la realización de otros derechos como la presunción de inocencia, derecho a un recurso efectivo, defensa, doble instancia, a la verdad y debido proceso.

Si todo principio debe cumplirse en la medida que lo permitan la realización de otros principios o derechos, entonces debemos considerar que el derecho a la verdad y a probar esa verdad, constituyen parte del debido proceso y del derecho a la defensa,<sup>47</sup> y como derechos que son, resultan oponibles a la realización del principio de inmediación, resultando que debiera permitirse la revisión de los hechos y de la valoración de la prueba en segunda

<sup>46</sup> Cfr. Ferrer Beltrán, J.: *Prueba...* cit., p. 83.

<sup>47</sup> Jordi Ferrer y Taruffo afirman que el derecho a la prueba es una extensión del derecho a la defensa, pues se tiene derecho a probar como parte de esa defensa y, la mejor manera de hacerlo, es bajo un sistema racional-epistemológico, por ser el que mejor maximiza ese derecho. Véase, Taruffo, M.: *op. cit.*, p. 56; y, Ferrer Beltrán, J.: *La valoración...* cit., p. 54.

instancia. Esto constituye una limitación o matización al cumplimiento del multicitado principio, sin que ello implique su anulación dado que la inmediación podrá existir en forma indirecta al momento en que el tribunal de alzada se imponga de los registros audios visuales.

La presunción de inocencia se puede ver violentada si se declara refutada, sin que para ello se haya obtenido prueba suficiente que demuestre el delito y la responsabilidad penal del acusado,<sup>48</sup> más allá de toda duda razonable. Asimismo, al practicar la prueba en el juicio oral, deberá estar presente el mismo Juez que emitirá la sentencia definitiva, pues la inmediación garantiza que el Juez que recibe la prueba<sup>49</sup> sea el mismo al que la justipreciará. Esto nos muestra que el Juez de primera instancia tiene la importantísima labor de analizar si la presunción de inocencia ha sido derrotada con la actividad probatoria de cargo desarrollada en la etapa de juicio oral, que debe ser acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.<sup>50</sup>

Puede ser que el Juez considere que esa actividad probatoria alcanza o no la suficiencia de pruebas requerida para vencer la presunción de inocencia, en cualquier caso, resulta indispensable su revisión por el tribunal de alzada para verificar que se haya cumplido con dichos presupuestos para que de esta manera resulte válida la declaratoria relativa a la derrotabilidad de tal presunción,<sup>51</sup> por lo que si se impide hacer esta revisión

en segunda instancia, sin lugar a dudas que se estaría afectando irreparablemente, entre otros derechos, el de la presunción de inocencia, dado que no se podrán corregir los errores que pudieran haberse cometido al condenar falsamente. Además de que tal limitante podría llevar a la larga a una mala práctica, consistente en que los órganos decisores dejarán de motivar adecuadamente sus resoluciones en lo referente a la prueba, sabedores de que no serán revisados en ese rubro.

Es posible también que, si la alzada advierta que se violentó el derecho a la presunción de inocencia, debería pronunciarse en términos del artículo 461 del CNPP sobre dicha violación, supuesto en el que tendría que pasar por alto la regla del 468, fracción II del mismo código, ya que para verificar si se trastoca o no tal derecho, se haría necesario valorar y revisar la cuestión probatoria de primera instancia. Lo anterior, porque la presunción de inocencia en su acepción de regla de juicio, obliga al *a quo* a valorar las pruebas y determinar si existe una suficiencia de pruebas que cumpla con el estándar de prueba que rige nuestro PPAO, es decir el *más allá de toda duda razonable*, que es condición necesaria y suficiente para declarar derrotado dicho derecho. Luego, para verificar si la derrotabilidad declarada sobre dicho derecho es o no correcta, resulta necesario que se valoren las pruebas aportadas al expediente para después poder revisar la valoración de pruebas realizada por el Juez de instancia. Sólo de esta manera se podrá advertir por parte del *Ad quem*, si se violentó o no el derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que incluso debe hacerse de manera oficiosa.

### **B. Inmediación y derecho a un recurso efectivo**

La regla relativa a que el *ad quem* no puede conocer de la revisión de hecho y valoración de la prueba porque

<sup>48</sup> Sobre este motivo en específico, véase, Gimeno Sendra, V.: *op. cit.*, p. 137.

<sup>49</sup> Hacemos hincapié en la fase de práctica de la prueba, porque el hecho de que se exija la inmediación en esa fase de la actividad probatoria, no impide que en diversa fase como la de impugnación pueda revisarse y valorarse la prueba que recibió el Juez *a quo*, tal y como se analizará más adelante.

<sup>50</sup> Cfr. Gimeno Sendra, V.: *op. cit.*, p. 139.

<sup>51</sup> En este sentido Miranda Estrampes, M.: *La mínima...* cit., p. 544.

se afecta el principio de inmediación, indudablemente trastoca los derechos a un recurso efectivo, pues si los artículos 8.2, inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que estatuyen la posibilidad de recurrir toda resolución adversa ante un tribunal superior, es innegable que el recurso es y ha sido entendido de forma amplia, razón por la cual permita el análisis o examen integral de todas las consideraciones que tienen que ver con aspectos jurídicos y probatorios.

Para explicar mejor esta idea, es necesario referir los dos momentos para controlar la actividad probatoria. Nos referimos a los momentos *ex ante* y otro *ex post*,<sup>52</sup> importando ahora el segundo, donde la motivación de la resolución cobra gran relevancia porque permite el control racional de los razonamientos,<sup>53</sup> tal y como se aprecia de la siguiente idea:

*La concepción de la motivación como justificación racional del juicio, válida en línea general también por otras muchas razones, encuentra un apoyo particular en la exigencia de control que deriva de la discrecionalidad del Juez en la utilización y en la valoración de las pruebas; así concebida, la motivación cumple precisamente la función de control de aquella discrecionalidad, obligando al Juez a justificar sus propias elecciones y haciendo posible un juicio posterior sobre ellas, en el proceso y fuera del proceso.*<sup>54</sup>

Esta motivación debe existir como una forma de control racional, tanto para la valoración de la prueba y el juicio del hecho, como para la determinación del

derecho.<sup>55</sup> Visto así, la valoración de la prueba tiene íntima relación con la *question facti* y la *questio iuris*, de ahí que difícilmente se pueda prescindir alguno de esos elementos en la motivación.<sup>56</sup> Entonces, impedir que el recurso de apelación conozca del control de hechos y valoración de la prueba, resulta por demás incompatible con el derecho a un recurso efectivo cuya finalidad es precisamente el controlar la motivación de las sentencias a través de un nuevo examen que se dará en segunda instancia.

Cobra especial importancia el derecho a la *doble instancia*, consagrado en los numerales 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque mediante él, es posible someter a una nueva revisión los hechos, la valoración de la prueba y el derecho. Está inmersa aquí también la tutela del derecho a la defensa, pues es a través del recurso efectivo que se hace realidad el de la defensa, al impugnar ante un tribunal de segunda instancia las resoluciones que le son adversas. El doble examen debe efectuarlo el Juez o tribunal distinto al que dictó la sentencia impugnada, pues de lo contrario se contravendría el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el diverso 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es en relación con el recurso efectivo, que en el ámbito internacional se han emitido el mayor número de criterios que tienen que ver con la regla procesal establecida en el artículo 468, fracción II, del CNPP, pues se ha determinado que el recurso efectivo conlleva necesariamente la permisibilidad de que se evalúen las

<sup>52</sup> Cfr. Taruffo, M.: *op. cit.*, p. 427.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 427.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 436.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 435.

<sup>56</sup> Véase Ibáñez, P. A.: *Los hechos...* cit., pp. 43 y ss.



pruebas presentadas en la primera instancia (Comité de Derechos Humanos, *caso Perera C. Australia*, párrafo 6.4, 1995). El mismo comité sostuvo en el *caso Lumley c. Jamaica* (párrafo 7.3, 1999) que para considerar que un recurso sea efectivo en la segunda instancia, se debe permitir una revisión completa a la condena y de la sentencia, tanto en lo que respecta a las pruebas como por lo que se refiere a los fundamentos del Derecho. Incluso, dicho comité ha dicho que al margen del nombre que se dé al recurso de segunda instancia, lo importante es que se permita la revisión integral de la resolución, y que un recurso que sólo se limita a cuestiones formales o legales, no cumple con el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos, Civiles y Políticos (*Caso Gómez contra España*, párrafo 11.1, 2000 y también a este mismo sentido el *Caso Domukovsky contra Gergia*, párrafo 18.11, 1998).

En ese mismo orden de ideas, el Comité de Derechos Humanos en su observación número 32 (párrafos 48 y ss), ha sostenido que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley, es decir, la garantía no se limita sólo a los delitos más graves, debiendo revisarse en todo tipo de casos la sustancia de los mismos, en lo relativo a la suficiencia de las pruebas como de la legislación, pues una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena no es suficiente al tenor del pacto referido.

También es importante considerar el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se reconoce el derecho a un recurso efectivo, pues se dice que *toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los Jueces*

*o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.* En ese sentido, es conocido en México el informe 55/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto del caso 11.137, donde en lo que importa (expone en sus párrafos 261 y 262), es que la característica mínima de un recurso que controle la corrección del fallo sea: la posibilidad de corregir en lo material y formal; en lo material, se refiere a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas; en lo formal, se enmarca a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación del Derecho.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en el *Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica*) ha señalado en el punto 161 que de acuerdo con el objeto y fin de la Convención Americana se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado, debe ser un recurso ordinario eficaz, *mediante el cual un Juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al Derecho*, diciendo que no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.

El principio de inmediación también ha sido materia de múltiples pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional de España. Sobre tal tópico es ilustrativa la sentencia 167/2002, de 18 de septiembre que emitió su Pleno, así como la sentencia 172/2016 (de 17 de octubre) de la Sala Primera del Tribunal Constitucional; a raíz de las cuales se ha puesto en evidencia la necesidad de asumir un nuevo criterio sobre la inmediación, precisamente derivado



de las diversas condenas de las que ha sido objeto España por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las condenas son: la SSTEDH de 10 de marzo de 2009, en el caso *Igual Coll c. España*; 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero c. España*; 13 de diciembre de 2011, caso *Valbuena Redondo c. España*; 20 de marzo de 2012, caso *Serrano Contreras c. España*; 27 de noviembre de 2012, caso *Vilanova Goterris c. España*; 8 de octubre de 2013, caso *Nieto Macero c. España*; 8 de octubre de 2013, caso *Román Zurdo c. España*; 12 de noviembre de 2013, caso *Sainz Casla c. España*; 8 de marzo de 2016, caso *Porcel Terribas y otros c. España*; y, 29 de marzo de 2016, caso *Gómez Olmeda c. España*.

### **C. Principio de inmediación y derecho a la defensa y prueba**

El derecho a la prueba es una extensión del derecho a la defensa, pues se tiene derecho a probar como parte de esa defensa. Y la mejor manera de hacerlo es bajo un sistema racional-epistemológico, por ser éste el que mejor maximiza ese derecho.<sup>57</sup> Un sistema, que por cierto está referido en el CNPP. A su vez, el de la defensa se integra de los siguientes elementos:<sup>58</sup> a) derecho a utilizar todas las pruebas que dispone para probar la verdad de sus afirmaciones; b) derecho a que las pruebas que ofrezca se practiquen; c) derecho a que sus pruebas prácticas sean valoradas racionalmente; d) derecho a que le sean motivadas las resoluciones que lo implican, tanto en el aspecto factico-probatorio como normativo. En este último elemento es donde tiene cabida el control de la

motivación que hace el Juez respecto a la valoración de la prueba, pues su control se hace mediante recursos diseñados para poder revisar precisamente la valoración de la prueba y la motivación de los hechos, por lo que si se elimina o niega tal control, innegablemente también se verá afectado el derecho a la prueba, visto como una extensión del diverso derecho a la defensa.<sup>59</sup>

Jordi Ferrer considera que una *adecuada concepción del razonamiento probatorio, compatible con la concepción racionalista de la prueba y con el derecho fundamental al debido proceso, exige limitar el alcance de la inmediación a la estricta percepción de la práctica de la prueba y no a las inferencias probatorias que de esa percepción se extraen*,<sup>60</sup> lo que significa que se deben diferenciar ambas actividades, que para nada son incompatibles dado que no es necesario estar presente en la práctica de la prueba para hacer una valoración racional de ella.

Por otro lado, la revisión de los hechos y la valoración probatoria en segunda instancia es necesaria para tener mayores probabilidades de que lo probado corresponda con la realidad y, con ello, la resolución sea más justa, ya que se reconoce que una sentencia puede ser injusta si existe en la misma un juicio errado en la determinación del Derecho o de los hechos. En lo que concierne a la injusticia ocasionada por el razonamiento probatorio, ésta puede darse por considerar demostrado o no determinadas hipótesis fácticas, sea por falta de pruebas o por una mala valoración de ellas (como cuando se aprecian pruebas falsas pero consideradas ciertas), por mala intención del Juez o deficiencia en su valoración.<sup>61</sup> En otros términos,

<sup>57</sup> Véase, Taruffo, M.: *op. cit.*, p. 56; y, Ferrer Beltrán, J.: *La valoración...* cit., p. 54.

<sup>58</sup> Sobre estos elementos, véase con mayor profundidad, Ferrer Beltrán, J.: *La valoración...* cit., pp. 54 y ss.

<sup>59</sup> Resultan ilustrativas las referencias en Derecho Comparado y Doctrinal que nos ofrece Ferrer Beltrán, J. en *La valoración...* cit., p. 52.

<sup>60</sup> "El control..." cit., p. 189.

<sup>61</sup> Sobre estos motivos, véase: Chiovenda, G.: *op. cit.*, p. 499.

Laudan diría que sin una determinación acertada de los hechos no es posible alcanzar la justicia, dado que establecer correctamente lo que cada quien hizo en una resolución es un requisito previo y esencial para alcanzarla.<sup>62</sup>

Pareciera que una regla procesal como la que aquí se analiza y que se pretende justificar en el principio de inmediación, más bien constituye una sin razón, pues si a un tribunal de segunda instancia se le impide conocer de los hechos y de la valoración de la prueba, difícilmente podrá realizar su razonamiento judicial como se ha expuesto supra, dado que entre la hipótesis normativa y la hipótesis fáctica existe una íntima y necesaria relación para efectuar dicho razonamiento, de ahí que si un recurso se limita a la revisión de derecho, sería sumamente difícil que la alzada pudiera pronunciarse sobre el derecho.

En el *commun law* de los Estados Unidos de América, en la visión que aporta Gomez Colomer,<sup>63</sup> al analizar el recurso de apelación, se dice que no se permiten pruebas nuevas o audiencia con testigos, sino que el tribunal de apelación únicamente revisará las pruebas practicadas en primera instancia, puesto que el expediente recoge los documentos archivados del caso y las transcripciones de las diversas fases procesales, con lo que pareciera que dicho tribunal efectuará una valoración de las pruebas, lo que incluso pareciera confirmarse cuando el tribunal de apelación determina revocar una sentencia de primera instancia,<sup>64</sup> por considerar que el Juez de instancia permitió que el jurado basara su resolución de culpabilidad en pruebas que nunca tuvieron que ser

admitidas. Luego entonces, para que un tribunal de apelación determine que una persona fue hallada culpable con base en pruebas que no debieron admitirse, sin duda alguna que dicha determinación implica que haya desarrollado una valoración de las pruebas para poder conocer que determinadas pruebas que no debieron ser admitidas, pudieron ser decisivas para emitir veredicto de culpabilidad.

De tal suerte que en el sistema probatorio referido sí es permitido que se desarrolle una valoración de prueba por un tribunal de apelación. Y que, si bien dicha valoración no llega a la emisión de una sentencia de absolución, lo que interesa para efecto del presente análisis es señalar la factibilidad que en dicho sistema se dé la valoración por un *ad quem*. Incluso, el tribunal de apelación puede revisar los hechos fijados en la primera instancia y modificar los que hayan sido tenidos como probados en la resolución, siempre que los considere erróneos,<sup>65</sup> lo que nuevamente pone en clara la idea que en segunda instancia puede valorarse la prueba y darse un pronunciamiento nuevo sobre los hechos sin desconocer que ello no es posible hacerlo en el caso de sentencias absolutorias, al no estar permitido en dicho sistema recurrir sentencia de ese tipo.<sup>66</sup>

## V. La regla procesal del artículo 468 a la luz de la jurisprudencia nacional

A la fecha ya existen criterios jurisprudenciales emitidos por diversos Tribunales Colegiados de Circuito que se han ocupado de la regla establecida en la fracción II del numeral 468 del CNPP; sin embargo, la forma en que han abordado y solucionado la problemática generada

<sup>62</sup> Cfr. *op. cit.*, pp. 22 y 23.

<sup>63</sup> Cfr. *Introducción...* cit., p.473.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 475.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p.476.

<sup>66</sup> Laudan, L.: *op. cit.*, p. 24.

por la multicitada regla ha sido de distinta forma. Para mostrar la forma en que se han tratado y solucionado aquellos casos, en los que el *ad quem* ha considerado que no puede efectuar revisión y valoración de la prueba que, como ya se dijo, repercute en la determinación de los hechos o hipótesis fácticas del proceso penal, procedemos a exponer y analizar algunas de las tesis generadas hasta hoy día con motivo de la problemática planteada.

Cabe hacer dos aclaraciones previo a proceder al análisis referido. La primera tiene que ver con el hecho de que la problemática que ha generado la regla procesal establecida en la fracción II, del numeral 468 del CNPP, no es nueva, pues ha existido en otras legislaciones procesales que adoptaron el PPAO previo a la vigencia de la ley nacional en la materia procesal, derivado de que tales legislaciones estatales reglamentaron con denominaciones y reglas diferentes los recursos de apelación y casación, entremezclaron sus reglas, lo que llevó a que se emitieran algunos criterios sobre tal problemática; sin embargo, un análisis de tipo histórico-compiletivo de cada una de las esas legislaciones rebasaría en mucho el estudio que aquí se pretende. Como consecuencia de la anterior aclaración, precisamos que únicamente nos abocaremos a analizar los criterios jurisprudenciales que al día de hoy se han emitido sobre la regla contenida en numeral antes señalado, de ahí que centraremos el presente análisis a este tipo de criterios jurisprudenciales.

Pasando al análisis que se pretende, aclaramos que las tesis serán analizadas bajo dos rubros. El primero se ocupará del sentido y solución que la tesis ha dado a la problemática que nos ocupa, mientras que el segundo rubro de análisis, se encargará de mencionar de forma concreta cuáles fueron los argumentos centrales de cada tesis.

**1.** La tesis con número de registro 2015452, derivada del juicio de amparo directo 78/2016, resuelto el 04 de mayo de 2017 por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, con rubro: *RECURSO DE APELACIÓN EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO. EL TRIBUNAL DE ALZADA QUE DEBA RESOLVERLO, EN ACATAMIENTO AL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO, PUEDE ANALIZAR LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA REALIZADA POR EL TRIBUNAL DE ENJUICIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA, SIN QUE ELLO COMPROMETA EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN (INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 468, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES)*.

**A.** El sentido de esta tesis respecto el artículo 468, fracción II, del CNPP, es que en cumplimiento del debido proceso, el tribunal de alzada puede revisar la valoración de prueba que hizo el Juez de primera instancia, ya que al ser un juicio sobre el juicio del *a quo*, no se afecta el principio de inmediación. La solución que propone la tesis en alusión ante tal problemática, es hacer una interpretación conforme de la fracción II del 468 en el sentido de considerar que la valoración de la prueba del *a quo* forma parte de ese debido proceso, por lo que una mala valoración de la prueba trastocaría ese proceso debido, motivo por el que se debe revisar la valoración de la prueba.

**B.** Los argumentos que centrales de la tesis se hacen consistir en: a) el recurso de apelación se debe ocupar de las violaciones a los derechos fundamentales; b) las violaciones graves al debido proceso, constituyen una violación de la que se debe ocupar el recurso de apelación por afectar derechos fundamentales; c) el debido proceso en cuestiones probatorias, implica que se debe respetar el derecho a la admisión, desahogo y valoración de las pruebas en

primera instancia; d) la valoración de la prueba puede violentar el debido proceso, por lo que la fracción II del numeral 468 multicitado al implicar cuestiones relativas a la valoración de la prueba, debe interpretarse conforme y compatible al debido proceso su revisión; y, e) si se efectúa la revisión de la valoración de la prueba, no se trastoca la inmediación porque se cuenta con las videograbaciones de las diligencias en que se practicó la prueba.

**2.** La tesis con número de registro 2014909, derivada del juicio de amparo directo 20/2016 resuelto el 12 de mayo del mismo año por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito con rubro: *RECURSO DE APELACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. EL ARTÍCULO 468, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, EN LA PORCIÓN NORMATIVA QUE ESTABLECE QUE CUANDO SE INTERPONGA CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA, SE ANALIZARÁN CONSIDERACIONES “DISTINTAS A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA”, ES CONTRARIO AL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL QUE CONSAGRAN LOS DERECHOS A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y A LA DOBLE INSTANCIA EN MATERIA PENAL, EN SU VERTIENTE DE RECURSO EFICAZ Y, POR TANTO, DEBE INAPLICARSE.*

**A.** El sentido de esta tesis fue considerar que la fracción II del artículo 468 del CNPPP, es contrario al parámetro de control de regularidad constitucional que consagran los derechos a la presunción de inocencia y a la doble instancia en materia penal (vertiente de recurso eficaz). La solución que propone ante tal problemática, es la desaplicación de la porción normativa en comento.

**B.** Los argumentos centrales de la tesis se hacen consistir en que la fracción II del arábigo 468: a) es contraria al parámetro de control de regularidad

constitucional, integrado por los artículos 17 y 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 8, numeral 2, inciso h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, 14, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen los derechos humanos a la presunción de inocencia, porque se impide recurrir el fallo condenatorio en lo relativo a los hechos; así como a la doble instancia en materia penal, en su vertiente de recurso eficaz que implica en la obligación para los tribunales de resolver cuestiones no sólo jurídicas, sino también fácticas y probatorias en las que se sustentó la sentencia impugnada, por lo que no permitir conocer de cuestiones de valoración de prueba para controlar los hechos declarados probados, se afecta estos derechos; y, b) el *ad quem* no valora la prueba en forma directa, sino que revisa la valoración probatoria realizada por el *a quo* y por eso no se afecta el principio de inmediación.

**3.** La tesis con número de registro 2014910, derivada del juicio de amparo directo 20/2016 resuelto el 12 de mayo del mismo año por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito con rubro: *RECURSO DE APELACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. EL HECHO DE QUE EL TRIBUNAL DE ALZADA REVISE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS REALIZADA DIRECTAMENTE POR EL JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.*

**A.** El sentido de esta tesis tiene relación con la antes referida que tiene número de registro 2014909, ya que derivan de la misma ejecutoria, pero esta tesis considera que no se viola el principio de inmediación porque el *ad quem* no valora prueba directamente, sino que revisa la valoración que hizo el Juez de primera instancia. La

solución que propone ante tal problemática, es que no hay afectación al principio de inmediación.

**B.** Los argumentos centrales de la tesis se hacen consistir en que la fracción II del arábigo 468: a) no se trata de un nuevo escrutinio o valoración directa de la prueba, sino que se revisa la legalidad de la valoración de la prueba; y, b) el principio de inmediación no es absoluto, tiene diversa intensidad acorde al momento procesal, por lo que admite excepciones, como la prueba anticipada o declaraciones por videoconferencia.

**4.** La tesis con número de registro 2014244, derivada del juicio de amparo directo 254/2016, resuelto el 19 de enero del mismo año por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Primer Circuito, con rubro: *APELACIÓN EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO. EL ARTÍCULO 468, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, AUTORIZA EL EXAMEN DE LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA IMPUGNADAS MEDIANTE ESTE RECURSO, A PARTIR DE LA REVISIÓN DE LA RACIONALIDAD DE LOS ARGUMENTOS EXPRESADOS POR EL TRIBUNAL DE ENJUICIAMIENTO, LO QUE NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN*

**A.** El sentido de esta tesis es que el artículo 468, fracción II, del CNPP permite el examen de la motivación de la sentencia de primer grado, con lo que es posible revisar la racionalidad de la valoración de la prueba que hizo el *a quo* y de esta manera no se afecta el principio de inmediación, porque el Juez de primera instancia es el único que puede valorar prueba directamente, con lo que nuevamente se alude que el *ad quem* sólo puede hacer juicio sobre el juicio. La solución que propone ante tal problemática, es hacer una interpretación sistemática de los artículos que regulan el recurso de apelación,

porque con base en ella, es posible concluir que no hay afectación al principio de inmediación dado que el *ad quem* sólo valora lo que hizo el Juez y no directamente la prueba.

**B.** Los argumentos centrales de la tesis se hacen consistir en: a) es permisible que el tribunal de alzada revise la motivación que realizó el tribunal de enjuiciamiento, sobre la base de los agravios planteados en la apelación; b) entonces, es factible que el tribunal de apelación pueda revisar la valoración de pruebas que hizo el *a quo*; y, c) el tribunal de alzada no valora directamente prueba, ya que esta facultad es exclusiva del Juez de primer grado.

## VI. Propuestas de solución

Es a partir de una posible violación de los derechos fundamentales aludidos en el rubro que antecede, que se debe determinar si la fracción II del artículo 468 del CNPP, resulta o no acorde a nuestra Constitución y demás instrumentos convencionales aludidos, en cuyo caso se deberá establecer la mejor solución posible.

Este parámetro se refiere a un conjunto de normas supremas a partir del cual, se determina la regularidad o la validez del resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico mexicano. Adicionalmente, este parámetro constituye un catálogo normativo que permite a los juzgadores determinar cuál de ellas resulta más favorable para las personas, a fin de ser tomado en cuenta para la circunstancia particular a la que se enfrenten.

Para buscar la mejor solución, es necesario tener presente que el parámetro o bloque constitucional está conformado de: a) los derechos humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; b) los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte;



c) criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte; d) criterios, jurisprudencia y precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el Estado mexicano no fue parte en las controversias, siempre que éstos sean más favorables a la persona;<sup>67</sup> y, e) jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.

Por otro lado, el Pleno de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que un control de constitucionalidad y convencionalidad, es necesario hacerlo en el siguiente orden:<sup>68</sup> 1) interpretación conforme en sentido amplio; 2) Interpretación conforme en sentido estricto; y, c) Inaplicación de la ley.

**1.** En primer lugar, derivado de los niveles en que se ejerce el control de constitucionalidad y convencionalidad, se deberá valorar si basta con hacer una *interpretación conforme* sobre dicha porción legal, en el sentido de considerar que dada su naturaleza de principio y la forma en que es posible cumplirlos, resulta acorde y compatible con el derecho a la presunción de inocencia que implica el derecho a una revisión y control por un tribunal superior respecto a lo correcto o no del juicio que declaró derrotado tal presunción. De esta forma, se hace compatible con el derecho a la defensa que se extiende

<sup>67</sup> Véase P./J. 21/2014 (10a.) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, T. I, materia Común, p. 204; de rubro *JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA*.

<sup>68</sup> Véase tesis P. LXIX/2011(9a.) publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, T. 1., diciembre de 2011, materia Constitucional, de rubro *PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS*.

a la segunda instancia, mediante el recurso efectivo de la apelación que permita no sólo revisar la valoración de la prueba realizada por el *a quo*, sino también hacer una nueva valoración de la prueba.

Si la regla referida en el párrafo que antecede es entendida y preferida en su literalidad, ello llevaría a prohibir a la alzada valorar pruebas cuando se comprometa la inmediación y, dado que se considera que siempre que se valora cualquier tipo prueba se compromete tal principio, entonces esa forma de entender la regla en alusión llevaría a sostener que no es posible hacer ningún tipo de valoración probatoria en segunda instancia y, con ello, hacer negatorios los derechos y reglas en mención.

En cambio, si se asume la inmediación bajo la naturaleza jurídica que implica un principio, ello claramente permite hacerla compatible con las excepciones y matizaciones que se han hecho mención aquí, a los que habría que adicionar el caso en que la práctica de la prueba en juicio oral queda registrada en forma audiovisual, pues esta herramienta permite que el *ad quem* tenga disponible de la mejor manera posible la prueba que el *a quo* valoró, y con ello pueda revisar la valoración que hizo y hasta hacer una nueva, mostrando de esta manera que el hecho de tener la prueba registrada de manera audiovisual, se ofrece la oportunidad de maximizar el cumplimiento de la inmediación conforme a su naturaleza de principio.

Estas excepciones y matizaciones son imposiciones que la realidad ha obligado a reconocer en la ley, como cuando no es posible que el Juez de juicio practique la prueba porque el testigo se encuentra en una zona geográfica en la que dadas su ubicación y condiciones socioeconómicas no le es posible acudir ante dicho órgano, pero sí le es posible asistir a un órgano diverso cercano a



él para declarar en vía de exhorto, o poder acudir a órgano diverso con el que pueda entablarse videoconferencia para comparecer de esa manera ante el Juez del juicio; como también acontece en los casos donde no es posible que un testigo pueda declarar en juicio oral porque tiene una enfermedad terminal bajo la cual le diagnostican poco tiempo de vida; o cuando no es posible un segundo análisis sobre determinados objetos porque se agotan en un primer análisis, incluso cuando en un proceso penal por el delito de delincuencia organizada, comparezca un testigo dada su desaparición presumiblemente imputada al procesado; o como cuando no es posible que todas las pruebas desahogadas en juicio oral, tengan que ser nuevamente practicadas ante el *ad quem* para que tenga inmediación directa sobre ellas y pueda valorarlas. Estas situaciones bien pueden ser las condiciones reales a las que nos referimos cuando se analizó la naturaleza del principio, mismas que obligan a tenerlas presentes para establecer el grado en que es posible cumplir la inmediación.

En lo que se refiere a las condiciones jurídicas que deben ser consideradas para determinar el grado en que puede cumplirse con el principio de inmediación, encontramos los derechos y reglas aquí aludidos y que le resultan oponibles, a merced de los cuales no es posible cumplirlo en forma absoluta ya que ello implicaría afectar y hacer imposible los demás derechos y reglas.

Por ejemplo, una regla que le sería oponible al principio de inmediación es la establecida en el numeral 61 del CNPP, ya que aquí se establece la obligación de que todas las audiencias queden registradas de manera audio visual, cuya finalidad es que los demás órganos jurisdiccionales que conozcan del mismo procedimiento puedan tener conocimiento de ellas, como bien pueden

ser el tribunal de apelación y órganos constitucionales de amparo. Si se debiera cumplir en forma absoluta con la inmediación, una regla de este tipo no tendría razón de ser, pero si se asume que el principio de inmediación debe cumplirse en la medida o grado que otras reglas y derechos que le son oponibles lo permitan, entonces dicha regla resulta con sumo sentido y relevancia.

**2.** En el caso de que la fracción II del artículo 468 del CNPP admita diversas clases de interpretaciones, entonces en una interpretación conforme, se deberá preferir aquella que vaya con los derechos fundamentales aludidos a lo largo de este estudio.

Consideramos que una primera interpretación sería en el sentido de excluir la posibilidad para poder impugnar mediante el recurso de apelación, tanto las consideraciones que tengan que ver con la valoración de la prueba, como las consideraciones diferentes a la valoración de la prueba que comprometan el principio de inmediación. Bajo este entendimiento, está claro que no es apelable todo lo que tenga que ver con la valoración de la prueba –porque lleva implícito la inmediación– y, además, tampoco son apelables consideraciones diferentes a la valoración de la prueba que comprometan el principio de inmediación.

Una segunda lectura de la fracción II del numeral 468 citado, podría ser en el sentido de que son apelables las consideraciones que tienen que ver con la valoración de la prueba, siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación. Afirmación que se produce porque el dispositivo en mención sostiene que las consideraciones de las sentencias definitivas son apelables por regla general, lo que asumimos porque cuando se señala el término *distintas*, con ello se generan dos grupos de consideraciones: 1) las consideraciones generales que

no tienen que ver con la valoración de la prueba; y, 2) las consideraciones específicas que tienen que ver con la valoración de la prueba, las que a su vez se subdividen en dos categorías; la primera referida a consideraciones que tienen que ver con la valoración de la prueba y que comprometen el principio de inmediación, y la segunda referida a consideraciones que también tienen que ver con valoración de la prueba pero que no comprometen el principio de inmediación.

Pareciera confusa la sub-clasificación de las consideraciones específicas que tienen que ver con la valoración de la prueba, sin embargo, la misma se origina porque en las pruebas personales, como son las declaraciones de las partes, testigos y peritos, la inmediación es necesaria y marcada, lo que conlleva que alguna parte de la doctrina y jurisprudencia nacional estime que su valoración pueda comprometer el principio de inmediación; contrario a lo que acontece con la prueba documental, ya que ésta sí puede ser valorada en las mismas condiciones tanto por el *a quo* como por la alzada, motivo por el que se considera que no se afecta la inmediación, tal y como acontece en países como España, donde se llega a permitir que el Tribunal Supremo que conoce del recurso de casación, pueda modificar los hechos con motivo de una nueva valoración de prueba documental y hasta pericial.<sup>69</sup>

De cualquier modo, podría considerarse que se generarían restricciones a los derechos, al no permitirse hacer una revisión de la cuestión probatoria en términos amplios, lo que nos lleva al siguiente nivel de control constitucional y convencional.

**3.** Si se considera que nos es posible hacer la interpretación conforme en sentido amplio o estricto,

<sup>69</sup> Gimeno, Sendra, V.: *op. cit.*, p. 923.

entonces ello obligaría a desaplicar la regla procesal del numeral 468, fracción II del CNPP, incluso, que órganos judiciales superiores la expulsaran del sistema normativo procesal mexicano.

Hasta aquí, se trata de soluciones vía jurisdiccional; sin embargo, es posible asumir una solución legislativa como ya resulta evidente.

**4.** En efecto, no debe descartarse la posibilidad que el órgano legislativo lleve a cabo una reforma a la fracción II del artículo 468 del CNPP, a efecto de darle un tratamiento normativo adecuado al recurso de apelación y acorde a su naturaleza jurídica, que permita una revisión amplia de todas las consideraciones de la resolución que se llegase a impugnar, es decir, que se permita la revisión de las cuestiones que tengan que ver con los hechos y su prueba y, por supuesto, de cuestiones normativas.

## VII. Bibliografía

- Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2008.
- Carnelutti, Francesco: *Derecho procesal civil y penal*. Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V., México, 1997.
- Chiovenda, Giuseppe: *Curso de Derecho Procesal Civil*. Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V., México, 1997.
- Dworkin, Ronald: *Los derechos en serie*. Editorial Ariel, España, 1984.
- Ferrer Beltrán, Jordi: *Prueba y verdad en el Derecho*. Marcial Pons, 2ª ed., España, 2005.
- \_\_\_\_\_: *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, España, 2007.

- \_\_\_\_\_: “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia”, en *Doctrina práctica*, No. 34, España, 2007.
- Gimeno Sendra, Vicente: *Derecho Procesal Penal*. Aranzadi. S.A, 2ª ed., España, 2015.
- Gómez Colomer, Juan Luis: *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norte América*. Editorial Tirant lo Blanch, España, 2013.
- Ibáñez, Perfecto Andrés: *Los hechos en la sentencia penal*. Distribuidores Fontamara S.A., 1ª ed., México, 2007.
- Laudan, Larry: *Verdad, error y proceso penal*. Marcial Pons, España, 2013.
- Miranda Estrampes, Manuel: *La mínima actividad probatoria*. J. M. Bosch editor, España, 1997.
- Montesinos García, Ana: *La videoconferencia como instrumento probatorio*. Marcial Pons, España, 2009.
- Pastor R., Daniel: *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futura de la dogmática de la impugnación en el Derecho Procesal Penal*. Ad-Hoc, 1ª ed., Argentina, 2001.
- Nieva Fenoll, Jordi: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Bde. F. Ltda., Argentina, 2012.
- \_\_\_\_\_: *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, España, 2010.
- \_\_\_\_\_: “Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)”, en *Jueces para la democracia*, No. 46, marzo, España, 2003.
- Roxín, Claus: *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto S.R.L., Argentina, 2000.
- Taruffo, Michele: *La prueba de los hechos*. Trotta, 3ª ed., España, 2009.
- \_\_\_\_\_: *La prueba*. Marcial Pons, España, 2008.

## La prueba y la construcción de hechos por las partes en las audiencias orales

José Francisco Moreno Tec\*

RESUMEN: El presente trabajo tiene origen en mi participación en las jornadas de discusión *La argumentación en materia de hechos en el nuevo sistema de justicia penal*, organizado conjuntamente por el Instituto de la Judicatura Federal, las Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Dirección General del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Instituto Federal de Defensoría Pública y la Unidad para la Consolidación del Nuevo Sistema de Justicia Penal; jornadas que forman parte de una estrategia integral del Poder Judicial de la Federación, con el objetivo de visibilizar y detonar problemáticas vinculadas con la utilización de metodologías de argumentación forjadas en el sistema tradicional mixto, al actual modelo de justicia oral; de igual forma tienen por objeto reflexionar sobre la compatibilidad de diversas metodologías de argumentación en materia de hechos, con los principios de contradicción e intermediación. En este trabajo se compartirá y expondrá la óptica de la defensa penal pública, que es uno de los sujetos intervinientes en el proceso acusatorio

\* Defensor Público Federal.

y oral; se pretende dar contestación a algunas de las interrogantes planteadas en las jornadas de discusión, consistentes en: ¿para qué sirve la exposición de los hechos y la construcción de la prueba en una audiencia oral? ¿para persuadir al Juez? ¿para la búsqueda de la verdad? ¿qué implicaciones tiene para el sistema asumir una u otra postura?; más que una respuesta dogmática o académica se busca dar una respuesta fundamentada en el rol de cada una de las partes, así como en los postulados constitucionales y procesales que rigen el procedimiento acusatorio y oral; en este contexto, se sostendrá y justificará que el objeto de la argumentación, así como de la aportación de hechos y pruebas, depende del *rol* de cada una de las partes, y que, en este contexto, no se busca descubrir la verdad absoluta, sino persuadir al Juez respecto de su verdad, es decir, las partes buscan acreditar una verdad procesal. Por su parte, el órgano jurisdiccional, con base en lo aportado, busca la mayor aproximación posible a la verdad absoluta, sin que le esté permitido actuar oficiosamente en búsqueda de lo realmente acontecido; se sostendrá que asumir esta posición, implica aceptar la tendencia adversarial del sistema y que lo que se busca no es la verdad absoluta, sino la verdad procesal, que considerar lo contrario, compromete la imparcialidad judicial, la igualdad y el debido proceso legal.

