

Diálogo regional sobre acceso a la justicia y debido proceso en el Sistema Acusatorio

Coordinadores:

JAIME ARELLANO QUINTANA

MARIE-CHRISTINE FUCHS

MARCO FANDIÑO

LEONEL GONZÁLEZ POSTIGO



**DERECHOS
HUMANOS**



Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO
H359.100
S454s
2020

Seminario Internacional : Diálogo Regional sobre Acceso a la Justicia y Debido Proceso en el Sistema Acusatorio (2019 octubre 9-10 : Ciudad de México, México)

Diálogo regional sobre acceso a la justicia y debido proceso en el sistema acusatorio / coordinadores Jaime Arellano Quintana [y otros tres] ; esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Jaime Arellano Quintana ; prólogo Marie-Christine Fuchs y Andrés Villegas. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación ; Providencia, Santiago de Chile : Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2020.

1 recuso en línea (xvii, 375 páginas ; 23 cm.)

En la portada: Suprema Corte de Justicia de la Nación; Derechos Humanos; CEJA³JSCA, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Justice Studies Center of the Americas; Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Contenido: Oralidad y Medidas Cautelares : Principales Debates. Medidas cautelares y UMECAS : más allá de la implementación / María Anel Pineda Marín – La prisión preventiva oficiosa y el abuso de las medidas cautelares / Pablo Héctor González Villalobos – Prueba, futuro y riesgo : en torno a los dilemas de la prisión preventiva / Jonatan Valenzuela – Estándares y Valoración de la Prueba en las Diversas Etapas del Proceso. Análisis del concepto de prueba y de los sistemas de valoración en el contexto de los estándares probatorios / Ana Pamela Romero Guerra – Valoración de la prueba y sentencia : ¿cómo deliberan y votan los jueces luego del juicio oral y público? : apuntes para una buena deliberación colectiva / Eugenio C. Sarabayrouse – Gestión del Despacho Judicial para Mejorar la Efectividad del Sistema de Justicia. Algunas prácticas de gestión y organización judicial en el Centro de Justicia Penal Federal en Tamaulipas, con residencia en Ciudad Victoria, México / Eucario Adame Pérez – Gestión judicial, los retos en la administración de los tribunales / Laura Janeth Verdin Brenist – La gestión del despacho judicial como herramienta de efectividad / José Pablo Vidal Araya – Estándares de Defensa Penal Efectiva y Sistema de Protección de Garantías. El derecho a la defensa efectiva en el sistema acusatorio / Ana Dulce Aguilar García – Estándares de defensa aplicables a víctimas e imputados / Ana Lorena Delgado Pérez – Garantías para una defensa penal efectiva desde el momento de la detención / Ana Paula Lavalle Arroyo – Admisibilidad y Exclusión de la Prueba Penal. La etapa intermedia en un sistema adversarial : del saneamiento formal al control sustancial de la acusación / Leonel González Postigo – La regla de exclusión de la prueba ilícita en la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación : retos y perspectivas / Carlos Gustavo Ponce Núñez – El sistema acusatorio y la nueva lógica de admisibilidad probatoria / Silvana Andrea Manes – Procesos Compositivos y Justicia Restaurativa. La teoría del proceso compositivo en la obra de Binder como paradigma superador de las salidas alternativas al proceso penal / Marco Valdío – La justicia restaurativa como contrabalance al giro punitivo en América Latina / Catalina Drollmann, Amalia Valdés Riesco – Procesos compositivos y justicia restaurativa en el sistema de justicia penal acusatorio / Ariadna Osorio García – Justicia restaurativa : una ruta poco explorada hacia la legitimidad institucional / Carlos De la Rosa Xochitlotzi

ISBN 978-607-552-149-7

1. Sistema acusatorio – Derecho de acceso a la justicia – Derecho al debido proceso – América – Ensayos 2. Medidas cautelares – Principio de oralidad 3. Valoración de pruebas – Etapas procesales 4. Sistema de justicia penal – Efectividad 5. Derecho a la seguridad jurídica – Derecho a protección judicial 6. Admisión de pruebas – Desechamiento de pruebas 7. Justicia restaurativa. Arellano Quintana, Jaime, coordinador, escritor de prólogo II. Haller-Fuchs, Marie-Christine, escritor de prólogo III. Villegas, Andrés, escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos V. t. LC K5418

Primera edición: octubre de 2020

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

D.R. © Centro de Estudios de Justicia de las Américas
Calle Rodó 1950, Providencia, Santiago de Chile.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

Los derechos morales de cada uno de los artículos que componen esta obra corresponden a las personas autoras.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la Fundación Konrad Adenauer y del Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Diálogo regional sobre acceso a la justicia y debido proceso en el Sistema Acusatorio

Coordinadores:

JAIME ARELLANO QUINTANA

MARIE-CHRISTINE FUCHS

MARCO FANDIÑO

LEONEL GONZÁLEZ POSTIGO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar

Presidente

Primera Sala

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá

Presidente

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo

Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat

Segunda Sala

Ministro Javier Laynez Potisek

Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales

Ministra Yasmín Esquivel Mossa

Ministro José Fernando Franco González Salas

Ministro Alberto Pérez Dayán

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) es un organismo internacional del sistema interamericano, con autonomía técnica y operativa, que tiene como misión apoyar los procesos de reforma y modernización de los sistemas de justicia en las Américas. Su sede está en Santiago de Chile y sus miembros son todos los países integrantes activos de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

CEJA provee asistencia técnica a los gobiernos, poderes judiciales y otros actores de los sistemas de justicia regionales, desarrolla estudios, imparte programas de capacitación especializados para juezas, jueces, fiscalas/es, defensoras/es, abogadas/os litigantes y diseñadoras/es de políticas públicas.

CEJA fue creado el 15 de noviembre de 1999 por resolución de la Asamblea General de la OEA. Las Cancillerías de los Estados Miembros dieron cumplimiento de ese modo al Plan de Acción de la Segunda Cumbre de las Américas (1998) y a las recomendaciones de la Reunión de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA).

Twitter: [@CEJAoficial](https://twitter.com/CEJAoficial)

Facebook: [@CEJAoficial](https://www.facebook.com/CEJAoficial)

LinkedIn: [/CEJAoficial](https://www.linkedin.com/company/CEJAoficial)

Youtube: [/CEJAoficial](https://www.youtube.com/channel/UCejaoficialok)

Instagram: [@cejaoficialok](https://www.instagram.com/cejaoficialok)

Sitio web: www.cejamericas.org

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer brinda en esta región un apoyo sostenido al desarrollo y a la profundización de un orden jurídico justo y eficiente, basado en el principio del Estado de Derecho. El trabajo de nuestra fundación se fundamenta en la convicción de que la democracia, el Estado de Derecho y una política que vele por la garantía efectiva de los derechos humanos son condiciones indispensables para el desarrollo sostenible en cualquier país del mundo.

<https://www.kas.de/es/web/rspla>

Twitter: [@KASiusLA](https://twitter.com/KASiusLA)

Facebook: <https://www.facebook.com/kasiusla>

Instagram: [@KASiusLA](https://www.instagram.com/KASiusLA)

Vimeo: <https://vimeo.com/iusla>

Contenido

Presentación	XI
Jaime Arellano Quintana	
Prólogo	XV
Marie-Christine Fuchs y Andrés Villegas	
ORALIDAD Y MEDIDAS CAUTELARES: PRINCIPALES DEBATES.....	1
Medidas cautelares y UMECAS. Más allá de la implementación.....	3
María Anel Pineda Marín	
La prisión preventiva oficiosa y el abuso de las medidas cautelares	25
Pablo Héctor González Villalobos	
Prueba, futuro y riesgo: en torno a los dilemas de la prisión preventiva.....	49
Jonatan Valenzuela	

ESTÁNDARES Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LAS DIVERSAS ETAPAS DEL PROCESO	65
Análisis del concepto de prueba y los sistemas de valoración en el contexto de los estándares probatorios	67
Ana Pamela Romero Guerra	
Valoración de la prueba y sentencia: ¿cómo deliberan y votan los jueces luego del juicio oral y público? Apuntes para una buena deliberación colectiva	89
Eugenio C. Sarrabayrouse	
GESTIÓN DEL DESPACHO JUDICIAL PARA MEJORAR LA EFECTIVIDAD DEL SISTEMA DE JUSTICIA.....	115
Algunas prácticas de gestión y organización judicial en el Centro de Justicia Penal Federal en Tamaulipas, con residencia en Ciudad Victoria, México	117
Eucario Adame Pérez	
Gestión judicial, los retos en la administración de los tribunales	139
Laura Janeth Verdín Brenist	
La gestión del despacho judicial como herramienta de efectividad	155
José Pablo Vidal Araya	
ESTÁNDARES DE DEFENSA PENAL EFECTIVA Y SISTEMA DE PROTECCIÓN DE GARANTÍAS	171
El derecho a la defensa efectiva en el sistema acusatorio.....	173
Ana Dulce Aguilar García	

Estándares de defensa aplicables a víctimas e imputados.....	191
Ana Lorena Delgadillo Pérez	
Garantías para una defensa penal efectiva desde el momento de la detención	205
Ana Paula Lavalle Arroyo	
ADMISIBILIDAD Y EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PENAL.....	221
La etapa intermedia en un sistema adversarial. Del saneamiento formal al control sustancial de la acusación.....	223
Leonel González Postigo	
La regla de exclusión de la prueba ilícita en la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: retos y perspectivas	251
Carlos Gustavo Ponce Núñez	
El sistema acusatorio y la nueva lógica de admisibilidad probatoria.....	273
Silvina Andrea Manes	
PROCESOS COMPOSICIONALES Y JUSTICIA RESTAURATIVA.....	295
La teoría del proceso compositivo en la obra de Binder como paradigma superador de las salidas alternativas al proceso penal.....	297
Marco Fandiño	
La justicia restaurativa como contrabalance al giro punitivo en América Latina.....	313
Catalina Droppelmann Amalia Valdés Riesco	

Procesos compositivos y justicia restaurativa en el sistema de justicia penal acusatorio	335
---	------------

Ariadna Osorio García

Justicia restaurativa: Una ruta poco explorada hacia la legitimidad institucional	359
--	------------

Carlos De la Rosa Xochitiotzi

Presentación

Los días 9 y 10 de octubre de 2019 se llevó a cabo el *Seminario Internacional: Diálogo regional sobre acceso a la justicia y debido proceso en el sistema acusatorio*, en el auditorio "Ministro José Vicente Aguinaco Alemán", en el edificio sede del Consejo de la Judicatura Federal de la Ciudad de México.

En esta oportunidad, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), junto con la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y la Fundación Konrad Adenauer han estrechado lazos de cooperación para la organización de este encuentro que ha permitido reunir a una importante cantidad de expertos y expertas en materia de reformas judiciales a fin de propiciar un ámbito de debate acerca del sistema adversarial en la región, específicamente en México.

En el año 2016, México concluyó el proceso de implementación del sistema de justicia penal acusatorio, iniciado con la reforma constitucional

de 2008. El diseño del sistema de justicia penal impulsa una serie de cambios profundos, que debieran generar transformaciones no sólo en el modo de juzgamiento, a través de la instalación de audiencias como método de debate y producción de la prueba de carácter oral, público y contradictorio, sino también en las potestades de la fiscalía, la judicatura y la defensa penal, su organización, estructuras de gestión, relaciones interinstitucionales y procesos de trabajo.

Con la intención de brindar una visión panorámica del estado del sistema adversarial en la región, el Seminario se inició con la presentación del libro *La justicia penal adversarial en América Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*, publicado por CEJA y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, en el año 2018. Esta obra recoge 19 informes que dan cuenta de la situación real del sistema adversarial en algunos países de la región, resaltando —en un capítulo final— los desafíos y las propuestas para el mejoramiento del sistema. Varios de sus capítulos fueron citados y empleados como insumo en los artículos de la presente publicación.

Luego del panorama introductorio, el Seminario se estructuró en torno a seis paneles, coincidentes con los capítulos de esta publicación. En estos capítulos y los artículos que los componen, se aprecian las distintas materias que se discutieron, los cuestionamientos al grado en que realmente se ha avanzado en la transformación impulsada desde la promesa constitucional y las propuestas para que dichos cambios paradigmáticos se produzcan materialmente en México. En particular, la temática se agrupa como sigue: 1. Oralidad y medidas cautelares; 2. Estándares y valoración de la prueba en las diversas etapas del proceso; 3. Gestión del despacho judicial para mejorar la efectividad del sistema de justicia penal; 4. Estándares de defensa penal efectiva y sistema de protección de garantías; 5. Admisibilidad y exclusión de la prueba, y 6. Procesos compositivos y justicia restaurativa.

Cabe destacar que los y las participantes pertenecen a distintos ámbitos profesionales, lo que redundará en un abordaje desde diversas aristas de

los temas-ejes planteados. Los/as ponentes y autores/as forman parte de la academia, judicatura, institutos de investigación y de la Fiscalía, entre otros. De igual manera, el público que nos acompañó, en su gran mayoría, han sido operadores/as judiciales, estudiantes de derecho y abogados/as del ámbito privado y público.

De este modo, ponemos a su disposición un aporte más que permita analizar, ponderar y, de ser necesario, reencauzar las organizaciones y las prácticas de los distintos operadores del sistema de justicia acusatorio de México para alcanzar los objetivos fijados y comprometidos.

Agradecemos a todas aquellas personas que han trabajado en este proyecto, los autores y autoras de cada ponencia y a quienes se han desempeñado en la coordinación tanto de la obra como del Seminario.

Jaime Arellano Quintana
Director Ejecutivo
CEJA

Prólogo

Para el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer es un honor y un placer poder prologar esta obra, surgida con ocasión del ya mencionado Seminario Internacional: Diálogo regional sobre acceso a la justicia y debido proceso en el sistema acusatorio, celebrado en octubre de 2019, en la Ciudad de México.

Además de la relevancia y actualidad del tema —no solamente en México, sino en todos los países de la región—, el reconocimiento y la seriedad de las otras dos instituciones coorganizadoras, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, hicieron que no dudáramos un segundo en vincularnos a la iniciativa del seminario y de esta publicación.

La perspectiva crítica, internacional, interdisciplinaria, con equidad de género e intergeneracional, así como las discusiones que tuvieron lugar durante los dos días del seminario, repercutieron sin duda también en su éxito, evidenciado en la copiosa asistencia de público, tanto en forma

presencial como a través de *streaming*. Esperamos que a su vez esta obra tenga tal acogida entre el público interesado, y que se mantenga el examen crítico y periódico de las importantes materias que aborda.

Ya en nuestra obra conjunta con CEJA *La justicia penal adversarial en América Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*, publicada en 2018, habíamos hecho un esfuerzo regional por analizar de manera crítica y propositiva el estado de cosas y el proceso de implementación del sistema adversarial en América Latina, iniciado en los últimos 30 años con muy variados énfasis y desarrollos de país a país. Si bien se han logrado grandes avances en esta materia, aún tenemos un largo camino por delante para asegurar un proceso penal eficiente, justo y respetuoso tanto de los derechos humanos de las víctimas como de los victimarios.

Esta obra que hoy presentamos al público recoge un análisis exhaustivo de la relativamente reciente adopción y desenvolvimiento del sistema penal adversarial en México, y lo hace replicando en su composición los ejes que orientaron las intensas discusiones del seminario. Sin querer restarle importancia a los paneles (ahora capítulos) del seminario que enfatizaron en los temas "clásicos" del sistema acusatorio como la oralidad, la intermediación de la prueba, la publicidad, las garantías del procesado y la garantía de una tutela judicial efectiva para las víctimas, fue muy esclarecedor el panel sobre la gestión de los despachos judiciales para mejorar la efectividad del sistema penal de justicia. A partir de los desafíos que enfrenta la gestión de los despachos judiciales y del conocimiento de ejemplos de buenas prácticas en la materia, un tema que no parece eminentemente jurídico, sino más logístico y administrativo, mostró su trascendencia para el buen funcionamiento del sistema penal. Es un indicador que necesariamente debe revisarse en otros países latinoamericanos, como debe seguirse haciendo con los demás aspectos involucrados, en una apuesta por la necesidad de una mirada más holística del proceso penal adversarial.

Como lo postula en su célebre y conocida frase el jurista alemán Claus Roxin, "¡El sistema procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado!" Las tendencias que vayan siguiendo los países latinoamericanos en esta materia nos demostrarán si la inspiración de sus gobiernos es de talante autoritario, formalista e inquisitivo, o más acorde con las reformas democráticas y la consagración y respeto de los derechos humanos contenidos en las constituciones latinoamericanas y en los instrumentos regionales e internacionales que los protegen.

Si bien en la región ha habido un claro viraje en esta última dirección en las tres décadas pasadas, ello no quiere decir que los logros obtenidos no hayan enfrentado y sigan enfrentando amenazas. Es nuestro deber seguir defendiendo la democracia y el Estado de Derecho desde nuestro ejercicio profesional, sea cual sea el sector en el que nos desempeñemos. ¡El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica seguirá siendo un aliado incondicional en esa empresa!

Nos unimos por último al agradecimiento a todas las autoras y autores que participan en esta obra, a las otras instituciones que la coeditaron y a quienes hicieron posible su publicación después del seminario internacional que le dio origen. Invitamos al público a leerla, servirse de ella, comentarla, difundirla y criticarla de manera constructiva.

Marie-Christine Fuchs y Andrés Villegas
Directora y coordinador de proyectos
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
de la Fundación Konrad Adenauer

**ORALIDAD
Y MEDIDAS CAUTELARES:
PRINCIPALES DEBATES**

Medidas cautelares y UMECAS. Más allá de la implementación

María Anel Pineda Marín*

Introducción

Encarcelar antes de llevar a cabo una investigación es la consecuencia de la discusión en torno al "catálogo de delitos graves", cuyo propósito es la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva sin que medie ningún debate. Esta postura es consistente en los órganos políticos y legislativos desde los inicios de la implementación del proceso penal acusatorio, independientemente de la corriente política que oriente la administración pública; para responder a la falta de resolución de casos, a la alta incidencia delictiva y, en suma, a la demanda social de acceso a la justicia.

Aunque la evidencia respecto de la eficacia del catálogo de delitos graves o de prisión preventiva oficiosa para mejorar la calidad de la justicia

* Abogada mexicana por la Universidad La Salle. Colaboró en la creación de la primera Unidad de Medidas Cautelares especializada en personas Adolescentes (UMECA Adolescentes) en el estado de Morelos como Directora General de Reorganización Institucional en la Secretaría Ejecutiva de Enlace para Asuntos de Justicia Penal.

penal se acumula en un sentido contrario, y de que delitos como el homicidio presentan una tasa anual creciente, a pesar de encontrarse en el "catálogo"; prevalece el mensaje sobre la urgencia de "agravar" los delitos para lograr sancionarlos y de "encarcelar a los delincuentes sin derecho a fianza", esto es, sin que haya un debate en tribunales que analice la necesidad de la prisión, durante el desarrollo de la investigación.

Por su parte, en el extremo contrario a esta postura se crean las autoridades de supervisión de medidas cautelares y suspensión condicional o unidades de medidas cautelares (conocidas como UMECAS), con el propósito de que exista una autoridad neutral que desarrolle la evaluación de riesgos procesales, la cual busca alimentar el debate en los tribunales, de manera que la decisión de encarcelar o no a las personas mientras se investiga el delito se tome de manera informada y con base en datos relevantes y objetivos.

Hasta ahora, el debate sobre la prisión preventiva oficiosa o el catálogo de delitos graves se centra en una continua ponderación entre varios factores: la importancia de la seguridad pública y el respeto a los derechos humanos, la alta incidencia delictiva y la laxidad del proceso penal acusatorio, y la necesidad de dar una respuesta inmediata de castigo a la delincuencia frente a la falta de efectividad de las investigaciones que llevan a la liberación de las personas.

Es necesario llevar la discusión de la prisión preventiva oficiosa y la eficacia de las medidas cautelares hacia escenarios más pragmáticos, ya que, en términos dogmáticos, no existe en realidad el debate. En todos los casos es necesario garantizar la seguridad pública, el acceso a la justicia y el respeto a los derechos humanos, tanto de las personas imputadas como de las víctimas, por lo que la tarea restante es pensar en los mejores métodos y procedimientos para lograrlo.

En las páginas siguientes se analizarán las condiciones actuales de las UMECAS y la discusión en materia de prisión preventiva, se identi-

carán conceptos clave para fijar los puntos de análisis y se estudiará, desde una perspectiva práctica, cuáles son los factores que inciden en el uso adecuado de las medidas cautelares. Finalmente, se propondrán puntos de partida para avanzar hacia el funcionamiento eficaz de las medidas cautelares y de las UMECAS en el sistema de justicia penal acusatorio.

Estado del arte

La reforma de 2008 en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) en materia de seguridad y justicia fue el punto de partida para la implementación del proceso penal acusatorio en México, aunque diversos estados de la República —como Chihuahua, Nuevo León, Oaxaca y Morelos— habían comenzado con esfuerzos importantes para la puesta en marcha del proceso penal acusatorio desde 2004.

En febrero de 2011, Morelos fue el primer estado de la República Mexicana en integrar, dentro del entonces nuevo proceso penal acusatorio, una oficina destinada a la evaluación de los riesgos procesales, así como para la supervisión de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.¹

Posteriormente, después de esfuerzos importantes del Proyecto Presunción de Inocencia en México, de la Open Society Justice Initiative y del Programa de Apoyo en Seguridad y Justicia de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés), se promovió la implementación de estas oficinas conocidas en ese momento como "Unidades de Servicios Previos al Juicio o Unidades de Medidas Cautelares" (en adelante, UMECAS), incluso antes de que se

¹ El estado de Morelos implementó el proceso penal acusatorio inicialmente en materia de justicia para adolescentes, por lo que inauguró la primera Unidad de Medidas Cautelares para Adolescentes en febrero de 2011.

generara una regulación nacional, por lo que estados como Morelos, Baja California, Tabasco y Puebla comenzaron a implementar estas oficinas antes de la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP).²

En 2014, con la expedición del CNPP, las UMECAS se integraron al proceso penal acusatorio como sujeto auxiliar del procedimiento penal (art. 105, fracc. VIII, Código Nacional de Procedimientos Penales, 2019) con funciones específicas para evaluar los riesgos procesales y supervisar el cumplimiento, tanto de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, como de la suspensión condicional del proceso (art. 164, Código Nacional de Procedimientos Penales, 2019).

A pesar de ello, de acuerdo con el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP), en marzo de 2017 tres entidades federativas no contaban aún con una de estas unidades (UMECAS). Veintidós unidades se encontraban en condiciones débiles de infraestructura, equipamiento, gestión, personal y bases de datos; cuatro se encontraban en condiciones mínimas de operación; y sólo tres UMECAS del país se colocaron en condiciones de intermedias a óptimas para su funcionamiento.³

En atención a este diagnóstico, se destinarían 36.2 millones de pesos del Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública (FASP) para fortalecer y consolidar las UMECAS durante 2018, con la finalidad de mejorar su infraestructura y equipamiento (\$31,186,189.58) y la capacitación de 917 personas encargadas de la evaluación y supervisión, con un

² La información respecto de los estados que iniciaron la implementación de las UMECAS, antes de la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales, puede consultarse en: «<http://ijpp.mx/el-sistema-de-justicia-penal/servicios-previos-al-jucio/2014-05-02-21-03-38>».

³ Estos datos son reportados por el SESNSP en una presentación del diagnóstico nacional señalado, sin referencia de las entidades federativas de las que se trata. La presentación puede ser consultada en: «http://secretariadoejecutivo.gob.mx/SJP/diagnostico_UMECAS.pdf».

costo de \$7,919,321.00 (Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, 2016-2018).

Posteriormente a esta inversión, la Federación no ha llevado a cabo esfuerzos para valorar el impacto de los recursos dirigidos al fortalecimiento de las UMECAS y el alcance de los cambios buscados a partir de la evidencia generada con el diagnóstico nacional. Derivado de ello, no existe evidencia de que hayan cambiado las circunstancias heterogéneas de equipamiento y alcance operativo de las UMECAS, cuestión que resulta relevante, ya que para el momento del diagnóstico señalado, seis UMECAS funcionaban desde una sede para atender todo el territorio del Estado; siete no contaban con una partida presupuestal específica; seis no contaban con equipamiento mínimo para su operación; y en 33% de los casos, las UMECAS no llevaban a cabo una de sus actividades principales: la evaluación de riesgos procesales.

Por otro lado, a la par de los esfuerzos de la Federación, sociedad civil y los programas de cooperación internacional que buscan implementar y fortalecer a las UMECAS, así como a las instancias clave para el uso racionalizado de las medidas cautelares, y como un mecanismo funcional que garantiza su cumplimiento, se mantienen y refuerzan políticas dirigidas a impulsar el uso de la prisión preventiva oficiosa.

Desde la reforma constitucional de 2008 se integraron al artículo 19 de la CPEUM seis delitos de prisión preventiva oficiosa y, posteriormente en abril de 2019, se reformó nuevamente este artículo de la CPEUM para incorporar diez delitos más, lo que resultó en un catálogo de 16 delitos de prisión preventiva oficiosa.⁴

⁴ Los delitos considerados en el artículo 19 constitucional como delitos en los que se impondrá la prisión preventiva oficiosamente son: delincuencia organizada; homicidio doloso; violación, secuestro; trata de personas; delitos violentos cometidos con armas; delitos cometidos en el uso de programas sociales con fines electorales; enriquecimiento ilícito; ejercicio abusivo de funciones; delitos en materia de hidrocarburos; abuso y violencia sexual contra menores; feminicidio; robo a

Esta última reforma constitucional se sujetó a un debate importante en el que se hizo partícipe a la sociedad civil que criticaba la reforma, principalmente por la falta de evidencia que demostrara que la prisión preventiva tenía una relación causal con la incidencia delictiva, además de que con ella se perpetuaba la violación a los derechos humanos, específicamente en cuanto a la presunción de inocencia, no sólo reconocida en la propia CPEUM, sino en tratados internacionales ratificados por México.

Sin embargo, a pesar de que diversos especialistas cuestionaron la incorporación de más delitos de prisión preventiva oficiosa, la postura que prevaleció, y por la que se promovió la reforma que terminó por aprobarse, consideró la prisión preventiva oficiosa como una herramienta para atender la impunidad en esos delitos.

Esto es, que fue vista como un instrumento necesario para ayudar al Estado en la persecución del delito y lograr una mayor efectividad en la justicia penal.⁵

Marco conceptual

Con la implementación del sistema de justicia penal acusatorio se inició un proceso histórico para la instrumentación y operativización de los derechos humanos. El derecho a la presunción de inocencia, reconocido en la CPEUM y por los tratados internacionales, requería la instalación de un subsistema que permitiera privilegiar la libertad de la persona imputada mientras se desarrollaba el procedimiento para investigar y probar su responsabilidad o inocencia; y, a la par, era necesario atender

casa habitación; robo a transporte de carga; desaparición forzada; y delitos contra la ley de armas de fuego.

⁵ En el boletín número 1010 de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión se resumen las posturas señaladas. Éste puede ser consultado en: «<http://www5.diputados.gob.mx/index.php/es/Comunicacion/Boletines/2019/Febrero/08/1010-Proxima-semana-preven-aprobar-dictamen-sobre-prision-preventiva-oficiosa-incluire-conclusiones-de-audiencias-publicas-Delgado-Carrillo>».

los riesgos que su libertad podría implicar para el desarrollo de la investigación y del procedimiento, así como hacia las víctimas y los testigos.

En primera instancia, en el artículo 19, la CPEUM faculta al Ministerio Público a hacer uso de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, cuando con éstas sea posible "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" (art. 19, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2019).

La forma en que se instrumenta esta facultad constitucional en el CNPP es a través de diversas disposiciones que permiten su operativización y que a continuación se observan, no con la intención de replicarlas, sino con el propósito de ordenar su análisis:

Riesgos procesales

La facultad del Ministerio Público prevista en el artículo 19 de la CPEUM hace necesario un previo análisis respecto de los riesgos que la libertad de la persona imputada de un delito puede representar para garantizar la comparecencia de la persona imputada en el juicio y el desarrollo de la investigación, así como garantizar también la seguridad de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

Salvo que se tratara de delitos en los que el órgano jurisdiccional debiera imponer la prisión preventiva de manera oficiosa (art. 167, Código Nacional de Procedimientos Penales, 2019), el CNPP señala cuáles son los elementos a considerar por el órgano jurisdiccional, a fin de determinar si existe cualquiera de esos riesgos (arts. 168 a 170, Código Nacional de Procedimientos Penales, 2019). Dispone, por ejemplo, que para determinar si existe algún peligro de que la persona imputada no comparezca más adelante, se deberá analizar: 1) el arraigo que tenga en el lugar donde deba ser juzgado; 2) el máximo de la pena que en su caso pudiera

llegar a imponerse; 3) la actitud de voluntariedad de la persona imputada ante el proceso; 4) el comportamiento de la persona imputada posterior al hecho, durante el procedimiento o en otro anterior en la medida que indique su voluntad de sometimiento; 5) la inobservancia de otras medidas cautelares; y 6) el desacato de citaciones para actos procesales.

Ésta es, por tanto, la información que se entiende relevante para que el órgano jurisdiccional conozca, a fin de decidir si existe el riesgo procesal de sustracción o incomparecencia de la persona imputada en el proceso, y que pueda decidir sobre la medida cautelar más idónea y proporcional al caso en concreto.

Para conocer esta información, el órgano jurisdiccional puede tener en cuenta una evaluación de riesgos desarrollada por una instancia neutral, objetiva e imparcial (art. 156, Código Nacional de Procedimientos Penales, 2019); por lo que se faculta a la Autoridad de Supervisión de Medidas Cautelares y de la Suspensión Condicional del Proceso (UMECAS) para desarrollar esta evaluación de riesgos que deberá ser entregada a las partes en el procedimiento, a fin de que sustenten su petición de medidas cautelares (art. 164, Código Nacional de Procedimientos Penales, 2019).

Metodología de evaluación de riesgos

Al día de hoy, el procedimiento para la evaluación de riesgos procesales que llevan a cabo las UMECAS es relativamente conocido, considerando que ha sido documentado por instancias de la sociedad civil como el Instituto de Justicia Procesal Penal (IJPP) y por el Gobierno Federal, mediante la expedición del Modelo Homologado de Unidades Estatales de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso (Modelo Homologado). A grandes rasgos, este procedimiento se desarrolla integrando cuatro pasos básicos:

- 1) *Recolección de información.* En este paso, las personas encargadas de la evaluación de riesgos conciertan una entrevista con la persona detenida o citada para la formulación de la imputación, con el fin de recolectar información relacionada con su entorno social, económico, educativo, familiar, laboral, entre otros aspectos. Consultan, después, la carpeta de investigación para recolectar información relacionada con el delito y con las circunstancias de la detención; y, finalmente, consultan las bases de datos estatales y federales disponibles.
- 2) *Verificación de la veracidad de la información.* Las personas evaluadoras de riesgos llevan a cabo una identificación de fuentes idóneas y medios a su alcance para asegurarse de que la información recabada tenga asiento en la realidad. Para ello pueden desarrollar llamadas telefónicas, visitas de campo o solicitudes de información a otras autoridades.
- 3) *Valoración de riesgos procesales.* En general, las UMECAS cuentan con instrumentos que les permiten valorar de manera cuantitativa las circunstancias del entorno de las personas imputadas, según si contribuyen o no a la actualización de un riesgo procesal. Al respecto es importante tener en cuenta que el Modelo Homologado define el procedimiento de evaluación de riesgos, pero no determina un método para su valoración. Por tanto, cada UMECA define de manera indeterminada cuáles son las variables e indicadores con los que evalúa los riesgos y cuál es el método que utilizará para asignar valores a cada uno de los elementos o hechos concretos que analiza, ya sea como más o como menos arriesgado.
- 4) *Opinión técnica o evaluación de riesgos.* En este paso, las UMECAS documentan la información recabada, las fuentes y los medios de verificación utilizados, así como la definición de las circunstancias fácticas identificadas que pueden considerarse factores de riesgo, y aquellas que constituyen factores de estabilidad, con el fin de señalar finalmente el nivel o grado de riesgo identificado, según su instrumento de valoración cuantitativa.

Imposición de medidas cautelares

Una vez que las UMECAS elaboran una evaluación de riesgos, la entregan a las partes antes de que se efectúe la audiencia inicial para su uso en el debate de imposición de medidas cautelares.

Para este momento se hacen aún más relevantes las destrezas de litigación de las partes en la audiencia, puesto que la opinión técnica o la evaluación de riesgos de la UMECA únicamente pretende aportar las circunstancias fácticas que se relacionan con un riesgo procesal u otro. Con ello pretende nutrir el argumento de las partes para solicitar o debatir respecto de la existencia de un riesgo procesal, la necesidad de cautela; y, específicamente, la medida cautelar que proporcionalmente atiende al riesgo identificado y que es idónea, según las circunstancias particulares del riesgo.

Cumplimiento de medidas cautelares

En el entendido de que las medidas cautelares tienen como finalidad que la persona imputada comparezca al juicio, que no altere de alguna forma la investigación, así como que las víctimas y los testigos no corran riesgos durante el desarrollo del proceso, su seguimiento deriva en el cumplimiento de sus fines y, por tanto, es evidentemente trascendental.

