

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

**Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia
de los Estados Unidos Mexicanos**

**COMISIÓN NACIONAL DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
MESA DIRECTIVA 2007 – 2009**

Mgdo. Lic. José Castillo Ambriz

**Presidente de la CONATrib, del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo
de la Judicatura del Estado de México y Titular de la Subcomisión de
Educación Judicial de la CONATrib**

Mgdo. Lic. Max Gutiérrez Cohen

**Presidente del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo del Poder Judicial
del Estado de Sonora
Vicepresidente de la CONATrib en la Zona Norte**

Mgda. Lic. Alma Carolina Viggiano Austria

**Presidenta del H. Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Hidalgo**

**Vicepresidenta de la CONATrib en la Zona Centro y,
Titular de la Subcomisión de Planeación de la CONATrib**

Mgdo. M. en D. Celso Rodríguez González

**Presidente del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Jalisco**

Vicepresidente de la CONATrib en la Zona Norte Centro

Mgdo. Lic. Rodolfo Campos Montejo
Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Tabasco
Vicepresidente de la CONATRIB en la Zona Sur

Mgdo. Lic. J. Apolonio Betancourt Ruiz
Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Durango
Vocal de la CONATRIB en la Zona Norte

Mgdo. M. en D. Fernando Arreola Vega
Presidente del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo del Poder Judicial
del Estado de Michoacán
Vocal de la CONATRIB Zona Centro

Mgda. Lic. Leonor Varela Parga
Presidenta del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas
Vocal de la CONATRIB en la Zona Norte Centro

Mgda. Lic. Lizbeth Loy Song Encalada
Presidenta del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Quintana Roo
Vocal de la CONATRIB en la Zona Sur

Mgdo. Lic. José Ángel Paredes Echavarría
Presidente del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Campeche
Titular de la Subcomisión de Asuntos Internacionales de la CONATRIB

Mgdo. Lic. Isaías Mejía Ávila
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México
Tesorero de la CONATRIB

Mgdo. Baruch F. Delgado Carbajal
Coordinador Administrativo del Consejo de la Judicatura
del Estado de México
Secretario Técnico de la CONATRIB

**INTEGRANTES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TRIBUNALES
SUPERIORES DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

Mgdo. Lic. Juan Arturo Muñiz Candelas

**Presidente del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Aguascalientes**

Mgda. Lic. María Esther Rentería Ibarra

**Presidenta del H. Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Baja California**

Mgdo. Lic. Ignacio Bello Sosa

**Presidente del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado
de Baja California Sur**

Mgdo. Lic. José Ángel Paredes Echavarría

Presidente del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Campeche

Mgdo. Lic. Juan Gabriel Coutiño Gómez

Presidente de la Magistratura Superior del Estado de Chiapas

Mgdo. M. en D. Rodolfo Acosta Muñoz

Presidente del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua

Mgdo. Lic. Gregorio Alberto Pérez Mata
Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Coahuila

Mgdo. Lic. José Alfredo Jiménez Carrillo
Presidente del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Colima

Mgdo. Dr. Edgar Elias Azar
Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo
de la Judicatura del Distrito Federal

Mgdo. Lic. J. Apolonio Betancourt Ruiz
Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Durango

Mgdo. Lic. José Castillo Ambriz
Presidente de la CONATrib, Presidente del Tribunal Superior de Justicia y
del Consejo de la Judicatura del Estado de México

Mgda. Lic. María Raquel Barajas Monjarás
Presidenta del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Guanajuato

Mgdo. M. en D. Edmundo Román Pinzón
Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Guerrero

Mgda. Lic. Alma Carolina Viggiano Austria
Presidenta del H. Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Hidalgo

Mgdo. M. en D. Celso Rodríguez González
Presidente del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Jalisco

Mgdo. M. en D. Fernando Arreola Vega
Presidente del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo del Poder Judicial
del Estado de Michoacán

Mgdo. Lic. Ricardo Rosas Pérez
Presidente del H. Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Morelos

Mgdo. Lic. Jorge Armando Gómez Arias
Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Nayarit

Mgdo. Lic. Gustavo Adolfo Guerrero Gutiérrez
Presidente del H. Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Nuevo León

Mgdo. Lic. Héctor Anuar Mafud Mafud
Presidente del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca

Mgdo. Lic. León Dumit Espinal
Presidente del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla

Mgda. Lic. Lizbeth Loy Song Encalada
Presidenta del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Quintana Roo

Mgdo. Lic. Salvador Ávila Lamas
Presidente del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de San Luis Potosí

Mgdo. Lic. Canuto Alfonso López López
Presidente del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Sinaloa

Mgdo. Lic. Max Gutiérrez Cohen
Presidente del H. Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo del Poder
Judicial del Estado de Sonora

Mgdo. Lic. Rodolfo Campos Montejo
Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Tabasco

Mgdo. Lic. Alejandro Etienne Llano
Presidente del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Tamaulipas

Mgdo. Lic. Luis Aquiahuatl Hernández
Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala

Mgdo. Lic. Reynaldo Madruga Picazzo
Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de Veracruz

Mgdo. Lic. Ángel Francisco Prieto Méndez
Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán

Mgda. Lic. Leonor Varela Parga
Presidenta del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas

GRUPO DE TRABAJO

Dr. Carlos F. Natarén Nandayapa

Coordinador

Mgdo. Carlos Emilio Arenas Bátiz

Mgdo. Armando Ávalos Arellano

Dr. José Antonio Caballero Juárez

Mtra. Susana Gabriela Camacho Maciel

Mtro. Raúl Carrillo del Muro

Lic. Nimrod Mihael Champo Sánchez

Mgdo. Baruch F. Delgado Carbajal

Juez María del Rosario Garza Alejandro

Dr. José Daniel Hidalgo Murillo

Mgdo. Crescencio Martínez Geminiano

Juez María Alejandra Ramos Durán

Mgdo. Miguel Ángel Rodríguez Vázquez

Juez Daniel Urrutia Laubreaux

Magda. Virginia Valdés Chávez

Mgdo. Gonzalo Antonio Vergara Rojas

Dr. Jorge Witker Velázquez

Contenido

I. INTRODUCCIÓN	xiii
II. METODOLOGÍA	xxi
III. CONTENIDO DEL CÓDIGO	xxv
A) Principios, derechos y garantías.....	xxv
B) Sujetos procesales	xxviii
Ministerio Público.....	xxix
Policía.....	xxix
Víctima	xxx
Imputado	xxxi
Defensores.....	xxxiii
C) Etapas Procesales	xxxv
1. Etapa de investigación.....	xxxvi
2. Etapa intermedia o de preparación al juicio	xxxviii
3. Etapa de Juicio Oral	xl
4. Etapa de Impugnación	xliii
5. Etapa de ejecución de la sentencia	xliv
D) Vinculación a Proceso	xlviii
1. La errónea identificación de la vinculación con los Autos de Plazo Constitucional: lo que no es la vinculación a proceso	xlviii
2. No tiene el mismo contenido de la decisión.....	l
3. Parámetros probatorios distintos que requieren una valoración probatoria fundada en el método de la sana crítica	lv
4. Las dificultades para incorporar al nuevo proceso penal acusatorio a la figura de la vinculación a proceso.	lvii
5. La propuesta del Código Modelo CONATRIB	lix

E) Libertad del Imputado y Medidas Cautelares.	lxv
F) Criterios de oportunidad	lxvii
G) Suspensión condicional del proceso	lxxi
H) Justicia Restaurativa.....	lxxiii
I) Procedimiento abreviado	lxxiv
J) Prueba Anticipada	lxxvi
K) Reparación del daño.....	lxxviii
L) Acción penal de particulares	lxxxi

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 es la propuesta de cambio más importante al sistema de justicia penal desde que el Constituyente de 1916-1917 buscó remediar los vicios y corruptelas de la justicia porfirista y estableció un nuevo proceso penal que transformó las instituciones existentes hasta ese momento¹.

¹ De la lectura del Diario de Debates es evidente que el Constituyente decidió con la Carta de 1917 fortalecer la vigencia de las garantías individuales en el proceso penal a través de una reforma integral, basta considerar las implicaciones de desaparecer al, hasta ese momento, todo poderoso *juez de instrucción*. Esta finalidad puede apreciarse en la descripción crítica de la justicia penal que se encuentra a lo largo del discurso de Carranza. Veamos uno de los primeros párrafos que justificaban la redacción del nuevo artículo 20:

“El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantada la dominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada, sin que nadie se haya ocupado de mejorarla. Diligencias secretas y procedimientos ocultos de que el reo no debería tener conocimiento, como si no se tratase en ellos de su libertad o de su vida; restricciones del derecho de defensa impidiendo al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra, como si se tratase de actos indiferentes que de ninguna manera podrían afectarlo y, por último, dejar la suerte de los reos casi siempre entregada a maquinaciones fraudulentas y dolosas de los escribientes, que por pasión o vil interés alteraban sus propias declaraciones, las de los testigos que deponían en su contra, y aún la de los testigos que deponían a su favor.”

De hecho, el proyecto presentado busca expresamente “remediar estos males” a través del establecimiento de las nuevas garantías depositando buena parte de sus esperanzas en el fortalecimiento del principio acusatorio a través del nuevo papel del Ministerio Público. Cfr. “Exposición de Primer Jefe del Ejército Constitucionalista”, *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, viernes 1º. de diciembre de 1916, *passim*, párrafo de las páginas 263-264.

En efecto, el importante momento histórico en que nos encontramos está llamado a tener profunda trascendencia en el proceso penal mexicano del siglo XXI, puesto que con esta reforma el Poder Revisor de la Constitución apuesta por la *transformación integral del sistema de justicia penal*, en tanto no continúa en la línea de las reformas parciales, sino que propone modificar sustantivamente las instituciones y los principios vigentes para proponer el establecimiento de un proceso penal acusatorio².

De este proceso de transformación debe destacarse una característica que lo distingue: por primera vez en la historia de México una reforma de esta envergadura tiene su referencia en la práctica de los Estados de la Federación y no surge como una propuesta creada desde los Poderes Federales, con lo que se fortalece así la vocación federalista de nuestro país, que se consolida diariamente gracias a la valentía de los Estados para adoptar respuestas innovadoras a los problemas de sus ciudadanos.

Por otra parte, la reforma constitucional para establecer el sistema penal acusatorio tiene un componente democrático muy importante: responde a la necesidad de que el proceso penal se convierta en un instrumento de protección de los derechos fundamentales, en otras palabras, que el proceso penal sea, a su vez, un instrumento que garantice la vigencia y eficacia de las garantías individuales³. En este sentido, la reforma responde al extendido reclamo social de eficiencia en la procuración y administración de justicia y

² Si esta reforma tiene éxito en su implementación entonces no sólo se tratará de la más importante en los últimos cien años sino que será la reforma al sistema de justicia penal más significativa en los últimos siglos, desde la Colonia.

³ Sobre este punto puede recordarse la clásica cita de Goldschmidt "El proceso penal es el termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de una constitución" 1935, p. 67.

reconoce que la legitimidad en el ejercicio del poder público en un Estado Democrático de Derecho requiere fortalecer la protección de los derechos fundamentales⁴.

En este contexto, debe subrayarse que, aunque la mayor parte del debate público sobre la reforma está centrado en los proyectos dirigidos a la reforma del sistema de justicia federal, el proceso penal en los Estados de la Federación en muchos aspectos puede ser más importante que la reforma en el ámbito federal.

Esta trascendencia del proceso penal en los Estados de la Federación se puede justificar, entre otras muchas y válidas razones, por dos de especial importancia: en primer lugar, porque la mayoría de procesos penales que se realizan en este país se tramita en la justicia local; en segundo lugar, porque en este momento, los consensos políticos para avanzar en favor de la reforma se han alcanzado en el ámbito de los Estados, lo que contrasta en buena medida con las dificultades en el ámbito federal.

Por lo que respecta a la primera de las razones señaladas debe recordarse que la competencia de los Tribunales de los Estados es residual, en otras palabras, lo que no es competencia federal en materia criminal corresponde a las entidades de la Federación y considerando que la forma de calificar a un delito como federal⁵ implica un filtro rígido, es evidente que la cantidad de trabajo que le corresponde a las entidades es muy amplia y lleva a que conozcan de la mayoría de los casos en que un ciudadano tiene contacto con el proceso penal. La cara de la Justicia en México es la de la Justicia de los Estados.

⁴ Sobre la función de los Derechos Fundamentales véase Natarén Nandayapa, Carlos F., *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, en especial el capítulo I.

⁵ Recuérdese las reglas establecidas en el Artículo 50 LOPJF.

Por otra parte, es evidente que los consensos para obtener reformas a los sistemas de justicia penal se han obtenido en el ámbito de los Estados de la Federación. En este sentido la reforma por su gestación implica un hito en nuestro constitucionalismo, puesto que una de las *partes más importantes*⁶ de esta reforma constitucional tiene sus antecedentes en los procesos reformadores de Nuevo León, Estado de México, Chihuahua y Oaxaca así como en las prácticas de justicia restaurativa que prácticamente todos los Tribunales Superiores de Justicia han venido desarrollando a lo largo del país. Hasta este momento⁷ están vigentes amplias reformas al proceso penal o nuevos códigos en los Estados de Nuevo León, Estado de México, Chihuahua y Oaxaca. Así como los nuevos códigos procesales penales aprobados y próximamente a iniciar su vigencia en los Estados de Morelos, Zacatecas y Baja California. Debe enfatizarse que este conjunto de entidades realizaron las reformas referidas en fecha anterior –en dos de los casos con casi cuatro años de adelanto-- a la reforma constitucional.

Este hecho convierte a las entidades en la vanguardia del proceso penal en México y, al mismo tiempo, en una especie de banco de pruebas o de “laboratorio” para ver cómo funcionan las nuevas instituciones jurídicas –lo que en muchos casos implica un “trasplante jurídico”⁸—del sistema acusatorio en nuestro país a partir de nuestras

⁶ Nos referimos a la parte que es denominada en los artículos transitorios (a partir del segundo transitorio) de la reforma constitucional como “Sistema procesal penal acusatorio”.