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Para qué sirve la exposición de los hechos y

la construcción de la prueba en una audiencia oral. IV. Qué implicaciones tiene para el sistema asumir una u otra postura. V. Conclusión. VI. Fuentes consultadas.

## I. Introducción

En el México actual se presenta una disyuntiva, por una parte la sociedad reclama al Estado mexicano que le brinde protección y seguridad en contra de acciones que dañan a los individuos, a través de la comisión de conductas que atentan contra la vida en sociedad; por otra parte, también se le reprocha la violación sistemática de los derechos humanos por parte de las autoridades encargadas de la persecución penal; entre los principales reclamos están la impunidad, las detenciones ilegales y la fabricación de pruebas. Ante ese hartazgo social, se impulsó una reforma constitucional que culminó con un nuevo modelo de justicia acusatorio y oral, que conlleva una nueva forma de actuación y argumentación a cargo de los sujetos procesales; la mayoría de nosotros nos forjamos en el modelo de proceso tradicional mixto, en el que aprendimos que el fin específico del proceso era la búsqueda de la verdad histórica y la personalidad del delincuente;<sup>1</sup> por ello el Juez tenía una amplia gama de facultades para mejor proveer, podía suplir, inclusive, la deficiencia total de alguna de las partes, en aras de encontrar esa verdad histórica. Lo anterior ha cambiado radicalmente con el nuevo modelo de justicia, con el que se busca dar satisfacción a los reclamos sociales, modelo procesal en el que la actuación del Juez parece estar limitada para actuar oficiosamente, al no contar con esa amplia facultad para realizar diligencias para

<sup>1</sup> Colín Sánchez, G.: *Derecho...* cit., p. 82.

mejor proveer, pues en este sistema están perfectamente separadas y delimitadas las funciones de acusación, decisión y defensa, mismas que están encomendadas a sujetos diversos. Así pues, conviene analizar, cuál es el fin del proceso penal, para qué sirve la exposición de los hechos y la construcción de la prueba en una audiencia oral y qué implicaciones tiene para el nuevo modelo de justicia asumir una determinada postura.

## II. Antecedentes

Con la reforma constitucional que instaaura el procedimiento penal de corte acusatorio y oral, así como con la entrada en vigor en todo el país del Código Nacional de Procedimientos Penales, surge un nuevo modelo de proceso penal, se abandona el sistema tradicional mixto, se abandonan los expedientes escritos, y se adopta un sistema que se construye a través de una sucesión de audiencias.

Podemos advertir que ambos sistemas no son puros, que tienen coincidencias, pero también discrepancias; en ambos se contempla tanto la escritura como la oralidad, radicando la diferencia en que uno es predominantemente escrito y el otro, predominantemente oral;<sup>2</sup> ello implica que identifiquemos en qué consiste entonces el cambio de paradigma y, a partir del nuevo modelo, determinar cómo y para qué debemos construir los hechos y la prueba en las audiencias.

El sistema tradicional mixto que hemos abandonado, era, como se ha señalado, predominantemente escrito, por ende, la construcción de los hechos y la prueba en gran medida se hacía de forma escrita; podemos advertir, a manera de ejemplo, que cuando el Ministerio Público ejercía acción penal, llegaba al juzgador con un pliego

<sup>2</sup> Pérez Sarmiento, E.: *Fundamentos...* cit., pp. 28, 29.

escrito de consignación, la argumentación de los hechos se hacía en ese pliego de consignación y se limitaba a un vaciamiento de las constancias de la averiguación previa, dejándole la carga al juzgador para identificar el hecho y las pruebas que acreditaban cada uno de los elementos del delito; así, las pruebas de la fiscalía eran las constancias escritas que iban glosadas a la averiguación previa, mismas que se anexaban al pliego de consignación.

En ese sistema, la defensa por regla general, argumentaba a través de escritos redactados en las oficinas o despachos jurídicos de los abogados litigantes, en pocas ocasiones en presencia del órgano jurisdiccional y de las partes. En buena medida la prueba de la defensa, se emitía por escrito.

Como podemos observar, en este sistema la prueba era el documento, esto es, el dictamen escrito no el testimonio del perito; el acta que contenía el testimonio no el testimonio mismo; lo que se corrobora, por ejemplo, con algunos criterios de la Corte, que establecían que para que una prueba pericial no desahogada ante el órgano jurisdiccional se considere perfecta, era suficiente la ratificación de la misma,<sup>3</sup> es decir, no era necesario que el perito comparezca ante el Juez de la causa a emitir su dictamen, pues éste se introducía a juicio a través de un documento escrito, siendo suficiente para que se considere prueba perfecta que sea ratificado; en este sistema resultaba intrascendente si el testigo se presentaba

<sup>3</sup> Tesis aislada 1a. XXXIV/2016 (10a.), que aparece publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 27, febrero de 2016, Tomo I, página 673, con registro digital 2010965, publicada el 19 de febrero de 2016 a las 10:15 horas, con el rubro: *DICTÁMENES PERICIALES. LA NO RATIFICACIÓN DEL RENDIDO POR EL PERITO OFICIAL CONSTITUYE UN VICIO FORMAL SUBSANABLE, POR LO QUE EN NINGÚN CASO DEBE DAR LUGAR A CONSIDERAR QUE CONSTITUYE PRUEBA ILÍCITA QUE DEBA SER EXCLUIDA DEL ANÁLISIS PROBATORIO CORRESPONDIENTE.*



ante el Juez emitir declaración, pudiendo emitirse una sentencia, y concederle pleno valor probatorio a lo dicho por un testigo, viendo únicamente el documento escrito en el que consta su declaración, sin que el testigo jamás haya compareció ante el Juez.

Las audiencias también se hacían constar por escrito; sin embargo, lo trascendente es que, independientemente de lo que haya acontecido en la audiencia, en el testimonio o en el dictamen, lo que prevalecía era el contenido escrito de las actas en las que se hacían constar las diligencias, y el Juez, viendo estos escritos, resolvía en la privacidad de su despacho, fundaba y motivaba también por escrito, y digo que viendo, porque en la mayoría de los casos el Juez no presenciaba la forma en la que se construyó o desahogó la prueba en las audiencias, sino que leía el documento escrito en el que se constaban las mismas.

Lo anterior es incompatible con el nuevo modelo de justicia penal, ya que el primer párrafo del artículo 20 constitucional, establece que el proceso penal será acusatorio y oral; por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en el artículo 4°, establece la oralidad como una característica del procedimiento, también dispone en el artículo 44, que las audiencias se desarrollarán de forma oral, que el órgano jurisdiccional propiciará que las partes se abstengan de leer documentos completos o apuntes de sus actuaciones que demuestren falta de argumentación y desconocimiento del asunto.

Sin embargo, como se dijo en un principio, el nuevo modelo de proceso penal no contempla la oralidad plena, sino que es un sistema predominantemente oral, lo que significa que aún subsisten registros escritos, que pueden ser usados en las audiencias preliminares como *datos de prueba* o en el juicio oral, ya sea para evidenciar una contradicción, para superarla o para refrescar la memoria

a través de las técnicas de litigación; se afirma esto, porque el propio Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 217, prevé la necesidad de la existencia de registros en la investigación, pues dispone que el Ministerio Público y la policía deberán dejar registro de todas las actuaciones que se realicen durante la investigación de los delitos, estableciendo ciertos requisitos mínimos para ello, como los son que cada acto de investigación se registre por separado, que contenga por lo menos la fecha, hora y lugar en la que se haya efectuado, que se identifique a los servidores públicos y demás personas que hayan intervenido, que contenga una breve descripción de la actuación y de sus resultados, y sea firmado por quienes hayan intervenido, si no quisieren o no pudieren firmar, deben imprimir su huella digital y, en caso de que esto no sea posible o la persona se niegue a imprimir su huella, se haga constar el motivo. Si bien el Código Nacional no dispone que dicho registro deba ser escrito, hoy por hoy, la escritura es el medio que con mayor frecuencia se utiliza, sin demérito de que pueda usarse cualquier otro que permita garantizar que la información recabada sea completa, íntegra y exacta; lo anterior, a mi juicio, resulta conveniente por seguridad jurídica de las partes, pues de esta forma se potencia la igualdad, el control horizontal y el derecho a la contradicción, al quedar documentada toda la investigación a la que tienen derecho de acceder todos los sujetos legitimados en la relación procesal, en cualquier momento, salvo que exista reserva de la investigación debidamente justificada.

No obstante, la existencia de registros escritos o de cualquier otra índole, la incorporación de los datos de prueba, o la prueba misma, a una audiencia, salvo algunas excepciones, necesariamente tiene que ser a través de la oralidad y por conducto de las partes, atendiendo a sus

intereses jurídicos; son ellas, quienes tienen el deber de incorporar en audiencia pública los elementos probatorios útiles para su teoría y, de esta forma, van construyendo el hecho y la prueba; a partir de ahí, surgen los temas que pretendemos disipar en el presente trabajo.

### III. Para qué sirve la exposición de los hechos y la construcción de la prueba en una audiencia oral

La primera de las interrogantes es: ¿para qué sirve la exposición de los hechos y la construcción de la prueba en una audiencia oral? Se tienen dos posibles respuestas:

- \* para la búsqueda de la verdad; o,
- \* para persuadir al Juez.

Para poder dar respuesta a esta interrogante, primero debemos precisar qué debemos entender por *verdad*. No se pierde de vista que la verdad debe ser única; sin embargo, muchos son los conceptos que se han dado de ella, dependiendo de las diversas disertaciones, sean filosóficas, científicas, académicas, etc. Según el diccionario escolar mexicano Trillas, *verdad* es la conformidad de lo que se dice, piensa o cree, con lo que existe; veracidad o sinceridad.<sup>4</sup> Según el diccionario de la Real Academia Española, proviene del latín *veritas*, y algunas de sus acepciones son: 1. Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente; 2. Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa; 3. Propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna; 4. Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente; 5. Cualidad de veraz; 6. Expresión clara, sin rebozo ni lisonja, con que a alguien se le corrige o reprende; 7. Realidad ( existencia real de algo).

Así, podríamos decir que la verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea de lo que de él se forma en el

entendimiento; y cuando existe adecuación entre la idea y esa realidad se puede afirmar que se conoce la verdad.<sup>5</sup>

En materia jurídica podemos distinguir dos connotaciones de la verdad: material y formal. Entendemos por *verdad material* aquel acontecimiento o conjunto de acontecimientos o situaciones fácticas que son conformes con la realidad de los hechos. Entendemos por *verdad formal* aquélla que se deriva de las declaraciones de las partes y que sirve de sustento de sus peticiones; es aquélla que ha sido procesalmente probada.<sup>6</sup>

Entonces, podríamos complementar la interrogante en los siguientes términos: ¿para qué sirve la exposición de los hechos y la construcción de la prueba en una audiencia oral? ¿para buscar la conformidad del hecho investigado con lo realmente acontecido? o, simplemente, para persuadir al Juez.

Algunas posiciones académicas señalan que con la actividad probatoria, lo que se busca en todo proceso es la *verdad material*, a partir de las posiciones que asumen las partes procesales, y de ahí determinar cuál de esas proposiciones es la apegada a lo realmente acontecido.

Otra posición, y es la que se sostiene en este trabajo, es que lo que se pretende depende del rol que cada una de las partes asume en la audiencia y, desde su perspectiva, lo que buscan al exponer e incorporar hechos y material probatorio es persuadir al Juez respecto de su verdad, es decir, de su *verdad formal* o *procesal*. En este contexto no podemos afirmar que el fin del proceso sea descubrir la verdad material o absoluta, sino más bien una verdad procesal que, puede o no, ser acorde a lo realmente acontecido, pero que sí tiene que ser coherente con las proposiciones fácticas planteadas por las partes en el proceso.

<sup>5</sup> Colín Sánchez, G.: *op. cit.*, nota 1, p. 83.

<sup>6</sup> García Figueroa, A. y Gascón Abellán, M: *Interpretación...* cit., p. 196.

<sup>4</sup> *Diccionario...* cit., p., 346.

Para poder disipar este tema, se parte de los postulados constitucionales y procesales que sustentan el proceso penal y, de dichos postulados, tenemos que el objeto del proceso contemplado en el artículo 20, apartado A, fracción I de la Constitución, es el esclarecimiento de los hechos.

A partir de ello, es claro que, constitucionalmente, el objeto del proceso no es la búsqueda de la verdad, sino el esclarecimiento de un hecho; pero, ¿de qué hecho estamos hablando? desde la lectura constitucional, complementada con las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales, hablamos del hecho que las partes construyen en audiencia, teniendo relevancia la postura del Ministerio Público, quien al formular la imputación expone un hecho; pero ese hecho está sujeto a la complementación de las demás partes procesales, a través de las solicitudes de aclaraciones o precisiones, ya sea que éstas provengan del imputado o su defensor, quienes en términos del segundo párrafo del artículo 311 del Código Nacional de Procedimientos Penales, pueden solicitar, a través del Juez de control, las aclaraciones o precisiones que estimen pertinentes, o de la víctima u ofendido que, si bien el Código Nacional de Procedimientos Penales no establece expresamente a su favor la facultad de solicitar aclaraciones o precisiones, si partimos de la igualdad y que tiene derecho a intervenir en todo el procedimiento por sí o a través de su asesor jurídico, quien intervendrá en igualdad de condiciones que el defensor, según lo que disponen los artículos 109, fracción XV y 110, último párrafo, del código procesal de la materia,<sup>7</sup> es claro que, de una interpretación conforme, tiene la facultad de

solicitar alguna precisión o aclaración de la imputación.

De esta forma, en ejercicio del derecho de contradicción, son las partes procesales quienes construyen el hecho por el que se seguirá el proceso, lo que hacen con intervención del Juez de control, quien, en atención a lo dispuesto por el artículo 316, penúltimo párrafo del Código Nacional de Procedimientos Penales, señalará en el auto de vinculación a proceso, el hecho o los hechos delictivos por los que forzosamente se seguirá el proceso, determinación que debe ser congruente con la imputación ministerial; por ello, nuevamente nos preguntamos ¿de qué hecho se va a ocupar el proceso? La respuesta es: del precisado por el Juez en el auto de vinculación a proceso, quien lo construye a partir de la exposición de las partes procesales. Es importante destacar que, para efectos procesales, es intrascendente si ese hecho es conforme o no con lo realmente acontecido, ya que, con independencia de esa conformidad, toda la actividad probatoria se ceñirá a corroborarlo o desvirtuarlo, habida cuenta que debido al mandato del artículo 19, quinto párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso, y si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente, con base en lo anterior es que se afirma que el hecho precisado en el auto de vinculación a proceso constituye simplemente una posición procesal.

Así pues, para la emisión de la sentencia definitiva sólo debe atenderse al hecho señalado en la acusación, mismo que debe ser congruente con el que inicialmente se precisó en el auto de vinculación a proceso; pero, no

<sup>7</sup> Artículo 110. [...] El Asesor jurídico intervendrá en representación de la víctima u ofendido en igualdad de condiciones que el Defensor.

tiene mayor trascendencia si ese hecho es acorde o no con la verdad absoluta o material, porque para emitir una sentencia de condena el Juez únicamente debe considerar si con las pruebas aportadas por el Ministerio Público, se llega a la convicción de culpabilidad respecto del hecho por el que se formuló acusación, el Juez condena o absuelve no porque llega a la convicción de que el hecho es cierto o falso, sino porque las pruebas recabadas son suficientes para corroborar o no la acusación.

Lo anterior está reflejado en el contenido del artículo 402, tercer párrafo del Código Nacional de Procedimientos Penales, que dispone que nadie podrá ser condenado, sino cuando el tribunal que lo juzgue adquiriera la convicción, más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio, –nótese como el Código Nacional de Procedimientos Penales, señala que la base para la emisión de una sentencia de condena es la demostración del hecho, sin que tenga ninguna relevancia, desde el punto de vista jurídico que sea acorde a lo realmente acontecido–.

Aunado a lo anterior, conviene destacar que el acusado puede presentar una teoría alterna a la del Ministerio Público, misma que no necesariamente constituye la *verdad material*; pero, para que sea condenado, la parte acusadora debe aportar las pruebas suficientes para derrotar esa hipótesis de inocencia,<sup>8</sup> y aun no existiendo certeza de veracidad, el juicio debe ocuparse tanto de la acusación como de la versión de inocencia.

<sup>8</sup> Tesis1a./J. 28/2016 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 31, junio de 2016, Tomo I, página 546, el viernes 17 de junio de 2016 a las 10:17 horas, con registro digital 2011871, del rubro: *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA. CONDICIONES PARA ESTIMAR QUE EXISTE PRUEBA DE CARGO SUFICIENTE PARA DESVIRTUARLA.*

En apoyo de lo anterior, podemos señalar que el imputado o acusado, en ejercicio de su derecho de defensa, puede construir una teoría del caso acorde con sus intereses jurídicos, tema que es muy controversial, pero aun así, debe ser vencido por el órgano acusador para poder lograr una sentencia de condena; en este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo directo en revisión 913/2015 aborda el tema al hacer referencia al principio de inmediatez procesal, específicamente en los párrafos 171 y 172, que a la letra dicen:

*171. A diferencia de lo expuesto por el tribunal colegiado, esta Sala considera que el principio de inmediatez procesal no debe entenderse en el sentido de que prohíbe lo que en ocasiones es llamado, con una connotación negativa, como “aleccionamiento”. El derecho a la defensa adecuada y el principio de presunción de inocencia no sólo permiten que la persona sea instruida y asesorada en su defensa jurídica, sino que obligan al Estado a respetar y a garantizar su ejercicio. Entender lo contrario implicaría vaciar el contenido del derecho de todo inculcado a ser técnicamente asesorado.*

*172. Si aleccionar a una persona significa otorgarle la oportunidad para generar una versión exculpatoria, de acuerdo con la defensa jurídica que su abogado proponga, entonces la persona no sólo goza de la posibilidad de ser aleccionada sino que es su derecho. Y su ejercicio de ningún modo puede traducirse en una consecuencia negativa o permitir una inferencia sobre su culpabilidad. El uso del término “aleccionamiento” como un concepto negativo y el miedo de su utilización, ha perdido toda vigencia en un sistema que, como el nuestro, se decanta por proteger el derecho a la*

*defensa adecuada, al considerarlo una condición sin la cual no es posible hablar de procesos penales legítimos.*

Del anterior criterio de la Corte, podemos advertir que la versión proporcionada por lo menos por una de las partes, no necesariamente tiene que ser verdadera, pero el proceso debe ocuparse del mismo y, en caso de no ser superada, podría sobrevenir la absolución, no porque esa versión sea cierta o falsa, sino porque la prueba fue insuficiente para vencerla.

Con base en todo lo anterior, tomando en consideración que cada parte tiene su verdad que argumenta y aporta hechos para corroborarla,<sup>9</sup> que el presupuesto de la existencia de un juicio es precisamente la existencia de versiones encontradas, podemos concluir que la exposición y construcción depende del rol de cada una de las partes, y con ella busca persuadir al Juez de que su versión, es la verdad procesal que debe prevalecer.

No se soslaya que es un ideal que en el proceso penal se busque la verdad absoluta, esto es, que la verdad procesal sea un reflejo de la verdad material, para que exista congruencia y coherencia entre lo que realmente aconteció, y la decisión tomada en el juicio, para que con ello se dé satisfacción a los postulados constitucionales de proteger al inocente, que el culpable no quede impune y que se reparen los daños causados, así como dar satisfacción al *derecho a la verdad*; y que por tal razón el Juez puede tener una visión distinta a la aquí expuesta, pues desde su óptica debe buscar la mayor aproximación posible a la verdad material; sin embargo, para transitar hacia la consecución de ese ideal, debe existir un cambio radical en los operadores jurídicos, en particular en el

Ministerio Público, la víctima u ofendido y, en el imputado junto con su defensor, quienes deben observar plenamente los principios de probidad y buena fe, que permean todo el proceso penal, y sólo de esta forma podremos afirmar que en el proceso penal se busca la verdad absoluta de los hechos acontecidos y no sólo una verdad procesal que, reitero, es el ideal a alcanzar, por lo que, cada uno debe contribuir asumiendo con responsabilidad y profesionalismo el rol que le corresponde en el proceso.

#### **IV. Qué implicaciones tiene para el sistema asumir una u otra postura**

Como establecimos con anterioridad, las dos posturas que podemos asumir en cuanto a la exposición y construcción de los hechos en una audiencia oral, son:

- \* buscar la verdad; o,
- \* para persuadir al Juez.

Asumir una u otra postura tiene diversas implicaciones; si asumimos la primera, corremos el riesgo de comprometer la imparcialidad judicial, la igualdad procesal y trastocar el debido proceso legal, como se justificará a continuación.

En efecto, tanto el imputado como la víctima u ofendido, como parte del debido proceso legal, tienen el derecho a la imparcialidad e igualdad, como se observa del contenido de los artículos 12 y 109, fracción IX del Código Nacional de Procedimientos Penales, que disponen que ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los tratados y las

<sup>9</sup> Benavente Chorres, H.: *Estrategias...* cit., p. 342.



leyes que de ellos emanen; que la víctima u ofendido, tendrán derechos a acceder a la justicia de manera pronta, gratuita e imparcial respecto de sus denuncias o querellas; asimismo, tienen derecho a que se les garantice, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los tratados y las leyes que de ellos emanen.

Como se estableció anteriormente, si existe un proceso es porque existen dos versiones contradictorias, en las que ambas partes sostienen tener la razón, por tanto, toda su argumentación e incorporación de la prueba es con la finalidad de persuadir al Juez de que su posición constituye la verdad; ante esa posición de las partes, quien tendría que hacer un esfuerzo para descubrir cuál es la verdad material más allá de la afirmación de ellas, sería el órgano jurisdiccional, quien es el único sujeto neutral, mismo que tendría que tener una posición proactiva, realizar acciones semejantes a la diligencias *para mejor proveer*, como aquéllas a las que hacían referencia los artículos 150 y 384 del Código Federal de Procedimientos Penales,<sup>10</sup> hoy abrogado, lo que no es compatible con las funciones encomendadas al Juez en el nuevo modelo de justicia, en el que los actos de acusación, decisión y defensa, corren a cargo de diversos sujetos procesales.<sup>11</sup> En este sistema la actuación oficiosa del Juez está

<sup>10</sup> ARTICULO 150.- [...] Según las circunstancias que aprecie el Juez en la instancia podrá de oficio ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer o bien ampliar el plazo de desahogo de pruebas hasta por diez días más. [...]

ARTICULO 384.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si después de celebrada la vista el tribunal de apelación creyere necesaria la práctica de alguna diligencia para ilustrar su criterio, podrá decretarla para mejor proveer, y la practicará dentro de los diez días siguientes con arreglo a las disposiciones relativas de este Código. Practicada que fuere, fallará el asunto dentro de los cinco días siguientes.

<sup>11</sup> Pérez Sarmiento, E. L.: *Fundamentos...* cit., pp. 14, 15.

acotada a los casos de duda, según lo dispuesto por el Código Nacional de Procedimientos Penales, y sólo podría solicitar aclaraciones, ya sea a petición de parte o de oficio, pero, se reitera, con fines únicamente aclaratorios, de lo que se colige que no debe indagar oficiosamente;<sup>12</sup> se reserva la actuación oficiosa a casos excepcionales, como por ejemplo, al advertir graves violaciones a derechos humanos, en los que está facultado para actuar aun sin que exista petición de parte.<sup>13</sup>

En consecuencia, se afirma que no obstante el deber de los Jueces de velar por el respeto a los derechos humanos en el proceso penal de corte acusatorio, les está limitado realizar de oficio actos probatorios tendentes al descubrimiento de la verdad,<sup>14</sup> ya que esa función está encomendada a las partes, quienes tienen salvaguardados sus derechos, pues están asistidos por profesionales del Derecho; esto es, el imputado por un defensor que debe ser licenciado en Derecho y técnicamente competente, al igual que la víctima u ofendido, que debe contar con un asesor jurídico que, de igual forma, debe ser licenciado en Derecho y técnicamente competente. Subsidiariamente, la víctima u ofendido puede estar asesorado por el Ministerio Público; por ello, en caso de que el Juez advierta alguna incapacidad manifiesta y

<sup>12</sup> Artículo 311. [...] El Juez de control a petición del imputado o de su Defensor, podrá solicitar las aclaraciones o precisiones que considere necesarias respecto a la imputación formulada por el Ministerio Público.

Artículo 377. Declaración del acusado en juicio [...] El Órgano jurisdiccional podrá formularle preguntas destinadas a aclarar su dicho.

Artículo 477. Audiencia [...] En la audiencia, el Tribunal de alzada podrá solicitar aclaraciones a las partes sobre las cuestiones planteadas en sus escritos.

<sup>13</sup> Artículo 481. Materia del recurso. Interpuesto el recurso de apelación por violaciones graves al debido proceso, no podrán invocarse nuevas causales de reposición del procedimiento; sin embargo, el Tribunal de alzada podrá hacer valer y reparar de oficio, a favor del sentenciado, las violaciones a sus derechos fundamentales.

<sup>14</sup> Zeferin Hernández, I.: *La prueba...* cit., p. 18.

sistemática del asesor o defensor, no debe asumir el control horizontal, sino debe llamar la atención de la parte, mediante una prevención para que nombre a uno diverso y, en caso de que persista la incapacidad manifiesta y sistemática, debe proceder al reemplazo, pero no debe sustituir la actuación probatoria o argumentativa irregular de alguna de las partes, sino únicamente garantizar la igualdad, pues asumir un rol protagónico, supliendo a alguna de ellas, compromete la imparcialidad judicial, la equidad procesal y, con ello, el debido proceso legal.

Si asumimos la segunda de las posiciones, esto es, que la argumentación y construcción de hechos es con la finalidad de persuadir al Juez que, por ende, lo que se busca es descubrir una verdad procesal, que a la postre se convertirá en la verdad legal, implica aceptar la tendencia adversarial del sistema.

Como se ha sostenido, la tendencia en el nuevo sistema de justicia penal, es que cada vez más sean las partes quienes construyan los hechos e introduzcan las pruebas, que el Juez intervenga en menor medida, sin que esto signifique que sea pasivo, sino como un árbitro cuya principal función es garantizar el debido proceso, a través de la salvaguarda de la igualdad de las partes y del respeto al derecho de contradicción, reservándose la actuación oficiosa, cuando advierta violación grave a un derecho humano, situación en la que, en primer término, debe llamar la atención de las partes y, en su caso, ordenar el reemplazo de alguno de los asesores, ya sea de la víctima u ofendido o del imputado, lo que implica abandonar el paternalismo jurídico para dejar la responsabilidad en los sujetos procesales, lo que se justifica en las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales, en virtud del cual, tanto la víctima, el ofendido y el imputado son representados por profesionales del Derecho con capacidades técnicas, quienes deben ejercer el control

horizontal del proceso. En esto radica que el nuevo modelo de justicia penal de corte acusatorio y oral, tiene una marcada tendencia a la adversarialidad.

## V. Conclusiones

En el nuevo modelo de justicia penal queda a cargo de las partes procesales, con intervención del Juez, la construcción de los hechos que serán materia del proceso, así como la aportación de la prueba, lo que deberán hacer de forma oral y pública en cada una de las audiencias que constituyen el proceso penal, respetando los principios de inmediación, contradicción y control horizontal, con el objeto de persuadir al Juez respecto de la teoría del caso que, acorde con sus intereses jurídicos, sostengan en cada una de las audiencias, atendiendo al momento procesal y a la naturaleza de éstas. Por su parte, el Juez, con base en la información proporcionada por las partes, busca la mayor aproximación posible a la verdad absoluta; sin embargo, su actuación oficiosa en búsqueda de la verdad, está limitada, ya que se reserva para aquellos casos de violación grave a derechos humanos en los que podrán dictar las medidas que consideren necesarias; en los demás casos, en los que advierta de forma manifiesta y sistemática incapacidad técnica del defensor o del asesor jurídico, deberá prevenir a la parte para que designe otro defensor o asesor y, en caso de no hacerlo, ordenará su reemplazo salvaguardando, de esta forma, la igualdad de las partes. Con base en todo lo anterior, se afirma que en el nuevo modelo de justicia penal, con la construcción de hechos y la aportación de pruebas, las partes buscan persuadir al Juez respecto de su verdad procesal; si bien es un ideal la búsqueda de la verdad absoluta, esto sólo lo conseguiremos en la medida en que las partes asuman con responsabilidad los principios de probidad y buena fe, que el proceso no se trata de ganar o

perder un asunto, sino resolver un conflicto penal, lo que no necesariamente será en audiencia de juicio, sino que puede ser a través de alguna salida alterna o forma anticipada de terminación del proceso.

## VI. Fuentes consultadas

### Bibliográficas

- Benavente Chorres, Hesbert: *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*. Editorial Flores, México, 2015.
- Colín Sánchez, Guillermo: *Derecho mexicano de procedimientos penales*. Porrúa, 17ª.ed., México, 1998.
- *Diccionario Escolar Mexicano Trillas*. México, 2003.
- García Figueroa, Alfonso y Gascón Abellán, Marina: *Interpretación y argumentación jurídica*. Consejo Nacional de la Judicatura, República de El Salvador, C.A. 2014.
- Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo: *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Editorial Temis, S.A., Bogotá-Colombia, 2005.
- Zeferín Hernández, Iván Aarón: *La prueba libre y lógica*. Instituto de la Judicatura Federal, México, 2016.

### Legislativas

- *Código Federal de Procedimientos Penales*.
- *Código Nacional de Procedimientos Penales*.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

### Electrónicas

- *Semanario Judicial de la Federación*.
- *Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española*.

## Investigadores de la defensoría de oficio como elementos para la evolución y perfeccionamiento de la defensa penal

Gabriel Felipe Arce Pérez\*

*La dignidad de las defensorías de oficio se ostenta al pelear por justicia para el inocente y el trato humano para quien parezca culpable.*

RESUMEN: En esta aportación, se desea abordar la utilidad de la implementación del investigador de campo al servicio exclusivo de las defensorías públicas, así como explorar someramente algunos antecedentes y las tareas que realizan en su quehacer cotidiano. Finalmente, indagar un poco sobre la necesidad y posibilidad de la aplicación de dicha figura a nivel federal en México, debido a las particularidades del sistema penal oral de corte acusatorio.

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes de investigadores al servicio de las defensorías de oficio. III. Investigación más allá del gabinete y principio de investigación integral. IV. Igualdad de armas como parte de la igualdad procesal. V. Investigadores privados. VI. Investigadores de la defensa en la investigación inicial y complementaria. VII. Investigaciones independientes a la fiscalía. VIII. Investigación en la estrategia de defensa. IX. La práctica y su implementación. X. Conclusiones. XI. Bibliografía.

\* Oficial Administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública.

## I. Introducción

Las defensorías de oficio o públicas, en sus ramas penales, son instituciones de un Estado democrático que brindan asesoría y defensa, de forma gratuita, en procesos jurisdiccionales a personas que carecen del acceso a defensas particulares para que no queden desprotegidas al brindarles igualdad de herramientas frente a la parte acusadora, por ello, es básica la existencia de una paridad con las instituciones encargadas de la procuración de justicia, esto no sólo en lo referente a la presencia de profesionales del Derecho en las oficinas de la fiscalía, juzgados, tribunales y salas penales, sino también en el ámbito operativo de la investigación que se desarrolla fuera de esos lugares, así como en distintas materias técnicas y científicas para la obtención de material probatorio propio.

En el Instituto Federal de Defensoría Pública, los defensores y oficiales administrativos desempeñamos actividades que pueden ser transformadas para encajar, lo mejor posible, en el nuevo sistema penal, centrando aún más la metodología operativa que permita engrandecer la capacidad de defensa sin menoscabar el ámbito administrativo que permite llevar una estadística eficaz y un registro del desempeño de las adscripciones, también es necesario acrecentar la capacidad de investigación para estar a la par del Ministerio Público Federal.

Es así que este trabajo aborda aspectos relacionados con la necesidad e implementación de áreas de investigación exclusivas de las defensorías de oficio, mismas que ya existen tanto en otras naciones latinoamericanas y en México a nivel del fuero común, así como sus cualidades, funciones y tareas que desempeñan, finalmente contrastar las investigaciones de la parte acusadora como de la defensa.

## II. Antecedentes de investigadores al servicio de las defensorías de oficio

Los investigadores al servicio exclusivo de las defensorías de oficio son una realidad en distintas partes de América Latina y en nuestra propia nación, algunos ejemplos son los siguientes:

Argentina contempla en su artículo 10°, inciso i (áreas de colaboración), punto 1 de la Ley 27.149<sup>1</sup> a un *Cuerpo de Peritos, Consultores Técnicos e Investigadores*, este ordenamiento es también llamado Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa.

En Costa Rica, desde el año 1997 existe una, así llamada, *Unidad de Investigación*, cuyo objetivo principal es: *apoyar a los defensores públicos y a las defensoras públicas en la búsqueda de información relevante para la elaboración de su teoría del caso y la estrategia de defensa, en procura de asegurar un servicio público de calidad para nuestros usuarios y nuestras usuarias*.<sup>2</sup>

En República Dominicana, la *Oficina Nacional de Defensa Pública* integra a los llamados investigadores públicos, que coadyuvan junto con los defensores de oficio a la integración de la estrategia defensiva.<sup>3</sup>

Por su parte, en Colombia, con sustento en Ley 941 de 2005<sup>4</sup> y la resolución 1014 de 2007 suscrita por el

<sup>1</sup> Defensoría del Pueblo de Argentina, *Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación* [en línea 27/09/18]. Consultable en: <http://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/12/Ley-27149-Ley-Org-nica-del-Ministerio-P-blico-de-Defensa-de-la-Nacion.pdf>

<sup>2</sup> Defensoría Pública del Poder Judicial de la República de Costa Rica [en línea 27/09/18]. Consultable en: <https://www.poder-judicial.go.cr/defensapublica/index.php/servicios/unidades/investigacion>

<sup>3</sup> Oficina Nacional de Defensa Pública de República Dominicana, *Ley No. 277-04 que crea el Servicio Nacional de Defensa Pública* [en línea 27/09/18]. Consultable en: <http://defensapublica.gob.do/transparencia1/base-legal-de-la-institucion/ley-no-277-04-que-crea-el-servicio-nacional-de-defensa-publica/>

<sup>4</sup> Defensoría del Pueblo de Colombia, *Ley 941 de 2005* [en línea 27/09/18]. Consultable en: [http://defensoria.gov.co/public/Normograma%202013.html/Normas/Ley\\_941\\_2005.pdf](http://defensoria.gov.co/public/Normograma%202013.html/Normas/Ley_941_2005.pdf)



Defensor del Pueblo, es que existe la *Unidad Operativa de Investigación Criminal de la Defensoría del Pueblo* e, incluso, se posee un grupo de apoyo forense que sería el equivalente a servicios periciales de la fiscalía,<sup>5</sup> en razón de lo anterior, existen dos tipos de investigadores coadyuvantes de la defensoría pública, al primero de ellos se le llama investigador de campo y al segundo investigador especializado, similar a un perito, este último puede ser también un investigador de campo o de laboratorio.<sup>6</sup>

Continuando con el antecedente anterior, el Defensor del Pueblo de Colombia Vólmar Pérez Ortiz comenta en el Manual del investigador para la defensa, lo siguiente:

*El investigador de campo de la defensa desempeña varios roles: obtiene, en lo posible, el conocimiento completo de los hechos para diseñar conjuntamente con el defensor una estrategia investigativa; realiza investigación en el lugar del hecho o donde sea necesario; busca la información relevante y obtiene elementos materiales probatorios; realiza labor de vecindario para encontrar los testigos de los casos, y desarrolla labores de indagación e investigación, en general. El investigador de campo también está preparado para aplicar la criminalística de campo en la recolección de elementos materiales probatorios y las normas de cadena de custodia. Por su parte, el investigador con conocimientos especializados en una ciencia, técnica o arte forense, se desempeña fundamentalmente en el campo de la asesoría especializada a los defensores públicos*

<sup>5</sup> Defensoría del Pueblo de Colombia, Circular 3020-01 del 29 de enero de 2007 [el línea 27/09/18]. Consultable en: [http://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013\\_html/Normas/Circular\\_3020\\_01\\_2007.pdf](http://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Circular_3020_01_2007.pdf)

<sup>6</sup> Vólmar Pérez, O.: *Manual del...* cit., pp. 23 y 142.

*(medicina, psicología, física, balística, documentología, dactiloscopia, entre otros), en la realización de informes periciales, pero también, en los casos en que se los requiera como investigadores de campo.*<sup>7</sup>

En cuanto a México, el primer precedente materializado de investigadores al servicio de la defensa pública a nivel estatal lo encontramos en Guanajuato, entidad que posee un cuerpo especializado compuesto por una Coordinación de Investigadores de la Defensa y una Coordinación de Servicios Periciales cuya tarea es aportar los datos de prueba y conocimiento técnico-científico que puedan servir a los intereses de la defensa, reglamentándose en la Ley de la Defensoría Pública Penal del Estado de Guanajuato, en sus capítulos V y VI.

La mayoría de los antecedentes mencionados fueron creados con base en las necesidades de los sistemas penales que han reemplazado a los del tipo inquisitivo, ejemplos más sobresalientes son Colombia, Costa Rica y el Estado de Guanajuato, que han dotado a sus defensorías públicas de autonomía para desempeñar por sí mismas diversos actos de investigación.

En México a nivel federal aún no se tienen las atribuciones necesarias para que la defensa pública cuente con capacidad propia y plena de investigación, técnica y científica que coadyuven al sustento de la teoría del caso mediante pruebas obtenidas de forma exclusiva por la defensa. Empero, comparando la experiencia y los logros obtenidos por las defensorías públicas que han estructurado internamente a investigadores, tanto de campo como de gabinete, e investigadores especializados o peritos, es que obtenemos un nuevo ámbito de herramientas y estrategias que pueden auxiliar al defensor

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 42.



público federal, principalmente en las etapas de investigación inicial y en la investigación complementaria, para allegarse de pruebas distintas a las derivadas de la actividad realizada por la parte acusadora.