Por ello, las UMECA se encuentran facultadas por la ley procesal para supervisar y dar seguimiento a las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, mediante una serie de obligaciones (art. 177, Código Nacional de Procedimientos Penales, 2019) que consisten en entrevistas a víctimas, a testigos y a la persona imputada; en verificar que la persona imputada se localice en su domicilio; requerir muestras para detectar el uso de sustancias prohibidas; y canalizar a la persona imputada hacia servicios públicos o privados relacionados con la salud, el empleo, la educación

y el apoyo jurídico, según lo requiere la modalidad de la medida cautelar impuesta.

Aunado a esto, las UMECAS tienen la obligación de contar con registros sobre el seguimiento y la conclusión de las medidas cautelares, colaborar con otras oficinas de la misma naturaleza, sugerir el cambio de medidas cautelares y reportar su incumplimiento, que puede tener como consecuencia su modificación o revocación.

Derivado de ello, es posible afirmar que actualmente el proceso penal acusatorio cuenta con un andamiaje jurídico e institucional que permite contar con un "catálogo" amplio de medidas cautelares, con un mecanismo que permite suministrar la información necesaria respecto a la existencia de los riesgos procesales que se pretende cautelar y con un mecanismo de seguimiento y supervisión de su cumplimiento.

¿Qué se espera de las medidas cautelares en el sistema de justicia penal acusatorio?

Si se permite la analogía, las medidas cautelares son el aceite que facilita el movimiento de los distintos engranes del procedimiento penal, destinados a garantizar el acceso a la justicia.

Esto es porque el uso adecuado de las medidas cautelares —todas, incluso la prisión preventiva— permiten que el proceso penal alcance sus fines, mientras se respeta un trato como no autor a la persona imputada; y, a la vez, se protege la integridad de víctimas y testigos.

Las previsiones normativas e institucionales existentes en la actualidad, en relación con las medidas cautelares, permiten adelantar mínimamente algunos resultados derivados de su puesta en marcha, por ejemplo:

- a) La imposición informada de las medidas cautelares, y
- b) El uso racionalizado de la prisión preventiva.

Imposición informada de las medidas cautelares

Al disponerse de un mecanismo que provee a las partes de las circunstancias fácticas que permiten determinar la existencia de un riesgo procesal, se busca que esta información sea proporcionada al órgano jurisdiccional de control mediante argumentos que le hagan saber cómo es que, en el caso concreto, la libertad de la persona imputada puede poner en riesgo el proceso y la investigación, o a la víctima y los testigos. Con esta información es posible justificar la necesidad de cautela y las medidas cautelares que pueden resultar más adecuadas.

A este respecto es importante resaltar que el propósito de la evaluación de riesgos no se centra en señalar un puntaje o un nivel de riesgo, ni predecir tampoco qué riesgo procesal va a actualizarse en el caso concreto, sino por el contrario, el propósito es suministrar al procedimiento —a través de los argumentos de las partes— información relevante y de calidad, para que la decisión judicial se tome con base en circunstancias fácticas que tienen asiento en la realidad.

Reducir, entonces, la evaluación de riesgos a la categorización del riesgo procesal como "alto", "medio" o "bajo" no es lo requerido, puesto que estos conceptos no aportan información útil para el órgano jurisdiccional, y no permiten identificar qué medidas cautelares atenderían las circunstancias de riesgo, que pueden incidir en que la persona imputada no comparezca o altere la investigación, o bien, que dañe a víctimas y a testigos.

Uso racionalizado de la prisión preventiva

La presunción de inocencia, como uno de los principios en el procedimiento penal (art. 13, Código Nacional de Procedimientos Penales, 2019) y un derecho de toda persona imputada —reconocido en la

CPEUM (art. 20, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2019)— se traduce necesariamente en un trato como no autor de la persona imputada del delito, por lo que, a fin de asegurar este estándar de trato, la decisión de restringir sus derechos mientras se determina su responsabilidad o inocencia debe basarse en un análisis cuidadoso.

En este sentido, la imposición debidamente informada de las medidas cautelares deriva en el uso racionalizado de la medida cautelar más restrictiva de la libertad, que es la prisión preventiva. Por tanto, la evaluación de riesgos procesales prevista por la ley procesal es desarrollada por una instancia neutral y objetiva que, al no ser parte en el proceso, puede emitir información que permita generar los razonamientos necesarios para la decisión de medida cautelar, y así garantizar que la imposición de la prisión preventiva se lleve a cabo de manera suficientemente razonada, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes.

¿Qué incide en su desempeño?

Así como existen estructuras normativas e institucionales previstas para lograr que las medidas cautelares cumplan sus fines en el procedimiento penal, también existen otras que inciden de manera negativa en los resultados esperados de ellas.

Modelos de distribución estratégica de casos

Algunas fiscalías o procuradurías cuentan generalmente con modelos de distribución de casos que permiten gestionar las cargas de trabajo y los recursos destinados a la investigación y la persecución penal. Sin embargo, los modelos de distribución de casos no están actualmente guiados por una política de persecución penal que permita delinear las prioridades de la institución en la persecución penal de determinados fenómenos delictivos, así como el uso eficiente de las salidas alternas o mecanismos alternos de solución de controversias.

Esta circunstancia incide de manera negativa en la oportunidad de contar con información de calidad para el debate e imposición de las medidas cautelares, ya que, para que se produzca esta información, los y las agentes del Ministerio Público deben dar intervención a la UMECA, ya sea mientras se encuentra detenida una persona, o bien, una vez que decida solicitar una audiencia para formular imputación a una persona, que se encuentra en libertad, con la finalidad de que la UMECA pueda ejecutar su procedimiento de evaluación de riesgos y que entregue la opinión técnica antes del desarrollo de la audiencia inicial.

La falta de priorización de casos en las fiscalías, guiada por una política de persecución penal, deriva en que se dé intervención a la UMECA para la elaboración de evaluaciones de riesgos en casos en los que la fiscalía determina no ejercer la acción penal y llevar la investigación ante el órgano jurisdiccional para la discusión de una medida cautelar, o bien, en casos en los que el debate respecto de la medida cautelar sea intrascendente, puesto que se propiciará un acuerdo reparatorio o una salida alterna, como la suspensión condicional del proceso.

Según el diagnóstico nacional desarrollado por el SESNSP,⁶ en el 33% de los casos las UMECAS no atienden las solicitudes de evaluación de riesgos, lo que genera que en este porcentaje de casos las partes no cuenten con argumentos para solicitar y debatir la medida cautelar más idónea.

En un estado ideal de las cosas, las UMECAS deberían hacer una evaluación de riesgos en todos los casos, independientemente del camino procesal que determine seguir la agencia del Ministerio Público. Sin embargo, la realidad es que, de la misma forma que el resto de las instituciones de justicia, las UMECAS cuentan con recursos limitados y es esencial lograr que se focalicen en los casos en los que será trascendente la información relacionada con los riesgos que pudiera representar la libertad de una persona imputada para el desarrollo del procedimiento penal.

⁶ Disponible en: «http://secretariadoejecutivo.gob.mx/SJP/diagnostico_UMECAS.pdf».

Visión limitada de la necesidad de cautela

Como lo hemos señalado hasta ahora, las medidas cautelares tienen fines procesales según lo previsto en el artículo 19 de la CPEUM y de la ley procesal, por lo que el órgano jurisdiccional requiere información suficiente para imponer aquellas que sean proporcionales e idóneas al caso, siguiendo además criterios de mínima intervención (art. 156, Código Nacional de Procedimientos Penales, 2019).

Sin embargo, existe una práctica no documentada de las agencias del Ministerio Público por la que centran su argumento de solicitud de medida cautelar en la "gravedad" del delito por el que fue puesta a disposición la persona detenida y por el que se formula su imputación.

Al respecto, es de resaltar que, considerar la gravedad del delito como elemento base para la solicitud e imposición de medidas cautelares resulta en la violación al principio de presunción de inocencia, pues se da por hecho el delito cuya investigación se inicia formalmente con la vinculación al proceso, y se limita el análisis de la necesidad de cautela a un solo factor, sin tener en cuenta la información que permite determinar la existencia de los riesgos procesales que pueden existir en un caso, con independencia de la gravedad del delito.

Aunque es una práctica generalizada de las agencias del Ministerio Público, también es una visión generalizada de distintos actores de las instancias de justicia, por lo que no se ha interiorizado que los riesgos procesales no dependen del delito que se investiga, sino de las circunstancias del entorno social, económico, educativo y laboral de la persona imputada, factores que inciden en su posterior comparecencia y que pueden generar la posibilidad de alterar la investigación y/o de dañar a la víctima y a los testigos.

De manera que limitar el análisis de la necesidad de cautela a un solo factor como la gravedad del delito tiene efectos negativos en la efectividad

de las medidas cautelares, ya que éstas se pueden imponer sin atender al riesgo procesal identificado en el caso concreto, y a su vez generar condiciones que deriven en la actualización de los riesgos que se pretenden cautelar.

Evaluación del funcionamiento de las medidas cautelares

En un contexto político en el que la prisión preventiva se considera una herramienta que permite hacer más efectiva la persecución de los delitos, es necesaria la identificación de indicadores que permitan generar evidencia respecto de la efectividad de las medidas cautelares, distintas a la prisión preventiva.

Hasta ahora no se han generado esfuerzos que permitan evaluar la incidencia de la evaluación de riesgos procesales en la imposición de las medidas cautelares adecuadas para garantizar la comparecencia de las personas imputadas, teniendo en cuenta —por ejemplo— la tasa de diferimiento de audiencias por ausencia de la persona imputada o los reportes de víctimas que se han visto dañadas o afectadas por la persona imputada.

Existen esfuerzos para medir la tasa de cumplimiento de las medidas cautelares, por ejemplo, a través del observatorio de UMECAS instalado por el Instituto de Justicia Procesal Penal A.C. (IJPP),⁷ pero es importante contextualizar la tasa de cumplimiento como indicador del desempeño de las medidas cautelares y las UMECAS en el sistema de justicia penal.

De acuerdo con lo reportado por el observatorio de UMECAS del IJPP, en 2017 el 78% de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva

⁷ El observatorio de UMECAS se nutre de solicitudes de información pública realizadas a las UMECAS respecto del año 2017, y hasta el momento no cuenta con información actualizada de 2018. La información publicada de este observatorio se encuentra disponible en: «<http://ijpp.mx/acervo/noticias/item/1711-observatorio-umecas-en-mexico-la-mayoria-de-las-personas-con-medidas-cautelares-en-libertad-las-cumple>».

se cumplieron por parte de las personas supervisadas, algo que sin duda refleja un dato importante, pero que no obstante debe complementarse con información respecto de los riesgos procesales detectados, de las medidas cautelares impuestas en relación con esos riesgos, de la tasa de comparecencia de las personas imputadas y de las incidencias reportadas por las víctimas y testigos en los casos en que sea aplicable.

¿Hacia dónde avanzar?

La última reforma que modificó el artículo 19 de la CPEUM (*Diario Oficial de la Federación*, 2019) establece en el artículo cuarto transitorio que la prisión preventiva oficiosa debe ser evaluada para determinar si se continúa con su aplicación en un plazo de cinco años. Dicha evaluación, según el citado artículo, se basará en diversos elementos, entre los que se encuentran los siguientes:

- Eficacia de las UMECAS
- Eficacia de las medidas cautelares
- Creación y desempeño de instancias de atención integral a víctimas

Sin duda, los siguientes cinco años resultarán decisivos para medir el uso efectivo de las medidas cautelares y de sus fines procesales, por lo que es necesario avanzar hacia el fortalecimiento de las instancias diseñadas, a fin de generar los insumos necesarios que permitan su imposición adecuada y la vigilancia de su cumplimiento.

Métodos de análisis y valoración de riesgos sólidos

Con la publicación del "Modelo homologado de unidades estatales de supervisión a medidas cautelares y suspensión condicional del proceso"⁸

⁸ El Modelo Homologado fue aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Pública en la sesión ordinaria XLI con el propósito de llevar a cabo su implementación con recursos del Fondo de

se generaron criterios operativos que permitieron homogeneizar el procedimiento de evaluación de riesgos y de supervisión que llevan a cabo las UMECAS en el país. Sin embargo, el modelo no determina las variables y los indicadores con los que se valoran las diferentes circunstancias de riesgo.

Hasta ahora, el método de valoración de riesgos de las UMECAS es heterogéneo y poco transparente, puesto que los instrumentos de valoración de riesgos con los que se cuenta asignan valores numéricos aleatorios a las circunstancias de riesgo. Por otro lado, los medios y las fuentes de información utilizados por las UMECAS para verificar la veracidad de la información sobre la que basarán su análisis de riesgos no cuentan con estándares de calidad que permitan garantizar su confiabilidad.

En este contexto, es necesario avanzar hacia la definición de métodos de valoración y análisis de riesgos procesales debidamente sustentados que permitan a las UMECAS aportar información confiable, relevante y de calidad para la decisión judicial.

Estándares de necesidad de cautela

La ley procesal faculta a las y los agentes del Ministerio Público para solicitar la medida cautelar que consideren necesaria, pero es el órgano jurisdiccional el encargado de imponerlas atendiendo a su proporcionalidad e idoneidad. En atención a ello, es necesario que los criterios judiciales eleven el estándar de información requerida para la imposición de las medidas cautelares, puesto que si el órgano persecutor

Aportaciones para la Seguridad Pública (FASP), disponible en: «https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/392320/Modelo_Homologado_de_Unidades_Estatales_de_Supervision_a_Medidas_Cautelares_y_Suspension_Condicional_del_Proceso.pdf».

continúa sustentando la necesidad de cautela con información limitada —como es la gravedad del delito o un grado de riesgo— la decisión de medida cautelar no se tomará de manera suficientemente informada, y se generarán condiciones que deriven en la actualización de los riesgos y la consecuente ineficacia de las medidas cautelares.

Evaluación y seguimiento

Ejercicios de diagnóstico como el desarrollado por el SESNSP, señalado en diversas ocasiones, son valiosos para conocer la situación de las UMECAS y las necesidades de inversión, por lo que es importante evolucionar este ejercicio para medir el impacto de los recursos invertidos, para analizar nuevamente las brechas detectadas y así definir un horizonte por alcanzar en estas instituciones, tanto en aspectos de infraestructura y equipamiento, como en su operación y desempeño.

Aunado a ello, es importante construir las condiciones para generar información suficiente que permita medir la incidencia de la evaluación de riesgos procesales en la imposición de medidas cautelares eficaces, así como la influencia de los mecanismos de supervisión en el cumplimiento de las medidas cautelares y sus fines procesales.

Conclusión

La eficacia de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva no se puede ver desligada del fortalecimiento de las UMECAS, ya que el éxito de este órgano auxiliar del procedimiento penal incide directamente en que éste alcance sus fines.

En este sentido, en el contexto de la última reforma constitucional en materia de prisión preventiva oficiosa, las medidas cautelares en libertad y las UMECAS, en consecuencia, enfrentan retos que se deben analizar y atender en términos pragmáticos y con un enfoque en los resultados.

Bibliografía

Código Nacional de Procedimientos Penales (2019), *Diario Oficial de la Federación*, Ciudad de México, México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2019), *Diario Oficial de la Federación*, Ciudad de México, México.

Diario Oficial de la Federación (abril de 2019), Decreto por el que se declara reformado el Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa. México: «*dof.gob.mx*». Recuperado de: «https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5557700&fecha=12/04/2019».

Schönnteich, M. y Tomasini-Joshi, D. (agosto de 2010), *Programas de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana*, Nueva York, EE. UU.: *Biblioteca.cejaamericas.org*. Recuperado de: «http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5457/ProgramasMedidasCautelares_Experiencias.pdf?sequence=1&isAllowed=y».

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (2016–2018). *Consolidación del sistema de justicia penal, Informe de acciones*. México: «*gob.mx*». Recuperado de: «https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/416389/Capitulo_5._Recursos_del_Fondo_de_Aportaciones_para_la_Seguridad_P_blica_FASP_2018.pdf».

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (septiembre de 2019), *Diagnóstico Nacional de Unidades de Medidas Cautelares*, Ciudad de México, México: «*secretariadoejecutivo.gob.mx*». Recuperado de: «http://secretariadoejecutivo.gob.mx/SJP/diagnostico_UMECAS.pdf».

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (septiembre de 2019), *Modelo homologado de unidades estatales de supervisión a medidas cautelares y suspensión condicional del proceso*, México: «*gob.mx*». Recuperado de: «https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/392320/Modelo_Homologado_de_Unidades_Estatales_de_Supervision_a_Medidas_Cautelares_y_Suspension_Condicional_del_Proceso.pdf».

La prisión preventiva oficiosa y el abuso de las medidas cautelares

Pablo Héctor González Villalobos*

Introducción

Esta participación, basada en lo expuesto oralmente en el encuentro académico que dio origen a esta publicación colectiva, tiene por objeto explorar las implicaciones, para el proceso penal, del abuso de las medidas cautelares que se produce en la imposición oficiosa de la prisión preventiva. Para este efecto, se examinan, en primer lugar, los grandes rasgos de los sistemas penales. En segundo término, se realiza un sucinto recorrido acerca del significado y evolución del debido proceso penal, así como del concepto y régimen de las medidas cautelares en materia penal. Finalmente, se realiza un análisis crítico sobre el estado actual de la cuestión relativa a un sistema que pretende ser de corte acusatorio y adversarial, pero que conserva un régimen cautelar con una alta carga inquisitiva y que, en última instancia, es incompatible con el debido proceso penal.

* Profesor universitario y Magistrado penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua, México.

Para alcanzar tal propósito, es pertinente invocar en este momento la tesis de Finnis (1980) según la cual la distinción entre los distintos ámbitos de la acción humana, es decir, el político, el ético o moral y el jurídico, sólo es viable para efectos académicos, dada la complejidad de la realidad en la que los tres aspectos de referencia se encuentran indisolublemente mezclados. Por eso, si un estudio jurídico pretende dar cuenta de una realidad, no puede prescindirse de la conexión de su objeto con cuestiones de carácter político y ético. Sólo así puede lograrse, a nuestro juicio, una suficiente profundidad en la comprensión de las normas que regulan el proceso que constituye el objeto de examen de este trabajo. También conviene precisar, desde ahora, que la reconstrucción histórica de que se trata prescindirá de los detalles que caracterizan o caracterizaron la manera en la que un sistema penal se concretó en un espacio y momento históricos determinados. Porque la tarea que ahora realizamos se limita a extraer las grandes líneas de una evolución tan solo en la medida en que sea necesario para atribuir sentido a las instituciones que conforman lo que, en lenguaje contemporáneo, denominamos proceso penal, así como al papel que en él desempeñan las medidas cautelares.

Sistemas penales y medidas cautelares

Es necesario dejar constancia desde ahora de que, por sistema penal, entendemos el conjunto de instituciones normativas que regulan el trámite de un juicio para establecer la responsabilidad de una persona en la comisión de un hecho que, por atentar gravemente contra los principios básicos de la convivencia humana, compromete la viabilidad de esa misma convivencia. Por ello, para los efectos de este trabajo, hablar de sistema penal es hablar de una teoría del proceso penal. Como todo modelo teórico, su valor depende de su capacidad para dar cuenta suficiente de la realidad que pretende explicar. Se trata, por tanto, de un uso del término teoría no en el sentido de algo que se encuentra divorciado de la práctica, sino como una reflexión que permite entender el sentido de esa práctica.

Teniendo esto en cuenta, la reflexión sobre el modo en el que una comunidad humana resuelve conflictos que, en clave moderna, calificamos como penales, puede ubicarse, en perspectiva histórica, a través de la aparición más o menos sucesiva de los tres grandes sistemas que Maier (2002) identifica: el sistema acusatorio puro o antiguo, el sistema inquisitivo y el sistema mixto (en el que teóricamente pueden encontrar cabida modelos tan disímboles como el llamado inquisitivo reformado en su versión latinoamericana, es decir, el modelo escrito del que vamos saliendo, así como el que contiene, en sus grandes líneas, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos después de la reforma de 2008).

Además, es oportuno destacar, como una verdad empíricamente verificable, que existe una correlación entre sistemas políticos y sistemas penales, pues a regímenes de gobierno autoritarios se corresponden modelos procesales inquisitivos. En tanto que, a sistemas políticos democráticos o cuando menos liberales, corresponden sistemas penales acusatorios. Por ello, no resulta una exageración decir que, aunque los estudiosos del derecho constitucional seguramente no estarán de acuerdo, el derecho penal es el más político de todos los derechos. Y no debe sorprender que así sea, pues la imposición de la pena constituye la expresión más intensa del poder del Estado frente a los gobernados.

El sistema acusatorio puro o antiguo

Aunque algunos autores suelen ubicar este sistema en la democracia griega y en la República romana, Maier (2002, pp. 264 y ss.) hace notar, a nuestro juicio con razón, que el sistema acusatorio se manifestó, con sus contornos más completos, en los pueblos germánicos antes de su contacto con la cultura romana. Esto genera una ironía de la historia, porque resulta que el sistema acusatorio antiguo es, en su expresión más pura, posterior a sistemas que, aunque también acusatorios, no se ajustan de manera exacta a la descripción teórica del modelo, como también resulta que la expresión histórica de ese sistema acusatorio puro llegó a

ser contemporánea con las primeras manifestaciones del sistema inquisitivo. Ahora bien, en el sistema acusatorio puro, la idea central del proceso que, anacrónicamente, podríamos identificar como penal, consiste en que las agresiones graves de los individuos en contra de otros individuos y que además ponen en riesgo la viabilidad de la propia comunidad, constituyen cuestiones que son resueltas por el propio grupo social sin intervención de la autoridad política. Así, si por ejemplo un miembro de la comunidad robaba a otro, entonces la víctima, y sólo ella (principio de acusación privada), tenía el derecho de acusar al autor del hecho. Si ello ocurría, entonces se constituía un tribunal popular, formado por miembros de la propia comunidad. El acusador y el acusado se encontraban en un plano de igualdad y tenían, ambos, el carácter de sujetos de derecho. Existe, por tanto, una estructura triangular, con separación de funciones, entre un acusador privado, el acusado y el tribunal que resuelve el conflicto.

Como segundo rasgo, cabe resaltar que el fin fundamental del proceso (que como ya se dijo se iniciaba sólo a instancia de parte directamente afectada) consistía en la resolución del conflicto (para lo cual la averiguación de la verdad podía servir, pero ello no era indispensable). Por ello, el curso del proceso, por la insuficiencia de la prueba, conducía a privilegiar la posición de los poderosos que podían presionar a sus contrapartes más débiles para generar soluciones autocompositivas no necesariamente justas.

Por otra parte, el juicio se desarrollaba en una audiencia pública, oral, contradictoria, continua, concentrada y en presencia de los miembros del tribunal (inmediación). Al concluir el debate, el tribunal resolvía en conciencia y, por tanto, no estaba obligado a motivar su decisión. Todavía hoy, en los sistemas procesales que depositan en un jurado la decisión, ordinariamente no existe obligación de los jurados de exteriorizar los motivos que los condujeron al veredicto. El debate, naturalmente, no se documentaba (la mayoría de la gente ni siquiera sabía leer) y no existían los recursos.

Ahora bien, los rasgos que hasta aquí han sido destacados explican por qué, en el sistema acusatorio puro o antiguo, no existe una especial preocupación por delinear un concepto técnico de medidas cautelares¹ ni por construir una argumentación que las justifique. No es que no se pueda echar mano de mecanismos, incluso coactivos, para garantizar la presencia de las partes en la audiencia, particularmente la del acusado, pero esto es una cuestión secundaria y de poca relevancia, dada la identificación, al grado de equivalencia conceptual, entre audiencia, juicio y proceso. Lo que implica la ausencia de etapas preliminares y de procesos impugnativos que proyecten la longitud del proceso sobre un amplio horizonte temporal.

En apoyo de esta consideración, cabe citar la idea de Julián López (Horvitz y López, 2002), según la cual el fundamento de toda medida cautelar, ya sea civil o penal, se ubica en el hecho simple de que todo proceso requiere tiempo.

El sistema inquisitivo

La historia de la inquisición ha generado la conciencia colectiva de la triste memoria de los abusos cometidos. Porque, como recuerda el propio Maier (2002, p.448), la inquisición terminó siendo sinónimo de tortura. En cambio, lo que no suele decirse con frecuencia es que el sistema inquisitivo, en sus orígenes, tuvo, entre otras motivaciones (está clara la correspondencia entre un régimen que había dejado de ser democrático con un sistema penal no acusatorio), un impulso civilizador. Porque la inquisición introdujo dos principios que pretendían corregir las injusticias, que ya han sido destacadas, que potencialmente surgían en el sistema acusatorio puro o antiguo, particularmente en su versión

¹ El propio Julián López (Horvitz y López, 2002, p. 342), citando apuntes de clase de Marín, afirma que, como este último explica, "la noción de 'medidas cautelares' corresponde a una formulación elaborada en el ámbito del derecho procesal civil por la doctrina italiana de comienzos del siglo XX y adaptada, posteriormente, al ámbito procesal penal".

germánica que es en la que se encuentra la correspondencia más clara entre el modelo y la realidad que el mismo modelo pretende explicar. En efecto, recuérdese cómo los principios de acusación privada (sólo el directamente afectado por el ilícito podía accionar al tribunal), así como la admisión acrítica de soluciones autocompositivas (derivadas del fin preponderante del proceso que era resolver el conflicto) acabaron haciendo de ese antiguo sistema una fuente de potenciales injusticias. Lo anterior, en razón de que, aunque tales características del sistema no serían problemáticas en una sociedad de iguales, lo cierto es que las comunidades humanas, a pesar de que reconozcan el principio elemental de igual dignidad humana y de igualdad ante la ley, están en realidad conformadas por seres humanos que por distintas razones no pueden ser calificados como iguales. Así, en toda sociedad existen ricos y pobres, poderosos y marginados, fuertes y débiles, inteligentes y tontos, guapos y feos (la buena apariencia física, nos guste o no, es fuente de ventajas a la hora de buscar mejores trabajos o posiciones sociales). Así, resulta que la afirmación del principio de acusación privada y la siempre aceptable solución autocompositiva, se traducían en un estado de cosas en el que el débil se la pensaba dos veces antes de acusar a un poderoso, porque era probable que éste resultara absuelto.

En este contexto, el sistema inquisitivo, desarrollado a partir de la última etapa del imperio romano y consciente de tal fuente de injusticia potencial, estableció el principio de acusación pública, el que, por una parte, proscribía (al menos en teoría) la posibilidad de que la víctima u ofendido pudieran ser presionados por el imputado para que no ejercieran su derecho de accionar al tribunal. Y que, por otra parte, incorporó la búsqueda de la verdad histórica como fin del proceso, lo que respondía al mismo ideal que, en clave moderna, llamaríamos igualitario. Es decir, si alguien, con independencia de que fuere rico o pobre, poderoso o débil, cometía un ilícito, sería sancionado. Y, en cambio, si otro individuo, también con independencia de su posición económica o de poder en el grupo social, era acusado de un hecho que no había cometido, esa misma averiguación de la verdad conduciría a su absolución.

Es el descubrimiento de la verdad como fin del proceso, el que determinó un diseño procesal que, con la concurrencia de una razón política de la que luego acabó divorciado y de la que nos ocuparemos enseguida, acabó en la tragedia que, como anticipábamos al inicio de esta sección, hizo de la Inquisición sinónimo de tortura. Para entender este aserto, es necesario tener en cuenta que esa finalidad procesal se corresponde con una concepción ontológica de la verdad, que es real con independencia de que pueda ser conocida o no, que es una, que es dada y que está ahí para ser descubierta. En esta concepción, la labor del que la persigue es análoga a la de quien levanta el velo que cubre (o sea, descubre) un objeto oculto bajo el mismo. Se trata, por tanto, de llegar a la verdad lo más pronto y derechamente posible. Por tanto, el contradictorio no tiene ningún valor epistemológico, porque el contradictorio es un zigzag que no se compadece con el recto camino. De ahí la confusión de funciones, pues un solo funcionario investigará, acusará y resolverá. El buen inquisidor sabrá descubrir la verdad y hará justicia. Así, el acusado pasa de ser considerado un sujeto de derecho a ser concebido un objeto de investigación (pero es por su bien, porque así se descubrirá la verdad). Desaparece, por tanto, el derecho a un defensor, ya que ello obstaculiza el proceso de descubrimiento. Además, la investigación se hace en secreto, para evitar interferencias externas. Finalmente, y éste es el punto relevante para este breve trabajo, se generaliza el uso de la prisión preventiva como instrumento al servicio de la investigación, ya que es más fácil investigar a un detenido que a quien está en libertad. Prisión que se impone por tiempo indeterminado, es decir, por tanto tiempo como sea necesario para el descubrimiento de la verdad.

Ahora bien, ya anticipábamos que con el impulso civilizador que tuvo en sus orígenes el surgimiento del sistema inquisitivo, concurrió una razón política: la utilización del proceso penal como un instrumento de control político de los gobernados. El inicio de este proceso, que se prolongó durante siglos, se produjo en el contexto histórico en el que Roma dejó de ser república y se convirtió en imperio. De esta manera, el

monarca comenzó a tener la necesidad de ejercer un control político sobre un territorio extenso, en el que convivían personas de diferentes culturas y religiones. Y entonces apareció el proceso penal como un instrumento adecuado para tal fin.

Para explicar mejor la razón política de la que hablamos, conviene recordar a Mirjan Damaška (Damaška, 2000), quien, en un estudio de derecho procesal comparado, no exclusivamente penal, pero sí con mucha carga hacia el proceso penal, sostiene que, aunque con múltiples variantes intermedias, en el fondo sólo hay dos maneras de juzgar: la primera, una forma vertical, jerárquicamente organizada, autoritaria, que tiende a ser inquisitiva, escrita y a tener como finalidad, no hacer justicia, sino facilitar la condena. Y la segunda: una forma horizontal, democrática, que tiende a ser acusatoria, oral y a tener como finalidad hacer justicia.² Es importante hacer notar que las últimas características de cada alternativa no son necesarias sino tendenciales (Riego, 2015). Es decir, el sistema genera incentivos para que dichos caracteres aparezcan, pero nada garantiza que no se produzca una mixtura que, en no pocas ocasiones, se revela perversa.

En este orden de ideas, es en el último rasgo del primer modelo en el que aparece la razón política, ya que la condena permite conservar el orden. El sistema, desde luego, no es ingenuo y asume que esas condenas, en su mayoría, son justas; pero, al mismo tiempo, está dispuesto a pagar la factura de que algunas de esas condenas no sean justas porque eso es mejor para la salud pública, la paz y el orden, aunque esa paz sea una *Pax Romana*.

En estas condiciones, resulta clara la razón por la que el impulso civilizador y la razón política pudieran unirse en un efímero matrimonio.

² El primer modelo se corresponde con el que Enrique Bacigalupo (2005), aludiendo a la sociología crítica inglesa (Fierro y Ugarte, 2019), denomina "El modelo del control social del delito"; en tanto que el segundo es conocido, de acuerdo con la misma fuente como "El modelo del debido proceso penal".

En efecto, la dificultad probatoria condujo a que el sistema, en su afán por descubrir la verdad, dependiera de la confesión como "reina de las pruebas". Mas como es difícil que las confesiones se produzcan de manera espontánea, la tortura apareció como el instrumento útil para solventar esa dificultad. Y esto, a su vez, incentivó la condena que, aunque eventualmente injusta, siempre es preferible a la absolución si se concibe al proceso penal como instrumento de control político de los gobernados.

Para una mejor comprensión de esta relación, vale la pena recordar que el enorme poder que se concentró en los jueces inquisidores (porque actuaban en forma unilateral, con todas las funciones confundidas en ellos, con detenido y en secreto) implicó la necesidad de que el monarca, quien para entonces ya se había arrogado la jurisdicción originaria, ejerciera un control político sobre aquéllos, pues su jurisdicción era delegada y estaba sujeta a una determinada política criminal: producir condenas para preservar el orden.

Esta necesidad se satisfizo mediante tres instrumentos: la metodología del expediente, el sistema de prueba tasada y la abundancia de recursos (que no existían en el acusatorio puro).

A. La metodología del expediente

Si en el acusatorio puro hay una identificación entre audiencia, juicio y proceso, en el inquisitivo la confusión se produce entre expediente, causa, juicio y proceso. Esto es producto de la exigencia de documentación de las actuaciones, a efecto de que puedan ser revisadas después por el superior jerárquico. Y como consecuencia de esta confusión, se produce otra: la de que el testimonio de una persona deja de ser el relato que ella misma vierte, de viva voz, en una audiencia, para pasar a ser el acta en la que se documentó dicho relato.

Suelo ilustrar esta situación con una metáfora "rulfiana". A mí me ocurrió, y seguramente esta situación era habitual en mi generación (y quizá

no sólo en la mía), que en la clase de Español la maestra explicó que *Pedro Páramo* es una novela que trata de un señor llamado Juan Preciado, que fue a Comala porque le dijeron que ahí vivía su padre, a reclamar la parte de la herencia que le correspondía. Agregó la maestra que Preciado de pronto se dio cuenta de que estaba hablando con los muertos. Pero en realidad esto es inexacto. Los muertos ya están muertos. Lo que pasa es que nos dejaron sus voces. Con quien Juan hablaba es con las voces que dejaron los muertos. De hecho, el título original de la novela era *Los murmullos*.