⁷ Hasta el mes de septiembre de 2008.

⁸ Aunque se ha señalado que la metáfora del trasplante en el derecho comparado puede ser sustituida –en materia procesal penal—por la de una “traducción jurídica, dado que las instituciones jurídicas se modifican en función de las diferencias culturales y estructurales de los distintos sistemas. Cfr. Langer. Máximo, “From legal transplants to Legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in

condiciones, es decir, en relación con la tradición jurídica mexicana, con la formación en México de abogados, jueces y ministerios públicos, con la estructura institucional y, un aspecto de especial importancia: la posible relación del nuevo sistema de justicia penal con la institución mexicana por antonomasia como es el amparo.

En este contexto, tomando como premisa la importancia del proceso penal en los Estados de la Federación, así como la obligación de establecer un nuevo sistema penal acusatorio en las entidades, la **Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos** (en adelante CONATrib), en tanto foro natural de análisis y discusión de los temas que afectan a la Justicia, ha tomado la iniciativa de promover la elaboración de un **Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación** considerando que esta iniciativa puede:

- Optimizar los esfuerzos de los Estados en concretar la reforma.
- Unificar criterios y evitar la dispersión en la implementación (basta considerar como la reforma que establece un sistema integral de justicia para adolescentes ha producido múltiples y divergentes sistemas), y;
- Romper la inercia de creación de normas sin contar con la opinión de las instituciones que serán sus aplicadores.

Por esta razón, la CONATrib encomendó a un grupo de académicos que, en estrecha colaboración con jueces y magistrados, integraran un Grupo de Trabajo para la elaboración de un **Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación** (en adelante Código Modelo CONATrib), que además de responder a la obligación constitucional de realizar las adecuaciones correspondientes en su legislación

Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, 45, 2004, págs. 5 y ss. Trabajo disponible (última fecha de consulta agosto de 2008) en consulta con el autor.

estatal, diera a los jueces y magistrados una herramienta y un marco de reglas comunes para definir su propio proceso de transición, además de garantizar un cuerpo normativo que realmente equilibrara las posiciones de Procuradurías, Tribunales, Defensorías Públicas y Policías. Con la ventaja de aprovechar las experiencias de los Estados que ya habrían implementado total o parcialmente la reforma.

El resultado es el Código Modelo CONATRIB que pretende dar una propuesta a los procesos legislativos locales, tomando como punto de partida los nuevos parámetros constitucionales, además de incorporar las diversas experiencias y preocupaciones de operadores del sistema en los distintos Estados, en especial de jueces y magistrados, que por lo general quedan relegados al momento de discutir este tipo de reformas, siendo actores centrales del sistema.

Llegados a este punto es necesario enfatizar tres aspectos: primero, el Código Modelo CONATRIB ofrece una estructura sistemática que abarca las múltiples y, en algunos casos, complejas cuestiones derivadas de trasladar todos los principios y reglas constitucionales a la norma legal, considerándolos no de manera estática y separada el uno del otro, sino en la forma como se interrelacionan, por esta razón consideramos que la discusión en los Estados debe abordarse desde una perspectiva integral, ya que de tomar sólo partes del sistema para insertarla en el modelo tradicional puede conllevar el riesgo de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, como ya se ha destacado en el ámbito de las reuniones de la CONATRIB, existen tensiones entre las mismas normas que integran la reforma constitucional y, en consecuencia, su interpretación no es sencilla ni será unánime, debiendo ser coherente, v. gr. véase los requisitos del auto de vinculación. Dado que puede afirmarse que de las tensiones derivadas del texto de la Constitución no existirá una sola forma de interpretarlas, este Código Modelo CONATRIB no aspira a ofrecer la única respuesta, sino que ofrece una forma de interpretar la Constitución que, desde la experiencia de los

jueces y magistrados mexicanos, resulte correcta y viable en la forma de concebir las instituciones y en la aplicación del sistema.

En tercer lugar, el Código Modelo CONATrib tiene como objeto asegurar que el diseño normativo construya el sistema acusatorio tomando como fundamento la contradicción y la igualdad de las partes, por lo que busca equilibrar funciones de los distintos actores del sistema, pues no es ningún secreto que, en el actual sistema procesal penal, el actor con más fuerza es el Ministerio Público, que minimiza y confunde sus facultades con las de un policía, y frecuentemente pretende sustituir al juez en la toma de decisiones y, en la práctica, puede anular la defensa del imputado y los derechos de las víctimas.

Finalmente, es evidente que la reforma constitucional y, en su caso, las estatales, no agotan el proceso de transición hacia el nuevo sistema. De hecho, las reformas legislativas no se agotan con la expedición de un nuevo Código de Procesos Penales, sino que requieren de una serie de reformas legislativas que la acompañen, tanto orgánicas como sustantivas. Y una vez que se haya dado este proceso de discusión y diseño normativo; sólo se estará al principio de un largo periodo de implementación en el que se tendrán que ir haciendo ajustes en el camino, en base a la experiencia.

En el caso de los jueces, el reto que enfrentan en la transición no es menor, ya que a partir de la creación de las normas, más allá de su aplicación, deberán ir interpretando las normas y sentando criterios acordes con el nuevo sistema que mantengan los equilibrios que presupone. Por eso, es que en este trabajo además de una propuesta legislativa, se trata de proporcionar a los jueces información necesaria para encontrar la fuente de las normas, y en su caso, puntos de discusión alrededor de algunas instituciones que han surgido al respecto.

Más allá de la construcción de nuevos tribunales e infraestructura, la clave del éxito de este tipo de reformas en México, como ha ocurrido en Latinoamérica, ha sido la

comprensión del sistema por sus propios operadores. Está claro que sin el apoyo y compromiso de los jueces y magistrados ninguna reforma puede tener éxito, al respecto, este Código Modelo de CONATrib representa el interés de los Tribunales de los Estados de la Federación en derrotar a los que apuestan por el fracaso de las propuestas de mejorar la justicia en México.

II. METODOLOGÍA

El Grupo de Trabajo que elaboró el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación no busca proponer un modelo procesal que desde una perspectiva teórica sea perfecto o puro, antes bien, el objeto principal es proponer un proceso penal que se ajuste a los requerimientos constitucionales y las necesidades de la sociedad, al mismo tiempo que pueda ajustarse, en la mayor medida que sea posible o conveniente, a la tradición jurídica mexicana.

Por estas razones no se propone establecer un Código que introduzca un nuevo sistema, sólo se proponen nuevas instituciones cuando, a partir de su introducción en el texto constitucional, son estrictamente necesarias. En otras palabras, para seleccionar las normas del código se ha tomado como base fundamental dos fuentes: el nuevo texto constitucional y, en segundo término, los Códigos reformados de Nuevo León y Estado de México, así como los nuevos Códigos de Chihuahua y Oaxaca.

El Grupo de Trabajo inició por seleccionar como punto de partida las normas, que a su juicio, representan las mejores prácticas en los Estados de la Federación, sin que ello implicara perder de vista que algunas de estas legislaciones estatales han quedado superadas o necesariamente deberán ser modificadas en su estructura o en algunas de sus instituciones para adecuarse al nuevo texto constitucional o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Por otra parte, debe considerarse que, en muchos temas básicos **de** lo será el sistema penal acusatorio, el Constituyente no estableció un contenido preciso sino que se limitó a introducir la institución, de tal manera que el legislador secundario deberá dar un contenido concreto a estas cuestiones. Como se señaló en el apartado anterior, existen tensiones entre las mismas normas que integran la reforma constitucional, al respecto, muchas de estas cuestiones de interpretación deberán ser resueltas en definitiva por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin embargo, dado que esta interpretación del

Máximo Tribunal por lo general no se obtiene hasta mediano plazo, se ha formulado una respuesta en cada punto, a partir de la consideración que el Código Modelo CONATrib debe asumir una posición frente a cada cuestión para cumplir eficientemente con su objetivo de apoyar la labor de creación de los códigos en los Estados y, en general, la labor de los aplicadores del derecho.

Para poder definir la posición del Código Modelo CONATrib en cada una de estas cuestiones se utilizaron los siguientes objetivos que sirvieron como criterios orientadores de los trabajos:

- Incorporar la tradición jurídica y la experiencia judicial mexicana al diseño de los nuevos procedimientos que integran el nuevo proceso penal acusatorio.
- Simplificar el desarrollo y hacer más eficiente el contenido de los actos procesales.
- Fortalecer el papel del juez como protector de derechos fundamentales.
- Priorizar la finalidad del proceso como medio de solución del conflicto social.
- Legitimar la función jurisdiccional en el Estado Constitucional de Derecho.

Desde una perspectiva cronológica los trabajos se organizaron de la siguiente forma: en una primera etapa del desarrollo del proyecto se definió el calendario de actividades del Grupo Redactor; así como del Grupo de Trabajo que fue conformado por jueces, magistrados y funcionarios de los Poderes Judiciales de seis Entidades Federativas.

En las siguientes semanas se realizaron visitas a los tribunales de Nuevo León, Chihuahua y Estado de México, para conocer de primera mano las experiencias de jueces, magistrados, ministerios públicos y defensores; observar audiencias e infraestructura. En una siguiente etapa, derivadas de la observación práctica y del contenido de los códigos estatales, el

equipo redactor ubicó una lista de instituciones constitucionales que generaron debate desde su diseño legislativo, así como su operación.

Este listado denominado “Cuestiones fundamentales para el diseño del nuevo proceso penal” fue analizado a profundidad en una reunión de trabajo con el grupo de estudio de jueces y magistrados, en una reunión que se llevó a cabo los días 11 y 12 de agosto en la Escuela Judicial del Estado de México. También se realizó una reunión con jueces y magistrados, integrantes de la Comisión que elabora la propuesta del nuevo Código del Estado de México, así como con asesores del Diputado César Camacho Quiroz, que participaron en la reforma constitucional. De estas reuniones se obtuvieron importantes puntos de vista a considerar en la redacción del Código Modelo CONATRIB.

Llegados a este punto se elaboró un borrador que, partiendo de las normas específicas de los códigos que fueron seleccionadas como mejores prácticas, incorporó las propuestas de nuevas instituciones procesales que son necesarias para la plena adecuación al texto constitucional. De lo avanzado hasta este punto, se hizo una presentación del borrador del proyecto en la reunión de Presidentes de Tribunales el 21 de agosto de 2008 en la Ciudad de Chihuahua. En esta ocasión se entregó también el documento “Cuestiones fundamentales para el diseño del nuevo proceso penal”.⁹

Con los comentarios obtenidos hasta ese momento, en los días siguientes se terminó de elaborar una nueva versión del borrador que sería circulado entre los jueces y magistrados

⁹ Este documento puede consultarse en el Anexo 2. El Grupo de Trabajo quiere dejar constancia de nuestro agradecimiento al apoyo y orientación que recibimos de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán que, en su oportunidad, remitió un detallado análisis y comentario de cada una de las cuestiones incluidas en el documento.

del grupo de estudio, para una revisión preliminar e inclusión de opiniones, que serían discutidas en una segunda reunión con dicho grupo el 1º de septiembre de 2008.

Finalmente, se redactó el anteproyecto del Código Modelo CONATRIB, junto con los anexos que lo acompañan, para su presentación y circulación en la Reunión de Presidentes de Tribunales Estatales del 17 de septiembre de 2008, en Guaymas, Sonora.

Sobre el anteproyecto de 17 de septiembre se recibieron comentarios y observaciones de los Tribunales Superiores de Justicia de los estados de Campeche --Elaborada por los Magistrados José Ángel Paredes Echavarría y Silvia del Carmen Moguel Ortiz--, de Chihuahua --elaborados por los Magistrados Rodolfo Acosta Muñoz, Miguel Medina Perea y Juan Carlos Carrasco Borunda--; de Michoacán --por el Magdo. Fernando Arreola Vega--; de Sonora --elaborados por el Magdo. Max Gutiérrez Cohen--, y de Yucatán --realizados por los Jueces Penales del Primer Departamento Judicial del Estado coordinados por el Magistrado Ricardo de Jesús Ávila Heredia--, mismos que fueron analizados e incorporados, en su mayor parte, al texto del Código Modelo CONATRIB. Finalmente se realizó una revisión general y se presentó en el XXXII Congreso de CONATRIB, realizado en la ciudad de Morelia Michoacán del 15 al 17 de octubre de 2008.

El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos fue aprobado en la sesión de trabajo de Presidentes de los Tribunales el día 16 de octubre de 2008.

III. CONTENIDO DEL CÓDIGO

En los siguientes párrafos se hará un recuento de las cuestiones de mayor trascendencia para el diseño del Código Modelo CONATRIB con la finalidad de subrayar las cuestiones que implican mayor novedad respecto del proceso penal vigente.

A) Principios, derechos y garantías

En Título Primero, Capítulo Único el Código Modelo establece “*Principios, Derechos y Garantías*” considerado como un pequeño “tratado” del debido proceso que, de manera general inspire el Sistema de Justicia Penal en las entidades federativas y los derechos de los sujetos procesales. Su importancia estriba en facilitar principios hermenéuticos de interpretación para los jueces y establecer los alcances y límites del Estado en la aplicación del derecho subjetivo o *ius puniendi*.

Se tiende a considerar como principios rectores del debido proceso penal, la oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, continuidad, economía y concentración. Sin embargo, estos principios, como objeto del proceso, sólo inician el capítulo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que, capta en esos principios el instrumento procesal para facilitar, luego la finalidad de “proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”.

Desde una norma fundamental que centra su ocupación en todos los sujetos del proceso el Código Modelo CONATRIB resume en los principios, derechos y garantías todos aquellos contenidos en los apartados A, B y C de la misma normativa.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos confía al Poder Judicial la tutela del debido proceso. Con esa finalidad exige el juicio previo, con acceso inmediato a la justicia, como requisito para imponer una pena o medida de seguridad. Ello implica el

respeto a derechos procesales como la imparcialidad e independencia del juez o tribunal, la presunción de inocencia, el esclarecimiento judicial de los hechos con inmediación procesal, la concentración y continuidad en el desahogo de la prueba, la resolución del juicio dentro de un plazo razonable, el derecho irrenunciable a la defensa, la igualdad de oportunidad entre las partes para la comprobación del caso, y la contradicción de posturas de las partes. Todo ello encaminado a admitir que “la inobservancia de una garantía establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio” (Cfr: art. 3).