### **III. Investigación más allá del gabinete y principio de investigación integral**

Las defensorías públicas pueden evolucionar y adaptarse a los requerimientos del sistema acusatorio, como la investigación y la subsecuente aproximación a los casos o asuntos litigados refiriéndonos con esto a la capacidad de investigación que tenemos actualmente y a la que puede obtenerse, eventualmente, acarreando un mayor nivel con el que la defensa conoce los aspectos específicos de cada uno de los asuntos que tramita, siendo un hecho contundente que influya en el sistema acusatorio cuando los mismos Defensores Públicos puedan dirigir tareas de pesquisa de forma directa fuera de las oficinas que ocupan.

En cuanto a la investigación criminal, el Ministerio Público o fiscal tiene a la mano todo un aparato encargado de la recolección de información; policías tanto preventivas como investigadoras, peritos y laboratorios propios y acceso casi total a un sinnúmero de bases de datos y contactos interinstitucionales con los que pueden integrar un trabajo propio de la procuración de justicia, es decir, pueden investigar para llegar a la verdad histórica y/o realizar la acusación y posterior judicialización y, con ello, lograr una sentencia acorde con sus intereses.

Dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales encontramos que en las investigaciones realizadas por el Ministerio Público y sus auxiliares deben priorizar los principios de lealtad, objetividad y debida diligencia, en otras naciones y sistemas penales estos preceptos son

sintetizados en uno solo llamado principio de investigación integral, consistente en que la fiscalía, al tener a su disposición la maquinaria investigadora del Estado (Ministerios Públicos, policías y peritos), deberá de recabar todo dato de prueba que sea favorable o desfavorable para la acusación. Explicándolo de forma somera, es el deber de la fiscalía el incorporar todos los datos que permitan establecer la verdad sobre los hechos investigados aun cuando beneficie a la defensa sin ocultarlos ni destruirlos.

Sin embargo, en México se percibe una constante contradicción entre el *principio de investigación integral* con el quehacer cotidiano de las fiscalías, una percepción en la que los Ministerios Públicos y sus auxiliares, directos e indirectos, son los encargados únicamente de acusar y de recabar los medios idóneos para ello.

Las policías investigadoras realizan actividades tanto de campo como de gabinete, facilitando la obtención de datos y elementos de utilidad para la fiscalía como son: imágenes, audios, videos, testigos, antecedentes, descripciones, entre otras tantas. En relación con lo anterior, el adiestramiento de la Policía Federal Ministerial se centra en la actividad acusadora, ya que solamente interviene en su formación inicial el personal de la fiscalía; Ministerios Públicos, otros policías, peritos y exmilitares en ciertas áreas como las tácticas. La doctrina que se enseña, es pues, casi totalmente centrada a la perspectiva del fiscal, la de acusar, ajenos en muchas ocasiones a la idea de ser coadyuvantes con la Defensa al aplicar principios como el de la investigación integral. Si bien no es posible generalizar la exclusión de indicios y evidencias por parte de los integrantes de la fiscalía y que sean de utilidad para la defensa, es habitual percibir dicha situación en casos trascendentales.

La inaplicación total o parcial del principio de investigación integral genera un abismo para la defensa, pues se tiene que actuar mayormente con los datos aportados por la policía investigadora y peritos al servicio de la fiscalía, material cuya obtención tiene principalmente la finalidad de acreditar las acusaciones y la culpabilidad del imputado. Sólo en ciertos escenarios el material probatorio ofrecido por la fiscalía puede ser aprovechado por la defensa al localizar puntos débiles que entorpecían la teoría del caso de la parte acusadora.

Supletoriamente al principio de investigación integral, encontramos la siguiente tesis, la cual habla de los principios de objetividad y buena fe en las investigaciones realizadas por las fiscalías.

*Tesis: I.1o.P.8 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, número de registro 2001846, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XIII, octubre de 2012, Tomo 4, pág. 2377, tesis aislada (penal). CADENA DE CUSTODIA. EL FISCAL DEBE ASUMIR EL COSTO PROBATORIO POR LAS DEFICIENCIAS QUE ÉL CAUSE EN LA OBTENCIÓN DE BIENES QUE PUEDAN GENERAR INDICIOS. Atento a la obligación de investigar los delitos y a los principios de objetividad y buena fe con los que se debe desplegar esa función, contenidos en el artículo 21 constitucional, así como al derecho de defensa del inculcado, establecido en el artículo 20, apartado A (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008) de la Carta Magna, si en la recolección de bienes que puedan generar evidencia, el órgano investigador no recopila todo lo existente, incluido lo que pudiera dar respaldo a una hipótesis alternativa de los hechos, y si además conocía esa otra hipótesis en la fase*

*de investigación al ser sostenida por los detenidos en su declaración ministerial, debe asumir el costo probatorio de la pérdida de esos bienes, al grado tal que podría generarse un indicio en contra de su versión, si con esa prueba se benefició como actor en el proceso, sea porque no se debilitó de esa manera su posición o porque así impide que se respalde la versión de descargo. En ese contexto, si en un caso en el que se afirma que los inculcados participaron en la comisión de un delito, y se disponía de audio y video de seguridad pública que no fue recaudado de inmediato por el fiscal, ni después de que los inculcados introdujeron la versión de descargo (según la cual ellos no estuvieron en el momento del delito, sino que llegaron después) y en ese material, recabado hasta la instrucción a petición de la defensa, se aprecia que, sin justificación o explicación alguna de la autoridad que lo produjo, no se contiene el momento del hecho sino lo ocurrido tiempo después, es claro que no sólo no prueba la versión de cargo –pues los videos no contienen el segmento que corresponde al tiempo en que los inculcados llegaron al lugar de los hechos–, sino que además genera un indicio en contra de esa versión, es decir, que los detenidos no estaban en el momento de los hechos delictivos, sino que llegaron después.*

Según la tesis, en el supuesto de que sea descubierta la violación del principio de la investigación integral manejado en forma alterna como principios de objetividad y buena fe, el fiscal asumirá el costo al ver debilitada su teoría y, con ello, sus pretensiones acusatorias, beneficiando al imputado o acusado. Para que esto suceda, es decir, para que la defensa haga suya una prueba de cargo, es necesario que sea descubierta la violación a principios

como los mencionados, lo que requiere generalmente de una investigación propia y astucia por parte del abogado de oficio, pues como ejemplo, relacionado por analogía en términos del sistema acusatorio, si el video hubiese sido recabado por la misma defensa antes de que fuera manipulado, borrado o sobrescrito, las videograbaciones habrían sido de utilidad para que, posiblemente, no se judicializara la carpeta, evitando las etapas subsecuentes y la prisión preventiva a la que podría ser sometido el imputado, de llegarse hasta la audiencia de juicio oral, dicha prueba serviría para una posible sentencia absolutoria.

Los servicios periciales de la Procuraduría General de la República y de las Procuradurías Estatales están al servicio de la impartición de justicia, por lo que también deben atender las solicitudes que realiza la defensa para la obtención de dictámenes, lo que en cierta medida ocurre; sin embargo, es preocupante que dichos galenos pertenezcan a órganos dependientes del Ministerio Público, lo que demerita la autonomía de los estudios y resultados que se obtienen, al menos, los que benefician al imputado.

Es aquí, ante la presencia de vicios en la aplicación del principio de investigación integral, donde se colige la necesidad de instrumentar en las defensorías de oficio una rama operativa que sea capaz de indagar y evidenciar cualquier dato de utilidad, sin que se dependa de las investigaciones emprendidas por la fiscalía. Éste agrupamiento debe integrarse por personal capaz de salir de la oficina a las calles o donde se le requiera, instruido con conocimientos y habilidades que lo pongan al nivel de los investigadores de la contraparte. Lo anterior, para que la defensa pueda actuar en actividades de pesquisas casi a la par que el representante social y su aparato interno,

tanto en la investigación inicial como en la complementaria y, además, en otros momentos e instancias.

#### **IV. Igualdad de armas como parte de la igualdad procesal**

Con la entrada en vigor del sistema acusatorio adversarial se ha hecho énfasis en la igualdad que deben ostentar las partes para defender sus derechos y obtener, finalmente, un acceso a la justicia; para el inocente, una sentencia absolutoria y; para el culpable, una sentencia condenatoria justa. En razón de esto, es que se busca armar equitativamente a la defensa del imputado, acusado o sentenciado, así como a la víctima, al ofendido y a la sociedad para que se ostenten en una batalla legal lo más equilibrada posible.

El artículo 20 de nuestra Constitución Política<sup>8</sup> en su apartado “A”, fracción V, dice textualmente: *Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente*, asimismo su apartado “B” (de los derechos de toda persona imputada) señala: *Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley*. Por su parte, la resolución AG/RES 2656<sup>9</sup> del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su resolutivo 4° expresa: *Recomendar a los Estados Miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones*

<sup>8</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última actualización del 15-09-2017.

<sup>9</sup> Organización de los Estados Americanos, *Resolución de la Asamblea General 2656 (XLI-O/11)* [en línea 27/09/18]. Consultable en: [http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2656\\_XLI-O-11\\_esp.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2656_XLI-O-11_esp.pdf)

*tendientes a que los Defensores Públicos Oficiales gocen de independencia y autonomía funcional.* La práctica de estos preceptos puede variar, ya que la defensa pública federal no tiene la misma capacidad, al menos en el ámbito investigativo de campo u operativo por así decirlo, incluso se depende del fiscal para la realización de actos de investigación como más adelante se analizará.

Respecto a este tema, un punto interesante es el mencionado en el Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>10</sup> en su página 129, último párrafo, recomienda: *...garantizar el principio procesal de igualdad de armas entre la defensa pública (o licitada cuando sea el caso) y la fiscalía. En particular, en aspectos tales como la capacidad de actuar, presentar y producir pruebas, tener acceso a los expedientes y a lo actuado en las investigaciones.*

Es prudente que la defensa evite limitarse a reaccionar contra las pruebas o datos que ofrezca la Fiscalía, previniendo con antelación y recopilando por sí misma los datos probatorios que le sean posibles. Sin embargo, debido a las cargas de trabajo de los Defensores Públicos Federales y de su personal de apoyo, esto suele ser complicado, al carecer de un aparato investigador que sirva exclusivamente a la defensoría. Desde luego, existen casos en que los abogados de oficio y sus auxiliares se allegan de pruebas y solicitan la realización de diversos peritajes e indagatorias, empero, lo ideal es extender la capacidad de investigación para lograr una mejora substancial o, cuando menos, conseguir agotar todas las posibilidades y, con ello, obtener datos novedosos que

<sup>10</sup> Organización de los Estados Americanos, *Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas* [en línea 27/09/18]. Consultable en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

sirvan para atacar el material probatorio de la fiscalía, lo que es complicado lograr únicamente con trabajo de gabinete.

Existe el informe llamado *Doble Injusticia* sobre violaciones de derechos humanos en la investigación del caso Ayotzinapa, en el cual se hace referencia a la imperiosa necesidad de buscar una mejora en las condiciones que garanticen el fortalecimiento de la independencia de la defensa pública federal, dotándola de los medios necesarios para ello,<sup>11</sup> en parte con investigadores propios que brinden acompañamiento en situaciones complicadas como el caso Ayotzinapa y que generen un mayor peso en el sistema y una igualdad de armas con la fiscalía, pues la defensa técnica, además de contar con defensores letrados en la ciencia del Derecho debe integrar personal operativo auxiliar que coadyuve con conocimientos y actos, muchas veces ajenos al quehacer cotidiano de los litigantes de oficio, pues es complicado que existan profesionales del Derecho que, a la vez, estén capacitados en las distintas ramas técnicas que intervienen en una investigación y en los procesos penales y, además, tengan el tiempo para litigar y simultáneamente, realizar pesquisas por sí mismos.

## V. Investigadores privados

Con la entrada en vigor del sistema penal acusatorio en diversas naciones latinoamericanas, se abrió un nuevo campo para profesionales de ramas distintas al Derecho en el ámbito privado, ya que con las reformas

<sup>11</sup> ONU-DH: *Doble Injusticia...* cit. Párrafos marcados con los números 147, 152, 154, 155; y, del apartado denominado *Recomendaciones al Estado mexicano*, los párrafos 7 y 8 [en línea 27/09/18]. Consultable en: <https://www.ohchr.org/Documents/Countries/MX/OHCHRMexicoReportMarch2018.SP.pdf>

penales se ha buscado la igualdad de condiciones para la defensa y la fiscalía, es decir, se ponen en manos de los defensores mayores herramientas para apoyar su teoría del caso, como la obtención por medios propios de material probatorio en vez de depender exclusivamente de la fiscalía, policía investigadora, peritos y los propios fiscales.

Los investigadores privados son uno de tantos instrumentos importantes para la defensa particular, en este sentido, existen negocios privados de investigadores que ofrecen sus servicios con la finalidad de realizar indagaciones, tanto personales como judiciales. Las primeras comprenden aquéllas de índole privada, ajenas a un proceso jurisdiccional, ejemplo de ellas son las solicitadas para conocer antecedentes o conductas de una pareja o empleado; en cambio, las que tienen fines judiciales, tienen el propósito de conseguir evidencia que sirva para formalizarse como pruebas en un juicio penal, laboral, civil y en otras materias.

La adquisición de estos servicios es costosa e inaccesible para muchos imputados o acusados, incluso cuando cuentan con defensas particulares, más aún, para quienes poseen defensas gratuitas. Es por lo anterior que distintas naciones han optado por dotar de herramientas investigativas a las defensorías públicas; Colombia cuenta con la *Unidad Operativa de Investigación Criminal de la Defensoría del Pueblo*, Costa Rica ostenta una *Unidad de Investigación para la Defensoría de Oficio*; y, Argentina, un *Cuerpo de peritos, consultores técnicos e investigadores* integrado al Área de Colaboración de la Defensoría General de la Nación.

Finalmente, debido a los principios comunes de igualdad entre la defensa y la fiscalía en las naciones con sistemas acusatorios modernos, todos los datos

recogidos por investigadores privados tienen validez para su integración en un proceso jurisdiccional, siempre y cuando hayan sido obtenidos con métodos legales y sean conducentes.

Los investigadores y peritos privados pueden coadyuvar con las defensas públicas cuando, desde luego, se subroguen los costos que éstos representan. En cuanto a los peritos privados, en el caso del Instituto Federal de Defensoría Pública es posible su actuación con base en los Acuerdos 16/2011<sup>12</sup> y 55/2014,<sup>13</sup> así como el acuerdo que adiciona a este último, de fecha 25 de mayo de 2016,<sup>14</sup> todos del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, y el capítulo IV de la Ley Federal de Defensoría Pública denominado *De los Servicios Auxiliares*.

Es conveniente que los auxiliares operativos participantes en la investigación de campo para la Defensa, sean servidores públicos integrantes del Instituto Federal de Defensoría Pública, esto podría dar una mayor confianza y certidumbre a los órganos jurisdiccionales, pues los investigadores serían servidores públicos de la misma categoría que aquéllos que componen la Procuraduría General de la República; respaldados, vigilados y supervisados por una institución componente del Estado mexicano, la cual sería nuestro Instituto y, sobre todo, serían hombres y mujeres formados y capacitados bajo una doctrina defensista.

<sup>12</sup> *Diario Oficial de la Federación*, Acuerdo 16/2011 [en línea 27/09/18]. Consultable en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5194143&fecha=09/06/2011](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194143&fecha=09/06/2011)

<sup>13</sup> *Diario Oficial de la Federación*, Acuerdo 55/2014 [en línea 27/09/18]. Consultable en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5379727&fecha=28/01/2015](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5379727&fecha=28/01/2015)

<sup>14</sup> *Diario Oficial de la Federación*, Acuerdo que adiciona al similar 55/2014 [en línea 27/09/18]. Consultable en: [http://dof.gob.mx/nota\\_to\\_doc.php?codnota=5438748](http://dof.gob.mx/nota_to_doc.php?codnota=5438748)



## **VI. Investigadores de la defensa en la investigación inicial y complementaria**

La implementación de investigadores subordinados exclusivamente a la defensa de oficio, tiene como finalidad que las evidencias, indicios, objetos, vestigios y demás productos del hecho delictivo puedan ser encontrados y preservados o preparados desde la investigación inicial, e integrarse con prontitud a la carpeta de investigación o resguardarse separadamente para su uso en las etapas subsecuentes del proceso penal acusatorio. Esto es vital debido a que, con el transcurso del tiempo, todo o parte de ese material probatorio puede ser destruido o perdido, puesto que no siempre es respetado el principio de investigación integral, con ello si la actividad de investigación se deja enteramente a la policía investigadora o a peritos supeditados a la fiscalía, puede darse el abandono u omisión de elementos probatorios de utilidad para la defensa.

En caso que la acción de la defensa se extienda hasta la etapa de investigación complementaria y la estrategia sea de refutación o contradicción hacia la parte acusadora, es importante contar con el mismo apoyo operativo usado en la investigación inicial, es decir, echar mano de los investigadores de la defensa para que se avoquen a recabar el material probatorio que el defensor crea prudente.

La importancia de la integración en la investigación inicial y en la complementaria del material probatorio ofrecido y obtenido por la defensa pública, implementando actos de investigación por iniciativa y medios propios, radica en el principio de igualdad procesal y, con ello, la parte defensora participe activamente en las pesquisas en equidad de condiciones con la fiscalía.

Otra tarea para los investigadores de la defensa es la de servir como testigo investigador, relatando frente al

fiscal o al Juez todo argumento necesario y sustentado que sirva para dar la mayor validez posible a sus pesquisas y, en su caso, contravenir las del ente acusador.

## **VII. Investigaciones independientes a la fiscalía**

Los arábigos 129 en su párrafo tercero y 216, ambos del Código Nacional de Procedimientos Penales, señalan que durante la investigación, tanto la víctima u ofendido, el imputado y su defensa, podrán proponer actos de investigación al Ministerio Público quien de considerarlas conducentes les dará trámite. Entonces, ¿Qué sucede cuando la defensa solicita al fiscal la obtención de cierto dato que pueda servir en favor de sus intereses? Resulta que en la mayoría de las ocasiones los encargados de tramitar dicha solicitud son personal de la fiscalía, en un supuesto que los datos obtenidos resulten contraproducentes para la defensa, los mismos pueden ser aprovechados por la parte contraria que, obviamente tendrá el conocimiento de su existencia, o en el supuesto que dicho medio resulte ser benéfico para la defensa puede que ni siquiera se dé trámite o ese trámite esté viciado. Esta situación resulta aún mas contradictoria cuando ya fue realizada la acusación frente al órgano jurisdiccional y ambas partes, la fiscalía y la defensa, se encuentran en una carrera para reunir material probatorio y dar respaldo a sus hipótesis contrarias por naturaleza, debiendo el defensor y su defendido recurrir a los auxiliares del fiscal para obtener datos probatorios en su favor.

Más aún, la defensa queda en desequilibrio pues incluso la fiscalía es quien determinaría la conducencia de la propuesta de investigación negándose a darle trámite en caso de considerarla irrelevante, en el supuesto de aceptarla, es el personal de la fiscalía el responsable de realizar las investigaciones requeridas

por la defensa, constituyendo una paradoja para los principios de igualdad procesal, igualdad de armas y, por lo tanto, de una defensa adecuada.

Por lo anterior, es razonable que existan dos investigaciones paralelas e independientes en la medida de lo posible, ya que la fiscalía se beneficia del llamado secreto sumarial contemplado en el artículo 220 del Código Nacional de Procedimientos Penales, pero la defensa, por su parte, muchas veces no tiene la capacidad para mantener ciertos actos de investigación en secreto, más en específico la defensa pública, pues como se menciona en los párrafos anteriores, diversas investigaciones emprendidas por la defensa con la finalidad de obtener o perfeccionar una prueba terminan siendo tramitadas parcial o totalmente por personal de la fiscalía, ejemplo de lo dicho es la localización de testigos y la reconstrucción de hechos, inspecciones de lugares o cosas, así como investigaciones de índole pericial como protocolos de Estambul, dictámenes en grafoscopia, etcétera.

Para evitar lo anterior, es necesaria la intervención de auxiliares de la defensa que puedan investigar en la mayor medida posible, de forma independiente y paralela a los investigadores y peritos de la fiscalía, fundándonos, primeramente, en el artículo vigésimo de la Carta Magna; en el Código Nacional de Procedimientos Penales,<sup>15</sup> principalmente, en sus artículos 262 y 263; y en los diversos textos internacionales ya aludidos.

### **VIII. Investigación en la estrategia de defensa**

Uno de los documentos principales en el expediente de la defensoría pública federal es la estrategia de defensa

<sup>15</sup> *Código Nacional de Procedimientos Penales*, última actualización del 17-06-2016.

que, junto con la síntesis, componen los medios de inicio para acercar al defensor con el asunto o caso a litigar, instrumentos con los que es capaz de observar un primer panorama para asentar las posibilidades y limitantes con las que se encontrará y que podría usar a lo largo de su intervención.

Por lo aprendido en el quehacer diario dentro de nuestro Instituto, puedo asegurar que la investigación que realiza por sí misma la defensa pública federal comienza con la entrevista inicial que mantiene con el imputado, donde obtiene los datos relevantes de lo que podría ser su teoría del caso, y de esa plática sostenida de forma privada, pueden arrojar nuevos datos para iniciar otros actos de investigación, lo anterior de utilidad para la estrategia de defensa.

En este sentido, un capítulo específico que es necesario y en ocasiones no se le da mayor importancia, es el de la investigación, refiriéndonos a las actividades que se deben desarrollar con la finalidad de obtener nuevos datos de prueba distintos a los que la fiscalía tramita desde un inicio.

Una estrategia que presente un apartado de investigación a realizar por parte de la defensa, abre un camino necesario en el nuevo sistema penal para garantizar la igualdad con la parte acusadora, pues abonaría un respaldo extra a la teoría del caso e, incluso, permitiría moldearla para darle una estructura de utilidad, descartando aquellas teorías que no tengan sustento probatorio, creando nuevas pero sostenibles, y que la estrategia cobre efectividad al ser uniforme con las pasquinas obtenidas de forma propia y con aquellas de la fiscalía.

Junto con la estrategia que sea planteada, son necesarios los medios operativos para su cumplimiento

eficaz, lo que podría conseguirse con investigadores exclusivos de la defensa pública, encargados de aportar los resultados de las investigaciones ordenadas y supervisadas por los defensores, sin tener que depender, casi exclusivamente, del aparato investigativo de la fiscalía, aportando un peso necesario y equilibrando la balanza en nuestro sistema procesal penal.

### **IX. La práctica y su implementación**

Es un pensamiento popular que las defensorías gratuitas no están al mismo nivel que una defensa particular, lo que, para quienes laboramos en el Instituto Federal de Defensoría Pública es una falsedad, pues en nuestro ejercer cotidiano vemos que, precisamente, muchas defensas particulares no están siquiera al nivel de una defensa adecuada requerida por nuestra Carta Magna, dando como resultado que los juzgados y tribunales federales dictaminen revocarlas y nombrar una de oficio. Sin embargo, el inconveniente suele ser que –al igual que las defensas particulares– estamos limitados a una defensa de gabinete o de reacción, sin tener capacidad operativa plena para allegarnos de más datos que los aportados por el defendido, su familia y amigos (cuando se tiene contacto con ellos) y, mayormente, por la representación social, sus agentes de investigación y de los peritajes.

Un aspecto de gran importancia es el manejo de información, ya que de esta habilidad depende la obtención y adecuada integración de todos los datos de las pesquisas que sirvan a la defensa en su estrategia, siendo un eje central en el quehacer cotidiano de las adscripciones de la defensoría de oficio federal.

Para ejemplificar las tareas que desempeñan los investigadores al servicio de las defensorías de oficio, es necesario regresar al antecedente colombiano, es así que

la Defensoría del Pueblo, como se le denomina, utiliza dos clasificaciones con las cuales asigna las diversas labores que desempeñan sus investigadores; siendo las siguientes:<sup>16</sup>

#### *a) Investigación de campo:*

- 1. Labor de vecindario con desplazamiento al lugar del hecho, entrevistas a testigos e inspección para establecer una hipótesis preliminar.*
- 2. Actividades tendientes a demostrar el arraigo de las personas, la búsqueda de testigos, ubicación e identificación de personas.*
- 3. Recolectar técnicamente las evidencias omitidas por la policía judicial en el lugar de los hechos; de las recolectadas por terceros, y de las que aparezcan posteriormente.*
- 4. Asesoría al defensor en materia de cadena de custodia.*
- 5. Preparación de testigos para su comparecencia a la audiencia.*
- 6. Consulta de información en entidades públicas y privadas del orden nacional y local que manejen bases de datos y archivos, útiles para acreditar o desvirtuar hipótesis investigativas del ente acusador.*
- 7. Comparecencia como testigo de acreditación en introducción de los elementos de convicción recolectados.*

#### *b) Servicio técnico y forense:*

- 1. Concepto técnico sobre la pertinencia, conducencia e idoneidad de la prueba técnica y el método de investigación utilizado por la Fiscalía General de la Nación.*

<sup>16</sup> Defensoría del Pueblo de Colombia, Circular 3020-016 del 2 de octubre 2006 [el línea 27/09/18]. Consultable en: [http://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013.html/Normas/Circular\\_3020\\_016\\_2006.pdf](http://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013.html/Normas/Circular_3020_016_2006.pdf)

*2. Asesoría en la confección de contra interrogatorios del defensor para los peritos que llame a declarar la fiscalía y en la preparación de testigos técnicos solicitados para el interrogatorio.*

*3. Diseño del programa metodológico de acuerdo con los requerimientos del caso concreto.*

*4. Soporte científico de contradicción según requerimientos del caso concreto, elaborando pruebas técnicas de referencia o control.*

*5. Utilización de recursos de fotografía y video según criterios de pertinencia y conducencia aplicables al caso.*

*6. Intervención en el juicio oral como investigador testigo para acreditación o incorporación de elementos materiales de prueba.*

Por su parte, en México, existe la posibilidad de lograr una mejor actividad defensiva al utilizar un cuerpo de investigadores propio con objetivos como los siguientes:

- Realizar inspecciones físicas de lugares relevantes, logrando una mejor aproximación al caso y aportar pruebas novedosas que sean omitidas por la fiscalía; ejemplo de ello son las videograbaciones de las cámaras de seguridad, que en ocasiones existen en la zona donde acontecieron los hechos delictuosos o la aprehensión, lo que generalmente es imposible al no tenerse conocimiento de su existencia con la antelación necesaria para evitar que sean destruidas o sobrescritas.

- Localizar testigos que puedan ser ofrecidos por la defensa y que se hayan omitido por parte de la fiscalía, tarea que se puede lograr también con inspecciones a lugares relevantes.

- Efectuar investigaciones de gabinete o campo, encaminadas a la coordinación inicial con instancias como la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las

comisiones estatales; posteriormente dar seguimiento a las quejas interpuestas por violaciones a los derechos humanos de los imputados, así como coadyuvar con las mismas cuando sea necesario.

- Obtener datos que sirvan para demeritar las aportaciones de los testigos de cargo, de la probable víctima, incluso de los peritos de cargo, como son antecedentes o registros negativos que afecten la credibilidad de los datos probatorios ofrecidos por la fiscalía y, con ello, debilitar la teoría del caso de la parte acusadora.

- Servir como puente entre la familia del procesado y el defensor para una correcta colaboración en la defensa y los recursos legales, pues es vital contar con testimoniales de buena conducta y fiadores morales.

- Cooperar con organizaciones no gubernamentales, expertos independientes y otras agrupaciones que realizan investigaciones de campo con reconocimiento institucional del Estado mexicano, cuya injerencia pueda afectar o beneficiar los intereses procesales de los representados por la defensoría de oficio federal.

- Realizar visitas carcelarias cuyo propósito sea investigar, mediante entrevistas, aspectos necesarios que conozcan solamente los imputados, acusados o sentenciados, que los defensores requieran para estructurar o implementar estrategias.

Ciertas actividades de las ya mencionadas son realizadas por los propios defensores y oficiales administrativos, sin embargo, son actividades que no se realizan de forma eficaz, dado que no existe personal que se dedique exclusivamente a recabar los elementos de convicción de descargo. Esto cobra suma relevancia cuando la estrategia defensiva es la contradicción o refutación de la teoría del caso y del material probatorio de la parte acusadora.

Los investigadores de las defensorías públicas, desde luego, no tienen las mismas atribuciones de la policía judicial o ministerial, como son: el aseguramiento de bienes o indicios, empero, sería necesario un estudio profundo sobre las facultades que poseerían. En un inicio podrían realizar inspecciones de sitios relevantes y recabar la información que sea encontrada, incluyendo indicios o evidencias olvidadas u omitidas por los auxiliares de la fiscalía recolectables sin necesidad de mandamientos judiciales o ministeriales; localización de testigos y su presentación voluntaria; requerir a las autoridades públicas datos que obren en sus expedientes o bases de datos, que están obligadas a proporcionar salvo en los casos donde la ley dispone la reserva de información, así como ubicar datos de prueba en manos de particulares, en estos dos últimos casos, dar cuenta de ello al defensor para que se realice la liberación de dicha información con la solicitud y el mandamiento legal correspondiente en caso que así proceda. En general, el investigador podrá coadyuvar con el defensor en la estructuración de la teoría del caso y la estrategia de defensa, así como asesorarlo en cuanto a conocimientos técnicos y científicos.

Existe la posibilidad de que incluso los asesores de las víctimas puedan solicitar, recoger y hacer propia la información que se recabe por parte de los investigadores de la defensoría pública, teniendo cuidado que exista una clara división entre las áreas de investigación de la defensa como de asesoría, pues al pertenecer a la misma institución deben tener acceso a las mismas herramientas y medios. Este caso es particular, dado que el asesor de víctimas se integra como ente coadyuvante de la fiscalía y obtiene la mayoría del material probatorio de los órganos auxiliares de esta última, aunque es posible que las mismas actividades de investigación que se realizan

para la defensa tengan efectos positivos para el asesor, haciendo énfasis en que los investigadores deben de estar al servicio, únicamente, de una de las partes al intervenir el secreto profesional, y no es posible que un mismo investigador realice una doble actuación como auxiliar de la defensa penal y de la asesoría victimal.

## **X. Conclusiones**

El sistema penal oral de corte acusatorio se erige con necesidades de transformación, no sólo para los órganos jurisdiccionales o la fiscalía, requiere igualmente, de una evolución para las defensorías de oficio centrándose en la capacitación de los defensores para desempeñarse en este nuevo tipo de justicia, así como un nuevo esquema para su personal de apoyo, que coadyuve en el entramado de la estrategia al ser materialmente capaces de realizar pesquisas y, con ello, obtener pruebas por medios propios para su ofrecimiento ante los órganos de procuración e impartición de justicia.

Para que México pueda ostentarse como una nación con un sistema de justicia digno y democrático, además de una fiscalía nacional autónoma, la defensoría pública federal debe poseer una igualdad de condiciones materiales para brindar una defensa técnica, lográndose en parte cuando se tengan herramientas similares, es decir, investigadores y peritos neutrales e imparciales, de no ser así, implementar como contramedida una defensoría pública con capacidad de investigación técnica y científica propia e independiente a la fiscalía.

En el caso de optarse por reforzar la capacidad operativa de la defensa de oficio en su rama penal mediante investigadores, pueden tomarse para ello antecedentes de otras instituciones homólogas, tanto locales como internacionales.



De esta forma no sólo se fortalece a la defensoría de oficio federal, sino que, a su vez, se estaría en buen camino para cumplir con los requerimientos hechos por instancias internacionales que urgen al Estado mexicano para que mejore las condiciones de seguridad jurídica de los ciudadanos, al crear mayores contrapesos que equilibren la balanza entre la procuración de justicia con la defensa de oficio.

Obtener lo expuesto necesitaría de un cambio estructural, cuando menos, a nivel del personal de apoyo a defensores y asesores, siendo recomendable para que se logre un acercamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública a la sociedad mexicana, mediante investigadores que, al realizar sus tareas de campo, también podrían fungir como elementos de proximidad a la población, además de la especialización y transformación que requiere un nuevo sistema penal acusatorio oral y una igualdad procesal material con el aparato de procuración de justicia federal y, con ello, se deje de ver la actuación de la defensa como *un trabajo de gabinete o escritorio* y se busque llevar al culmen en la argumentación oral basada en la razón, y que mejor para la defensa que basar su teoría del caso y sus argumentos en la mayor cantidad posible de pruebas obtenidas por medios propios y legales.

## XI. Bibliografía

- Arias Hernández, Gabriel: *Representación judicial de las víctimas en justicia y paz*. Guía Institucional Defensoría del Pueblo, sin editorial, Colombia, 2009.
- Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Doble Injusticia, informe sobre violaciones de derechos humanos en la investigación del caso Ayotzinapa*. 1ª edición, ONU-DH México. 2018.

- Vólmar Pérez, Ortiz: *Manual del investigador para la defensa*. Defensoría del Pueblo, sin editorial, Colombia, sin año.

## Portales de internet consultados

- <http://cdh.defensoria.org.ar>
- <http://www.defensoria.gov.co>
- <http://dof.gob.mx/>
- <http://www.oas.org/es/>
- <https://pj.poder-judicial.go.cr/>

---

**La defensa abstracta en el Código Nacional de  
Procedimientos Penales, un problema con solución**

*María Rosario Díaz Ruiz\**

*Al IFDP*

*A la Universidad de Guanajuato*

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho a la defensa. III. El derecho a la defensa en la norma. IV. El derecho a la defensa en el sistema penal acusatorio. V. La defensa abstracta. VI. Propuesta y conclusiones. VII. Bibliografía.

RESUMEN: Consagrado el derecho humano de defensa en el sistema legal mexicano, es menester de los estudiosos del Derecho replantearse su contenido, alcance, efectividad, naturaleza, dimensión y efectos; así como las nuevas formas de concebirle ocultas dentro de la legislación o sin contemplación dentro de ella, pero que se presentan en la práctica, como es el caso de la defensa penal abstracta. En ese sentido, este trabajo trata de conceptualizar el término defensa abstracta o innominada y verificar su naturaleza a partir de las ideas ya existentes sobre este derecho. El resultado será la comprobación de la hipótesis inicial respecto a que es un derecho fundamental y, por lo tanto, para su efectivo ejercicio dentro

---

\* Estudiante de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Guanajuato. Oficial administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública, adscrita al Segundo Tribunal Unitario del XVI Circuito.

del sistema penal acusatorio, es necesario que se observen las formalidades y principios que rigen al proceso.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos fundamentales, derecho a la defensa, imputado, sistema penal acusatorio, defensa abstracta.

## I. Introducción

En la marcha y aplicación del sistema penal acusatorio en México a partir del 18 de junio de 2016, se han presentado muchos problemas jurídicos y dogmáticos, la mayoría resueltos por la función jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los órganos que componen al Poder Judicial de la Federación. Una tarea que debe ser de todos, la asumen unos cuantos en nombre de la justicia.

Replantear la naturaleza y alcance del derecho de defensa, como un derecho fundamental contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite resolver dificultades relacionadas no sólo a éste, sino a otros principios y prerrogativas de las que goza el imputado dentro de un proceso de carácter penal. Detener el paso para voltear atrás y encontrar dentro de lo ya andado el significado de un concepto nuevo es más sano que inventar, subestimar o aplicar la ley fuera del contexto constitucional e internacional.

El tema a analizar constituye un concepto y un significado nuevo, cuyo contenido se nutre de la doctrina y la ley. A través del presente trabajo, la defensa abstracta deja de ser una noción intuitiva y se convierte en substancia; deja de tener un trato indiferente y se materializa como un derecho fundamental exigible y palpable.

Este es el inicio de la lucha de la defensa innominada por ser reconocida y respetada por los Jueces de control y

las diversas fiscalías. En esta justa bélica mucho falta por decir y hacer, largo es el recorrido e inclinada la cuesta para aquéllos en los que se deposita el ejercicio profesional de la defensa pública.

Por todo lo anterior, esta investigación gira en torno a la defensa abstracta o innominada, iniciar la construcción de un significado nuevo es la principal tarea de este artículo, siempre con la convicción de que el concepto que se edifica abandone la oscuridad de lo no dicho, de lo no identificado y se ejercite como un verdadero derecho humano.

## II. El derecho a la defensa

### A. El concepto de derecho de defensa

Afirma Alex Carocca Pérez, que *la defensa en el ámbito de nuestra disciplina, solo puede referirse a la actividad procesal que desarrolla una persona, primero como reacción ante una demanda y luego ante cualquier actividad procesal de otra parte que afecte o pueda llegar a afectar sus intereses en el transcurso de un juicio ya iniciado*.<sup>1</sup> Por lo tanto, defender en el contexto de la abogacía es repeler la acción o pretensión del contrapuesto, ya sea por sí mismo o en representación de quien recibe la afectación directa derivada del interés de esa contra parte, cuyo conflicto que se ha de dirimir frente a un tercero que está obligado a dirigirse de manera objetiva e imparcial, es decir, un Juez.

En ese sentido, para que exista una defensa es necesario que exista un camino al que llamaremos proceso, dos vehículos manejados por conductores expertos en Derecho cuya pericia será definitiva para que alcancen una meta en específico, meta cuyo contenido

<sup>1</sup> Carocca Pérez, Alex: *Garantía...* cit., p.17.

será calificada por un Juez. En consecuencia, acusador y acusado forman un binomio inseparable, pues su existencia depende el uno del otro; el primero será un órgano técnico dirigido por un perito en Derecho, que se encargará de ejercitar la acción penal y direccionar sus esfuerzos para que se le condene a una persona a la que se le imputa haber cometido un hecho que la ley señala como delito. El segundo es precisamente ese individuo a quien se le reprocha haber realizado una conducta injusta, esta persona podrá defenderse por sí (defensa material) o por medio de un perito en Derecho (defensa técnica).

Ahora bien, centremos la atención en la defensa penal, Lavinia-Mihaela Vladila, Steluta Ionescu y Danil Matei, sostienen que el derecho a la defensa penal, según el Diccionario de Derecho Penal y de Procedimiento Penal, elaborado por los profesores de Derecho George Antoniu y Costic Bulai, está representado por *la totalidad de las prerrogativas, facultades y posibilidades, que, según la ley, tiene cualquier parte en el juicio penal, para sostener su posición en el juicio penal, para hacer las comprobaciones que considere oportunas y para participar en el desarrollo del juicio, siendo, al mismo tiempo, una garantía para la ley.*<sup>2</sup>

De lo transcrito se desprende lo siguiente:

- El derecho a la defensa posee un sentido formal.
- El derecho a la defensa posee un sentido material.
- El derecho a la defensa penal es, en sí mismo, una garantía.
- Ser defendido es un derecho.