Ahora bien, lo mismo ocurre en un expediente. Porque el expediente no es otra cosa que un conjunto de "murmullos" documentados. Es decir, cuando un testigo declara y su narración se documenta, el acta correspondiente se convierte en la prueba y es lo único que queda, ya que la persona se "muere" procesalmente, es decir, se torna irrelevante. Me explico: por virtud del principio de inmediatez (que no intermediación) procesal, las primeras diligencias del procedimiento deben prevalecer sobre las posteriores, en virtud de que, como decía la vieja jurisprudencia de la Corte, no ha habido tiempo ni para el aleccionamiento ni para la reflexión.³ Si el testigo comparece posteriormente y quiere cambiar su versión, será él quien tenga la carga de la prueba para justificar por qué debemos creerle a lo que viene a decir ahora, y no al "murmullo" que nos dejó en su declaración inicial.

³ Este principio es tan conocido que se convirtió en un lugar común del proceso penal. Pero, a efecto de ilustrar el extremo al que llegó, vale la pena transcribir la siguiente tesis: INMEDIATEZ, VALIDEZ ABSOLUTA PARA TODAS LAS PRUEBAS DEL PRINCIPIO DE. No es exacta la afirmación en el sentido de que el principio de inmediatez procesal tenga vigencia única y exclusivamente en tratándose de las declaraciones de los inculpados, pues ese principio tiene validez absoluta y relación con todos los elementos probatorios que se allegan al proceso, pues es lógico que las pruebas aportadas inmediatamente después de sucedidos los hechos, por su espontaneidad y falta de preparación, tengan un mayor valor probatorio que otros diversos elementos que expresamente se ofrezcan en el proceso para acreditar la inocencia de los inculpados. Amparo directo 4805/72. Salvador Guzmán Palencia. 2 de febrero de 1973. Mayoría de tres votos. Disidentes: Ernesto Aguilar Álvarez y Manuel Rivera Silva. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera. Véase: *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965*, Segunda Parte, Primera Sala: Tesis 284, página 563 y 78, página 171, de rubro: "TESTIGOS, RETRACTACION DE." Tesis 79, página 173, de rubro: "CONFESION, RETRACTACION DE LA."

Siendo esto así, es imperativo entonces cuidar las declaraciones tan pronto se documenten. Son la columna vertebral del expediente. Por eso, se requieren controles, llamados formalidades, destinados a garantizar dos cosas: a) que la información sea auténtica, es decir, que si María declaró que vio a Hipólito disparar sobre Rosita, efectivamente María haya dicho eso, y b) que la declaración, una vez documentada, permanezca inalterada durante la vida del expediente, dado que este instrumento de metodología procesal se trabaja en ausencia de las partes y no puede descartarse la existencia de incentivos para alterarlo (derivados, lógicamente, de la confusión entre prueba y acta en la que se documenta la prueba: si esta última es lo único o casi lo único relevante, basta con tener la posibilidad de manipularla para tener en nuestras manos la suerte del proceso).

Las primeras, es decir, las formalidades que garantizan la autenticidad de la información, son aquellas que exigen que la declaración sea por escrito, firmada por el testigo y por el funcionario que la recibe, ante un secretario o dos testigos que den fe (precisamente de que la información es auténtica), etcétera.

Las segundas, es decir, las que garantizan que la información una vez documentada no sufra alteraciones, son tales como: que las fojas que conforman el expediente sean cosidas, foliadas y selladas; que al final de cada párrafo se tire una línea hasta el final, de manera que el espacio en blanco no pueda ser reutilizado; y que si se comete un error, se teste la parte correspondiente, de forma que el texto original siga siendo legible y se "salve" antes de cerrar el acta.

Un altísimo porcentaje de las sentencias que en este país se dictaban, cuando menos en mi jurisdicción, se pronunciaban sobre la base de pruebas recabadas durante la averiguación previa. De ese porcentaje, a su vez, una muy alta proporción se sostenía en confesiones documentadas en averiguación previa, lo que implicaba la mayor ganga para las condenas.

Tal estado de cosas se encuentra en las antípodas de un sistema acusatorio, en el que es la audiencia misma el espacio en el que se produce la información sobre cuya base los jueces pueden fincar condena: principio de intermediación, ya no de inmediatez. Entonces los controles del expediente devienen innecesarios, puesto que es la audiencia misma la que controla la información (Ferrajoli, 2008), ahí es donde se produce el debate, con el contradictorio como instrumento al servicio del descubrimiento de la verdad.

B. El sistema de prueba tasada

El segundo de los mecanismos, propios de la Inquisición, para controlar políticamente a los jueces, consistió en el sistema de prueba tasada. Así, el superior jerárquico, en última instancia el monarca, titular de la jurisdicción originaria, instruía a su juez delegado para que valorara la prueba conforme a reglas previamente establecidas.

Algunas de esas reglas parecen razonables en abstracto pero resultan desastrosas cuando se pretende hacerlas efectivas en un caso concreto. Piénsese, por ejemplo, en los clásicos requisitos que deben cumplirse para que la testimonial pueda ser valorada: que el relato sea sostenido por cuando menos dos testigos; que éstos sean mayores de edad, en el pleno uso y goce de sus facultades mentales, que no tengan problemas de percepción, que no tengan interés en asunto y que den razón fundada de su dicho.

El problema radica en que son pocos, si no es que inexistentes, los hechos delictivos que se producen en presencia de testigos cualificados en tales términos. En efecto, y sólo por citar un ejemplo, la exigencia de imparcialidad es harto problemática porque, en realidad, no hay testigos imparciales. Todos los testigos son parciales, al menos en la medida en que su versión del hecho favorece una teoría del caso y perjudica a la otra, con la consecuente empatía hacia el litigante beneficiado y la también natural hostilidad hacia el perjudicado.

En estas condiciones, el sistema de prueba tasada, ante la enorme dificultad de recurrir a otras pruebas, vino a reforzar la dependencia del sistema en la confesión como prueba reina y así también fortaleció la razón política del proceso porque confesiones tempranas favorecen la condena.

C. La abundancia de recursos

La metodología del expediente y el sistema de prueba tasada tienen por objeto facilitar la revisión de lo actuado, sin violar el secreto, por el superior jerárquico. El recurso típico del sistema inquisitivo es el recurso de apelación, entendido como un recurso de plena jurisdicción. De ahí el efecto devolutivo, porque retorna a la jurisdicción a quien originariamente le pertenece. Por ello, no existe ningún inconveniente en que el *Ad Quem* pueda sustituir totalmente al juez de origen.

Si no se olvida que, en el contexto de que se trata, el recurso se concibe como un instrumento de control político de los jueces, no debe extrañar que la revisión se produce con o sin expresión de agravio, o incluso a través de la revisión de oficio mediante el requerimiento al juez delegado para que envíe el expediente al superior jerárquico.

Si en la resolución del recurso se hace justicia, qué bueno que así sea y es un efecto deseable. Pero lo fundamental es tener la oportunidad de revisar el trabajo de los jueces, para verificar que no se aparten de la encomienda de política criminal con arreglo a la cual deben hacer su trabajo.

En suma, el sistema inquisitivo, en su búsqueda de la verdad histórica, acabó siendo un sistema dependiente de la confesión y, con ello, hizo de la tortura una epidemia. Se trata de un sistema que responde a una razón política: facilitar la condena para preservar el orden. Y el uso generalizado de la prisión preventiva, como la única y no pensada (en el sentido de que no hay una reflexión técnica sobre su naturaleza) medida cautelar del sistema, se revela como un instrumento altamente eficaz para ambos fines.

El sistema mixto

El ideal ilustrado, que se materializó en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, era incompatible con un sistema penal que privilegia la tortura. Por ello, el proyecto revolucionario francés exigía la abolición de la Inquisición. Francia intentó, en un primer momento, importar el sistema inglés que había evolucionado como un sistema acusatorio sin solución de continuidad. Así se diseñó un proceso (relativamente) a imagen y semejanza del proceso inglés, con división de funciones, publicidad, concentración, contradicción, continuidad e intermediación, y se depositó la decisión en un jurado. Estaba claro que el acusatorio era el único sistema penal compatible con el recién estrenado discurso que afirmaba la universalidad de los derechos humanos. Sin embargo, las convulsiones políticas propias del periodo inmediato posterior a la Revolución Francesa produjeron una crisis de seguridad que puso en jaque al sistema acusatorio. Surgieron los señalamientos que acusaban a dicho sistema de ser el responsable de la inseguridad. Y con ellos aparecieron los nostálgicos de la Inquisición que exigían mano dura para enfrentar a los criminales. En tanto que quienes se tomaron en serio los derechos humanos seguían defendiendo la necesidad de conservar el sistema acusatorio. En estas condiciones llegó Napoleón al poder. Como es sabido, el emperador, a pesar de ser monarca, se sentía heredero del ideal de la Ilustración. Por ello no estaba dispuesto a renunciar al discurso que defendían quienes seguían abogando por el sistema acusatorio. Pero también sufría las presiones de quienes sentían desesperación por el clima de inseguridad. Por ello Maier juzga con razón que el sistema mixto que nace con el código napoleónico es fruto de un compromiso político. El propio Napoleón encomendó al Consejo de Estado la elaboración del Código de Instrucción Criminal de 1808, que en palabras del propio Maier intenta responder a la pregunta de "¿cómo conciliar una persecución penal eficiente, meta de la Inquisición; con el respeto a la dignidad y libertad humanas?" (2002, p. 352).

Ahora bien, el nombre de sistema mixto responde a la mezcla de elementos inquisitivos (acusación penal pública, búsqueda de la verdad histórica, averiguación previa escrita y secreta) con características propias del sistema acusatorio (audiencia de juicio con división de funciones, pública, contradictoria, oral, continua, concentrada, etc.). No obstante, debe tenerse cuidado de no pensar que el sistema mixto es un concepto unitario, ya que bajo esta etiqueta caben variantes que aumentan si se atiende a un criterio puramente formal. Porque el diseño procesal que existió en México hasta la reforma constitucional de 2008, es un modelo que formalmente es mixto, pues tienen una averiguación previa de corte inquisitivo (en la que, sin embargo, en las últimas décadas había intentado garantizarse una defensa efectiva), y una etapa de juicio que pretendía materializar los principios del sistema acusatorio (que se supone que se hacía realidad en la audiencia final). Como también es formalmente mixto el diseño procesal que, a partir de 2008, se incorporó a la Constitución de la República y luego se proyectó sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales. En efecto, se trata de un modelo de corte acusatorio y adversarial que, sin embargo, conserva elementos del inquisitivo (fundamentalmente la acusación pública y la verdad histórica como uno de los fines del proceso). En estas condiciones resulta necesario preguntarse cuál es la diferencia entre unos y otros sistemas mixtos. La respuesta se ubica en la inclusión o exclusión de una norma que, a nuestro juicio, constituye la piedra angular del sistema. O sea, la que prohíbe que puedan ser valorados y, por tanto, tomados en consideración, datos contenidos en medios de prueba cuyo desahogo no haya sido producido en la audiencia pública, en presencia de los jueces y ajustándose al contradictorio.

En estas condiciones, el sistema procesal penal mexicano, a partir de la reforma que finalmente acabó incorporada a la Constitución de la República en 2008, al ser un sistema de corte acusatorio y adversarial, pretende materializar el valor de la audiencia como espacio natural de tutela del debido proceso, pues incorpora al marco constitucional los principios

rectores que así lo permiten: oralidad, contradicción, continuidad, concentración e intermediación. No obstante, conserva, como regla general, un principio de acusación pública y la averiguación de la verdad histórica como fin del proceso (además de un sistema de recursos que no existe en el acusatorio puro).

En efecto, tanto la Constitución de la República como el Código Nacional de Procedimientos Penales establecen que el fin del proceso penal es el esclarecimiento de los hechos, a fin de castigar al culpable y proteger al inocente. Se trata, no obstante, de un concepto de verdad que ya no tiene el estatuto ontológico de la verdad del Medioevo, en el que se culminó la gestación del sistema inquisitivo. Ahora, con mucha mayor modestia epistemológica, se afirma que la verdad procesal es una verdad que se construye, de manera dialéctica, en un debate entre la tesis que es la teoría del caso de la fiscalía y la antítesis que es la teoría del caso de la defensa, para acabar materializada en la síntesis o conclusión que es el hecho que el tribunal tiene por probado en su resolución. De ahí el valor del contradictorio no solamente como componente esencial del debido proceso, sino como instrumento al servicio del conocimiento de una verdad que, aunque ya no se pretende absoluta, sigue siendo una verdad que, para hacer justicia, exige una correspondencia razonable con lo que efectivamente ocurrió.

Finalmente, con la evolución del derecho de los derechos humanos a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, se hizo cada vez más visible la reflexión sobre lo que implica el debido proceso en general y el régimen de medidas cautelares en particular (que había comenzado, como ya se anticipó, con el procesalismo italiano a comienzos del mismo siglo). De ello nos ocuparemos, así sea brevemente, a continuación.

El debido proceso penal y las medidas cautelares

Las limitaciones de espacio de esta participación obligan a extremar la necesidad de síntesis, aunque con la pretensión de no renunciar a la men-

ción de las grandes líneas del que incuestionablemente constituye uno de los derechos humanos que toda comunidad política debe respetar y garantizar.

La manifestación sobre el ámbito penal de lo que los angloparlantes denominan *due process of law* acompaña a esta figura desde sus orígenes, ubicados en el artículo 39 de la versión original de la Carta Magna de Juan sin Tierra, hace un poco más de 800 años. En una fórmula con rasgos similares a los de nuestro artículo 14 constitucional, el documento que el rey inglés se vio obligado a firmar estableció que ningún hombre libre sería arrestado, desposeído de sus bienes, desterrado o molestado sino mediante el juicio de sus pares o conforme al derecho de la tierra.⁴

Excedería los límites de este trabajo hacer referencia al proceso histórico mediante el cual, a partir de la aludida expresión de "conforme al derecho de la tierra" y con las importantes aportaciones, siglos después, de Coke y Blackstone, se consolidó una doctrina y jurisprudencia que fueron incorporadas al derecho internacional.

Sin embargo, es importante hacer notar que el debido proceso incluye, entre otras, la denominada garantía de juicio previo que nuestra Constitución recoge en el artículo 14 al prescribir que: nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Lo que implica, en materia penal, que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio concluido en sentencia firme. Eso es lo que coloquialmente quiere decir

⁴ La traducción publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en vez de la expresión conforme al derecho de la tierra, utiliza la de "por la ley del país". Nos parece mejor hablar del derecho de la tierra, porque refleja mejor la idea de un derecho preexistente frente al derecho del rey, perteneciente a una dinastía extranjera que se impuso en Inglaterra mediante la conquista de Guillermo.

la expresión de que la cárcel es un hotel muy caro al que sólo se puede acceder con una invitación llamada sentencia condenatoria firme.

En México, por alguna razón no suficientemente aclarada hasta ahora, la expresión de la Constitución norteamericana *due process of law* se incorporó con la fórmula de formalidades esenciales del procedimiento. La jurisprudencia de amparo y la doctrina⁵ entendieron, sin mayor examen, que ambas expresiones eran sinónimas y dieron contenido a la fórmula mexicana con la afirmación de que incluye cuatro derechos fundamentales: a ser oído (contestar el cargo), a probar, a alegar y a que un tribunal resuelva el conflicto.

Es verdad que el debido proceso legal incluye estas cuatro garantías, pero, a diferencia de lo que tradicionalmente se ha sostenido en nuestro país, no se agota con ellas. Y menos aún, en una interpretación meramente formal que afortunadamente ya se está abandonando.

A nuestro juicio, el debido proceso es un metaprincipio que, a imagen y semejanza de un director de orquesta con sus instrumentos, debe armonizar los derechos y garantías que lo componen, pero no sólo en el ámbito formal, sino de cara a un fin material: garantizar la solución justa al conflicto. Esto permite identificar el debido proceso como el conjunto de condiciones que, cuando se cumplen en un proceso, permiten calificar como justa la solución al conflicto. Para decirlo con una feliz expresión que tomamos prestada del maestro Miguel Sarre,⁶ el debido proceso es lo que hace la diferencia entre la justicia y la venganza. En efecto, sin debido proceso no existe ninguna diferencia entre el Centro de Reinserción Social y la casa de seguridad de una banda de secuestradores.

Además, es oportuno insistir en la concepción del debido proceso como derecho fundamental. Es, por supuesto, un garante de otros derechos

⁵ Véase, como ejemplo, el texto de Burgoa (1995, pp. 524 y ss.).

⁶ Cita extraída del prólogo de Steels (2015). *El teatro del engaño. Buscando a los Zodiaco, la banda de secuestradores que nunca existió*. México: Grijalbo.

sustantivos: la libertad, el conocimiento de la verdad, el respeto a la dignidad humana, etc. Pero en las declaraciones y los tratados internacionales de derechos humanos se ha incorporado al catálogo de los derechos de primera generación (por ejemplo, el artículo 8 del Pacto de San José). Y además se encuentra entre los derechos y las garantías que usualmente las constituciones catalogan como no suspendibles en un régimen de excepción (como ocurre entre nosotros, en el artículo 29 de la Constitución de la República).

En este orden de ideas, las medidas cautelares de carácter personal (que son las únicas a las que nos referimos en este trabajo), en tanto que implican una privación o restricción a la libertad personal, constituyen una situación que compromete o excluye a la garantía del juicio previo que, como ya se apuntó, constituye uno de los componentes esenciales del debido proceso legal. Además de que también constituyen un atentado contra otro principio que forma parte del debido proceso penal: la presunción de inocencia, ya que implica tratar como culpable a quien no ha sido declarado como tal en una sentencia firme.

Por lo anterior, la única forma de justificar la imposición de una medida cautelar restrictiva o privativa de la libertad consiste en diferenciarla de la restricción o privación de libertad como pena. Para este efecto, en el derecho internacional se ha pactado: A) En el artículo 9.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que: ... La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. Y, B) En el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que: Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

De manera congruente con este marco normativo, se ha generado una doctrina jurídica (Horvitz y López, 2002) que exige, para la imposición de las medidas cautelares de que se trata, la verificación: 1) Del supuesto material o apariencia de buen derecho, esto es, la probabilidad razonable de que efectivamente existió un hecho constitutivo de delito y de que el imputado lo cometió o participó en él. Y 2) De la necesidad de cautela. Esto significa que la medida que se imponga debe ser estrictamente necesaria para garantizar que el juicio se pueda llevar a cabo, y que el acusado, una vez sentenciado, cumplirá con la pena impuesta. En algunas legislaciones nacionales, como ocurre entre nosotros con el Código Nacional de Procedimientos Penales (artículo 170), la necesidad de cautela se proyecta sobre otros fines, espurios pero tolerados: la garantía de que la víctima no sufrirá nuevos ataques, así como de que el procesado no reincidirá (peligro para la sociedad).

En todo caso, es decir, incluso si se toleran los supuestos espurios de necesidad de cautela, para que la imposición de una medida cautelar esté justificada se requiere un juicio de valor concreto, sobre datos específicos recabados en el caso particular con todas sus circunstancias, que permita determinar la necesidad de cautela, con arreglo a los principios de legalidad, reserva de ley, última ratio y proporcionalidad. Y esto solamente es posible en una audiencia sujeta, entre los otros principios rectores del sistema acusatorio, al contradictorio entre las partes.

De otra manera, la excepción a los principios de juicio previo y presunción de inocencia constituirá una violación flagrante al debido proceso penal.

La problemática del proceso penal mexicano

Para establecer, así sea brevemente, cuál es el estado de cosas en nuestro país, y la problemática que ello genera, cabe tener en cuenta, en función de lo expuesto en los apartados anteriores, los siguientes datos fundamentales:

- 1) La reforma de 2008 pretendió hacer realidad un sistema penal que, aunque mixto, fuera de corte acusatorio y adversarial, de manera que cupiera ubicarlo en el modelo que, en el cuerpo de este trabajo, se ha identificado como el modelo del debido proceso penal. Incluso, como ocurrió con el Código del Estado del Chihuahua de 2006, se llegó a prescindir absolutamente de la prisión preventiva oficiosa.
- 2) Las presiones políticas y la visión del proceso como instrumento de control político ocasionaron que, no obstante lo anterior, en la propia reforma de 2008 la Constitución de la República preservara ciertos supuestos de prisión preventiva oficiosa. Situación que tiene como antecedente el sistema inquisitivo reformado, es decir, el sistema mixto anterior a la reforma de 2008, que tenía una gran carga inquisitiva y que, por tanto, establecía como regla general la prisión preventiva y, sólo como excepción, la libertad provisional bajo caución, que no procedía respecto de los delitos que, conforme a la determinación del legislador secundario, fueran calificados como graves. A este respecto, no era inusual que los catálogos de delitos graves fueran inusitadamente largos y con tintes absurdos, como el Código de San Luis Potosí que calificaba como tal al delito de pandillerismo.
- 3) La prisión preventiva oficiosa, al prescindir del debate concreto sobre la necesidad de cautela, constituye, por la razón apuntada en el apartado anterior, una flagrante violación al debido proceso, específicamente a las garantías de juicio previo y presunción de inocencia. Lo que, sin embargo, encuentra explicación (aunque nunca encontrará justificación) en la razón política del sistema inquisitivo: se trata de un sistema que facilita la condena y así preserva el orden. En efecto, la prisión preventiva facilita y anticipa la condena y, por ende, la resolución del caso. De esta forma, el imputado de violación es dado a conocer por los medios de comunicación como "violador detenido", y para la comunidad ese asunto está resuelto; ahora bien, cuando se pronuncia la sentencia, ya no genera noticia alguna, puesto que la nota fue la detención

del que, en ese momento, se asumía que era el violador y ese dato es el que prevalece para la comunidad.

- 4) Por tal razón, la prisión preventiva oficiosa constituye indefectiblemente un abuso de las medidas cautelares, que es inaceptable en cualquier sistema procesal penal que tenga como finalidad hacer justicia.
- 5) Si a lo anterior agregamos que el debate sobre el supuesto material o apariencia de buen derecho ha disminuido entre nosotros (porque se han flexibilizado los requisitos para vincular a proceso a una persona —precisamente porque se consideraba que no estaría detenido como regla general—), resulta que la violación al debido proceso que de por sí supone la expropiación del debate sobre la necesidad de cautela, adquiere dimensiones mayúsculas. Basta con que existan datos que hagan probable un hecho delictuoso y que el imputado haya participado en él, para que, si el delito que se le atribuye es de prisión preventiva oficiosa, tenga que permanecer detenido mientras espera ser juzgado.
- 6) Con todo ello se deslegitiman también las salidas alternas y el procedimiento abreviado, ya que estas figuras sólo son aceptables cuando el que las acepta tiene la garantía de un juicio oral en un plazo razonable y, sobre todo, sin verse obligado a permanecer detenido sin que al efecto se haya discutido con seriedad la necesidad de cautela.

Bibliografía

Bacigalupo, E. (2005), *El debido proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Burgoa, I., (1995), *Garantías individuales*, México: Porrúa.

Castellon Sosa, J. L. y Fernanadez Mena, D. (2018), *La litigación de las medidas cautelares en un entorno hostil: la experiencia mexicana. Sistemas judiciales*, 1(21), 30-38. Disponible en: «<http://www.cejamericas.org/Documentos/2018/REVISTA21/Sistemas21.pdf>».

Damaška, M. R. (2000), *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile. Disponible en: «<https://books.google.com.mx/books?id=1A4MqsNMfMAC>».

Ferrajoli, L. (2008), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Editorial Trotta.

Fierro, H. F. y Ugarte, P. S. (2019), *Manual de sociología del derecho: Dieciséis lecciones introductorias*, Fondo de Cultura Económica. Disponible en: «<https://books.google.com.mx/books?id=Yc2GDwAAQBAJ>».

Horvitz, M.I. y López, J. (2002), *Derecho procesal penal chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Maier, J. B. J. (1987), *El proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, Depalma. Disponible en: «<https://books.google.com.mx/books?id=iwpNAAAAMAAJ>».

MAIER, Julio (2002), *Derecho procesal penal*, tomo I, Buenos Aires: Editores del Puerto.

Riego, C. (2015), *Una reforma imposible: La justicia latinoamericana en el banquillo*, Fondo Editorial de la PUCP. Disponible en: «<https://books.google.com.mx/books?id=I6DNDwAAQBAJ>».

Prueba, futuro y riesgo: en torno a los dilemas de la prisión preventiva

Jonatan Valenzuela*

Como toda decisión procesal, la imposición de una medida cautelar como la prisión preventiva se relaciona con la producción de errores. En diversas comunidades jurídicas el problema de la aplicación de la prisión preventiva resulta de interés puesto que en muchas ocasiones es la manera en que la sociedad percibe el uso del proceso como herramienta de seguridad.

Como toda decisión, la de imponer una medida cautelar como la prisión preventiva puede ser errónea. Por una parte, la decisión sobre una medida cautelar debería servir para aumentar las probabilidades de acierto de la decisión de la sentencia. Esto quiere decir que, si se adjudica una medida de prisión preventiva, por ejemplo, debido al riesgo de manipulación o destrucción de evidencias resulta necesario establecer una relación entre la concesión de esa medida cautelar y las probabilidades de aumento de acierto, en términos de evitación del error judicial, de la

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (U. de Chile), Diplomado en Derecho Procesal Penal (U. de Chile), Doctor en Derecho (U. de Girona).

sentencia. La concesión de la prisión preventiva es *instrumental* en este preciso sentido: cautela al procedimiento en términos de una regla de evitación de errores, debiendo mejorar la información de la sentencia en el juicio, aumentando sus probabilidades de acierto.

Por otro lado, si asumimos que la decisión cautelar, en sí misma, se sujeta al razonamiento probatorio debe contar con criterios que permitan distribuir errores desde el punto de vista cautelar, o sea, de la decisión cautelar por sí misma.

Esto quiere decir que la concesión o denegación de una medida cautelar puede ser vista como una decisión que además tiende a la distribución de errores desde el punto de vista cautelar, esto es, que debe existir un marco de suficiencia para decidir la concesión o denegación de una medida cautelar que suponga distribuir los casos en que existirá falso positivo (una medida cautelar concedida que no debía concederse) o un falso negativo (denegación de una medida cautelar que debía concederse).

En el entendido anterior, la medida cautelar es capaz de producir una determinada clase de error que podemos llamar *error cautelar*, el juez tiene capacidad de generar errores en el escenario cautelar tal y como pueden generarse errores en el escenario de la sentencia definitiva.

La pregunta que surge es: ¿con qué criterios probatorios el juez decide la aplicación en un caso determinado de una medida cautelar como la prisión preventiva? Esa pregunta nos lleva a escenarios que en el contexto latinoamericano resultan familiares: no tenemos un esquema claro para definir la manera en que nuestros jueces deben administrar esta institución.

Como bien ha apuntado Laudan (2013):

Hasta ahora, nos hemos centrado en errores que pueden tener lugar en la *fase o etapa terminal*, es decir, nos hemos venido preocupando por los veredictos erróneos. Sin embargo, muchas

investigaciones penales nunca llegan tan lejos. En ocasiones, las pesquisas de la policía van perdiendo fuerza hasta estancarse debido a la falta de mayores indicios y pistas, o debido también al seguimiento de prácticas de investigación deficientes. Aunque estas situaciones constituyen también errores, tal y como una absolución falsa lo es, no estarán en el centro de este análisis [p. 40].¹

Esta tendencia ha dejado de lado varios escenarios donde la racionalidad de las decisiones judiciales debe ser estudiada. Es el caso de las medidas cautelares, las que, además, guardan directa relación con la capacidad de reducir errores de cara al proceso penal en su etapa final.

En este trabajo quisiera dirigir mi atención a la pregunta sobre la existencia de la actividad probatoria en el ámbito de las medidas cautelares y correlativamente a la pregunta sobre la formulación del estándar de prueba en ese contexto.

Esto supone entrar en las condiciones de adjudicación de una medida cautelar de manera *interna*, es decir, dejando por un momento de lado su capacidad reductora de error de cara al momento final del procedimiento. Resulta necesario, a mi juicio, realizar el ejercicio de manera de poder mostrar qué argumentos parecen estar disponibles para el caso de la justificación racional de decisión sobre medidas cautelares.

Me parece que la mejor manera de partir en esta clase de estudios es centrando nuestra atención en las medidas cautelares personales. En materia penal, y en particular en el ámbito de las medidas cautelares, encontramos muchos argumentos que permiten cuestionar la manera tradicional de estudio del razonamiento del juez en este ámbito y creo que una visión general puede resultar aplicable con matices, a variados contextos normativos.

¹ Véase Laudan, L. (2013), *Verdad, error y proceso penal*, Marcial Pons: Barcelona, p. 40.

Actividad probatoria y prisión preventiva

¿Existe *stricto sensu* actividad probatoria en el ámbito de la decisión judicial sobre concesión o denegación de una medida cautelar como la prisión preventiva? Creo, por las razones que expondré a continuación, que la respuesta a esa pregunta es positiva y lleva, necesariamente, a preguntas subsecuentes: ¿cómo ha de valorarse esa prueba?, ¿cuál es el estándar de prueba más adecuado para ser utilizado por los jueces en esta materia?

El problema se vuelve interesante cuando uno se detiene por un momento en la información que rodea a una medida cautelar, ¿cuál es el modelo de razonamiento que nos permita reconstruir racionalmente las decisiones en este ámbito cuando se trata de decisiones que se toman al inicio del procedimiento con muchas veces baja actividad probatoria?

El primer rasgo corrientemente apuntado por la doctrina supone que las medidas cautelares tienen un carácter *provisional*. Esto quiere decir, en la mayoría de los casos, que se trata de decisiones judiciales desprovistas de una pretensión de persistencia en el tiempo. Las medidas cautelares subsisten mientras las razones que les justifican permanezcan en el tiempo.²

Por otro lado, la decisión judicial en el ámbito de las medidas cautelares suele ser descrita como *instrumental*. Esto quiere decir que se trata de medidas que sirven a un objeto que no se relaciona directamente con la decisión de conceder o no la medida. En general podemos sostener que se trata de cautelar el sentido del proceso.³

En tercer lugar, la decisión judicial sobre una medida cautelar no es exactamente *retrospectiva*, pues obliga al juez al despliegue de cierta

² Véase por todos Marín, J. *Las medidas cautelares...* Cit. Nota 2, pp. 193-195.

³ Véase Marín, J. *Las medidas cautelares...* pp. 198-200. En particular, sobre el proceso penal véase Horvitz, María y López, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 342-349.

actividad *prospectiva*, dedicada a la evitación de eventos futuros (los que tienen por propiedad principal que pueden ocurrir o no, y para ello la medida cautelar parece tener importancia).

La prisión preventiva suele justificarse en los sistemas occidentales bajo el supuesto que de concurrir indicios o datos que permitan considerar plausible que existe un peligro de fuga del imputado debemos aplicar una medida cautelar de prisión preventiva pues, de otro modo, no tendría sentido desarrollar un procedimiento que puede terminar con una sentencia condenatoria respecto de un ausente.⁴

Un rasgo interesante en las diversas regulaciones sobre prisión preventiva está representado por el razonamiento que tiene por objeto al futuro y al peligro. Es decir, a amenazas de acaecimiento de ciertos hechos que, sin embargo, no han ocurrido en el momento en que debe decidirse si se concede o deniega una solicitud de prisión preventiva.

El peligro supone definir un estado de cosas que permite considerar que resulta razonable evitar el acaecimiento de un hecho que, de ocurrir, vulneraría el sentido del proceso o afectaría a algún valor social de relevancia. En el ejemplo del "peligro de fuga", la decisión judicial supone el despliegue de un argumento que, en alguna medida, debe incluir la aceptación como probable de un hecho en el futuro: la fuga entendida como una evitación de comparecencia.

Como sabemos, existen peligros asociados a otras clases de eventos. Hay peligros para la seguridad, ya sea de la víctima del delito (y en algunos casos su familia o entorno cercano) como para la sociedad en su conjunto. En estos en realidad lo que tenemos es un hecho futuro vinculado, ya

⁴ Así por ejemplo, el artículo 140 letra c) del Código Procesal Penal chileno: "Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes".

sea al amedrentamiento del imputado en contra de la víctima pudiendo determinar la calidad de la información probatoria que termine formando el acervo probatorio del juicio. En alguna medida este peligro se encuentra vinculado a la protección del procedimiento: si se permite que el imputado hostilice a la víctima (o a su entorno) es posible que ejerza una influencia negativa en la configuración del material probatorio de su juicio.

Pareciera seguir un destino diferente el denominado peligro para la seguridad de la sociedad. En estos casos el legislador parece reconocer una especie de peligrosidad etiológica debido a caracteres del delito que se imputa (y respecto del que cabe incertidumbre), a la penalidad asociada, al modo comisivo u otros criterios.

En este caso resulta difícil asociar a la medida cautelar con los fines de protección procedimental, lo que genera un problema a la hora de articular argumentos que permitan justificar la decisión de aplicar estas medidas.