Sin embargo, desde la propia Constitución Política el Código Modelo CONATrib introduce, en su normativa, la comprensión del derecho, desde la interpretación garantista de la Ley Suprema del Estado (Cfr: art. 133). De ese modo atrae, para su interpretación garantista “la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la Constitución del Estado, a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Senado de la República” (Cfr: art. 4).

Con esa finalidad, la autonomía del Ministerio Público y, bajo su control y dirección la policía en la investigación técnica y científica de los delitos exige, en protección de los derechos, el control del juez competente (art. 6), llamado a ofrecer y proteger del imputado y la víctima sus derechos constitucionales y procesales, con igualdad (art. 19); imparcialidad (art. 14); y prontitud (art. 7). Con ese objetivo, el imputado, como sujeto de derechos requiere el de defensa (art. 12) y, consecuentemente, los derechos de presunción de inocencia (art. 8); libertad (art. 10); dignidad (art. 11); participación (art. 13); protección de su intimidad y privacidad (art. 18).

La víctima, es igualmente sujeto del proceso lo que implica que los demás órganos del Sistema de Justicia, especialmente al Ministerio Público y a los Jueces busquen que prevalezca la solución de las controversias (art. 23), teniendo como elemento esencial la

reparación del daño (art. 22), la verdad, objeto de la justicia (art. 17), el acceso a la justicia, a la seguridad ciudadana, la paz social y la tranquilidad pública (art. 23).

Desde la experiencia que ofrece el derecho analizado a partir de la judicatura, y, los derechos y garantías que los jueces vislumbran, desde la aplicación del derecho al caso concreto, el Código Modelo CONATrib se redacta facilitando el derecho de acceso a la justicia, en particular, el derecho de las víctimas de los delitos, sin descuidar el derecho a la tutela judicial que asiste a las personas imputadas. Con esa lógica se delimitan los supuestos de aplicación de criterios de oportunidad en la investigación, lo que se ha visto facilitado con el rompimiento del monopolio de la acción penal.

La tutela judicial permite justificar, al unísono con las disposiciones constitucionales la disminución de los estándares probatorios exigidos para que las personas sean vinculadas a proceso. En consonancia con el principio de presunción de inocencia, el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público atrae la protección jurisdiccional. No se admite en la investigación el desahogo de prueba, salvo la prueba anticipada, para facilitar los principios rectores como derecho de acceso a la jurisdicción.

Desde el principio de legalidad en materia penal, el Código Modelo CONATrib protege el derecho a la igualdad incluyendo, a favor de la víctima y del imputado en disposiciones relativas a la aplicación e interpretación de la ley penal.

La protección de los derechos de libertad, integridad y seguridad personales en el Código Modelo permite, desde el principio de dignidad de las personas, impedir detenciones arbitrarias, torturas y tratos crueles. Esto se logra separando la autoridad que custodia al imputado, de la responsable de investigar y perseguir su conducta; la separación, entre las funciones de los jueces que tutelan los derechos de los imputados y las víctimas en las etapas previas al juicio y las de los jueces que llevan a cabo y resuelven en juicio.

Por eso, concretado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el derecho de todo imputado a que se presuma su inocencia, este principio centra, en el Código Modelo, la admisión y valoración del material probatorio y las medidas cautelares de carácter personal.

El imputado encuentra en el Código Modelo el derecho a participar, ser oído y representado técnicamente por un juez competente, imparcial e independiente, lo que se facilita, además, con la oralidad. Por eso es pieza fundamental del debido proceso el derecho a la defensa desde la detención o formulación de la imputación en contra de una persona hasta el fin de la ejecución de la sentencia.

En igual sentido se procura el derecho a una justicia pronta y expedita garantizada no sólo mediante la regulación de los plazos en que deben resolverse las causas penales, sino fundamentalmente mediante la inclusión de formas anticipadas de terminación del proceso, sin que por ello se menoscabe el derecho a recurrir que, en armonía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es reglamentado para hacer posible la revisión, por otro órgano jurisdiccional competente, de toda resolución judicial dictada dentro del proceso penal que afecte los derechos de las partes.

B) Sujetos procesales

En este apartado se analizan, por el orden en que se encuentran regulados en el Título Sexto del Código Modelo: al ministerio público, la policía, la víctima, el imputado y los defensores. Si bien en dicho Título no se regulan sujetos procesales a los jueces y tribunales, porque propiamente no lo son, cabe mencionar al respecto que el Código Modelo, de conformidad con el texto constitucional distingue entre:

Juez de control (unitario, a cargo de la investigación y de la etapa intermedia o preparación al juicio);

Tribunal de Juicio Oral (órgano colegiado, a cargo de la audiencia de juicio oral);

Juez de Ejecución (unitario); y
Tribunales de segunda instancia (colegiado).

Ministerio Público

Las funciones que en el sistema tradicional han sido atribuidas al Ministerio Público se exceden de las que le corresponderían en un sistema acusatorio. Esto es, porque el nuevo sistema se rige por el principio de contradicción que implica que las partes en igualdad de condiciones presenten sus medios de prueba y los desahoguen necesariamente frente al órgano jurisdiccional.

En ese sentido la fe pública de las actuaciones del Ministerio Público durante la averiguación previa resulta incongruente con el nuevo sistema. Pero también es necesario aclarar que en el sistema acusatorio se reconoce que el Ministerio Público en todas las etapas del proceso es una autoridad que desempeña el rol de acusador, por ello no es concebible que en una primera etapa sea autoridad y en otra abandone ese carácter y se convierta simplemente en parte.

Atendiendo a que el Ministerio Público es el sujeto procesal con la función primordial de perseguir los delitos ante el órgano jurisdiccional y debe ajustar sus actuaciones a los mismos principios durante todo el proceso, en el Código Modelo se establecen los principios y las obligaciones a los que de manera genérica se debe sujetar sus actuaciones. Finalmente el Código Modelo también introduce la definición de funciones del Ministerio Público en términos de compromisos éticos respecto a la sociedad, la víctima y el imputado (protección de garantías de defensa y de la víctima).

Policía

De conformidad con el nuevo texto constitucional, el Código Modelo establece que cualquiera que sea la adscripción de un cuerpo policial, éstos tienen la función de auxiliar al Ministerio Público en la práctica de sus investigaciones y en su caso al tribunal.

Ahora bien, las funciones de la Policía en la investigación de delitos son: recibir denuncias (en tanto que este trámite se desformaliza); prestar el auxilio inmediato que requieran las víctimas de delito y proteger a los testigos; cuidar que los rastros e instrumentos del delito sean conservados; recabar los datos que sirvan la identificación de posibles testigos o imputados y reunir toda la información que sea útil al Ministerio Público, no obstante le dé aviso inmediato al Ministerio Público para que éste supervise la legalidad de la actuación policial y dé indicaciones específicas o generales para el seguimiento de la investigación.

Un punto novedoso en el Código Modelo, es la relación de dirección funcional que se plantea entre el Ministerio Público y la Policía. En esos términos la dirección de la investigación la tiene el Ministerio Público quien se auxilia de la Policía que le aporta datos y elementos para la acusación que habrá de sustentar en juicio. De esta manera, se propone una distinción entre funciones de investigación policial y la de persecución ante los tribunales.

Es congruente con el esquema planteado que la Policía aporte datos para la investigación de delitos, pues esta institución es la que tiene el contacto inmediato con la comunidad y genera información de utilidad trascendente para combatir ilícitos. Pero, también es oportuno el señalamiento de que la Policía no puede, ni debe so pretexto del desempeño de sus funciones tomar declaraciones a los imputados.

Víctima

La víctima u ofendido como sujeto continuamente olvidado en el drama penal se retoma en Código Modelo con el objeto de ampliar los derechos de conformidad con el nuevo texto constitucional.

La intervención de la víctima y ofendido en el proceso no debe limitarse coayudancia del Ministerio Público para la obtención de la reparación del daño. Así por ejemplo, en el ámbito internacional, encontramos los derechos de la víctima a participar activamente en el proceso; a ser informada y solicitar protección, que se traduce en **(Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, Asamblea General de la ONU, 1985):**

1. Acceso a la justicia y trato justo, con compasión y respeto por su dignidad – acceso a los mecanismos de justicia y a *una pronta reparación del daño* que hayan sufrido;
2. Ser informado sobre el caso y la marcha de las actuaciones, así como la decisión sobre sus causas, a que sus opiniones y preocupaciones sean tomadas en cuenta – y sean presentadas y examinadas en las etapas apropiadas del proceso siempre que esté en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el debido proceso;
3. Asistencia médica, psicológica y jurídica para las víctimas;
4. Minimización de las molestias causadas – proteger su intimidad y garantizar su seguridad;
5. Evitar demoras innecesarias;
6. Mecanismos de solución de controversias, cuando proceda, y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

Todos estos derechos que se contemplan en nuestra Carta Magna y en instrumentos internacionales, son introducidos en el Código Modelo. Pero esta introducción obedece también a que el sistema acusatorio implica una reivindicación a favor de la víctima como el sujeto que principalmente se ve afectado por el hecho delictivo, más allá de los intereses de persecución estatales.

Otros temas que también se incluyen en el Código Modelo en el que la víctima juega un papel fundamental, y que se tratan en otros apartados de este trabajo, son la reparación del daño y la acción penal por particulares.

Imputado

En el Código modelo se mantiene la diferenciación de denominaciones para quien de manera genérica es “imputado”, y que en otras etapas es “acusado” o “sentenciado”.

Ahora bien, la condición de imputado en un proceso penal conlleva un trato acorde a las garantías del debido proceso legal. El derecho a un debido proceso en su conjunto reconoce que el inculpado se enfrenta al Estado y sus instituciones, las cuales pueden restringir el ejercicio de algunos de sus derechos fundamentales, como la libertad, en tanto exista suficiente información fidedigna en que sustentar su actuación.

Ahora bien, ni la imputación de la comisión de un delito, ni una sentencia firme, dispensan la protección de éstos derechos cuyos términos son definidos en forma especial dentro del proceso penal, entendidos como garantías judiciales.

En el ámbito del derecho internacional han quedado plasmados por ejemplo en la **Convención Americana** que establece el derecho a la integridad física (artículo 5), el derecho a la libertad personal (artículo 7) y garantías judiciales (artículo 8); y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el derecho a la integridad física (artículo 7), el derecho a la libertad y seguridad personal (artículo 9), el trato con dignidad de las personas privadas de libertad (artículo 10) y garantías procesales (artículo 14).

Todos estos derechos deben traducirse en el derecho interno en normas y prácticas que garanticen a los individuos su libertad personal, es decir, en no ser privados de su libertad en forma arbitraria o ilegal. Y en caso de que un sujeto sea privado de su libertad de manera legal, a gozar del derecho a un debido proceso legal.

Entre estos derechos esenciales, de reconocimiento internacional, es básico el derecho del inculpado a la asistencia de un defensor en cualquier acto procesal, especialmente antes de rendir su declaración, y a estar presente en los momentos en que se toman decisiones fundamentales en el proceso o se desahogan pruebas.

También es necesario establecer reglas que permitan la identificación del imputado, ya sea que la información se obtenga de manera directa del inculpado o por registros y exámenes físicos que permitan la identificación del individuo, siempre respetando su

dignidad, salud y derecho a no declarar; y solamente en casos extremos aún en contra de su voluntad mediante orden judicial.

Derechos como los mencionados deben ser normas que aplican a todo el proceso y quedan plasmados en el Código Modelo.

Defensores

En un sistema acusatorio el papel de la defensa se torna indispensable e implica una posición mucho más activa que en el sistema tradicional, precisamente porque el nuevo sistema se fundamenta en el principio de contradicción.

La idoneidad y profesionalidad del defensor son aspectos de suma importancia para el ejercicio de la función, pero también lo es el establecimiento de las obligaciones de los defensores y la medida de cumplimiento de ellas, las normas para su nombramiento, remoción y reemplazo, la comunicación libre y privada entre el inculcado y su defensa para la toma de decisiones sobre su estrategia procesal.

La función del defensor genera obligaciones hacia el inculcado, los tribunales, los testigos e involucrados en el caso. Los deberes de comportamiento están dirigidos a permitir el espacio para una defensa leal a los intereses de su defendido, sin menoscabo del respeto a la ley y la exigencia de un desempeño ético.

Este desempeño se hace patente a través de una actuación pronta, ética y profesional que incluye la comunicación regular con su defendido y la transmisión de la información relevante del caso; no revelar las comunicaciones confidenciales con su cliente sin el permiso explícito de éste, evitando defraudar al juez o tribunal; no entrar en situaciones que representan un conflicto de intereses; asesorar al cliente de cumplir con la ley; no hacer representaciones falsas al tribunal a sabiendas; defender con lealtad a su cliente sin volverse meramente portavoz de su defendido.

Este equilibrio es el desafío de la Defensa en un sistema acusatorio, y el Estado debe velar y facilitar su mejor realización, pues el buen desenvolvimiento de la defensa en juicio también contribuye a legitimar del sistema de justicia penal.

Por lo tanto, éste Código debe asumir la tarea de asentar las pautas de la defensa adecuada. La **Convención Americana sobre Derechos Humanos** ofrece algunos puntos de partida en su artículo 8 sobre las garantías judiciales:

“Artículo 8. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d. **derecho del inculpado** de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y **de comunicarse libre y privadamente con su defensor**;
 - e. **derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor** proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal¹⁰ y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
-

- g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h. derecho de **recurrir del fallo** ante juez o tribunal superior.”

Una manera de hacer efectivas las normas internacionales es la incorporación al Código Modelo de los aspectos mencionados de la Defensa.

Por cuestiones de sistemática, también se ubican en el capítulo de la Defensa las reglas correspondientes para la remoción, renuncia y aceptación de los defensores. Así como las normas relativas a las condiciones de confidencialidad en que se deben desarrollar las comunicaciones entre el imputado y su defensa, por lo que estas comisiones modifican la iniciativa para tal efecto.

