

## CONSTITUCIÓN Y NUEVO PROCESO PENAL

Salvador VALENCIA CARMONA\*

SUMARIO: I. *Reforma judicial y nuevo proceso penal*. II. *Las iniciativas constitucionales*. III. *Los temas principales de la reforma*. IV. *El nuevo sistema acusatorio*. V. *Los principios del proceso penal*. VI. *Derechos del imputado*. VII. *Derechos del ofendido y de la víctima*. VIII. *Orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso*. IX. *Precisiones procesales y terminológicas*. X. *El Ministerio Público*. XI. *Nuevo perfil del órgano jurisdiccional*. XII. *Mecanismos alternos de solución de controversias*. XIII. *Delincuencia organizada*. XIV. *Sistema Nacional de Seguridad Pública*.

### I. REFORMA JUDICIAL Y NUEVO PROCESO PENAL

En una democracia cualquier ciudadano tiene derecho a que el Estado le preste justicia pronta y accesible, así como seguridad jurídica y pública para desarrollar sus actividades de manera plena. Es este el fundamento y el valor del tema de la reforma judicial, que ha cobrado gran actualidad y logrado un consistente desarrollo en los terrenos tanto doctrinal como práctico. Ciertamente, queda largo trecho por recorrer para que los tribunales y los hombres que lo sirven respondan a las expectativas que esperamos de ellos, para superar la rutina, la indiferencia y los intereses creados, es imperativo redoblar esfuerzos y multiplicar acciones.

En las más diversas latitudes existe preocupación por la reforma judicial, mas se ha diversificado y adquirido singular vigor en los países latinoamericanos, incluso en algunos de ellos ha tenido avances notables.

La reforma judicial latinoamericana no se ha detenido en el mero aspecto normativo, sino que contempla, entre otros aspectos, la formación y capacitación judicial, la autonomía e imparcialidad de los órganos judi-

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ciales, la infraestructura física e institucional, los medios de allegarse más recursos, la administración y modos gerenciales del servicio judicial, la participación de la sociedad en tan trascendentes actividades.<sup>1</sup>

Como se observa, bajo la expresión reforma judicial se abarcan múltiples y heterogéneos aspectos y problemas, pero es quizá en el proceso penal donde se han venido reclamando con más insistencia transformaciones a fondo.

En el terreno procesal penal, la tendencia de la reforma judicial apunta en los países latinoamericanos a ciertas notas que pueden calificarse de comunes o generales: sustitución del sistema inquisitivo por uno de carácter acusatorio; instauración de los juicios orales; separación de funciones entre la investigación y el juzgamiento; investigación a cargo del Ministerio Público; creación de jueces de control de la investigación, distintos del tribunal que juzga y del juez a cargo de la ejecución; mejoramiento del sistema de defensoría pública y de los derechos del inculpa-do y de la víctima.

Se ha venido dando también en México respuesta, en mayor o menor medida, a los retos que plantea la reforma judicial, así se constata en las diversas reformas hechas al proceso penal en la Constitución federal y en ordenamientos locales. Los preceptos relativos al proceso penal, que —salvo ajustes menores— habían permanecido inalterados desde que se expidió el texto de 1917, han sufrido en los últimos años modificaciones en 1993, 1996, 1998, 2000, 2005 y 2008.

Sin embargo, pese a los diversos e innegables esfuerzos efectuados desde hace varios años para modernizar el proceso penal mexicano, no se han podido superar las deplorables condiciones que perviven en dicho proceso, de ahí que en este ámbito la reforma se haya tornado acuciante e imperativa.

Conocidos y sufridos por la ciudadanía son los males que aquejan a nuestro proceso penal, entre los más lacerantes destacan: un proceso que se caracteriza por el asfixiante papeleo, que entorpece la espontaneidad y la libre valoración en algunos medios de prueba; el escaso o

1 Véase, entre otros, Pasára, Luis (comp.), *En busca de una justicia distinta, experiencias de reforma en América Latina*, México, UNAM, 2004; varios autores, *Reforma penal en América Latina: una tarea inconclusa*, Santa Fe de Bogotá, Corporación Excelencia en al Justicia, 1999; varios autores, *La reforma penal en la Región Andina*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2000; Pásara, Luis, "Reforma procesal penal y seguridad jurídica", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 10, julio-diciembre de 2007, pp. 37 y ss.; varios autores, *Jornadas Iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, México, Inacipe, 2008; Storme, Marcel y Gómez Lara, Cipriano (coords.), *Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación (XII Congreso Mundial de Derecho Procesal)*, México, UNAM, 2005, vol. IV.

nulo contacto del juez con el inculpado, que delega con frecuencia esa tarea al secretario o incluso en el escribiente de la mesa; el desmesurado poder del Ministerio Público, que provisto del monopolio de la acción penal determina de manera casi excesiva el curso de la averiguación previa, y en consecuencia el destino del imputado; el deficiente desempeño de los defensores públicos o de "oficio", que hacen difícil e ineficaz el acceso a la justicia de las mayorías y privilegian a los que pueden pagar abogados eficaces; el casi nulo acceso de las víctimas al proceso, así como a la reparación del daño que procede de manera excepcional; los lentos procesos penales y el abuso de la prisión preventiva, con la consecuente saturación de los establecimientos penitenciarios.

A todo ello obedece y al propio clamor público la reforma procesal penal de 2008. Esta reforma puede llegar a significar el efectivo tránsito de un sistema en el que subsisten diversos matices inquisitorios hacia un moderno sistema acusatorio. Se trata de una reforma que merece el reconocimiento general; no debe regatearse el mérito a los legisladores que la hicieron posible; cierto también que la reforma tiene deficiencias técnicas y es perfectible, pero puede servir de instrumento para estimular y actualizar nuestro proceso penal.

## II. LAS INICIATIVAS CONSTITUCIONALES

La reforma constitucional del proceso penal de 2008 ha sido producto de un proceso detenido, plural y de acercamientos progresivos hacia el consenso. Efectivamente, esta reforma a la norma primaria fue precedida de múltiples iniciativas que no llegaron a fructificar, pero que sirvieron de útiles antecedentes para el proyecto definitivo, nos referiremos brevemente a ellas en la imposibilidad de conocerlas en detalle.

De este modo, en 2004 se presentaron dos iniciativas que no llegaron a dictaminarse. En 29 de marzo de ese año, el entonces presidente Fox presentó una iniciativa que puede calificarse de claroscuros, en tanto declaraba su propósito de instaurar un nuevo proceso acusatorio, pero exhibía también diversos resabios inquisitorios. Poco después, el diputado Miguel Ángel García Domínguez, a nombre del Partido de la Revolución Democrática, presentó a su vez una iniciativa que describió la larga trayectoria del proceso penal inquisitivo, así como presentó un diagnóstico y propuestas para la reforma de la justicia penal.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Para las iniciativas García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008, pp. 399 y ss.; García Ramírez, Sergio *et al.*, *La reforma a la justicia penal*, México, UNAM, 2006, pp. 67 y ss.