El razonamiento probatorio de la sentencia tiene, por regla general, una vocación retrospectiva. La verdad perseguida supone tener por verdaderos los enunciados en relación con los hechos que esencialmente han tenido lugar en el pasado. En materia penal se trata de dar por establecido si la hipótesis de hecho de la acusación está suficientemente corroborada para declarar culpable al acusado. Lo que se afirma es la verdad de esos enunciados de hecho que han tenido lugar en el pasado. Este punto queda fuertemente comprometido en el caso de la decisión acerca de las medidas cautelares. En muchos casos las medidas cautelares requieren afirmar la verdad (en términos probatorios) de "hechos" que tendrán lugar en el futuro.

El juez debe enfrentar un razonamiento predictivo basado en evidencias. Esto quiere decir que en términos estrictos no parece razonable abandonar la pretensión de racionalidad de toda decisión judicial en el ámbito

de las medidas cautelares por el desafío que se plantea a propósito de la existencia de identificar con datos del presente el acaecimiento de hechos futuros.⁵

Pueden establecerse criterios objetivos de evitación y distribución del error en materia de esta clase de decisiones. Esta perspectiva, sobre todo, puede proveernos de criterios de evaluación para el uso de las medidas cautelares de manera tal de verificar su corrección.

De esta forma podemos reducir el campo que la falta de control sobre los enunciados de hechos abre a la irracionalidad en el terreno procesal.

La racionalidad de las medidas cautelares penales

El contexto en el que se encuentra la decisión sobre una determinada medida cautelar está determinado por las exigencias de racionalidad que comparten todas las decisiones en el proceso. Se trata de enfrentar la realización de hechos que pueden justificar la imposición de la cautelar y con ello resulta necesario que el juez se haga cargo de todas las afirmaciones sobre hechos que sean pertinentes al caso.⁶

Como hemos anunciado, suele darse el caso en que el legislador usa términos vagos para referirse a los apoyos que las hipótesis de hecho tienen en el momento de decisión sobre una medida cautelar. Por ejemplo, se suele hablar de "antecedentes", "presunciones", "bases para una presunción". En términos sencillos, pareciera que la prueba en el sistema procesal es aquella que tiene lugar en la audiencia de juicio oral, pues el legislador usa ese vocablo (prueba o medios de prueba) cuando

⁵ En cierta doctrina aparece esta idea detrás de la lógica cautelar. De manera crítica Alvarado, Adolfo, *Cautela procesal*, Rosario: Juris, 2008, pp. 10-16.

⁶ Como ya ha sido apuntado desde Bentham, la prueba jurídica nos permite enfrentar el sentido del uso del derecho. Véase en particular a lo tocante al razonamiento con hechos contrarios a las leyes de la naturaleza (dentro de los cuales pueden inscribirse los hechos del futuro) Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, París: BosangeFrères, 1825, p. 242.

se diseñan las condiciones para la decisión del juicio. Parte de la doctrina ha visto en este punto una alocución de la *prueba* en la audiencia de juicio oral. Luego, sólo sería prueba lo que se produce en la audiencia de juicio. Los antecedentes recabados con anterioridad no merecen ser llamados, en este sentido, prueba.⁷

Sin embargo, hay actividad probatoria exactamente donde se trate de corroborar la veracidad de un enunciado que sirva de base para una decisión. Hay por tanto prueba en contextos como el diagnóstico médico, las decisiones de diseño y ejecución de políticas públicas, el diseño, la arquitectura, la ingeniería, y así, en cualquier campo racional de adopción de decisiones.

Esto ocurre en el proceso penal en diversos casos, y por cierto, en la decisión de adopción de una determinada medida cautelar en virtud de que pretendamos que esa decisión sea racional y permita verificar sus razones. Renunciar a la actividad probatoria en este ámbito para situarlo tan sólo en el contexto de juicio oral supone convertir la decisión cautelar en una decisión arbitraria.⁸

Particularmente en el caso de la prisión preventiva aparece un modo en que estos hechos pueden ser considerados como razón justificatoria

⁷ Así, por ejemplo, pareciera quedar establecido de la lectura del artículo 296 del Código Procesal Penal: "Artículo 296. Oportunidad para la recepción de la prueba. La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley. En estos últimos casos, la prueba deberá ser incorporada en la forma establecida en el párrafo 9º de este título". Sin embargo, debemos considerar que esta disposición regula una clase de actividad probatoria: la relativa al juicio oral y a la sentencia. Ello no descarta, sin más, la posibilidad de entender que el razonamiento probatorio se encuentra disponible en otros escenarios procesales en los que deba adoptarse alguna decisión basada en hechos. Una visión contrapuesta es la defendida por Julián López. Véase Horvitz, María y López, Julián, *Derecho Procesal Penal chileno*, cit. Nota 5, pp. 68-69.

⁸ Esto provocaría una primera contradicción para la institución denominada "prueba ilícita" en tanto prueba que manifiesta defectos de legitimidad. Si existe prueba que tenga un defecto tal que permita denominarla *ilícita* y por tanto excluirla de la audiencia de juicio oral, en realidad no es ni habrá sido "prueba". En esta medida la expresión "prueba ilícita" comportaría una contradicción en los términos. No es este el lugar para hacerlo, pero las exclusiones probatorias, tradicionalmente entendidas como reglas "contra-epistémicas" contienen muchos puntos de interés para una tesis comprometida con una explicación del proceso vinculada a la averiguación de la verdad.

de la aplicación de esa medida. Es decir, la decisión de esa medida descansa, como toda aplicación del derecho, en dos clases de premisas: una de derecho o normativa y otra de hecho o fáctica. A esta segunda premisa nos dirigimos cuando nos enfrentamos a problemas de pruebas y a la necesidad de determinar las reglas según las cuales deba afirmarse que determinada aserción sobre los hechos del caso (cautelar) deban entenderse concurrentes.

¿Sobre qué debe decidirse? Enunciados sobre hechos y predicciones

Probablemente el primer análisis que realice un juez frente al relato de un hecho sea el que se dirige a determinar si existe plausibilidad en el relato que se le presenta. Todo conocimiento sobre hechos está mediado por la necesidad de evaluar los relatos a través de los cuales el conocimiento se comparte. En esta medida la actividad judicial es, en gran medida, un tipo de actividad vinculada a esa clase de evaluaciones.⁹

Posiblemente el mejor modo de enfrentamiento que el juez tenga disponible para evaluar los relatos presentados por las partes respecto de las medidas cautelares sea la denominada "plausibilidad" derivada del esquema de una teoría general sobre estructura de la prueba.¹⁰

Este primer examen supone la definición de una relación entre los hechos que son corroborados en la audiencia con aquellos que buscamos evitar a través de la medida cautelar (v.gr. la fuga del imputado). En alguna medida las evidencias sobre hechos deben permitir la afirmación de verdad de un enunciado considerando la probabilidad de ocurrencia de un determinado hecho en el futuro que permita justificar la medida cautelar.

⁹ En esto consiste en gran medida la confianza en los modelos empiristas, véase Gascon, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2010, Barcelona: Marcial Pons, p. 16.

¹⁰ En este sentido Ferrer, Jordi, "Prueba es libertad pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi benthamiana" en Vazquez, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*, Barcelona: Marcial Pons, p. 27.

Ese ejercicio es el propio de la aplicación de las denominadas inferencias probatorias epistemológicas: la observación de cierta regularidad en el acaecimiento de ciertos hechos permite sostener que nos encontramos ante un relato plausible o no. Si el imputado enfrenta una investigación robusta respecto de un delito que tiene una alta pena, es posible entender que su deseo de fugarse es mayor que el del que enfrenta una investigación exigua respecto de un delito que sólo tiene pena de multa.¹¹

Así, la idea de máximas de la experiencia permite dotar de un campo de acción al juez para determinar si cabe esperar razonablemente el acaecimiento de un hecho en el futuro que justifique la imposición de la prisión preventiva. Ciertamente, esto no es necesario respecto de todos los puntos que pueden exigirse para decidir sobre una medida de este tipo, pero claramente es capital cuando se trata de criterios que miran al futuro.¹²

Ese razonamiento es propio de la aplicación de reglas de epistemología general, en las que el relato presentado debe ser sometido a la lógica, generalizaciones empíricas, y en un terreno siempre dudoso, a información científica.

Éste no es el único tipo de inferencias probatorias que parece tener lugar. También pueden concurrir determinadas inferencias probatorias normativas.¹³

¹¹ Las inferencias probatorias pueden ser conforme a la visión defendida por Daniel González de tres clases: epistemológicas, normativas e interpretativas. Las primeras toman la forma de inferencias que se amparan en las observaciones de regularidades empíricas comúnmente aceptadas (máximas de experiencia). Las segundas corresponden a definiciones del derecho sobre concurrencia de determinados enunciados probatorios (como ocurre con las presunciones). Las terceras se relacionan con el uso de conceptos que puede utilizar el juez para definir, clasificar u otras operaciones respecto de los enunciados probatorios. Sobre el particular, véase González, Daniel, "Presunción de inocencia, verdad y objetividad", en García, Juan y Bonorino, Pablo (coords.) *Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción*, Madrid: Comares. 2014, pp. 85-90.

¹² Si bien no puede afirmarse absolutamente que toda inferencia probatoria epistémica sea una máxima de experiencia, me parece que toda máxima de experiencia es una clase de inferencia probatoria epistémica. Éste es el sentido asumido en este trabajo.

¹³ Véase sobre las inferencias probatorias normativas el mismo texto de González, Daniel, *op. cit.*, nota 22.

Es el caso de la presunción de inocencia como regla de clausura frente a la incertidumbre fáctica en las medidas cautelares penales. Se ha sostenido, erróneamente a mi juicio, que la presunción de inocencia tiene lugar en tanto expresión de una "anticipación punitiva". Es decir, se afirma que no es posible compatibilizar el respeto por la presunción de inocencia y a la vez hacer uso de la prisión preventiva. En otro trabajo me he ocupado de este punto mostrando que la lógica de despliegue de la pena es la que permite desatar el uso de la presunción de inocencia y que las medidas cautelares como la prisión preventiva no tiene la aptitud para cuestionar el estatuto de inocente del sometido a prisión preventiva. Quien padece una prisión preventiva debe ser considerado normativamente inocente y por tanto la presunción de inocencia no constituye en realidad una prohibición para la prisión preventiva.¹⁴

Puede pensarse que la misma presunción opera como regla probatoria, más precisamente como una inferencia probatoria normativa que permite sostener que los casos de incertidumbre (determinados por las inferencias normativas epistemológicas) deben ser considerados a favor del imputado. La fenomenología del encierro muestra que el error al conceder una medida cautelar de prisión preventiva que no debía concederse es de un alto peso y por tanto debe entenderse así su aplicación restrictiva.¹⁵

En este sentido, la presunción de inocencia debe ser entendida como una regla que forma parte del modelo de razonamiento probatorio del juez. Como toda presunción es una regla que afirma que dada la prueba del evento p debe presumirse como verdadero el evento desconocido q , el que puede ser entendido como cualquier evento compatible con la

¹⁴ Véase Valenzuela, Jonatan, "Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno", en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 14, pp. 53-70.

¹⁵ A esto se refiere la idea de excepcionalidad de las medidas cautelares personales, véase Horvitz, María y López, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, cit. nota 5, p. 352.

inocencia del acusado y en particular con hechos que puedan derrotar a aquellos que puedan justificar a la cautelar.¹⁶

Sin embargo, ¿cómo justificar la suficiencia de cierta evidencia para prever el acaecimiento de hechos?

Hacia una propuesta de estándar de prueba para la prisión preventiva

En otro trabajo me he abocado a la proposición de una regla de estándar probatorio para la prisión preventiva desde el punto de vista del reconocimiento de ciertas condiciones de aplicación de esa medida cautelar.¹⁷

La primera consideración derivada de la necesidad de coherencia del sistema probatorio general es que *no puede tratarse del estándar de juicio*. Si en un sistema procesal se decide por una formulación (las más de las veces vaga) de una exigente duda razonable como estándar de prueba orientada a hechos del pasado, pareciera que el estándar de prueba cautelar debe ser diferente.¹⁸

Esto no quiere decir que se trate necesariamente de un estándar menos exigente que el de juicio. Esto dependerá del sentido que asociemos a la regla de estándar de prueba del juicio pudiendo incluso en algún caso ser más exigente la regla de juicio (si la sentencia sólo trae aparejada una multa) que la de prisión preventiva.

¹⁶ Sobre la noción de presunción resulta ineludible Ullman Margalit, Edna, "On Presumption" en *The Journal of Philosophy*, 1983, pp. 143-163. Para una tipología de las presunciones véase Gama, Raymundo, "Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental", en *Revista de Estudios de la Justicia*, 2013, pp. 65-89.

¹⁷ Véase Valenzuela, 2018.

¹⁸ Ciertamente uno debe estar dispuesto a discutir este lugar común acerca de la duda razonable. Que sea un estándar exigente depende directamente de la clase de exigencia que sea capaz de expresar ese estándar de prueba y esto depende de la manera en que se dote de contenido a la regla de estándar. Por ahora creo que lo que debe resaltarse es el compromiso necesario que aparece con el desplazamiento de hipótesis explicativas de los datos disponibles que sean compatibles con la inocencia del acusado. Este punto es el que detonaría una clase de exigencia elevada del estándar de juicio frente al cautelar.

La segunda consideración mira a la estructura de las medidas cautelares, debemos entender que son medidas en las que no aparece en juego la presunción de inocencia en su vertiente de regla de juicio. Es decir, la calidad de "inocente" del imputado no se encuentra en juego debido a que la decisión que tiene la aptitud de generar el uso de una regla de estándar de prueba de juicio es la decisión de absolución o condena.

Con las consideraciones antedichas, y en comparación a la exigencia del estándar de prueba presentado, un estándar de prueba cautelar penal debería sostener:

- 1) La hipótesis de hecho debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos en forma coherente;
- 2) Las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas;
- 3) Deben formularse predicciones prospectivas basadas en las evidencias que permitan que se acepte como la hipótesis de mayor peso aquella compatible con la ocurrencia de un hecho en el futuro.

En el punto 1 propuesto, tenemos que dado el enfrentamiento a un escenario de actividad probatoria, los enunciados sobre hechos que den lugar a la cautela deben apoyarse en evidencias producidas por el persecutor. Esos datos deben ser integrados de modo coherente con una versión preliminar de los hechos acaecidos en el pasado permitiendo tenerlos por verdaderos provisionalmente. Lo que se requiere de las evidencias en este punto no es diferente de lo requerido ante la decisión de juicio, y ello es razonable, pues es la mínima exigencia de racionalidad de la decisión.

En los puntos 2 y 3 se consideran dos clases de predicciones, a las que llamaré "predicciones cautelares de primer orden" y "predicciones cautelares de segundo orden".

En el punto 2, es decir, sobre las predicciones cautelares de *primer orden*, deben realizarse predicciones de nuevos datos que resulten confirmadas

(por ejemplo si se investiga por un delito cometido usando un arma de fuego, puede confirmarse la hipótesis relativa a la presencia de pólvora en las manos del imputado). Estas predicciones permiten un avance desde los datos conocidos hacia datos desconocidos, que pueden mejorar la hipótesis explicativa de los hechos.

En este paso el juicio sobre las evidencias sigue dirigido al pasado, reforzando la tesis cuya coherencia ha sido integrada en el punto 1. Lo particular de este grupo de predicciones es que se abocan al pasado, es decir, constituyen un tipo de indagación reconstructiva del supuesto de hecho que da lugar a la prueba de la premisa de hecho de aplicación de la medida cautelar.

En cambio, cuando se trata de predicciones cautelares de *segundo orden* (punto 3) se propone realizar un ejercicio predictivo abiertamente *prospectivo*, que permita tener por verdadero un enunciado pues resulta razonable esperar el acaecimiento de un hecho que justifique la imposición de la medida. Ello, con independencia del efectivo acaecimiento de ese hecho en el futuro. Es claro que ese razonamiento se hace con referencia a hechos, y por tanto, con información del pasado. En alguna medida supone la afirmación de cierta capacidad de proyección de una inferencia probatoria.

En otros términos, el razonamiento probatorio cautelar supone anticipar una clase de acaecimientos y la aceptación de la actividad cautelar depende de la racionalidad de la afirmación de la premisa sobre necesidad de cautela que queda enmarcada en las predicciones cautelares de segundo orden.

En este sentido —y como he apuntado anteriormente— la herramienta que surge para el juzgador es la formulación de máximas de experiencia en tanto inferencias probatorias epistémicas. Como se sabe, las máximas de experiencia forman parte de los modelos de valoración probatoria

permitiendo la afirmación de acaecimiento de un hecho dada la concurrencia de información regular en el pasado. De este modo, resulta importante dar espacio a razonamientos que permitan la aceptación del acaecimiento de estos hechos asumida la capacidad que tiene la información acerca del pasado para permitir predecir el acaecimiento de un hecho en el futuro. La fuerza de esta inferencia dependerá de la fuerza que tenga la máxima dado su apoyo en la observación empírica.¹⁹

Aquí aparece el potencial impacto del principio de proporcionalidad de las medidas cautelares. Si las predicciones de segundo tipo permiten considerar plausible que el imputado se fugue, entonces parece que se habilita razonablemente al juez para imponer una prisión preventiva.

El razonamiento predictivo de este tercer paso debe constituir un avance también desde datos conocidos hacia desconocidos. Pero, a diferencia de las predicciones de primer orden, éstas se orientan al futuro sosteniendo la alta probabilidad de acaecimiento de un hecho en el futuro. Éste es un juicio propio del escenario de las regularidades empíricas, esto es, supone la asociación de dos eventos en un marco de determinación de probabilidad de ocurrencia de un evento aceptada la observación del mundo a través de los hechos que han tenido lugar.

Además, ese razonamiento no es totalmente comparativo sino que tiende a la definición del "peso". Esto quiere decir que debe entenderse que la hipótesis que se considera plausible en este tercer paso debe considerarse con un peso suficiente de cara a la existencia de evidencias que le brinden apoyo. Es a partir de evidencias que podemos realizar predicciones.

Lo interesante es considerar que estas predicciones deben dejarse explicar a partir de los pasos 1 y 2 anteriormente propuestos. Es decir, debe

¹⁹ Sobre las máximas de experiencia véase Navarro, René, *Bases para una sana crítica. Lógica, interpretación, argumentación, máximas de la experiencia, conocimiento científico*, Santiago: RIL Editores, 2014, p. 123.

tratarse de predicciones que queden explicadas a partir de la coherencia exigida en el punto 1 y de la confirmación de las predicciones de primer orden.

Lo distintivo de este estándar de prueba frente al estándar propio del juicio oral y la sentencia es que debe prescindir del desplazamiento de las hipótesis alternativas de cara a la aplicación de la regla de juicio derivada de la presunción de inocencia.

Creo que esta regla se deja aplicar sin mayores inconvenientes a los casos en que aun administrando hipótesis de hechos "futuros" estos tiene algún sentido de protección del procedimiento y que, en cambio, resulta muy difícil cuando el peligro se refiere a características genéricas del imputado que se dirigen a la sociedad en su conjunto. En esos casos, me parece que la prisión preventiva deja de ser en realidad una medida cautelar y se convierte en una clase de medida de seguridad que esconde una acción punitiva sin base en la culpabilidad del imputado.

**ESTÁNDARES Y VALORACIÓN
DE LA PRUEBA EN LAS
DIVERSAS ETAPAS DEL PROCESO**

Análisis del concepto de prueba y los sistemas de valoración en el contexto de los estándares probatorios

Ana Pamela Romero Guerra*

Para poder hablar de los diferentes estándares de prueba y la valoración que les corresponde durante las etapas del procedimiento penal adversarial acusatorio, es importante hablar de dos temas: el concepto de prueba y los sistemas de valoración.

Al respecto, quisiera retomar la propuesta que hago en mi tesis doctoral¹ haciendo un breve análisis de los conceptos relacionados con la prueba y estableciendo una nueva clasificación de los sistemas de valoración.

* Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesora de la Licenciatura en Ciencia Forense de la Facultad de Medicina de la UNAM. Consultora del Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en Latinoamérica y el Caribe. Desde 2008 es investigadora en el INACIPE.

¹ Romero Guerra, Ana Pamela, *Modelo analítico de la libre valoración en sentencias penales*, tesis que para obtener el grado de Doctora en Derecho se presentó en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

Sobre el concepto de prueba

El tema del concepto de prueba prácticamente define los estándares de valoración. Esto es, la misma teoría procesal y el Código Nacional de Procedimientos Penales, establecen los estándares al definir y delimitar los conceptos de dato de prueba, medio de prueba y prueba, los cuales tienen un estándar definido en cada etapa.

Mientras que diversos autores identifican la actividad probatoria como aquella que hacen las partes para obtener y desahogar las pruebas, el autor Jordi Ferrer Beltrán señala que la actividad probatoria es el proceso de toma de decisiones, diferente de la actuación de las partes, pues señala que la proposición y práctica de las pruebas que realizan pertenece al desarrollo del proceso judicial, mientras que la actividad probatoria se refiere, como ya se mencionó, al proceso de la toma de decisiones, meramente judicial. Entonces, en lo que el autor considera la actividad probatoria, identifica tres etapas, la primera es la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas, la segunda es la valoración de los elementos de juicio o pruebas y la tercera es la adopción de la decisión sobre los hechos probados.²

La delimitación de la actividad probatoria tiene importancia respecto del concepto de prueba, pues permite conocer el alcance teórico y procesal del mismo. Desde lo procesal, el artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales define a la prueba como "todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación".

² Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 41- 49.

Como se observa, el Código Nacional concibe a la prueba no como el medio desahogado, sino la información —el conocimiento cierto o probable sobre un hecho— que se genera a través de dicho medio, la cual genera convicción sobre los hechos —sirve al tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos—. Observamos, entonces, que la norma procesal requiere del convencimiento que debe generar el medio para ser considerado prueba.

Por tanto, la valoración de la prueba es la actividad que le otorga dicho efecto en la decisión judicial, es decir, es la valoración la que produce la prueba. Por ello, al hablar de ésta, debemos identificar el estándar intrínseco que lleva, al ser sólo aquellos elementos que generen convicción en el órgano jurisdiccional, los que serán considerados prueba.

Esto generaría dos formas de entender la prueba, la primera de manera formal, cuando ésta se produce en el desahogo del medio de prueba, es decir, cuando se extrae del medio de prueba la información, y la segunda de manera material, la cual implica que dicha información incorporada a juicio con el objetivo de generar convicción sobre un punto específico, en efecto, la genera. Esto último sucede hasta el momento en el que dicha información (o prueba, bajo la primera forma de conceptualización) es valorada por el órgano jurisdiccional y en dicho proceso se le otorga un valor positivo en tanto que convence sobre la pretensión original.

En suma, en nuestro sistema procesal, la valoración es parte fundamental de la producción de la prueba.

Ahora bien, respecto del medio de prueba, la misma definición de prueba en el artículo 261 lo menciona al referirse que la prueba es todo aquello que ingresa al proceso en una audiencia, en un primer momento, como medio de prueba.

Por tanto, es un vehículo para la información que se constituirá en prueba. El segundo párrafo del artículo 261 del Código Nacional lo define puntualmente como toda fuente de información que permita reconstruir los hechos. Como se observa, el estándar de prueba intrínseco al medio de prueba tiene relación con su propia definición y naturaleza, siendo aquel que tiene la posibilidad de producir la prueba cuando se desahoga en audiencia y se genera convicción. Es así que el medio de prueba tiene un estándar que corresponde a las etapas previas a juicio, durante las cuales no es necesario que se materialice en instrumento de convencimiento, sino que se reconozca como portador de la información que debe, por sus características y por cumplir con los requisitos de la norma procesal, ir a juicio.

Por su parte, el dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idónea y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Su participación en el procedimiento consiste en sustentar las órdenes de aprehensión previstas en el artículo 16 constitucional, el cual señala que deben contener datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, así como el auto de vinculación a proceso, el cual es señalado en el artículo 19 constitucional en los mismos términos que la orden de aprehensión, es decir, deberá contener datos que establezcan la existencia de un hecho calificado como delito y la probable responsabilidad.

En el dato de prueba encontramos, finalmente, el estándar probatorio de la etapa de investigación, tanto en la inicial como en la complementaria, puesto que el dato se utiliza en el procedimiento como elemento de sustento para actos de molestia previos a juicio.

Sobre los sistemas de valoración

Mencionamos que la producción de la prueba, desde el concepto planteado por el Código Nacional, depende fundamentalmente de que la información vertida por el medio de prueba en su desahogo en juicio genere convicción. Dicho convencimiento judicial proviene forzosamente de la valoración que el órgano jurisdiccional realiza. De ahí, la importancia de comprender los sistemas de valoración y su impacto en los estándares de prueba.

Los sistemas tradicionales de valoración generalmente se clasifican en tasado y libre, este último con dos formas de aplicación, una libertad por íntima convicción y otra denominada sana crítica.

Sistema de prueba tasada³

En el sistema de prueba tasada, como su nombre lo indica,⁴ los medios de prueba tienen un valor predeterminado por el legislador en forma general y abstracta⁵ previsto en la normatividad.

En este sistema el órgano jurisdiccional tiene un rol pasivo, debiendo acatar lo que el legislador establece como valor probatorio. Está basado en la desconfianza hacia los jueces,⁶ tratando de evitar el autoritarismo judicial al establecer un control total en la apreciación de los medios probatorios.

³ Los apartados que describen los sistemas de valoración son una versión sintetizada de la información que proviene de la tesis doctoral, Romero Guerra, *op cit*.

⁴ Prueba tasada: 1. f. Der. La que, por diferencia de la regla de su libre estimación por el juez, la ley exige específicamente para poder acreditar un hecho determinado (<http://lema.rae.es/drae/?val=tasada>).

⁵ Miranda Estrampes, Manuel, "La prueba en los procesos penal acusatorios latinoamericanos", en Cienfuegos Salgado, David (coord.), *La prueba. Estudios sobre derecho probatorio*, México, Editora Laguna, 2009, p. 313.

⁶ Armienta Calderón, Gonzalo M., *Teoría general del proceso*, México, Porrúa, 2006, p. 273.

Además de tener un valor previamente fijado en la ley, los medios de prueba deben cumplir con ciertas características para poder ser considerados como tales, creando una excesiva rigidez probatoria.

La prueba tasada obliga a que los jueces cumplan con una función automática o burócrata, la cual implica cuantificar los medios de prueba en vez de asignarles valor.

El órgano jurisdiccional se ve constreñido por esta serie de indicaciones legales, impidiéndole adecuar la valoración al caso en concreto y obligándolo a realizar maniobras legales cuando la solución a la que llegaba mediante las pruebas legales era contraria a la que percibía como justa.⁷

Este sistema de valoración ha estado íntima e históricamente relacionado con el sistema inquisitivo, sin embargo, una perspectiva más amplia aportada por Taruffo indica que este sistema "es esencialmente el producto típico y casi exclusivo de una cultura jurídica formalista, analítica y categorizante".⁸

En la actualidad es difícil encontrar un país democrático que establezca un debido proceso en el cual su sistema de valoración sea tasado en su concepción pura. En la mayoría de los países de tradición jurídica romana,⁹

⁷ Binder, A., "El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva-destructiva de la prueba penal", en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1993, p. 43, citado en Miranda Estrampes, *op. cit.*, p. 315.

⁸ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 389.

⁹ Así lo observamos en los países latinoamericanos y en países europeos como España: "Otro principio que forma parte del sistema de prueba vigente en el proceso penal español actual, es el principio de libre valoración. Por tanto, en el derecho procesal penal español actual, no existe un sistema de prueba legal, vigente durante mucho tiempo en el marco del proceso inquisitivo, en el que sólo determinadas pruebas servirían para demostrar la verdad de los hechos imputados, señalándose además el valor de cada una de ellas (prueba tasada) [...] En el sistema actual de libre valoración, apoyado en España en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a diferencia del sistema anterior, el Juez es libre para obtener su convencimiento, porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba [...] El principio de libre valoración de la prueba significa que el Juez debe apreciar las percepciones durante el juicio 'según las reglas del criterio racional' (art. 717 LECrim.),

se ha transitado de sistemas inquisitivos-mixtos a acusatorios, cambiando así también el sistema de valoración. Aún antes de dichas transiciones, no se identificaba un sistema de prueba tasado puro, por lo general eran mixtos también. Es decir, existían reglas y valores predeterminados para ciertas pruebas, comúnmente para las testimoniales, las confesionales y las documentales, mientras que había libertad para valorar la prueba pericial dado que ésta requería conocimientos especializados en muy diversas ciencias y disciplinas, haciendo muy complicado que se pudiera asignar un valor fijo previo en la norma o reglas estrictas para su apreciación.

La dificultad de ubicar un sistema de valoración tasado puro responde, entonces, a la modernización de los sistemas de justicia penal que se orientan hacia el garantismo y la racionalidad. En estos modelos garantistas, los roles de los intervinientes, como la fiscalía y la policía de investigación, también observan una mayor libertad basada en los límites procesales y el absoluto respeto de los derechos humanos, mas no en reglas dogmáticas rígidas. Aquí vemos una característica importante que se ha mencionado: la libertad con límites racionales fomenta la toma de decisiones que se origina del criterio de los actores del procedimiento.

Sistema libre

El sistema libre se explica a través de sus dos vertientes, la íntima convicción y la sana crítica. En ambas encontramos una libertad de valoración de la prueba, sin embargo, las bases que cimientan dicha libertad son distintas en cada una.

es decir, según las reglas de la lógica, y, dentro de ellas, el principio de no contradicción, así como según los principios generales de la experiencia." Jaén Vallejo, Manuel, *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, España, pp. 4 y 5, disponible en: «http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_16.pdf».

Íntima convicción o prueba en conciencia

En su concepción original, la libre valoración por íntima convicción significa una libertad total en la apreciación de los medios de prueba.¹⁰ Generalmente se considera que es la más común en los sistemas penales que contemplan la figura del jurado popular, incluso se piensa que uno fue concebido para el otro. Sin embargo, si revisamos la historia de la íntima convicción, podemos observar, como bien lo señala Nieva Fenoll, que "implantación del jurado y valoración libre de la prueba fueron y son asuntos por completo diferentes".¹¹

En realidad, la íntima convicción surge como resultado del "gran descontento por el funcionamiento de los tribunales por muchas razones, pero especialmente en cuanto a la valoración probatoria, habida cuenta de la aplicación excesivamente estricta y en buena medida absurda que se estaba realizando de las normas de prueba legal".¹²

En esta forma de valoración, el órgano jurisdiccional no tiene ninguna regla estricta a la que se deba someter, puede resolver de acuerdo con su opinión, la cual tampoco está obligada a tener base ni fundamento. Por eso también se denomina prueba en conciencia, pues el juez o el jurado puede decidir basado en sus sentimientos y posturas privadas.¹³

¹⁰ Nieva Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 74. Nieva señala: "[...] básicamente se explica que la *intimeconviction* significa la libertad total del que juzga a la hora de apreciar la prueba, sin motivación, pero dentro de la 'sinceridad de su conciencia'. Y ello no se hacía para que el jurado cometiera arbitrariedades, sino para excluir por completo que los jurados pudieran caer en cualquier tentación de aplicar reglas legales de valoración de la prueba de la manera que se había venido haciendo, porque eso sí que constituía una arbitrariedad".

¹¹ *Ibidem*, p. 77. Nieva Fenoll explica: "En Inglaterra, por ejemplo, coexistieron jurados y pruebas legales, simplemente porque el llamado a aplicarlas era el juez que presidía el tribunal del jurado, y no los jurados [...] Y ello nada tenía que ver con la implantación del jurado (que ya existía en Inglaterra), sino con el recuerdo a los jueces de que a la hora de valorar la prueba y, en definitiva, de juzgar, tenía que usar su intelecto, su sentido común".

¹² *Ibidem*, p. 71.

¹³ González Lagier, Daniel, "Argumentación y prueba judicial", en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.*, *Estudios sobre la prueba*, IJ-UNAM, 2006, p. 110.

A pesar de la precisión del autor Nieva Fenoll, históricamente y en la actualidad, este sistema de valoración se encuentra siempre vinculado a los jurados populares, principalmente porque los sistemas de los países anglosajones y aquellos países cuyos sistemas provienen del *common law*, como los Estados Unidos, son los más conocidos y tienen estas dos características: jurado popular y valoración por íntima convicción.¹⁴

La principal crítica¹⁵ que se hace a la íntima convicción, es que implica una falta de argumentación total, no sólo en la valoración de cada prueba, también en la decisión final, ya que no impone obligación alguna de exponer sus razonamientos o de motivar su decisión y se considera una forma de valorar sin un razonamiento lógico que pudiera ser perjudicial para la impartición de justicia.