C) Etapas Procesales

A reserva de que más adelante se explicará de manera más detallada el contenido de ciertas figuras que surgen a lo largo del proceso, como por ejemplo la vinculación a proceso y la participación de particulares en el mismo, en este primer apartado se hará una breve descripción de las etapas que comprende el Código Modelo, para comprender la estructura general del proceso penal de acuerdo al sistema acusatorio.

Dichas etapas son:

- **Etapas de investigación**, que asume el Ministerio Público con los Cuerpos de Policía, con control judicial garantizado por el Juez de Control;
- **Etapas intermedia o de preparación del juicio**, en la que el Juez de Control – también llamado en doctrina Juez de Garantías- resuelve sobre Formas Alternativas de Terminación del Proceso o, de Solución del Conflicto y la Reparación del Daño o, depura prueba o discrimina la posibilidad procesal de someter a Juicio Oral al imputado;
- **Etapas de Juicio Oral**, que se propone sea a cargo de un Tribunal;
- **Etapas de Impugnación o Recursos**, que facilita, en la segunda instancia, la revisión de las sentencias, y

- **Etapa de Ejecución de Sentencia**, bajo control jurisdiccional.

A continuación se explicará brevemente el contenido de cada una de ellas:

1. Etapa de investigación

Uno de los cambios más radicales del nuevo sistema en cuanto a estructura del proceso es la sustitución de la averiguación previa, por una etapa de investigación más desformalizada.

En el sistema tradicional la averiguación previa es concebida como un procedimiento formalmente administrativo, por estar a cargo del Ministerio Público, en el que el órgano acusador desahoga y valora pruebas ante sí mismo, función que es considerada por algunos como materialmente cuasi-jurisdiccional.

Por el contrario, la investigación en un sistema acusatorio parte de premisas totalmente diferentes. En primer término, porque se pueden apreciar momentos diferenciados de la misma:

A) En una primera fase de la investigación el Ministerio Público y los Cuerpos Policiacos recogen datos y otros elementos de convicción para documentar el caso bajo investigación, sin que ello implique actos de molestia para el ciudadano. Esta fase de la investigación se inicia con la noticia de la existencia de un delito, a través de denuncia o querrela. Cabe mencionar que si bien se conserva el requisito de la denuncia o querrela del sistema inquisitivo, lo que cambia es que dichos requisitos de procedibilidad pretenden ser menos formales, comparativamente con lo que se exige actualmente para iniciar una averiguación previa, además de que pueden ser recibidos por los Cuerpos Policiales.

B) En una segunda fase de la investigación, cuando ya se han reunido datos que establezcan que se ha cometido un hecho delictivo y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, el Ministerio Público solicita al juez que la

persona investigada sea sometida a proceso, pudiendo continuar la investigación bajo control judicial, aun después de que ha quedado vinculada al proceso. En esta etapa de investigación es donde se lleva a cabo la audiencia de vinculación a proceso, cuyo contenido se explica en el inciso C) de este documento.

C) Finalmente la investigación concluye al expirar el plazo que el juez haya fijado al Ministerio Público para el “cierre de la investigación”, momento en el cual el Ministerio Público deberá formular su acusación y así continuar con la siguiente etapa del proceso. El tiempo que el juez otorgue al Ministerio Público para cerrar su investigación debe atender a las características del caso concreto (tipo de delito, posibilidad de obtener más pruebas, si se dictó prisión preventiva, etc.), además de atender los límites temporales que establece la Constitución.

Como segundo punto sustancial que define diferencias entre la averiguación previa y la etapa de investigación del sistema acusatorio, es que el Ministerio Público pierde su fe pública, ya que sólo los medios de prueba que se desahogan ante el órgano jurisdiccional serán susceptibles de ser valorados para dictar una sentencia. En consecuencia, también pierde sentido la integración de expedientes sumamente formales, ya que el método de análisis de los medios de pruebas es el desarrollo de audiencias, en las que las partes frente al juez refutan las pruebas de la parte contraria.

Ahora bien, eso no significa que las actuaciones realizadas en la investigación no deban registrarse de alguna manera. Por ello, pretendiendo ser congruente con un sistema oral, en el Proyecto de Código se eliminan todas las referencias al *expediente* para sustituirlas por *registro* y se utiliza este vocablo para aquellas actuaciones que se realizan en el curso de la investigación y la forma en la que queda constancia de las audiencias.

Un tercer elemento que caracteriza a la investigación en el sistema acusatorio es la redefinición de las relaciones entre Ministerio Público y Policía. El Código Modelo hace

referencia a la *Policía* como auxiliar del Ministerio Público (entendida, según la iniciativa, como el Cuerpo de Policía que resulta de la fusión entre las actuales Policía Preventiva y Policías Ministeriales.) Esa distinción o fusión entre Cuerpos de Policía preventivos y de investigación o ministeriales, como se denomina comúnmente en México, es una cuestión que no atañe a un código adjetivo en materia penal. Lo relevante para efectos del Código es que la Policía (investigadora o preventiva) sea un auxiliar activo en el proceso. En consecuencia se eliminan las referencias a la *Policía Ministerial*, para sustituirlas simplemente por la Policía o Policía de Investigación.

El Sistema de Justicia Penal en México debe volver la confianza a la acción policial exigiendo su profesionalidad. Los temas relacionados con el acopio de prueba sometido a la experiencia que otorga la propia investigación permiten concluir que, si no hay prueba sin investigación, no hay investigación sin acción policial. Sin embargo, la acción policial no encuentra sentido sin el desahogo de la prueba en juicio oral. Ahí la acción policial se ve avalada o, en su caso, anulada.

En la etapa de investigación se desarrollan una serie de instituciones jurídicas de especial importancia como la determinación de las medidas cautelares reales y personales; la posibilidad procesal de solicitar la reparación del daño; el ejercicio de la justicia restaurativa y de los criterios de oportunidad por parte del Ministerio Público; temas que se desarrollan con mayor detalle más adelante.

2. Etapa intermedia o de preparación al juicio

Una vez formulada la acusación, como primer acto de esta etapa, el Código Modelo regula la citación a una audiencia de preparación a juicio que deberá llevarse a cabo dentro de los veinticinco a treinta y cinco días siguientes a que haya notificado la mencionada acusación.

Básicamente el objeto de esta etapa es el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos y la determinación del daño causado por el delito que será materia del juicio oral. Además, si bien, el sobreseimiento, la suspensión condicional del proceso, la justicia restaurativa, el archivo temporal y el procedimiento abreviado pueden darse desde la investigación, son instituciones que también pueden agotarse en esta etapa intermedia.

En la *audiencia de preparación al juicio* el debate se limita a considerar la suficiencia formal y sustantiva de la acusación, incluida la licitud y relevancia de las pruebas ofrecidas, antes de entrar en la etapa del juicio propiamente. Aun cuando en esta etapa no hay desahogo de medios de prueba, la audiencia de preparación a juicio se desarrolla bajo los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración. De esta manera se fijan las posiciones de las partes: acusación y contestación de la defensa, sin que se comprometa el resultado.

En el marco de un sistema acusatorio para evitar duplicidades, fortalecer la capacidad de la contradicción y ahorrar tiempo, el Ministerio Público se compromete con lo que pretende comprobar en juicio a través de su acusación, ya que la efectividad de su pretensión se conocería al cabo de la presentación y contradicción en forma oral y pública de la prueba en la audiencia principal, presidida por el juez.

A estas audiencias en las que se evalúa: 1. La admisión de pruebas; 2. Los hechos que se tendrán por probados mediante acuerdos probatorios; y 3. Los medios de prueba que serán excluidos del juicio; precede el *auto de apertura de juicio* en el que se definirá, de acuerdo a las pruebas a desahogar, los cargos, la participación y niveles de responsabilidad, que se demostrarán frente al órgano jurisdiccional que llevará la audiencia de debate de Juicio Oral.

3. Etapa de Juicio Oral

En los Sistemas Procesales Inquisitivo y Mixto, sólo se contaba con una forma de resolución: sentencia condenatoria o absolutoria. El Sistema Acusatorio introduce varias formas de solución. Por ende, el éxito del Proyecto de Código estriba en que un mínimo de las causas que inician investigación sean sometidas al juicio oral, ante el Tribunal de Juicio.

De manera general se señalan algunas características de esta audiencia como son:

- Cinco principios que han influido en la investigación y en la etapa intermedia realzan el Juicio Oral: inmediación, contradicción, continuidad, concentración y publicidad.
- El órgano jurisdiccional que conoce del juicio oral, de conformidad con la propuesta de Código Modelo, debe ser un tribunal colegiado.
- El juicio oral demanda la presencia necesaria de los jueces, del Ministerio Público y de la defensa. En el caso del defensor, su presencia en el juicio es requisito de validez de la audiencia.
- El imputado tiene derecho a presenciar todo el juicio, salvo las excepciones que establece el propio Código.
- La prueba primordial es el testimonio, concebida en sentido amplio, toda vez que incluye a los peritos y al propio imputado. No existe tacha de testigos, ni peritajes absolutos. Lo anterior en virtud del sistema de libre valoración de la prueba del juez y la posibilidad de las partes de interrogar y conainterrogar a todo testigo.
- Los peritos concurren al juicio oral a explicar su informe, es decir, no se limitan a leer o a ratificar lo que allí se dice.
- La única manera de incorporar al debate la información de un testigo o perito es, en principio, presentarlo a que declare en el juicio, salvo las reglas de prueba anticipada, los acuerdos probatorios y la lectura para refrescar memoria o hacer manifiestas las contradicciones del testigo.

- De acuerdo al sistema acusatorio rige el sistema de libre valoración de la prueba y de la sana crítica, en consecuencia la sentencia debe motivarse de tal modo que las pruebas que forman la convicción del juzgador y que sean razonables para todo aquél que presencia el juicio.
- La prueba instrumental -documentos, objetos y otros elementos de convicción- previa su incorporación al debate, podrán ser exhibidos al imputado, a los testigos y a los peritos, para que los reconozcan o informen sobre ellos. Por prueba instrumental se entiende documentos que contengan declaraciones no producidas al interior del sistema de persecución –policía y Ministerio Público– y que sean relevantes para el caso. En ningún supuesto son admisibles como prueba instrumental –considerarse como documentos– los registros de las declaraciones obtenidas por el sistema de persecución, fundamentalmente el Ministerio Público y la Policía.

Considerando las cuestiones anteriores, el desarrollo de la audiencia de Juicio Oral en el Código Modelo se estructura de la siguiente forma:

Al inicio del Juicio Oral, el Tribunal sólo cuenta con el auto de apertura elaborado por el juez de la etapa de preparación a juicio. Dicho auto contiene la acusación del Ministerio Público y la exposición de la defensa. Por su parte, el Ministerio Público y la defensa tienen toda la información que se desarrollará en el debate, incluida la de la contraparte.

El día y la hora señalados para la celebración del debate de Juicio Oral, el Presidente del Tribunal verificará la presencia de los demás jueces, de las partes, de los testigos, peritos, intérpretes o traductores y de la existencia de las cosas que deban exhibirse en él, y lo declarará abierto.

A continuación las partes realizarán una exposición oral de las posiciones planteadas que constituyen los alegatos de apertura. En estos alegatos se debe plantear la teoría del caso de cada parte, por lo que no deben ser argumentativos ni ofrecer motivación de la prueba, pues ésta todavía no se ha presentado.

Una vez presentados los alegatos de apertura, se comienza el desahogo de los medios de prueba comenzando por el Ministerio Público, el coadyuvante, y la defensa. Es importante considerar que el orden de la presentación de los medios de prueba depende de las partes, pues es parte de su estrategia en la defensa de su particular teoría del caso.

El debate del Juicio Oral se desarrolla fundamentalmente mediante el interrogatorio directo y el conainterrogatorio del testigo o perito.

Una vez que se han desahogado los medios de prueba, el Presidente concederá sucesivamente la palabra al Ministerio Público, a la parte coadyuvante y al tercero objetivamente responsable si los hubiere, y al defensor del imputado, para que, en ese orden, emitan sus alegatos finales o de clausura. El imputado tendrá siempre el derecho a la última palabra.

El alegato final es uno de los momentos más relevantes del debate, ya que los medios de prueba se desahogan precisamente para construir este alegato final, pues es en este momento cuando por primera y única vez se dará solidez y consistencia a la teoría del caso de cada parte.

El Juicio Oral, previa deliberación de los jueces, termina en la sentencia definitiva que decidirá si el hecho es delito y si el mismo fue o no cometido por el imputado de modo que éste sea o no acreedor de una pena.

La etapa de juicio facilita que la oralidad implique, con mayor propiedad, el desarrollo de los principios de inmediación y la publicidad, además de la concentración para el desahogo de los medios de prueba. La oralidad se liga estrechamente con el principio de inmediación que exige al juez o tribunal su presencia en las audiencias para escuchar el debate sobre los hechos y argumentos jurídicos entre el Ministerio Público y la defensa. De esta manera se garantiza una calidad mayor de la información rendida, al tiempo que se impide la delegación de facultades, como el interrogatorio del imputado, testigos, peritos, etc., en una persona distinta del juez.

La propuesta de Código Modelo evita la posibilidad de revertir la oralidad en las audiencias y en el juicio propiamente dicho, mediante recurrencia por los jueces al expediente escrito, para permitir la instalación de un sistema acusatorio efectivamente oral y contradictorio, es decir, un sistema donde las principales cuestiones son resueltas en audiencias orales y públicas, previo debate, por jueces que no estén comprometidos por haber participado en el control de la investigación.

4. Etapa de Impugnación

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

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

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

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

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

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

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

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

El Código Modelo propone dos efectos distintos de la casación dependiendo de si su interposición se debió a causales procesales -caso en el que se anulará el Juicio Oral y se

ordenará la celebración de la audiencia- o de la sentencia, en que el tribunal de casación podrá ordenar una resolución de reemplazo o la emisión de una nueva sentencia.