El sentido formal de dicho derecho se refiere a la literalidad de la ley respecto a la procuración, acceso y

<sup>2</sup> Antoniu George y Bulai Costica: *Diccionario de Derecho Penal y de procedimientos penales*, Editorial Universul, Bucarest, 2011, p. 98, en Vladila Lavinia-Mihaela, *et al.*: “El derecho... cit.

materialización de esta prerrogativa. Mientras tanto, el sentido material hace referencia a todo el entramado de derechos y mecanismos de carácter procesal respecto de los cuales el inculcado y su defensor pueden hacer uso para llevar a cabo la protección cabal de sus intereses y la consecuente formación de convicción del Juez del proceso. Sin embargo, para que se cumpla con este sentido material es necesaria la existencia de una defensa técnica, es decir, no basta que la ley prevea la existencia de un profesional experto en Derecho, sino que es necesario que ese profesional, cierta y demostradamente denote a todas luces su capacidad y manejo del Derecho. Más aún cuando las exigencias del sistema permiten ser exhibido ante una ciudadanía presente en audiencia.

Aquí la potestad del Juez en la remoción de un defensor ignorante del contexto penal actual, ya sea particular o público, sin embargo este último está doblemente obligado al conocimiento y manejo de todo lo relacionado al poder punitivo estatal, pues si bien goza de autonomía técnica en el momento de ejercer su profesión, no se debe olvidar que es parte del Estado mismo, y que su actuar es doblemente observado.<sup>3</sup>

Entonces se puede afirmar que el derecho a la defensa penal es, en sí mismo, una garantía, es decir, una herramienta de acceso al debido proceso, el cual se configura a través de un *núcleo duro*, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro núcleo de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

Tal como lo afirma la Suprema Corte de Justicia de la Nación el *núcleo duro*, está constituido por garantías

<sup>3</sup> Vid. Tesis: XI.P.15P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo II, diciembre de 2016, página 1715.

del debido proceso mismas que deben de ser aplicadas a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional. Las cuales el tribunal constitucional ha reconocido como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la *garantía de audiencia*; esta garantía de audiencia es un medio a través del cual los justiciables ejercen su defensa antes de que la autoridad modifique su esfera jurídica.<sup>4</sup>

### **B. La naturaleza del derecho a la defensa**

Ahora bien, afirmar que el derecho a la defensa es un derecho fundamental no es sólo porque éste se encuentra contenido en un cuerpo legal llamado Constitución que anuncie en su título “derechos fundamentales”, va más allá de integrar o ser parte de un catálogo de prerrogativas. Se encuentra más encaminado a la naturaleza y dignidad humana.

Reconocer en el derecho a la defensa la dignidad intrínseca del hombre, es asumir que cada hombre en sí mismo tiene un valor incalculable, cada persona es en sí misma un fin, un proyecto cuyo contenido nadie tiene derecho a coartar, pero que todos tienen la obligación de proteger.

De la dignidad humana se desprenden todos los derechos en cuanto son necesarios para que el hombre desarrolle su personalidad integralmente. El derecho a ser hombre es el derecho que engloba a todos los demás en el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad propia de la persona humana.

El derecho a la defensa es un derecho fundamental porque *alcanzó reconocimiento en la conciencia de los*

<sup>4</sup> Vid. Tesis: 1a./J. 11/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, febrero de 2014, página 396.

*pueblos, pero no una conciencia pasiva o contemplativa, sino si se me permite la expresión, una conciencia militante, no en sentido bélico, claro, sino en el de una voluntad de luchar, de asumir riesgos por una causa que se cree.*<sup>5</sup>

La dignidad es un valor en sí, es el sustantivo de la oración, identifica a todo ser humano, sin tener en cuenta sus calificativos, su importancia es debida a una reacción de la sociedad en contra de sistemas políticos que han desconocido el valor de la dignidad humana frente al Estado. Por lo tanto, cada lucha es un derecho humano reconocido.

En esa tesitura el derecho a la defensa al ser un derecho fundamental, posee la esencia de un derecho humano, es decir, concreta una exigencia radicalmente vinculada al sistema de necesidades humanas.<sup>6</sup>

Para ejemplificar a detalle por qué se considera el derecho a la defensa un derecho fundamental se trae a colación la labor del Defensor Público Federal José de Jesús Esqueda Díaz,<sup>7</sup> cuyos esfuerzos fueron reconocidos a través de una jurisprudencia reiterada en el año de 2006; este servidor público al aceptar el cargo en segunda instancia, continuamente observaba que la fiscalía federal violaba los derechos humanos de sus patrocinados, en especial el de la defensa adecuada dentro del procedimiento de averiguación previa,<sup>8</sup> respecto a contar con una defensa técnica en el momento de rendir declaración ministerial y el derecho de entrevistarse oportunamente en forma privada con su representante.

<sup>5</sup> Carrillo Flores, A.: *Constitución...* cit., p. 186.

<sup>6</sup> Pérez Luño, A.: *Los derechos...* cit.

<sup>7</sup> Defensor Público Federal actualmente adscrito al Centro de Justicia Penal Federal del Estado de Zacatecas.

<sup>8</sup> Ahora investigación inicial. El derecho a la entrevista confidencial con el defensor, ahora es tutelado explícitamente en los artículos 113, fracción XI y 125 del Código Nacional de Procedimientos Penales.



Por lo que continuamente la violación a este derecho era parte esencial de sus argumentos de amparo y de recursos revisión de amparo. Todo ese trabajo generó una interpretación del artículo 20, apartado A, fracciones II, IX y X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>9</sup> por parte de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En suma, esta tesis jurisprudencial declara que ninguno de los derechos del detenido durante el proceso penal pueden ser concebidos como un mero requisito formal, para que pueda hacerse efectivo y permitir su instrumentación requiere de la participación activa en el procedimiento (defensa material y técnica), por parte del inculpado y su defensor desde que es puesto a disposición del representante social.

Por tanto, en lo que se refiere al ya reformado artículo 20, apartado A, fracción II, que establecía que la confesión rendida ante el Ministerio Público o Juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que la *asistencia* no sólo debe estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial (defensa formal), sino que la misma debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la ayuda efectiva del asesor legal (defensa técnica).

En este sentido, el detenido en flagrancia, en caso de que así lo decida, podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial, en privado. En consecuencia, la primera declaración rendida ante el

<sup>9</sup> Anterior a la reforma constitucional de 18 de junio de 2008.

Ministerio Público, estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor.<sup>10</sup>

Por tanto, se concluye que *el derecho a la defensa es un derecho fundamental, que posee todo gobernado, el cual nació como una reacción contra los sistemas políticos que desconocen el valor de la dignidad humana frente al Estado, contenido en la Constitución, que se caracteriza por la posibilidad formal y material de participar activamente en un proceso jurisdiccional, con el apoyo de un profesional experto en la ciencia del Derecho. Cuyo objetivo general es la protección de los derechos reconocidos a la persona en los cuerpos normativos.*

### **C. El derecho a la defensa, el imputado y la imputación**

¿Quién es el imputado? El imputado es la persona señalada por el fiscal como posible autor o participe de un hecho que la ley señala como delito.<sup>11</sup>

Todos los actos que realice la fiscalía a partir de la recepción de una denuncia o querrela serán encaminados a reunir los indicios que permitan el esclarecimiento de los hechos o, en su caso, datos de prueba que sustenten un futuro ejercicio de la acción penal en contra del imputado.

Cabe realizar la precisión de que todo dato de prueba deberá estar registrado, a fin de que se garantice que la información recabada sea completa, íntegra, exacta y fidedigna.

Por tanto, es el imputado el sujeto en torno al cual gira la investigación inicial y complementaria hasta el momento en que se realice la acusación formal frente al Juez de control; así, es de igual forma el sujeto de nuestro

<sup>10</sup> Tesis: 1a./J. 23/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, mayo de 2006, página 132.

<sup>11</sup> Artículo 112 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

análisis por ser éste a quien la pretensión del fiscal puede afectar y quien posee un cúmulo de prerrogativas, incluido el derecho de defensa.

Ahora bien, es necesario precisar desde qué momento goza esta persona del derecho a la defensa ¿Será a partir de que se formaliza la imputación frente al Juez de control? José Luis Camps Zeller afirma que la garantía de defensa del imputado en el nuevo sistema procesal penal se puede ejercer desde que existe imputación, y lo sostiene de la siguiente manera:

*La garantía de defensa del imputado en el nuevo sistema procesal penal se puede ejercer desde que existe imputación, toda vez que son dos cosas que inevitablemente van de la mano. No se puede ejercer dicha garantía si no existe una imputación previa, y desde otra perspectiva, producida la imputación, el imputado tiene y debe tener el derecho de ejercer su defensa de conformidad al sistema procesal penal.*

*La garantía constitucional de la defensa alcanza no sólo el juicio jurisdiccional propiamente tal, sino que también a la investigación preparatoria y a la etapa de preparación del juicio oral, por tanto, no surge con la formalización sino que mucho antes, con la imputación, es decir desde que los órganos encargados de la persecución penal en el marco de un procedimiento atribuyan responsabilidad en un hecho punible a una persona determinada. Es este el instante en el que el procedimiento penal se dirige en contra de esta persona, pudiendo en consecuencia, ejercer la garantía de defensa a fin de manifestar su inocencia o cualquier otra circunstancia que atenúe o extinga su responsabilidad.<sup>12</sup>*

<sup>12</sup> Camps Zeller, J. L.: *La defensa...*cit., p. 71.

De lo transcrito se desprende lo siguiente:

- El derecho de defensa en materia penal es aquél que ejerce y del que goza un imputado.
- El derecho de defensa se ejerce desde el momento de la imputación *ex ante* por parte de la fiscalía.
- Para ejercer el derecho de defensa no es necesario que exista la formal imputación frente al Juez, basta con el señalamiento por parte del fiscal para estar en posibilidad de exigir al Estado que otorgue y reconozca todos los derechos que en favor del imputado contiene la Constitución.

De este último punto, podemos señalar que existe una *imputación formal* y una *imputación formal ex ante*. La primera la debemos entender como aquella noticia que le comunica el fiscal al imputado<sup>13</sup> en presencia de las partes y del Juez de control, del reproche que el Estado hace en su contra por la posible autoría o participación en un hecho que la ley señala como delito, atendiendo todas las formalidades del procedimiento.<sup>14</sup> Mientras que la segunda deberá ser aquella noticia que le comunica el fiscal o el policía que le detiene (en la comisión de un delito en flagrancia), a una persona que aún no goza de la calidad de imputado, pero que en ese preciso momento se reviste de tal, del reproche que el Estado le hace por su posible autoría o participación en un hecho que la ley señala como delito.<sup>15</sup>

Esta imputación formal *ex ante* debe respetar y hacer valer los derechos reconocidos y otorgados por los tratados

<sup>13</sup> Aunque con anticipación ya tenía la calidad de imputado, pues con seguridad en la investigación inicial el fiscal le hizo saber que se llevaba a cabo una investigación en su contra por hechos que la ley señala como delito.

<sup>14</sup> En audiencia pública, en presencia de su defensor, en atención al principio de inmediación, contradicción, publicidad, concentración.

<sup>15</sup> Artículo 113, fracción V, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

internacionales de los que el Estado mexicano es parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Código Nacional de Procedimientos Penales, a los gobernados que adquieran la calidad de imputado.

Entonces desde que se produce la imputación y se adquiere, en consecuencia, el *status* de imputado, éste se convierte en un sujeto de derechos, pudiendo ejercitar desde este instante su defensa, así como los demás derechos y garantías que el sistema constitucional y penal mexicano le reconoce.

Erika Bardales Lazcano, cita a Carlos Barragán Salvatierra y afirma que *el imputado es el sujeto en contra de quien existen sospechas que cometió un hecho que la ley señala como delito*.<sup>16</sup> Agrega que a través del proceso y según avancen las investigaciones recibe diversos nombres como:

- Indiciado. Existen datos de prueba de que cometió un delito pero no se ha formulado imputación.
- Imputado. Se ha formulado imputación, es decir, la comunicación de que se le está investigando.
- Acusado. Se le ha formulado acusación y por tanto se le han dado a conocer las pretensiones punitivas del Estado.
- Sentenciado o exculpado. Cuando se dictó una resolución respecto de la culpabilidad.<sup>17</sup>

Sin embargo, el Código Nacional de Procedimientos Penales, únicamente tiene tres denominaciones para este sujeto en especial; imputado, acusado y sentenciado, según la etapa del proceso en que se encuentre.

<sup>16</sup> Barragán Salvatierra, Carlos: *Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición. Edit. Mac Graw Hill. México 2004, p. 212, en Bardales Lazcano, E.: *Guía para...* cit., p. 143.

<sup>17</sup> Bardales Lazcano, E: *op. cit.*, pp. 143-144.

### III. El Derecho a la defensa en la norma

#### A. El derecho a la defensa en los tratados internacionales

Sin duda alguna el Estado mexicano es parte activa en el concierto internacional respecto al fomento y protección de los derechos humanos. Es por eso que en la actualidad posee 210 tratados internacionales de los que es parte en los que se reconocen derechos humanos.<sup>18</sup>

Asimismo, forma parte de dos organismos internacionales de protección a los derechos fundamentales. A nivel universal es parte integrante de la Organización de las Naciones Unidas; y, a nivel regional de la Organización de Estados Americanos. Ambos poseen comités de vigilancia a fin de que sean cumplidas las obligaciones que los Estados parte adquirieron, instrumentos de los que con posterioridad se hará referencia.

Fue entonces que surgió la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, que recoge el sistema penal acusatorio cuya vigencia a nivel federación es a partir del 18 de junio de 2016. Este cambio de paradigma trae consigo una forma diferente de concebir el mundo de los derechos humanos en el ámbito penal.

Coincidentemente, como lo señala Erika Bardales Lazcano, en marzo de 2010 el Comité de Derechos Humanos de la ONU en materia de justicia penal, se manifestó satisfecho por la presentación del quinto informe periódico del Estado mexicano; en México se comprometía a establecer un sistema acusatorio y consagrar el principio de presunción de inocencia, a lo que recomendó el comité acelerar la aplicación de la reforma del sistema de justicia penal.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> En línea disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html> [Consultado el 28/11/2017].

<sup>19</sup> Cfr. Bardales Lazcano, E.: *op. cit.* p. 19.

### **B. El derecho a la defensa en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

El derecho a la defensa se consagra dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los artículos 17, penúltimo párrafo; y, 20 apartado B, fracción VIII.

De dichos numerales se puede colegir que el derecho a la defensa se interrelaciona y complementa al coincidir con otros principios y derechos dentro del sistema normativo, que en conjunto garantizan un debido proceso. Es por eso que la Carta Magna impone a las diversas autoridades un cúmulo de deberes en torno a este derecho, cuya finalidad no es otra que hacer efectivo su ejercicio por el gobernado.

### **C. El derecho a la defensa en el Código Nacional de Procedimientos Penales**

El derecho a la defensa dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales se contiene en los artículos 17, 113, 115, 117,<sup>20</sup> 121, 122, principalmente. Este conjunto de artículos conforman la garantía de audiencia, es decir, el conjunto de vías y mecanismos a través del cual se materializa el derecho a la defensa, desde el momento en que la autoridad está obligada a hacer del conocimiento de una persona, libre o detenida, que en su contra se realiza una investigación por un posible hecho que la ley señala como delito en la que presuntamente participó, hasta que se dicta sentencia dentro de un juicio previo dirimido ante un órgano jurisdiccional en observancia al principio del debido proceso.

<sup>20</sup> Este artículo contiene las obligaciones del defensor, que se traducen en derechos del imputado, la omisión o falta de diligencia en su cumplimiento pueden acarrear consecuencias procesales.

## **IV. El derecho de la defensa en el sistema penal acusatorio**

### **A. El derecho de elegir a un abogado defensor**

No queda duda que al implementar este nuevo sistema de justicia penal lo que se busca es evidenciar actos de corrupción, evitar la vulneración de derechos fundamentales, llevar a su máxima capacidad la eficiencia y efectividad de las autoridades que intervienen en la administración e impartición de justicia, así como que todo proceso se lleve a cabo en plena observancia al principio de debido proceso.

Por esas razones y otras más, todo imputado tiene derecho a elegir un abogado que le represente, sin menoscabo de realizar su defensa material. El momento para elegir abogado será desde que la autoridad aprehensora le da a conocer las razones por las cuales queda detenido, o que le informa acerca de la investigación que se lleva en su contra; desde ese momento, se debe hacer efectivo este derecho.

El derecho a la defensa se reviste de dos características según el Código Nacional de Procedimientos Penales: su fundamentalidad y su irrenunciabilidad. Carocca Pérez cita a Haberle, a fin de comprender la fundamentabilidad de esta clase de derechos, los cuales deben ser entendidos ya no sólo desde un punto netamente subjetivo, es decir, de derechos que tiene el individuo frente al Estado, sino que además, desde un punto de vista objetivo, toda vez que *asumen una dimensión institucional, a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines sociales y objetivos colectivos constitucionalmente proclamados*.<sup>21</sup>

Es por eso que el derecho a la defensa es un derecho humano, pues al asumir esta dimensión institucional, se impone de antemano al poder político, principalmente por

<sup>21</sup> Haberle P. *Die Wesensgehaltgarantie des Art 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 193, pp. 70 y ss., en Carocca Pérez: *op. cit.*, p. 59.

el carácter normativo superior de éstos, lo que impide, o por lo menos así debiera ser, que sea vulnerado por los órganos del Estado.<sup>22</sup>

Por tanto, corresponderá al órgano jurisdiccional y a la fiscalía, en tanto no se ejercite la acción penal, velar sin preferencias ni desigualdades por la defensa adecuada y técnica del imputado, quien en toda etapa del proceso debe de estar asistido.

La irrenunciabilidad se explica de la siguiente manera: si el imputado no estuviese en posibilidad de nombrar un defensor particular o no desea nombrar ninguno, será deber de la autoridad de nombrarle uno público a fin de que en ningún momento se encuentre en estado de indefensión. En consecuencia, se entiende que este derecho de defensa no puede dejar de ser ejercitado, pues aun si existiese manifestación del imputado respecto a no querer ser asistido por algún defensor, el gobierno está constreñido a proporcionarle un perito en Derecho que haga valer sus intereses en contra de la pretensión punitiva estatal. Esta característica de irrenunciabilidad no es contraria a ningún otro derecho humano, pues su finalidad es cuidar de la dignidad del imputado.

Tan efectivo es este derecho de defensa en México, que existen mecanismos para salvaguardarlo, basta con promover juicio de amparo indirecto en el momento en que se le hace nugatoria esta prerrogativa al imputado, a fin de que sea restituido y pueda ser ejercitado por él.

### ***B. ¿Cómo se cristaliza este derecho de defensa en el sistema penal acusatorio? La defensa técnica***

*El derecho a la defensa se ejerce a través de la asistencia técnica de un defensor, quien deberá ser licenciado en*

<sup>22</sup> Camps Zeller, J. L.: *op. cit.*, p. 10.

*Derecho titulado y con cédula profesional.* De la afirmación de este enunciado contenido en el artículo 115 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se desprenden los siguientes puntos:

- El necesario e indiscutible requisito de que el defensor sea un profesional en el conocimiento de la ciencia del Derecho, lo que se demuestra con la exhibición de la cédula profesional, expedida por la Secretaría de Educación Pública.
- El defensor, al exhibir la cédula profesional, el fiscal o el órgano jurisdiccional, según corresponda, presumirá su experticia y manejo de las formalidades del procedimiento, pero además, están obligados a verificar que así sea, no basta con la manifestación del profesionista en la individualización de las partes.<sup>23</sup>
- El defensor al exhibir cédula profesional, presume el conocimiento y manejo de mecanismos procesales para recabar y ofrecer datos y medios de prueba, refutar los argumentos de la fiscalía, promover mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal a favor del imputado, exponer sus alegatos de apertura y de fin de juicio, objetar preguntas o afirmaciones del fiscal, interponer recursos e incidentes, etc.
- El defensor al exhibir cédula profesional, hace presumir que está en capacidad técnica, intelectual y material de asumir una defensa adecuada a la par de la acusación de la fiscalía.

Sin embargo, la exhibición de una cédula profesional no basta para comprobar la competencia, eficacia y

<sup>23</sup> Tesis: XV.3o.7 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo III, febrero de 2017, página 2184.



eficiencia de un abogado defensor; sea privado o público, está obligado a demostrar su capacidad técnica frente a la fiscalía<sup>24</sup> o el órgano jurisdiccional, según sea el caso, pues de advertir éstos una manifiesta y sistemática incapacidad técnica de quien lleva a cabo la defensa, tienen la facultad de prevenir al defendido para que designe otro que le represente.<sup>25</sup>

Es decir, de observar la incompetencia por parte de un profesionista que lleva a cabo la defensa de un imputado, la autoridad tiene la potestad de hacerle ver al gobernado que la actuación de su abogado no es correcta, idónea, ni benéfica para sus intereses, y que esta actuación le puede acarrear consecuencias negativas que incidan en su esfera jurídica.

Si a pesar de ello el defendido insiste en conservar a ese profesionista como su representante, pero éste a todas luces demuestra una incapacidad técnica para llevar a cabo una adecuada defensa, la autoridad está facultada para remover del cargo al defensor actual y designar otro que sea público, hasta en tanto el imputado decida cambiarlo por un privado.

En contra de esta acción por parte de la autoridad no existe recurso, en virtud de que no existe vulneración a derecho alguno, por el contrario, lo que se pretende es tutelar la adecuada defensa y, como consecuencia, la dignidad del imputado.

## **V. La defensa abstracta**

### **A. La construcción de un nuevo concepto**

Consagrado el derecho fundamental de defensa dentro de la Constitución y los tratados internacionales de los

<sup>24</sup> En atención al deber de lealtad, objetividad y debida diligencia esta autoridad tiene la obligación de vigilar también por los intereses del imputado.

<sup>25</sup> Tesis: XI.P.13 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo IV, septiembre de 2016, página 2626.

que México es parte, es menester de los estudiosos del Derecho analizar con lupa sus vertientes dentro de los ordenamientos penales existentes.

La defensa abstracta o innominada expresamente no se contempla dentro de los cuerpos legales penales; sin embargo, implícitamente y en la práctica se da. Tampoco existe doctrina que la estudie y nos explique qué trato darle.

Este tipo de defensa consiste en el auxilio prestado por un Defensor Público Federal o local a un imputado innominado, es decir, una persona a la que se le investiga por un hecho posiblemente delictuoso pero de la cual se desconoce aún su identidad.

La defensa abstracta se actualiza sólo en la etapa de investigación inicial, dentro de una carpeta de investigación que se generó con motivo de una denuncia y/o querrela ante la fiscalía, en la que no se sabe quién cometió un hecho que la ley señala como delito, y se presenta al verificarse una audiencia en la que es necesario un control judicial o actos de investigación con la presencia del defensor del futuro imputado.

Se dice que es innominada o abstracta por no existir un imputado identificado dentro de la investigación que sigue el fiscal de la federación, de lo contrario sería al Defensor Público o privado designado por el imputado a quien se le notificaría la realización de un acto de investigación y/o audiencia de control a la que tendría que asistir.

En esa lógica no puede presentarse en otra etapa del proceso, pues el fiscal al momento de ejercitar la acción penal tiene que identificar plenamente a la persona a quien le realizará la imputación o, en su caso, a quien lleva detenido en presencia del Juez para que realice el control de la detención.

El problema se presenta cuando, por ejemplo, en una audiencia de ratificación de permiso de intromisión a un domicilio<sup>26</sup> un Juez de control llama a un Defensor Público (como representante de un imputado desconocido, quien en principio está obligado a la defensa y protección de los intereses de un posible imputado), pero ese Juez no le hace efectivo el principio de contradicción, es decir, no facilita la intervención del abogado por considerar que es simplemente una audiencia de ratificación, auspiciado en la literalidad de la ley.

Actualmente, los Jueces de control se decantan en dos criterios, el primero consiste en que en toda audiencia pública habrá de observarse los principios del sistema penal acusatorio; el segundo criterio, como ya se dijo, se limita a señalar que no es posible la intervención de la defensa, pues el Código Nacional de Procedimientos Penales indica que se trata de una audiencia de ratificación en la que no hay lugar a la intervención de la defensa. Lo que origina incertidumbre en la impartición de justicia.

El principio de seguridad jurídica (así como todos los principios rectores del sistema, los derechos fundamentales y procesales), se encuentra estrechamente relacionado con el de defensa, la progresividad de uno y otro depende de ellos, el hecho de que no exista claridad en la norma genera su inobservancia y la consecuente violación de los derechos humanos. Pero no es tarea en este momento desarrollar el tema de las subsecuentes secciones.

Es menester de este apartado configurar una definición para el concepto *defensa abstracta o innominada*. No en vano el recorrido hecho en las páginas que anteceden.

<sup>26</sup> Contemplada en el artículo 290 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Al preguntarse ¿Es un derecho humano? Se puede con seguridad afirmar que lo es, *el derecho humano a la defensa es indivisible, es decir, este no puede ser fragmentado por la falta de identificación del imputado, el sistema penal mexicano actual, es un modelo garantista que tiende a la preservación de los derechos humanos*,<sup>27</sup> por lo que el hecho de que no se encuentre identificado el sujeto objeto de la acción punitiva del Estado, no significa que no lo vaya a estar y que se le tengan que hacer nugatorios sus derechos.

En consecuencia, se asevera que *la defensa abstracta o innominada es un derecho humano que se ejerce a favor de un imputado no identificado, dentro de la etapa de investigación inicial durante la verificación de actos de investigación y audiencias que requieran control judicial; a través de la intervención de un defensor público, con el objeto de que se respeten las formalidades del proceso y los derechos fundamentales, así como evitar dilaciones procesales en un futuro juicio y actos de corrupción*.

### **B. Casos en que se presenta una defensa abstracta dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales**

Existen cuatro casos identificados dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales en los que puede existir la defensa abstracta:

- Peritaje irreproducible.
- Impugnaciones de los ofendidos o víctimas contra determinaciones de la fiscalía.<sup>28</sup>
- Audiencias de consentimiento.
- Prueba anticipada.

<sup>27</sup> Delgado Castillo Jesús, entrevista 01 de diciembre de 2017.

<sup>28</sup> *Ídem*. Este aspecto no había sido advertido al plantearse el presente trabajo; sin embargo, a través de la entrevista sostenida se introduce y se da el crédito debido.

### **B.1 Peritaje irreproducible**

Respecto al peritaje irreproducible diremos que es aquél que se realiza sobre objetos que se consumen al ser analizados.<sup>29</sup> En ese sentido, cuando el fiscal es informado por el perito que la muestra es escasa y que no podrá emitir su opinión sin consumirla por completo o que la muestra objeto del análisis corre el riesgo de perderse, el fiscal está obligado a notificar al defensor del imputado, si éste ya se hubiere designado o al Defensor Público, para que si lo estima necesario, ofrezca un perito que acuda y presencie la verificación del peritaje.

En este caso la obligación de hacer saber a la defensa la oportunidad de presenciar el análisis pericial es para la fiscalía, por lo que de llegarse a presentar este peritaje como medio de prueba y que de la carpeta de investigación se desprenda la falta de notificación a la defensa, se debe solicitar la nulidad del medio probatorio, por hacer nugatorio el derecho por parte de la fiscalía. Por lo que bastará para la defensa abstracta manifestarse al respecto.

### **B.2 Impugnaciones de los ofendidos o víctimas contra determinaciones de la fiscalía**

En relación con impugnaciones de los ofendidos o víctimas contra determinaciones de la fiscalía, se presentará la defensa abstracta a través del recurso correspondiente cuando el fiscal determine:

- Abstenerse de investigar, cuando los hechos relatados en la denuncia, querella o acto equivalente no fueren constitutivos de delito, o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida

<sup>29</sup> Artículo 274 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

la acción penal o la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y motivada.<sup>30</sup>

- Archivar temporalmente una investigación en fase inicial, cuando de los antecedentes no se desprendan datos suficientes o elementos de los que se puedan establecer líneas de investigación que permitan realizar diligencias tendentes a esclarecer los hechos que dieron origen a la investigación. El archivo subsistirá en tanto se obtengan datos que permitan continuarla a fin de ejercitar la acción penal.<sup>31</sup>

Este recurso de impugnación se contempla dentro del artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales, y no es otro más que la inconformidad de la víctima u ofendido, presentada por escrito ante un Juez de control, generada por la decisión de archivo temporal o abstención de investigación tomada por el fiscal; el Juez llama a audiencia a la fiscalía, así como al imputado y su defensor, o al Defensor Público, así como al inconforme, para que escuche los argumentos y decida al respecto. En contra de la decisión tomada por el Juez lo único que procede es el amparo indirecto. En este caso la defensa abstracta se limitará a llevar a cabo una teoría del caso pasiva, como garante del respeto a los derechos humanos y debido proceso.

### **B.3 Audiencias de consentimiento**

El mayor problema se presenta en las audiencias de consentimiento, contenidas en el artículo 290 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Esto en virtud de los criterios sustentados por los Jueces de control respecto

<sup>30</sup> Artículo 253 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>31</sup> Artículo 254 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

a la observancia de los principios que rigen el sistema o el simple apego a la literalidad de la ley.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, determina que estará justificado el ingreso a un lugar cerrado sin orden judicial cuando:

a) Sea necesario repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho que ponga en riesgo la vida, la integridad o la libertad personal de una o más personas; o,

b) Se realiza con consentimiento de quien se encuentre facultado para otorgarlo.

El inciso a), no requiere mayor análisis en virtud de la claridad y exactitud de la ley; sin embargo, el inciso b) es el que requiere especial análisis, pues para que tenga validez ese acto de intromisión es necesario que el fiscal informe, dentro de los cinco días siguientes a que se verificó una intromisión a lugar cerrado, al órgano jurisdiccional que se llevó a cabo ésta, para que a su vez el Juez de control llame a audiencia a la persona que otorgó el consentimiento de ingreso.

De la redacción de este artículo se desprende lo siguiente:

- La audiencia de ratificación será pública, por no encontrarse de por medio una necesidad de secrecía, paz pública, seguridad nacional o derechos del menor en conflicto.
- A la audiencia de ratificación será llamada la persona que otorgó el consentimiento.
- Además del anterior, a la audiencia de ratificación serán llamados el imputado y su defensor, o el defensor público en defensa abstracta y el fiscal.
- La finalidad de la audiencia de ratificación es otorgarle validez al acto de intromisión a un domicilio sin orden de cateo, el cual únicamente se logrará a través del contradictorio.

Para que tenga validez el acto de intromisión a un domicilio sin orden de cateo realizado con consentimiento, es necesario que coincidan dos presupuestos:

- Que el consentimiento no adolezca de vicios.
- Que la persona que haya otorgado el consentimiento sea la idónea.

¿De qué vicios puede adolecer este consentimiento? ¿Cómo calificar la idoneidad de la persona que otorga el consentimiento? En licenciatura a los abogados en formación se les imparte la materia de Derecho Civil, antes de entrar a fondo en el estudio, el maestro explica los requisitos de validez de los actos jurídicos, entre ellos la ausencia de los vicios del consentimiento: error, dolo, intimidación y violencia.

Los mismos de los que puede adolecer el consentimiento otorgado para ingresar a un domicilio. De igual forma recordemos que los vicios del consentimiento sólo atañen al sujeto, pero que de su inexistencia depende la validez del acto. Es decir, el consentimiento existe pero se encuentra viciado.

El error es una idea que no coincide con la realidad, dolo es una idea que un tercero quiere que se crea, intimidación es una amenaza física, moral o psicológica, mientras que violencia es atentar directamente contra los derechos de otro. Ahora bien, la idoneidad se refiere a la capacidad, a la personalidad, a la facultad de la que se reviste esa persona para otorgar el permiso.

La obligación del fiscal es enterar al Juez de control dentro de los cinco días siguientes al que se realizó la intervención domiciliaria que se llevó a cabo ésta, a fin de llamar a quien otorgó su consentimiento y lo manifieste como tal ante él, con el propósito de convalidar el acto.

Se ha llegado a malinterpretar, por parte de algunos Jueces de control de Distrito en el Estado, el sentido

de la audiencia contenida en la fracción II del artículo 290 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al pretender ésta como meramente declarativa aspirando a darle validez con la presencia del Defensor Público Federal de un imputado innominado, sin otorgarle intervención violando el principio de contradicción que debe regir en toda audiencia celebrada bajo este sistema penal.

Ahora bien si se niega el contradictorio, se niega otro principio rector que es el de concentración, es decir, al negarse el examen por parte de la defensa en orden lógico se generan consecuencias procesales referentes a una posible exclusión de la prueba que, a su vez, puede dar pie a que se declare nula por ser arbitraria, lo que se habría de discutir en una audiencia, se dilatará ya sea por la interposición de recursos, o en su defecto, porque se tendrá que discutir en audiencia de juicio oral.

En resumen, respetar el principio de contradicción a la defensa del imputado innominado permite:

- Verificar los requisitos de validez del ingreso de una autoridad a un lugar sin autorización judicial.
- Evitar dilaciones procesales, toda vez que si no fuese, sería hasta la etapa de juicio oral donde se dilucidaría respecto a la invalidez del acto de intromisión; o, en su defecto por interponer el recurso de revocación, el cual si no es favorable terminará en amparo indirecto.
- Consecuentemente, se evita la trasgresión de otros principios rectores del proceso penal.
- Al mismo tiempo se impide la vulneración de derechos fundamentales del posible imputado.
- Por tanto, se exhiben posibles vulneraciones de derechos fundamentales o la comisión de delitos en contra tercero que no consiente el ingreso de autoridades sin autorización judicial a su domicilio,

pues si es el caso, es obligación del Juez de control dar vista al Ministerio Público correspondiente, a fin de que inicie una carpeta de investigación.

- Permite ir formando una teoría del caso, aunque para perfeccionarla es necesaria la versión del imputado. Es importante tomar en cuenta que previo a que asista el Defensor Público a cualquiera de las audiencias en las que se presenta la defensa innominada, es necesario que se le exhiba copia de la carpeta de investigación.
- Se fomenta la eficacia

#### ***B.4 Prueba anticipada***

La prueba anticipada se contempla en el artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales. En pocas palabras, hace honor a su nombre pues es aquella que se desahogará antes de que se llegue a la etapa de juicio oral, en presencia del Juez de control, a solicitud de la defensa o la fiscalía, fundando los motivos de la extrema necesidad que, naturalmente, versarán sobre la posible pérdida o alteración del medio probatorio.

La nota distintiva es que la audiencia a través de la cual se desahogue o incorpore esta prueba, será bajo la estricta observancia de las reglas que rigen a la práctica de las pruebas en el sistema penal acusatorio.

Claramente el artículo 305 del código adjetivo en la materia vigente, señala que de no haber imputado identificado, será llamado a juicio un Defensor Público ¿Qué pasaría si en un procedimiento del orden federal se alegara que la Ley Federal de Defensoría Pública y las Bases de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública no contemplan la prestación de servicios a imputados no identificados?



## VI. Propuesta y conclusiones

La defensa innominada se presenta en esta clase de audiencias como un problema porque la falta de un imputado plenamente identificado puede sugerir ausencia de derechos; sin embargo, la posibilidad que se llegue a reconocer a esta persona es lo que hace necesario la formación de este nuevo concepto, su difusión y desarrollo teórico. Además de que al no preverse esta figura dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales, puede llegarse a afirmar el absurdo de que el Estado no tiene la obligación de prestar la asistencia a un imputado que aún no existe, aunque en potencia pueda existir. Urge una reforma al contenido de las leyes, bases y reglamentos de las defensorías públicas para que sea incluida la defensa innominada dentro del catálogo de servicios que se prestan.

Contemplar la defensa abstracta como parte de los derechos fundamentales de una persona que aún no es reconocida plenamente, permite el efectivo ejercicio de las prerrogativas contenidas en los cuerpos normativos nacionales e internacionales respecto de las futuras personas sujetas a un procedimiento o proceso de carácter penal.

Como se pudo observar, este trabajo trató de la naturaleza y formación de un concepto que, dogmáticamente, ningún otro autor ha tratado de dilucidar, así como de la solución a los problemas que el mismo trae aparejadas: la no observancia del principio de contradicción por parte del Juez de control o la verificación de audiencias de control sin la presencia de un Defensor Público de imputado innominado.

Se sugiere una propuesta de reforma dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales, en el siguiente tenor:

*Artículo xxx. Ausencia del imputado. Cuando al fiscal no le haya sido posible durante la etapa de investigación inicial localizar al imputado, ya sea que se encuentre plenamente identificado o no, a fin de que se lleve a cabo cualquier audiencia de control, audiencia de prueba anticipada, verificación de dictamen irreproducible o cualquier otra en la que se vean controvertidos sus derechos hasta antes de la audiencia de imputación, solicitará al Juez de control que se verifique una audiencia para que se le declare como ausente, en la que expondrá los motivos de su petición.*

*Si el Juez declara persona ausente al imputado, designará al Defensor Público Federal de los adscritos al Centro de Justicia Penal Federal de la entidad, que por turno toque atender la representación en las audiencias y diligencias previas a la audiencia de imputación.*

*Si llegase a presentarse o identificarse el imputado podrá revocar el cargo conferido al Defensor Público, el nuevo nombramiento se realizará en audiencia pública ante el Juez de control, a través de una petición por escrito del imputado.*

Con esta propuesta se pretende:

- Incluir a la defensa abstracta dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Que el fiscal y el Juez observen el derecho de defensa, aún el que poseen los imputados no identificados, pues como lo dijo el Defensor Público Federal Jesús Delgado Castillo, *el derecho de defensa no es divisible*.
- Evitar posibles dilaciones en impugnaciones durante la etapa inicial, durante la etapa intermedia en el momento de depurar medios de prueba, o en juicio en el momento de introducir el órgano de prueba a juicio.

- Dar seguridad jurídica a los imputados.
- Revestir de validez el acto del nombramiento, tanto el derivado de la declaratoria, como el que se realiza a raíz de la presentación del imputado.