El tema de la reforma del proceso penal continuó vivo en el debate nacional, pero fueron ahora diversas entidades federativas que emprendieron interesantes y novedosos experimentos. Para introducir un juicio de marcado carácter acusatorio y oral, se reformaron los Códigos de Procedimientos Penales de Nuevo León, 28 de julio de 2004, así como del Estado de México, enero de 2006, en tanto que se expidieron nuevos códigos en la materia en Chihuahua, junio de 2006 y Oaxaca, publicado el 9 de septiembre de 2006. Otros estados de la República siguieron ese derrotero. Se trató de un acontecimiento jurídico encomiable, los estados que usualmente esperaban la inspiración central, se colocaron ahora como pioneros para favorecer una nueva justicia penal.<sup>3</sup>

A su turno, los poderes ejecutivo y legislativo federales otorgaron prioridad al tema y presentaron distintas iniciativas.

En este sentido, el 13 de marzo de 2007, el presidente Felipe Calderón presentó una iniciativa de reforma penal ante la Cámara de Senadores, que si bien hacía una declaración de principio a favor de un sistema penal acusatorio y de la oralidad, concedió mayor importancia a diversas medidas de política criminal y para enfrentar la delincuencia organizada, fenómeno que no ha podido detenerse y que está desafiando a las instituciones encargadas de la seguridad.

Por su parte, en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión legisladores de distintos partidos políticos presentaron diez iniciativas que motivaron y condujeron a una reforma todavía más profunda del proceso penal. Las referidas iniciativas fueron objeto de dictamen por ésta Cámara el 10 de diciembre de 2007.<sup>4</sup> Con motivo de la aprobación de éste dictamen, se entabló en 2008 un intenso diálogo e intercambio de minutas entre las Cámaras de Diputados y Senadores, que condujeron a la aprobación en esta última del proyecto definitivo de reforma el 28 de febrero del año referido,<sup>5</sup> mismo que a su vez fue también aprobado sin modificaciones por las legislaturas locales. La reforma procesal penal

3 Consúltense, entre otros: Fix-Zamudio, Héctor, "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", *Estudios jurídicos en homenaje a Cipriano Gómez Lara*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2007, pp. 207 y ss.; Vázquez, Óscar y Rivas, Ismael, "Los juicios orales en la justicia local: un breve estudio sobre los sistemas de Nuevo León, Chihuahua, Estado de México y Oaxaca", y Carmona Gerardo, "El nuevo proceso penal en Oaxaca", pp. 71 y ss., y 109 y ss.; respectivamente, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 11, enero-junio de 2008.

4 El dictamen de la Cámara de Diputados, en el que se glosan las iniciativas de los legisladores, en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_crono.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm).

5 El dictamen que paso a las Legislaturas locales en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_crono.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm).

constitucional se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

Puede afirmarse que la reforma del proceso penal ha sido, en general, bien acogida y despertado muchas esperanzas en los mexicanos. Sin embargo, precisa señalar también que varias de las modificaciones constitucionales aprobadas han suscitado también críticas y riesgos que deben considerarse. Se trata de una reforma calificada como de luces y de sombras, para que aquéllas puedan iluminar nuevos senderos en el proceso penal, se requiere todo el respaldo del Estado mexicano, un trabajo tesonero en la legislación secundaria y adecuado proceso de implementación.

Entre los aciertos de la reforma pueden destacarse los siguientes: nuevo proceso acusatorio y oral; principios procesales modernos y democráticos; derechos del imputado mejor definidos; derechos del ofendido y de las víctimas acrecentados; incorporación de los jueces de control y de sentencia; mecanismos alternos para la solución de controversias; mejoramiento del sistema de defensoría pública; atenuación del monopolio de la acción penal del Ministerio Público, con criterios de oportunidad y acción privada.

Se han señalado también algunos riesgos evidentes: el descenso del estándar probatorio para la orden de aprehensión y en el ahora llamado auto de vinculación a proceso; los poderes todavía excesivos del Ministerio Público, sin haberse pronunciado sobre su tan necesaria autonomía; la ambigüedad respecto de la prisión preventiva y la desaparición de la libertad provisional bajo caución; la duración de los procesos penales que se mantiene dentro de los mismos parámetros; el régimen establecido para la delincuencia organizada, que de excepcional puede expandirse en el proceso penal.

Los desafíos para implementar un sistema penal acusatorio y oral serán enormes, la comunidad nacional y en particular la comunidad jurídica deberán estar muy alertas. Indudablemente, en esta gran tarea jurídica para la que se ha señalado un plazo de ocho años, las legislaturas federal y locales tendrán una responsabilidad crucial y definitiva, de ellas dependerá que los códigos de procesos penales que se expidan para adecuarse a la reforma sean resultado de un debate inteligente, abierto y constructivo.

Habrá que estar muy pendientes; sin embargo, de la manera en que se lleve a cabo la reforma, pues como bien apunta Vargas Viancos, en varios de los países latinoamericanos las reformas procesales penales fueron hechas sin prever los cambios organizacionales necesarios para su funcionamiento, su requerimiento de personal, las nuevas condicio-

nes de infraestructura necesarias, sobre todo se careció de una estrategia de implementación que permitiera monitorear el proceso y hacer los ajustes correspondientes; especialmente relevante fue la desatención al cambio cultural que tales reformas entrañan.<sup>6</sup>

### III. LOS TEMAS PRINCIPALES DE LA REFORMA

Como se expresó en los dictámenes legislativos, la reforma constitucional en materia procesal penal obedece a la necesidad de establecer un nuevo sistema de procuración e impartición de justicia, en virtud de que la actual tiene serios problemas de diseño y operativos que lo hacen ineficiente e injusto. Se requiere por ello transitar de un proceso inquisitivo a un proceso penal acusatorio y predominantemente oral. Se confía que la reforma permitirá al Estado mexicano suministrar una respuesta adecuada a la grave crisis que atraviesa la justicia penal y que todos los sectores políticos y sociales reconocen.

Los principales aspectos de la reforma se pueden sintetizar de la manera siguiente: *a)* establecimiento del proceso acusatorio; *b)* principios procesales; *c)* derechos del imputado; *d)* derechos del ofendido y de la víctima; *e)* orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso; *f)* precisiones procesales y terminológicas; *g)* modificaciones al Ministerio Público; *h)* nuevo perfil del órgano jurisdiccional; *i)* mecanismos alternos de solución de controversias; *j)* delincuencia organizada; *k)* sistema nacional de seguridad pública.