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

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

5. Etapa de ejecución de la sentencia

La justicia penal debe "provocar una interacción más intensa con los sistemas penitenciarios, creando un nuevo espacio de litigio vinculado al derecho de los condenados y a las finalidades específicas de la ejecución penal".

Se critica con la tesis una realidad de los jueces: "que han establecido una profunda línea divisoria entre la "ejecución administrativa" y la "decisión judicial". Con ello se exige, por

un lado, "un control judicial sobre la pena" y, por otro lado y, como prioritario, "la constitución del condenado como "sujeto" de la ejecución que reclama una forma contradictoria en el desarrollo de la ejecución penal.

Parece lógico que si el juez tiene un objetivo a la hora de imponer una sanción, luego, debe contar con los medios para procurar -mediante la ejecución de la sanción- los objetivos propuestos. Sin embargo, cuando no se han dado en el proceso formas alternativas de solución del conflicto, sino que éste ha llegado hasta sentencia condenatoria con la aplicación de la pena, siempre habrá un "divorcio" entre hecho y sanción, entre acción ilícita y pena privativa de libertad.

Parece, entonces, que existe un divorcio entre el objetivo del juez y el de las personas o instituciones que aplican la sanción dentro del régimen penitenciario. El juez -su voluntad objetivamente pensada- se ve burlada por el sistema penitenciario que desmiente los proyectos de una sentencia condenatoria realmente humanizada, pensada en razón de lo que más aprovecha al condenado. ¿Significa esto que el sistema judicial debe también administrar el sistema de ejecución de la condena?

El Código Modelo se limita a esclarecer las funciones de vigilancia y control del juez ejecutor. Sin embargo, es muy conveniente que el objetivo del proceso hacia la sentencia y, de la sentencia a la condena sea distinto al objetivo institucional del régimen penitenciario. La "realidad" entre hecho y sanción en el Proceso Penal es distinta a la "realidad" entre sanción y acción sancionatoria en el Régimen Penitenciario. La "realidad" que enfrenta el juez, a la hora de imponer una pena, ante la veracidad de un hecho ilícito en sentencia, es distinta a la "realidad" que luego enfrenta el "delincuente" ante el modo de vida propio de la sanción.

De aquí la importancia de que, siendo el Juez de Ejecución de la Pena y/o de la Condena quien vigile y controle los iguales derechos del condenado, no deje de existir, dentro del

Sistema Penitenciario, profesionales –abogados, psicólogos, sociólogos- que, con otro criterio profesional y, no en razón de la sanción sino, en razón de la persona, determinen la suerte del condenado desde su realidad psicosocial.

Por eso, conforme a un sistema garantista el condenado podrá ejercer, durante la ejecución de la pena, los derechos y las facultades que las leyes penales, penitenciarias y los reglamentos le otorgan, y planteará ante el tribunal que corresponda las observaciones que, con fundamento en aquellas reglas, estime convenientes.

Con esa finalidad lo relativo a las fijaciones sucesivas de pena, extinción, sustitución o modificación de aquellas será competencia del tribunal de ejecución de la pena, que procederá siempre ilustrando su criterio con los informes y recomendaciones del personal profesional carcelario.

El Proceso Penal no termina, entonces, con la pena impuesta en la Sentencia del Tribunal de Juicio, cuando el Ministerio Público, el querellante, el condenado y su defensor podrán plantear, ante el tribunal de ejecución de la pena, incidentes relativos a la ejecución, sustitución, modificación o extinción de la pena o de las medidas de seguridad. Durante el trámite se permite incorporar elementos de prueba y se permite al tribunal, aun de oficio, ordenar una investigación sumaria.

De igual forma y durante el trámite de los incidentes, el tribunal de ejecución de la pena podrá ordenar la suspensión provisional de las medidas de la administración penitenciaria que sean impugnadas en el procedimiento. Lo anterior por cuanto corresponde al juez de ejecución de la pena controlar el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad, para lo cual podrán hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control.

D) Vinculación a Proceso

Uno de los cambios de mayor importancia de la reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal del 18 de junio de 2008 es el tratamiento a la prueba en general. Por su importancia práctica y por las dificultades inherentes al nuevo texto constitucional la reducción de los parámetros probatorios que deberá cubrir el Ministerio Público para obtener la “vinculación a proceso” o para obtener una orden de aprehensión requiere que se analice de una manera completa la nueva regulación constitucional y la regulación en el Código Modelo de esta figura.

1. La errónea identificación de la vinculación con los Autos de Plazo Constitucional: lo que no es la vinculación a proceso

El auto de vinculación a proceso ocupa en el nuevo texto constitucional, literalmente, el lugar del auto de plazo constitucional, como puede observarse en la siguiente tabla:

Nuevo texto DOF de 18 de junio de 2008 ¹¹	Texto previo a la reforma constitucional
<p>Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un <i>auto de vinculación a proceso</i> en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión</p> <p>...</p> <p>...</p>	<p>Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un <i>auto de formal prisión</i> en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los</p>

¹¹ Las cursivas son nuestras

<p>El plazo para dictar el <i>auto de vinculación a proceso</i> podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del <i>auto de vinculación a proceso</i> y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.</p> <p>Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el <i>auto de vinculación a proceso</i>. 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.</p> <p>Si con posterioridad a la emisión del <i>auto de vinculación a proceso</i> por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.</p>	<p>datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.</p> <p>Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del <i>auto de formal prisión</i> o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.</p>
--	---

	<p>Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el <i>auto de formal prisión o de sujeción a proceso</i>. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.</p>
--	--

Esta sustitución de términos ha llevado a que se busque asimilar el contenido y efectos de esta resolución a los del auto de formal prisión (o a los de la sujeción a proceso, en su caso) y señalar que sólo se trata de un simple cambio de los parámetros –estándares, incorrectamente señalan los dictámenes— de prueba, sin embargo, esto no es así por las siguientes razones:

2. No tiene el mismo contenido de la decisión

Una de las principales diferencias entre la vinculación a proceso y el auto de formal prisión se derivan del contenido de la decisión como se detalla a continuación:

Continuación del proceso penal

El “auto de vinculación a proceso” no equivale al auto de formal prisión cuando se observa que el auto de formal prisión implica la decisión, basada en los méritos del caso – es decir, en la prueba sobre el fondo presentada por el MP— de continuar, o no, con el proceso pasando a otra etapa procesal. Con esta decisión se concluye a la etapa de preinstrucción para dar inicio a la etapa de instrucción.

Consecuencia directa y automática de esta primera decisión –continuar con el proceso-- se deriva la prisión preventiva cuando el delito de que se trate lleve aparejada la pena privativa de libertad. De esta manera, en la mayor parte de los delitos, el auto de plazo constitucional implica una decisión con dos efectos: primero, continuar con el proceso y, segundo, prisión preventiva.

En el nuevo sistema procesal penal acusatorio, en cambio, el auto de vinculación es, en estricto sentido, la decisión judicial de continuar con la etapa de investigación en su parte formalizada. Es decir, el juez autoriza continuar con el proceso, pero esta decisión no implica una segunda consecuencia; sólo implica la autorización de la continuación de la investigación para su conclusión, pero ahora como una etapa del proceso penal, con lo cual se trata de la misma etapa de investigación pero ahora “judicializada”. Que la investigación se formalice --o se judicialice, como se prefiera-- implica principalmente dos efectos: existirá pleno acceso a la información de la investigación por parte de imputado (salvo los supuestos de reserva de la investigación) lo que implica un fortalecimiento en la práctica del derecho a la defensa y, en segundo lugar, que la investigación no podrá continuar indefinidamente, en otras palabras, que tendrá un límite temporal, en función del cual se definirá el momento en el que se deberá ejercer la acción penal, o en su defecto, su extinción.

Decisión sobre la prisión preventiva

Por lo que se refiere a prisión preventiva, en el sistema acusatorio esta decisión se separa de la decisión de vinculación y se lleva a un momento procesal diferenciado. La intención de la reforma constitucional es que se establezca como regla general que las medidas cautelares sean una decisión del juez en función de las circunstancias personales del indiciado, en relación a la víctima o a la comunidad – pero no de la prueba del hecho delictivo—¹². En otras palabras, la decisión sobre la procedencia de una medida precautoria tiene un fundamento diferente a los hechos que conforman la *litis* del proceso. La excepción la contempla el propio texto constitucional estableciendo un listado de delitos en los que la prisión preventiva procede de oficio.

De esta forma, las medidas cautelares, en estricto sentido, no son contenido de la decisión de la vinculación a proceso, puesto que la imposición de estas corresponde a otra decisión --distinta en el tiempo y diferente en los supuestos que la fundamentan-- y el auto de vinculación sólo la justifica. En otras palabras, la decisión sobre prisión preventiva no es parte de la decisión de vinculación.

La vinculación no está relacionada con el ejercicio de la acción penal

Los actuales autos de plazo constitucional tienen como antecedente lógico necesario el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. En cambio, la solicitud de vinculación a proceso no puede tomarse como el ejercicio de la acción penal como sucede con la actual consignación. En efecto, debe considerarse que el Ministerio Público en la

¹² Párrafo segundo del artículo 19.

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

consignación presenta los resultados de la etapa de investigación o averiguación previa – es decir acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad—para establecer una acusación. Bajo el nuevo proceso acusatorio, el auto de vinculación no tiene como antecedente necesario una acusación ya que la investigación puede no estar terminada, de hecho la audiencia de vinculación debe incluir la decisión del juez sobre el plazo en que debe terminarse la investigación.

En consecuencia, dado el ejercicio de la acción penal no puede realizarse hasta que la investigación haya terminado y que esto no sucede hasta un momento procesal posterior –seis meses en algunos casos--, es evidente que la audiencia de vinculación a proceso, a diferencia de lo que ocurría con el auto de término constitucional y la consignación bajo el proceso penal mixto tradicional, se encuentra dentro de la etapa de investigación y no es su conclusión.

Cabe señalar que el ejercicio de la acción penal en el sistema acusatorio se realiza en la formalización de la acusación que da paso a la etapa intermedia con la audiencia de preparación del juicio oral.

Distinción derivada de la ubicación sistemática. En el diseño del sistema procesal acusatorio no existe una audiencia de control judicial de la investigación

De lo señalado hasta este punto, es evidente que el momento procesal en que se dicta un auto de vinculación a proceso frente al que se dicta un auto de formal prisión no es equivalente. La formal prisión resuelve la situación jurídica del imputado, cierra la pre-instrucción --que en el sistema mixto tradicional cumple la función de la etapa intermedia—y da paso a la etapa de instrucción en donde, fundamentalmente, se ofrecerá y desahogará la prueba de la defensa.

La vinculación a proceso, mientras tanto, se encuentra dentro de la etapa de investigación y su efecto más evidente será convertir a la investigación inicial en una investigación

formalizada –judicializada--. En el sistema acusatorio latinoamericano, la figura procesal que más se acerca a la vinculación a proceso y que puede decirse que inspira su inclusión en los procesos acusatorios mexicanos es la formalización de la investigación o de la imputación, acto procesal del Ministerio Público que divide en dos partes a la investigación, sin embargo, su naturaleza no es la de una audiencia de control de la investigación sino que se trata de la notificación de la existencia de la investigación policial¹³.

Debe señalarse que el establecimiento de la vinculación a proceso se debe a la necesidad de los códigos acusatorios de Oaxaca y Chihuahua de cumplir con los requerimientos constitucionales de establecer un auto de plazo constitucional de acuerdo al texto de la Carta de 1917 vigente en 2006. Esto puede apreciarse en dos hechos: el primero es que el código oaxaqueño se mantiene el nombre de sujeción a proceso para el mismo acto que en Chihuahua se denomina vinculación, el segundo hecho, es que en los códigos latinoamericanos no existe una vinculación formal, diferente a la formalización de la imputación –o de la investigación--.

¹³ Esto puede observarse en el contenido de los artículos 229 de Chile y del Código de Chihuahua:

CPP Chile Artículo 229.- Concepto de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación es la *comunicación* que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que *desarrolla actualmente una investigación* en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

CPP Chihuahua Artículo 274. Concepto de formulación de la imputación. La formulación de la imputación es la *comunicación* que el Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del Juez, de que *desarrolla una investigación en su contra* respecto de uno o más hechos determinados

El subrayado es nuestro.

De lo anterior se sigue que en la reforma de 2008 podría haberse modificado profundamente la vinculación, sin embargo, el constituyente optó por mantener un control judicial de la investigación aunque modificando los parámetros probatorios. En este sentido, las características de la vinculación a proceso, derivadas del injerto de esta institución en el texto constitucional anterior --que regulaba un proceso mixto-- establecen una nueva figura procesal que será propia y exclusiva del proceso penal mexicano. Dicho en otras palabras, la continuación de esta investigación requiere que no sólo sea presentada una solicitud sino que esta sea acompañada de *datos de prueba* que la sustenten.

3. Parámetros probatorios distintos que requieren una valoración probatoria fundada en el método de la sana crítica

Como se ha señalado, el auto de plazo constitucional y el de vinculación a proceso son dictados en momentos procesales distintos, con un contenido de la decisión diferente, lo que tiene como efecto otra importante divergencia: se requiere un nivel de certeza distinto para cada una de estas resoluciones.

En efecto, la lógica de cada momento procesal lleva a que el nivel de convicción necesario sea diferente ya que en el caso del auto de formal prisión se trata de evaluar el contenido del ejercicio de la acción penal, para definir el paso a una etapa procesal diferente en la que se ofrecerán y desahogarán las pruebas lo que, además, implica privación de la libertad al imputado. Por esta razón, los parámetros probatorios que se requieren son elevados; y resulta lógico que ante la importancia de la afectación se exija que el Ministerio Público demuestre fehacientemente los hechos que conforman la base de su acción.