De acuerdo con lo anterior, pareciera que estamos frente a la libertad absoluta, sin embargo, esa libertad total que se concibe en la teoría pura de la íntima convicción no pareciera encontrarse en la actualidad en los sistemas jurídicos, incluso en los que tienen jurado, pues deben seguir

¹⁴ Sin embargo, también podemos identificar la libre valoración por íntima convicción en Francia, en donde sus tribunales tienen una composición particular y operan bajo el sistema referido. Así lo indica el artículo 427 del Código Procesal Penal, según el cual "excepto en los casos que la ley lo disponga, las infracciones a la ley penal pueden ser probadas por cualquier medio de prueba y el juez decidirá por íntima convicción", asimismo, en la Corte Criminal, la instrucción que se hace al jurado antes de que se retiren para deliberar, contiene el siguiente texto: "La ley no exige a jueces ni a jurados que componen la Corte Criminal que expliquen los medios por los cuales llegaron a su convicción, tampoco establece reglas que deban aplicar para valorar en particular la plenitud y la suficiencia de las pruebas; la ley les obliga a preguntarse a sí mismos, en el silencio y la contemplación, y a buscar, en la sinceridad de su conciencia, ¿qué impresión le dejaron las pruebas presentadas contra el acusado y los medios de defensa? La ley les hace una pregunta, que abarca todo el ámbito de sus funciones: "¿tiene usted una íntima convicción?". Estos dos artículos constituyen el fundamento jurídico del principio de libertad probatoria y son el corolario de la íntima convicción judicial. Vergès, Étienne, *Procédure pénale*, 3a. ed., Francia, LexisNexis, 2011, p. 73. Párrafo traducido del original en francés. Traducción de la autora del presente trabajo. El mismo autor señala que, además de los delitos, juzgados por el Tribunal Correccional, y los crímenes, juzgados por la Corte Criminal, también existen las contravenciones o infracciones penales, que son delitos menores que se resuelven en el Tribunal de la Policía. Siempre en estos casos, y en algunos delitos que corresponden al Tribunal Correccional, el sistema que rige es de la prueba legal o tasada. Vemos entonces, que, en el sistema francés, la íntima convicción no es una condición única de los jurados populares, y que también es utilizada en la valoración realizada por jueces y tribunales.

¹⁵ González Lagier, *op. cit.*, pp. 111-114.

reglas e instrucciones específicas. Por ejemplo, en el ámbito federal, los Estados Unidos cuentan con las Reglas Federales de Evidencia (Federal Rules of Evidence),¹⁶ las cuales determinan claramente las funciones del juez y del jurado, así como las cuestiones sobre inadmisibilidad de las evidencias y los requisitos básicos para que sean consideradas como tales.¹⁷ Al respecto quizá podemos pensar que el hecho de que existan normas de orientación y delimitación de funciones no necesariamente limita la libertad de valoración, sin embargo, los estados cuentan con instrucciones para el jurado (*juryinstructions*),¹⁸ las cuales incluyen¹⁹ los estándares de prueba, la responsabilidad del estado de probar la culpabilidad, los derechos de la persona imputada, los posibles veredictos, las restricciones en la comunicación con otras personas mientras se hace la deliberación, y las sugerencias para determinar la credibilidad de los testigos.

Adicionalmente el juez o la jueza puede dar instrucciones especiales sobre la naturaleza del delito y otros cargos menores que estén incluidos. La fiscalía y la defensa pueden acordar junto con el juez la inclusión de alguna instrucción en particular que consideren adecuada.

Al leerlas, las instrucciones parecieran una especie de diagrama de flujo que lleva de la mano a los jurados hacia la verificación de la existencia de ciertos elementos que comprueban el caso.

¹⁶ *Federal Rules of Evidence*, disponible en: «<http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Evidence.pdf>».

¹⁷ Por ejemplo, en la prueba pericial: *Rule 702. Testimony by Experts* "If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify there to in the form of an opinion or other wise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case".

¹⁸ Véase como referencia "Instrucciones para el jurado en el estado de Nueva York", disponibles en: «<http://www.nycourts.gov/judges/cji/0-TitlePage/1-Preface.html>».

¹⁹ Regoli, Robert M. et al., *Exploring Criminal Justice. The essentials*, 2a. ed., EE.UU., Jones & Bartlett Learning, 2013, p. 233.

Las reglas que se aprecian no sólo orientan, sino que instruyen al jurado sobre la decisión que deben tomar con base en lo que observen en las pruebas y en su valoración. Ciertamente, no establecen ninguna regla de valoración, ni un valor determinado de las pruebas, pero su existencia se contraponen con una libertad absoluta. Significa, al fin y al cabo, que los miembros del jurado deben seguir ciertos lineamientos y deben vencer ciertos estándares.²⁰ Lo cual también sirve para superar la idea de que la valoración por íntima convicción es una actividad que no sigue un razonamiento lógico, pues no hay forma de analizar aspectos como la credibilidad y fuerza de las pruebas sin realizar operaciones mentales racionales. Además de las pruebas, los jurados populares deben tener en cuenta también la argumentación de las partes y el derecho que da sustento a todo el juicio. Decir que no existe racionalidad es omitir el proceso básico de observación y análisis humano.

Libre razonado o sana crítica

Este sistema está relacionado con los sistemas adversariales acusatorios modernos, de corte garantista, en los cuales el juicio oral es presidido por tribunales o personas jueces expertas y calificadas en la materia, quienes son las encargadas de la valoración de las pruebas y la decisión en la sentencia.

Revisando su aparición y desarrollo pareciera que se trata de un paso lógico en la evolución de los sistemas de valoración, hacia una forma

²⁰ Al respecto es importante mencionar que los autores Regoli, Hewitt y Maras señalan que varios estudios sugieren que un gran porcentaje de jurados no entienden las instrucciones, mientras que otros estudios sostienen que los jurados que reciben instrucciones estandarizadas no comprenden mejor su deber que aquellos que no las reciben, ya que ambos grupos aparentemente tomaron decisiones similares e hicieron preguntas parecidas al juez después de comenzar a deliberar, por lo que podría existir un punto hacia el que quizá las instrucciones no representan un cambio en las posturas reflexivas de los jurados. Lo mencionamos como constancia de su inclusión en el texto de referencia, pero no se aborda este debate, ni se genera un convencimiento por el momento al respecto, por lo que nuestra postura se inclina a considerar que las instrucciones del jurado sí sirven como base de la valoración y la decisión de éste. Regoli, Robert M. *et al.*, *op. cit.*, p. 233.

valorativa racional y argumentativa, ya que las reglas que la rigen han sido definidas como las reglas del buen entendimiento humano,²¹ siendo así que se identifica como un punto intermedio²² entre la prueba tasada, que implica reglas estrictas y poca o nula discrecionalidad, y la íntima convicción, con una libertad casi completa para el jurado u órgano decisorio.

Sin embargo, sobre la íntima convicción, hemos expuesto que la libertad absoluta a la que se le relaciona teóricamente, no se encuentra reflejada de esa forma en la práctica, y que tampoco es cierto que representa una valoración carente de razonamiento, que únicamente resuelve en conciencia.

¿Qué es, entonces, lo que diferencia a la íntima convicción de la sana crítica, si ambas formas de valoración implican un razonamiento?

Si observamos de cerca las reglas que rigen a la íntima convicción y a la sana crítica, veremos que hay, por lo menos, dos grandes diferencias. La primera, que los jurados y jueces regidos por la íntima convicción no tienen obligación de explicar sus razonamientos, por tanto, de motivar su decisión, mientras que en la sana crítica esto es una característica —y un requerimiento— primordial.²³ La motivación de la decisión judicial es un punto elemental de la sana crítica, asociada normalmente a los sistemas acusatorios y garantistas, en los cuales esta obligación del órgano jurisdiccional implica también explicar públicamente las sentencias, para que las partes pueden escuchar y comprender las razones por las

²¹ Armienta Calderón, *op. cit.*, p. 274.

²² Rojas, Jorge A., "Valoración de la prueba: ¿Coexistencia de sistemas?", *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1: Prueba, dirigido por Roland Arazi *et al.*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 234 y 235. El autor hace referencia a dos posturas: "a) la tesis dualista, para la cual la sana crítica es una posición intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, y b) la tesis monista, para la cual hay dos sistemas, el de la prueba libre y la tasada". Este punto se discutió con anterioridad en el presente capítulo, pero haciendo referencia a otros autores.

²³ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, tomo primero, 5a. ed., Bogotá, Temis, 2006, p. 90.

cuales se llegó a la conclusión de caso, incluyendo, por supuesto, la valoración de las pruebas.

La segunda diferencia es que la teoría marca siempre que la sana crítica debe conducirse bajo tres criterios primordiales, los cuales son, al mismo tiempo, base y límites de la valoración, ya que proveen el camino que debemos seguir y nos ayudan a mantenernos en él, cercándolo, para no desviarnos.

La sana crítica, en la teoría, implica una serie de operaciones mentales basadas en un razonamiento producto de una interesante mezcla: las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

Si la valoración debe ser lógica y argumentada, explicada racionalmente en la sentencia, y basada en reglas y ciencia, no es quizá la libertad lo que la define, sino la génesis del razonamiento valorativo. Es decir, en realidad no existe libertad judicial para valorar, pues debe seguir lineamientos y estándares, sino que se otorga confianza al órgano jurisdiccional para aplicarlos en la valoración.

Propuesta de clasificación²⁴

Los sistemas de valoración están basados en el criterio de la libertad o restricción que tienen las juezas y los jueces para la apreciación de las pruebas. Sin embargo, al observarlos fuera de la teoría podemos percatarnos de que su concepción teórica quizá es muy pura y no se refleja en la práctica judicial.

De ahí que se formula la propuesta de establecer una clasificación de los sistemas basada en el origen de las reglas de valoración para que esté más apegada a la realidad procesal práctica.

²⁴ Propuesta originalmente formulada en la tesis doctoral, Romero Guerra, *op. cit.*

Tenemos, por un lado, la valoración de las pruebas en lo individual, lo cual consiste en otorgarles valor a cada una, de acuerdo con sus características y al rol que cumplen en la comprobación de los hechos.

Por el otro, tenemos la actividad jurisdiccional de definición de los hechos a partir de las pruebas valoradas, es decir, la convicción que genera el conjunto probatorio concatenado y analizado, precisamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Dado que estas dos son las actividades esenciales del órgano jurisdiccional en el proceso valorativo, se propone un nuevo modelo basado específicamente en éstas, esto es por un lado, en la asignación de valor individualmente a cada prueba y, por el otro, en la valoración integral del conjunto probatorio para la determinación de los hechos.

En este sentido, propondremos dos sistemas de valoración, el primero que clasifica la forma en la que se atribuye el valor a cada uno de los elementos de prueba observados y aportados en juicio. Este valor dependerá de cuestiones de forma y cuestiones de fondo. En las primeras encontramos que el elemento probatorio cumpla con los requisitos legales establecidos en las reglas procesales, mientras que, en las segundas, tiene que ver con la calidad de la información y del medio de prueba como fuente de ésta.

El segundo, es el sistema que clasifica las formas de definición de los hechos, las cuales tiene que ver con la determinación de la verdad legal, es decir, del entendimiento convencido de lo que sucedió en el caso expuesto, resultado de un análisis sistemático de todas las pruebas aportadas. Esta concatenación de las pruebas permite llegar a una conclusión general sobre el hecho, generada por la convicción que, entrelazadas lógicamente y congruentemente, causaron en el órgano juzgador.

Sistemas de atribución de valor individual a la prueba

La actividad de valoración en la que más pensamos es en la que atribuye un valor a cada una de las pruebas. Cuando hablamos de valoración, imaginamos a un tribunal escuchando un testimonio y observando con detenimiento si el testigo duda, si responde rápida y claramente, si su expresión corporal es congruente con lo que está narrando, así también imaginamos el desahogo de una prueba pericial y los razonamientos de los jueces sobre el margen de error, sobre el debate científico que se pudiera presentar, en fin, queremos conocer cómo valoró a ese testigo, qué valor la otorgó a esa pericial. Pensamos siempre en esta actividad de valoración individual.

Hemos visto que esta actividad jurisdiccional está ampliamente regulada en los sistemas de valoración, los cuales nos indican si el juez debe asignar un valor preexistente en la norma o si puede hacerlo en supuesta libertad, basado en los criterios y reglas que hemos expuesto.

Si observamos bien, entonces, la valoración individual tasada es una actividad legislativa, no judicial. Esto sería en su concepción pura, en la que la ley procesal incluye el valor predeterminado de los medios de prueba, dejando así que el juez o tribunal se limite a aplicarlos desde la norma.

Por el otro lado, encontramos que en el sistema libre, el razonamiento lógico o su ausencia no es la característica diferencial principal, pues en ambas formas, íntima convicción y sana crítica, existe un proceso de raciocinio tanto en jueces como en jurados, cuyas reglas en la teoría se marcan como diferentes, pero en las normas están claras, dado que, desde el fundamento normativo, los jurados no pueden ir en contra de los estándares de la prueba, los derechos humanos y el debido proceso, sin embargo, sí encontramos una diferencia clara, en el sentido de que en la íntima convicción jueces y jurados no están obligados a motivar sus decisiones, ni explicar los razonamientos respecto del valor otorgado

a cada prueba, exigencia que sí se hace a los jueces en el modelo de la sana crítica.

Así pues, podríamos señalar la existencia de tres formas de atribución de valor individual de cada prueba desahogada, y estos están clasificados de acuerdo con el órgano encargado de realizarla.

a) Legislativa

El cual puede ser entendido como un sistema tasado absoluto, pues parte de la convención de las y los legisladores sobre el valor y las características taxativas que debe tener cada medio de prueba. En esta forma de valoración las y los jueces son parte de un proceso burocrático en el cual deben aplicar la norma, esto es fundar su decisión valorativa, de acuerdo con los valores previamente asignados por la norma. Aquí también vemos que cabe la función de admisión de los medios de prueba, cuestión que no ha sido parte de este trabajo pero que está íntimamente relacionada, y de la cual se habló brevemente en los sistemas probatorios al referirnos a que la norma tiene un listado de los medios de prueba y de las características que se le imponen para que se consideren como tales, todo esto, por supuesto, elaborado por el órgano legislativo.

b) Judicial

Esta forma de valoración es la que identificamos normalmente en la sana crítica, pues debe ser realizada por jueces expertos y se rige por los mismos criterios, la observación de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. Al respecto queremos hacer algunas precisiones. En esta forma de valoración las reglas de la lógica se aplican al razonamiento judicial que le otorga valor individual a cada prueba, de acuerdo con la observación de su desahogo y sus características, pero debe estar basado en la prueba misma, no debemos confundirnos con la acción de contrastar la congruencia lógica de esa prueba que estamos

valorando con las demás, pues esto corresponde a la segunda actividad valorativa, la de la apreciación en conjunto. Aquí la lógica aporta los elementos necesarios para que los jueces puedan reflexionar sobre si esa prueba en sí misma cuenta con la congruencia interna y de contenido para ser considerada como plena, es decir, para generar convicción. Sobre las máximas de la experiencia vamos a aprovechar para recordar que las consideramos como herramientas de orientación, pues la experiencia en sí es una forma de conocimiento anecdótico que si bien aporta información importante, debe normalmente estar acompañada de una forma de verificación que la fortalezca para ser concluyente.

Por último, los conocimientos científicos siguen siendo un criterio fundamental para la valoración judicial, pues son los que con mayor certeza nos acercan a un conocimiento verificable.

También es importante recordar que esta forma de valoración sí tiene ciertas reglas predeterminadas, ya que se deben considerar elementos de forma, pero para la admisión de la prueba, tema que ya tocamos en el inciso anterior respecto de la separación de funciones entre la admisión y la valoración de las pruebas, además de que se deben vencer los estándares probatorios y principios de debido proceso correspondientes. En cuanto a la valoración, insistimos, no hay valor predeterminado en la norma, existe una libertad de asignación, de acuerdo con sus elementos y las circunstancias del caso. Dado que esta forma de valoración es judicial, existe la exigencia de fundar y motivar, en donde se explicarán los razonamientos aplicados en la actividad valorativa.

Esta forma observa dos características principales, la primera ya expuesta, es que es realizada por jueces expertos, la segunda es que deben explicar sus razonamientos, de ahí la importancia de la motivación judicial en las sentencias, aspecto que hemos encontrado, bajo la clasificación tradicional, en el sistema tasado y en el sistema de la sana crítica.

c) No judicial

La valoración no judicial, como su nombre lo indica, es realizada exclusivamente por jurados populares, personas no expertas en derecho. En esta forma de valoración los miembros del jurado utilizan libremente los criterios de la sana crítica, otorgando valor a cada prueba con base en estas reglas, pero sin la exigencia de justificarlo.

Retomando el ejemplo del sistema francés, vamos a encontrar sistemas que mezclan características, pues en éste tienen, de acuerdo con el tipo de conducta que se cometa (infracciones, delitos o crímenes), una forma de valoración legislativa para las infracciones, judicial para los delitos y mixta judicial-no judicial para los crímenes. Esta última se aprecia todavía más mezclada, pues no sólo se compone de jueces y jurados, sino que a ninguno (énfasis en jueces) se le exige la explicación de sus motivaciones o decisiones valorativas.

Sistemas de definición de los hechos a partir del valor al conjunto probatorio

La definición del conjunto probatorio es, quizá, la esencia de la función judicial. Es la actividad que pone en juego todos sus conocimientos, su criterio, su experiencia, para llegar a la decisión final. No es una actividad fácil, conlleva una enorme responsabilidad y está sujeta, en los estados democráticos, a controles, estándares, reglas y principios.

Aquí la lógica tiene una función primordial, pues las sentencias tienen una estructura en la cual las premisas probatorias deben, forzosamente, verse reflejadas en la conclusión. Los elementos normativo, fáctico y probatorio que se observan en la teoría del caso de las partes,²⁵ se trasladan también a la sentencia. Con base en esto, se debe razonar lógica-

²⁵ Sobre teoría del caso y sus elementos véase Natarén Nandayapa, Carlos F y Ramírez Saavedra, Beatriz E., *Litigación oral y práctica forense penal*, México, Oxford University Press, 2009; Blanco

mente para que exista una congruencia en la definición de los hechos a partir del valor otorgado al conjunto probatorio.

En este sistema de valoración hemos encontrado dos formas, la judicial y la no judicial. La judicial es libre, fundada y razonada, es decir, debe seguir los criterios de la sana crítica y tiene dos características primordiales, la primera, como su nombre lo indica, es que siempre es realizada por jueces, unitarios o en tribunales, la segunda, es que la determinación de los hechos a través del conjunto probatorio siempre deberá estar motivada y debe ser explicada públicamente en una audiencia especial en la cual el órgano jurisdiccional debe cerciorarse de que las partes hayan comprendido el contenido de la misma.

Su función se realiza respetando en todo momento los estándares como la presunción de inocencia y las reglas del debido proceso.

La forma de valoración no judicial de la definición de los hechos a partir del valor al conjunto probatorio también es una forma de valoración libre, fundada en la norma y razonada, sin embargo, al contrario de la anterior, es realizada por jurados populares, y no exige motivación ni explicación.

Finalmente es importante señalar que las formas de ambos sistemas de valoración, el individual y la definición de los hechos a partir del valor del conjunto probatorio, pudieran encontrarse mezcladas entre sistemas, pues en ambas actividades van de la mano, sin embargo, normalmente si la forma de valoración individual es judicial, la del conjunto probatorio también lo es.

Con esta clasificación acercamos la teoría a la práctica, ayudando a comprender el origen de las reglas de valoración, lo cual, junto con el análisis

de los conceptos relacionados con la prueba, nos permite analizar la actividad probatoria y los estándares que la rigen durante las etapas del procedimiento penal.

Bibliografía

Armienta Calderón, Gonzalo M., *Teoría general del proceso*, México, Porrúa, 2006.

Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, tomo primero, 5a. ed., Bogotá, Temis, 2006.

Federal Rules of Evidence, disponible en: «<http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Evidence.pdf>».

Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

González Lagier, Daniel, "Argumentación y prueba judicial", en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.*, *Estudios sobre la prueba*, IIJ-UNAM, 2006.

JuryInstructions for the Estate of New York, disponibles en: «<http://www.nycourts.gov/judges/cji/0-TitlePage/1-Preface.html>».

Jaén Vallejo, Manuel, *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, España, disponible en: «http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_16.pdf».

Miranda Estrampes, Manuel, "La prueba en los procesos penal acusatorios latinoamericanos", en Cienfuegos Salgado, David (coord.), *La prueba. Estudios sobre derecho probatorio*, México, Editora Laguna, 2009.

Nieva Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Regoli, Robert M. *et al.*, *Exploring Criminal Justice. The essentials*, 2a. ed., E.U.A., Jones & Bartlett Learning, 2013.

Rojas, Jorge A., "Valoración de la prueba: ¿Coexistencia de sistemas?", *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1: Prueba, dirigido por Roland Arazi *et al.*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2005.

Romero Guerra, Ana Pamela, *Modelo analítico de la libre valoración en sentencias penales*, tesis que para obtener el grado de Doctora en Derecho se presentó en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

Vergès, Étienne, *Procédure pénale*, 3a. ed., Francia, LexisNexis, 2011.

Valoración de la prueba y sentencia: ¿cómo deliberan y votan los jueces luego del juicio oral y público? Apuntes para una buena deliberación colectiva

Eugenio C. Sarabayrouse*

Introducción

En la Argentina, el Código Procesal Penal Federal (en adelante, CPPF), ley 27.482, sancionado a fines de 2018, reemplazó al Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063 (aunque mantuvo gran parte de su estructura y reglas), aprobado a su vez durante el año 2014, pero que nunca llegó a ser aplicado. Sin necesidad de entrar en los vaivenes, avances y retrocesos de la legislación procesal penal argentina, nos interesa analizar aquí cómo han sido reguladas la *deliberación* y la *votación* de los jueces luego de finalizado el juicio oral y público.

Dos son las reglas relevantes para el objeto de este trabajo.

Establece el artículo 303 del CPPF:

* Juez de Cámara de Casación Penal en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, Argentina.

Deliberación de responsabilidad. Cerrado el debate los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta todas las cuestiones relativas a la determinación de la responsabilidad penal y, eventualmente, la civil. Si los jueces encontrasen inocente al imputado, deberán dictar sentencia absolutoria sin más trámite. Si los jueces no hubieren alcanzado una decisión a la hora señalada, harán saber la nueva hora designada para la lectura. Sin perjuicio de lo establecido para procesos complejos, la deliberación podrá extenderse excepcionalmente por un plazo máximo de 48 horas, salvo enfermedad grave de alguno de ellos. En este caso, la suspensión no podrá durar más de diez días, luego de los cuales se deberá realizar el juicio nuevamente. Mientras dure la deliberación, los jueces no podrán intervenir en otro juicio. Previo a leer la parte dispositiva, uno de los jueces relatará los fundamentos que motivaron la decisión [...].

Luego, el artículo 305 determina qué requisitos debe cumplir la sentencia. Entre ellos, el inciso b establece: "[...] *El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas con exposición de los motivos en que los fundan [...].*"

Sin embargo, el CPPF nada dice sobre varios aspectos relevantes para la deliberación y votación del caso. No establece un *método* acerca del modo en que intercambian los jueces sus opiniones (esto es, *de qué manera* se establecen las cuestiones que deben resolver, cuál es su *orden* y *cómo deben votar*); tampoco regula la forma en que resuelven: si se requiere *unanimidad* o basta con que exista una *mayoría*. Del mismo modo, no regula qué hacer cuando hay opiniones diferentes (por ejemplo, los tres jueces profesionales que intervinieron en el juicio oral y público tienen individualmente un parecer distinto sobre una cuestión; o coinciden en la forma de resolver, pero con fundamentos diferentes).

No es posible establecer si este vacío legal obedece a un propósito deliberado del legislador argentino o a un simple descuido. En este sentido, ni la ley 27.063 primero y luego la 27.482, explicaron algo al respecto.

Lo cierto es que estas dos leyes rompieron con una tradición legislativa que, en general, reguló la deliberación de la sentencia, mediante la enumeración de una lista abierta y orientativa de *cuestiones*, votadas y resueltas por el método de la *mayoría*.

En mayor o menor medida, este tipo de problemas pueden presentarse en otros códigos procesales, aunque la regulación sea, incluso, más precisa. Así, en el Código Nacional de Procedimientos de México, los artículos 400 y 401 regulan la deliberación y la emisión del fallo, respectivamente. Y si bien establecen que la decisión debe adoptarse por mayoría o unanimidad de votos, nada dicen del *método* de la deliberación ni de los diversos problemas que pueden plantearse durante su transcurso. De ahí que el objeto de esta presentación pueda extenderse válidamente a otros ordenamientos procesales.

Para intentar abordar los problemas descriptos, este trabajo describirá, primero, qué pasos comprende el dictado de una sentencia por parte de un tribunal integrado por jueces profesionales; luego, examinará cómo está regulada la cuestión en algunos códigos procesales argentinos y en el CPP Modelo redactado por Julio B. J. Maier (Maier, 2015, pp. 437-550).

El estudio del tema servirá de excusa para discutir cuáles son las *virtudes* que deberían expresarse en la deliberación de un cuerpo de decisión integrado por jueces profesionales; con posterioridad, se expondrá la manera que la cuestión ha sido regulada en el derecho comparado y, cómo de alguna forma, esas reglas reflejan algunas de aquellas virtudes.

Posteriormente, se discutirán algunos malentendidos sobre el método denominado de las "cuestiones vencidas"; la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina que impone la obligación de los jueces que integran órganos colegiados de expresar argumentos coincidentes en sus votos; para, finalmente, ofrecer una interpretación posible de los artículos 303 y 305, b, CPPF.

Por último, algunas aclaraciones metodológicas: este trabajo se referirá, exclusivamente, a la deliberación y la votación de un colegio integrado por jueces profesionales y permanentes. Por tanto, a sabiendas, no será tratado todo aquello relativo a la deliberación, formas de votar y mayorías necesarias en el caso del juicio por jurados, ya sea que se integre totalmente con jueces legos o accidentales (modelo clásico anglosajón) o mezclado con los profesionales y permanentes (escabinado o de escabinos). De esta forma, no serán objeto de estudio los problemas del llamado *jurado estancado* y las discusiones en torno a *la necesidad de fundamentar la sentencia y su compatibilidad con el juicio por jurados*. Para el tratamiento de estos temas, basta con remitirse a la obra de distintos autores (Pastor, 2010, pp. 51-61; Maier, 1996, pp. 775-793; Díaz Cantón, 2018, p. 1332; Harfuch, 2019, pp. 679-758; Herbel, 2014, pp. 303-418).

También corresponde aclarar que, producto de su dispersión legislativa, hoy la Argentina cuenta con más de 25 códigos procesales penales vigentes en las distintas provincias que la componen. Más allá de los problemas que esto plantea, sólo algunos de esos códigos serán examinados, con la pretensión de alcanzar algún grado de generalidad en las conclusiones a partir de ellos.

Por último, el análisis y las propuestas que se formularán pretenden ser útiles para la deliberación tanto de las cuestiones vinculadas con el derecho probatorio como la subsunción jurídica de los casos.

La deliberación, la votación y su regulación en algunos códigos procesales penales argentinos

La deliberación y la votación es la etapa del proceso que de manera inmediata y sin solución de continuidad sigue a la clausura del juicio oral y público. Sus protagonistas son, principalmente, todos los jueces que han visto y oído el debate, quienes se reúnen a discutir y valorar aquello que han presenciado, para dictar la sentencia.

Los códigos procesales argentinos, sin excepción, siguen la tradición según la cual, este momento del juicio se caracteriza por su *reserva*, pues transcurre como una discusión entre pares, *secreta*, sin la presencia de las partes intervinientes en el debate y mucho menos del público. Solo se autoriza la asistencia de algún funcionario. Los códigos no exigen un registro específico sobre su desarrollo, que necesariamente debe terminar en el pronunciamiento de la sentencia escrita.

El *secreto* de la deliberación tiene como objetivo proteger a los jueces que intervinieron en el debate de influencias externas, de tal modo que puedan decidir sin presiones; en cambio, los sistemas que establecen que la deliberación es *pública* otorgan preeminencia a la transparencia de la decisión, de tal modo que todos puedan observar cómo discuten y resuelven los jueces. Un ejemplo de este modelo puede verse en la administración de justicia brasileña, en la que es posible seguir "en vivo" los debates entre los jueces mediante un canal de televisión propio ("Justiça TV").

La regla que tradicionalmente los códigos argentinos han adoptado para la deliberación, en el caso de los cuerpos colegiados de decisión, es el método de las *cuestiones* a resolver según la regla de la *mayoría*. En este sentido, al describir los ordenamientos procesales de su época, señalaba Clariá Olmedo que la deliberación se integraba con dos operaciones: la discusión y la votación de las diversas cuestiones. Pero una y otra exigían un paso previo: primero, plantear *cuáles eran* las cuestiones por resolver; y segundo, el orden de su decisión.

El problema de la votación de las cuestiones como tarea integrante de la deliberación, es asunto que la ley ha debido resolver con relación a los tribunales colegiados, y en cierta medida no escapa a la preocupación republicana de algunas constituciones provinciales. Comprende dos aspectos: la determinación del orden para la emisión de votos; el método de votación [...] La votación debe hacerse separadamente con respecto a cada una de las cuestiones,

a medida que vayan siendo discutidas, y quedarán resueltas por mayoría de votos. No puede darse paridad (empate). Si en una cuestión no se consigue unanimidad, el vocal disidente queda vinculado a lo resuelto por la mayoría en cuanto a la discusión y decisión de las cuestiones siguientes. En consecuencia, deberá dar por cierto o exacto lo que la mayoría opinó y decidió, sin tener en cuenta el sentido de sus votos minoritarios anteriores ni los fundamentos que lo determinaron en cada una de las votaciones ya agotadas. Esto justifica la necesidad de un correcto orden de las cuestiones sometidas a deliberación [...] [Clariá Olmedo, 2009, pp. 332-333].

Terminada la deliberación sobreviene como conclusión, la *votación*, y su resultado constituye la decisión del caso.

Los códigos procesales argentinos regulan de manera general cuáles son las cuestiones por resolver durante la deliberación y que deben verse reflejadas en la sentencia, lo cual significa que el mismo colegio se pregunta sobre ellas, establece un orden y luego de votar cada juez que intervino en el debate (motivadamente o adhiriendo a otra propuesta), resuelve el caso. Se trata, en definitiva, de decidir todas las cuestiones planteadas a lo largo del juicio oral y público, incluyendo aquellas cuyo tratamiento fue diferido. En general, los códigos también determinan en qué orden deben tratarse esas cuestiones, pero no lo imponen, ya que los jueces pueden alterarlo según convenga a la solución del caso.

En cuanto al orden para votar, nuestros códigos usualmente receptan el método del sorteo, es decir, no se establece ningún orden de prelación por edad o antigüedad en el cargo.

El punto que está menos regulado en la legislación se refiere a las *mayorías necesarias* para resolver cada cuestión, aunque se entiende que frente a cada pregunta, los jueces responden motivadamente, por sí o por no, y las resuelven mediante, por lo menos, la mayoría de sus integrantes. Cada respuesta afirmativa configura una conclusión que habilita el paso

siguiente, hasta responder todos los interrogantes. Así queda elaborada la sentencia. Asimismo, se establece una regla especial para el caso en que se presenten más de dos opiniones para la fijación de la pena.

De acuerdo con esta descripción, el artículo 398 del Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, todavía vigente, recepta el criterio general que el tribunal debe resolver todas las cuestiones objeto del juicio, fijando en lo posible el siguiente orden: las incidentales diferidas, las relativas a la existencia del hecho, la participación del imputado, la calificación legal, la sanción, y la reparación o indemnización demandadas.

Cada juez emite su voto motivado sobre cada cuestión en forma conjunta o en el orden que corresponda por sorteo y "[...] el tribunal dictará sentencia por mayoría de votos [...]". En cuanto a la falta de acuerdo, es decir, cuando los jueces no consensuan una decisión y no logran alcanzar la mayoría exigida, el último párrafo de la regla estipula sólo un supuesto: cuando "[...] se emitan más de dos opiniones sobre las sanciones que correspondan, se aplicará el término medio [...]".

El Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires (artículo 371) impone que la sentencia debe contener "[...] una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y de la valoración de los medios de prueba que fundamentan dichas conclusiones, así como la enunciación de las razones por las cuales no fueran atendibles las pruebas decisivas contrarias a las mismas, debiendo responderse a los planteamientos sustanciales realizados por las partes [...]". El mismo código establece cómo debe desarrollarse el orden de la votación por cuestiones: 1) la existencia del hecho en su exteriorización; 2) la participación de los procesados en el mismo; 3) la existencia de eximentes; 4) la verificación de atenuantes; 5) la verificación de agravantes. También regula qué ocurre de acuerdo con la manera en que se resuelve cada cuestión. "Si se resolviera negativamente la primera o la segunda cuestión, o en sentido afirmativo la tercera, no se tratarán las demás. Las cuestiones relativas a eximentes, atenuantes o agravantes, sólo se plantearán cuando hubieren sido discutidas o el

Tribunal las encontrare pertinentes, en este último caso siempre que fueran a favor del imputado [...]". Sin embargo, carece de una regla sobre las mayorías necesarias. Para Favarotto y Simaz, en caso de disidencia entre los dos jueces que votan primero, el tercero, sin perjuicio de dejar a salvo su opinión, debe adherir "[...] al voto que más próximo se encuentre a lo entendido por él, pues lo contrario implica lo mismo que negarse a fallar [...]". (Favarotto y Simaz, 2013, p. 243).

El Código Procesal Penal de Córdoba (artículo 406), cuyo modelo originario siguió el CPP Nación, establece:

"Normas para la deliberación. El Tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, fijándolas, si fuere posible, en el siguiente orden: las incidentales que hubieran sido diferidas (art. 384), las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes; la participación del imputado, calificación legal y sanción aplicable; la restitución o indemnización demandada y costas. Las cuestiones planteadas serán resueltas sucesivamente, por mayoría de votos, valorándose los actos del debate conforme al art. 193 [...] [esto es, la sana crítica racional]. "Los jueces y jurados votarán sobre cada una de ellas, cualquiera que fuere el sentido de sus votos anteriores [...] Si en la votación sobre las sanciones que correspondan se emitieren más de dos opiniones, se aplicará el término medio [...]"