### IV. EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO

Se han establecido en la Constitución los principales elementos para un sistema penal acusatorio y oral, que se corresponda con el Estado democrático y garantista de nuestro tiempo. El modelo acusatorio se ha incorporado sustancialmente en modificaciones efectuadas a los artículos 16 a 21 de la Constitución general de la República.

En el artículo 20 constitucional se encuentra el núcleo de la reforma que establece un nuevo proceso penal. En este precepto, como en detalle se verá más adelante, se determina que el proceso penal será acusatorio y oral, se enuncian, asimismo, los principios, las características y

<sup>6</sup> Vargas Viancos, Juan Enrique, "Eficiencia en la justicia. Documento preparado por el centro de estudios de Justicia de las Américas en el marco de la justicia judicial", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 5, enero-junio de 2005, p. 226.

los derechos de las partes en el mismo. Tales determinaciones es preciso insertarlas en la concepción del proceso acusatorio su sentido moderno, en el que la oralidad actúa como una característica predominante, dado que no puede prescindirse en ningún sistema procesal de pruebas y evidencias escritas.

Para entender el sistema acusatorio es preciso confrontarlo con el sistema inquisitorio, ambos de lejano origen histórico pero con repercusiones hasta nuestros días.<sup>7</sup>

El sistema acusatorio se desenvuelve entre los griegos y romanos, aunque renace en la época moderna. Se caracterizó por el poder de acusación privado, igualdad entre las partes, oralidad y publicidad del debate, apreciación libre de los elementos de convicción, continuidad en el procedimiento y conclusión de éste en vía de síntesis.

Por su lado, el sistema inquisitivo tuvo un origen canónico y monárquico, predominó en el proceso común europeo de los siglos XII al XVII. Este sistema era esencialmente escrito, falto de intermediación, prevalecía el secreto y la dispersión de los actos procesales, había monopolio de la acusación y el juez actuaba dentro del régimen de prueba legal.

Como a ambos sistemas se les señalaron ventajas y defectos surgieron también en diversos países los denominados sistemas mixtos.

En tales circunstancias, cuando la norma constitucional declara que el proceso penal será acusatorio y oral, se inserta en la tendencia hacia un derecho penal democrático, iniciada después de la Revolución Francesa y que ha sido un esfuerzo continuado para corregir los excesos del sistema inquisitivo. Esta tendencia aspira a instituir un proceso acusatorio predominantemente oral, público, con intermediación entre los sujetos procesales, concentración de los actos del proceso y valoración de la prueba conforme a la sana crítica.<sup>8</sup> Desde luego ello no implica —y pre-

<sup>7</sup> A este respecto, Goldstein, Mateo, *Enciclopedia jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, t. XVII, voz "juez de instrucción", 1990, pp. 76 y ss.; Aldana Rozo, Luis Enrique, "Proceso acusatorio, inquisitivo y mixto", *Derecho penal y criminología*, Bogotá, vol. VIII, núms. 27-28, septiembre-diciembre de 1985, enero-abril de 1986, pp. 317-322.

<sup>8</sup> Para valorar o apreciar la prueba existen fundamentalmente dos sistemas, el de apreciación legal o tasada, en el cual la ley fija el valor que se asigna a cada prueba y el de prueba libre, en el cual se valora según la íntima convicción y no hay que motivar, como sucede cuando deciden jueces legos, verbigracia, el jurado; obviamente, existen sistemas mixtos, el más socorrido es el denominado de la sana crítica o prueba razonada, en el cual se valora de acuerdo con la lógica, la experiencia y se requieren dar las razones que lleven al juzgador a un convicción determinada; además, a este respecto recuérdese que el artículo 16 constitucional exige que todo acto de autoridad debe fundarse y motivarse debidamente. Véase, entre otros, Gómez Lara, Cipriano, *Teoría del proceso*, México, Oxford University Press, 2005, pp. 281 y 282; García Ramírez Sergio, *Derecho procesal pe-*

cisa insistir— que deje de haber constancia escrita de las diferentes actuaciones judiciales, así como que desaparezcan las pruebas documentales u otros medios de convicción similares.

Ahora bien, el sistema acusatorio, como bien lo dice Binder, se propone establecer “una nueva manera de hacer los juicios, una nueva manera de investigar y una nueva manera de defender a los imputados”.<sup>9</sup> Así se han delineado en los dictámenes de los legisladores y en las normas constitucionales los nuevos papeles que deben jugar los actores en el proceso: el Ministerio Público deberá desempeñarse ahora sólo como parte acusadora, con versátil actuación y estrategia en sus tareas; la defensa requerirá mejorar, para ello los defensores públicos gozarán de adecuado estatus constitucional y a los defensores privados se les exigirá mayor profesionalidad; el órgano jurisdiccional será menester que actúe como un efectivo director del proceso, al inicio controlará y supervisará la instrucción, después asumirá las tareas del juzgamiento con distinto titular; en fin, en el centro de la escena, el imputado y el ofendido ejercitarán sus correspondientes derechos.

Es verdad que se sentaron las bases para un proceso penal acusatorio en la nueva regulación de los artículos 16 a 20 constitucionales, aunque todavía quedaron en dicho proceso rasgos inquisitivos importantes. Obviamente, los contornos definitivos dependerán en mucho de la legislación secundaria que se expida para implementar la reforma constitucional, que ojalá supere las ambigüedades y errores técnicos que se perciben en el texto que entró en vigor, mismos que se comentarán más adelante.

No solo eso, para que los nuevos roles de los actores del proceso penal puedan asumirse con éxito, se requiere de profundos cambios en varios aspectos, así en la infraestructura material y administrativa, en el andamiaje institucional y en los recursos humanos, en los propios miembros del foro y en los usuarios del servicio. Es indispensable también para tales cambios actualizar nuestra cultura jurídica; construir un nuevo paradigma para la enseñanza procesal en las facultades de derecho, así como en la formación y capacitación de los operadores judiciales.<sup>10</sup>

*nal*, 5a. ed, México, Porrúa, 1989, pp. 389 y 390; Ovalle Favela, José, voz “prueba”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. V, 2002, p., 907.

<sup>9</sup> Binder, Alberto, “Reflexiones sobre el proceso de transformación de la justicia penal”, en Safford, Joan *et al.*, *La implementación de la reforma penal*, Santiago de Chile, CDJ-NCSC, 1996, pp. 45-61.

<sup>10</sup> Sobre educación jurídica, consúltense Concha Cantú, Hugo, “Tendencias de la educación del derecho en la función judicial”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*,

Los cambios deben aportar defensores preparados para la oralidad y la negociación, agentes del Ministerio Público que sean eficaces investigadores y manejen con propiedad los criterios de oportunidad, así como jueces que dirijan de manera efectiva el proceso y no se aislen en la comodidad de su despacho. Obviamente, todos estos perfiles en los actores procesales solo pueden obtenerse si el paradigma de la enseñanza legal y de la carrera judicial se modernizan y renuevan de manera radical.<sup>11</sup>

## V. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

En el artículo 20 constitucional, en el encabezado y en el apartado A, se recogen los principios generales, alternativos y específicos del proceso penal. El sistema acusatorio se consagra expresamente al empezar el referido precepto, donde se señala: “El proceso penal será acusatorio y oral”. En seguida, se expresa que el proceso penal “se regirá por los principios de publicidad, concentración, continuidad e intermediación”. Más adelante, el apartado A titulado “De los principios generales” recoge varios de esos principios, introduce otros y también disposiciones procedimentales.