Ahora bien, lo que no pretende esta propuesta es vulnerar el derecho de audiencia de toda persona que enfrenta un proceso, por ello, es necesario acotar el alcance de la declaración de ausencia hasta antes de la audiencia de imputación, toda vez que para que exista el proceso penal es requisito *sine qua non* la verificación de la audiencia de imputación, cuyo contenido esencial es la comunicación que realiza el Ministerio Público al imputado en presencia del Juez de control del desarrollo de una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito.<sup>32</sup>

Lo que quiere decir que es absolutamente necesaria la presencia del imputado identificado para que se verifique la audiencia inicial, de lo contrario no es posible su celebración y, por tanto, no se da inicio al proceso en rebeldía, más bien se suspende hasta que se logre la comparecencia.

En ese sentido, la esencia de la propuesta es garantizar y reforzar la defensa de cualquier persona que se encuentre en el supuesto de no estar aún identificada dentro de la etapa de investigación inicial hasta antes de la audiencia de imputación, a fin de que no se produzcan dilaciones procesales, se eficiente el proceso y se procure la protección de los derechos humanos.

Por tanto, reafirmando lo dicho por el Defensor Público Federal Jesús Delgado Castillo, *el derecho de defensa es indivisible*, en consonancia, el hecho de que la defensa abstracta no se encuentre previsto expresamente

<sup>32</sup> Artículo 309 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

en la norma no significa que debe hacerse nugatorio por parte del Juez de control, del fiscal de la federación o fiscalías estatales.

## VII. Bibliografía

- Bardales Lazcano, Erika: *Guía para el estudio del sistema penal acusatorio en México*. Edit. Flores, 6ª edición, Cd. de México, 2016.
- Camps Zeller, José Luis: *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal*. Edit. Lexis Nexis, 1ª edición, Chile, 2005.
- Carocca Pérez, Alex: *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Edit. JMB, Barcelona, 1998.
- Carrillo Flores, Antonio: *Constitución, Suprema Corte y derechos humanos*. Edit. Porrúa, 1ª Edición, México, 1998.
- Pérez Luño, Antonio Enrique: *Los derechos fundamentales*. Edit. Tecnos, 9ª Edición, Libro electrónico, 2007.

## Electrónicas

- Vladila Lavinia-Mihaela, *et. al* (2011): “El derecho de defensa”, en *Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos)*, Vol. 15, España [en línea], disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/294807>. [Consultada el 27/11/2017].
- <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>, [consultada el 20 de mayo de 2018].

## Normativa

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

### **Jurisprudencia**

- Tesis: XI.P.15 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, diciembre de 2016, Tomo II, página 1715.
- Tesis: 1a./J. 11/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, febrero de 2014, Tomo I, página 396.
- Tesis: 1a./J. 23/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, mayo de 2006, página 132.
- Tesis: XV.3o.7 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, febrero de 2017, Tomo III, página 2184.
- Tesis: XI.P.13 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, septiembre de 2016, Tomo IV, página 2626.
- Tesis: P./J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, abril de 2014, Tomo I, página 202.

### **Entrevista**

- Delgado Castillo Jesús, Defensor Público Federal comisionado al Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Guanajuato. Realizada el 1 de diciembre de 2017 por María Rosario Díaz Ruiz.

### **La justicia restaurativa, exceso o defecto en el garantismo judicial que establece el artículo 17 en la Carta Magna**

*José Demetrio Rosas Vargas\**

RESUMEN: En este artículo se contempla un análisis de la justicia restaurativa, la objeción a las concepciones erróneas que hay al respecto de la misma. Se harán consideraciones previas respecto a su comienzo en el contexto mexicano; posteriormente, se discutirá la proximidad conceptual de forma amplia, teniendo en cuenta que la justicia restaurativa es más que una conciliación penal con base en los principios que la rigen. Posterior a ello, se asentarán las plataformas para discutir su función político-criminal y porqué cobra relevancia abordarla en el Código Nacional de Procedimientos Penales, teniendo en cuenta que la política criminal moderna indica que los beneficios de la justicia restaurativa no tienen que limitarse sólo a la praxis de nuestro sistema penal acusatorio, para ilustrar esto, permite su inclusión en los aspectos que tienen que ver con la norma en el ámbito penitenciario. En ese sentido, como parte de los congresos sobre prevención del delito y justicia penal instaurados por la Organización de las Naciones Unidas, se concluyó que la justicia restaurativa es una respuesta evolutiva

\* Oficial administrativo del IFDP.

al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas. La justicia restaurativa no es una nueva técnica, sino algo más anhelante, implica un cambio en la forma en que vemos el comportamiento criminal y como nos relacionamos con quienes cometen estos hechos y los que son afectados por los mismos. Por tal motivo, debe ser considerado un mecanismo de solución de controversias que va más allá de una solución de carácter administrativo. Así, el estatuto de la víctima aglomera esta posición extensa de la justicia restaurativa, adicionalmente en la reparación propuesta por el sistema restaurativo encontramos uno de los fines tradicionales del Derecho Penal, el fin reeducativo del imputado. Finalmente, en la justicia restaurativa su interés está doblemente justificado, se trata de un movimiento que ha pasado de la teoría a la práctica, contando en el momento presente con amplio respaldo en la normativa internacional y en los ordenamientos internos de diversos países.

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Conceptos básicos de la justicia restaurativa. III. Principios que rigen la justicia restaurativa. IV. Análisis del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. V. Garantismo judicial. VI. Consideraciones personales. VII. Bibliografía.

## I. Antecedentes

### A. ¿Qué es justicia restaurativa?

Inicialmente, la habitual concepción retributiva ha separado al infractor de la víctima, poniendo a esta

última como un simple sujeto pasivo. Como reconoce García Pablos, *la víctima debe ser redescubierta, ser descubierta como parte fundamental junto al infractor y a los operadores jurídicos y colaborando con la efectividad del sistema de justicia penal*.<sup>1</sup> A lo cual, considero que la justicia restaurativa es un complemento al proceso penal en delitos de más alto impacto y una alternativa en los hechos jurídicos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico tutelado de menor protección, la justicia restaurativa se construye, efectivamente, a través de valores y principios que dan consistencia a los postulados de esta justicia, según Howard Zehr *es un proceso que involucra en la medida de lo posible a los afectados por el delito para que juntos puedan identificar y abordar los daños, las necesidades y las obligaciones, con el fin de curar y hacer las cosas bien*.<sup>2</sup>

Como puede observarse, la justicia restaurativa es una nueva corriente filosófica del Derecho Penal, quizá una teoría a través de la cual los doctrinarios advierten el Derecho Penal desde un punto de vista más humanitario; es decir, la víctima podrá escuchar de propia voz del imputado el porqué del delito, lo que la ayudará a obtener respuestas, ver el ser humano que existe tras un hecho que la ley señale como delito y así superar el trauma del delito.

### B. Antecedentes históricos y orígenes de la justicia restaurativa

En otrora, la ley del Talión acopiada de forma expresiva bajo la frase *ojo por ojo y diente por diente*, ha sido ejemplo de justicia retributiva o punitiva y, sin embargo, puede

<sup>1</sup> García Pablos de Molina, A.: *Manual de...* cit., p.78.

<sup>2</sup> Zehr, H.: *El pequeño...* cit., p. 28.

verse como todo lo contrario, ya que supuso un gran avance, al ponerse límites a la venganza personal y, a la vez, proporcionalidad para las penas; por otra parte, al tomar el Estado en sus manos el instituto de la pena, surgió la división de los derechos del ofendido en cuanto al resarcimiento de los daños, separándolos del Derecho Penal y ubicándolos en el Derecho Civil. En la Biblia, en algunos libros hacen referencias indirectas a esta forma de ver la justicia, dijo *Zaqueo: resueltamente a Jesús: señor, voy a dar la mitad de mis bienes a los pobres, y a quien le haya exigido algo injustamente le devolveré cuatro veces más.*<sup>3</sup> En la costumbre cristiana, se ha hablado del perdón y la reconciliación como papel central, poco a poco se nos enseñó cómo reconciliarnos con Dios, pero olvidamos uno de los mandatos del mismo, ejercer el perdón y reconciliarnos con nuestros hermanos. Así las cosas, este concepto de justicia restaurativa está basado en tradiciones indígenas de Norteamérica, Nueva Zelanda, Australia y Canadá, estos pueblos han venido actuando bajo ciertos modos de justicia restaurativa basados en la reparación del daño a través de la discusión y la acción entre víctima, infractor y comunidad. Dadas las condiciones que anteceden, *la primera mediación documentada fue llevada a cabo hace más de cuatro mil años en Mesopotamia, realizada por un gobernante sumerio para encontrar una salida pacífica a un conflicto por territorios.*<sup>4</sup>

## II. Conceptos básicos de la justicia restaurativa

Resulta oportuno recordar que la justicia distributiva se sustenta en dar a cada quien lo que le pertenece. Así lo señaló Aristóteles en su *Ética niecmaquea: El juez procura*

<sup>3</sup> Lucas 19.8.: *La Biblia...* cit., p. 208.

<sup>4</sup> Boqué Torremorell, M. C.: *Cultura de...* cit., p. 15.

*igualar esta desigualdad de que resulta la injusticia. Cuando una persona es herida y otra hiere o cuando uno mata y otro muere, la pasión y la acción están divididas en partes desiguales, y el juez trata entonces de igualarlos con el castigo, retirando lo que corresponda del provecho al agresor.*<sup>5</sup> La retribución se entiende como el balance que pretende el Derecho Penal entre el mal ocasionado por el imputado a la sociedad y la pena que ésta aplica como principio de justicia; la reparación del daño debe lograr soluciones de justicia, eliminando o reparando las consecuencias del perjuicio sufrido, así como evitando que se cometan nuevas violaciones.

Por las consideraciones anteriores, los beneficios que se le atribuyen a la conciliación en general son, entre otros, *la de ofrecer a los litigantes un enfoque colaborativo para llegar a una resolución creativa y satisfactoria; la de ampliar los servicios de resolución de disputas con los fiscales relativamente a bajo costo, cumplimentar la solicitud de las partes para obtener la facilitación de un acuerdo; y, además resultar de un alto grado de satisfacción para las partes involucradas.*<sup>6</sup>

Por otra parte, considero que la justicia restaurativa ha venido a contribuir al cumplimiento efectivo de los fines de la pena, que arduamente se pueden lograr en la justicia penal ordinaria; asimismo, fortalece la resocialización cuando el imputado acepta los hechos delictivos atribuidos y asume con responsabilidad la reparación de todos los intereses justificados de la víctima. Hechas las consideraciones anteriores, el origen de las palabras *conciliación, conciliador y conciliar vienen del latín o lengua romana conciliatio, tionis, conciliador, conciliare y*

<sup>5</sup> Aristóteles.: *Ética niecmaquea...* cit., p.110.

<sup>6</sup> Álvarez, G. S.; *et.al.: Mediación y...* cit., p. 154.



*traduce esta última componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí.*<sup>7</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, existen autores como Zaffaroni, que tienen una visión más integral, *aborda el delito desde paradigmas más cercanos al sistema restaurativo, observándolo como un conflicto. Sosteniendo que el modelo punitivo ni siquiera resuelve los conflictos más graves, como el homicidio, sino que se limita a imponer una pena.*<sup>8</sup> Por otra parte, Christie, tiene desconfianza que la criminología, de alguna manera, ha profundizado un proceso en el que los conflictos le han sido arrebatados a las personas directamente involucradas, de modo que o han desaparecido o se han transformado en pertenencia de otras personas, llegando a resultados deplorables. Los conflictos para tener resultados útiles deben ser usados por quienes originalmente se vieron envueltos en ellos, no solo abandonados a su suerte.<sup>9</sup> En ese talante, la justicia propone un nuevo enfoque humanista sobre el desempeño de las propias instituciones que forman parte del sistema de procuración, administración de justicia y de sus operadores jurídicos.

En esta misma línea de pensamiento, se puede señalar, según afirma Eiras, que la justicia retributiva tiene como objetivo *probar delitos, establecer culpas y aplicar el castigo al infractor en equivalencia al bien jurídico afectado, encontrando el control del procedimiento a cargo de los poderes del Estado, quienes tutelan los derechos e imponen la pena, con una orientación de la mirada enfocada al pasado, a los hechos que afectan a la sociedad.*<sup>10</sup> Para ello, es necesario dar a las víctimas la

oportunidad de obtener una reparación que permita a los delincuentes percibir los efectos de su comportamiento, y posibilite a las comunidades entender las causas de la acción delictiva para así promover el bienestar y prevenir la delincuencia; como se observa, la restauración de la persona se da esencialmente a través del reconocimiento del hecho y la expresión de una disculpa por parte del imputado responsable; la reparación del daño se da a través de la restitución, o la compensación por el daño sufrido. *La definición aportada por las Naciones Unidas en la que se define desde una perspectiva amplia la justicia restaurativa como una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad de cada persona, que construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, infractores y comunidad.*<sup>11</sup> La justicia restaurativa para Carranza Elías, es *el marco filosófico de reacción a la delincuencia, centrado en el perjuicio ocasionado por la misma y en las acciones indispensables para reparar el daño. La justicia restaurativa está enfocada al futuro poniendo hincapié en la solución de los problemas y no en el castigo retributivo.*<sup>12</sup>

En otra conceptualización, se tiene que es *alternativa en el Derecho Penal que abre diferentes opciones como respuesta al delito, implica un diálogo entre el autor, la víctima y la sociedad, procurando la reparación para el lesionado, así como la paz y la seguridad para la comunidad, con la expectativa de una reinserción del ofensor.*<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Salvat Enciclopedia... cit., p. 836.

<sup>8</sup> Zaffaroni, R.: *Manual de...* cit., p. 36.

<sup>9</sup> Christie, N.: *Los conflictos...* cit., p. 159.

<sup>10</sup> Eiras, N.: *Mediación penal...* cit., p. 36.

<sup>11</sup> <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison/>, fecha de consulta 14/08/2017.

<sup>12</sup> Carranza, E.: *Justicia penal...* cit., p. 219.

<sup>13</sup> Binder, A.; et.al.: *Derecho Procesal...* cit., p. 87.

### III. Principios que rigen la justicia restaurativa

A lo largo de los planteamientos realizados, los principios de la justicia restaurativa reconocen un marco de trabajo adicional para dinamizar dichas acciones, se debe tener presente que legítimamente los pueblos indígenas le aportaron los elementos esenciales para su surgimiento, en la necesidad de implementar otras concepciones y actuaciones de la justicia, donde el centro no es la protección de los bienes sino de las personas y la comunidad aquejadas por la comisión de un delito, cabe agregar que *un sistema de justicia con un enfoque restaurativo tiene como panorama una sociedad justa, democrática, que garantiza la convivencia social pacífica, segura sobre la base del respeto de los derechos humanos, el diálogo, como consecuencia de esto se tiene una ciudadanía activa y responsable*.<sup>14</sup>

De la misma manera, los lineamientos de política hacia un sistema de justicia juvenil con un enfoque restaurativo,<sup>15</sup> basados en la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales, buscan fortalecer el sistema de administración de justicia especializada para adolescentes, orientándolo hacia un enfoque restaurativo con funciones específicas y complementarias que respondan en forma previsible, oportuna, adecuada y efectiva a la infracción adolescente, así como la atención de las necesidades de las víctimas y de la comunidad. Estos lineamientos están guiados por los siguientes principios: derechos humanos, especificidad, intervención mínima, proporcionalidad, discrecionalidad, responsabilidad, reparación, reintegración, economía, entre otros.

En consideración al principio de economía, se recomienda que antes de iniciar un proceso judicial se tiene que indagar y agotarse todas las posibilidades de procesos restaurativos voluntarios, en caso que no haya disposición de las partes o no se logre un acuerdo, siempre queda la posibilidad de recurrir a un proceso judicial que imponga obligaciones de reparar el daño.

Como ya se ha aclarado, *la reparación del daño es en realidad una acción emprendida por el imputado a fin de hacer de la pérdida sufrida por la víctima algo bueno. Es un derecho subjetivo del ofendido, para ser resarcido de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal*.<sup>16</sup>

En opinión personal, la justicia conlleva a que el Estado está impuesto a garantizar a las víctimas de violaciones en sus derechos humanos el derecho a la justicia, que comprende, entre otras cosas, la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido. Esta reparación debe comprender diversos tipos de asistencias, como la restitución, la indemnización, la rehabilitación; por ello, la reconciliación suele razonarse como el proceso en el que se restauran las relaciones fraccionadas, en el que los individuos aprenden a entenderse de una forma no violenta, a pesar de sus diferencias, es un paso a corto, mediano o largo plazo, es uno de los puntos fundamentales para lograr una verdadera transformación social. También es básico la existencia y movimiento de mecanismos de búsqueda de la verdad, el comienzo de procesos judiciales contra los presuntos imputados; en ese orden de ideas, la justicia restaurativa es uno de los elementos que pueden y deben formar parte de procesos de justicia en épocas de innovación.

<sup>14</sup> Colín Sánchez, G.: *Derecho mexicano...* cit., p. 723.

<sup>15</sup> Fundación Terre Des Hommes: *Hacia un...* cit., p.33.

<sup>16</sup> Colín Sánchez, G.: *op.cit.*, p. 723.

Como resultado de lo anterior, los principios de la justicia restaurativa de acuerdo con la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, son los siguientes: *voluntariedad*: la participación de los intervinientes deberá ser siempre por propia decisión y libre de cualquier tipo de coacción; *información*: el facilitador tiene la obligación de proveer a los intervinientes información suficiente, clara y completa sobre los mecanismos alternativos de solución de controversias, sus alcances y consecuencias; *confidencialidad*: la información explicada no puede ser pública y no podrá ser usada en contra de los intervinientes dentro de procedimientos legales posteriores, salvo que se trate de un delito que se esté cometiendo o cuya consumación sea inminente; *flexibilidad*: los mecanismos alternativos de solución de controversias carecen de formas estrictas y rígidas, con el objetivo de propiciar un entorno que sea apto para la manifestación de las ideas de las partes; *imparcialidad*: el facilitador tiene la obligación de conducir el mecanismo con objetividad y evitar cualquier tipo de juicio, opinión, prejuicio, favoritismo, inclinación o preferencia; *honestidad*: el facilitador debe proporcionar condiciones de equilibrio entre los intervinientes. De tal modo, con el arribo de una legislación única en la materia, el inicio de vigencia de esta ley implica la abrogación de cualquier legislación local en la materia y, por ende, el igualar los conceptos y principios básicos.

### **A. La negación del perdón**

Es conveniente citar a la psicoanalista Anna Freud, quien expone que el no perdonar consiste en un mecanismo de defensa que hace que la víctima busque control asumiendo la conducta violenta o amenazante del agresor y transformándose a sí mismo de amenazado a

amenazante, igualmente Worthington, *psicólogo clínico, relaciona las emociones que están aparejadas al no perdonar: rabia, miedo, odio, enojo, venganza*.<sup>17</sup> Considero que el enojo y la penuria de perdón es un sentimiento que nos asiste desde infantes, cuando somos mayores si cultivamos pensamientos de odio, entonces igual serán nuestros sentimientos y, por lo mismo, nuestras acciones. Todo perdón presupone la lesión de un bien penalmente relevante, es decir, se requiere la comisión de un acto delictivo, previamente tipificado y sancionado en la ley, dicho perdón libraré al victimario de una pena.

### **B. El conflicto y sus formas de solución**

La palabra conflicto proviene del latín *conflictus*, que significa combate, lucha, pelea, enfrentamiento armado, apuro, situación desgraciada y de difícil salida, problema, una situación en la cual un grupo humano se encuentra en oposición a otro u otros grupos en razón de que tienen o persiguen intereses incompatibles; para su existencia se requiere una discrepancia que traiga consigo violencia, es decir, furia, engaño, peleas, agresión, insultos, acoso o gritos. El diccionario de la lengua española define al *conflicto como un combate, lucha, pelea, problema en cuestión o materia de discusión. Conflicto significa pelea, contienda en virtud del choque de intereses en que las partes no ceden, choque o colisión de derechos o pretensiones*.<sup>18</sup>

*En todo conflicto existen por lo menos los siguientes elementos: a) Las personas; b) El problema; y, c) El proceso. Las personas: La complejidad de la vida de*

<sup>17</sup> Rodríguez Flores, M.: *El perdón...* cit., p. 21.

<sup>18</sup> Diccionario de la lengua española. <http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola>. Fecha de consulta 25/08/2017.

*relación nos enseña que los conflictos pueden dividirse más o menos en las siguientes categorías: Conflictos intrapersonales; y, Conflictos derivados de la vida de relación. Los conflictos intrapersonales son aquellos inherentes solamente a la persona, que ocurren dentro del individuo. Algunas veces los conflictos intrapersonales nacen, viven y mueren muy en lo profundo de las personas y nadie se entera de ella; otras veces, son comunicadas para buscar ayuda, y otras tantas se comunican en descargo a la conciencia. Los conflictos derivados de la vida de relación son aquéllos que surgen con motivo de la convivencia en sociedad.*<sup>19</sup>

Precisadas las figuras de trato, en la resolución de conflictos se reconocen dos formas primordiales, lo adversarial y lo no adversarial, o bien, formas heteroimpositivas o autocompositivas. Los medios autocompositivos o no adversariales son aquéllos que dan solución al conflicto por medio de las partes involucradas; las formas adversariales o heterocompositivas, por su parte, consisten en la intervención de un tercero al cual se le somete una controversia, que impone a las partes una solución; para Carneluti, *la autocomposición es la composición del litigio que efectúan las partes unilateral o bilateralmente, ya sea durante el desarrollo del juicio o fuera de él.*<sup>20</sup>

### **C. La justicia restaurativa en la ley**

En los marcos de las observaciones anteriores, resulta de vital importancia señalar que con el cambio del sistema procesal penal mexicano, el orden jurídico nacional no

solamente avista una diversidad de formas para resolver los conflictos derivados de un hecho delictivo, distintos de la justicia formal; sino que, además, la prisión preventiva se convierte en la excepción para asegurar que el imputado esté a disposición de las autoridades. Al respecto, la Carta Magna, señala lo siguiente: *Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.*<sup>21</sup>

Siguiendo con lo anterior, se observa claramente que en la generalidad de los códigos procesales acusatorios de la República Mexicana anteriores al Código Nacional de Procedimientos Penales y a la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, ya precisaban lo que debía entender por justicia alternativa o justicia restaurativa, cuestión que no hace ni el actual Código Nacional de Procedimientos Penales, ni la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal en vigor. Significa entonces, que la justicia alternativa en el Código Nacional de Procedimientos Penales, únicamente señala lo siguiente en su artículo 183, último párrafo:

*Para las salidas alternas y formas de terminación anticipada, la autoridad competente contará con un registro para dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos reparatorios, los procesos de suspensión condicional del proceso, y el procedimiento abreviado, dicho registro deberá ser consultado por el Ministerio Público y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder, respectivamente, alguna forma de solución*

<sup>19</sup> Jiménez Martínez, J.: *La forma...* cit., p.7.

<sup>20</sup> Gómez Lara, C.: *Teoría general...* cit., p. 26.

<sup>21</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 17, párrafo cuarto.

*alterna del procedimiento o de terminación anticipada del proceso.*<sup>22</sup>

Tal como se observa, los procedimientos alternativos se encuentran guiados por la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2014. En ese orden de ideas, cabe especificar que uno de los motores de este sistema y, por ello, de las reformas constitucionales del mes de junio del año 2008, es una inversión epistemológica que implican los procesos para transformar conflictos, denominados formas alternativas para solucionar conflictos.

En efecto, estas salidas tienen como antecedente la resolución 40/34, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conocida como *la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder*. En ella se adoptó el acceso a las personas en situación de víctima a los mecanismos de justicia para garantizar la reparación del daño sufrido,<sup>23</sup> posteriormente el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas estableció los principios básicos sobre la utilización de programas de justicia alternativa en materia penal para ser utilizados en cualquier etapa del sistema de justicia.

Cabe decir que, si consideramos al Estado mexicano como un país de leyes, es inevitable que la impresión de justicia va más allá de quienes por su capacidad económica, cultural o social, pueden estar en una posición de ventaja frente a la gran mayoría de la población, comparto la idea del ínclito jurista Sergio

<sup>22</sup> <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lnmascmp.htm>. Fecha de consulta 22/08/2017.

<sup>23</sup> Resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985, conocida como *la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder*.

García Ramírez, en lo siguiente: *El acceso a la justicia es la llave para el ejercicio de todos los demás derechos, sin el cual no puede afirmarse la existencia de un estado de derecho.*<sup>24</sup> Asimismo, el derecho al acceso a la justicia está previsto en el artículo 17 constitucional, estableciendo en dicho precepto, *la obligación de crear los métodos institucionales suficientes para que cualquier persona que sienta que se le han agraviado sus derechos pueda acudir ante los tribunales con la seguridad de tener las garantías suficientes para la reparación de determinada violación.*<sup>25</sup> Atendiendo a lo anterior, el acceso a la justicia es un derecho que debe alcanzar a toda la sociedad y operativamente ser garantizado, en el caso mexicano debe prevalecer el Estado de derecho y democrático.

*La ley es la principal fuente del Derecho, permite como resultado la organización política de la sociedad, expresando su voluntad para construir sus propios fines, otorgándole lineamientos que le puedan garantizar seguridad, en efecto, representa la base de las competencias de las instituciones públicas y da certeza para la protección de los derechos humanos y colectivos.*<sup>26</sup>

Por lo tanto, concluyo que es inexcusable desplegar lo establecido en el 17 constitucional para dar certeza, eficacia y eficiencia al acceso a la justicia, derecho humano fundamental e indispensable para hacer valer los demás y realizar el principio *pro persona*.

A ese respecto, es necesario mencionar que los artículos 17 y 18 constitucionales donde se prevén los métodos alternos de solución de controversias, *la doctrina los llama artículos de garantía de seguridad jurídica estableciendo*

<sup>24</sup> García Ramírez, S.: *La reforma...* cit., p. 89.

<sup>25</sup> Carbonell, M.: *Los derechos...* cit., p. 725.

<sup>26</sup> Faya Biseca, J.: *Leyes federales...* cit., p. 26.



*el acceso a la justicia y en materia penitenciaria, la prisión preventiva, la reinserción social. La Constitución Federal constituye lo que la doctrina llama garantías de seguridad jurídica,*<sup>27</sup> que son las prescripciones jurídicas que impone el Constituyente a todas las autoridades, con el objetivo de que deben cumplir con determinados requisitos, condiciones o procedimientos para poder afectar la esfera jurídica de un gobernado. Es importante enfatizar que el sicólogo Albert Eglash, autor que en un artículo de 1977 denominado *Beyond restitution creative restitution clasificaba los modelos de justicia penal en tres grandes grupos: 1) Justicia retributiva: basada en el castigo; 2) Justicia distributiva: basada en el tratamiento terapéutico de los infractores; y, 3) Justicia Restaurativa: basada en la restitución-reparación.*<sup>28</sup>

En oposición a lo antes establecido, los medios de prensa se encargan de difundir alarma, y todo ello se combate con algunas herramientas como un Derecho Penal del enemigo, el cual se ha indicado adelanta la punibilidad, creando como solución a la delincuencia el endurecimiento de las penas y quebrantando las garantías procesales.

La importancia de establecer que la reparación integral, como manifestación de la justicia restauradora, es la que satisface en mayor medida los intereses de la víctima, radica en que en la medida en que esta reparación integral exista, se completará y restablecerá la posición de la víctima en el proceso penal acusatorio. *Tanto el Derecho Penal como la Criminología han tratado continuamente a la víctima. Porque, además, las respuestas tradicionales*

<sup>27</sup> Así las denominan autores como Ignacio Burgoa, Ariel Alberto Rojas Caballero, Juventino Castro.

<sup>28</sup> <http://www.fulbright.org.nz/voices/axford/schmidd.html>. Visitado el 30/08/2017.

*del aparato represor penal del Estado, a través de la pena, nunca han podido ir a la raíz del conflicto social desencadenado por la comisión del delito, ya que, la pena calma el clamor de venganza de la sociedad, pero no resuelve ese conflicto social.*<sup>29</sup>

Los lineamientos ofrecidos por Sergio García Ramírez, la Comisión de Derecho Internacional y la asamblea general son, en esencia, de la misma naturaleza, no entraremos al debate terminológico, ya que eso excede el objeto de estudio, pero señalaremos que las categorías de devolución, reposición y sustitución que indica García Ramírez, bien pudieran quedar comprendidas en la restitución. Por otra parte, *la resolución 60/147 de la Asamblea General menciona a la rehabilitación como forma de reparación, la cual no es mencionada por la Comisión de Derecho Internacional y que García Ramírez trata como otras medidas de reparación.*<sup>30</sup> Como se puede constatar, esta justicia restaurativa ha permitido una redefinición del concepto de víctima en el proceso penal, la concepción retributiva había distanciado al delincuente de la víctima, poniendo a esta última como un simple sujeto pasivo dentro de la sociedad, en ella pierde su carácter individual y concreto.

De ahí que sea dable concluir, la justicia restaurativa constituye un enfoque alternativo del sistema penal acusatorio que, sin obstaculizar el derecho del Estado en la persecución del delito, busca, por una parte advertir el hecho que la ley señala como delito en forma más desarrollada y, en lugar de defender el delito como simple transgresión de las leyes, reconoce que los imputados dañan a las víctimas, sociedad e incluso a ellos mismos,

<sup>29</sup> Zúñiga, L.: *Política criminal...* cit., pp. 17 y 18.

<sup>30</sup> García Ramírez, S.: *Las reparaciones...* cit., p. 156.

la mediación penal puede concebirse como una de las medidas procesales que, tal cual ocurre con la *probation* y el juicio abreviado, funge como alternativas al juicio penal y la imposición de penas, intenta sustraer del encierro a un grupo considerable de infractores. De tal modo, *la figura se engarza e interna en el proceso penal como una posibilidad que enfrenta la verdad para cambiarla y ello resultará un paso innovador que habrá que andar con extremo cuidado teniendo en la mira los beneficios que importa.*<sup>31</sup>

#### **IV. Análisis del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

Sentado lo anterior, las cogniciones históricas que llevan a hablar de la justicia restaurativa como una tendencia, creo que dada la extensión que progresivamente va alcanzando, es más propio hablar de un sistema alternativo, fundamentado en un conjunto de principios que tienen como finalidad involucrar a los afectados por un hecho delictivo para que participen de manera directa en la reparación y restauración de los daños que ha dejado el hecho que la ley señala como delito. En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, sus artículos 155 y 156 establecieron la conciliación y el arbitraje; en la Constitución del año de 1917, se encuentran previstas la conciliación y el arbitraje en materia laboral, una de las principales ramas del Derecho Social, en nuestra Carta Magna, actualmente, desde junio de 2008, la justicia alternativa vuelve a ser un derecho para todos los mexicanos, ya que en su artículo 17, párrafo cuarto, se estableció el fundamento para que todos los Estados creen la legislación correspondiente en la materia.

<sup>31</sup> Neuman, E.: *La mediación...* cit., p. 51.

A propósito y a *grosso modo*, la consecuencia del contenido de las reformas constitucionales en el año 2008 son suficientes, ya que marcan una medida en la procuración, administración e impartición de justicia penal, por cambios que van desde la etapa de la investigación de los delitos, ejecución de sentencias, hasta la sustitución del sistema inquisitorial por el acusatorio, que ya en la actualidad se refleja la oralidad en los juicios penales, como se puede observar, el cambio obedece al gran rezago e incapacidad del sistema actual para dar vigencia plena a los derechos fundamentales que ofrece la Constitución.

En referencia a lo anterior, lo novedoso son las medidas alternativas que restauran el orden social vencido por medio de la restitución y no de la pena de prisión, es incuestionable que podrán emplear siempre que se garantice previamente la reparación del daño. En esta situación considero que se instituye como alternativa para dar una solución rápida a un conflicto penal, el soporte de este proceso se encuentra en el principio del consenso, que posibilita una negociación entre acusación y defensa, para evitar la realización de la etapa intermedia y el juicio oral, ya que representa un gran ahorro humano y económico.

La instauración de un nuevo sistema procesal penal acusatorio y oral en México, insta a revisar el diseño normativo e institucional de todos los sujetos procesales que intervienen en él, uno de ellos es la defensoría pública la que, por mandato constitucional, debe ser una institución pública gratuita, universal y de calidad. El precepto anterior se refuerza y complementa por lo dispuesto en la fracción VIII del apartado B del artículo 20 constitucional, de acuerdo con la cual las personas imputadas tienen derecho a una defensa adecuada

por abogado; la reforma de 2008 hizo desaparecer la posibilidad de la defensa del imputado por sí o por persona de su confianza, que preveía el artículo 20 desde su aprobación por el Congreso Constituyente de 1916-1917. En relación con la posición de las partes, víctima e imputado, indubitadamente el sistema acusatorio pretende una ubicación de las partes distinta de como se tenía anteriormente, precisamente de equilibrio y de igualdad de armas ante el órgano jurisdiccional.

## V. Garantismo judicial

Al hablar de garantismo judicial, debemos tener en cuenta que es el respeto de los derechos y garantías reconocidas por la Carta Magna y los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los derechos humanos. El garantismo tiene por noción central, precisamente, la de garantía. El autor Ferrajoli, define en términos generales a una garantía como *cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo*.<sup>32</sup> Es por ello que la tutela del garantismo judicial cobra hoy especial significación ante la presencia de nuevos modelos de administración y procuración en materia penal, en un proceso de consolidación, y la particular incidencia de ello, sobre la función de interpretar, aplicar y fundar las decisiones del órgano jurisdiccional. Para los garantistas, el proceso tiene por intención restablecer la paz social, para lo cual cuenta con un Juez de control que cumple un rol de dirección, garante del orden jurídico, especialmente respecto de los derechos fundamentales tanto de la víctima como del imputado, nuestro modelo judicial es, efectivamente, muy garantista, en el proceso el imputado es inocente hasta que se aporten datos de pruebas decisivos que acrediten la responsabilidad penal.

<sup>32</sup> Ferrajoli, L.: *Sobre los...* cit., p. 29.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la descripción y definición de garantismo judicial señalada en el Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, escrito por el jurista mexicano Juan N. Silva Meza, señala lo siguiente:

*...El término garantismo judicial ha sido acuñado principalmente por Luigi Ferrajoli. Al impartir una conferencia en México, en el marco del Congreso “Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado”, Ferrajoli sostuvo: “Garantismo es una palabra nueva que se ha ido introduciendo poco a poco. Yo la utilicé por primera vez hace 30 o 40 años y ha permeado al léxico jurídico y político, primero en el idioma italiano, ahora también en el español”. El vocablo “garantismo” se refiere “a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales”. El concepto garantista fue desarrollado dentro de la materia penal, por lo que inicialmente se desarrolla el concepto de “garantismo penal”. Éste surgió en Italia en la segunda mitad de los años setenta como respuesta al estado de emergencia nacional que propició la reducción del sistema de garantías procesales. En este sentido, el concepto de garantismo se asocia a la tutela del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personales, frente al poder punitivo del Estado...<sup>33</sup>*

De acuerdo con los razonamientos que se han realizado, en la práctica jurídica los derechos humanos han venido departiendo del garantismo judicial, como un estándar que tiende a respetar los derechos del imputado frente a los derechos de la víctima, evidentemente debe existir un equilibrio, desde la aplicación de la justicia con

<sup>33</sup> Descripción y definición de garantismo judicial citadas en el *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional...* cit., pp. 674, 675, 676 y 677.

todo el rigor de la ley con el respeto de un procedimiento justo y adecuado, con asistencia técnica, con un debido proceso, con una sana valoración de la prueba y, sobre todo, si se trata de la aplicación de penas privativas de libertad, como la *última ratio*. Es evidente entonces, que el Derecho Procesal Penal ha de instar que, mediante las garantías que contiene, se adquiriera una efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales, no obstante, la perspectiva de lo que existe en México en materia de derechos y garantías no es confortable en la medida que no se le dé fondo a la democracia, en esa medida continuará la percepción ciudadana de que la justicia sólo ha servido y beneficiando, principalmente, a determinados grupos sociales y políticos en menoscabo de los intereses de la sociedad.

## VI. Consideraciones personales

Primera. En el sistema penal acusatorio las víctimas de los delitos no tienen las medidas adecuadas de protección frente a eventuales hechos que la ley señala como delito por parte de los imputados, por lo que es indispensable otorgar a las víctimas todos los instrumentos jurídicos y políticos para que puedan estar a salvo de estas intimidaciones. Es necesario entonces conceder las debidas garantías personales y procesales a las víctimas del delito; así como la asistencia debida sin mediar la gravedad del delito, Esto se conseguirá capacitando e informando constantemente a la sociedad de sus derechos y de los riesgos a los que se expone.

Segunda. Se deberá tomar en cuenta durante todo el avance del proceso penal acusatorio, el derecho de la víctima de acceder a la justicia, de contar con asistencia gratuita, proteger su seguridad y la de sus familiares, evitar dilaciones en la resolución de las carpetas de

investigación, sentencias y en la ejecución de los pronunciamientos que conceden las indemnizaciones y las reparaciones del daño; asimismo, es necesario conocer el impacto de las intervenciones de justicia alternativa sobre las partes implicadas, me explico, si el usuario del sistema de justicia aprecia que está siendo sujeto de un trato justo caracterizado por la imparcialidad y la objetividad por parte de los operadores jurídicos, el sistema de justicia enfatiza legalidad.

Tercera. Corresponde pugnar porque exista una cultura de la evaluación y del continuo reutilizamiento de las prácticas que se han realizado hasta el momento. Se debe incidir en la necesidad de ser examinadores con las prácticas restaurativas que se han llevado a cabo en la actualidad, debatir aquellos puntos sólidos y aquellos a mejorar, para así ser idóneos de elegir las herramientas que mayores resultados aporten, es decir, aquellos elementos que el facilitador, quien es el profesional certificado del órgano jurisdiccional, cuya función trascendental es facilitar la participación de los intervinientes en los mecanismos alternativos, objetivamente resuelva las controversias de naturaleza penal. Finalmente, por este impulso pretendo que el experto en la justicia restaurativa también atenderá los asuntos con la asistencia del criminólogo, como figura quien deberá tener uno de los ejes necesarios para su correcto y más eficiente progreso.