Ricardo C. Núñez, al comentar las reglas que regían la deliberación en el anterior Código Procesal Penal de Córdoba (redactado en términos similares), señalaba:

"[...] El voto de la Mayoría sobre una cuestión obliga a la Minoría, pues aquélla es la que decide sobre cada punto objeto de las cuestiones. V. gr., si sobre la cuestión relativa a la existencia del hecho imputado, la Mayoría, decidiera en contra de la Minoría, que no hubo agresión de la víctima al victimario, al contestar la

cuestión relativa a la calificación legal, la Minoría deberá atenerse a esa decisión; o no sería admisible que en contra de la Mayoría, un Juez se pronunciara por la incompetencia del Tribunal y que, negándose a votar la siguiente cuestión el Tribunal quedara desintegrado [...]" [Núñez, 1986, p. 376].

El Código Procesal Penal Modelo, en el artículo 48, elaborado por Julio B. J. Maier, establece en lo que aquí interesa:

"Deliberación. Inmediatamente después de clausurado el debate, los jueces pasarán a deliberar en sesión secreta, a la cual sólo podrá asistir un auxiliar [...] El tribunal resolverá por mayoría de votos. Los jueces podrán fundar separadamente sus conclusiones, o en forma conjunta cuando estuvieren de acuerdo. Las disidencias serán fundadas expresamente.

"El tribunal decidirá primero las cuestiones relativas a su competencia y a la promoción o prosecución de la persecución penal cuando hubieren sido planteadas o hubieren surgido durante el debate, siempre que ellas puedan decidirse sin examinar alguno de los elementos referidos a la cuestión de culpabilidad. Si se decide proseguir, quien hubiere quedado en minoría deberá deliberar y votar sobre las cuestiones siguientes. En caso contrario, se examinará primero la cuestión de culpabilidad, para luego decidir la cuestión relativa a la competencia y a la promoción o prosecución de la persecución penal.

"En el primer caso, la decisión posterior versará sobre la absolución o la condena. Cuando se trate de la aplicación del art. 35, el tribunal pronunciará sentencia, sin resolver la cuestión de la pena, y fijará audiencia para la continuación del debate o para el debate sobre la determinación de la pena, en caso de que sea necesario.

"Prosigue la determinación de la pena o de la medida de seguridad y corrección aplicable, cuando el dispositivo de la decisión anterior lo torne necesario. Para decidir esta cuestión deliberará

y votarán todos los jueces, incluso aquellos cuya opinión haya quedado en minoría, quienes deberán atenerse al tenor de la condena o de la declaración que torna viable una medida de seguridad y corrección.

"Cuando exista la posibilidad de aplicar diversas clases de pena o de medidas de seguridad y corrección, o, dentro de una misma clase, penas o medidas divisibles o indivisibles, el tribunal deliberará y votará, en primer lugar, sobre la clase o especie de pena o medida, y decidirá por mayoría de votos. Si no fuere posible lograr la mayoría se aplicará la pena o medida intermedia.

"Si la pena o medida decidida fuera divisible y no existiere mayoría en cuanto a la cantidad, se aplicará la que resultare de la suma y división de todas las opiniones expuestas..." [Maier, 2015, ps. 479-480].

Las virtudes de la deliberación

Las discusiones en torno a la justificación moral del castigo son tan antiguas como el mismo derecho penal, lo que ha dado lugar a extensos y profundos debates que continúan aún hoy y parecen lejos de estar saldados. A modo de ejemplo, aquí pueden citarse sólo algunos trabajos recientes producidos en nuestro entorno cultural (Beade, 2017; Ferrante, 2013; Gargarella, 2016; Pérez Bárberá, 2014).

Sin embargo, en lo que se refiere a los fundamentos filosóficos o morales del derecho procesal penal, como parte de aquel ordenamiento jurídico, las discusiones son más acotadas o alcanzaron un menor desarrollo, al menos en nuestro medio.

Como el objetivo de este trabajo no es ofrecer una fundamentación de este tipo, me limitaré a presentar algunas cuestiones generales y, con más detalle, cuáles deberían ser *las virtudes de la deliberación*, pues a partir de ellas pueden iluminarse con mayor claridad cómo y de qué manera

debería regularse e interpretarse el proceso de decisión de los tribunales colegiados en general y en particular referencia al CPPF, ley 27, 482.

Luís Greco recuerda que, desde una perspectiva liberal, una teoría moral del proceso puede adoptar dos perspectivas: o bien se orienta a los fines o se funda en valores. La primera sería *consecuencialista*; la segunda, *deontológica*, esto es, fundada en valores. La adopción de una u otra perspectiva puede verse tanto en la justificación como en la crítica a ciertos institutos típicos del proceso o, incluso, en la descripción del funcionamiento de ciertos ordenamientos o en las características personales que debe reunir un juez para ejercer esa labor (Greco, 2013, pp. 61-85). Este autor propone salir de esta dicotomía entre consecuencialismo y deontologismo basado en una teoría de la virtud, definida como una buena cualidad del carácter: es la disposición para hacer la cosa correcta por la razón correcta. Es el rasgo admirable de una persona. Sugiere una lista de virtudes fundada en una moral común, de la vida diaria, que describa las características buenas o malas de una persona: sinceridad, valor, prudencia, misericordia, sabiduría; las opuestas: deslealtad, mala fe, inconstancia, crueldad, apatía o indiferencia. También insinúa que esta moral común, resulta de una "mezcla" de ambos puntos de vista: "[...] en la moral diaria, juzgamos acciones en función de si ellas son útiles o dañan, si son contrarias a un deber, justas o injustas; pero también las juzgamos por su carácter noble o vil que en sí mismas exhiben [...]". (Greco, 2013, pp. 63-64).

Dejando de lado estas teorías generales, interesa destacar aquí la posición de Amalia Amaya (Amaya, 2018) que, dicho en pocas palabras, propone establecer qué virtudes deberían poseer los individuos que deliberan genuinamente. Según señala la autora, se trata de un tema explorado por las ciencias políticas (en torno a la democracia deliberativa), por las teorías de la comunicación y de la argumentación, pero poco y nada en el ámbito del derecho, menos aún en el proceso penal. En definitiva, se trata de establecer qué virtudes facilitan la deliberación colectiva, esto es,

cuáles son necesarias para que los colegios de jueces aumenten las posibilidades de que sus decisiones sean correctas. Además, estas virtudes tienen una función correctiva y tienen implicaciones con las políticas públicas.

Pueden distinguirse distintas categorías de virtudes necesarias para la deliberación, vinculadas cada una de ellas con las distintas etapas que integran esa discusión interna de los jueces. Desde el punto de vista *epistémico*, se destacan la apertura de mente, valentía y honestidad intelectuales, y la imparcialidad; entre las virtudes *morales*, el civismo (expresado a través del buen trato), la amabilidad, el respeto mutuo, la cooperación y la templanza, en tanto ellas generan un ambiente cómodo que facilita la deliberación, esto es, la discusión: permiten exponer con comodidad las opiniones minoritarias; las argumentativas: escuchar al otro, estar abierto a modificar la posición propia, y cuestionar lo obvio; y finalmente, las virtudes comunicativas: la sinceridad, la receptividad y la claridad.

Todas estas virtudes están implicadas entre sí y fundamentan una concepción de la voluntad unitaria: la multitud sabe más que los individuos.

Además, para que la deliberación funcione correctamente, lo cual es particularmente importante para los jurados y los colegios de jueces, debe reflejar la distinta integración de la sociedad: los diferentes géneros, las razas y los sectores sociales.

En cuanto a las normas de la deliberación, ellas buscan alcanzar el consenso. Aquí las virtudes tienen el valor práctico de saber *gestionar* el desacuerdo. Además, la deliberación tiene un valor moral y político: son lugares donde se adoptan decisiones apoyadas en razones.

El ejercicio de estas virtudes facilita el entorno, mediante el respeto a la opinión minoritaria. También tienen una función correctora: tratan de evitar las distorsiones deliberativas que conducen a decisiones peores

que las individuales. Los riesgos que busca neutralizar son: la ampliación, la homogenización (reducción de la variabilidad: lo que dice el primero, el resto lo repite), la polarización de las opiniones, la dominación cuando se imponen las voces minoritarias (no hay participación sino avasallamiento).

Estas virtudes deliberativas también son útiles para atenuar los errores individuales, en tanto permiten advertir y corregir los sesgos que necesariamente carga cada individuo. Además, la epistemología de la virtud tiene una fuerte implicación para las políticas públicas y debería integrar una teoría institucional que propicie la deliberación virtuosa. En definitiva, las reglas de decisión por mayorías favorecen las virtudes de la deliberación: fomentan el respeto interno y permiten expresar opiniones diversas.

Como puede observarse en el punto II, la legislación procesal argentina no contiene ninguna regla congruente con algunas de las virtudes deliberativas analizadas por Amalia Amaya. Sin embargo, en el derecho comparado es posible encontrar reglas de ese estilo.

Así, en Alemania, la Ley de Organización de los Tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz*, en adelante GVG) regula en su § 197 el orden de la votación: "[Procedimiento para la votación] Los jueces votan de acuerdo con la antigüedad en el servicio; a igualdad de antigüedad, lo hacen según la edad; los jueces honorarios y los escabinos lo hacen por edad; lo más jóvenes votan antes que los más grandes. Los escabinos votan antes que los jueces. Si se designó un ponente, vota primero. Por último, vota el presidente [...]".

El fundamento de este párrafo se encuentra en asegurar una votación lo más independiente posible. De esta forma, los jueces con menos experiencia y los legos (escabinos) no deben orientar su decisión por la opinión de los jueces profesionales más antiguos, mayores en edad, ni por la del presidente. (Satzger, Schluckebier, Widmaier, 2016, p. 2463).

Sin embargo, la regla citada se contrapone al postulado de la jurisprudencia, que le asigna al presidente una influencia decisiva en la votación (Schünemann, 2012, pp. 1-12).

La regla podría resumirse del siguiente modo: "el más joven vota primero". La función original de esta disposición era garantizar la imparcialidad de los jueces más jóvenes, para que pudieran expresar sus opiniones con mayor libertad. Sin embargo, en la práctica puede dudarse de su efectividad. La regulación sólo alcanza al orden para votar y deja de lado la deliberación previa, donde las opiniones del presidente y de los jueces mayores en edad son largamente expuestas, y, por tanto, pueden influir sobre el juez más bisoño (Ernst, 2016, p. 191).

Por esta razón, puede aventurarse que el derecho procesal italiano regula *ambas* instancias. Franco Cordero, al analizar la "operación decisoria", señala que quienes intervienen en la deliberación lo hacen comenzando por el de menor edad.

"Los miembros del tribunal por turnos, desde el menor en edad hasta el más anciano (respecto a la carrera togada; los jueces populares en orden de edad); exponen las respectivas opiniones y votan los que opinan (art. 527, apdo. 2º). En los casos complejos la operación exige tres períodos; desfilan los que opinan; luego discuten; por último, expresan los votos [...]" (Cordero, 2000, pp. 280 y 281; y 2012, p. 1008)

¿Cómo votar? Las "cuestiones vencidas" y la historia de un malentendido. La unidad de los argumentos

La formulación de las cuestiones

Uno de los argumentos para rechazar el sistema "de las cuestiones" previsto en los códigos procesales argentinos (véase punto II) es que su aplicación puede conducir a la siguiente paradoja: pese a que todos

los jueces votan por la absolución del acusado en cada uno de los estratos de la teoría del delito, culminan, a la postre, en una condena (sentencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala de Turno, registro 742/2016).

La discusión se remonta a una antigua polémica entre dos gigantes del derecho penal alemán: Ernst Beling y Karl Binding, que aquí sólo puede presentarse en sus trazos más gruesos. La controversia giraba en torno a si el colegio de jueces debía votar las cuestiones por *los fundamentos o por el resultado*.

Pero para comprender esta disputa, conviene repasar qué planteó cada autor.

Beling trató el tema de las mayorías en dos tramos distintos del *Manual de derecho procesal penal* que había comenzado a escribir Hans Bennecke. En el estudio de la sentencia, señalaba que si era dictada por un tribunal unipersonal (*Einzelrichter*), aquélla expresaba una forma de pensar puramente individual e interna. En cambio, si se trataba de una sentencia producto de la decisión de un colegio, la situación resultaba diferente por varias razones:

- a) El proceso mental del juez individual debía socializarse mediante el intercambio de ideas, esto es, a través de la "deliberación" (*Beratung*).
- b) La voluntad individual de cada juez debía ser expresada mediante la votación, (*Abstimmung*).
- c) En virtud de la votación, la voluntad del colegio de jueces se manifestaba, como un todo, mediante un procedimiento que podía designarse como "verificación del resultado".

Para conformar la sentencia sólo estaban autorizados a participar de la deliberación los jueces profesionales en la cantidad legal establecida, ni más ni menos. "Todos los jueces profesionales participantes deben

intervenir en la votación. No están autorizados a abstenerse de votar incluso en el caso de que un juez haya sido vencido en una cuestión previa, de acuerdo con el § 197 de la GVG [...]" (Bennecke, Beling, 1900, pp. 385-387).

El presidente dirigía la deliberación, planteaba las cuestiones y contaba los votos; en cambio, si existían opiniones diversas sobre el planteamiento de las cuestiones, la decisión era del tribunal.

Por otro lado, señalaba Beling que la ley no reglaba expresamente sobre el método de la votación. Sin embargo, estaba fuera de discusión que podía realizarse de dos formas: la denominada *votación total o por el resultado* (*Totalabstimmung o Abstimmung nach dem Ergebnis*); o de acuerdo con los fundamentos (*Abstimmung nach Gründen*).

La expresión *votación total o por el resultado*, designaba el método en el cual todo el material sometido a votación era reducido a una cuestión global o general; la votación según los fundamentos se presentaba, por el contrario, cuando de manera sucesiva se votaba sobre cada elemento individual de la sentencia de tal modo que cada punto separado era objeto de votación (por ejemplo, legítima defensa, imputabilidad, etcétera).

Beling alertaba que no debían confundirse votación con deliberación. Obviamente, esta última debía estructurarse de acuerdo con cada punto individual controvertido en el debate. Sólo resultaba dudoso si, tras un completo intercambio de opiniones, debía realizarse una votación estructurada y dividida en partes o concentrada.

Luego, para mostrar la irracionalidad de la votación dividida en partes, Beling brinda el ejemplo siguiente: "[...] El sordomudo X es acusado de lesiones. De los cinco jueces de cámara, A considera que X no fue el autor; B sostiene que X actuó en legítima defensa; C considera posible que X actuara casi inconsciente por una borrachera; D tras el juicio

piensa que X actuó como consecuencia de una fuerza física irresistible mientras que E de acuerdo con el § 54, StGB niega la capacidad del sordomudo X para comprender el hecho [...]"

Si se aplicara el método de votación por una cuestión total y abarcadora únicamente de la responsabilidad penal, dominaría el criterio que impedía condenar, por lo cual, X debía ser absuelto. Pero si se hubiera votado de acuerdo con el sistema de los fundamentos, que dividía los puntos a tratar, en cada una de las cuestiones particulares ganaría por 4 a 1 la posición que condena a X. Así, se presentaba la paradoja que para los cinco jueces X debía ser absuelto, pero resultaba condenado (Bennecke, Beling, 1900, pp. 387-388).

Unos años después, en 1915, Karl Binding publicó el libro *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen (Artículos penales y procesales)*, uno de los cuales estaba dedicado a la conformación de la sentencia en los tribunales colegiados (*Beschlussfassung im Kollegialgericht*). Trató este tema sobre la base de su *teoría de las normas* y según él, la sentencia debía formarse a partir de tres pasos: la cuestión de la prueba o de la responsabilidad penal, la de la subsunción y la de la pena por imponer. La separación entre las dos primeras cuestiones era poco convencional para esa época y se explica por el trasfondo de la decisión de un jurado lego. La respuesta a la primera cuestión incluía el empleo de conceptos jurídicos dentro del interrogante que el juez profesional planteaba a los jurados; éstos debían orientarse por la pregunta formulada y despreocuparse de la ley, ya que la respuesta debía ser por sí o por no (Ernst, 2016, p. 222).

La réplica de Beling no se hizo esperar. En un artículo publicado en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (núm. 37, de 1916, pp. 365 y ss.) calificó el método propuesto por Binding como un atrevimiento puro y sus resultados inaplicables en la práctica (Ernst, 2016, pp. 224-226).

Finalmente, las ideas de Binding no cuajaron; el método de la votación total fue mantenido tanto en la StPO (ordenanza procesal penal alemana) como en la GVG, es decir, los jueces *no votan según los fundamentos sino acerca de los resultados*. Esto significa que no deben decir si existió el hecho, luego si es típico, posteriormente si es antijurídico y finalmente si el imputado es culpable. La pregunta por resolver es si *debe ser condenado* por robo, por hurto, etc. Con esto se evita la paradoja mencionada al principio de este apartado y se garantiza "[...] que se lleve a cabo la votación, de manera tal que respalde la voluntad de decisión judicial, según la mayoría exigida por la ley [...]"; "[...] de lo contrario, se podría arribar a una condena a pesar de que, p. ej., uno de los tres jueces niega la autoría, otro afirma la legítima defensa mientras que el tercero considera al acusado incapaz de culpabilidad [...]" (Roxin, 2000, p. 419).

De esta manera, si se observa bien la objeción contra "las cuestiones vencidas", no se trata de un déficit de este sistema de votación en particular, sino de uno más general: el punto es *cuáles son y cómo se plantean las cuestiones que debe resolver el grupo de jueces que intervino en el debate*. En definitiva, se trata del problema que, en un fecundo e iluminador trabajo, Farrell denomina de las "meta cuestiones" que de por sí no conducen a descartar este método de deliberación y votación (Farrell, 2003, pp. 1161).

La unidad de fundamentos, la coherencia interna y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Otra de las tachas dirigidas a la votación por cuestiones surge de la aplicación de la *regla del mayor número* que determina la ausencia de coherencia en la fundamentación; además, quebrantaría el sometimiento exclusivo del juez a la ley, en favor de la ciudadanía y derivado de la garantía de independencia, impuesto por el principio de división de poderes. Por razones de espacio, trataré aquí únicamente la primera de las objeciones mencionadas.

El punto central para responder a esta crítica pasa por definir si la decisión del caso, y más precisamente la sentencia, es una competencia asignada a *cada juez en particular* o al *órgano colegiado*, ideas que se corresponden con concepciones enfrentadas en la tradición jurídica occidental. Para la primera, *cada juez es llamado a resolver el caso* ("decir el derecho") y si entre ellos no coinciden en la solución y sus fundamentos, cada "voto" equivale a una sentencia que permanecen una al lado de otra y entre ellas habrá que buscar la mayoría que resuelva el caso. Entonces, la decisión será común, pero no sus fundamentos. Por el contrario, en un verdadero colegio de jueces se busca que la sentencia sea un producto "supraindividual" obtenido mediante la deliberación y la votación (Ernst, 2012, pp. 637-648; Morgenstern, 2012, p. 3).

En este punto, resulta importante analizar, brevemente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha exigido una *comuni3n de argumentos* entre los votos que integran las sentencias dictadas por tribunales colegiados.

Este examen debe emprenderse con algunas cautelas. La pretensi3n de extraer alguna regla o consecuencia a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema enfrenta serios obst3culos, algunos de ellos propios del sistema jur3dico argentino (basado fundamentalmente en la ley y el desconocimiento del funcionamiento del *precedente*, propio del sistema anglosaj3n del *common law*) sumado a la manera en que se valoran e interpretan sus decisiones. Adem3s, deben tenerse especialmente en cuenta las precauciones imprescindibles cuando se pretende extraer de una decisi3n judicial conclusiones generales. Las sentencias, a diferencia de las leyes, resuelven casos concretos, constituidos por circunstancias del pasado, es decir, por hechos que, junto con lo pedido por las partes, limitan la competencia de los tribunales. Por esto, ellos no resuelven cuestiones te3ricas y hay que prestar particular atenci3n a los hechos que motivaron el caso, ya que de ellos depende la soluci3n que se alcanz3. De all3 que las sentencias no puedan interpretarse como leyes, abstray3ndolas de las espec3ficas circunstancias que motivaron el pronunciamiento. Adem3s, para arriesgar la formulaci3n de una regla

o principio general deben acumularse una serie de casos análogos resueltos del mismo modo. Debe quedar claro que una sentencia de la Corte Suprema no tiene la fuerza normativa de una ley sancionada por el Congreso de la Nación, y no constituye una norma de carácter general de seguimiento obligatorio por los jueces. (Garay, 2012, pp. 110-112).

En esta materia, y con respecto a la regla de la mayoría, la Corte Suprema ha exigido en sucesivos precedentes y con uniformidad la necesidad de *coincidencia sustancial de razones* entre los jueces que sentencian como integrantes de un tribunal colegiado. Así lo hizo en las causas "Laconi" del 27.06.1989, Fallos 312:1059; "Mario Abel Amaya", Fallos 316:609; "Abbondio", Fallos 331:241; "Cámara Argentina de Bases de Datos", Fallos 332:1663; "A, L. c/ G.C.B.A s/ amparo", del 24.05.2011, Fallos 334:490; "Della Savia" del 30.08.2011; "García" del 01.09.2012, Fallos 335:1163; "Eraso" del 18.12.2012; "Falabella" del 11.12.2014; "Diego" del 16.06.2015, Fallos 338:474; "Bustamante de Martini" del 24.11.2015, Fallos 338:1335; "Comita" del 28.06.2016, Fallos 339:873; "Automóviles Saavedra" del 3.03.2017, Fallos 340:611; entre muchos otros.

El problema es que la misma Corte no ha dicho qué alternativas quedan cuando no se alcanza esa coincidencia sustancial, por lo que es posible pensar que el modelo de sentencia que propone el Máximo Tribunal *se parece más al de un juez unipersonal* (Garay, 2013, pp. 178-191; Morgens-tern, 2016, pp. 211-248). De ahí que, pese a esta jurisprudencia, el método de las cuestiones *por el resultado o total* aparezca como el más adecuado, en general, para resolver en los tribunales colegiados, y en particular, en el supuesto más difícil: cuando el colegio se encuentra bloqueado, pues sus integrantes no logran acordar la solución del caso.

La falta de unanimidad y los votos disidentes: ¿condena por unanimidad?

La ausencia de regulación del modo de votar en la deliberación en el CPPF, ley 27.482, conduce también al interrogante por el voto disidente,

es decir, si es posible. Para resolver el punto, el mismo CPPF, en su artículo 20, brinda una guía: "Motivación. Las decisiones judiciales deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen...Si se trata de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales, cada uno de sus miembros debe fundar individualmente su voto, salvo que adhiera a los motivos expuestos por otro miembro. La adhesión a los fundamentos de otro no permite omitir la deliberación [...]".

De esta caracterización de la motivación de la sentencia puede deducirse que el legislador adhirió a una concepción donde los jueces aportan individualmente a la decisión grupal. Sin embargo, nada dice sobre la *exigencia de unanimidad de votos y fundamentos y qué hacer cuando no hay acuerdo entre los jueces*. En este aspecto, el artículo 26 del decreto-ley 1285/1958 (de organización de los tribunales y ratificado por la ley 14.467) tampoco resulta aplicable, pues de su texto se desprende claramente que no fue pensado para el caso de los jueces que intervienen en un debate oral y público, y sin solución de continuidad, que una vez terminado el mismo, pasan a deliberar y dictar sentencia. Este texto señala: "Las decisiones de las cámaras nacionales de apelaciones o de sus salas se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los Jueces que las integran, siempre que éstos concordaran en la solución del caso. Si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener mayoría de opiniones. Si se tratara de sentencias definitivas de unas u otras en procesos ordinarios, se dictarán por deliberación y voto de los jueces que las suscriben, previo sorteo de estudio. En las demás causas las sentencias podrán ser redactadas en forma impersonal [...]"

Un ejemplo de una regla que detalla con mayor precisión la deliberación y establece la regla de la mayoría tanto para la decisión como para sus fundamentos es el artículo 20 del Anteproyecto de CPP de la Provincia de Tierra del Fuego, basado a su vez en la reforma planteada por el gobierno federal, dentro del proyecto denominado "Justicia 2020".

La ambigüedad de la ley 27.482 admite como una de sus interpretaciones válidas que las decisiones *deben ser tomadas por unanimidad, lo que regiría exclusivamente para la condena*. Esta imposición de *decisiones unánimes* podría deducirse del texto del artículo 269, en tanto determina obligatoriamente continuar con la deliberación hasta que los jueces alcancen una decisión, lo que parece indicar que se asigna al colegio de jueces la competencia para la decisión. Sin embargo, esto resulta contradictorio con el artículo 20 recién transcrito, en tanto parece indicar lo contrario: allí la competencia para sentenciar es individual de cada juez.

Sin embargo, esta interpretación se contrapone con algunos escollos insalvables: desde el punto de vista de las virtudes de la deliberación, otorga un verdadero poder de veto al juez que sustente la posición minoritaria, pues basta con que no esté de acuerdo para que su voluntad se imponga al resto (Coloma, 2014, p. 420). También desde el punto de vista del civismo constituye un retroceso, porque desaparecen los incentivos para intercambiar razones e intentar convencer al disidente. Del mismo modo, se afectan las virtudes argumentativas: escuchar al otro, modificar la posición, cuestionar lo obvio. Por último, se afecta igualmente a la regla de la mayoría, en tanto resulta imposible gestionar el desacuerdo.

Por lo demás, suponer la exigencia de unanimidad no se corresponde con la tradición legislativa argentina, lo cual, si bien es un argumento de autoridad, tiene peso, pues solamente una regla de ese tenor ha sido establecida en algunos de los códigos procesales que establecen el juicio por jurados. De aquí que una decisión de este calibre requiera un texto legal que estableciera *expresamente* que la condena debiera obtenerse por unanimidad.

De ahí que lo más razonable sea sostener la regla de la mayoría con una decisión adoptada sobre la base de cuestiones *por el resultado*. Ello implicaría una nueva forma de redactar las sentencias, de un modo más sencillo y basadas en un esfuerzo compartido por todos los jueces.

Bibliografía

Amaya, A. (2018). Virtudes, deliberación colectiva, y razonamiento probatorio en el Derecho, ponencia presentada en el *II Congreso de la colección Filosofía y Derecho. Congreso Mundial sobre Razonamiento Probatorio*, organizado por la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona, 6, 7 y 8 de junio de 2018, Girona, España.

Amaya, Amalia y Lai, Ho Hock (comps.) (2013), *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing: Oregon.

Beade, G. (2017), *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Marcial Pons: Madrid.

Bennecke, Hans y Beling, Ernst, *Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts*, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau. 1900

Clariá Olmedo, J. (2009), *Tratado de derecho procesal penal*, t. VI, Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires.

Coloma, Rodrigo, *Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la "duda razonable"*, revista *Política Criminal*, vol. 9, núm. 18 (diciembre de 2014), art. 4, pp. 400-427, en particular, p. 420, accesible en: «www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A4.pdf».

Cordero, Franco (2000), *Procedimiento penal*, traducción de la segunda edición italiana por Jorge Guerrero, t. II, Temis, Bogotá.

_____ (2012), *Procedura penale*, 9a. ed., Giuffré, Milano.

Díaz Cantón, Fernando (2018), "La motivación de la sentencia condenatoria y del veredicto del jurado y sus posibilidad de revisión", en *Revista de Derecho Penal*, cita online AP/DOC/283/2018.

Ernst, Wolfgang (2016), *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten. "Group choice" in europäischen Justiztraditionen*, Mohr Siebeck, Tübingen.

_____ (2012), *Abstimmen über Rechtserkenntnis. Gedanken zur Entscheidungsfindung im Richterkollegien*, (Votar sobre el conocimiento del derecho. Reflexiones sobre la toma de decisiones en el colegio de jueces), revista *Juristen Zeitung* (JZ).

Farrell, Martín D., *La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos*, La Ley 2003-F.

Favarotto, Ricardo y Simaz, Alexis L. (2013), *El juicio penal bonaerense*, Ediar, Buenos Aires.

Ferrante, Marcelo (2013), *Filosofía y derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

Garay, Alberto F. (2013), *La doctrina del precedente*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Gargarella, Roberto (2016), *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Siglo XXI, Buenos Aires.

Greco, Luis (2013), *Tugend im Strafverfahren* ("Virtud en el proceso penal"), en Mark A. Zöller, Hans Hilger, Wilfried Küper y Claus Roxin (comps.), *Gesamte Strarechtswissenschaft in internationalen Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Duncker & Humblot, Berlín.

Harfuch, Andrés (2019), *El veredicto del jurado*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

Herbel, Gustavo (2014), *Derecho del imputado a revisar su condena. Motivación del fallo y derecho al recurso a través de las garantías constitucionales*, Hammurabi, Buenos Aires.

Legarre, Sebastián (2016), *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

Maier, Julio B. J. (2015), *Derecho procesal penal. Parte general. Actos procesales*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires.

_____ (1996), *Derecho procesal penal. Parte general*, t. I, 2a. ed., Editores del Puerto, Buenos Aires.

Morgenstern, Federico, *Sentencias de tribunales colegiados: problemas relacionados con la formación de mayorías*, "La Ley", cita online AP/DOC/4312/2012.

_____, "Mayorías ficticias, derecho deteriorado y derechos afectados: cuando los tribunales pluripersonales son disfuncionares", en Leonardo Pitlevnik (dir.) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 13.

Núñez, Ricardo C. (1986), *Código procesal penal. Anotado*, 2a. ed., Marcos Lerner, Córdoba.

Pastor, Daniel (2010), *El deber judicial de motivar las condenaciones*, en AA.VV., *Reflexiones sobre el procedimiento penal. Una tarde con Julio Maier*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

Pérez Barberá, Gabriel (2014), *Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución*, Indret 4/ 2014, Barcelona, octubre de 2014.

Roxin, Claus (2000), *Derecho procesal penal*, traducción de la 25a. edición alemana de Daniel Pastor y Gabriela Córdoba, bajo la dirección de Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires.

Satzger, Helmut y Schluckebier, Wilhem y Widmaier (2016), *Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK. Kommentar*, 2a. ed., Carl Heymanns, Köln.

Schünemann, Bernd, *Die Vorsitzende Krise im 2. Und 4. Strafsenat des BGH im Lichte der Verfassungs-garantie des gesetzlichen Richters*, Zeitschrift für internationale Dogmatik, ZIS online, «www.zis-online.com», ZIS 1-2/2012-I.

Waldron, Jeremy (2018), *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, edición al cuidado de Juan F. González Bertomeu, Siglo XXI, Buenos Aires.

**GESTIÓN DEL DESPACHO
JUDICIAL PARA MEJORAR
LA EFECTIVIDAD DEL
SISTEMA DE JUSTICIA**

Algunas prácticas de gestión y organización judicial en el Centro de Justicia Penal Federal en Tamaulipas, con residencia en Ciudad Victoria, México

Eucario Adame Pérez*

Presentación

Este trabajo documenta algunas prácticas adoptadas en el área de gestión judicial en el Centro de Justicia Penal Federal en Tamaulipas, México, con sede en Ciudad Victoria. No tiene un fin prescriptivo sino descriptivo y muestra las razones que motivaron a adoptar dichas prácticas, así como el efecto sustantivo que tuvieron en la operación del proceso penal acusatorio.

Con ello se pretende que sean los propios lectores quienes determinen si las soluciones adoptadas podrían considerarse adecuadas y congruentes con los fines del sistema de justicia.

También hay que decir que ninguna de ellas habría tenido lugar y eficacia —si es que es posible reconocerle alguna— sin la comprensión y el

* Juez de Distrito en Torreón, Coahuila, México.

apoyo de los jueces José Luis Hernández Hernández, Raymundo Serrano Nolasco y Ricardo Ignacio Rivera Pacheco, con quienes compartí adscripción en el Centro de Justicia en Tamaulipas y fueron siempre respetuosos e impulsores de las decisiones que en el área correspondiente a gestión judicial me correspondió adoptar desde el inicio de funciones del Centro de Justicia y en los años posteriores, prácticas que incluso ellos mismos mantuvieron y perfeccionaron con la mejor de las voluntades cuando por virtud de la rotación les tocó el turno de sustituirme y asumir la función de juez-administrador.

Introducción

Imaginemos el sistema acusatorio en tres dimensiones interdependientes.

A una podríamos llamarla *dimensión epistemológica*. En ella campea la categoría del hecho (inserta en la imputación) como objeto de un mecanismo de verificación o comprobación (constituido por el procedimiento en sus distintas etapas) y el principio de presunción de inocencia funge como una duda metódica a la que hay que apegarse para evitar que la verificación resulte sesgada y pierda eficacia. Aquí también cobran absoluta significación las reglas de la lógica como estándares racionales de formación de una convicción sobre la veracidad del hecho, a la que se llega —sí y solo sí— tras el descarte de toda duda razonable.