Para entender mejor la parte inicial y el propio apartado A del artículo 20 constitucional se requieren de algunas explicaciones adicionales

Precisa advertir, en primer lugar, que existen diversos puntos de vista y muchas divergencias sobre los principios generales del proceso. Como quiera, puede decirse que usualmente han sido conceptuados como “criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma implícita o

num. 3, julio-diciembre de 2004, pp. 15 y ss.; Pérez Perdomo, Rogelio, “Educación jurídica; abogados y globalización en América Latina”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 9, enero-junio de 2007, pp. 255 y ss.; Villicaña Estrada, Abel, “El Sistema Nacional de Educación Judicial”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 3, enero-junio de 2004, pp. 31 y ss.

<sup>11</sup> Las experiencias latinoamericanas serán en este punto de provecho: Osorio Isaza, Luis Camilo, *El sistema acusatorio en la experiencia colombiana*, México, Inacipe, 2007; Baytelman, Aronowsky Andrés, “Sistema acusatorio: capacitación como en el fútbol”, y Cox, Francisco, “Sistema acusatorio y litigio”, ambos artículos en *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, núm. 4, julio-agosto de 2008, pp. 11 y ss. y 71 y ss., respectivamente; Puentes Torrado, Jaime Enrique, “Reforma al proceso penal. Del rito de la escritura al rito de la oralidad en el proceso penal colombiano”, *Temas jurídicos*, vol., XXII, junio de 2004, pp. 94 y ss.; Hermosilla Iriarte, Francisco Antonio, “El nuevo roll del juez”, ponencia presentada en el Foro Nacional Innovación para la seguridad y la Justicia, México, 10 de marzo de 2004, al respecto véase <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/nuevo-rol-juez2.pdf>.

explícita en el ordenamiento procesal".<sup>12</sup> Tales principios dan forma y carácter a los sistemas procesales y son resultado de una larga evolución histórica, en otras palabras, "son reglas que dominan, encauzan, explican el proceso. Reglas derivadas de la ciencia y de la experiencia".<sup>13</sup>

Se han vertido distintas clasificaciones de los principios generales.<sup>14</sup> Así es conocida la siguiente clasificación: principios básicos, que son los comunes a todas las ramas del derecho procesal; particulares, que se orientan hacia un sector del derecho procesal; alternativos, que representan generalmente una opción (oralidad o escritura, intermediación o mediatez, etcétera). Se suele también hablar de principios políticos y técnicos del proceso, aquéllos establecen o dominan la orientación del enjuiciamiento y los segundos son reglas para la organización práctica del proceso.

Un primer asunto consiste en dilucidar si el principio de oralidad es tal o una simple característica del proceso como dice el legislador, aunque nos parece que pueden ser las dos cosas. Efectivamente, los principios de oralidad y de escritura se les ha denominado alternativos, en cuanto si en un proceso predomina el uso de la palabra hablada sobre la escrita rige el principio de oralidad, como se pretende ahora que suceda en el proceso penal, pero si prevalece el empleo de la palabra escrita sobre la hablada rige el principio de la escritura, como así sucede en los juicios ejecutivos mercantiles. En otros términos, el legislador mexicano ha optado en la reforma procesal penal a favor de que prevalezca el principio de la oralidad y ahora el proceso penal que se implante tendrá la característica de ser predominantemente oral.

Los principios que se enuncian también en el encabezado del artículo 20 constitucional pueden calificarse, en nuestra opinión, de básicos o políticos, en virtud de que pueden aplicarse a cualquier sistema procesal penal, como enseguida se percibe: a) principio de publicidad, todo acto jurisdiccional debe ser público, salvo que existan razones fundadas en la protección de las víctimas o del interés público; b) principio de contradicción, las partes podrán debatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte, y controvertir cualquier medio de prueba durante el proceso; c) principio de concentración, el desahogo de las pruebas, el desa-

<sup>12</sup> Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, Oxford y University Press, 2001, p. 192.

<sup>13</sup> García Ramírez Sergio, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 200, p. 575.

<sup>14</sup> Véase Ovalle Favela, José, *op. cit.*, nota 9, p. 193; García Ramírez, Sergio, *Estudios jurídicos*, citado en la nota anterior, p. 577.

rollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir en un mismo acto procesal; *d*) principio de continuidad, la presentación, recepción, y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrollarán ante el juez y las partes en una audiencia que será continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos previstos por la ley.

Finalmente, en el apartado A se encuentran principios generales, principios particulares para el proceso penal y algunas disposiciones complementarias, así tenemos: *a*) principio de la verdad histórica, porque el proceso penal tiene por objeto “el esclarecimiento de los hechos”, fracción I; *b*) se reitera el principio de intermediación y se introduce el postulado de que la valoración de la prueba debe realizarse de manera libre y lógica, esto es, la valoración razonada o de la sana crítica, fracción II; *c*) se dispone que en la sentencia solo se consideren como pruebas las desahogadas en la audiencia de juicio, con excepciones para la prueba anticipada, fracción III; *d*) se ratifican los principios de publicidad, oralidad y contradicción, así como la separación del juicio en dos etapas, fracción IV; *e*) principio de igualdad de armas para la acusación y la defensa, pero dejando la carga de la prueba a la primera, fracción V; *f*) principio de imparcialidad y regla preventiva contra la práctica de que ningún juzgador puede tratar asuntos que están sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, fracción VI; *g*) terminación anticipada del proceso penal, fracción VII; *h*) el juez solo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado, fracción VIII; *i*) nulidad de la prueba lícita, fracción IX, y *j*) los principios procesales se observarán también en las audiencias preliminares al juicio, fracción X.

### VI. DERECHOS DEL IMPUTADO

Para estar acordes con el nuevo proceso acusatorio se han también reformulado y enriquecido los derechos del imputado en el apartado B del artículo 20 constitucional.