## VII. Bibliografía

- Álvarez, Gladys S.; Highton, Elena; Jassan, Elías: *Mediación y justicia*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.
- Aristóteles: *Ética niecmaquea*. Ediciones Universales, Bogotá, 1987.

- Binder, Alberto: *Derecho Procesal Penal*. Escuela Nacional de Jurisprudencia, República Dominicana, 2006.
- Boqué Torremorell, María Carme: *Cultura de mediación y cambio social*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2003.
- Carbonell, Miguel: *Los derechos fundamentales en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.
- Carranza, Elías: *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria, respuestas posibles*. Editorial Siglo XXI, México, 2001.
- Christie, N.: *Los conflictos como pertenencia*, traducción de Bovino, Alberto y Guariglia, Fabricio, publicado originalmente con el título *Conflicts as property*, *The British Journal of Criminology*, vol. 17, N° 1, 1977.
- Colín Sánchez, Guillermo: *Derecho mexicano de procedimientos penales*. Porrúa, México, 1998.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016.
- *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Tomo II. Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 693, Primera edición: 24 de abril de 2014, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía.
- *Diccionario de la lengua española*: Vigésimotercera edición, 2014.

- Eiras, N.; Ulf C.: *Mediación penal, de la práctica a la teoría*, 1ª edición. Editorial Histórica, Buenos Aires, 2004.
- *Enciclopedia Salvat*, Tomo 3.
- Faya Biseca, Jacinto: *Leyes federales y Congreso de la Unión, teoría de la ley mexicana*. Porrúa, México, 2000.
- Ferrajoli, Luigi: *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. CNDH, México, 2006.
- Fundación Terre Des Hommes, Lausanne Encuentros, Casa de la Juventud: *Hacia un sistema de justicia juvenil con un enfoque restaurativo. Propuesta de lineamientos de política*, 1ª edición. Lima, Perú, diciembre 2012.
- García Pablos de Molina, Antonio: *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Espasa-Calpe, Madrid, 1998.
- García Ramírez, Sergio: *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?* Porrúa, México, 2008.
- \_\_\_\_\_: *Las reparaciones en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos*. En Memoria del Seminario. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Tomo I, 2ª Edición. Costa Rica, noviembre de 1999.
- Gómez Lara, Cipriano: *Teoría general de proceso*. Harla, México, 1990.
- Jiménez Martínez, Javier: *Las formas alternas para la solución de controversias penales*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. Azcapotzalco, en la Ciudad de México, 2016.



- *La Biblia Latinoamericana*, Madrid 26 de enero de 1989, Editorial verbo divino. Texto íntegro traducido del hebreo y del griego.
- Neuman, Elías: *La mediación penal y la justicia restaurativa*. Porrúa, México, 2005.
- Rodríguez Flores, María: *El perdón real en Castilla. Siglos XII-XVIII*. Editorial Universidad de Salamanca, España, 1997.
- Zaffaroni, R: *Manual de Derecho Penal, parte general*. Ediar Sociedad Anónima Editora, 2ª edición.
- Zehr, Howard: *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, by Good Books, Intercourse, Library of Congress Catalog Card Number: 2006030642, 2007.
- Zúñiga, Laura: *Política criminal*. Defensoría del Pueblo. Lima, 2006.

#### **Fuentes electrónicas**

- [http:// www.cfcj.fcjc.org/full](http://www.cfcj.fcjc.org/full)
- <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison>
- [http:// www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola](http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola)
- <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lnmascmp.htm>
- <http://www.fulbright.org.nz/voices/axford/schmidd.html>

## PRESENCIA DE LA COMUNIDAD JURÍDICA

---

**La prueba testimonial en materia penal a cargo  
de los técnicos en urgencias médicas de la  
Cruz Roja Mexicana.  
Propuesta de excepción para su rendición**

*Raúl Miguel Arriaga Escobedo\**  
*Alhen Rafael Arriaga Sumano\*\**

RESUMEN: De los delitos que tienen mayor incidencia en la Ciudad de México, destacan los relacionados con el tránsito de vehículos que, por su misma naturaleza, requieren la atención de los servicios de emergencia y de atención médica pre hospitalaria, que brindan, entre otras instituciones, la Cruz Roja Mexicana, que cuenta para ello con personal sujeto a una relación laboral, así como con voluntarios que prestan servicio en la Coordinación Nacional de Socorros y sus distintas coordinaciones locales, todos ellos capacitados por la institución como técnicos en urgencias médicas.

Uno de los siniestros que han causado mayor impacto en la sociedad es el ocurrido en el mes de marzo de 2017, en el Paseo de la Reforma de esta ciudad, debido a la velocidad con que se conducía el automóvil BMW impactado contra un poste de acero, partiéndolo en dos y provocando la muerte de cuatro personas.

---

\* Abogado postulante y académico universitario en la UNITEC-Ecatepec.

\*\* Licenciado en Mercadotecnia por la Escuela Bancaria y Comercial (EBC) y técnico en urgencias médicas, por la Universidad Anáhuac y la Cruz Roja Mexicana. Voluntario activo en la Cruz Roja Mexicana desde 1997.

El percance fue atendido, en primer lugar, por técnicos en urgencias médicas (TUM) de la citada institución, quienes posteriormente fueron ofertados como testigos de cargo en el proceso penal respectivo.

Ese hecho, lamentable en sí mismo por la pérdida de cuatro vidas, provocó también, una serie de reflexiones en cuanto a la participación de testigos adscritos a dicha institución, sin considerar los fines que posee ésta, en tanto ente de carácter humanitario regido bajo los principios de neutralidad e imparcialidad, entre otros.

Ahora bien, de conformidad con el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), existe la obligación de todos para fungir como testigos, excepto en los casos y condiciones que el propio cuerpo normativo invocado establece, lo que implica en estos casos, la participación de los TUM de la Cruz Roja Mexicana que hayan tenido alguna intervención; empero, consideramos posible la adición de una fracción –la V– al artículo 365 del CNPP, en el sentido de eximirlos de esa obligación, sea como testigos de cargo o de descargo, dado que su participación atiende a los principios humanitarios, neutrales, imparciales y de voluntariado, lo que se lleva a cabo, generalmente, después de ocurridos los hechos. De eso trata este artículo y, por ello, se formula la propuesta.

SUMARIO: I. La prueba testimonial en el sistema inquisitivo. II. La prueba testimonial de acuerdo con el sistema penal acusatorio adversarial y oral. III. La Cruz Roja Mexicana y los siete

principios fundamentales. IV. Problemática. V. Conclusiones. VI. Propuesta de reforma al Código Nacional de Procedimientos Penales para establecer, como excepción, que los técnicos en urgencias médicas (paramédicos) de la Cruz Roja Mexicana rindan testimonio. VII. Bibliografía.

## **I. La prueba testimonial en el sistema inquisitivo**

En cuanto a la prueba testimonial prevista en el sistema penal anterior y la normativa vigente en el sistema actual existen diferencias, por lo que es necesario realizar algunas precisiones con la finalidad de observar la participación de los testigos.

Doctrinalmente, de acuerdo con Manzini se entiende que:

*Testimonio, en sentido propio, es la declaración, positiva o negativa, de verdad hecha ante el magistrado penal por una persona (testigo) distinta de los sujetos principales del proceso penal, sobre percepciones sensoriales recibidas por el declarante, fuera del proceso actual, respecto de un hecho pasado, y dirigida a los fines de la prueba, o sea a la comprobación de la verdad.*<sup>1</sup>

En nuestro medio, para Colín Sánchez, *testigo es toda persona física que manifiesta ante los órganos de la justicia lo que le consta, por haberlo percibido a través de los sentidos, en relación con la conducta o hecho que se investiga.*<sup>2</sup>

De la lectura de los párrafos anteriores destacamos las siguientes características:

- El testigo es una persona física.
- Es una persona ajena a las partes procesales.

<sup>1</sup> Manzini, V.: *Tratado de...* cit., p. 247.

<sup>2</sup> Colín Sánchez, G.: *Derecho mexicano...* cit., p. 462.

- Requiere una declaración.
- La autoridad penal se encarga de recibir la declaración testimonial.
- La declaración se refiere a hechos percibidos por los sentidos.
- Los hechos relativos a la declaración sucedieron en el pasado.
- Tales acontecimientos se refieren a la conducta que se investiga.
- A la persona que reúne estas características se le denomina *testigo*.

Siguiendo el significado que menciona el diccionario jurídico mexicano, tenemos que se refiere a la prueba testimonial y al testigo, al indicar que *La prueba testimonial es aquella que se basa en la declaración de una persona ajena, a las partes, sobre los hechos relacionados con la litis que hayan sido conocidos directamente y a través de sus sentidos por ella. A esa persona se le llama testigo.*<sup>3</sup>

En conclusión, el testigo, habiendo percibido los hechos, siendo ajeno a los contendientes, se encontraba obligado a emitir su testimonio, con las excepciones que el código adjetivo de la materia imponía, de tal manera que la autoridad penal estaba en posibilidad de valorar lo declarado por haberlo presenciado el testigo, quien estaba obligado a manifestar lo que le constaba por haberlo percibido de manera sensorial y por corresponder a hechos pasados que son sujetos a investigación, con la finalidad de que, en su oportunidad procesal, el órgano jurisdiccional procediera al dictado de la sentencia definitiva.

<sup>3</sup> Pérez Duarte y N, A. E.: *Diccionario jurídico...* cit., p. 3086.

## II. La prueba testimonial de acuerdo con el sistema penal acusatorio adversarial y oral

El artículo 259 del CNPP al referirse a las generalidades, dispone en lo conducente, que: *Cualquier hecho puede ser probado por cualquier (SIC) medio, siempre y cuando sea lícito*; que las pruebas serán valoradas por el órgano jurisdiccional de manera libre y lógica, y que al momento de emisión de la sentencia definitiva, solamente serán valoradas las pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, considerando las excepciones previstas en el código.

Por otra parte, el numeral 261 del cuerpo normativo citado, al mencionar las pruebas señala que: *Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.*

De conformidad con lo anterior, es evidente que la instauración del nuevo sistema penal representa un cambio de importancia que impacta en la prueba testimonial, destacando los aspectos de fondo y forma, la oportunidad para ofrecerla y su desahogo, pues ya no se trata únicamente de la declaración –obligatoria o voluntaria– del testigo, sino de su preparación por parte de quien la ofrece.

Al respecto, la opinión de Robles Carrillo es en el sentido de que:

*El preparar al testigo por parte del abogado, no implica decirle al testigo lo que va a referir en su testimonio, sino que implica comentar al testigo las siguientes circunstancias:*

- Se explica procedimiento (SIC) a seguir para recabar su testimonio.
- Los efectos jurídicos de su testimonio.
- Reglas de comportamiento dentro de audiencia (SIC).
- Cuándo hablar, cuándo no (objeciones).
- A quién dirigirse al momento de referir su testimonio.
- Establecerle claramente que no interesan sus opiniones ni parecer.
- Advertirle y prepararlo para el contrainterrogatorio.<sup>4</sup>

Es indudable que la preparación de la testimonial será determinante para el sentido del fallo final, pues se sustituyó la forma de su recepción anterior, misma que se llevaba a cabo sin preparación alguna respecto al entorno que posee el nuevo sistema.

Este cambio requiere, esencialmente, una visión de mayor alcance, pues el testimonio rendido será de suma importancia, ya que el destino del imputado podría depender de la declaración del testigo y, en el caso de los técnicos en urgencias médicas, paramédicos-testigos, atiende a quien no presencié los hechos, a quien tiene asignada una tarea humanitaria –sea por cuestión laboral propiamente o bien de manera voluntaria– de ahí que nuestra preocupación se centra en la obligatoriedad de estos paramédicos-testigos de la Cruz Roja Mexicana que, por su actividad conozcan de situaciones controversiales penales, para emitir su testimonio sin considerar dicha finalidad humanitaria en sus actividades, y trasladando una carga probatoria que se aleja de aquéllos que tienen obligación de rendir testimonio por haber presenciado los hechos o circunstancias que atañen al caso penal.

<sup>4</sup> Robles Carrillo, E.: *Manual práctico...* cit., pp. 183-184.

## 2.1. Concepto

No obstante que el CNPP no establece un concepto de testigo, se considera pertinente partir de su origen con la finalidad de precisar su significado:

Etimológicamente, de conformidad con el *Online Etymology Dictionary*,<sup>5</sup>

...el latín *testis* ‘testigo’ se forma sobre un supuesto indoeuropeo *\*tristi*, es decir, **las raíces de tres, tria ‘tres’ y destare ‘estar (de pie)’**; por tanto, la idea tras el compuesto es que el testigo es la tercera persona presente en una situación entre dos personas.

Según la Real Academia Española, testigo deriva de *testiguar*, cuyos significados son: 1. m. y f. *Persona que da testimonio de algo, o lo atestigua* y 2. m. y f. *Persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo*.<sup>6</sup>

En consecuencia, podemos indicar que el testigo es un tercero que emite una declaración por haber percibido, a través de los sentidos, los hechos que se investigan.

## 2.2. De la libertad probatoria y obligación de rendir testimonio

Del contenido de los artículos 356 y 360 del CNPP se infiere, por un lado, la denominada libertad probatoria, que permite que el juzgador se apoye en cualquier medio probatorio para solucionar el asunto a estudio, siempre y cuando se ajuste a los lineamientos del código adjetivo de la materia, es decir, que no existe impedimento para ofrecer pruebas tendentes a acreditar los hechos y circunstancias del caso, más que la que impone el propio cuerpo normativo y, por otro lado, impone la obligación

<sup>5</sup> <http://dle.rae.es/?id=ZfWwJyK>. Página consultada el 23 de febrero de 2018.

<sup>6</sup> <https://www.delcastellano.com/etimologia-testigo/>. Página consultada el 23 de febrero de 2018.



de todos para rendir testimonio respecto de la verdad relacionada con lo percibido al ser protagonista indirecto de los hechos, con la obligación, también, de no ocultar la información relevante, excepto en los casos que la ley imponga una cuestión diferente.

Es importante considerar que el numeral mencionado en segundo término, establece un beneficio para el testigo al señalar que *El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos por los que se le pueda fincar responsabilidad penal*, con lo que se le brinda una protección.

### **2.3. De la facultad de abstención para declarar**

De la lectura del 361 del CNPP, denominada *facultad de abstención*, extraemos una relación de las personas que poseen la facultad para abstenerse de declarar, cuestión que atiende a la relación íntima que guardan con el imputado, de acuerdo con lo siguiente:

- El tutor.
- El curador.
- El pupilo.
- El cónyuge.
- La concubina o el concubinario, conviviente del imputado.
- La persona que hubiere vivido de forma permanente con el imputado durante, por lo menos, dos años anteriores al hecho.
- Los parientes del imputado por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado, y en la colateral por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive, excepto que fueran denunciante.

Esta facultad se debe comunicar con antelación, empero si aceptan declarar no podrán negarse a hacerlo, es decir, no habrá retractación.

### **2.4. De la valoración de la prueba**

A decir de Moreno Cruz, los testigos, tanto de una parte procesal como de la otra, deben ser preparados por sus oferentes, entendiendo por tal acción que: *...sepan de qué se trata, [su testimonio], sus alcances y cómo se desarrollará ese acto público, presidido por el Estado, y en el que se decidirá sobre la inocencia o culpabilidad de una persona*,<sup>7</sup> razón por la que su importancia y trascendencia no debe desestimarse, sobre todo en el caso de los testigos-paramédicos.

## **III. La Cruz Roja Mexicana y los siete principios fundamentales**

### **3.1. Naturaleza jurídica**

La Cruz Roja Mexicana IAP, es una institución permanente de asistencia privada, de utilidad pública y de nacionalidad mexicana, constituida por el Decreto Presidencial del 21 de febrero de 1910, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 12 de marzo de 1910, sustentado en el Convenio de Ginebra del 11 de junio de 1906, al que se adhirió nuestro país el 2 de agosto de 1907.

### **3.2. Principios fundamentales que rigen su actuación**

Proclamados en Viena en 1965, los siete principios fundamentales crean un vínculo de unión entre las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Estos siete principios son:

#### *1. Humanidad*

- El movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, al que ha dado nacimiento la preocupación

<sup>7</sup> Moreno Cruz, E.: *El nuevo...* cit., p. 102.

de prestar auxilio, sin discriminación, a todos los heridos en los campos de batalla, se esfuerza, bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres en todas las circunstancias.

- Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana.

- Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos.

## 2. Imparcialidad

- No hace ninguna distinción de nacionalidad, raza, religión, condición social ni credo político.

- Se dedica, únicamente, a socorrer a los individuos en proporción con los sufrimientos, remediando sus necesidades y dando prioridad a las más urgentes.

## 3. Neutralidad

- Con el fin de conservar la confianza de todos, el movimiento se abstiene de tomar parte en las hostilidades y, en todo tiempo, en las controversias de orden político, racial, religioso o ideológico.

## 4. Independencia

- El movimiento es independiente.
- Es auxiliar de los poderes públicos en sus actividades humanitarias y sometidas a las leyes que rigen los países respectivos.

- Las sociedades nacionales deben, sin embargo, conservar una autonomía que les permita actuar siempre de acuerdo con los principios del movimiento.

## 5. Voluntariado

- Es un movimiento de socorro voluntario y de carácter desinteresado.

## 6. Unidad

- En cada país sólo puede existir una Sociedad de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja, que debe ser accesible a todos y extender su acción humanitaria a la totalidad del territorio.

## 7. Universalidad

- El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en cuyo seno todas las sociedades tienen los mismos derechos y el deber de ayudarse mutuamente, es universal.<sup>8</sup>

## Clasificación

Los principios enunciados se clasifican de la siguiente manera:

- Principios sustanciales: humanidad e imparcialidad.
- Principios derivados: neutralidad e independencia.
- Principios orgánicos o institucionales: voluntariado, unidad y universalidad.

## Contenido

- a) Principios sustanciales: humanidad-imparcialidad.
  - Inspiran a la institución.
  - Condicionan sus actos.
  - Pertenecen al grupo de los fines.
- b) Principios derivados: neutralidad-independencia.
  - Permiten poner en práctica los principios sustanciales.
  - Aseguran la confianza de todos.
- c) Principios orgánicos o institucionales: voluntariado-Unidad-Universalidad.
  - Normas de aplicación concernientes a la forma del movimiento y su funcionamiento.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Cfr. <https://www.icrc.org/es/publication/los-principios-fundamentales-de-la-cruz-roja-y-de-la-media-luna-roja>. Página consultada el 24 de febrero de 2018.

<sup>9</sup> Cfr. Cruz Roja Mexicana IAP: *Curso nacional...* cit.

### 3.3. Objeto

Auxiliar en la medida de sus posibilidades a las autoridades federales, del Distrito Federal (ahora Ciudad de México), de las Entidades Federativas y de los Municipios en los ámbitos de sus respectivas competencias.

### 3.4. Personalidad

Es una institución de asistencia privada, de utilidad pública, con personalidad jurídica propia y con las facultades y derechos que le otorgan el Decreto Presidencial de su creación, así como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### 3.5. Marco normativo

- Los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y su Protocolo Primero de 10 de junio de 1977, de los cuales es parte los Estados Unidos Mexicanos.
- Los principios del Derecho Internacional Humanitario.
- Los Estatutos de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.
- Forma parte y es reconocida por el Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Se encuentra afiliada a la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, ambos, organismos representativos de la Cruz Roja Internacional, con sede en Ginebra, Suiza.
- En el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), se rige por la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal; y,
- Para las demás Entidades Federativas que forman el Estado mexicano, se rige por las leyes correlativas de los Estados.

## IV. Problemática

De acuerdo con lo manifestado en los párrafos anteriores, sí existe obligación para todas las persona que tengan conocimiento de hechos o circunstancias que sean relevantes para la resolución de las controversias penales, con excepción de los casos y condiciones establecidas en el propio CNPP, en el caso de los técnicos en urgencias médicas (paramédicos) de la Cruz Roja Mexicana, que por su actividad conozcan de tales situaciones controversiales y, especialmente, aquéllos que prestan sus servicios de manera voluntaria, desde nuestro punto de vista surge una obligación que los aleja de su actividad humanitaria, altruista e imparcial, ya que actuando como testigos, lo declarado será determinante para acreditar la inocencia o culpabilidad de una persona, es decir, se les impone una obligación que rebasa su tarea.

En efecto, en el foro se han ofrecido, en los últimos meses, los testimonios de los *paramédicos*, con la finalidad de que su declaración sirva como prueba para la defensa o para la fiscalía correspondiente; sin embargo, deben considerarse sus condiciones peculiares en esa tarea, pues se les prepara e interroga respecto de cuestiones ajenas a su labor, tales como la acreditación del grado de intoxicación etílica o por enervantes –tratándose de delitos cometidos por el tránsito de vehículos– sin que cuenten con la preparación técnica que permita opinar sobre el estado de salud de los intervinientes en este tipo de siniestros.

En este contexto, es necesario hacer la relación entre el origen del significado del término testigo, la ausencia de definición que presenta el CNPP respecto a los testigos y las actividades que realizan dichos testigos-paramédicos, con la finalidad de establecer si éstos pueden adquirir tal calidad.

Respecto a la significación, tenemos esencialmente, que: 1) el testigo es la tercera persona presente en una situación entre dos personas; 2) es la persona que da testimonio de algo, o lo atestigua; y, 3) es la persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo.

La Sección I, del Capítulo IV, del Título VIII del CNPP, que se refiere a la prueba testimonial establece, como ya se dijo, la obligación de toda persona en el sentido de declarar la verdad de lo que conozca y se le pregunte, sin que pueda ocultar la información relevante para el juicio, pero no define qué se entiende por testigo.

En el caso de las actividades que realizan los testigos-paramédicos, consideramos que al conocer los hechos materia de la investigación, con posterioridad, su testimonio carece de sustentación legal, pues al hacer la relación del significado con su actuación, el resultado no se ajusta al concepto de testigo, es decir, si bien se trata de una tercera persona, no presenció una situación entre dos personas, de manera que no puede dar testimonio de algo, debido a que no lo presenció o atestiguó y, por tanto, ni presenció ni adquirió un conocimiento directo y verdadero de algo.

Ahora bien, ¿esta consideración es suficiente para eximirlos de presentarse a la preparación e interrogatorio correspondiente?

Para responder este cuestionamiento debemos considerar que el CNPP obliga a todos aquéllos que tengan conocimiento respecto de los hechos y circunstancias que darán lugar a la emisión de una resolución que –valorada con las demás pruebas– incidirá en el imputado, por lo que se hace necesaria la revisión de esta problemática desde la perspectiva de las partes procesales.

Para la defensa representa la posibilidad de contar con un elemento adicional para acreditar la inocencia del imputado, puesto que podrá preparar al testigo-paramédico (no podríamos pensar que no existiera un aleccionamiento) y proceder a su interrogatorio en el desahogo correspondiente, de manera que su labor se verá soportada por el testimonio respectivo.

Para la fiscalía, se convierte en un elemento más para robustecer sus argumentos, los que al administrarse con las pruebas desahogadas, le permitirá acreditar la culpabilidad del imputado.

Y, por lo que se refiere a los testigos-paramédicos, comparecer a un tribunal significa, en primer término, alejarse de su función –obligatoria o voluntaria– según el caso, en aras de cumplir con una tarea que parece ajena y excesiva; en segundo lugar, hace que su testimonio pueda ser determinante para la culpabilidad o inculpabilidad de una persona, dándoles una carga que en ningún momento buscaron y que, en esencia, carece de relevancia, pues como se indicó, no conocen los hechos, ya que acuden a los llamados de emergencia generalmente cuando los siniestros han ocurrido, de manera que se torna inútil su presencia ante los tribunales; y, en tercer lugar, no resulta válido el argumento que puede expresarse en el sentido que su testimonio será a partir de los hechos o circunstancias que les conste, específicamente en los delitos ocurridos por el tránsito de vehículos que nos ocupa, debido a que la escena del crimen es acordonada y preservada por las autoridades competentes y, en los casos en que se requiera una opinión técnica, ésta se emite por conducto de los peritos en la materia, que cuentan con los conocimientos y experiencia necesaria para determinar la participación de los involucrados en los hechos materia del juicio penal.

En estas condiciones, al no encontrarse dentro de las causas de excepción para no rendir testimonio, sin que se considere su actividad y la carencia de conocimientos médicos profesionales para determinar situaciones que, en todo caso, competen al personal de la salud –que se hace cargo de la revisión y emisión de las condiciones físicas de los involucrados en los hechos de tránsito, que incluyen la determinación de un estado tóxico– consideramos procedente su exclusión legal para rendir testimonio mediante la reforma correspondiente, vía adición de la fracción V del artículo 365 del CNPP para preservar su actividad neutral, imparcial y humanitaria, en relación con sus condiciones personales.

Desde nuestro punto de vista, esta exclusión no debe abarcar a los testigos-paramédicos que, teniendo conocimiento posterior de hechos y circunstancias que deben ser investigados, presten sus servicios personales subordinados, en virtud que esta relación laboral no implica el aspecto humanitario que es propio de los pertenecientes a la Cruz Roja Mexicana, cuya finalidad es de carácter distinto, de acciones sin interés particular, es decir, de neutralidad e imparcialidad, con lo que se estaría preservando la participación de la institución mencionada, en los términos de su marco regulatorio y no se daría una carga probatoria innecesaria.

## V. Conclusiones

- Tener conocimiento de los hechos después de ocurridos implica desnaturalizar el concepto jurídico de testigo.
- La rendición de los testimonios de los TUM adscritos a la Cruz Roja Mexicana emitidos en estas condiciones, no abonan al esclarecimiento de la verdad que se busca, en razón de no haberlos presenciado.

- Igualmente, los testimonios emitidos en estos casos, implican trasladar una carga probatoria a quienes, no obstante ser terceros, pueden ser determinantes en la sentencia definitiva, conculcando el debido proceso penal, cuestión que atenta contra los principios del nuevo sistema penal mexicano.
- Sin que se considere que los TUM adscritos a la Cruz Roja Mexicana poseen un carácter distinto de las demás personas, es pertinente respetar los principios fundamentales que rigen su actuación en siniestros como el que nos ocupa y en los demás en que participan.
- En esencia, las actividades de los TUM son de carácter *humanitario*, pues atienden a la prevención y alivio del sufrimiento de los hombres en todas las circunstancias, protegiendo la vida y la salud, procurando el respeto a la persona humana; *imparciales*, porque no distinguen nacionalidad, raza, religión, condición social ni credo político, ya que se dedican únicamente a socorrer a los individuos en proporción con los sufrimientos, remediando sus necesidades y priorizando las más urgentes; también son de índole *neutral*, en virtud que se abstienen de tomar parte en las hostilidades y, en todo tiempo, en las controversias de orden político, racial, religioso o ideológico; con el propósito de conservar la confianza de todos; si bien son auxiliares de los poderes públicos en sus actividades humanitarias y sometidas a las leyes que rigen los países respectivos, conservan su carácter *independiente* y de socorro *voluntario*, así como de carácter desinteresado; y *universal*,



además de ser de *unidad*, es decir, que solamente los TUM de la Cruz Roja Mexicana están facultados para actuar en estas condiciones.

## **VI. Propuesta de reforma al Código Nacional de Procedimientos Penales para establecer, como excepción, que los técnicos en urgencias médicas (paramédicos) de la Cruz Roja Mexicana rindan testimonio**

De conformidad con los argumentos señalados, consideramos pertinente, la adición de la fracción V del numeral 365 del ordenamiento legal invocado, para quedar en la forma siguiente:

Artículo 365. Excepciones a la obligación de comparecencia.

No estarán obligados a comparecer en los términos previstos en los artículos anteriores y podrán declarar en la forma señalada para los testimonios especiales los siguientes:

I....

II...

III...

IV...

V.

Respecto de los técnicos en urgencias médicas (paramédicos) de la Cruz Roja Mexicana, IAP, tratándose de los delitos cometidos por tránsito de vehículos.

## **VII. Bibliografía**

- Colín Sánchez, Guillermo: *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 16ª ed. Porrúa, México, 1997.

- Cruz Roja Mexicana IAP: *Curso nacional de inducción a la Cruz Roja*. Cruz Roja Mexicana, México, 2007.
- Manzini, Vincenzo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.
- Moreno Cruz, Everardo: *El nuevo proceso penal mexicano*. Porrúa, México, 2010.
- Pérez Duarte y N, Alicia Elena: *Diccionario jurídico mexicano*. Porrúa-IIJ-UNAM, t. IV.
- Robles Carrillo, Eduardo: *Manual práctico de audiencias en el sistema penal acusatorio, adversarial y oral*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2015.
- <http://dle.rae.es/?id=ZfWwJyK>. Página consultada el 23 de febrero de 2018.
- <https://www.delcastellano.com/etimologia-testigo/>. Página consultada el 23 de febrero de 2018.
- <https://www.icrc.org/es/publication/los-principios-fundamentales-de-la-cruz-roja-y-de-la-media-luna-roja>. Página consultada el 24 de febrero de 2018.

---

**El uso de tecnologías de la información aplicadas  
a la seguridad pública como elemento garante  
del derecho a la intimidad, el honor  
y la propia imagen**

*Edgar Ramírez Valdés\**

RESUMEN: El presente artículo ofrece un análisis sobre el uso de tecnologías de la información, que son aplicadas a la seguridad pública en México y su relación con el resguardo al derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen de los ciudadanos; así como la protección del derecho de acceso a la información, en el entendido de que en el sistema jurídico mexicano debe existir un equilibrio entre la aplicación del derecho a la seguridad pública y el derecho de acceso a la información, considerando ámbito de su uso y eficacia, para respetar los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen de todas las personas.

SUMARIO: I. Introducción. II. Nociones generales del concepto de seguridad pública en México. III. El derecho a la información en relación con el uso de tecnologías para la seguridad pública. IV. Protección a los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen V. Derechos humanos, seguridad pública y tecnologías de la información. VI. Conclusiones finales. VII. Bibliografía.

---

\* Catedrático y Maestro en Derecho con área terminal en Justicia Constitucional por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMEX).

## I. Introducción

En la actualidad la seguridad pública en México ha sido un problema de la sociedad mexicana muy grave y como en todos los Estados y Municipios que conforman la Federación, nos habla que los índices de diferentes tipos de delitos que ponen en un grave riesgo a la población mexicana. Por lo que se ha tenido que hacer uso de la tecnología para proteger la seguridad pública de los ciudadanos.

Existen en todo el mundo empresas y personas particulares que cuentan con equipos de seguridad, como son cámaras de vigilancia, comunes de observar hoy en día en los cajeros, centros comerciales y plazas públicas, por lo que es importante que en todas las calles, colonias, lugares y plazas públicas de nuestro país, se incorporen sistemas de video vigilancia para prevenir e investigar los delitos suscitados en el territorio.

Desde luego, las tecnologías de la información deben estar reguladas en un precepto constitucional y, a la vez, se derive una ley de carácter obligatorio para todos los individuos que especifique la forma de proceder y operar el sistema de video vigilancia, para que los pobladores del municipio tengan la certeza de que las imágenes serán tratadas de manera lícita, destinados a fines determinados, explícitos y legítimos, conservándose por un periodo de tiempo para después ser destruidos.

Por lo pronto, si bien no hay un precepto constitucional que regule las tecnologías de la información en México, existen algunas leyes que fueron creadas por las legislaturas de algunos Estados como son la Ciudad y el Estado de México, de las cuales se han incorporado algunos conceptos interesantes respecto a la regulación de las tecnologías de la información aplicadas a la seguridad pública.

El presente artículo tiene por trascendencia jurídica que el uso de la tecnología en materia de seguridad pública, sea regulada y aplicada con éxito, respetando los derechos humanos como el de la intimidad, el honor y la propia imagen; se debe brindar seguridad jurídica al ciudadano respecto al uso de las tecnologías de la información, siempre acorde con los derechos humanos de las personas.

La seguridad pública es una actividad del Estado que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución, así como la sanción de las infracciones administrativas, y como una forma de preservar la seguridad pública en el México.<sup>1</sup> En la actualidad uno de los problemas más serios que enfrenta México es la inseguridad pública. Los índices de delincuencia común y los delitos relacionados con el crimen organizado han crecido en los últimos años.

Esta situación ha llevado a muchas personas expertas y autoridades a promover cambios de política pública, orientados a aumentar la efectividad de la policía y el Ministerio Público en el combate a la delincuencia, así como el uso de tecnologías modernas.

Es importante que se incorporen tecnologías de la información y comunicación para auxiliar a las autoridades judiciales en la investigación y prevención de los delitos cometidos en las entidades, y se deberá verificar que las leyes respectivas que regulen la aplicación y el desarrollo de los medios tecnológicos que se aplican en seguridad pública contribuyan con la prevención de los diferentes tipos de delitos que se suscitan en el Estado mexicano, desafortunadamente no se encuentran regulados los medios tecnológicos en una ley a nivel nacional, haciendo que sean vulnerados los derechos humanos de intimidad, honor e imagen.

<sup>1</sup> Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 21.

## II. Nociones generales del concepto de seguridad pública en México

La seguridad pública es un tema trascendental que los gobiernos de un país siempre deben tomar en cuenta; se debe considerar que en México se tienen muchos problemas con respecto a la seguridad de los ciudadanos. La seguridad es un concepto amplio y complejo, es una garantía individual, un derecho humano del que deben gozar todas las personas del mundo, la palabra seguridad proviene del latín *securitas*, *securitatis* significa calidad de seguro, es decir, libre y exento de peligro, daño o riesgo.<sup>2</sup>

Por otro lado, la seguridad pública es un tipo de seguridad que se debe estudiar a fondo, esta seguridad va enfocada y aplicada hacia todas las personas de un Estado. El doctor Augusto Sánchez Sandoval la define como:

*La función conservadora del orden social, con base en un orden jurídico que controle al poder y norme sus relaciones con los ciudadanos y de éstos entre sí. Es decir, la existencia y permanencia de un orden público y de un orden privado como condición necesaria para la vida social. Así, la seguridad pública se constituye en la manifestación de acción gubernamental ejercida para salvaguardar la integridad, intereses y bienes de las personas, y de las entidades públicas y privadas.*<sup>3</sup>

Así pues, para el autor René Jiménez Ornelas define a la seguridad pública como un conjunto de políticas y acciones coherentes y articuladas que tienden a garantizar la paz pública a través de la prevención y represión de los delitos y de las faltas contra el orden público, mediante un sistema de control penal y de policía administrativa.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Cruz Torrero, L. C.: *Seguridad pública...* cit., p. 23.

<sup>3</sup> Fernández Ruiz, J.: *Seguridad pública...* cit., p. 30.

<sup>4</sup> Jiménez Ornelas, R. "Seguridad..." cit., pág. 171.

Ahora bien, este concepto nos engloba que esta misma certidumbre de brindar a un ciudadano de seguridad, hace que se haga uso de nuevas tecnologías para resguardar la seguridad de las personas; con respecto a un concepto desde el punto internacional, la seguridad pública es aceptada como que su finalidad es salvaguardar la integridad y los derechos de las personas y preservar las libertades, el orden y la paz públicos.<sup>5</sup>

Sin embargo, no se debe olvidar que dentro de la seguridad pública existe otro concepto llamado *seguridad nacional*, que es otro tipo de seguridad que se va enfocar a proteger a la nación entera, en palabras del mexicano Jesús Orozco Hernández define a la seguridad nacional es la seguridad que se refiere a todos aquellos programas, medidas o instrumentos que cierto Estado adopta para defender a sus órganos supremos de un eventual derrocamiento violento por un movimiento subversivo interno o por una agresión externa.<sup>6</sup>

En otro orden de ideas, se debe destacar también que existe el concepto denominado seguridad ciudadana, definida por el autor Mauricio Salinas Escobar, en sentido amplio como aquella condición o situación de una comunidad que permite el libre y pacífico ejercicio de los derechos humanos de sus habitantes, acompañada de la conciencia de dicha condición por parte de los mismos, así como la razonable expectativa que esta situación se mantendrá en el tiempo.<sup>7</sup> Sin duda es de suma importancia entender este concepto ya que el destinatario directo de la seguridad ciudadana lo es la persona que habita dentro de la ciudad es decir el ciudadano.

<sup>5</sup> Rabasa Gamboa, E.: *El marco...* cit., p. 95.

<sup>6</sup> Martí Captanachi, L. C.: *Democracia y...* cit., p. 308.

<sup>7</sup> Salinas Escobar, Mauricio; Cit. Peña Razo, Francisco Javier; Cit. Jiménez Ornelas, R.: *op. cit.*, p. 25.

En relación con el tema de seguridad ciudadana, primero que nada el órgano encargado de llevar a cabo y de supervisar las funciones de seguridad pública, nacional o ciudadana, lo es el propio Estado, que puede ser considerado como un conjunto de hombres asentados en un territorio determinado y organizado jurídicamente.<sup>8</sup> Es decir el Estado está integrado por tres elementos que son: territorio, población y gobierno o autoridad, éstos se enlazan entre sí para hacer que el Estado funcione en plenitud.

Con respecto al concepto de Estado, referente a los diferentes conceptos de seguridad que se han analizado, se puede advertir que la concepción de seguridad es bastante amplia; sin embargo, la seguridad pública es la que va dirigida hacia todas las personas que conforman un Estado; por consiguiente, la seguridad pública se ha transformado en un problema de inseguridad conforme lo señala la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad pública (ENVIPE) 2017. La percepción de inseguridad de la población de 18 años y más en las entidades federativas, se ubicó en 74.3 por ciento.<sup>9</sup>

En definitiva, la inseguridad se ha salido de control, y el Estado mexicano tiene la obligación de realizar políticas criminales eficaces y eficientes para obtener un mejor funcionamiento del Sistema Nacional de Seguridad Pública, velando siempre por el respeto a los derechos humanos de los ciudadanos. Abriendo la puerta al respeto del derecho a la información y al uso de tecnologías de información y de comunicación que serán aplicadas en el resguardo a la seguridad pública.

<sup>8</sup> Galindo Camacho, M: *Teoría del...* cit., p. 311.

<sup>9</sup> [http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/envipe/envipe2017\\_09.pdf](http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/envipe/envipe2017_09.pdf). Consultada en fecha 09/09/2018.