A una segunda perspectiva podríamos llamarle *dimensión constitucional*. En ésta, por citar los mismos ejemplos, el hecho se convierte en garantía de seguridad jurídica de las partes involucradas y en base indispensable del derecho del imputado a la defensa adecuada. Aquí la presunción de inocencia se desdobra en otras vertientes, como la de regla de trato procesal o la de carga probatoria y cobran funcionalidad los sistemas de garantías y de nulidades y, en general, el procedimiento no sólo se comprende como un mecanismo de verificación o comprobación sino también como un conjunto de aseguramientos instrumentales de diversos derechos humanos.

Pero también es posible concebir una tercera perspectiva, a la que podríamos llamar *dimensión política*, no en el sentido corriente de la expresión *política*, sino entendiéndola como acción encaminada al cumplimiento de un fin del Estado.

En esta última dimensión se puede percibir que el movimiento de reforma procesal penal latinoamericano iniciado en Guatemala en 1994 y que avanzó en México a partir de 2006, es un gran proyecto del garantismo penal que se desarrolla en dos vertientes principales.

La primera se concreta en el diseño y realización de un modelo procesal penal propio de un Estado de derecho (Gómez Colomer, 2008), que busca soterrar la persecución penal inquisitorial, secreta, escritural, vertical y decisionista, además de separar terminantemente las funciones del juez y del acusador, fines que se reflejan en el contenido de las disposiciones procesales.

En su segunda vertiente, el movimiento de reforma procesal penal latinoamericano promueve nuevos modelos —republicanos— de gobierno judicial, que fortalezcan la independencia del juez y redignifiquen la función jurisdiccional, entre otras medidas, al liberarlo de todas aquellas tareas que no corresponden a su función de juzgar, de operar el sistema de garantías, de decidir quién es culpable y quién va o no a la cárcel.

Es precisamente en esta dimensión política donde se anclan los nuevos modelos de gestión judicial que han venido acompañando al movimiento de reforma a la par de la reconfiguración del proceso penal en América Latina.

En el caso de los Centros de Justicia Penal Federal en México, el primer anuncio de un nuevo modelo de gestión operativa se efectuó en el Plan Maestro para la Implementación de la Reforma Penal en el Consejo de la Judicatura Federal (2013); y en 2014 se emitió el Acuerdo General 36/2014 del Pleno de dicho Consejo como primera regulación de los órganos jurisdiccionales del sistema penal acusatorio en el ámbito federal.

El Acuerdo separó a los jueces de las funciones de soporte, atención al público, acreditación de periodistas, recepción, registro y turno de correspondencia y asuntos; programación y gestión óptima de audiencias, notificaciones, logística, servicios de información, acciones de coordinación con otras autoridades, seguridad, traslado y presentación de personas, así como del nombramiento de personal operativo, las cuales se atribuyeron a un administrador, a su vez nombrado por la Comisión de Administración del Consejo de la Judicatura Federal y dependiente de ésta.

En cuanto a los jueces, el Acuerdo estableció que su competencia sería para conocer de los procedimientos establecidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en los términos del propio Código, como jueces de Control o de Enjuiciamiento.

No obstante, el 4 de marzo de 2015, el Consejo de la Judicatura Federal consideró que la *naturaleza especializada de las labores de los administradores* imponía que se realizaran por los propios juzgadores *por la experiencia adquirida* y estableció que, en lo sucesivo, la función de administrador se desempeñaría también por un juez, que sin embargo no podría realizar funciones jurisdiccionales salvo en suplencia de la ausencia de otro juez y a condición de fundar y motivar su intervención (Acuerdo General 10/2015).

Posteriormente se emitió el Modelo de Gestión Operativa de los Centros de Justicia Penal Federal, versión 1.0, en 2016.

Este documento delineó procesos críticos de gestión de los Centros de Justicia categorizados en tres tópicos: los orientados al soporte, que comprendieron los procesos de gestión tecnológica, de recursos y de capital humano; los orientados al justiciable, en los que fueron encuadrados los procesos de atención al público, el trámite judicial y la celebración de

audiencias; y los orientados a la gestión, tales como los procesos de dirección, documentación, información y mejora continua.

Aunque el modelo pautó el paso a paso de procesos tales como los de documentación, trámite judicial o programación de audiencias, lo hizo primordialmente desde una visión eficientista —dicho en el sentido positivo de la expresión— pero no necesariamente se propuso lograr eficacia, en el sentido de delinear procesos que más allá de marcar el cómo, mantuvieran relación con el cumplimiento de los fines, principios o características sustantivas del sistema, si bien la oralidad fue claramente un punto de partida para el diseño del paso a paso.

Además, como el desarrollo de los procesos se construyó a partir de la experiencia de los primeros ocho Centros de Justicia en funcionamiento y en relación con un sistema informático de gestión que posteriormente fue sustituido por uno propio del Poder Judicial de la Federación, pronto resultó parcialmente obsoleto para los Centros de Justicia que entraron en funciones con posterioridad e incluso para los que participaron en su elaboración.

Es este contexto, el 14 de junio de 2016 entra en funciones el Centro de Justicia Penal Federal en Tamaulipas, con residencia en Ciudad Victoria (Acuerdo General 31/2016); y si bien, el desarrollo de los procesos aprovechó las pautas dadas por el Modelo de Gestión 1.0 y la capacitación que con base en el mismo obtuvieron los integrantes del personal de apoyo y operativo, en lo que este no regulaba se generaron áreas de oportunidad para el desarrollo de prácticas encaminadas al funcionamiento eficiente y eficaz del sistema acusatorio, entendiendo por lo primero, que las labores de gestión y jurisdiccionales se realizaran con el menor consumo de recursos posibles y por lo segundo, que afianzaran los fines sustantivos del sistema acusatorio.

Son algunas de esas prácticas las que se enuncian enseguida.

Pequeñas acciones contra la reconstrucción de la cultura del expediente

Muchas prácticas adoptadas en las oficinas judiciales, de gestión o administración de los Centros de Justicia, están relacionadas con el cumplimiento directo de las características y principios que la Constitución mexicana atribuye al proceso penal en su artículo 20.

En este sentido, en el caso del Centro en Ciudad Victoria, Tamaulipas, acciones tan simples como coordinar con los Fiscales el que suprimieran de sus solicitudes de audiencia de control de detención la narrativa de los hechos en que la detención había acontecido, es ejemplo de un paso sencillo pero determinante en la eficacia del sistema, porque aseguró que la primera noticia que los jueces tuvieran sobre la sustancia de la detención a controlar, se le diera por el fiscal oralmente, en la sala de audiencias y con presencia de las demás partes, dando eficacia plena a lo que dispone la Constitución al respecto.

Pero existen otras prácticas que sin tener en apariencia sentido opuesto a los principios del sistema, van en contra de sus fines: tal es el caso de la reconfiguración del *expediente judicial*.

La cultura del *expediente judicial* es un conjunto de prácticas de la tradición inquisitorial que conforman una estructura de funcionamiento objetivas y subjetivas, pues existe tanto en el exterior como en el espíritu de quien lo fabrica por rutina, convicción o sin conciencia de lo que hace, cuya fuerza estructural se manifiesta en el carácter sacramental de prácticas tales como custodiar, coser, foliar, como si fuera un objeto de culto y las fallas en su mantenimiento (falta de firmas, pérdida, errores en la foliatura, etc.) se consideran faltas graves en el funcionamiento de la justicia penal (Binder, 2014).

El expediente es un gran defecto derivado del carácter escritural del proceso penal y su sola existencia impide la intermediación, ya en su

vertiente de concurrencia de las partes y el juez en el mismo lugar y momento para la solución del conflicto, o en su vertiente de que el juez presencie el desahogo de la prueba y le otorgue valor o la demerite según su apreciación directa.

Por otro lado, como la escrituralidad permite resolver sin presencia de las partes, el riesgo de que la investigación o el proceso llegue a puntos definitorios sustanciales en secreto o con desconocimiento de las partes, se incrementa.

Asimismo, el modelo escritural también tiene su razón de ser en el carácter delegado de la justicia, propio de sistemas monárquicos, donde siempre tiene lugar la revisión de la decisión judicial en toda su sustancia por un superior, lo que no encuentra dificultad alguna cuando la decisión se toma con base en papeles que pueden ser revisados de nueva cuenta sin mayor esfuerzo por un tribunal de segunda instancia.

Por esas razones jurídicas y políticas la reforma procesal penal rechaza el escriturismo y propone la oralidad como característica de un nuevo modelo de enjuiciamiento penal y en absoluta congruencia con ello, el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la reforma de 2008, así lo ordena.

No obstante, en virtud de que el artículo 16 constitucional mantuvo la exigencia de *mandamiento escrito* como garantía instrumental del derecho humano a la seguridad jurídica, al expedirse el Código Nacional de Procedimientos Penales se estableció, en su artículo 67, la necesidad de que algunas decisiones judiciales adoptadas oralmente en audiencia pública, constaran por escrito.

Asimismo, el Código estableció que la etapa intermedia —o de preparación de juicio— se dividiera en dos fases, una de ellas escrita, relativa a actos previos a la audiencia intermedia, tales como la presentación de la acusación o la contestación a la misma por la parte del imputado.

La necesidad de preservar dichas constancias y documentar el trámite, dio lugar a la integración de un expediente, al que se denominó inicialmente *carpeta administrativa* y posteriormente *carpeta judicial*, cuya integración física llevó a los primeros jueces a preguntarse, cuando menos, si dicha carpeta tenía alguna eficacia jurídica y si por tanto debía cumplir con formalidades tales como estar foliada, rubricada, entresellada o tramitarse por duplicado ante la posibilidad de que el Tribunal de Alzada pudiera requerirla para resolver recursos en segunda instancia.

Además, también al inicio de la operación del sistema en el ámbito federal pronto aparecieron planteamientos acerca del alcance y la extensión de las versiones escritas de las resoluciones judiciales a que se refiere el artículo 67 del Código Nacional de Procedimientos Penales y tanto los primeros jueces operadores del sistema, como los órganos de segunda instancia y los de amparo, empezaron a explorar dos posibilidades: realizar un *acta mínima* o mera constancia de la toma de la decisión en audiencia o realizar una resolución que cumpliera las formalidades de cualquier resolución escrita, aunque sin rebasar el sentido, los motivos y fundamentos de la decisión tomada en audiencia.

Por fortuna, mediante acuerdo conjunto del Consejo de la Judicatura Federal y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en diciembre de 2015 (Acuerdo General Conjunto 1/2015), se consideró que los artículos 50, 51, 52, 71, 83, 85, 87 y 145 del Código permitían el uso de las tecnologías de la información para la integración de carpetas digitales relativas a las causas penales y a la práctica de notificaciones electrónicas, así como el uso de firmas digitales, por lo que en el propio Acuerdo se sentaron las bases para la tramitación electrónica del proceso penal acusatorio, además de que ya desde el inicio de operaciones de los primeros Centros de Justicia, funcionaba un sistema de interconexión con la hoy Fiscalía General de la República, a través del cual generalmente los fiscales realizaban puestas a disposición, solicitud de audiencias y la presentación de promociones, todo de manera electrónica.

Fue en ese contexto, que el 9 de junio de 2016 el Consejo de la Judicatura Federal creó y determinó el inicio de funciones del Centro de Justicia Penal Federal en Ciudad Victoria, Tamaulipas (Acuerdo General 31/2016) y como en su artículo 10 preveía la posibilidad de establecer medidas de organización internas, en relación con la integración de la carpeta administrativa o judicial, se plantearon internamente los siguientes objetivos:

1. Evitar que la carpeta administrativa se convirtiera en objeto de revisión de las decisiones judiciales por los órganos de segunda instancia o de justicia constitucional, en lugar de los registros de audio y video de las audiencias y las versiones escritas cuando la ley las requería.
2. Relegar la integración física (en papel) de la carpeta administrativa o judicial a una cuestión secundaria y sin ninguna eficacia jurídica, en lugar de que alentarán la lógica que la carpeta administrativa o judicial debería corresponder o seguir el mismo proceso y fin de la integración de un expediente escrito característico del sistema procesal penal abandonado (foliado, sellado, rubricado, completitud, etcétera.)
3. Maximizar el aprovechamiento de los sistemas de tramitación y documentación electrónica puestos a disposición por el Consejo de la Judicatura Federal.
4. Priorizar la integración del expediente electrónico en el sistema informático de gestión (Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes) como proceso de documentación del trámite del proceso penal acusatorio.
5. Promover entre las partes el uso de la firma electrónica y el Portal de Servicios en Línea del Poder Judicial de la Federación para la presentación de promociones y el acceso al expediente electrónico.¹

¹ Sobre este particular, cabe mencionar que apenas hasta 2019 el Instituto Federal de Defensoría Pública conminó a los defensores y asesores jurídicos a obtener su firma electrónica autorizada y hacer uso del Portal de Servicios en Línea para la consulta del expediente electrónico y la presentación de todas las solicitudes y promociones en las causas penales en que intervienen.

Esto se tradujo en que con cada solicitud electrónica recibida, no relacionada con una causa ya iniciada en el Centro, se generaba un expediente electrónico en el sistema informático (Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes).

El proceso de integración del expediente electrónico comenzaba con el registro de la solicitud electrónica que lo originaba y con la elaboración e integración del acuerdo respectivo, también en formato electrónico, a través del sistema de gestión, y así sucesivamente con cada promoción que ameritara un pronunciamiento por parte del juez-administrador o una versión escrita derivada de una decisión en audiencia.

De igual forma el juez-administrador, el asistente de despacho judicial, los auxiliares (escribientes) de despacho, así como el notificador, realizaban la corrección de los proyectos de acuerdos directamente en el archivo electrónico (compartiéndolo a través de una carpeta de red, por correo electrónico, por mensajería de intranet, etc.), en lugar de imprimirlo, revisarlo y corregirlo en papel.

En cuanto a las versiones escritas a que se refiere el artículo 67 del CNPP, se integraban exclusivamente al expediente electrónico, salvo en el caso en que por no estar el sistema informático en funcionamiento, fuera necesario realizarla y firmarla impresa en papel, caso en el cual se conservaban en la carpeta administrativa y luego se integraba una reproducción digital de la misma al expediente electrónico.

Esto redujo sustancialmente el contenido de las carpetas administrativas o judiciales, las que se conformaron en lo sucesivo básicamente con una impresión de la solicitud originaria de la causa o procedimiento y los acuses arrojados por el sistema de gestión sobre la integración de acuerdos electrónicos, versiones escritas, resoluciones y sentencias al expediente electrónico, así como los acuses de generación de audiencias en dicho procedimiento; y también se conservaban en la carpeta administrativa las promociones o solicitudes recibidas físicamente (impresas en papel)

por oficialía de partes, así como las constancias de notificación y otras cuestiones meramente administrativas, como constancias de entrega de copias auténticas de registros o de certificados de depósito.

Asimismo, con independencia de que se recibieran por medios electrónicos se siguieron conservando impresas en la carpeta administrativa el escrito de acusación, el de coadyuvancia de la víctima u ofendida, si la había, y la contestación de la acusación, con el propósito de que estuvieran fácilmente disponibles para los jueces en funciones de Control, antes de la celebración de la audiencia intermedia.

El hecho de que la carpeta administrativa quedara integrada en esos términos, también obligó a la elaboración de listas de control y seguimiento de los procesos, ya que tradicionalmente la completitud en la integración del expediente era útil para ese propósito, sin embargo, el control del estado y seguimiento del proceso a través de listas resultó más eficiente, pues bastaba revisar las listas en lugar de revisar los expedientes y, de ser necesario, el objeto a revisar era el expediente electrónico integrado en el sistema de gestión y no la carpeta administrativa.

Desde luego, se tuvieron que adoptar procesos para cumplir con los envíos de registros de audio y video de las audiencias, así como de las versiones o resoluciones escritas a los tribunales de segunda instancia o de amparo, para el análisis y la resolución de los recursos que llegaran a interponerse (aun cuando posteriormente fue posible hacer disponible el expediente electrónico para los órganos de Alzada o incluso de Amparo) caso en el cual, de las actuaciones que integraran el expediente electrónico se obtenían las descargas necesarias de las actuaciones o constancias requeridas, en formato PDF, y se enviaban al órgano que las requería en forma digital o impresa cuando así se solicitaba, junto con los registros de audio y video de la o las audiencias correspondientes.

A fin de cumplir con los requerimientos y las formalidades propias de los procedimientos escritos, aplicables a las apelaciones y los juicios

de amparo, las copias auténticas que se remitían sí se foliaban, entresellaban y rubricaban, aun cuando en todos los casos la copia auténtica de las actuaciones autorizadas con firma electrónica, incluían la evidencia criptográfica de validación de la firma electrónica que la autorizaba.

Con esto se logró reducir el tamaño de las carpetas administrativas, anular la lógica de integración de un expediente en papel, terminar con los requerimientos de los órganos de Alzada o de Amparo para que se les remitiera un "expediente de la causa" y reducir el consumo de papel y tinta de impresora; aunque cabe reconocer que, especialmente en cuanto a las partes que no contaban con un usuario y firma del Portal de Servicios en Línea, pudo complicarse el acceso a la consulta de las versiones escritas y acuerdos o resoluciones solamente integrados al expediente electrónico, problemática que se solucionó disponiendo que el notificador enviara en esos casos las constancias o actuaciones por correo electrónico al momento de notificarlas.

Poniendo freno a la lógica del trámite

La *lógica del trámite* se manifiesta en la propensión de los operadores del sistema a demoler la oralidad evitándola ahí donde las cosas pueden solucionarse por un papel, pasando de una justicia de jueces y audiencias a una justicia de tramitados y papeles. (Binder, 2015)

En este contexto, otra área de oportunidad detectada fue la relativa al trámite y resolución de las solicitudes de prórroga al plazo de investigación complementaria, respecto de las cuales la experiencia de los primeros Centros de Justicia (luego confirmada en el Centro de Justicia Penal Federal en Ciudad Victoria), indicaba que en la mayoría de los casos no había oposición de la contraparte de quien la solicitaba, por lo que la programación en automático de una audiencia para resolver al respecto llevaba a la celebración de audiencias en las que no había contradictorio y la intervención del juez se limitaba a autorizar la prórroga sin necesidad de resolver debate o controversia alguna.

Pronto entre los jueces de los diversos Centros de Justicia se planteó la posibilidad de que ese tipo de solicitudes se resolvieran por acuerdo escrito, incluso, por el juez-administrador y sólo excepcionalmente, cuando había controversia, se programaría audiencia ante el juez de Control, para lo cual, recibida una solicitud de prórroga, se corría traslado a la contraparte para que en un término de tres días se pronunciara, también por escrito, sobre su conformidad u oposición. De estar conforme, se emitía posteriormente un acuerdo escrito en que se autorizaba la prórroga y, de no estar conforme, se emitía un acuerdo escrito en que se ordenaba la programación de una audiencia que, por las vistas y traslados, se celebraba cuando menos una semana después de recibida la solicitud de prórroga, incluso ya con posterioridad a la fecha en que debería haber concluido el plazo de investigación complementaria.

En el caso del Centro de Justicia Penal Federal en Ciudad Victoria, Tamaulipas, fue claro que dicho trámite evitaba la programación y celebración de audiencias vacuas, pero también que existía una posibilidad de ir más allá y lograr un tratamiento más eficiente del asunto desde el área de despacho o gestión judicial.

Consecuentemente la solución adoptada consistió en que con cada solicitud de prórroga al plazo de investigación complementaria se corría traslado a la contraparte para que, en un plazo de 48 horas, expresara si estaba conforme o no con dicha solicitud, en el entendido de que, de expresar su conformidad la prórroga, ésta se entendería autorizada por el tiempo solicitado sin necesidad de acuerdo posterior; y, de expresar su inconformidad contra la prórroga pedida o no hacer manifestación alguna en el plazo referido, también sin necesidad de acuerdo posterior se generaría la audiencia ante el juez de Control, a la que se le citaría oportunamente.

Con esta solución, basada esencialmente en las reglas del sistema de convalidaciones previsto en el artículo 100 del CNPP, no sólo se cumplió el mismo fin de evitar la celebración de audiencias vacuas sino también

evitar que esto se tradujera en trasladar esa vacuidad al trámite por escrito mediante la emisión de acuerdos innecesarios o cuyo contenido quedó concentrado en uno solo, disminuyendo también la carga que en la diversa forma de proceder se generaba para el notificador del Centro de Justicia.

Posteriormente, esta misma práctica se implementó para la solución de otros trámites, como el del recurso de apelación, que originalmente generaba un acuerdo para tener por interpuesto el recurso y ordenar el traslado a la contraparte, otro acuerdo en que se recibían los alegatos y otro más para ordenar la remisión del recurso y constancias al Tribunal de Alzada; trámite que se redujo a un solo acuerdo en el que se tiene por interpuesto el recurso, se ordena correr traslado y que, una vez transcurrido el plazo y con alegatos formulados o sin ellos cuando no se formularon, se ordena la remisión de los registros, el recurso y demás constancias al Tribunal de Alzada sin necesidad de acuerdos posteriores.

Así se logró que las actuaciones por escrito, aunque necesarias para evitar audiencias sin contenido, se mantuvieran en un margen mínimo.

Aprovechando los sistemas informáticos de gestión judicial en un entorno de riesgo para el personal

Tamaulipas, por su posición fronteriza con los Estados Unidos de América, es territorio de paso para el tráfico de drogas, de personas y de armas, además de que por ser una entidad productora de petróleo y gas natural, también sufre la presión de la delincuencia organizada en materia de hidrocarburos, todos estos delitos de competencia federal.

Hacer justicia en ese contexto puede resultar riesgoso, no sólo para los jueces, fiscales, defensores, imputados o víctimas, sino también para otros servidores públicos relacionados con el trabajo jurisdiccional, como el personal de las oficinas judiciales o de gestión de los Centros de Justicia.

Por ello, algunas medidas adoptadas en el Centro tuvieron como objetivo evitar la programación de audiencias en altas horas de la noche o la madrugada salvo cuando resultaba imperativo hacerlo por tratarse de cuestiones urgentes o de término; y en este último supuesto, posibilitar el desempeño de las funciones operativas, especialmente en horas de la noche o de la madrugada, disminuyendo el número de personal que acudiera para ello a la oficina judicial.

Para ese propósito se echó mano de la facultad que se otorga a los jueces para autorizar la realización de trabajo a distancia, en términos del artículo 5, del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal que establece las disposiciones en materia de actividad administrativa de los órganos jurisdiccionales (2014), mediante el uso del correo electrónico oficial, el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes y la firma electrónica certificada del Poder Judicial de la Federación.

Como se ve, el contar con sistemas informáticos de gestión judicial accesibles en la internet desde cualquier equipo en cualquier lugar resultó fundamental para proveer al personal de una solución en un aspecto importante como es la exposición al riesgo.

En este esquema, los procesos de recepción, registro, turno, elaboración del acuerdo correspondiente, su revisión, integración y firma electrónica al expediente digital, así como la elaboración de oficios y su notificación, pudo realizarse sin necesidad de que ninguno de los operadores involucrados en esos procesos (oficiales de partes, asistente y auxiliares de despacho judicial, juez-administrador y notificador) tuviesen que trasladarse al Centro de Justicia y se efficientó el trabajo de la Coordinación de Seguridad del Poder Judicial de la Federación para centrarse en el personal cuya presencia en el Centro resultaba indispensable (juez que conocería de la audiencia, su asistente de constancias y registro, auxiliar de sala y técnico de videograbación).

En búsqueda de la eficacia del sistema en el aseguramiento de derechos humanos

Las medidas o prácticas hasta ahora descritas se relacionan fundamentalmente con asegurar la funcionalidad del sistema desde el punto de vista de los operadores jurisdiccionales; sin embargo, los puntos decisivos del funcionamiento del Centro de Justicia se suscitaron en relación con los derechos de los imputados.

Particularmente, porque si bien la codificación procesal en congruencia con los objetivos de la reforma procesal penal previó la existencia de unidades de servicios previos a juicio y de supervisión de medidas cautelares, así como de la suspensión condicional del proceso, dichas instituciones eran materialmente inexistentes al inicio de la operación del Centro.

De hecho, fue apenas entrado 2018 cuando la Unidad de Seguimiento y Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso (2017) asignó a un servidor público para encargarse de las funciones de servicios previos a juicio, seguimiento y evaluación.

Mientras tanto, el Centro de Justicia, como ya lo hacían otros de la región, solicitó la colaboración de la Unidad de Medidas Judiciales de la Subsecretaría de Ejecución de Sanciones y Reinserción Social de la Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Tamaulipas, institución que se hizo cargo de realizar evaluaciones de riesgo y supervisión de cumplimiento de medidas cautelares y suspensión condicional del proceso en tanto entraba materialmente en funciones el órgano federal.

Cabe reconocer que en cuanto a la realización de servicios previos a juicio, tales como evaluaciones de riesgo de los imputados para el debate de medidas cautelares, el avance fue escaso, fundamentalmente porque en el caso de la defensa pública se alegaba falta de recursos materiales para poder acudir a gestionarlos en las instalaciones de la Unidad de

Medidas Judiciales a varios kilómetros del Centro de Justicia; y en el caso de la Fiscalía no los solicitaba o los solicitaba con muy poca anticipación a la celebración de la audiencia respectiva; pero también existieron casos en los que, por así haberlo encomendado un juez de Control en audiencia, el juez-administrador requirió dicha evaluación a una unidad de medidas cautelares en el Estado de México y en seis horas se contó con la evaluación de riesgo requerida.

En todo caso, lograr que cobraran funcionalidad y materialidad aquellas disposiciones del código procesal relativas a las bases para la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas cautelares o las condiciones de la suspensión del proceso como solución alterna del conflicto, fue un pequeño pero significativo avance en la materialización del sistema procesal adoptado como garante de derechos humanos.

Conclusiones

Lo hasta ahora descrito es sólo una parte de las acciones que cotidianamente y desde el inicio de funciones del Centro de Justicia Penal Federal en Ciudad Victoria, Tamaulipas, se realizaron en búsqueda de la consolidación y eficacia del sistema penal adversarial.

Muchas otras acciones sobre contextos más complejos, como por ejemplo, las relativas a la gestión del impacto de la crisis carcelaria en materia de derechos humanos y su impacto en la eficacia garantista del sistema acusatorio, o las relativas a la gestión de la etapa de juicio, de la fase de ejecución e infinidad de retos que los Centros de Justicia enfrentan en la actualidad, se quedan en el tintero.

El área de gestión judicial y administración de los Centros de Justicia es un campo abierto para la creatividad, pero también exige que cada decisión o práctica que se adopte se plantee no sólo objetivos de eficiencia, relativos al menor consumo de recursos, sino también de eficacia, entendiendo por eso que la práctica adoptada no rompa sino que ayude a cumplir los propósitos del sistema.

Estos propósitos no son sólo los relativos a la materialización de los principios de inmediación, contradicción, concentración o continuidad o las características de oralidad y publicidad. También deben comprender el fin consistente en asegurar la independencia del juez y redignificar su función liberándolo de todo aquello que estorba o no corresponde a la función de juzgar.

En este último sentido, resulta fundamental que los jueces en funciones jurisdiccionales comprendan que liberarlos de tareas tales como expedir nombramientos, solicitar suministros, autorizar copias, coordinar la logística de las audiencias o la comunicación con las Fiscalías, lejos de debilitarlos los dignifica y los fortalece.

Como también es fundamental que mientras no se supere el esquema de juez-administrador, los jueces que desempeñen esa función se sientan también dignificados al tener encomendadas funciones que son determinantes en el cumplimiento de los fines políticos del movimiento de reforma procesal penal, sin renunciar a la idea de que algún día el esquema de juez-administrador quede finalmente superado.

Concluyo esta colaboración con una cita textual de Alberto Binder (2015):

[...] las nuevas prácticas del sistema adversarial, prácticas proyectadas para hacer más eficiente el sistema, para hacerlo más garantista, están en combate, están en duelo, están peleando con las viejas prácticas del sistema inquisitorial, y lo que es difícil pero a la vez atrayente, estas prácticas no están combatiendo, no están peleando en el cielo de los conceptos, están peleando en cada despacho, en cada sala de audiencias, en cada oficina de los tribunales, en el espíritu de cada uno de ustedes, como nunca, como aquel viejo dibujo animado del angelito y el diablillo que nos hablan, está hoy rondando la cabeza de cada penalista, de cada fiscal, de cada juez; uno que al juez le hace recordar a

Torquemada y las viejas prácticas, y otro que le está hablando de la justicia que necesita y quiere la República, este duelo de prácticas está instalado en su espíritu, en lo que hacen ustedes día a día. [p. 37]

Bibliografía

Acuerdo General 10/2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal que reforma, adiciona y deroga disposiciones del similar 36/2014, que regula los Centros de Justicia Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación*, Ciudad de México, 13 de marzo de 2015, disponible en: «http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5385433&fecha=13/03/2015».

Acuerdo General 31/2016 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que crea los Centros de Justicia Penal Federal en el Estado de Tamaulipas, con residencia en Reynosa y Ciudad Victoria, *Diario Oficial de la Federación*, Ciudad de México, 9 de junio de 2016, disponible en: «http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5440676&fecha=09/06/2016».

Acuerdo General 31/2016 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que crea los Centros de Justicia Penal Federal en el Estado de Tamaulipas, con residencia en Reynosa y Ciudad Victoria.

Acuerdo General 36/2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que regula los Centros de Justicia Penal Federal; y que reforma y adiciona disposiciones de diversos acuerdos generales, *Diario Oficial de la Federación*, Ciudad de México, 19 de noviembre de 2014, recuperado de: «http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5368792&fecha=19/11/2014».

Acuerdo General Conjunto 1/2015 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, que regula los

servicios tecnológicos relativos a la tramitación electrónica del juicio de amparo, las comunicaciones oficiales y los procesos de oralidad penal en los Centros de Justicia Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación*, Ciudad de México, 9 de diciembre de 2015, recuperado de: «http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5419446&fecha=09/12/2015».

Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal que establece las disposiciones en materia de actividad administrativa de los órganos jurisdiccionales, Ciudad de México, 2014, Consejo de la Judicatura Federal, recuperado de: «https://w3.cjf.gob.mx/sevie_page/normativa/ResultadoBusquedaIndex.asp?tipoConsulta=8&numero=56&anio=2014&Prefijo=AC&Adicional=2&sinNumero=S/N».

Acuerdo por el que se crea la Unidad de Seguimiento y Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso, *Diario Oficial de la Federación*, Ciudad de México, 19 de julio de 2017, consultable en: «http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5490777&fecha=19/07/2017».

Binder, A. (2014), *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, Monterrey, México: Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León.

_____ (2015), *Contra la Inquisición Notas y Ensayos Breves sobre la Justicia Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

Gómez Colomer J. L., *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, 1a. reimp., Ciudad de México, INACIPE, 2018.

Modelo de Gestión Operativa de los Centros de Justicia Penal Federal, versión 1.0. (2016), 1a ed., [ebook], Ciudad de México: Consejo de la Judicatura Federal, disponible en: «<https://www.cjf.gob.mx/reformas>».

Plan Maestro para la implementación de la Reforma Penal en el Consejo de la Judicatura Federal (2013), [ebook], Ciudad de México: Presidencia del Consejo de la Judicatura Federal, Unidad de Implementación de las Reformas Penal, de Juicio de Amparo y Derechos Humanos, disponible en: «www.cjf.gob.mx/reformas».

Gestión judicial, los retos en la administración de los tribunales

Laura Janeth Verdín Brenist*

Preámbulo

El 18 de junio de 2008, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el decreto que reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para incorporar el nuevo sistema de justicia penal acusatorio en el país, como forma de tramitar los juicios penales en México, lo cual representa un cambio a un sistema acusatorio y el remplazo de un juicio escrito por uno oral, así como la realización de un verdadero proceso público.

Ahora bien, al respecto es claro, que a once años de esa reforma y la implementación de la misma en todo el país, mucho se ha discutido sobre el nuevo sistema penal, generalmente centrándose en la actividad jurisdiccional, en las técnicas de litigio o cambios procesales que se deben emplear para lograr su verdadera consolidación, pero lo cierto

* Jueza del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México.

es que aún no se logra profundizar y sobre todo concientizar en que la estructura de este nuevo sistema releva al juzgador de la antigua función de gestionar las actividades administrativas del tribunal, puesto que su principal deber radica en desarrollar la función inherente a su cargo, es decir, la impartición de justicia mediante el estudio, análisis y valoración de las resoluciones judiciales.

Esto generó la necesidad de implementar una nueva forma de organizar o administrar los tribunales para abandonar la tradicional organización piramidal en la cual el juez se encuentra en la cúspide y todas las decisiones, no sólo las jurisdiccionales sino las administrativas, tiene que tomarlas él o en su caso dar su autorización para la realización de las mismas. Sin embargo, este modelo se encuentra más asociado con la tramitación de expedientes escritos.

La figura del despacho judicial ha cobrado auge como la forma de organización que resulta más compatible con los tribunales de oralidad, pero no debe confundirse con una figura "novedosa" sin sustento jurídico o, como muchos lo han llamado, una copia de la administración implementada en países sudamericanos que no se alinea con la cultura jurídica mexicana, esta nueva forma de organización de los tribunales debe comprenderse a partir de los principios de inmediación y contradicción que rigen el nuevo sistema, para entonces poder entender que la misma, lejos de mermar en la autoridad de los jueces, constituye una herramienta valiosa para generar una mayor legitimidad en la labor jurisdiccional.