Los derechos del imputado a que se refiere el apartado B son los siguientes: *a*) presunción de inocencia, esto es, que la culpa y no la inocencia de un imputado debe ser demostrada, este derecho aunque no estaba expresamente establecido en el texto constitucional, se consideraba implícito en éste y se había aceptado en diversos instrumentos internacionales, fracción I; *b*) derecho a guardar silencio, el imputado puede declarar cuando lo desee, sin que el silencio sea indicio de culpabilidad en su contra, fracción II; *c*) derecho a que se le informe en su detención, como cuando comparece ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se

le imputan y los derechos que le asisten, fracción III; d) derecho de ofrecimiento de pruebas y auxilios para desarrollarlas, fracción IV; e) derecho a ser juzgado en audiencia pública por un órgano jurisdiccional unitario o colegiado, fracción V; f) derecho a la información, es decir, que le sean facilitados todos los datos que se soliciten para su defensa y que consten en el proceso, fracción VI; g) plazo razonable para el juicio, se preserva la regla de que el imputado sea juzgado antes de cuatro meses cuando se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años y antes de un año si excede de ese tiempo, fracción VII; h) defensa adecuada por abogado, eliminándose la tradicional figura de la persona de su confianza, fracción VIII; i) limitaciones para la prisión preventiva, no puede prolongarse por falta de honorarios u otra prestación de dinero, no puede exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley para el delito que motiva el proceso, no puede ser superior a dos años salvo que se haya prolongado por el ejercicio de derecho de defensa del imputado, fracción IX.

Una precisión pertinente hace el magistrado Ojeda Bohórquez<sup>15</sup> sobre el derecho del imputado previsto en la fracción VII, apartado B, del artículo 20 constitucional, en el sentido de que si la duración de los procesos penales fue un argumento para cambiar el sistema anterior, los plazos máximos para que un imputado sea juzgado no solo se dejan tal cual estaban antes, sino que contradictoriamente en la fracción IX del propio apartado B se dice que la prisión preventiva podrá durar todavía más, hasta dos años.

Otra precisión adecuada se refiere a la desaparición de la libertad bajo caución en el apartado B del artículo 20 constitucional. A este respecto juzgadores federales han apuntado que con la supresión de dicha libertad caucional desaparece no solo una garantía individual, sino un derecho humano establecido en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que necesariamente tendrá que regular la ley secundaria para evitar la prisión preventiva, tal vez de manera diferente, pero tendrá que establecer una figura similar.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Ojeda Bohórquez, Ricardo, "Perspectivas de la reforma penal: vicios y virtudes", *Foro Jurídico*, núm. 57, junio de 2008, pp. 20 y 21.

<sup>16</sup> Esta conclusión se produjo en la mesa número 1 del evento "*Ciclo de mesas redondas dedicadas al análisis y discusión de la reforma constitucional en materia penal, sus efectos y problemática*", celebrado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados en materia penal del Primer Circuito y jueces de Distrito, que se llevo a cabo en el auditorio de la sede alterna de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sito en Avenida Revolución 1508, México D. F., del 1o. de abril al 6 de mayo de 2008. Véa-

VII. DERECHOS DEL OFENDIDO Y DE LA VÍCTIMA

Al ofendido y en general las víctimas, que se les consideraba los grandes ausentes del proceso penal, ahora adquieren importantes derechos que les permiten participar en éste de manera más relevante. Se pretendió por el legislador dar reconocimiento al ofendido o a la víctima “como un auténtico sujeto procesal”, para que pueda intervenir directamente en el juicio e interponer los recursos en los términos que establezca la ley. El propósito del legislador es generoso, aunque equipara el término jurídico ofendido con el de víctima que tienen distinto sentido y alcance, ofendido en sentido jurídico es el sujeto pasivo del delito, quien resulta vulnerado en el bien jurídico que el delito afectó, en tanto que víctima es un concepto más amplio, tiene un sentido jurídico también más criminológico, quien resiente algún daño en sus derechos y expectativas, lesión actual o futura en el terreno de sus intereses legítimos, con motivo del delito perpetrado.<sup>17</sup>

Se ha dedicado el apartado C del artículo 20 constitucional para señalar los derechos del ofendido y de la víctima: a) recibir asesoría jurídica, ser informado de sus derechos y del desarrollo del procedimiento penal, fracción I; b) coadyuvar con el Ministerio Público, intervenir en juicio e interponer recursos legales, fracción II; c) recibir atención médica y psicológica de urgencia, fracción III; d) de reparación del daño, con el agregado de que la víctima u ofendido puede también solicitarlo directamente, así como con la indicación de que el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido un fallo condenatorio, fracción IV; e) resguardo de su identidad y otros datos personales cuando sea menor de edad o se trate de delitos en que sea necesaria su protección, fracción V; f) derecho a solicitar medidas cautelares y providencias para protección y restitución de sus derechos, fracción VI; g) derecho a impugnar ante la autoridad judicial las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal, suspensión del procedimiento u omisiones del Ministerio Público en la investigación de delitos, fracción VII.

Íntimamente ligado con el apartado C que hemos analizado está el artículo 17 constitucional, párrafo sexto, que ha previsto establecer un sistema integral de defensoría pública, servicio que demanda cualquier proceso acusatorio para funcionar con eficacia y que indudablemente

se, [www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/RecJur/MemoriaEventos/ComentariosReformaConstitucionalMateriaPenal.htm](http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/RecJur/MemoriaEventos/ComentariosReformaConstitucionalMateriaPenal.htm).

<sup>17</sup> Véase García Ramírez, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, cit., nota 2, p. 165; Rosentock, María Celia, *Enciclopedia jurídica omeba*, cit., nota 7, voz “victimología”, t. XXVI, pp. 689-679.

fortalecería los derechos de las víctimas. Precisamente, en el referido párrafo sexto, se dispone ahora que la Federación, los estados y el Distrito Federal, deberán garantizar la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población; asegurarán asimismo las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores, cuyos emolumentos no pueden ser menores de los que corresponden al Ministerio Público.

#### VIII. ORDEN DE APREHENSIÓN Y AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

Un tema preocupante es el descenso del “estándar de prueba” para librar las órdenes de aprehensión y los autos de vinculación a proceso (antes llamados de “formal prisión”, expresión que el legislador estimó correctamente de cuño inquisitorio y eliminó). En los dictámenes legislativos se expresó que exigir la tradicional comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad para ambos eventos procesales, era demandar un estándar probatorio excesivo, por lo cual solo bastaban ciertos datos de que se ha cometido un hecho delictuoso y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

De esta manera, en el artículo 16, párrafo segundo, se indica ahora que solo la autoridad judicial podrá librar la orden de aprehensión, siempre que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale y sancione como delito con pena privativa de libertad, así como “obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el iniciado lo cometió o participó en su comisión”. Esta modificación constitucional es cuestionable y puede ser riesgosa, en virtud de que en el nuevo contexto Ministerio Público y jueces de control pueden volver tan laxa la exigencia para emitir la orden de aprehensión que faciliten atentados contra la libertad y los derechos humanos, amén de que las expresiones cuerpo del delito y probable responsabilidad tenían un significado semejante al que ahora se utiliza en la norma constitucional.