Esta situación ha sido criticada en los dictámenes a la reforma constitucional señalando “que el excesivo estándar probatorio que hasta ahora se utiliza, genera el efecto de que en el plazo de término constitucional se realice un procedimiento que culmina con un auto que prácticamente es una sentencia condenatoria¹⁴”

Sólo desde esta perspectiva se podría justificar que, partiendo de las diferencias señaladas, para el dictado del auto de vinculación los parámetros probatorios disminuyan. En efecto, si se considera que la vinculación a proceso se trata de un control a la investigación en curso, no sería razonable exigir un parámetro probatorio tan elevado como el que actualmente debe cumplir el auto de término constitucional, sino que las exigencias probatorias pueden ser más flexibles, cercanas al del concepto de *causa probable* norteamericano, o la *sospecha vehemente* del proceso penal alemán.

De lo señalado hasta este punto, es evidente que una de las finalidades expresas de la reforma es desaparecer el equivalente al “mini-juicio” que implica al día de hoy la pre-instrucción, con fundamento en las críticas del proceso penal que señalan que al día de hoy, tan altos parámetros probatorios han hecho de la averiguación previa la etapa que tiene más importancia en la resolución del proceso.

En este contexto, el Grupo de Trabajo al elaborar el Código Modelo CONATRIB considera que el reto que implica la regulación de esta importante modificación constitucional debe abordarse desde un visión sistemática de toda la reforma, en la que el fortalecimiento del arbitrio judicial en la valoración de la prueba juega un papel de especial relevancia.

Así pues, la disminución de los parámetros probatorios sólo puede considerarse viables en la medida que sean correlativos del fortalecimiento del arbitrio judicial. Así, la supresión del sistema de prueba tasada adquiere mayor relevancia como uno de los principios

¹⁴ Dictamen de las Comisiones en la Cámara de Diputados de 10 de diciembre de 2007.

básicos del nuevo sistema acusatorio en tanto la libertad al juez para valorar la prueba sólo estará limitada por las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

4. Las dificultades para incorporar al nuevo proceso penal acusatorio a la figura de la vinculación a proceso.

La regulación de la vinculación a proceso es el aspecto que tendrá más impacto social y, al mismo tiempo, constituye uno de los retos más importantes en la construcción de la legislación procesal. En efecto, es conocido que uno de los elementos más polémicos de la reforma constitucional es la desaparición del cuerpo del delito y la probable responsabilidad como parámetros para el dictado de un auto de plazo constitucional, conceptos que son sustituidos por *“datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”*. De los respectivos dictámenes elaborados en el proceso legislativo, tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores es evidente que la intención del legislador es disminuir los requerimientos de prueba para que el Ministerio Público obtenga una Orden de Aprehensión o un Auto de Vinculación a Proceso.

Esta disminución de los parámetros probatorios potencialmente podría implicar, en la práctica, una disminución significativa de las garantías individuales de los ciudadanos; por esta razón, puede afirmarse que la regulación adecuada de la vinculación a proceso constituye una de las cuestiones más delicadas al trasladar los preceptos constitucionales a la legislación secundaria.

Sin embargo, la dificultad de la regulación legal de esta figura no sólo se encuentra en reducir los parámetros probatorios, sino que la redacción del artículo 19 constitucional impone dos cuestiones más, que también deben ser resueltas y que complican el establecimiento del contenido de la legislación secundaria.

Por un lado, la primera parte del párrafo primero del artículo 19 constitucional señala que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder de setenta y dos horas sin que se *justifique* con un auto de vinculación a proceso, lo que pareciera unir nuevamente la decisión sobre la continuación del proceso a la decisión sobre medidas cautelares o, cuando menos, a la decisión sobre prisión preventiva. Que se trata de dos decisiones distintas lo confirma la lógica del sistema y así lo han asumido los códigos acusatorios vigentes, pero también, el propio Poder Revisor de la Constitución así lo ha asumido.

En efecto, con fundamento en que en el mismo artículo 19 se hace referencia a dos autos diferentes cuando establece que “la autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y *del que decreta la prisión preventiva* deberá notificarlo al juez . . .” una interpretación sistemática del artículo confirma que deben ser dos decisiones y que el auto de vinculación debe incluir la decisión previamente tomada.

Por otra parte, existe otra cuestión que complica un poco más la regulación de la vinculación a proceso: el Poder Revisor de la Constitución mantuvo la redacción de la garantía de litis cerrada --o de congruencia de la sentencia con la acusación-- simplemente sustituyendo auto de formal prisión o de sujeción a proceso por vinculación a proceso.

En otras palabras, el hecho de que el constituyente haya señalado que el proceso sólo se seguirá por los hechos contenidos en el auto de vinculación, de una forma similar a la regulación previa, aumenta las tensiones entre las normas constitucionales ya que, como se ha señalado, la investigación continua después de la vinculación lo que implica la posibilidad de modificar los hechos. Lo que implica a que esta norma sea interpretada en el sentido de que la vinculación determina los hechos que constituyen la base de la acción. Esto implica que la legislación secundaria debe recoger esta emanación del derecho a la defensa adaptándola a las exigencias del nuevo proceso penal acusatorio, en especial, a las de la etapa de investigación.

La nueva interpretación de esta garantía, en opinión del Grupo de Trabajo, debe recoger la jurisprudencia en materia de reclasificación para señalar que las limitaciones al Ministerio Público, derivadas de la vinculación y de la necesaria congruencia de la acusación con la hipotética sentencia, radican en la determinación de los hechos, la imposibilidad de incorporar al proceso hechos distintos de los señalados, pero no abarca su calificación jurídica.

5. La propuesta del Código Modelo CONATRIB

Como se ha tratado de señalar la vinculación a proceso representa uno de los elementos más novedosos e importantes del nuevo proceso penal acusatorio en México, quizá el más trascendente de todos.

Dado que la vinculación a proceso se deriva directamente de la reforma constitucional no existen antecedentes legislativos, en consecuencia, el Grupo de Trabajo tomando como punto de partida la tradición jurídica y la experiencia judicial mexicana, elaboró una propuesta que tiene como premisas simplificar el desarrollo de los actos procesales y, al mismo tiempo, hacerlos más eficientes; de igual forma, asume que el papel del juez en esta etapa implica una especial función de protección de derechos fundamentales y que es a través de la protección de las garantías que la función jurisdiccional adquiere legitimación en un Estado Constitucional de Derecho.

No se deja de reconocer que la vinculación a proceso forma parte del grupo de disposiciones constitucionales que provoca tensiones al interior de las mismas normas que integran la reforma constitucional y, en consecuencia, su interpretación no es sencilla ni será unánime, debiendo ser coherente. De igual forma, no se desconoce que no existirá una sola forma de interpretarlas, por lo que la propuesta de este Código Modelo CONATRIB no aspira a ser la única respuesta, sino que ofrece una forma de interpretar las normas sobre vinculación que resulta correcta y viable.

La reducción de los parámetros probatorios y el concepto de dato de prueba

Las exigencias de la reforma constitucional

Una de las primeras cuestiones que deben resolverse es la referente a dotar de contenido específico a la reducción de los parámetros probatorios. En otras palabras, los nuevos códigos deben resolver en qué consiste la reducción de las exigencias de prueba al Ministerio Público. El Grupo de Trabajo al analizar la cuestión ha encontrado que la reducción de los parámetros probatorios puede aplicarse de dos formas: en lo que se refiere a la intensidad o a la extensión de la prueba.

La disminución en intensidad se refiere a la modificación del grado de certeza al que debe llegar el juzgador a partir del contenido probatorio. La modificación de la intensidad de la convicción implicaría reducir la exigencia de certeza, a exigir una *probabilidad* en lo que se refiere a la existencia de los hechos. Por otra parte, la modificación en la extensión de los requerimientos probatorios se refiere a los elementos que deben estar incluidos en la prueba presentada por el juez para fundar su solicitud. Es decir, se trata de la cuestión si debe ser exigido al Ministerio Público que se prueben los tres elementos que actualmente integran el cuerpo del delito (los elementos objetivos o externos, normativos y subjetivos específicos distintos a dolo o culpa) o sólo alguno de ellos.

En este sentido, el Grupo de Trabajo, desde una visión sistemática (recuérdese el listado de delitos en los que la prisión preventiva es de oficio) y apegada a la tradición jurídica mexicana considera que sólo la reducción en la intensidad es viable. Dicho de otra forma, la reducción en la extensión de la prueba produciría un efecto negativo en los derechos de los ciudadanos. Por esta razón, el Código Modelo CONATRIB no considera viable que únicamente se exija el elemento material del hecho delictivo y mantiene la exigencia de

que el Ministerio Público se refiera a la totalidad de elementos del actual cuerpo del delito.

El Código Modelo CONATRIB asume que la reducción probatoria que señala el Poder Revisor de la Constitución se concreta en la reducción en la intensidad, por lo que se señala expresamente que el juez valorará la razonabilidad de los *datos de prueba* (no prueba en sentido estricto) ofrecidos. Por esta razón se señala que será necesario que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se establezcan *datos de prueba* que permitan establecer razonablemente la existencia de un hecho o hechos que las leyes del Estado califiquen como delito y la probabilidad de la autoría o participación en el hecho del imputado.

Definición de dato de prueba

En este contexto, el concepto de dato de prueba se convierte en esencial para el entendimiento correcto de la propuesta. Así, de acuerdo con el Código Modelo CONATRIB, dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Estos datos de prueba se encuentran en la carpeta de investigación del Ministerio Público y, de acuerdo con la lógica del sistema, son objeto de control horizontal, en cuanto a su contenido (verosimilitud y alcance), por parte de la defensa y, en su caso, del acusador coadyuvante).

De esta forma, el Código Modelo CONATRIB disminuye la *intensidad probatoria* cuando señala como requisito para el dictado de un auto de vinculación que de los antecedentes de la investigación expuestos por el ministerio público se establezcan *datos de prueba* que permitan establecer *razonablemente* la existencia de un hecho o hechos que las leyes del

Estado califiquen como delito y la probabilidad de la autoría o participación del imputado en el hecho.

Con la finalidad de dar elementos de juicio, concretos y prácticos, la propuesta mantiene la *extensión* de la prueba cuando señala que se entenderá que se ha establecido la existencia de un hecho delictivo, cuando los datos de prueba revelen razonablemente *los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal que constituyen el elemento material del hecho que la ley califique como delito, así como a los elementos normativos y subjetivos cuando la figura típica de que se trate los requiera.*

Razonabilidad y libre valoración del juez

Debe enfatizarse que la propuesta pretende sustituir el contenido de la actual consignación por un señalamiento de un conjunto de *datos probatorios* que se presentarán al prudente arbitrio judicial. En este contexto, el diseño de la vinculación a proceso se fundamenta en el nuevo sistema de valoración de la prueba que introduce la reforma. Por lo que la apreciación *razonada* —entendida como basada en las reglas de la lógica y máximas de la experiencia y, en general, opuesta a arbitraria—constituye el elemento central de la decisión.

La vinculación como audiencia compleja

Por otra parte, en buena medida forzados porque el nuevo el texto constitucional mantiene la estructura del sistema anterior, se distingue entre Auto y Audiencia de vinculación con un doble propósito: cumplir con las funciones encomendadas al auto de vinculación y, por otra parte, evitar las reiteraciones que actualmente encontramos en las audiencias. Por esta razón el Código Modelo CONATrib permite reunir, en una sola audiencia, el control de detención, si el imputado hubiera sido detenido por orden de aprehensión o en flagrancia o por caso urgente; la imputación formal de los hechos; solicitar y resolver sobre medidas cautelares de carácter real y personal; otorgar los derechos del imputado; su nombramiento de abogado defensor; guardar silencio u

otorgar su declaración preparatoria y que el propio imputado pueda ofrecer medios de prueba en contra de los datos de prueba y registros de la investigación presentados por el Ministerio Público.

Es, entonces, el momento en que el imputado, en su primer contacto con el juez en audiencia pública, además de conocer los hechos punibles que se le atribuyen pueda contestar a los cargos, pues la oportunidad de declarar en el proceso forma parte integral del derecho de la defensa. Debe reconocerse que la declaración del imputado es un derecho a reaccionar frente la acusación, y no es una obligación para proporcionar información y el correlativo “*derecho*” del tribunal a requerirla.

Tres finalidades constitucionales mínimas de la audiencia de vinculación

Abundando sobre la propuesta, el Grupo de Trabajo considera que del texto del artículo 19 constitucional se deriva la exigencia que el auto de vinculación incluya tres aspectos mínimos: la decisión sobre las medidas cautelares en el caso en que se hayan solicitado, en especial en el caso de la prisión preventiva; en segundo lugar, la determinación de los hechos, decisión que no puede tener el mismo grado de firmeza derivado de la etapa procesal de investigación que no ha concluido y, finalmente, la decisión sobre la continuación del proceso, en lo que en estricto sentido constituye la vinculación a proceso.

Finalidades adyacentes necesarias

Las anteriores finalidades se encuentran junto a otros actos procesales que el Grupo de Trabajo, con fundamento en los principios constitucionales de concentración y continuidad y con la idea de evitar reiteraciones en el desarrollo de las diversas audiencias, considera que es posible, y en varios supuestos, muy recomendable que se

asuman en la misma audiencia, en la medida de lo posible, sin interrupción. Nos referimos al *Control de la constitucionalidad de la detención*, a que el juez se cerciore que *el imputado conoce y entiende la acusación, así como sus derechos constitucionales* y a la *Determinación sobre el cierre de la investigación*.

De esta forma, a diferencia de otros proyectos legislativos, el Código Modelo CONATrib propone, con ciertas modulaciones en función de los intereses de la defensa, el establecimiento de una audiencia de vinculación con un contenido complejo, que busca satisfacer los variados requerimientos constitucionales.

El auto de vinculación

En contraste con la propuesta de una audiencia “compleja” de vinculación, el Grupo de Trabajo considera que es de la mayor relevancia precisar que el auto de vinculación se refiere a la decisión de permitir la continuación del proceso que el juez toma con fundamento en los *datos de prueba* presentados por el Ministerio Público.

En otras palabras, el auto de vinculación es la resolución del juez de garantía que finaliza un acto complejo de control judicial --la audiencia de vinculación a proceso-- y su contenido específico es determinar si, de los datos de prueba aportados por el Ministerio Público así como de lo señalado por la defensa, resulta procedente el acto de molestia de la continuación de la investigación.