### III. El derecho a la información en relación con el uso de tecnologías para la seguridad pública

En otro orden de ideas, se debe hablar sobre el tema de derecho a la información, el cual tiene un papel muy importante dentro del presente artículo, dado que la información es un derecho de todos los individuos y tiene su fundamento en el artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

*Artículo 6° La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.*

*Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.*<sup>10</sup>

Este artículo es el precepto constitucional del derecho a la información de los mexicanos, y tiene como finalidad llevar a cabo la regulación de estos derechos. De aquí se establece que el Estado es el encargado de velar porque se cumplan estas prerrogativas, así como de verificar el deber de que todas las personas tengan libre acceso a la información, para así decidir si se difunden sus ideas por cualquier índole.

Claramente, este precepto constitucional establece que el derecho a la información será garantizado por el Estado, así que éste deberá ser el encargado de velar por el resguardo de los derechos a la intimidad o privacidad,

<sup>10</sup> Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 6°.



el honor y la buena imagen de las personas. También el derecho a la información es considerado como derecho de acceso a la información y guarda relación con la transparencia de las decisiones públicas, abriendo pauta al derecho a la transparencia, regulado en el mismo numeral.<sup>11</sup>

Ahora bien, el derecho a la información es la garantía fundamental que toda persona posee para atraerse información, a informar y a ser informado.<sup>12</sup> Con respecto al derecho de atraerse información, incluye las facultades de archivos registro y documentos públicos; en cuanto al derecho a informar, incluye libertades de expresión y de imprenta; el derecho a ser informado, incluye facultades de recibir información, la cual debe ser completa y con carácter universal para todas las personas.

En otra perspectiva, el derecho a la información podría definirse como la rama de Derecho Público que tiene por objeto el estudio de las normas jurídicas que regulan, *lato sensu*, las relaciones entre Estado, medios y sociedad, así como, *stricto sensu*, los alcances y los límites del ejercicio de las libertades de expresión y de información y el derecho a la información a través de cualquier medio.<sup>13</sup>

En otras palabras, el derecho a la información es una normatividad dirigida a todas las personas, que regula las relaciones del Estado y la sociedad en el

<sup>11</sup> Con el derecho de acceso a la información y el derecho a la transparencia se está en presencia a un verdadero derecho fundamental que consagra, a la vez, tres derechos en sí:

1. El derecho a saber;
2. El derecho a la verdad; y,
3. El derecho vs Corrupción.

Rascado Pérez, J. y García Camino, B. (Coord.) Cit. Rojano Esquivel, J. C.: *Derecho de...* cit., p. 178.

<sup>12</sup> Villanueva, E.: *Diccionario de...* cit., p. 331.

<sup>13</sup> Nava Gomar, S.; *et. al.*: *Derecho de...* cit., p. 8.

alcance del ejercicio de la libertad de expresión, haciendo referencia al ente público de gobierno, se refiere entonces a la comunicación y los instrumentos que se usan para informar, dirigidos a la ciudadanía.

Otro punto interesante a tratar es lo establecido en el párrafo tercero del artículo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

*El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.*

Lo establecido por el precepto indicado, se refiere a la nueva terminología respecto al derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación. La tecnología hoy en día es una herramienta sumamente eficaz para la vida diaria de todas las personas, por lo que no se puede dejar de lado esta condicional, y está plenamente establecida a nivel constitucional, según lo señalado por el numeral sexto.

En el Estado mexicano la Ley que Regula el Uso de Tecnologías de la Información y Comunicación para la Seguridad Pública, es un precedente interesante y sumamente importante, debido a que nos da algunos conceptos respecto a qué debemos considerar como equipos y sistemas tecnológicos, al tratamiento que se le debe de dar a la voz y las imágenes de los equipos tecnológicos.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Según lo establecido por la Ley que Regula el Uso de Tecnologías de la Información y Comunicación para la Seguridad pública del Estado de México, refiere el concepto de equipos y sistemas de comunicación: conjunto de aparatos y dispositivos dentro de la categoría de tecnologías de la información y comunicación para la seguridad pública, adecuados para el tratamiento de voz e imagen. (Artículo 1, fracción V).

Ahora bien, se tiene que señalar la relación de estudio del derecho a la información con el uso de tecnologías de la información aplicadas a la seguridad pública, no se debe perder de vista el contenido del numeral 21 constitucional, referente a la seguridad pública en México, señalando que:

*La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.*<sup>15</sup>

El párrafo noveno del artículo 21 constitucional se puede considerar como el fundamento de la seguridad pública en general, pues establece que la seguridad pública es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios; esta función, realizada por estos entes, se enfoca a la base nacional de seguridad, afirmando que el Estado de derecho prevalezca en el país, y así se establezca, que el fin primordial del Estado es el bien común aplicado hacia todas las personas que lo habitan.

Por otra parte, la prevención de los delitos, la investigación y persecución de éstos, así como las sanciones de las infracciones administrativas, están dentro de las responsabilidades del Estado por medio de sus diferentes órganos de gobierno; la prevención y la investigación son facultades que desarrollan los órganos

de procuración de justicia, así como los de administración de justicia. En cada Estado de la República existe una Fiscalía General de Justicia y, en cada Municipio, existen Agencias del Ministerio Público, mientras que la administración de justicia está a cargo del Poder Judicial de cada entidad federativa, por medio de sus órganos jurisdiccionales, como son los tribunales y juzgados que existen en todo el país.

Otra función importante, como la investigación de los delitos, se debe tener como un apartado dentro de la procuración de justicia en México, aunque vale la pena decir que los métodos de investigaciones hoy en día, tendrían necesariamente que modernizarse y abrirse a las nuevas tecnologías, tal es el caso que la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace uso de video cámaras para realizar una detención en flagrancia, por ejemplo, de una persona que fuera señalada como la que posiblemente cometió un hecho delictuoso.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> DETENCIÓN EN FLEGRANCIA SE ACTUALIZA SI INMEDIATAMENTE DESPUÉS DE QUE EL SUJETO ACTIVO COMETIÓ EL HECHO DELICTIVO, SE LE PERSIGUIÓ MATERIALMENTE SIN INTERRUPCIÓN ALGUNA POR MEDIO DEL MONITOREO DE LAS CAMARAS DE SEGURIDAD PÚBLICA INSTALADAS EN EL LUGAR DEL EVENTO (LEGISLACIÓN APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO). El artículo 267, párrafo primero, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, establece que se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpaado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito. Ahora bien, si la detención del sujeto activo se realizó enseguida de que cometió el hecho delictivo –lapso razonable–, con motivo del rastreo que se le dio a través del monitoreo de las cámaras de seguridad pública instaladas en el lugar del evento, dándole persecución material a dicha persona por ese medio desde allí, hasta donde se logre capturarla, sin interrupción alguna, esa circunstancia actualiza la figura de la flagrancia, pues si bien no se le siguió físicamente al agresor, pero sí a través de dicho sistema electrónico, por cierto, inmediatamente después de que ocurrió el hecho y sin perderlo de vista, inclusive, observando detalle a detalle lo que realizó en ese recorrido; lo cierto es que, al ser esa situación acorde con lo establecido en el párrafo quinto del artículo 16 de la

<sup>15</sup> Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 21.

La incorporación de las nuevas tecnologías de información y comunicación son innovaciones importantes para las técnicas de investigación de los delitos que se cometen en territorio mexicano, por lo que es necesario implementar mecanismos adecuados y novedosos que se podrían adaptar a las técnicas de investigación y persecución del fenómeno delictivo.

Con respecto a las sanciones por la comisión de faltas administrativas, son aplicadas únicamente por quebrantar una disposición reglamentaria o de algún bando en algún Municipio de México. Otro punto importante es que los principios constitucionales por los cuales se regirán las instituciones de seguridad pública sean aplicados adecuadamente a las técnicas de seguridad pública en México.

De este mismo tema se desprenden los principios constitucionales por los cuales se rige la seguridad pública en México el principio de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos. Estos principios son sustraídos del artículo 21 constitucional, rigen las actuaciones de todas las instituciones policiacas y de las instituciones ministeriales en materia de seguridad pública.

A continuación me permito explicarles de la obra del autor Jesús Martínez Garnelo<sup>17</sup> cada uno de los principios constitucionales de la seguridad pública, para

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en concordancia con el artículo 267 indicado, la detención del presunto responsable no se apartó de las exigencias establecidas en dichos numerales, en la medida en que no se trató de un acto arbitrario o, peor aún, injustificado por los elementos de la policía aprehensores; por ende, no se violó derecho alguno en perjuicio del quejoso. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. El 22 de junio de 2018 fue publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* la tesis jurisprudencial I.1o.P. J/3 (10a.)

<sup>17</sup> Martínez Garnelo, J.: *Seguridad pública...* cit., pp. 74 y 75.

así entender y argumentar jurídicamente su parte objetiva y práctica en relación con el Ministerio Público y con los órganos de policía.

En primer lugar, el principio de legalidad tiene relación con la legislación, es decir, las acciones respecto de las acciones y facultades que le corresponden al Ministerio Público como también a las policías, éstas quedan sujetas al marco normativo o régimen político que se establece en la Constitución mexicana. Esto significa que la acción de legalidad se conforma de aquellos documentos escritos que validan la actuación de este tipo de organismos.

Por cuanto hace al principio de objetividad, implica que todas las acciones y funciones de la policía y del Ministerio Público deberán realizarse de manera imparcial, es decir, que no se le debe dar preferencia a ninguna de las partes en alguna controversia entre particulares, con el fin de preservar el bien común dentro de la sociedad.

El principio de eficiencia describe el desarrollo de las actividades realizadas por los miembros del régimen policial y de las actuaciones del Ministerio Público, este principio debe convertirse no solamente en una virtud, sino también en el conjunto de principios, como aspectos de fuerza deben describirse en el desarrollo de sus actividades para realizar una cosa, hacer una diligencia o para llevar a cabo una investigación y la persecución de delincuentes. Esto lleva a la realización de acciones que demuestran un resultado altamente constructivo, es decir, acciones eficaces.

Por consiguiente, el profesionalismo para la policía y el Ministerio Público va referido a dedicar todo el tiempo posible al desarrollo de su actividad. A la par, se tiene que especializar para elevar su desarrollo intelectual en el desarrollo de las actividades que le encomienda el Estado, como las tareas de investigación y persecución de los

delitos, por lo que es necesario que se capaciten en las diferentes técnicas de investigación criminal.

Así pues, el principio de honradez va enfocado a los valores de bondad y la rectitud. La probidad debe ser un valor distintivo de todos los elementos policiacos y los integrantes del Ministerio Público, es el desenvolvimiento de sus actividades con apego a lo establecido por la ley. Estos principios deben velar porque el derecho a la seguridad pública de los ciudadanos se lleve a cabo adecuadamente.

Continuando con el uso de tecnologías de la información, ahora aplicadas a la seguridad pública, vislumbra el concepto de tecnología, que para fines de cumplir con las labores de protección a la seguridad pública puede entenderse como el conjunto de recursos, procedimientos y técnicas usados para el almacenamiento y transmisión de la información, utilizados para apoyar tareas de seguridad pública.<sup>18</sup>

Por consiguiente, el uso de las tecnologías de la información aplicadas a la seguridad pública, deben regular la ubicación, instalación y operación de equipos y sistemas tecnológicos, así como contribuir al mantenimiento del orden, tranquilidad y estabilidad en la convivencia, así como prevenir situaciones de emergencia o desastre e incrementar la seguridad ciudadana; asimismo, se usan en la utilización de la información obtenida por el uso de equipos y sistemas tecnológicos en las materias de seguridad y procuración de justicia. No se debe perder de vista que el uso de las tecnologías de la información y comunicación también debe de regular las acciones de análisis de la información captada con equipos o sistemas

<sup>18</sup> Cfr. Artículo 2, fracción XX, Ley que Regula el Uso de Tecnologías de la Información y Comunicación para la Seguridad Pública en el Estado de México.

tecnológicos para generar inteligencia para la prevención de la delincuencia e infracciones administrativas.<sup>19</sup>

El uso de las tecnologías de la información y comunicación, hace que sea más útil y factible la implementación de la prevención de los hechos considerados como delito, dado que aportan mayores posibilidades de investigar y de inhibir la conducta delictiva de los sujetos activos, ello a efecto de que las instituciones encargadas de brindar seguridad pública y ciudadana cumplan eficazmente con su función primordial, la cual se ve reflejada en las políticas criminales que se aplican en México, así como el apoyo a la procuración de justicia, que es donde se encuentran los órganos investigadores de los hechos delictuosos, en primer lugar, la llamada política criminal, la cual es considerada por Fernando Castellanos Tena como el aprovechamiento práctico, por parte del legislador, de los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, a fin de dictar las disposiciones pertinentes para el logro del orden social.<sup>20</sup> Este concepto se desprende de la noción del legislador por crear leyes encaminadas al Derecho Penal, con el fin de establecer disposiciones o reglas generales para beneficio de la comunidad cuyo fin sea preservar el orden público.

Por otro lado, la procuración de justicia hace referencia a las medidas que toman los órganos del Estado, en materia de seguridad pública, para prevenir e investigar los delitos que se cometan en perjuicio de la sociedad, por lo que la procuración de justicia es representar a la sociedad, es defender el derecho y es ejercer la acción penal contra quienes trasgredan el orden jurídico cometiendo un delito, o no ejercerla cuando así

<sup>19</sup> Cfr. Artículo 1, fracciones I, II, III y IV, Ley que Regula el Uso de Tecnología para la Seguridad Pública del Distrito Federal. (Ahora Ciudad de México).

<sup>20</sup> Rodríguez Manzanera, L. *Criminología...* cit., p. 123.

lo dispone la ley.<sup>21</sup> En otras palabras, es un derecho inherente de todos los individuos para que el Estado los proteja y les brinde una adecuada seguridad.

La procuración de justicia puede ser también entendida como el estado de prevención que realizan las autoridades procuradoras, con la finalidad de investigar conductas delictivas contra los sujetos que trasgreden el orden jurídico de la colectividad.

Ahora bien, es importante recalcar que la seguridad pública y la tecnología, una vez que ya se han unido a fin de preservar el orden público e imponer un control social de los ciudadanos, se deberá velar ahora por la protección a los derechos humanos de todas las personas, en específico al derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen de las personas.

#### **IV. Protección a los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen**

##### **A. Derecho a la intimidad**

El derecho a la intimidad de las personas es un derecho que todo individuo debe poseer, se refiere a la libertad de la intimidad. Comprenderá del uso y goce de todas las posibilidades para la realización personal: si se trata de acciones privadas, se deberá asegurar que ellas no tomen estado público, ni puedan ser objeto de información, ni consten en base de datos alguna; y, si se trata de cuestiones públicas, que sean exactas, no tendenciosas y actualizadas; implicará también el derecho a la intimidad personal, al buen nombre y reputación y a la reserva de la vida privada y familiar.<sup>22</sup>

Asimismo, el derecho a la intimidad va enfocado a la realización de acciones privadas que las demás personas

no deban conocer, debido a que no se quiere hacer pública alguna acción o hecho que se está realizando en secreto, es decir el respeto a la buena reputación, al respeto de la vida privada de las personas.

Respecto al resguardo y protección de este derecho por parte de las leyes mexicanas, se puede referir que el fundamento constitucional está establecido en el artículo 16, dicho numeral establece, en general, la garantía de seguridad jurídica de todo gobernado.<sup>23</sup>

Se debe establecer que para algunos autores también el derecho a la intimidad es conocido como derecho a la privacidad o a la vida privada de las personas, el cual también es definido como un derecho fundamental de la personalidad, que consiste en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados, por persona o entidad alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente decidan mantener fuera del conocimiento público.<sup>24</sup> En otra perspectiva de este

<sup>23</sup> DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Dicho numeral establece, en general, la garantía de seguridad jurídica de todo gobernado a no ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, sino cuando medie mandato de autoridad competente debidamente fundado y motivado, de lo que deriva la inviolabilidad del domicilio, cuya finalidad primordial es el respeto a un ámbito de la vida privada personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, con la limitante que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece para las autoridades. En un sentido amplio, la referida garantía puede extenderse a una protección que va más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que se desenvuelve normalmente la privacidad o la intimidad, de lo cual deriva el reconocimiento en el artículo 16, primer párrafo, constitucional, de un derecho a la intimidad o vida privada de los gobernados que abarca las intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida. Amparo en revisión 134/2008. Marco Antonio Pérez Escalera. 30 de abril de 2008. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Rolando Javier García Martínez.

<sup>24</sup> Villanueva, E.: *op. cit.*, p. 355.

<sup>21</sup> González Fernández, J. A.: "La seguridad... cit., p. 132.

<sup>22</sup> Pierini, A.; *et. al.*: *Derecho a...* cit., p. 239.



derecho, es una garantía que los individuos poseen para no ser molestados en su vida íntima o privada, en relación con la vida privada de las personas; quiere decir que las personas consideran que los actos que realizan en su vida cotidiana no se hacen del conocimiento público.

Sin lugar a dudas, estos derechos hoy en día son consagrados como derechos humanos que tienen todas las personas, según lo establecido por la Constitución y los tratados internacionales, que a la par, deben brindar el derecho a la seguridad pública y éste debe velar por el respeto de todos los derechos humanos del hombre.

### **B. Derecho al honor**

El derecho al honor es definido como: el derecho que posee toda persona, la honra u honor es el sentimiento o la conciencia de la propia dignidad y es el más valioso atributo que una persona pueda tener frente a los demás; de su reconocimiento depende en alto grado la estima que los demás tengan hacia esa persona.<sup>25</sup> Este concepto va referido hacia el sentimiento de una persona que se conoce como honra o dignidad, la dignidad es un derecho de las personas, depende de una gran cantidad de estima, y de las buenas referencias que tenga una persona hacia otra sobre su forma de ser, de comportarse.

También el honor es una cualidad inherente a la persona, al identificarlo como integrante de los derechos de la personalidad; su violación genera el derecho a reclamar el daño moral ocasionado.<sup>26</sup> Se acostumbra a distinguir dos clases de honor: a) el honor subjetivo consiste en el aprecio o estimación que el ser humano tiene por sí mismo, este honor es atacado por medio de

acciones, principalmente, palabras ajenas que expresan desprecio hacia el sujeto, las cuales son conocidas en el Derecho Penal injuria; b) el honor objetivo consiste en el interés que toda persona tiene por su prestigio y buen concepto ante los demás, este honor es ofendido mediante la propagación de información que perjudica su reputación ante otros, hecho que se conoce en derecho penal como difamación.<sup>27</sup>

### **C. Derecho a la propia imagen**

Se puede entender como el derecho de la persona a decidir sobre la comunicación de su imagen física y a evitar que, sin su consentimiento, se capte, reproduzca, se difunda, se explote comercialmente.<sup>28</sup> Ahora bien, es sobre las formas de comunicación de manejo de la imagen física de cada individuo para que no se reproduzca, difunda o explote, comercialmente sin su consentimiento, información que una persona no quiera dar a conocer al público en general.<sup>29</sup>

Ahora bien, hoy en día la fotografía junto con la video-grabación digital lleva a que cualquier persona que se muestre en público pueda ser captada por estos aparatos tecnológicos, inclusive en su hogar u otro recinto cerrado, en actitudes que éstas no hubieran deseado, y quedarán registradas, lo que ocasionaría una lesión a su imagen.

<sup>27</sup> Novoa Monreal, E.: *Derecho a...* cit., p. 75.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 340.

<sup>29</sup> Se publicaron fotografías de una mujer, sin su consentimiento, en las que se le mostraba con el torso desnudo. La mujer dedicada a la conducción de programas dentro de una cadena televisiva, demandó civilmente a una empresa editorial por publicar ese material en sus revistas. Ella pidió la reparación del daño moral. El caso llegó a la Corte, donde se determinó que la violación al derecho a la propia imagen no da lugar a la reparación del daño moral, pero sí material, en términos de la Ley Federal de Derechos de Autor. Amparo directo 24/2016. Ministro ponente: Arturo Zaldívar.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 366.

<sup>26</sup> Rascado Pérez, Javier y García Camino, Bernardo (Coord.) Cit. Avendaño González, Luis Eusebio Alberto y Jiménez Ojeda, Juan Ricardo: *op. cit.*, p. 220.

Se reconoce el derecho a la imagen como un derecho de la personalidad, cuyo objeto es su figura exteriorizada en sus rasgos físicos, y cuyo fundamento es la autonomía de la persona respecto de sí misma y de sus manifestaciones.<sup>30</sup> Cada persona tiene la firme convicción de decidir sobre su cuerpo, por lo que debe tener dominio sobre él, dado que es de su propiedad.<sup>31</sup>

### **V. Derechos humanos, seguridad pública y tecnologías de la información**

Los derechos humanos en el ámbito de la seguridad pública, son de gran trascendencia, por lo que es imprescindible conocer su concepto, pues ha venido a tomar fuerza en la época contemporánea, dada la reforma constitucional de fecha 10 de junio de 2011, donde se cambia la denominación de garantía individual por la de derecho humano, entendiéndose por éstos a un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas, positivamente, por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.<sup>32</sup>

Los derechos humanos son el núcleo fundamental de la Constitución. Todo lo que se analiza sobre la naturaleza humana debe ser considerada como base de toda ley. Si bien es cierto la vida humana es el resultado de un proceso biológico, moral y ético en forma dinámica, este proceso lleva consigo una carga de derechos y deberes para cada persona.

<sup>30</sup> Novoa Monreal, E.: *op. cit.*, p.65.

<sup>31</sup> Un bebé fue fotografiado en un cunero y sus padres demandaron a la revista que publicó la imagen. La Suprema Corte determinó que el derecho a la imagen es parte de las prerrogativas inherentes a las personas. Nadie puede explotar tu imagen sin tu consentimiento. Amparo directo 48/2015.

<sup>32</sup> Carbonell, M.: *Los derechos...* cit., p. 3.

El hombre que se ve u observa a través del derecho o que se puede observar a través de una realidad cambiante que se explica en la historia del Derecho. Se puede llegar a ello, que *el derecho natural y el derecho positivo producen, al unirse o unificarse conceptos estructurados en la razón humana*.<sup>33</sup> En otro entendido, los derechos humanos son todos aquellos derechos que tiene cada hombre o mujer por el simple hecho de serlo y formar parte de la sociedad en que vive, los titulares de estos derechos son todos los seres humanos.<sup>34</sup>

Los derechos humanos generan obligaciones para las autoridades de todos los niveles de gobierno que, bajo cualquier circunstancia, deben observar lo que en cada caso señala la Constitución y los tratados internacionales.<sup>35</sup> Estas obligaciones, que son generadas para las autoridades, tienen que resguardar ante todo el derecho o prerrogativa de cada persona, por lo que las autoridades correspondientes deberán generar las políticas públicas necesarias para que esto suceda.

En otro orden de ideas, también se reconocen los derechos fundamentales del hombre, éstos tienden aludir aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos, en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada.<sup>36</sup> Esa tutela reforzada va aparejada de una adecuada idea de protección nacional e internacional de los derechos humanos, que si bien es cierto son derechos fundamentales que reconocen las leyes supremas de un país, éstos deben ser inherentes a cada ciudadano.

<sup>33</sup> Pacheco Pulido, G.: *La inmensidad...* cit., p. 59.

<sup>34</sup> Orozco Enríquez, J. J. y Silva Ayala, J. C.: *Los derechos...* cit., p. 9.

<sup>35</sup> Carbonell, M.: *op. cit.*, p. 45.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 3.

Por lo que se refiere al concepto de derechos humanos, éste tiene relación directa con el concepto de dignidad humana, la misma puede ser definida de la siguiente forma: es el rango distintivo de los seres humanos respecto a los seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada como un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad.<sup>37</sup>

Ahora bien, en cuestión de seguridad pública y derechos humanos, debe existir una estrecha relación con ambos conceptos, debido a que en cuestiones de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información se debe preservar el derecho humano al acceso a la información de todas las personas, pero con el debido cuidado de no trasgredir los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen.

Como ejemplo del uso de la tecnología en la seguridad pública esta la video vigilancia, que es un medio electrónico compuesto por una o varias cámaras, ya sean digitales o análogas, y un sistema de grabación y de visualización:<sup>38</sup> la video vigilancia como lo dice este concepto, es un medio electrónico, de innovación tecnológica, por la que se hace uso de los medios electrónicos, en este caso de las cámaras de video, para poder obtener información sobre actos realizados por las personas dentro de un determinado territorio para resguardar su seguridad, tanto pública como privada.

La video vigilancia significa que el Estado brinde a la ciudadanía una gran tranquilidad y seguridad, también

resguarda los bienes materiales que constituyen el patrimonio de los particulares, así como del propio Estado; incluso, los países más avanzados del mundo cuentan con un sistema de video vigilancia en sus principales ciudades, aplicando las nuevas tecnologías.

La video vigilancia también se puede ver como el conjunto de los medios resultantes de los avances de gestión del conocimiento puestos en beneficio de la seguridad pública, y que se han revelado importantísimos para la inhibición de conductas delictivas, la identificación de criminales (con flagrancia en tiempo real) y el marco de las zonas de riesgo, sirviendo incluso para reducir la mano de obra y monitorear las acciones de las policías, su eficacia preventiva y represiva es irrefutable.<sup>39</sup>

Las cámaras de video actuales, gracias a la tecnología que les permite reconocer los rostros de delincuentes para poder cotejarlos con una base de datos fotográfica con la que cuentan las autoridades judiciales, ayudan a que el sistema de seguridad pública de un país se fortalezca, ayude a la seguridad a través de los medios tecnológicos, las cámaras de video son un medio de vigilancia y se pueden observar en cajeros, centros comerciales y plazas como también por las empresas particulares o por las personas particulares para custodiar el orden público de la sociedad.

Un correcto manejo de las tecnologías de la información es utilizado como una herramienta útil para la investigación de delitos y la documentación de faltas administrativas relacionadas con la seguridad pública, esto sin que se violenten los derechos relacionados con los datos personales y la vida privada.<sup>40</sup> Desde luego, este uso

<sup>37</sup> Noguera Alcalá, H.: *La interpretación...* cit., p. 11.

<sup>38</sup> H. Congreso del Estado de Colima, México. <http://mexico.justia.com/estados/col/leyes/ley-que-regula-la-video-vigilancia-en-el-estado-de-colima/> (20 de Enero de 2009).

<sup>39</sup> Barros Leal, C.: *La vigilancia...* cit., pp. 66 y 67.

<sup>40</sup> Robles Gutiérrez, J.: "Seguridad pública..." cit.

de tecnologías debe estar regulado de manera adecuada en el ordenamiento jurídico de cada Estado.

Se advierte que existe legislación en Estados de la República Mexicana respecto al uso de los medios tecnológicos en la seguridad pública, inclusive, se cuenta con antecedentes internacionales como lo es la Nación española, con la expedición de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula el uso de las video cámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos.<sup>41</sup>

En México ya hay algunas entidades federativas que cuentan con sus reglamentaciones específicas en materia de video vigilancia y uso de tecnologías de la información, como son los Estados de Aguascalientes, Colima, de México y la Ciudad de México.

El objetivo del tema de las tecnologías de la información aplicadas a la seguridad pública, resguardando ante todo los derechos a la intimidad, el honor y la buena imagen, se percibe a través de la implementación del respeto a los derechos humanos en cuestiones de seguridad pública en México, como una garantía de todos los individuos que residen en un Estado, respetando sus derechos universales. El Estado es el encargado de hacer que se

<sup>41</sup> Cfr. Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula el uso de las video cámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos. Artículo 1, Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo4-1997.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo4-1997.html)? (11/05/2012). La presente ley regula el uso de las video cámaras en la Nación española, esta ley se encuentra conformada por 11 artículos y 9 disposiciones adicionales, una disposición transitoria como 2 disposiciones finales. La presente ley tiene por objeto, regular la utilización por las fuerzas y cuerpos de seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública.

respeten los derechos fundamentales de los individuos, entre los más importantes está el derecho a la vida, a la integridad de una persona, el derecho a tener y vivir dentro de un orden público y, el más importante, el derecho a la paz pública dentro de un Estado.

La vida es un valor y un derecho supremo que existe en todos los sistemas de gobierno de un país, esta prerrogativa le pertenece a todos los ciudadanos, por el simple hecho de ser una persona, es decir, un ser humano, encaja dentro de la seguridad pública de un Estado, cuyo objeto principal es la protección jurídica y material de la integridad física de cada individuo; por tanto, la vida se considera el valor supremo de toda la humanidad y debe protegerse por medio de un ordenamiento jurídico fundamental.

La integridad es un valor y un derecho enmarcado en la seguridad pública para que todos los individuos tengan la posibilidad desarrollar sus potenciales dentro del conglomerado social, por lo que es el total potencial de actitudes de una persona. Cuando se habla de seguridad pública se tiene que hablar del orden y paz pública de un Estado.

Por consiguiente, el orden público es definido como una condición necesaria para la subsistencia del Estado mismo, sin él se está en la presencia de una sociedad desordenada, gobernada por el caos y la anarquía, circunstancias que conducen al Estado a su destrucción.<sup>42</sup> El orden público es trascendental para la seguridad pública, es uno de sus fines principales y sin él no podría existir un Estado de seguridad para todos los ciudadanos, cuando se pierde el orden público se está en un caos y anarquía, (no existen reglas, ni se respetan las leyes), es decir se atenta contra el Estado de derecho.

<sup>42</sup> González Fernández, J. A.: "La Seguridad... cit., p. 129.

Otro concepto interesante a tomarse en cuenta es la paz pública, la cual es un valor y derecho fundamental que brinda seguridad pública a un Estado; es una virtud que pone en el ánimo de las personas la condición opuesta a los problemas y el caos; la paz pública es el total estado de bienestar de un individuo que pertenece a un Estado, donde la seguridad es el mayor objeto de validez dentro de una sociedad que se rige bajo un ordenamiento jurídico.

Finalmente, se puede concluir que el dilema entre de la seguridad pública, los derechos humanos y el uso de las tecnologías de la información, es que la seguridad pública realice su función para lograr el mantenimiento de la paz y el orden, sin afectar las libertades y derechos humanos de las personas.

Las instituciones encargadas de seguridad pública deben lograr un equilibrio entre la coerción y el respeto de los valores éticos tutelados por el Derecho. Así, la protección de los valores fundamentales del hombre legitimara el uso de la fuerza.<sup>43</sup> Por lo que las consideraciones que se expresaron demuestran que la función del Estado en materia de seguridad pública es crear y conservar las condiciones necesarias para que la sociedad y sus integrantes se desarrollen plenamente en cuanto al ámbito de aplicación de sus derechos humanos, asimismo, se ostente un ambiente de tranquilidad sin dañar las libertades y derechos de cada persona. Este ambiente les permitirá a las instituciones del Estado, a los ciudadanos y a las nuevas tecnologías, desarrollar una equitativa ponderación entre el respeto a los derechos humanos de las personas, cuando se aplica al ámbito de seguridad pública para cada persona, en cuanto hace a la implementación de las nuevas tecnologías de la información.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 130.

## VI. Conclusiones finales

Pudimos identificar en el presente artículo que el desarrollo de la investigación sobre la seguridad pública y el uso de las tecnologías de la información es mucho más amplio que solamente brindar un derecho a las personas, que tiene una gran trascendencia e importancia en el sistema jurídico mexicano, de esta misma materia se desprende el uso de las tecnologías de la información como un medio innovador que apoya la eficacia de las políticas de la seguridad pública.

De igual forma, es necesario crear una legislación federal en México, a efecto de que se brinde una eficaz aplicación y desarrollo de las tecnologías de la información aplicadas a la seguridad pública, aunado a que los ciudadanos tengan certeza jurídica de que el procedimiento de uso de tecnologías de la información está regulado por el Estado y, por tanto, se respetan sus derechos humanos.

Por medio de la regulación jurídica de las tecnologías de la información en el Estado mexicano, se tiene el pleno reconocimiento de que éstas fortalecen tanto la seguridad pública como la seguridad privada de las personas, abriendo camino a la participación de los ciudadanos como una facultad importante que tienen para colaborar con las autoridades de los tres niveles de gobierno.

El uso de las tecnologías de la información aplicadas a la seguridad pública debe regular una correcta ponderación entre los derechos humanos, la Seguridad pública y la adecuada protección de los derechos a la información, a la intimidad, el honor, así como a la propia imagen de las personas, por lo que debe existir equilibrio entre el respeto a estos derechos humanos y la implementación de las políticas públicas de seguridad pública.



Con lo anterior podemos identificar claramente que la función del Estado en materia de seguridad pública, es crear y conservar las condiciones necesarias para que la sociedad y sus integrantes se desarrollen plenamente en cuanto al ámbito de aplicación de sus derechos humanos, asimismo, se ostente un Estado donde prevalezca el orden y la paz pública.

Las nuevas tecnologías de la información deberán estar reguladas por la ley fundamental del país, a efecto de desarrollar una equitativa ponderación entre el respeto a los derechos humanos de las personas dentro del ámbito de seguridad pública, para así realizar el fin primordial del Estado, que es obtener el bien común de la sociedad.

## VII. Bibliografía

- Barros Leal, César: *La vigilancia electrónica a distancia: instrumento de control y alternativa a la prisión en América Latina*. Porrúa, México, 2010.
- Carbonell, Miguel: *Los derechos humanos en México: régimen jurídico y aplicación práctica*. Flores, México, 2015.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2018.
- Cruz Torrero, Luis Carlos: *Seguridad pública*, 2ª edición. Trillas, México, 2007.
- Fernández Ruiz, Jorge: *Seguridad pública municipal*. FUNDAP, México, 2003.
- Galindo Camacho, Miguel: *Teoría del Estado*, 6ª edición. Porrúa, México, 2006.
- González Fernández, José Antonio: “La seguridad pública en México”, en Peñaloza, Pedro José (Coord.): *Los desafíos de la seguridad pública en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002.

- H. Congreso del Estado de Colima, México <http://mexico.justia.com/estados/col/leyes/ley-que-regula-la-video-vigilancia-en-el-estado-de-colima/> (20 de Enero de 2009) [http://iil.congresoags.gob.mx/imagenes/Documentos/REVISTA\\_EXEDRA\\_NUM4.pdf](http://iil.congresoags.gob.mx/imagenes/Documentos/REVISTA_EXEDRA_NUM4.pdf) Consultada en fecha 14/04/2012.
- [http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/envipe/envipe2017\\_09.pdf](http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/envipe/envipe2017_09.pdf) Consultada en fecha 09/09/2018
- Jiménez Ornelas, René: “Seguridad pública”, en García Ramírez, Sergio (Coord.): *Temas de Derecho Penal, seguridad pública y criminalística*. UNAM, México, 2005.
- *Ley Orgánica 4/1997*, de 4 de agosto, por la que se regula el uso de las video cámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos. Artículo 1, Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo4-1997.html?](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo4-1997.html?) (11/05/2012)
- *Ley que Regula el Uso de Tecnología para la Seguridad Pública del Distrito Federal*.
- *Ley que Regula el Uso de Tecnologías de la Información y Comunicación para la Seguridad Pública en el Estado de México*.
- Martí Captanachi, Luz del Carmen: *Democracia y derecho a la información*. Porrúa, México, 2007.
- Martínez Garnelo, Jesús: *Seguridad pública nacional*, 2ª edición. Porrúa, México, 2005.
- Nava Gómar, Salvador, et. al. *Derecho de acceso a la información pública parlamentaria*. Miguel Ángel Porrúa, México, 2006.
- Noguera Alcalá, Humberto: *La interpretación constitucional de los derechos humanos*. Ediciones legales, Perú, 2009.

- Novoa Monreal, Eduardo: *Derecho a la vida privada y libertad de información*, tercera edición. Siglo XXI Editores, México, 1987.
- Orozco Enriquez, J. Jesús y Silva Ayala, Juan Carlos. *Los derechos humanos de los mexicanos*, 2ª edición. CNDH, México, 1994.
- Pacheco Pulido, Guillermo: *La inmensidad del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Porrúa, México, 2014.
- Pierini, Alicia., et. al. *Hábeas Data: Derecho a la intimidad*, 2ª edición. Universidad Buenos Aires, 1998.
- Rabasa Gamboa, Emilio: *El marco jurídico de la seguridad pública en México: Constitución, legislación, secundaria y tratados internacionales*. Porrúa, México, 2012.
- Rascado Pérez, Javier y García Camino, Bernardo (Coord.) Cit. José Carlos Rojano Esquivel: *Derecho de acceso a la información y protección de datos personales*. FUNDAp, México, 2016.
- Robles Gutiérrez, José: “Seguridad pública: video vigilancia en Aguascalientes”, en *Revista EXEDRA*. Volumen 2, N. 1, 10 de marzo de 2002, Aguascalientes, México. Disponible en:
- Rodríguez Manzanera, Luis: *Criminología*, 18ª edición. Porrúa, México, 2003.
- Villanueva, Ernesto: *Diccionario de derecho de la información*. Miguel Ángel Porrúa, México, 2009.

## **El derecho de defensa ante los Consejos de Honor del fuero de guerra**

*Roberto Rafael Rodríguez Hernández\**

RESUMEN: En México, el derecho a tener una defensa legal para la resolución de una adversidad jurídica es un derecho reconocido y consagrado. De igual manera, en nuestro país y sistema legal, por virtud de mandato constitucional tenemos la existencia de un régimen normativo y jurisdiccional especializado que se conoce como *fuero de guerra*, que es exclusivamente punitivo y, a su vez, se divide en dos especialidades: el penal y el administrativo; ámbitos que se ventilan, respectivamente, ante los juzgados militares y ante los Consejos disciplinarios, conocidos como Junta de Almirantes, Consejos de Honor Superior, Consejos de Honor Ordinario, Consejos de Honor y Consejos de Disciplina. No obstante, siendo apodíctico y de explorado derecho que los órganos disciplinarios castrenses son materialmente jurisdiccionales, aún se debate sobre los alcances del derecho fundamental a la defensa legal, ya que las normas que pretenden regular

\* Abogado postulante, Maestro en Derechos Humanos; Dr.h.c. en Derecho Penal Canónico. Miembro de la *Société Internationale de Droit Militaire et Droit de la Guerre*; Miembro de la Asociación Internacional de Justicia Militar. Especialista en temas de Derecho Militar, Derecho Penal Internacional, y Derecho Internacional humanitario.

el ejercicio de tal prerrogativa en el Derecho Administrativo militar de corte sancionador, establecen requisitos y condiciones *sui generis* a tal derecho.