Se ha modificado en el artículo 19 constitucional la expresión auto de formal prisión para sustituirla por la de auto de vinculación a proceso. Para la expedición de este auto de vinculación señala el mencionado precepto, en su primer párrafo, se requiere como en la orden de aprehensión, que existan “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”.

Según el legislador la expresión auto de formal prisión implicaba la idea de una coacción, que por lo general llevaba aparejada alguna afectación de derechos, por ello decidió variarla por la de auto de vinculación a proceso. Es cierto que ésta expresión quizá suena mejor a un oído lego, pero técnicamente es inapropiada como lo ha señalado el distinguido jurista Sergio García Ramírez, cuyo volumen sobre la reforma constitucional reciente es de consulta obligada, porque hablar de que alguien se haya “vinculado a un proceso, esto es, relacionado, asociado, ligado a él, es por lo menos equívoco”, en virtud de que están relacionados con el proceso no sólo el inculpado, sino “el propio juzgador, el Ministerio Público, el defensor, los sujetos de la prueba, etcétera”.<sup>18</sup>

Desde otro punto de vista, precisa también advertir que en la regulación constitucional anterior se distinguían con claridad dos momentos procesales, la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, para los cuales se exigía distinto nivel probatorio, ahora en el nuevo texto se piden los mismos requisitos para ambos eventos procesales, con lo cual la conocida frase de que un vaso de agua o un auto de formal prisión no se le niega a nadie, puede convertirse en práctica todavía más cotidiana. Déjese tomar en cuenta que un auto de vinculación a proceso tiene implicaciones mucho más serias para el indiciado y sus derechos humanos, además, debe considerarse también que en el intervalo de las setenta y dos horas podrían haberse recibido pruebas favorables a éste o alguna excluyente de incriminación, y que no necesariamente serían eficaces porque se exige el mismo estándar probatorio para el referido auto de vinculación y la orden de aprehensión.

### IX. PRECISIONES PROCESALES Y TERMINOLÓGICAS

Se han también deslindado algunos conceptos procesales y hecho algunas precisiones terminológicas.

Para explicitar el concepto de flagrancia, el legislador quiso señalar su alcance que comprende desde el momento de la comisión del delito hasta el periodo inmediato posterior en que haya persecución física del involucrado, esto es, dicho concepto abarca ahora tanto la flagrancia propiamente dicha como la denominada cuasi flagrancia, no así la flagrancia equiparada que otorga plazos más largos y da lugar a abusos de la autoridad. De éste modo, en el artículo 16 constitucional, párrafo cuarto, se dice ahora que “Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente des-

<sup>18</sup> García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional...*, cit., nota 2, p. 95.

pués de haberlo cometido”, con la obligación para dicha persona de ponerlo a disposición de la autoridad sin demora. Se ha previsto que existirá un registro inmediato de la detención.

Para la orden de cateo se otorga ahora mayor facilidad, pues en el párrafo décimo del artículo 16 constitucional, se ha suprimido el término “escrita” que antes se requería para dichas órdenes. El propósito del legislador es darle celeridad en la resolución de los pedimentos que el Ministerio Público hace al juez para estas medidas cautelares, por ello se visualiza que puedan ser en forma oral, sin perjuicio de que el documento respaldado de la autorización puede enviarse al mismo tiempo o de forma diferida para constancia.

En las comunicaciones privadas que son inviolables, párrafo onceavo del artículo 16, se ha establecido una excepción para cuando sean aportadas en forma voluntaria por los particulares que participen en ellas, en éste caso el juez valorará su alcance siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún otro caso, se agrega, se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Se han establecido en el artículo 19 constitucional, segundo párrafo, nuevas reglas para la prisión preventiva, ésta se permite que la solicite ahora el Ministerio Público 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 está siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Se pretende mediante estas nuevas reglas desterrar el abuso de la prisión preventiva, que había crecido todavía más con la introducción del sistema de delitos graves, que prácticamente “colonizó” los ordenamientos penales, situación que se propone remediar a través de aplicar la prisión preventiva solo en el caso de los delitos de delincuencia organizada y de los delitos graves que se enumeran en la norma constitucional.

Se ha recogido también el principio de la determinación de la pena en el artículo 22 constitucional, primer párrafo, donde se indica que “Toda pena debe ser proporcional al delito que sanciones y al bien jurídico protegido”, se pretende con ello que el legislador secundario, al momento de determinar las penas, busque la congruencia entre la sanción y la importancia del bien jurídico que se tutela, así, entre mayor sea la afectación, la pena deberá ser mayor y viceversa.

Se hicieron varias precisiones terminológicas en el artículo 18 constitucional. En el párrafo primero de dicho precepto se sustituyó la expre-

sión “pena corporal” por la de “pena privativa de libertad”, en razón de que aquella expresión comprendía tanto la pena privativa de la libertad como la pena de muerte, habiéndose esta última erradicado. En el párrafo séptimo del propio artículo se ha cambiado la denominación de reo por sentenciado, por tratarse de un vocablo infamante y para adecuar la terminología constitucional a los tratados internacionales. Por último, también se ha substituido, y no para mejorar, en el segundo párrafo del mismo artículo la expresión “readaptación social” por “reinserción social”, aquella tenía un contenido más generoso e implicaba mayor responsabilidad para el Estado, en tanto que ésta implica el solo hecho de que el sentenciado se incorpora de nuevo a la sociedad.

### X. EL MINISTERIO PÚBLICO

Un aspecto de la reforma que despierta preocupación y deja pendientes es el Ministerio Público, institución que desde implantada pretendió corregir los abusos de los jueces instructores decimonónicos. Infortunadamente, la institución ministerial no ha dado en la práctica los resultados apetecidos, su eficacia en la investigación por múltiples razones ha sido más que deficiente, además, provisto de excesivas facultades en la averiguación previa, a su voluntad queda el curso de ésta y el propio destino de cualquier indiciado.

Aunque el legislador en la reforma constitucional que se comenta afirmó que se pretendía disminuir “el protagonismo” del Ministerio Público, así como corregir que la averiguación previa se haya convertido en un “mini juicio”, sus propósitos no llegaron del todo a la norma, antes bien con las facilidades que se le brindan ahora para obtener la orden de aprehensión, el descenso de los estándares de prueba para la formal prisión, así como los criterios de oportunidad que se le han otorgado, puedan hacerlo todavía una figura más poderosa e incluso temible.

Ojalá que la legislación secundaria que se emita logre conformar la figura de un Ministerio Público renovado, que mejore su trabajo en la investigación y se convierta en un eficaz acusador y representante social. Ojalá también que los contrapesos al Ministerio Público, representados en el juez de control y en un moderno sistema de defensoría logren también el ansiado equilibrio procesal.