En los casos en que el juez determine la vinculación a proceso, para apegarse a lo señalado en el texto constitucional deberá determinar los hechos que integran la acusación, la continuación de la vigencia de las decisiones sobre medidas cautelares, especialmente en el caso de la prisión preventiva y, finalmente, el plazo de término de la investigación.

E) Libertad del Imputado y Medidas Cautelares.

La libertad es un derecho fundamental del hombre reconocido por el Estado Mexicano que sólo puede ser restringida por las causas y bajo las condiciones previamente establecidas por el orden jurídico, por lo tanto, toda persona, ante la amenaza punitiva, debe ser considerada y tratada como inocente hasta que se determine su culpabilidad, lo que implica que sólo para asegurar su comparecencia ante los órganos jurisdiccionales (en los términos de los artículos 9.3 del Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) o bien cuando sea necesario para el éxito de la investigación o la protección de personas o bienes jurídicos (artículo 16 séptimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), se podrá decretar una medida cautelar en su contra.

Partiendo de esta premisa el Código CONATRIB establece como principio que el imputado se encuentre libre durante el procedimiento, por lo que en esas condiciones deberá acudir ante el juez de control desde la primer audiencia que se ha instrumentado para dar curso ordinario al procedimiento penal, que es, la de vinculación a proceso y sólo en casos de flagrancia, urgencia u orden de aprehensión será presentado en calidad de detenido, sin embargo, en los dos primeros, el Ministerio Público deberá contar con datos que le hagan presumir que el órgano jurisdiccional, a la postre, accederá a decretar la prisión preventiva; mientras que en el último, el juez velará no sólo porque se reúnan los requisitos de fondo a que se refiere el artículo 16 de la CPEUM, sino también, por que se actualice un efectivo riesgo de retardo, esto es, que de no acceder al mandamiento aprehensivo resultaría difícil obtener la presentación voluntaria del imputado.

De esto resulta que las medidas cautelares de urgencia, flagrancia y orden de aprehensión tienen como fin iniciar el procedimiento judicializado¹⁵, cesan una vez que se ha formulado imputación¹⁶ y sólo proceden cuando de no mediar se podría retardar el procedimiento¹⁷.

Bajo el mismo orden de ideas, cuando ya se ha formulado imputación y en cualquier etapa del procedimiento, el ministerio público o el acusador privado, al advertir que para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o para evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia (principio de instrumentalidad), es necesario restringir la libertad de éste, deberán solicitarlo al juez¹⁸, quien (en audiencia pública, de manera oral y brindando oportunidad de contradicción a la defensa) deberá determinar, con base en los argumentos y datos de prueba que se le expongan, si en realidad existe tal riesgo (necesidad de cautela) y, en su caso, aplicará una o varias de las medidas cautelares que establece el Código de Procedimientos Penales (principio de legalidad), que resulten suficientes y proporcionales para evitarlo, tomando también en

¹⁵ Esto es el reflejo del **principio de instrumentalidad**, pues las medidas cautelares, por sí mismas, no tienen una finalidad, sino que son un instrumento para lograr los fines del procedimiento penal.

¹⁶ Así es como se consagra el **principio de temporalidad o provisionalidad**, en virtud del cual las medidas cautelares subsisten sólo hasta que se cumple el fin para el que se instrumentaron.

¹⁷ En virtud del **principio de excepcionalidad** las medidas cautelares sólo se imponen cuando resultan necesarias para asegurar los fines del procedimiento.

¹⁸ De acuerdo al principio de jurisdiccionalidad las medidas cautelares deben ser impuestas por el órgano jurisdiccional, las excepciones son los casos de urgencia, flagrancia y garantía económica previa a la audiencia de vinculación a proceso. Esto no implica que el juez o tribunal las ordene de oficio, ya que el interés jurídico de su aplicación reside en el ministerio público y en el acusador privado.

cuenta la posible pena a imponer¹⁹ y estableciendo el plazo máximo de su vigencia (principio de temporalidad o provisionalidad), que en ningún caso podrá ser superior al del procedimiento mismo, por no tener un fin propio.

F) Criterios de oportunidad

El párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos incorpora expresamente esta figura al señalar:

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

En materia del ejercicio de la acción penal –entendida como la facultad de exigir al juez la imposición de una sanción en contra de un individuo derivada de la existencia de responsabilidad penal-- nuestro país tradicionalmente ha seguido el principio de legalidad. En otras palabras, en presencia de datos que acrediten el cuerpo delito y la probable responsabilidad, el agente del Ministerio Público *deberá* –es decir, en *todos* los casos, ya que no es una facultad discrecional sino un deber-- ejercer la acción penal.

¹⁹ De acuerdo al principio de proporcionalidad, las medidas cautelares deben ser acordes a la magnitud del riesgo a los fines del procedimiento que se actualice y no deben ser de una magnitud superior a la posible pena a imponer, por lo tanto la prisión preventiva sólo podrá aplicarse cuando el hecho amerite necesariamente pena de prisión y cuando otras medidas cautelares no resulten suficientes para contrarrestar el riesgo que se actualice.

Los criterios de oportunidad se traducen que en un caso concreto, no obstante que se reúnan los requisitos legales para el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, ya sea en relación a alguno o a varios hechos, o a alguna de las personas que participaron en su realización. Esta facultad constitucional implica que el Poder Revisor de la Constitución parte de la base de que existirá confianza plena para la correcta administración de éstos criterios en la institución del Ministerio Público.

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

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

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

De esta forma, partiendo de la regla general de la obligatoriedad de la acción que exige al ministerio público ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente, se establece como excepción la posibilidad que le permite prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, limitarla a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, en los siguientes supuestos.

Cuando se trate de un hecho que, por las circunstancias de tiempo y/o modo, deviene insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste. Ese tipo de criterios no se admiten cuando el hecho afecte gravemente un interés público o, cuando aún de sea bagatela, lo cometa un servidor público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

Encaminado a lograr, a favor de la víctima y la celeridad del proceso en su beneficio, el Código Modelo CONATRIB permite la aplicación de criterios de oportunidad cuando el imputado haya producido la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos.

Los criterios de oportunidad igualmente fijan su atención en el propio imputado comprendiendo los efectos nocivos del hecho punible. De ese modo, el Código Modelo CONATRIB permite la aplicación de criterios de oportunidad a favor del imputado cuando éste, con motivo del hecho, haya sufrido daño físico o psíquico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando en ocasión de una infracción culposa haya sufrido un daño moral de difícil superación.

Se trata de criterios que, a la vez, centra su atención en la flexibilidad y celeridad del propio proceso y, por ende, persigue restar a los fiscales del Ministerio Público y a los jueces, exceso de trabajo, permitiendo la aplicación de criterios y el archivo de la causa penal cuando, en un caso concreto, la pena o medida de seguridad que pueda imponerse

por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o delitos a la misma persona, o la que se le impuso o se le impondría en un proceso tramitado en la jurisdicción federal o en el extranjero.

Coherente con el principio constitucional, el Código Modelo CONATRIB finalmente centra la aplicación de criterios de oportunidad en la búsqueda de la verdad, la consecución de la justicia, procurar la seguridad y tranquilidad ciudadanas y resolver las propias controversias que minan la paz social.

Con ese objetivo, cuando se trate de asuntos de delitos graves y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, el Ministerio Público podrá aplicar criterios de oportunidad. Este criterio exige prever que la acción penal de la cual se prescinde total o parcialmente resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.

En el mismo sentido, pero buscando la cooperación entre las entidades federativas o de estas con la Federación, y, desde la misma Federación hacia los Estados, el Código Modelo introduce la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad cuando el imputado fuere entregado a la jurisdicción federal, por así convenir al proceso, en una causa federal, cuando la sanción a la que pudiera llevar la persecución en el Estado carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta en la jurisdicción federal.

De igual forma cuando el imputado pueda colaborar con el ministerio público federal para esclarecer hechos relacionados con delincuencia organizada y el ministerio público del Estado considere conveniente dicha información respecto a los hechos que se investigan y atribuyen en el Estado.

G) Suspensión condicional del proceso

El Sistema de Justicia Penal ha experimentado dos efectos que, desde la perspectiva de una país garantista, que protege con el acceso a la justicia, los derechos de los sujetos procesales y con las garantías del gobernado, la dignidad, libertad e igualdad de los imputados, causan estupor: la prisión preventiva y, la lentitud de los proceso.

El Código Modelo CONATrib, consciente de que no es necesario superar las distintas etapas del proceso para obtener una sentencia que luego permita la “libertad condicional” o la “ejecución condicional de la pena” introduce, como forma alternativa de terminación del proceso la “Suspensión Condicional del Proceso”. De ese modo, en lugar de esperar la sentencia condenatoria, en caso de demostrar la culpabilidad del imputado, facilita que el mismo, luego de conocer las pruebas que existen en su contra, bajo la asesoría de un abogado defensor, pueda admitir los hechos, facilitando su libertad sujeta a prueba bajo ciertas condiciones previamente admitidas por el mismo imputado.

La Suspensión Condicional del Proceso nace, en el Código Modelo CONATrib, a partir del principio Constitucional por el cual “la ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad” (art. 20; A, VII). Con esa finalidad 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” (art. 17, 3). Se entiende así 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” (art. 20, A, VII).

Las entidades federativas han comprendido, desde los principios y criterios de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que “en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena, el perdón de la víctima u ofendido o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad y siempre que

el imputado no tenga condena penal por delitos dolosos, el imputado o el ministerio público con acuerdo de aquél, podrán solicitar la suspensión condicional del proceso” (Cfr: artículo 115).

Además de la aceptación de los hechos de la imputación formal, el Código Modelo CONATRIB exige al imputado, durante un plazo no menor de un año ni mayor a cinco (artículo 116), un “plan de reparación del daño causado por el delito y un detalle de las condiciones que estaría dispuesto a cumplir” durante el plazo a prueba (Cfr: artículo 115).

El plazo a prueba, con la posible reparación del daño a favor de la víctima, procura hacer eficaz el objetivo Constitucional de facilitar, con base al “trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte” (art. 18) lograr la reinserción del imputado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir. Sin embargo, en estos casos, en lugar de lograr esos objetivos a través del “sistema penitenciario” lo facilita, confiando en que el imputado, en libertad, pueda “residir en un lugar determinado o abstenerse de salir del país”; “frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas”; “abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas” “participar en programas especiales de tratamiento con el fin de abstenerse de consumir drogas, bebidas alcohólicas o cometer hechos delictivos”; “comenzar o finalizar la educación básica si no la ha cumplido, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el tribunal”. (Cfr: artículo 116)

Con la misma finalidad procura su reinserción a través del préstamo de “servicios o labores en favor del Estado o de instituciones de beneficencia pública”; que éste pueda “someterse a un tratamiento médico o psicológico”; o que permanezca “en un trabajo o empleo, o adoptar, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia” (Cfr: artículo 16).

En algunos casos el plan de reparación puede someter al imputado “a la vigilancia que determine el juez”; impedirle “poseer o portar armas”; negarle “conducir vehículos” y, en las ocasiones que así convenga “cumplir con los deberes de asistencia alimentaria” (Cfr: artículo 116).

H) Justicia Restaurativa

Diferentes denominaciones se han dado a este capítulo en las diversas legislaciones latinoamericanas, tales como “Conciliación” o “Acuerdos Reparatorios”.

Al respecto, el Grupo de Trabajo utiliza la denominación “Justicia Restaurativa”, pues es más amplio, ya que la conciliación excluye a ciertos programas de esta última. La Justicia Restaurativa pone énfasis en la paz, no tanto en el delito, sino que se preocupa por la búsqueda de soluciones tanto para la víctima en lo relativo a la reparación del daño, al imputado para que se alcance la reconciliación entre las partes y al “fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo”.

Se propone que la redacción utilizada esté acorde al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, utiliza el término “mecanismos alternativos de solución de controversias”, además en el ámbito internacional así los llaman.

Partiendo de la naturaleza de los medios alternativos de solución de controversias, se regulan en un sólo artículo pues la distinción entre mediación y conciliación no es por la competencia para conocer de determinados delitos, sino la misma radica en su esencia misma. A continuación se mencionará en qué consiste cada uno de ellos:

“Mediación: Procedimiento voluntario en el cual un profesional cualificado, imparcial y sin facultad para sustituir las decisiones de las partes, asiste a las partes involucradas en una controversia, como facilitador de las vías de diálogo y la búsqueda en común de un acuerdo.”

“Conciliación: Procedimiento voluntario en el cual un profesional cualificado, imparcial y con capacidad para proponer soluciones a las partes, asiste a las personas involucradas en una controversia con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y búsqueda en común de un acuerdo.”

La regulación en este Capítulo recoge las prácticas que se han desarrollado exitosamente en los estados de la Federación. El tema de los intereses difusos es novedoso y no debe quedar ausente en el Código, por tanto, consideramos que se debe dar la legitimidad al Ministerio Público en caso de que no se apersone la víctima.

I) Procedimiento abreviado

Esta figura, se encuentra expresamente reconocida en el nuevo texto constitucional, en la fracción VII del apartado A del artículo 20 que establece:

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

El procedimiento abreviado sin ser en sentido estricto una salida alterna, permite dictar una sentencia de forma más rápida y de cuantía menor que en el procedimiento ordinario, en los casos en que, previa solicitud del mismo imputado o del representante social, el imputado admita el hecho que le atribuyera el Ministerio Público en su escrito de acusación, acepte la aplicación de este procedimiento y no haya oposición fundada de la víctima u ofendido constituido como acusador particular. Si la víctima no se ha constituido

como acusadora particular, se escuchará a la víctima, querellante u ofendido de domicilio conocido, pero su criterio no será vinculante.

Debe señalarse que la incomparecencia injustificada de la víctima u ofendido a la audiencia no impedirá que se resuelva sobre la apertura del procedimiento abreviado y, en su caso, se dicte la sentencia respectiva.

El Grupo de Trabajo considera que del texto constitucional se amplía la naturaleza de este procedimiento pues no sólo se considera un medio de aplicación de la política criminal y un instrumento que busca la eficacia de la instancia de persecución, sino que también se extiende como derecho del imputado a solicitarlo.