SUMARIO: Introducción. I. La defensa legal en general. II. La defensa legal en el fuero de guerra. III. La defensa legal como derecho humano. IV. El ejercicio de la defensa legal como derecho del abogado. V. Conclusión. Bibliografía.

### Introducción

En México, el derecho a contar con una defensa jurídica es una prerrogativa fundamental que es *conditio sine qua non*<sup>1</sup> para que se considere cumplido el derecho a ser oído y, en su caso, vencido en juicio, y consecuentemente validar la imposición de una sanción por parte de la autoridad hacia una persona por haber infringido alguna disposición legal.

La doctrina jurídica en nuestro país reconoce tres tipos de sanciones legales: las penales, las civiles y las administrativas. Las primeras, son aquéllas que se imponen a una persona por la comisión de un delito y sólo pueden ser impuestas por autoridades judiciales de orden criminal, ya sea pecuniariamente o con privación de libertad. Las segundas, son aquéllas que imponen las autoridades judiciales de materia civil, como son las restricciones, reparaciones o anulaciones de determinadas situaciones jurídicas. Y las terceras, que son las que para este estudio más interesan, son aquéllas que una autoridad administrativa –en sede administrativa o

<sup>1</sup> Latinismo que significa: Requisito indispensable. Vid Soberanes Fernández, J. L. e Islas Colín, A.: *Locuciones latinas...* cit., p. 50.

materialmente jurisdiccional– impone por infracciones a la ley que no constituyen delitos,<sup>2</sup> por lo tanto, este tipo de sanciones son casi siempre de carácter económico<sup>3</sup> pero pueden también ser restrictivas de prerrogativas como la inhabilitación para desempeñar cargos o profesiones.

En materia administrativa, el derecho a una defensa jurídica previa a la ejecución de algunos actos de autoridad, no es necesario para validar su realización, ya que algunos actos de autoridad son autoejecutivos, tal como es el caso de las multas por infracciones de tránsito

<sup>2</sup> Aunque bien puede darse el caso que una misma conducta constituya una infracción administrativa y un delito por sí misma. Y específicamente en el fuero militar, podemos distinguir dos tipos de hipótesis, la primera de carácter difuso, la tenemos en la infracción al artículo 3 del Reglamento General de Deberes Militares, consistente en que *Las órdenes deben ser cumplidas con exactitud e inteligencia, sin demoras ni murmuraciones; el que las recibe, sólo podrá pedir le sean aclaradas, cuando le parezcan confusas, o que se le den por escrito cuando por su índole así lo ameriten. Se abstendrá de emitir cualquier opinión, salvo el caso de hacer aclaraciones respetuosas*, que además de sancionarse administrativamente conforme a los artículos 47, 48 y 49 del mencionado reglamento, puede constituirse en el delito de insubordinación o desobediencia; la segunda, de carácter directo, es aquélla que con el simple hecho de infringir el reglamento se actualizan las hipótesis delictivas de «Infracción de deberes comunes a todos los están obligados a servir en el ejército» o *infracción de deberes militares correspondientes a cada militar según su comisión o empleo*, porque la infracción del reglamento administrativo es la base del reproche penal.

<sup>3</sup> Salvo el caso de las sanciones de arresto administrativo hasta por 36 horas que contempla el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues si bien es cierto que se trata de una pena administrativa, ésta se efectúa así cuando existe flagrancia en la falta, como en el caso de ingerir bebidas alcohólicas en vía pública, ya que se altera el orden y paz sociales, y la única forma de hacer cesar esa conducta es reteniendo al infractor hasta que resarza el daño causado a la sociedad por su conducta, ya sea pagando la multa correspondiente o sufriendo el arresto hasta por 36 horas; o bien, puede darse el caso del arresto incommutabile, tal es el caso de aquellas personas que son atrapadas alcoholizadas y conduciendo vehículos automotores, pues éstos son retenidos al haber puesto en situación de peligro a la sociedad, y porque la autoridad considera que la persona no puede deambular por sí sola en la vía pública sin resultar un peligro potencialmente alto para terceros o para sí mismo.

vehicular o a los reglamentos cívicos y de gobierno, la clausura, el arresto hasta por 36 horas, las restricciones al servicio de agua potable, la suspensión del servicio de energía eléctrica por falta de pago y otras. Sin embargo, el hecho de que para ejecutar el acto, la autoridad no necesite oír previamente en defensa al ciudadano o vencerle en juicio, no significa que el acto autoritario, ya ejercido, no merezca audiencia ni pueda someterse a un procedimiento de revisión de su legalidad por parte de la propia autoridad emitente en sede administrativa, u otra autoridad con potestad de revisar y decantarse sobre la validez o no del acto administrativo.

No obstante, para los servidores públicos mexicanos de los tres niveles de gobierno, el Derecho Administrativo es diferente en su forma de aplicación, puesto que se trata del ámbito exclusivamente sancionador, y éste, en todos los casos, prevé la garantía de audiencia a favor del presunto infractor de la ley o reglamento. Esto es así debido a que las consecuencias de probarse en su contra la comisión de la conducta tildada de ilegal le perjudicará no sólo pecuniariamente, sino también en algunas ocasiones en el ámbito laboral, ya que, en el caso de tratarse de servidores públicos, al acto administrativo puede tener el efecto de cesar e incluso inhabilitar para trabajar de nuevo en el gobierno o en alguna rama profesional durante un tiempo determinado.

## I. La defensa legal en general

Ahora bien, la defensa jurídica adecuada en casos de Derecho Administrativo sancionador, consiste en que ésta se ejerza reuniendo los elementos de aptitud, compromiso y libre designación.

Tales condiciones, se explican como sigue:

1. Aptitud del defensor: implica que el defensor conozca la ley aplicable al caso en concreto y

esté capacitado en el ejercicio de la defensa legal, para lo cual es indispensable que se trate de un licenciado en Derecho, pues por derecho y excelencia el profesionista que conoce las leyes y su aplicación, tanto en dogma como en praxis, es capaz de llevar a cabo una defensa técnica, es decir, con fundamentos.<sup>4</sup>

2. Compromiso: que el defensor se haga cargo del caso mientras dure su nombramiento y no se concrete a pedir medidas provisionales, sin procurar la solución definitiva del asunto, así la obligación de comparecer cuando se le requiera. Y por supuesto, esta característica implica parcialidad a favor del representado,<sup>5</sup> es decir, que sólo vea por los

<sup>4</sup> Tan es así, que para el ejercicio legal de la abogacía en asuntos punitivos (que implican penas, de cualquier naturaleza) se requiere la cédula profesional que expide el gobierno federal a través de la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, pues la autoridad, antes de conceder la patente de licenciado en Derecho verifica que el particular haya cursado y acreditado los estudios relativos y autorizados por la autoridad educativa estatal o federal y siendo así, se otorga la *licencia* o permiso para ejercer la abogacía. Cabe mencionar que en materia laboral, no se exige ser licenciado en Derecho al defensor del trabajador, sino persona de su confianza, y esto da lugar, en ocasiones, a una mala defensa, lo que además ha hecho proliferar el llamado *coyotaje*, que es el término coloquial por demás conocido utilizado para señalar a quienes ejercen la abogacía sin ser estudiosos de las ciencias jurídicas, y para usar un eufemismo se les conoce como *gestores*, que por muy experimentados que sean en normatividad laboral, ya que el derecho como ciencia es bastante amplio y requiere un estudio pormenorizado de todas sus ramas para poder ejercer legalmente la defensa de controversias legales.

<sup>5</sup> En el caso de un defensor castrense en procedimientos administrativos, se tiene la desventaja de que al ser miembro de la misma fuerza armada y jerárquicamente subordinado al órgano colegiado que conoce del caso, se corre el riesgo de que vea más por su imagen ante la institución que por los intereses de su defendido, ya que existirán casos en los que la institución se interese tanto en sancionar al acusado, que todo aquél que le defienda apasionadamente será erróneamente identificado con el defendible, acarreándosele injustamente el desdoro de sus compañeros o superiores, así que tal riesgo, como a todo ser humano que precie su estabilidad laboral, lógicamente le puede preocupar más agradarle al mando que agradarle a su defendido, siendo que cuando un



intereses de su defendido y que no sirva a diversas partes con intereses opuestos. En suma, lo que se conoce como lealtad.

3. Libre elección: que el defensor sea designado a petición del defendido y no por imposición.<sup>6</sup> Lo cual aplica para ambas caras de la defensa, tanto quien la pide como quien la brinda, pues quien la solicita tiene derecho a elegirla sin más condiciones que las de que se trate de un abogado de profesión y que no esté inhabilitado; y por parte de quien se brinda como quien la brinda

## II. La defensa legal en el fuero de guerra

Ahora bien, tenemos que en el ámbito militar el derecho de defensa no tiene limitantes por cuanto hace al rubro penal, pues el Código de Justicia Militar lo prevé como indispensable y sin restricciones.

Sin embargo, la situación es distinta en el rubro administrativo sancionador, pues lo que priva en las milicias de tierra, aire y mar, los órganos disciplinarios como la Junta de Almirantes, Consejos de Honor Superior, Consejo de Honor Ordinario, Consejos de Honor y Consejos de Disciplina,<sup>7</sup> según corresponda, en cuanto

defensor actúe profesionalmente en su labor aun en contra del instituto armado debe ser de reconocible mérito profesional y valorado por la propia institución, pues en tal defensor se tiene a un buen elemento.

<sup>6</sup> Por supuesto, la libre elección se debe garantizar cuando el que tiene que defenderse desee hacerlo, pero cuando éste se niega a designar un defensor o no puede hacerlo por razones económicas, la autoridad que resolverá la legalidad del asunto debe otorgarle uno.

<sup>7</sup> Los Consejos de Disciplina son los que se instauran con el carácter de tribunales administrativos dentro de los planteles educativos navales, tal es el caso, a manera de ejemplo, de los que se contemplan en los artículos 80, fracción II, y 83 del Reglamento de la Escuela Médico Naval. Mientras que en su homólogo Reglamento de la Escuela Médico Militar, así como en otros planteles educativos del Ejército y Fuerza Aérea, no existen los Consejos de Disciplina, sino que sólo se forman Consejos de Honor.

respecta a la designación de defensa del acusado, rigen su procedimiento por sus reglamentos respectivos, a saber, el *Reglamento de la Junta de Almirantes, Consejos de Honor Superior y Ordinario*, y *Reglamento para la Organización y Funcionamiento de los Consejos de Honor en el Ejército y Armada Nacionales*, tal como se aprecia del siguiente cuadro:

Artículo 16 del Reglamento ...	
... de la Junta de Almirantes, Consejos de Honor Superior y Ordinario. (SEMAR)	... para la Organización y Funcionamiento de los Consejos de Honor en el Ejército y Armada Nacionales. (SEDENA)
<i>Al notificar por escrito al acusado su obligación de comparecer ante el Organismo, se le harán saber las faltas de que se le acusa, así como el derecho que tiene para designar su defensor, debiendo ser éste del mismo grado o superior, y de preferencia de su mismo Cuerpo o Servicio, pero en ningún caso de mayor grado que cualesquiera de los integrantes del Organismo; previniéndole que de no hacerlo, le será designado uno por el Presidente del Organismo, el Defensor será de la adscripción del Mando correspondiente. Tratándose de Clases y Marinería el defensor será Capitán u Oficial. Sólo en casos especiales, y previa autorización del Comandante General de la Armada, el acusado podrá designar su defensor de entre el personal que no resida en la sede del Mando a que esté adscrito, siempre que los pasajes y gastos de estancia corran por parte del propio acusado.</i>	<i>Cuando el Consejo se reúna para juzgar a algún acusado, se procederá en la forma siguiente: (Nombramiento de defensor). Reunido el Consejo y estando presente el acusado, el Presidente le tomará sus generales, lo exhortará a producirse con verdad y le manifestará que tiene derecho a nombrar defensor a algunos de los Jefes u Oficiales de la Corporación, Dependencia, Guarnición o Unidad a que pertenezca y que se encuentre presente en la audiencia, con exclusión de los miembros del Consejo. Si el acusado no nombrare defensor, el Presidente lo designará.</i>



Así las cosas, tenemos que los reglamentos procesales de los órganos disciplinarios sancionadores de las Fuerzas Armadas Mexicanas, prohíben que el defensor sea ajeno a la milicia nacional, es decir, que no sea civil, condicionando el ejercicio de la defensa a que corra a cargo de un militar, con nivel jerárquico de oficial,<sup>8</sup> y que además no sea superior en grado al presidente del órgano colegiado ante el cual se ejercerá la defensa del acusado.

Agregando el mencionado reglamento naval en su segundo párrafo que: *sólo en casos especiales y previa autorización*, el justiciable podrá escoger a quien lo defenderá *de entre el personal que no resida en la sede del mando al que esté adscrito*, pretendiendo supeditar este derecho de todo acusado a designar libremente a su defensor.

En dicho tenor, se considera útil citar el siguiente criterio judicial, que aun siendo referente a otra materia jurídica, versa en el fondo sobre el tema que se trata en este trabajo y, por ello, se considera de alcance ilustrativo y orientador.

*ABOGADO PATRONO. CONTRA LA NEGATIVA A SU DESIGNACIÓN PROCEDE AMPARO INDIRECTO. Conforme lo previene el artículo 114, fracción IV, de la Ley de Amparo, el rechazo del juez responsable a tener a la quejosa por designado a quien propone como su abogado patrono (figura jurídica prevista en el numeral 119 del Código de Procedimientos Civiles de Jalisco y que faculta a quien la acepta a que, en términos generales, realice “todos los actos*

<sup>8</sup> Sin siquiera mencionar a qué clase de militares se refiere según su situación, ya que las leyes orgánicas, tanto de la Armada de México como del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, establecen que los militares pueden ser: en activo, en retiro, con licencia, o en reserva. En el tema de las reservas militares es un tópico interesante, cuyo estudio estoy desarrollando y por su tecnicidad no tiene caso ahondar aquí, ya que es materia de otro estudio.

*procesales que le correspondan a quien lo designó, exceptuando la transacción, el desistimiento y los actos personalísimos”), sí constituye un acto de imposible reparación contra el que procede amparo indirecto, habida cuenta que esa actitud sí afecta las garantías individuales de aquélla, porque sus efectos no se destruyen con la obtención de un fallo favorable, sino que dejan huella en su esfera jurídica, pues ni aun siéndole benéfica la sentencia de primera instancia se destruiría tal perjuicio, ya que todo el proceso se seguiría sin haber tenido la promovente la facultad de que en él hubiera estado representada por un abogado patrono, infringiéndosele de esa manera dos de las cuatro garantías específicas de que se compone la de audiencia prevista en el artículo 14 constitucional, justo las referentes al juicio previo a la privación (puesto que entonces la afectada no tendría plena injerencia en producir su defensa al no contar con su abogado asesor) ya que en el juicio se observarían las formalidades esenciales (se le privaría del derecho a que la defendiera un especialista en la materia). Además, según se desprende de los artículos 1082 y 1083 del Código de Comercio, en caso de que existiera condena en costas, en la sentencia respectiva debe establecerse que la parte que pierde debe resarcir a la que obtuvo de los honorarios del abogado patrono de que se hubiere asistido cuando éste fuere titulado. Consiguientemente, ni aun en la hipótesis de serle favorable la sentencia se le subsanaría dicha violación, toda vez que al no habersele tenido como abogado patrono a la persona que designó, en tal fallo no se condenaría al pago de los honorarios de éste, sino que tendría que desembolsar de su propio bolsillo el dinero suficiente para satisfacer dichos servicios*

*profesionales, lo que indudablemente trascendería en una afectación en sus bienes, constituyendo una infracción a uno de los derechos esenciales que tutela la Carta Magna en el referido numeral 14, pues nadie le devolvería el dinero que hubiere erogado.*<sup>9</sup>

En esa tesitura, resulta evidente que más de allá de materia, es un principio general de Derecho Procesal, el que la defensa legal debe ser libremente escogida, tanto por quien la pide como por quien la ha de brindar, ya que la libre elección de defensor, que sea especialista en la materia, son dos de los cuatro requisitos de la garantía de audiencia.

Ahora bien, como ya se demostró, en el mismo sentido restrictivo se manifiesta el denominado *Reglamento para la Organización y Funcionamiento de los Consejos de Honor en el Ejército y Armada Nacionales* en su artículo 16.

Así las cosas, tanto en lo relativo al Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, como en lo tocante a la Armada de México, estamos ante una misma situación de restricción al derecho a contar con una defensa legal adecuada, que no es otra cosa que la defensa técnica y libremente escogida, lo cual resulta ilegal por parte de dichos reglamentos marciales, al quebrantar disposiciones que están muy por encima del Derecho Castrense.

### III. La defensa legal como derecho humano

Conforme a lo anterior, es de señalarse que si bien es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ordena, en su artículo 13, que subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, y que tal precepto implica la facultad de regirse

<sup>9</sup> Octava Época, registro 214619, instancia Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis aislada, fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XII, octubre de 1993, materia(s) Común, página 387.

internamente conforme a reglas propias, éstas no pueden rebasar el marco jurídico superior, como lo son la Constitución y los tratados internacionales, ya que así lo ordena la jerarquía normativa vigente en México, derivada del postulado doctrinal de Hans Kelsen, principio jurídico rector que es universalmente aceptado, tanto por la ley como por la jurisprudencia.

Adicionalmente, tenemos que si bien es cierto que la doctrina jurídica establece diferencias entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, también es cierto que, por cuanto hace a la especialidad sancionadora del Derecho Administrativo, al establecerse sanciones, estamos hablando de *penas*, lo cual es precisamente la materia constitutiva del *ius puniendi*, materia prima del Derecho Militar.

Así, es de considerarse que sobre este tema la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se decantó como sigue:

*RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS EN LA LEY FEDERAL RELATIVA TAMBIÉN SE RIGEN POR EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY QUE IMPERA EN LAS DE CARÁCTER PENAL, AUN CUANDO SEAN DE DIVERSA NATURALEZA. La marcada diferencia entre la naturaleza de las sanciones administrativas y las penales, precisadas en la exposición de motivos del decreto de reformas y adiciones al título cuarto de la Constitución Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, en los artículos que comprende dicho título y en la propia Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, con base en la cual se dispone que los*

*procedimientos relativos se desarrollarán en forma autónoma e independiente, no significa que en el ámbito sancionador administrativo dejen de imperar los principios constitucionales que rigen en materia penal, como es el relativo a la exacta aplicación de la ley (nullum crimen, sine lege, y nullapoena sine lege), que constituye un derecho fundamental para todo gobernado en los juicios del orden criminal, garantizado por el artículo 14 de la Constitución Federal, sino que tal principio alcanza a los del orden administrativo, en cuanto a que no se podrá aplicar a los servidores públicos una sanción de esa naturaleza que previamente no esté prevista en la ley relativa. En consecuencia, la garantía de exacta aplicación de la ley debe considerarse, no sólo al analizar la legalidad de una resolución administrativa que afecte la esfera jurídica del servidor público, sino también al resolver sobre la constitucionalidad de la mencionada ley reglamentaria, aspecto en que se aborda la violación a los principios de legalidad y seguridad jurídica previstos por los artículos 14 y 16 constitucionales con los que aquél guarda íntima relación.*<sup>10</sup>

Y con esto, de facto dejó atrás el criterio plasmado en su tesis aislada de 1996 intitulada *ARMADA DE MÉXICO. PERSONAL NAVAL MILITAR. EL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL ES INAPLICABLE RESPECTO DE LOS PROCESOS SEGUIDOS EN SU CONTRA POR LA JUNTA DE ALMIRANTES Y CONSEJOS DE HONOR*.<sup>11</sup> En el que se expresaba lo siguiente:

<sup>10</sup> Tesis aislada 2a.CLXXXIII/2001, Novena Época, registro 188745, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIV, septiembre de 2001, materias Constitucional, Administrativa, página 718.

<sup>11</sup> Tesis aislada 2ª III/96, Novena Época, materias Constitucional, Penal, Administrativa, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo III, enero de 1996, página 74, registro 200661.

*...Tratándose de la Armada de México, la Ley de Disciplina de dicha institución, en sus artículos 48, 52 y 70, dispone que las faltas cometidas por el personal naval militar perteneciente a la Armada serán castigadas de acuerdo con su magnitud y la jerarquía del infractor, con los diversos correctivos disciplinarios que enumera el artículo 52, y que van desde una amonestación hasta la baja del servicio activo, correspondiendo conocer de las faltas leves a los mandos y de las faltas graves, que den lugar a los correctivos disciplinarios consistentes en cambio de adscripción, suspensión de los derechos escalafonarios, pase a depósito y baja del servicio activo, a los organismos disciplinarios denominados: Junta de Almirantes, Consejo de Honor Superior y Consejo de Honor Ordinario, ... Lo anterior permite concluir que el artículo 20 constitucional es inaplicable a los procesos instituidos por el reglamento de estos organismos disciplinarios para el conocimiento de las faltas graves cometidas por el personal naval militar de la Armada de México, por no tratarse de procesos de orden penal, sino de procedimientos administrativos para calificar la procedencia o improcedencia de la recomendación de imponer un correctivo disciplinario por la supuesta comisión de una falta grave que no constituye delito ...*

Entonces, aunque este criterio fue dado en 1996 y ratificado por la misma Sala en enero del año 2000,<sup>12</sup> en el sentido de que los procedimientos administrativos sancionadores no eran susceptibles de regirse por los principios jurídicos aplicables al Derecho Penal, como ya se

<sup>12</sup> Tesis de mismo título a la de 2ª III/96, pero con el número 2ª 334/2000 y la siguiente genealogía: Novena Época, Segunda Sala, Tesis aislada No 2ª 334/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo III, enero de 1996, materia Constitucional, página 74, Segunda Sala, Tesis 2a. III/96, registro IUS 901007.

vio, posteriormente en el mes de julio del mismo año 2000, la opinión de los mismos Ministros cambió y rectificó el criterio hacia la protección jurídica en todo aquel procedimiento que implicase pena de cualquier naturaleza. Por lo que al ser más reciente la norma es la más lógicamente aplicable, aunque en estricto derecho ambas lo son, dependiendo del sentido que se le quiera dar en los intereses de un caso determinado, mientras esta cuestión no se dilucide por la propia Suprema Corte y genere la correspondiente jurisprudencia por contradicción de criterios.<sup>13</sup>

Sin embargo, el sentido de la resolución que habrá de darse en su momento seguro atenderá en observancia de que el criterio más reciente y más protector tienen mayor fuerza, ya que en primer lugar, los principios generales del derecho dictan que *la norma posterior deroga a la anterior*<sup>14</sup> y, en segundo lugar, porque el mencionado criterio más reciente adquirió una tendencia *pro homine*<sup>15</sup> y, por ende,

<sup>13</sup> Situación que ya acontece por medio de la denuncia de contradicción de tesis ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, presentada por el suscrito autor conforme al artículo 197-A de la Ley de Amparo en vigor; ya que además de los criterios aquí mencionados, se estima que existe contradicción entre las tesis sustentadas por el Segundo y Cuarto Tribunales Colegiados en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver los amparos en revisión números 170/2015 y 447/2015, respectivamente, al resolver sobre los alcances del derecho de defensa en el fuero de guerra, el primero ante un Consejo de Honor del Ejército y, el segundo, ante un Consejo de Honor Ordinario de la Armada.

<sup>14</sup> Siempre y cuando, recuérdese, que la norma posterior no suprima derechos ya devengados, es decir, que no se reforme una ley para perjudicar a quien ya se le está aplicando, pues lo prohíbe el artículo 14 constitucional como garantía de irretroactividad de la ley, conforme al principio jurídico romano de *Non reformatio in peius*.

<sup>15</sup> Locución latina que significa: a favor del hombre. También conocido como principio *pro personae*, con la misma acepción. Este axioma establece que en la formulación, aplicación e interpretación del Derecho, siempre debe tenderse a la protección más amplia en favor de los derechos del justiciable. Dicho principio está exhaustivamente precisado en la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte de Justicia, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

un alcance mayor en la protección de los derechos del justiciable, pues de lo contrario se sostendría de nuevo que los procedimientos administrativos castrenses pueden imponer sanciones con base en condiciones que se hallan al margen del debido proceso legal, lo que es riesgoso para el militar sujeto de reproche, ya que pues puede imponérsele una pena administrativa de trascendencia para su persona, pues cuando un órgano jurisdiccional castrense interviene en el conocimiento de un asunto, se está sobre la base de que ha de juzgarse lo que se presume una falta grave a la disciplina militar y, como tal, la sanción correspondiente puede, incluso, llegar a ser la baja del militar.<sup>16</sup>

En tal orden de ideas, ya que ha sido aclarado que existe la idea en la Suprema Corte de que los procedimientos administrativos sancionadores que se instruyan contra los servidores públicos –entre ellos, los miembros de las fuerzas armadas–<sup>17</sup> por infringir las leyes administrativas a las que estén sujetos, como las del fuero de guerra, independientemente de que de ellos conozcan tribunales penales o administrativos, los órganos deliberativos marciales, deben regirse por los principios, derechos y obligaciones del *ius puniendi*, por lo que debe entonces tomarse en cuenta que la Constitución nacional, en su artículo 20, apartado B, fracción VIII, refiriéndose a la persona imputada<sup>18</sup> dice:

*VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido*

<sup>16</sup> Esto en concordancia con los artículos 1 y 13 del Reglamento de la Junta de Almirantes y Consejos de Honor Superior y Ordinario.

<sup>17</sup> Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 2018.

<sup>18</sup> Debe tenerse en cuenta que, por *imputada*, en su sentido genérico, puede entenderse toda aquella persona a quien se le acuse de haber infringido la ley, por lo que es aplicable ante acusaciones criminales o administrativas.



*para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y ...*

Lo cual implica que para la defensa adecuada ante un procedimiento punitivo –incluyendo a los de carácter administrativo sancionador– debe efectuarse por un profesional del Derecho cuando el acusado no decida defenderse a sí mismo o mediante una persona de su confianza, lo que se encuentra sustentado por el Poder Judicial de la Federación en sus tesis XXIII.1º.J/16 y XXIII.1º.J/17 de 1999.<sup>19</sup>

#### **IV. El ejercicio de la defensa legal como derecho del abogado**

En la misma tesitura, es de invocarse que en el instrumento legal internacional firmado y ratificado por nuestro país denominado *Principios básicos sobre la función de los abogados*<sup>20</sup> se expresa que: *los gobiernos procurarán que se establezcan procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer posible el acceso efectivo a la asistencia letrada de todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción.*<sup>21</sup> Y aunque si bien es cierto que estos axiomas dimanen de una fuente del Derecho Internacional de tipo *soft law*,<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Tesis jurisprudenciales visibles en Ortiz Treviño, R. G.: *La seguridad...* cit., pp. 290-291 y 304-305.

<sup>20</sup> *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*. Proclamados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. La Habana, Cuba, 1990, Tratado adoptado por México el 7 de septiembre de 1990.

<sup>21</sup> *Idem*, artículo 2.

<sup>22</sup> El término inglés *Soft Law*, como su traducción literal lo indica, es lo que en español sería *derecho suave*, es decir, una norma no coercitiva. En el derecho internacional, existen dos tipos de normas: los tratados y convenciones que

recordemos que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8, relativo a las garantías judiciales dicta lo siguiente:

*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

Y por si ello no bastase para quien desconozca el alcance del Derecho Internacional y su jerarquía normativa por adopción en nuestro Derecho Interno, es de mencionarse que lo aquí sostenido es plenamente aplicable en México de conformidad con el artículo 133 constitucional<sup>23</sup> y la tesis P. LXXVII/99 del Pleno de la SCJN.<sup>24</sup>

son completamente obligatorios; y, las declaraciones y principios que no son coercibles; radicando la diferencia entre unos y otros, en que mientras los primeros son *compromisos* adquiridos y, por ende, exigibles; los segundos declaran *intenciones y voluntades* de comportarse en determinada forma.

<sup>23</sup> Artículo 133. 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>24</sup> TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Novena Época, registro 192867, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, noviembre de 1999, página, 46. Así como la tesis de rubro TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. P. IX/2007, Novena Época, registro 172650, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXV, abril de 2007, materia Constitucional, página 6.



Así, es claro que resulta un principio supremo en materia de seguridad jurídica, el hecho de que cuando una persona sea sometida a la jurisdicción de algún órgano del Estado en cualquier materia, ésta debe contar con *asistencia letrada*, es decir, con un profesional del Derecho de su libre elección.

Por otra parte, pero en el mismo sentido de negar la legalidad de los ordinales decimosextos, tanto del *Reglamento de la Junta de Almirantes, Consejos de Honor Superior y Ordinario de la Armada de México*, como del *Reglamento para la Organización y Funcionamiento de los Consejos de Honor en el Ejército y Armada Nacionales*, a la luz de la Constitución Federal y los tratados internacionales, debe apreciarse que el artículo 5 constitucional, respecto del ejercicio del derecho al trabajo, ordena que a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión que le acomode mientras sea lícita y, en todo caso, esa libertad de profesión sólo puede vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de terceros, o por resolución gubernativa dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

Por ende, es de notarse que el artículo 16 de cada reglamento en comento, no solamente afecta al militar que quiere defenderse mediante los servicios de un licenciado en Derecho de su confianza y no se le permite, sino que también causa agravio al abogado que está dispuesto a aceptar el nombramiento y ejercer el cargo de defensor ante un tribunal de ley, pues los reglamentos militares aquí analizados se los prohíbe expresamente, contraviniendo incluso al carácter vinculante y al *imperium* que representa una cédula profesional legalmente expedida por el Estado mexicano.

Con base en lo anterior, estamos ante una hipótesis normativa que discrimina y soslaya los derechos de

un profesional del Derecho, de personalidad civil, que trabaja para cobrar honorarios y así garantizar su existencia y la de los suyos, lo cual resulta evidentemente violatorio de los artículos 1, 5 y 133 constitucionales.

En primer lugar, porque el artículo 5 constitucional y su ley reglamentaria, garantiza el ejercicio del trabajo de la abogacía, condicionándolo únicamente a la previa obtención de una cédula profesional con efectos de patente que el mismo Estado otorga como autorización, por ello, una vez que se han cumplido los requisitos legales para ejercer la licenciatura en Derecho, resulta ilógico que el mismo Estado que la otorga y reconoce por mandato legal a través del Poder Legislativo, pretenda reducir o menoscabar esa autorización oficial mediante una disposición reglamentaria aplicable al ejercicio institucional de una pequeña porción del aparato público administrativo federal, como lo son las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina Armada de México.

En segundo lugar, porque en sus artículos 1 y 133, nuestra Carta Magna ordena la prohibición del trato discriminatorio y compele a la observancia de la misma y los tratados internacionales adoptados por México por encima de cualquier ley general, federal, estatal, municipal o reglamentos.

Y en ese orden de ideas, es de señalarse que el artículo 19 del referido tratado sobre la función de los abogados, expresa en su artículo 19 lo siguiente:

*Ningún tribunal ni organismo administrativo ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por un abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente, salvo que el abogado haya sido inhabilitado de conformidad con las leyes y prácticas nacionales y con estos principios.*

Visto lo anterior, es claro que resulta en una regla plenamente aplicable a los tribunales administrativos sancionadores del fuero militar, además de que los artículos 13, inciso c); 16, inciso a); y, 19 del citado tratado internacional establecen respectivamente, que es un derecho y una obligación de todos los abogados asistir a sus clientes ante los tribunales judiciales y otros organismos administrativos cuando corresponda, y desempeñar sus funciones sin obstáculos ni interferencias indebidas.

Por todo lo anterior y visto que resulta fundada la afirmación de ilegalidad de los artículos 16 del Reglamento de la Junta de Almirantes, Consejos de Honor Superior y Ordinario, y del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de los Consejos de Honor en el Ejército y Armada Nacionales, es de sostenerse que los argumentos vertidos en este trabajo, son cabalmente aplicables a favor del derecho de defensa ante los Consejos de Honor en el fuero de guerra.

## V. Conclusión

El derecho de defensa, sólo se satisface cuando se trata de una de carácter técnico y libremente elegida, lo cual es indispensable para el mantenimiento de la legalidad y la legitimidad del Derecho punitivo y, en sí, del Derecho en general, por lo que deben reformarse los artículos 16 del Reglamento de la Junta de Almirantes y Consejos de Honor Superior y Ordinario, y del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de los Consejos de Honor en el Ejército y Armada Nacionales, instrumentos que forman parte de la legislación interna de las Secretarías de Marina Armada de México y de la Defensa Nacional, respectivamente. Lo anterior debe hacerse de conformidad con los artículos 1, 5 y 20, apartado B, fracción VIII, y

133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como de acuerdo con los artículos 1 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; con los artículos 2, 13, inciso c), 16, inciso a) y 19 del Tratado de Principios Básicos sobre la Función de los Abogados; y, artículos 2, 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, a efecto de adecuarse a la normatividad obligatoria suprema y adentrarse así en el marco de la legalidad que se exige a México y sus fuerzas armadas.

## Bibliografía

- *Código de Justicia Militar*, 2015 y 2016.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2018.
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
- *Ley de Amparo*, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018
- *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*.
- *Ley Reglamentaria del Artículo 5° Constitucional*, relativo al ejercicio de las profesiones.
- Ortiz Treviño, Rigoberto Gerardo: *La seguridad jurídica. Los derechos humanos en la jurisprudencia mexicana*. Editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2004.
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, proclamados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. La Habana, Cuba. 1990. Tratado adoptado por México el 7 de septiembre de 1990.
- *Reglamento de Escuela Médico Naval*.

- *Reglamento de la Escuela Médico Militar.*
- *Reglamento de la Junta de Almirantes y Consejos de Honor Superior y Ordinario.*
- *Reglamento para la Organización y Funcionamiento de los Consejos de Honor en el Ejército y Armada Nacionales.*
- *Semanario Judicial de la Federación XII*, octubre de 1993, materia(s): Común, página 387.
- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, noviembre de 1999, página 46.
- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIV, septiembre de 2001, materias: Constitucional, Administrativa, página 718.
- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXV, abril de 2007, materia: Constitucional, página 6.
- Soberanes Fernández, José Luís e Islas Colín, Alfredo: *Locuciones latinas jurídicas*. Editorial Porrúa en coedición con la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2008.

### Actividades de capacitación

Durante el segundo semestre del año 2018, el desarrollo de la capacitación en el Instituto Federal de Defensoría Pública, se vio reflejado conforme a las siguientes actividades:

En el mes de agosto se retomaron las clases de las *Especializaciones en Defensa Penal y Asesoría Jurídica*, ciclo 2018. Se dio inicio al módulo IV, en el que se impartieron las materias de: Amparo Penal y Procedimiento Penal Nacional I para los alumnos de defensa; y, Amparo Civil y Mercantil, así como Amparo Administrativo para los alumnos de asesoría. El 17 de septiembre dio inicio el módulo V, en este último módulo se impartieron las materias de: Procedimiento Penal Nacional II para los alumnos de defensa; Derecho Fiscal para los de asesoría; así como Actualización Jurisprudencial y Tratados Internacionales para ambos grupos. Por otra parte, el 29 de noviembre, ante la presencia de los integrantes de la Junta Directiva, se llevó a cabo la ceremonia de clausura de las Especializaciones, en la que se hizo entrega del diploma y constancia de calificaciones a los alumnos que aprobaron todas las materias.

Siguiendo con el programa de capacitación en materia de justicia para adolescentes, tuvo lugar la impartición a defensores públicos federales del *Curso de Especialización en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, grupo 4*, en la sede central del Instituto de la Judicatura Federal, del 13 al 31 de agosto de 2018, con la participación de 50 defensores provenientes de todas las Delegaciones del Instituto Federal de Defensoría Pública.

En la misma línea de capacitación, del 24 al 28 de septiembre se llevó a cabo el *Curso de Actualización de*

*Criterios en Ejecución Penal, grupo 1*, en la sede central del Instituto de la Judicatura Federal, con la participación de 40 defensores públicos federales; el grupo 2 de este mismo curso se impartió a un conjunto de 41 defensores, durante la semana del 12 al 16 de noviembre.

Del 24 al 26 de octubre se desarrolló el *Primer Encuentro Nacional de Operadores del Sistema Penitenciario y Derechos Humanos* en el Estado de Morelos. El IFDP tuvo presencia a través de 10 defensores públicos federales adscritos a esa Delegación, además de una participación como ponente de un defensor público federal.

Por invitación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el IFDP participó durante todo el mes de octubre, en la *Jornada de Discusión la Ejecución de Sanciones en el NSJP*, que se realizó en 45 sedes de la Casa de la Cultura Jurídica, contemplando casi toda la República Mexicana. Participaron 45 defensores públicos federales adscritos a las Delegaciones del Instituto.

En el mes de noviembre, se impartió un curso intensivo a los titulares de las Delegaciones del Instituto y a los Directores de Prestación del Servicio de Defensa Penal y Asesoría Jurídica en la Ciudad de México, cuyo objeto fue ampliar sus conocimientos para el desarrollo de habilidades de dirección y administración, desarrollándose temas relativos a la administración del capital humano, desarrollo de competencias directivas, así como liderazgo y solución de conflictos. Dicho curso se llevó a cabo del 26 al 29 del mes mencionado.

Finalmente, del lunes 3 al viernes 7 de diciembre, 13 asesores jurídicos y 9 defensores públicos federales participaron en el *Ciclo de Conferencias “La detención sin control judicial de personas migrantes y el desplazamiento forzado: una mirada desde la caravana migrante”*, que se llevó a cabo en las instalaciones del Instituto de la Judicatura Federal.

Instituto Federal de Defensoría Pública

Encargado del Despacho de la Dirección General  
Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz

Junta Directiva

Ministro en retiro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia  
Doctora Mónica González Contró  
Doctor Héctor Arturo Hermoso Larragoiti  
Doctor Gonzalo Moctezuma Barragán  
Doctor Alfonso Tirso Muñoz de Cote Otero  
Maestro Miguel Pérez López

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Jorge Rivero Ortiz  
Unidad de Defensa Penal y Evaluación del Servicio

Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz  
Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio

Licenciada Susana Paczka Carmona  
Unidad de Supervisión y Control de Defensa  
Penal y Asesoría Jurídica

C.P. Silvia Madrigal Bueno  
Unidad de Apoyo Operativo

*El diseño y la formación de este volumen  
estuvieron a cargo de la Dirección  
General de Comunicación Social del  
Consejo de la Judicatura Federal.*