Para el ejercicio de la acción penal y para librar la orden de aprehensión, como ya lo dijimos, mucho se ha criticado el propósito del legislador de descender el “estándar de prueba”, ahora solo basta que “obren datos” de que se ha cometido un hecho señalado como delito y que “exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o haya participado

en su comisión". Para descender el referido estándar de prueba, el legislador enderezó sus críticas a la reforma que exigió comprobar los elementos del delito por su elevado nivel probatorio, así como la noción de cuerpo del delito por las disparidades que tal concepto originó, aunque cabe señalar que tal concepto era ya claro para la jurisprudencia y la doctrina mexicana. El poder que se concede al Ministerio Público para ejercitar la acción penal y para obtener las órdenes de aprehensión con un nivel probatorio mucho más bajo, puede dar lugar en la práctica a frecuentes y serios abusos.

Una facultad novedosa y de suma importancia es la contemplada en el artículo 21, párrafo séptimo, que indica que el Ministerio Público "podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal en los supuestos y condiciones que fije la ley". Esta reforma se hizo con el propósito según el legislador de atenuar el principio de "oficiosidad" (en realidad de legalidad), para evitar la sobrecarga del sistema de justicia en delitos menores, mismos a los que se aplicarían los criterios de oportunidad, en tanto los recursos disponibles se aplicarían para perseguir los delitos que más ofenden y lesionan a los bienes jurídicos de mayor jerarquía. Si bien este propósito puede tener justificación, el evidente peligro es que bajo estos criterio de oportunidad el Ministerio Público se torne aún más protagónico y pueda incluso negociar impunidad, habrá que ser muy escrupulosos en la regulación de dichos criterios.

Otra facultad también novedosa es la acción penal privada que se contempla en el párrafo segundo del artículo 21, en el cual después de ratificar que el titular del ejercicio de la acción penal ante los tribunales es el Ministerio Público, se expresa "La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial". Mediante esta nueva facultad se pretende atenuar el monopolio de la acción penal de que ha gozado tradicionalmente al Ministerio Público, para que la persecución procesal en ciertos delitos que pueden llamarse "privados", dependa en mayor medida del interés del ofendido, y no del Ministerio Público, que orientará sus esfuerzos hacia la persecución de delitos en lo que el interés general prevalece.

Finalmente, un pendiente innegable que deja la reforma es no haberse ocupado de la autonomía del Ministerio Público, institución que en tanto carezca de independencia para el ejercicio de sus funciones dependerá en mucho de distintas influencias. Desde hace tiempo se ha venido pugnando por la autonomía de las procuradurías, cuyos titulares tienen una dependencia demasiado estricta del presidente de la república y de los gobernadores de los estados, hay general consenso que tan-

to para el nombramiento como para la remoción de los procuradores deben establecerse procedimientos mucho más abiertos y que garanticen mayor independencia a dicha institución.<sup>19</sup>

### XI. NUEVO PERFIL DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

Ha adquirido el órgano jurisdiccional un nuevo perfil, ahora se desdobra en juez de control y juez de sentencia. Actuará el juez de control hasta el auto ahora llamado de vinculación a proceso, en tanto que ante el juez de sentencia se producirá el debate oral, se desahogarán las pruebas y se pronunciará la resolución correspondiente. El texto constitucional, desafortunadamente, amplio en muchos sentidos, no delinea tales aspectos procesales de manera precisa; tampoco menciona dicho texto al juez de ejecución aludido en los trabajos legislativos previos.

Pese a ello, es un acierto plausible de la reforma constitucional haber introducido la figura del juez de control, para supervisar la legalidad y mantener el equilibrio de las partes en el proceso. Esta figura tiene sus antecedentes en el juez instructor europeo,<sup>20</sup> y más cercanamente en el juez de garantías chileno y otras figuras similares de otros países latinoamericanos, aunque con ciertas diferencias.<sup>21</sup>

Los jueces de control, como se expresa en el artículo 16, párrafo décimo tercero, se establecerán en los poderes judiciales del país, tanto en el orden local como en el federal, desempeñarán una doble función, de garantía y de conocimiento.

<sup>19</sup> Véase, entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, "Función constitucional del Ministerio Público", *Anuario Jurídico 1978*, México, y *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, 2002; Castillo Banuet, Germán Adolfo, *Mitos y realidades de la autonomía del Ministerio Público*, México, Procuraduría General de la República, 2006.

<sup>20</sup> A este respecto, pueden consultarse los códigos de procedimientos respectivos de España, Francia, Italia y Alemania, en [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lecr.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.html); <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2011>; <http://www.legislationline.org/upload/legislations/22/6b/5a2dc58db2854a7520bb8ee521ce.html>; <http://www.legislationline.org/legislation.php?tid=1&lid=8662>.

<sup>21</sup> Para esta figura en los países latinoamericanos, véase Ortells Ramos, Manuel, "Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal", *Revista de Derecho*, núm. 201, año LXV, enero-junio de 1997, pp. 93-102; Darritchon, Luis, "Los poderes del juez en la instrucción del proceso penal", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, t. 54, núm. 1, agosto de 1994, pp. 58-62; Ortega Polanco Francisco, "El juez de instrucción en los tiempos del cambio", *Revista de Ciencias Jurídicas y Políticas*, República Dominicana, junio-diciembre de 1999, pp. 41-53; Hermosilla Iriarte, Francisco Antonio, "El nuevo roll del juez", *op. cit.*, nota 11.

En su función de garantía, como se expresa en el artículo 16, párrafo décimo tercero, tales jueces resolverán “las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de la investigación de la autoridad que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos”. Dentro de este mismo cometido, los jueces de control se ocuparán también de las impugnaciones de las resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal, el desistimiento y la suspensión de la acción penal, para también de esa manera salvaguardar los derechos de las partes.

Pero a los jueces de control les corresponderá también una función de conocimiento, que sería sustanciar las audiencias preliminares al juicio (incluidos los procesos abreviados), obviamente también intervendría cuando hubiese composición entre el inculpado y la víctima para resolver el litigio penal. Si así no fuese, el juez cerraría la instrucción y formularía la acusación correspondiente, mediante el auto ahora llamado de vinculación a proceso y que abriría la etapa de juicio.

En la etapa de juicio corresponde intervenir al juez de sentencia, previsto en el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción X, mismo que es menester no haya conocido del juicio previamente. Ante este juez de sentencia se presentarían los argumentos y los elementos probatorios de manera pública, contradictoria y oral. Las sentencias, señala el artículo 17 constitucional, párrafo IV, que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

En síntesis, la tarea del juez en el proceso penal será ahora más compleja y delicada. Habrá un juez de control en los poderes judiciales federales y locales que, por una parte, garantiza de que las medidas cautelares y otras que solicite el agente del Ministerio Público se controlan conforme a la ley, y por otra, que le incumbe efectuar los actos procesales necesarios para preparar el juicio, a través de audiencias preliminares que conducen al auto de vinculación a proceso o al de libertad. Por otra parte, en cuanto a la etapa de juicio se celebra ante un juez diferente, que no debe haber conocido del caso, como lo previene el artículo 20 constitucional, inciso A, fracción IV; ante éste juez de sentencia la presentación de documentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral.