La solicitud de ir al Abreviado puede presentarse desde la audiencia en que se dicte el auto de vinculación a proceso hasta antes de que se dicte auto de apertura a juicio oral. El Ministerio Público podrá solicitar la aplicación de una pena inferior hasta en un tercio de la mínima señalada para el delito por el cual acusa. Sin embargo, tratándose de los delitos de homicidio simple y calificado, secuestro, desaparición forzada de personas, tortura, violación y trata de personas, la reducción de hasta un tercio se realizará a la pena que corresponda atendiendo al grado de culpabilidad del sentenciado.

Ahora bien, en este aspecto, no debe dejarse de considerar que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada fue la pionera en introducir esta figura en el sistema jurídico mexicano, ofreciendo una reducción de hasta dos terceras partes de la pena posible.

En cuanto a las atribuciones jurisdiccionales, el proyecto señala que el juez verificará en audiencia que el imputado: ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre, voluntaria e informada y con la asistencia de su abogado defensor; conoce su derecho a exigir un juicio oral, y que renuncia voluntariamente a ese derecho, aceptando ser juzgado con base en los antecedentes recabados en la investigación; entiende los

términos del acuerdo y las consecuencias que éste pudiera implicarle; y acepta los hechos materia de la acusación en forma inequívoca y de manera libre y espontánea.

El juez rechazará la solicitud cuando no considere actualizados los requisitos correspondientes. o cuando considerare fundada la oposición de la víctima u ofendido o acusador particular y continuará con el procedimiento ordinario.

En este caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al ministerio público durante el juicio, se tendrán por no formuladas la aceptación de los hechos por parte del acusado, así como las modificaciones de las penas efectuadas para posibilitar la tramitación abreviada del procedimiento.

J) Prueba Anticipada

Las reformas constitucionales en materia de seguridad pública y justicia penal del 18 de junio de 2008 contienen cambios muy importantes en materia de prueba penal. Dos destacan en importancia: por un lado, se redujeron los parámetros probatorios que deberá cubrir el Ministerio Público para obtener la “vinculación a proceso” así como una orden de aprehensión, tema al que nos hemos referido con detalle; por otro lado, se determina que sólo será prueba la que se desahogue durante la audiencia de juicio oral, misma que servirá de base al juez para dictar sentencia. En este sentido la fracción III del apartado A del artículo 20 constitucional señala:

“III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;...”

La regla general que se establece implica que sólo será prueba la que se produzca en juicio con la finalidad de garantizar los principios de igualdad procesal, inmediación, publicidad y contradicción. La excepción a esta regla, es decir, la prueba anticipada constituye un

elemento esencial para el funcionamiento adecuado del sistema, en especial en los casos de delitos complejos.

La cuestión central en este punto pasa por establecer una regulación de la prueba anticipada que se coloque en un punto de equilibrio entre los extremos que son, por un lado, la completa permisividad frente a la actividad del Ministerio Público, para que realice e incorpore a juicio prueba anticipada según su conveniencia y, en el otro extremo, una regulación que buscando impedir arbitrariedades en la investigación conlleve la nulidad, o la imposibilidad de incorporar a juicio, de los elementos de la investigación, generando en consecuencia un alto grado de impunidad.

En el ámbito del derecho comparado se pueden apreciar dos tendencias, una más abierta y menos formalista permite su solicitud en cualquier momento hasta antes de instalarse el juicio oral. La otra tendencia es la de cerrar la puerta a la prueba anticipada y establecer dos momentos en que es procedente su petición: en la audiencia de preparación, o al terminar la declaración ante el fiscal. La primera tendencia permite el anticipo de cualquier tipo de prueba y no sólo la testimonial y declaración de peritos, con indicación textual de la posibilidad de recurrir la negativa de la prueba anticipada

El Grupo de Trabajo considera que sería conveniente incorporar al Código Modelo CONATrib por lo que señala que la petición de prueba anticipada se podrá realizar en cualquier momento hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, de cualquier medio de prueba pertinente, siempre que ésta sea practicada ante el juez de control; por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; y que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio

Por otra parte, en atención a la experiencia internacional, se propone que el Ministerio Público podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de menores de edad que fueren víctimas de delitos sexuales.

Con la finalidad de permitir la actuación de la policía como prueba anticipada, pero al mismo tiempo manteniéndola dentro de un entorno donde se encuentren vigentes los principios de publicidad, inmediación y contradicción, en la medida de lo posible, el Código Modelo CONATRIB expresamente propone regular como prueba anticipada, la declaración del testigo, perito u oficial de la policía que manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia de debate de juicio oral. De hecho se señala que las declaraciones rendidas en la etapa de investigación, las entrevistas y actuaciones de la policía de investigación, los actos del ministerio público y los datos de prueba que, en su momento hayan dado fundamento al auto de vinculación al proceso y a las medidas cautelares, podrán ser incorporadas al juicio por lectura cuando sea a solicitud de parte y el Tribunal lo considere conveniente valorando los argumentos de las partes.

De igual forma, se permite la lectura de las actuaciones de la investigación para refrescar la memoria de los participantes en el proceso, de la forma en que actualmente se utiliza en Nuevo León.

K) Reparación del daño.

La cuestión de la reparación del daño es un tema que puede impactar profundamente en la valoración social del nuevo sistema procesal. Su funcionamiento no sólo involucra a las víctimas de un delito sino que también evidencia el funcionamiento institucional.

Actualmente, las averiguaciones previas y, en general, los procesos penales suelen prestar poca atención a esta cuestión. En ese sentido, la carga de la prueba y el impulso procesal

necesario para obtener la reparación del daño corresponde a la víctima aunque no tiene necesariamente la condición procesal adecuada para presentar su reclamo.

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

Esta situación ha llevado a que el Poder Revisor de la Constitución haya convertido a la reparación del daño en uno de los ejes sobre los que se funda el contenido de la reforma y, en consecuencia, introduce profundos cambios en la naturaleza y fines de esta figura.

El más importante cambio radica en la modificación de la naturaleza de la reparación del daño. Concebido en el sistema tradicional como una pena pública, se convierte, ahora, en esencia en un *derecho fundamental de las víctimas u ofendidos*. En efecto, el nuevo texto de la fracción IV del apartado C del 20 Constitucional señala:

“C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;..”

Este cambio en su naturaleza se aprecia no sólo en la claridad de la afirmación de que es un derecho sino en que la titularidad de su ejercicio corresponde a la víctima de la que el Ministerio Público tiene la obligación constitucional de protección y coadyuvancia. Así, la

reparación del daño puede ser solicitada por la víctima u ofendido aún sin la participación del Ministerio Público –aunque con la finalidad de su protección se sigue incluyendo en las obligaciones de la representación social.

De igual forma, parte de la profunda transformación de la naturaleza jurídica de la reparación del daño es que en el mismo texto constitucional se distingue entre la sentencia de condena y la obligación de la reparación del daño con lo que se convierte en una resolución paralela a la condena, resuelta por el juez en materia penal, donde la protección de la víctima u ofendido es el núcleo del diseño procesal.

Desde esta perspectiva la reparación del daño se presenta cómo la figura procesal que puede determinar una valoración social positiva del nuevo proceso penal acusatorio. Con esa visión, el Código Modelo CONATrib procura reflejar adecuadamente el nuevo contenido de este concepto a través de los siguientes objetivos puntuales en el proceso ordinario:

- a. Que el proceso obligue al Ministerio Público y a los jueces pronunciarse, en toda sentencia, aun cuando recaiga absolutoria, sobre la reparación del daño.
- b. Que la víctima pueda coadyuvar con el Ministerio Público, como parte procesal, tanto en la gestión probatoria, como en la determinación de los hechos y el monto de los daños causados por el delito.
- c. Que la víctima pueda constituirse como parte, con patrocinio letrado, para el logro de obtener la reparación del daño.

Por otra parte conforme al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, un requisito esencial de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal es que aseguren la reparación del daño a favor de la

víctima. Por esta razón el Código Modelo CONATrib busca proteger la reparación del daño a lo largo de las salidas alternas: así se encuentra en los acuerdos reparatorios; es también un requisito para la aplicación de los criterios de oportunidad y queda al cuidado del juez tanto en la suspensión condicional del proceso como en el juicio abreviado.

Finalmente, el Código Modelo CONATrib prevé que la acción para obtener la reparación del daño pueda dirigirse contra el imputado y contra la persona que, según las leyes, responda objetivamente por los daños y perjuicios que el imputado hubiera causado con el hecho punible.

L) Acción penal de particulares

Este tema es una de las novedades más importantes del nuevo texto constitucional y significa una ruptura profunda de la manera en que se había venido entendiendo el contenido de la acción penal. En efecto, el nuevo segundo párrafo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala:

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

En consecuencia, dado que el Grupo de Trabajo ha considerado importante impulsar el debate en la materia, resulta forzoso que señalemos, aún de forma breve, las tendencias existentes en el derecho comparado.

En el proceso penal pueden ejercer la acción penal, adquiriendo la condición de partes acusadoras, un número variable de sujetos: el Ministerio Público, la acusación particular, la acusación popular y el acusador privado. El *Ministerio Público* es el órgano público al que la ley encomienda el ejercicio de la acción penal con carácter general y en nombre del Estado. El *acusador particular* es el ofendido o perjudicado por el delito, que igualmente

puede constituirse en parte acusadora. Además de estos dos casos, en algunos sistemas jurídicos cualquier ciudadano, aunque no haya sido ofendido ni perjudicado por el delito puede ejercitar la acción penal, constituyéndose en *acusador popular* siempre que cumpla con una serie de exigencias legales. Por último, el *acusador privado* es también el ofendido o perjudicado por el delito, pero, a diferencia del acusador particular —que tiene que considerar la posibilidad el ejercicio de la acción por parte del Ministerio Fiscal—, el acusador privado es el único legitimado para ejercer la acción penal, porque el delito por el que se ha visto ofendido o perjudicado no afecta al interés público.

Así pues, en algunos casos la acusación se ejercerá de manera única por uno solo de los sujetos mencionados, en otros casos podrá ejercerse de manera concurrente por varios de ellos. Ahora bien, es necesario que la acusación se ejerza por algún sujeto para que pueda iniciarse el proceso penal: derivado del *principio acusatorio* es indispensable la distinción entre la figura de juez y acusador. Además, para algunos sujetos —como el Ministerio Público—, el ejercicio de la acción penal se configura como un *deber*, supeditado a la apreciación del carácter aparentemente delictivo de los hechos; y para los restantes sujetos como una *facultad*, condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos.

Para comprender por qué y en qué casos podrá o deberá existir acción penal por los particulares —en tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no define su contenido—, conviene señalar que el tipo de acusador —privado, particular o popular— debe ser legitimado en función de la naturaleza diversa de los delitos tipificados en el Código Penal y en específico del interés público existente en la protección del bien jurídico tutelado.

Se puede afirmar que las acciones y omisiones tipificadas en el código penal tienen una relevancia que trasciende el interés particular de las personas agraviadas por el delito; es decir, a toda la sociedad en su conjunto le interesa la persecución de los delitos. En el ámbito penal es particularmente intenso el interés público que subyace al proceso,

porque su objeto es más relevante para la sociedad que el de los procesos que se siguen ante otros órdenes jurisdiccionales.

En efecto, puede decirse que todos los individuos de una sociedad tienen cierto interés en que los deudores paguen sus deudas, pues eso redundaría en beneficio de todos, al generar un alto grado de confianza en el tráfico jurídico. Sin embargo, esos mismos individuos tienen mayor interés en que se persiga penalmente a los estafadores, secuestradores o terroristas que a los deudores, pues, frente al bienestar económico, en estos otros casos están en juego bienes o valores superiores, como la seguridad, la libertad o incluso la vida. Indudablemente, como no todos los delitos afectan al mismo bien jurídico, no todos los delitos revisten la misma gravedad ni, por lo tanto, interesa a la sociedad en la misma medida su persecución.

A los efectos del ejercicio de la acción penal y atendiendo al interés de la sociedad en la represión de las conductas delictivas, los delitos tipificados en el Código Penal pueden clasificarse en dos categorías: delitos perseguibles de oficio y perseguibles sólo con querrela de la víctima u ofendido. En la primera categoría, el Ministerio Público tiene el deber de ejercitar la acción penal. En la segunda, si el delito requiere de la presentación de una querrela, el Ministerio Público también tiene el deber de ejercitar la acción penal, pero su ejercicio está condicionado a la previa denuncia del ofendido o perjudicado por el delito; es en este caso podría establecerse que el acusador particular podrá ejercitar la acción penal.

De esta división en dos categorías se puede proponer la participación del *Acusador particular* en los delitos de querrela, o en algunos de ellos. En otras palabras, se propone que en estos delitos la víctima u ofendido podrá ejercer la acción penal sin contar la concurrencia del Ministerio Público. En nuestra opinión esta opción es viable cuando, derivado de la naturaleza del propio delito, es la víctima u ofendido quien tiene los elementos de prueba, v. gr. el fraude o el abuso de confianza.

Además de esta opción el Código Modelo CONATrib con la finalidad de que la discusión sobre este importante punto tenga la mayor amplitud de elementos para su decisión incluye también las figuras de *Acusador privado* y de *Acusador popular*. El primero de los supuestos implica que en la acción privada su ejercicio corresponde únicamente a la víctima, se trata del caso de los delitos contra el honor que en muchas entidades han dejado de ser materia penal, pero la introducción de esa figura podría ser un paso previo y gradual. En el caso del Acusador popular cualquier persona que demuestre interés legítimo, podrá ejercer la acción penal popular. De igual forma, el Código Modelo CONATrib, considerando la especial naturaleza de ciertos delitos y el contexto en que se cometen, señala que también podrán ejercer la acusación popular dentro del ámbito derivado de sus funciones: el Auditor Superior del Congreso, el titular del Organismo Estatal de Derechos Humanos y los Síndicos Municipales. Se propone señalar como delitos de acción popular: a los delitos cometidos por servidores públicos, de lesa humanidad y contra el medio ambiente y la legislación ambiental.