## XII. MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Otra innovación muy meritoria de la reforma se encuentra en el artículo 17 constitucional, párrafo tercero, en el cual se precisa: “que 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 que se requerirá supervisión judicial”.

Los mecanismos alternos principales que vienen aplicándose en los procedimientos orales que están en vigor en los códigos locales son los siguientes: a) criterios de oportunidad, que se aplican a hechos ilícitos de menor jerarquía y que no afectan el interés público; b) juicio abreviado, cuando el imputado admite el hecho ilícito que se le atribuye, sea solicitado por el Ministerio Público en la audiencia donde se dicta el auto de vinculación a proceso y no haya oposición fundada de la víctima u ofendido; c) acuerdos reparatorios, que consisten en un pacto o arreglo entre el imputado y la víctima, que se aplican sobre todo en los delitos culposos o de contenido patrimonial; d) suspensión del proceso a prueba, en el cual el juez fija el plazo y las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso y aprueba el plan de reparación del daño propuesto por el imputado, si transurre el plazo sin que la suspensión haya sido revocada, se extingue la acción penal y el tribunal dicta el correspondiente sobreseimiento.<sup>22</sup>

### XIII. DELINCUENCIA ORGANIZADA

Se ha establecido un régimen jurídico de excepción para la llamada delincuencia organizada, mismo que ahora se define en el artículo 16 constitucional, párrafo octavo, entendiéndola como “una organización de hecho de tres o más personas para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”. Se adicionó también la fracción XXI del artículo 73 para dar atribución al Congreso Federal para legislar en materia de delincuencia organizada, con lo cual dicha materia se federaliza y las entidades federativas no podrán legislar en este aspecto.

Cuando se actualice la delincuencia organizada se permiten ahora constitucionalmente una serie de medidas restrictivas, régimen especial que ha sido calificado de un sistema penal de “dos velocidades” o de “doble justicia penal”; habría entonces un sistema general garantista democrático y preponderantemente acusatorio y un sistema menos garantista, menos democrático y parcialmente acusatorio para combatir a la

<sup>22</sup> Véase, entre otros, Natarén Nandayapa, Carlos, “Las salidas alternas en el diseño del nuevo proceso penal”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, num. 11, enero-junio de 2008, pp. 99-108; Fix-Zamudio, Héctor, “Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal”, *op. cit.*, nota 9, pp. 258 y ss.

delincuencia organizada. Los problemas que plantea este doble tratamiento es que este derecho del enemigo se diversifique y resulte en una flexibilización inconveniente para las garantías y los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.<sup>23</sup>

En esta dirección, diversas normas constitucionales delinean el régimen de la delincuencia organizada: 1) arraigo de una persona hasta por cuarenta y cinco días, que podrá prorrogarse sin que pueda exceder de ochenta días, cuando sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o exista riesgo de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, artículo 16 constitucional, párrafo séptimo; 2) ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial, este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada, artículo 16, párrafo noveno; 3) para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales, pudiéndose restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados con terceros, salvo el acceso a su defensor así como imponer medidas de vigilancia especial, artículo 18 constitucional, párrafo noveno; 4) el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos por medios violentos con armas o explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación el libre desarrollo de la personalidad o de la salud, artículo 19 constitucional, segundo párrafo; 5) si habiéndose dictado el auto de vinculación, el inculpado evade la acción de la justicia o se pone a disposición de un juez en el extranjero se suspende el proceso y los plazos para la prescripción de la acción penal, artículo 19 constitucional, párrafo sexto; 6) extinción de dominio para la delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de bienes que sean instrumentos, objeto producto del delito, hayan sido utilizados para su comisión o que estén a nombre de terceros pero haya elementos para suponer que son productos de dicha delincuencia, artículo 22 constitucional, párrafo segundo.

23 Véase, entre otros, González Gómez, Alejandro, "Estado de derecho: ¿con un sistema penal de dos velocidades?", y Robledo Jorge, "¿La reforma penal esperada?", ambos en *La reforma penal en México (análisis críticos y perspectivas)*, México, UBIJUS Editorial, 2007, pp. 83 y ss.; García Ramírez Sergio, *La reforma de la justicia penal...*, cit., nota 2, pp. 49 y ss.

XIV. SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA

Con el propósito de mejorar este sistema se hicieron reformas a diversos artículos constitucionales, así en el artículo 21, primer párrafo, se dispone ahora que “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función”; tal modificación, por una parte con el ánimo de subrayar que ambas instituciones tienen a su cargo la función de investigación, y por otra, se varía la redacción anterior, que indicaba que el Ministerio Público “se auxiliaría con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato”, expresión ésta a nuestro juicio más conveniente y enérgica.

Se han también efectuado en el artículo 21 constitucional, párrafo noveno, modificaciones para: delimitar conceptualmente el concepto de seguridad pública, remarcando que las instituciones a cargo de esta función deben regirse también por los principios de “objetividad” y “respeto a los derechos humanos”.

Para la coordinación del Ministerio Público y de las instituciones de seguridad pública de los tres órdenes de gobierno, en el artículo 21 constitucional, décimo párrafo, se han establecido las bases mínimas siguientes: a) regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de sus integrantes; b) establecimiento de datos criminalísticos y de personal, ninguna persona podrá ingresar a dichas instituciones si no ha sido debidamente certificada y registrada en el sistema; c) formulación de políticas públicas para prevenir la comisión de delitos; d) participación de la comunidad, que podrá coadyuvar en los procesos de evaluación de las instituciones de seguridad pública y de sus políticas; e) los fondos de ayuda federal para seguridad pública se aportarán a las entidades federativas y municipios, para ser destinado exclusivamente a esos fines. Se complementa esta disposición con una adición al artículo 73, fracción XXIII, que faculta al Congreso federal para legislar de conformidad con tales bases mínimas, así como con la modificación al artículo 115 constitucional, fracción VII, que sigue disponiendo que la policía preventiva estará al mando del presidente municipal, en “los términos de la ley de seguridad pública del estado”, para cuando menos homologar la materia al interior de cada entidad federativa.

Finalmente, en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, segundo párrafo, se dispone que los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes exigen para permanecer en dichas instituciones

o son removidos por incurrir en responsabilidad. Si por la cualquier causa se termina el servicio y es declarada injustificada por la autoridad jurisdiccional, el Estado solo esta obligado a pagar la indemnización y prestaciones de ley, no así a la reincorporación al servicio. Para el personal del Ministerio Público, de las corporaciones policiales y de los servicios periciales, de sus familias y dependientes, se instrumentarán sistemas complementarios de seguridad social.