Así las cosas, pretendiendo aportar una visión de cómo la gestión del despacho judicial es imprescindible para mejorar la efectividad del sistema penal acusatorio, tendremos que abordar desde los aspectos generales a los específicos de la misma.

Aspectos generales

Para entrar en materia es importante puntualizar que para que un Estado sea considerado democrático debe contar con un sistema judicial efectivo, entendiéndose por éste no solamente aquel que permita contar con resoluciones que resuelvan el conflicto que se someta a su consideración, sino que deben permear ciertas características, como lo es la independencia, que las determinaciones se emitan en los plazos señalados por la ley, así como el contar con jueces y empleados judiciales capacitados.

Al respecto, el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), establece: "[...] Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. [...]"

Así pues, para lograr una efectividad en el sistema penal acusatorio no basta contar con los jueces mejor capacitados, sino que se requiere potenciar sus habilidades y esto únicamente se puede lograr mediante una adecuada gestión de recursos que el tribunal tiene a su cargo, pues a éste le corresponde realizar una logística de todos los trámites y audiencias que se realizan, para así poder delimitar los tiempos de audiencias y asignar cargas de trabajo equilibradas, lo cual impacta directamente en la expedición de justicia y en la transparencia en el servicio público: al contar con los medios electrónicos necesarios el despacho judicial puede asignar de una manera equitativa las audiencias a los jueces, llevando un registro de qué audiencia le corresponde a cada tribunal, evitando con ello malas prácticas o incluso posibles actos de corrupción o intentos de coerción hacia los tribunales, pues al contar con una gestión del despacho, los asuntos que diariamente conocerán les son asignados por la gerencia, y aquéllos no tienen control sobre los casos que conocerán.

En razón de ello, en Nuevo León, el despacho también llamado gestión judicial, fue definida en el *Manual de Organización y Funcionamiento de la Gestión Judicial Penal*, como la oficina administrativa encargada de auxiliar a los jueces en la práctica de diligencias y demás actividades administrativas y jurisdiccionales, liberando a éstos de la carga administrativa del tribunal (Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2017, p.13).

Partiendo de ahí, debemos coincidir en que los despachos judiciales son la instancia más cercana y directa del servicio público de justicia con la población que antiguamente se caracterizaba por integrarse por un juez, un secretario y un conjunto de empleados que cooperaban en su trabajo en un mismo espacio físico; sin embargo, esta forma ha resultado ineficiente ante los principios de publicidad, intermediación, concentración, contradicción y continuidad en los que debe prevalecer el sistema penal acusatorio, y los cuales no operan bajo la práctica de expedientes escritos, y que por tanto dicha forma de organizar las oficinas judiciales trabaja en consolidar su evolución para integrarse en edificios apropiados, que poseen numerosas salas de audiencias y bajo servicios comunes, profesionalizando la gestión y administración, lo cual permitirá a los jueces cumplir exclusivamente con sus tareas jurisdiccionales (Wintker, 2013, p. 23).

Retos en la gestión del despacho judicial

Quizá el principal reto por superar es dejar de ver a las oficinas judiciales como un ente separado de los jueces, la delimitación de las funciones jurisdiccionales y administrativas no debe seguir generando pugna de poder entre los jueces y el personal administrativo, sino que debe comprenderse como un trabajo en conjunto en el cual el despacho judicial constituye la base que generará las condiciones para que los jueces estén en condiciones de cumplir eficazmente con la labor encomendada, de salir de la comodidad de las rutinas jurídicas y adaptarse a las necesidades de los justiciables.

Sin embargo, la resistencia al cambio, no sólo es de los juzgadores de comprender en qué consiste esa división de funciones, para concentrar sus decisiones sólo al ámbito jurisdiccional y dejar las decisiones administrativas a la oficina judicial, sino también de los administradores o gestores, incluso secretarios u oficiales en pretende tomar decisiones que incidirán en la labor jurisdiccional, pues no debemos olvidar que en la organización piramidal, los secretarios, que hoy integran la gestión judicial, participaban en la elaboración de "proyectos" y prácticamente presidiendo diligencias judiciales, y entonces en ellos también se presenta la necesidad de reestructurar una serie de prácticas en sus funciones que se contraponen con el juicio oral, como es la tramitación y custodia de expedientes, y no en un sistema de gestión de casos y audiencias; y cuando los actuales códigos procesales penales de tal cuño son interpretados como nuevos trámites, sin comprender el cambio profundo del sentido de las formas procesales, entonces todo el proceso de reforma se degrada y reaparece la cultura inquisitorial en ese fenómeno que se conoce como "reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales" (Binder, 2014, p. 38).

Concatenado a lo anterior, se presenta la problemática de la falta de capacitación, como acertadamente dice Binder, no ha estado orientada a fortalecer las prácticas más relevantes, y se ha enfocado mayormente en un conocimiento meramente intelectual de los nuevos contenidos normativos o de las exigencias constitucionales para el proceso penal, pero que no han logrado articularse los cambios administrativos, en especial aquellos que deben dar soporte a las prácticas que serán inmediatamente atacadas por la tradición inquisitorial.

Todo lo anterior se suma a la falta de credibilidad que enfrentan los tribunales, pues no debemos olvidar que todo el sistema de reformas derivó no sólo en el reclamo de la sociedad sobre determinaciones que no le favorecían, sino que bajo la falta de un sistema que fuera público y transparentara sus decisiones, para que el justiciable, aún frente a una

resolución adversa, entendiera el motivo jurídico por el cual el juzgador tomó dicha determinación; pues bien, ahora resulta claro que para lograr una adecuada legitimación de los tribunales, no sólo es necesario sustituir un código por otro, sino que se comparte lo señalado por Alberto Binder, para quien una de las dimensiones que más debilita al juicio oral, con grave perjuicio para la totalidad de los cambios proyectados, consiste en las continuas suspensiones que se provocan por errores, tales como no enviar o monitorear con cuidado las citaciones a los testigos, detenidos que no son trasladados a las audiencias, fiscales defensores o jueces que llegan tarde o simplemente no acuden a las audiencias. Y es justo ahí donde la creación de un adecuado sistema de administración o gestión, como se prefiera llamar, orientado a la realización de audiencias resulta ser pieza clave para sostener el sistema procesal, pues son precisamente esos errores u "omisiones", los principales motivos de los ataques que se emprenden contra la labor judicial.

En razón de lo anterior, debemos enfocarnos en que el despacho judicial realice sus funciones conforme a las exigencias de eficacia, eficiencia y calidad. Se entiende la primera como la capacidad que se tiene de lograr un propósito, la segunda como la capacidad de gestionar los recursos necesarios para conseguir un objetivo y la tercera, referente a prestar un servicio público satisfaciendo las necesidades del justiciable.

Organización efectiva del despacho judicial

Como primer tópico, y es necesario ser insistente en este punto, es la separación de las actividades administrativas de las jurisdiccionales, una fórmula que considero simple para su diferenciación, es que el rol de los jueces es la dirección del proceso y toma de decisiones en la sala de audiencias, a raíz del debate que se genere entre las partes, porque es ahí donde se formaliza su función y, sobre todo, la naturaleza del sistema penal.

Además, para abonar en especificar esa separación de funciones, en la experiencia en Nuevo León, se determinó en el Acuerdo General 01/2012,

dejar en claro cuáles eran las funciones del coordinador o administrador de la gestión judicial, creando la figura del juez coordinador como forma para marcar ese límite de injerencia de los juzgadores en las funciones de la administración del tribunal, que van desde el manejo de la agenda, audiencias, hasta en la designación, promoción o remoción del personal del tribunal, pues sólo el juez coordinador servía como vínculo entre el gestor y el Comité de Jueces.

Ahora, no es un secreto que existe generalizadamente esta resistencia y pugnas entre el despacho judicial y los jueces, que éstos tienen una queja constante sobre la forma en la que se llevan a cabo los procesos por parte de las unidades del despacho judicial, y entonces resulta necesario disminuir dicha tensión, que se emprendan acciones para que incluso las actuaciones del despacho judicial sean transparentadas, o realizadas de una manera en la cual se eviten especulaciones sobre su actuar y que garanticen la celebración de las audiencias.

Para poder atender estas funciones y hacerlo de una manera eficiente, el despacho del tribunal no debe perder de vista que su diseño está enfocado en la tramitación de casos, no de expedientes, por medio de audiencias orales, que es la fuente principal de la toma de decisiones del proceso; por tanto, las actividades por desarrollar para cumplir su objetivo no están distribuidos en razón del expediente sino como procesos divididos en unidades de trabajo (atención al público, sala, causas, seguimiento, etc.) que se convierten en engranajes para lograr este objetivo.

Así, queda claro que la gestión judicial ejerce una participación activa en el funcionamiento del sistema penal acusatorio, y sus actividades principales deben ser enfocadas en lo siguiente:

- Administrar la agenda de audiencias del tribunal;
- Proporcionar soporte logístico-administrativo para la adecuada celebración de las audiencias;

- Distribución equitativa de la carga de trabajo de jueces y funcionarios; y
- Elaborar los informes o reportes estadísticos.

Ahora, abundaremos en algunos de estos aspectos y cómo el atenderlos resulta indispensable para lograr la efectividad en el sistema de justicia penal.

a) Administrar la agenda de audiencias del tribunal

Esto pareciera ser una labor fácil, si se observa sólo desde su aspecto general de proporcionar fecha, hora y sala en la que habrá de celebrarse tal o cual diligencia, pero la realidad es que esta función representa el mayor reto en las actividades encomendadas a la oficina judicial.

Para llevar una verdadera administración de la agenda del tribunal, deben tenerse en cuenta muchos factores de índole procesal para lograr la efectividad de la audiencia que se está programando, situaciones que van desde considerar que en la medida de lo posible no coincidan jueces, fiscales o defensores en más de una audiencia a la misma hora, los tiempos de traslados de las personas detenidas, plazos para lograr notificaciones efectivas y el tiempo probable de la duración de la audiencia atendiendo a la complejidad del asunto.

Además, existe otro factor indispensable que debe considerarse, pues no debemos olvidar que la oficina judicial tiene como finalidad el mejor aprovechamiento de los recursos, y partiendo de la idea de que los jueces son el recurso más valioso del sistema, el manejo de la agenda debe enfocarse también con la finalidad de que se puedan desahogar el mayor número de audiencias efectivas, pero siempre teniendo en cuenta la disponibilidad de este recurso, no visualizado desde la voluntad que presenten los jueces para llevar tal o cual asunto, sino en saber cuándo disminuir el agendamiento de audiencias a razón de periodos vacacionales, licencias médicas o autorizaciones de ausencia que otorgue el

Consejo de la Judicatura. La experiencia ha evidenciado que este punto en específico es algo que genera mayor resistencia en los juzgadores, pues erróneamente se considera que se afecta a su investidura como titular del juzgado, y que los coloca en un nivel por debajo de la autoridad del administrador, coordinador o gestor, sin embargo, esta situación no puede estar más alejada de la realidad, pues como mencioné en líneas precedentes, el objetivo principal del despacho judicial radica en lograr el adecuado desarrollo de audiencias, y tanto ellos como los juzgadores no perder de vista que ambos trabajan (claro cada quien desde su trinchera), para un objetivo común que es la impartición de justicia.

b) Proporcionar soporte logístico-administrativo para la adecuada celebración de las audiencias

Esta función va desde aspectos muy sencillos, como proporcionar insumos necesarios al juzgador en la sala para el desarrollo de la sala de audiencias, hasta temas en teoría más complejos, como el realizar todas las gestiones previas a la audiencia para evitar o superar las situaciones que se presenten e impidan su ejecución.

La principal problemática que se presenta en este rubro es lo relacionado con los trámites de notificaciones, de los cuales es común escuchar al personal del despacho judicial eludir responsabilidad sobre la falta de éstas o errores en las mismas, que atribuyen a la central de actuarios, y no profundizaré en los asecunes de esta contienda. Lo cierto es que el tema de las notificaciones es un factor fundamental para el adecuado desarrollo de las audiencias, pues de nada servirá que se cuente con sala y juez disponible, si fiscales, defensores, imputado o víctima, no se cuentan sabedores de dicha diligencia, o no se cumplieron con las formalidades de su notificación.

De ahí es que cobra relevancia lo que ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, referente a que resulta necesario el contar con funcionarios judiciales eficientes, con conocimientos no sólo jurídicos, sino

tecnológicos, que permitan asistir en óptimas condiciones a los jueces, siendo capacitados de acuerdo con la función específica que cumple cada funcionario, logrando una especialización en las tareas encomendadas.

Ahora, es necesario puntualizar que este soporte a la labor jurisdiccional de ninguna manera debe entenderse como que el personal asignado auxilie o supla al juez en la toma de decisiones del proceso, y mucho menos que su labor incluya el recopilar información de las partes fuera de audiencia, pues esto atentaría totalmente contra los principios del sistema y que por mandato constitucional el juzgador sólo debe resolver con los argumentos y el debate que se produzca formalmente en la sala de audiencias.

c) Distribución equitativa de la carga de trabajo de jueces y funcionarios

En cuanto a este tópico, abordaremos primero lo relativo al equilibrio de las cargas de trabajo de los jueces, lo que ha representado un reto importante en la consolidación del sistema. Como experiencia en el Estado de Nuevo León, inicialmente la competencia de los jueces se encontraba especializada, dividida en jueces de control y jueces de juicio oral, pero la misma fue presentando inconformidades en la medida en que las cargas de trabajo fueron aumentando, estas molestias estribaban principalmente en los jueces de control al señalar que dada la naturaleza de las audiencias preliminares, sobre todo las relativas a plazos perentorios y con personas detenidas, su trabajo era desproporcional al que desarrollaban los jueces de juicio oral, quienes no cubrían una jornada regular de "turno" para la atención de asuntos urgentes, estaba más a su arbitrio el manejo de los tiempos, recesos, suspensiones o diferimientos del debate, que les dejaba más tiempo disponible sin horas de audiencia. Por su parte los jueces de juicio oral manifestaban desconcierto sobre los asuntos que llegaban a esa etapa, cuestionando sobre la admisión de pruebas sobreabundantes, falta de impulso a que las partes llegaran

a acuerdos probatorios para centrar el debate sólo en el punto directo de la controversia.

Así es como se decidió que para evitar esos cuestionamientos se les asignó la competencia para ambas etapas, designándolos como jueces de control y de juicio oral, lo cual en cierta medida abonó a eliminar esas diferencias y percepciones, pero evidentemente generó un punto más a considerar tanto en el agendamiento de audiencias como en la logística para su desarrollo.

Para lograr esa igualdad en las cargas de trabajo, corresponde al despacho judicial analizar diferentes vertientes, principalmente sobre el rol asignado a los juzgadores (despacho, turno o audiencias), pero ésa no es la mayor problemática, sino el hacerlo de una forma objetiva y transparente, porque durante mucho tiempo se minimizó esa labor de gestión judicial, pero es necesario darle mayor relevancia, ya que si no se protege la independencia, objetividad y transparencia en la asignación de audiencias o de asuntos a los jueces, se puede ocasionar grandes daños al sistema, que incluso fueron motivadores de la reforma, pues quedaría susceptible a actos cuestionables en los cuales incluso se vean involucrados reclamos de corrupción al sistema, de tal forma que el despacho judicial debe velar en todo momento por que la asignación del juez que habrá de presidir la misma, se encuentre apartada de la injerencia de fines personales o políticos, evitando poner jueces ad-hoc que sirvan a intereses ajenos a los principios de una adecuada impartición de justicia.

Por esta razón, considero que una asignación "manual" de audiencias a jueces, debe quedar superada y apostar por un sistema electrónico que automatice la misma, claro está, basada en criterios de equilibrio en la carga de trabajo, lo cual no significa dejar de lado la función del administrador o coordinador, sino que sea dicha persona o quien éste asigne, quien alimente la base de datos para justificar o dejar evidencia objetiva

de los factores que se deben tener en cuenta al momento de efectuar la asignación de roles.

Ahora, es imprescindible atender lo concerniente a los servidores públicos que integran la gestión o despacho judicial, porque también es necesario avanzar sobre su profesionalización, lo cual no puede concretarse si no se logra una evaluación real del rendimiento laboral, puesto que de ahí deriva la necesidad de generar también en la administración un equilibrio en las cargas de trabajo.

Para una mayor efectividad resulta necesaria la práctica de evaluaciones al personal de cada área, con la finalidad de establecer perfiles de acuerdo con las aptitudes de cada persona, y así aprovechar al máximo el potencial de cada servidor público; realizar una planificación que defina áreas concretas de trabajo con responsables determinados para ejecutar una actividad asignada, siempre dentro del marco legal, para de esta manera lograr una armonía en la administración de los recursos humanos, materiales y tecnológicos, buscando siempre impartir justicia con calidad, sin perder de vista que la impartición de justicia es un servicio público, el cual debe ser brindado bajo los principios de ética y transparencia, legitimando de esta manera las decisiones judiciales, por ende, proporcionando seguridad jurídica a la sociedad, al contar con un sistema judicial efectivo.

d) Elaborar los informes o reportes estadísticos

La comunidad jurídica no ha estado muy involucrada con los informes o reportes estadísticos, por lo que introducir esta materia en el ámbito judicial también ha representado un cambio de paradigma considerable para los juzgadores, incluso es recibida con molestia, alegando que la información estadística sólo arroja resultados cuantitativos y no cualitativos de la función jurisdiccional, pero lo cierto es que debemos transitar de ese pensamiento a la idea de William Thomson Kelvin, físico y matemático británico: "Lo que no se define no se puede medir. Lo que no se mide, no se puede mejorar. Lo que no se mejora, se degrada siempre".

Para poder dar cumplimiento a las exigencias del nuevo sistema penal acusatorio es menester que se realice una gestión del tiempo asignado a cada labor, así como una estadística constante para la medición de la efectividad de los servicios, que nos permitan identificar las causas por las que se obtengan resultados negativos, para así estar en posibilidad de tomar decisiones tendientes a innovar los procesos que sean necesarios para alcanzar la calidad en el servicio.

A razón de lo anterior, es necesaria la implementación de un sistema de calidad en la gestión del despacho judicial. La Magistrada Maza Castellanos explica este rubro de manera muy clara en su ensayo "Modelo de Gestión de Calidad en la Corte de apelaciones de Guatemala", al señalar que no basta con planificar los procesos y llevarlos a cabo en condiciones controladas, de conformidad con la matriz de comunicación y los documentos y registros que forman parte del sistema, sino que para alcanzar la calidad es necesario también evaluar los resultados de la gestión para determinar el cumplimiento de los objetivos previstos.

La implementación de sistemas de calidad de las Normas ISO, no sería algo nuevo, pues ya existen antecedentes de casos de éxito en el ámbito judicial, mayormente en lo concerniente a otras materias, pero que han evidenciado que en la prestación de servicios también se puede trabajar con parámetros de calidad, que permiten aumentar la confianza de la ciudadanía en sus instituciones de justicia.

Conclusión

Como ya se ha indicado, para que un Estado sea considerado democrático debe contar con un sistema judicial efectivo, entendiéndose por éste no solamente el contar con resoluciones que resuelvan el conflicto que se les someta a consideración, sino que, deben permear ciertas características, como lo es la independencia, que las determinaciones se emitan en los plazos señalados por la ley, así como el contar con jueces y empleados judiciales capacitados.

Que con motivo de la reforma constitucional promulgada en el año 2008, mediante la cual se incorporó el nuevo sistema de justicia penal acusatorio en nuestro país, los tribunales se enfrentaron a nuevos retos, resultando necesaria su desvinculación de todas aquellas actividades que no fuesen jurisdiccionales, para que éstos pudieran enfocarse en la emisión de sus determinaciones, dando inicio con ello a la gestión del despacho judicial.

Así, en palabras de Binder, cambiar la justicia penal no es sustituir un código procesal por otro, se trata, más que nada, de introducir, en el campo de la justicia penal, una serie de nuevas prácticas reactivas a la tradición inquisitorial, francamente contrarias a ella, que puedan debilitar la actual estructura y los condicionantes que pesan sobre los actores, que afecten las tradicionales alianzas existentes, modifiquen el capital simbólico de alguno de éstos, generen un nuevo "sentido", aunque no se imponga todavía, y provoquen algunas alteraciones efectivas en lo que "esté en juego".

A once años de la reforma, y tres de su implementación total en el país, falta mucho por hacer para la consolidación efectiva del sistema penal acusatorio, y hay que trabajar en fortalecer y realzar la labor del despacho judicial como órgano indispensable para el éxito de la misma, dejar de considerarlo como un ente aparte, ajeno o incluso enemigo de los juzgadores, y comprender que su naturaleza radica en ser auxiliar de la labor jurisdiccional, pero que para ello también debe de operar de manera independiente a ellos, ser eficiente y transparente para adaptarse a la legalidad y proteger los derechos de los justiciables.

Concluyo con una reflexión de Alejandra M. Alliud: "La reforma procesal penal no se completa con la afirmación del principio de oralidad, ésta se completa cuando se sabe cómo organizar una audiencia oral y qué debe hacer cada uno de los participantes en ella, para el correcto cumplimiento de sus fines" (2016).

Referencias

- Alliaud, A. (2016), *Audiencias preliminares*, Ediciones Didot: Buenos Aires, Argentina.
- Binder, Alberto (2014), *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) (2018), *La gestión judicial de los nuevos tribunales civiles*, Chile.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Acceso a la justicia. Los tribunales. Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal*, Nueva York. 2010.
- Poder Judicial del Estado de Nuevo León (2017), *Manual de Organización y Funcionamiento de la Gestión Judicial Penal*, México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El sistema penal acusatorio en México: Estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*.
- Witker, Jorge (2013), *La administración y gestión de los tribunales: experiencias comparadas*, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México.

La gestión del despacho judicial como herramienta de efectividad

José Pablo Vidal Araya*

Introducción

Recurrentemente la percepción ciudadana respecto al proceso de justicia en los países latinoamericanos es descrita como compleja, incierta, pesada y, en algunos casos incluso, inaccesible a un procedimiento justo.

Mientras que, algunos de los problemas comunes que presentan las instituciones de procuración e impartición de justicia en América Latina son:

- Escasez presupuestaria
- Métodos de trabajo anticuados y lentos
- Confusión y duplicidad de actividades
- Ambigüedad en la definición de los modelos de gestión

* Experto en Gestión Judicial, ha laborado como Director de Planeación y Estadística Judicial y Director de Gestión Judicial en el Poder Judicial del Estado de Nuevo León. Actualmente es socio de Fortis Consultores SC., Consultora Mexicana de Políticas Públicas de Seguridad y Estado de Derecho.

- Ausencia de nuevos modelos de unidades judiciales
- Falta de procesamiento y uso de la información
- Debilidades en especialización y servicio profesional de carrera
- Capacitación teórica
- Carencias de infraestructura
- Retardos en las notificaciones
- Proceder dilatorio de los abogados¹

Para ofrecer respuestas a las dificultades operativas se debe partir de un análisis exhaustivo de causa-raíz, que identifique tanto los problemas subyacentes de la impartición de justicia, como los recursos con los que cuenta la institución gubernamental, pero sobre todo que encamine la operatividad con directrices claras y funcionales. En ese sentido, la gestión judicial desempeña un papel sumamente importante para priorizar y optimizar los recursos materiales, tecnológicos y humanos; aprovechando y eficientando las capacidades institucionales.

La gestión del despacho judicial ha tomado gran relevancia en los últimos años, separando sabiamente las funciones administrativas de las jurisdiccionales, destinando al personal conforme a su perfil y competencias. No obstante, los retos para la gestión y optimización continua de los recursos es parte de un proceso constante de mejoría para el bien de quienes operan el sistema, y particularmente para proveer atención a las personas usuarias, de calidad y conforme a los principios de legalidad que rigen este sistema.

El proceso de consolidación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (SJPA) en México, requiere seguimiento y monitoreo de los resultados institucionales obtenidos, con ello, la gestión judicial también cumple una función sumamente importante para el procesamiento de la infor-

¹ Para profundizar véase Palma, Luis María (2016), "E-Justicia Latinoamérica International Conference In Buenos Aires". *International Association for Court Administration –Newsletter, International Association for Court Administration (IACA)*, vol. 3, núm. 1, Louisville, Kentucky, Estados Unidos de América, pp. 12-13.

mación obtenida en la operatividad, configurando indicadores que permitan realizar una evaluación periódica al Poder Judicial y así encontrar áreas de oportunidad a favor de la mejora continua.

Esta investigación busca reconocer la correlación entre los resultados del sistema de justicia y la aplicación de modelos de gestión en sus diversas modalidades, así como identificar los ejes sobre los cuales debería versar la gestión judicial (en este proceso de seguimiento y evaluación), a partir de información solicitada a las entidades federativas de México, y así contrastar los alcances de los mecanismos de gestión en los tribunales penales de fuero común en el país.

Conceptualización de la gestión judicial

Hablar de gestión judicial presenta conceptualmente un gran compilado de temas relacionados, por ello, para reducir la confusión iniciaremos identificando qué se entiende por gestión judicial, separando en un primer momento lo referente a la gestión, y posteriormente acotar lo competente al despacho judicial que será objeto del presente estudio.

De acuerdo con la Real Academia Española, por gestionar se entiende: "Ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo". Es decir, todas las actividades que permiten llevar a cabo las actividades u operatividad de alguna institución.

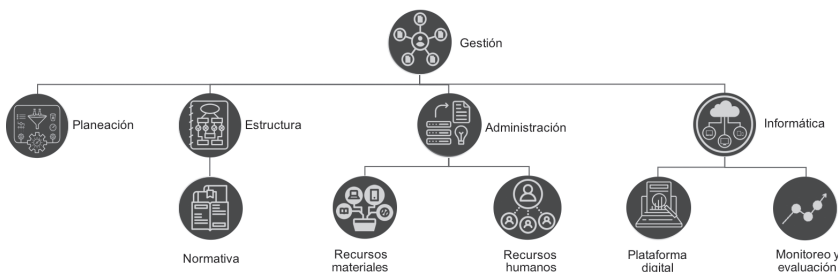


Figura 1. Gestión. Elaboración propia.

Por otro lado, para el concepto de *gestión judicial* es necesario vislumbrar a qué área judicial nos referimos:

El término "gestión" se suele usar indistintamente para referirse a la "gestión" de un juzgado, a la "gestión" de un presidente de corte, a la "gestión" del administrador de un consejo de la magistratura, a la "gestión" del fiscal, a la "gestión" de la defensa pública, a la "gestión" un oficial de mandamientos, etc.²

En ese sentido, es importante reconocer que el sistema de seguridad y justicia en México se compone por subsistemas y en cada uno de ellos se puede contar con su propia perspectiva de gestión judicial, a partir de las y los operadores y sus responsabilidades en cada etapa, así como los recursos por administrarse conforme a las competencias.



Figura 2. Sistema de Seguridad y Justicia. Elaboración propia.

Este sistema es un flujo interrelacionado que encauza el juicio de las conductas antisociales, donde un conflicto o complicación en algún subsistema, impactará en la correcta operatividad de todo el sistema; motivo por el cual la gestión judicial agudiza su importancia para apoyar en la eficiencia del mismo.

Para esta investigación nos referimos específicamente a la gestión judicial destinada a la impartición de justicia, en centros judiciales estatales de fuero común, es decir, en los tribunales locales en México. Partiendo del entendido de que "gestión: Refiere al trabajo en las unidades judiciales,

² Secretaría de Justicia de Argentina (2018), *Manual para formadores en gestión judicial estratégica*, Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino, p.14.

su organización, distribución interna y ejecución a través del desempeño de quienes en ellas laboran."³

Una vez que hemos establecido la competencia en la que profundizaremos para esta investigación, se debe puntualizar que existen también diferentes perspectivas, algunas enfocadas en el ámbito administrativo, otras más en el de recursos materiales, y otras más en la compilación de la información. Todas estas son actividades incluidas dentro de la gestión judicial, pero por sí mismas no constituyen un modelo de gestión judicial.

El término modelo proviene del concepto italiano de *modello*. Aplicado al campo de las ciencias sociales, un modelo hace referencia al arquetipo que, por sus características idóneas, es susceptible de imitación o reproducción. También al esquema teórico de un sistema o de una realidad compleja.⁴

Progreso de la gestión judicial en México

En México este tema se apalancó de la necesidad de modificar la estructura organizacional, debido al cambio en las responsabilidades del personal que componen el sistema de impartición de justicia en materia penal. Ocupando la figura del administrador de centros judiciales, a modo de que los juzgadores se concentren en su labor, y con ello se conforme una nueva estructura de gestión dentro de los procesos.

Esta forma de trabajo se introduce en los sistemas judiciales para la optimización de la operatividad de impartición de justicia, y así (conforme al artículo 4 del Código Nacional de Procedimientos Penales) impulsar *los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inme-*

³ Palma, Luis María (2017), *Modernización judicial, gestión y administración en América Latina*, UNAM, Acta Sociológica. vol. 72, enero-abril de 2017, p. 151.

⁴ Consultado en: «<https://definicion.de/modelo-de-gestion/>».

diación y aquellos previstos en la Constitución, tratados y demás leyes. Asimismo conforme al artículo 17 constitucional, la justicia deberá ser pronta, gratuita, imparcial y expedita.

En ese sentido, se presentó un reto para las instituciones de impartición de justicia para cumplir con estos principios, no obstante, la gestión judicial puede impulsar las siguientes temáticas:

- Calidad (orientación a la satisfacción del ciudadano-justiciable o usuario y a la comunidad)
- Transparencia (apertura de datos públicos y procesos de trabajo acordes a la ley)
- Rendición de cuentas (procesos de trabajo analizados y entrega de resultados o decisiones a la comunidad)
- Accesible (oferta igualitaria y equitativa del acceso al servicio de justicia)
- Orientación a resultados (foco en el producto o servicio que hace a la misión institucional por contraposición al cumplimiento ciego de normas o como fin en sí mismo)
- Participación (incorporación de los ciudadanos en la definición de objetivos y monitoreo de la gestión judicial)
- Profesionalidad (especialización sobre la base de conocimiento técnico).⁵

Para dirigir la gestión judicial y dividir las funciones administrativas de las meramente jurisdiccionales se cuenta con la actuación del **Administrador del Centro de Justicia**, sin embargo, el Poder Judicial de los estados tiene cierta autonomía en la gestión judicial, conforme al artículo 116 fracción 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "El Poder Judicial de los Estados se ejercerá por los tribunales que establezcan las Constituciones respectivas", y al mismo tiempo, regulado

⁵ Secretaría de Justicia de Argentina (2018), *op. cit.*, p. 17.

por el Consejo de la Judicatura Federal conforme al artículo 94 constitucional: "La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal".

El administrador es esencialmente un colaborador del juez, que debe cumplir con las actividades de apoyo necesarias para que aquél pueda dedicarse al ejercicio de su función constitucional de hacer justicia, razón misma de la existencia del sistema judicial.⁶

El Consejo de la Judicatura Federal (CJF) desarrolló un *Manual de Organización y Puestos del Centro de Justicia Penal*,⁷ que si bien fue diseñado para la gestión en el fuero federal, ha funcionado también para guiar a los tribunales penales estatales, determinando como objetivo del administrador del Centro de Justicia Penal Federal:

Administrar la gestión de procesos relativos al despacho judicial, logística y apoyo administrativo, para el cumplimiento de los principios que rigen el ejercicio de la función jurisdiccional en conformidad con la Ley por parte de los órganos jurisdiccionales en el Sistema Procesal Penal Acusatorio.⁸

Por otro lado, el reto que presuponen las altas cargas laborales por parte de los operadores del subsistema de impartición de justicia, se replanteó la organización del trabajo en los tribunales, con el apoyo de este actor. De acuerdo con el *Índice Global de Impunidad (IGI-MEX 2018)*, el indicador de jueces y magistrados estatales es de 3.59 por cada 100,000 habitantes, mientras que a nivel mundial es de 16 por cada 100,000 habi-

⁶ Palma, Luis María y Passos de Freitas, Vladimir (2015), *Administración de Cortes: Opiniones de Expertos*, Universidad de Belgrano. Departamento de Investigaciones, documento de trabajo, núm. 307, Buenos Aires, Argentina. p. 8.

⁷ A la par de la publicación de un *Manual de Procesos y Procedimientos Administrativos del Centro de Justicia Penal*, que presenta el esquema del Modelo de Gestión.

⁸ *Manual de Organización y Puestos del Centro de Justicia Penal*, publicado el 24 de noviembre de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*, p.14.

tantes,⁹ es decir, en México tenemos menos de una cuarta parte del recurso humano necesario.

De modo que "no es posible seguir analizando el problema de los recursos humanos en el sistema judicial sin considerar la delegación de funciones como un problema central."¹⁰ No obstante, la figura del administrador aún no alcanza la madurez suficiente en los tribunales estatales de fuero común, y los modelos de gestión judicial no se han consolidado en todas las entidades.

Si bien, no se espera que todos los tribunales estatales funcionen bajo el mismo modelo de gestión judicial, por lo menos se busca que cuenten con una metodología de gestión que se adecue a la realidad de cada entidad, partiendo de ejes centrales que den sentido a la organización y administración de los recursos, al mismo tiempo que se lleve a cabo una interconexión y estrecha comunicación con los otros operadores y organismos con los que se interactúa, para optimizar la gestión judicial.

Monitoreo y seguimiento: funciones de una eficiente gestión judicial

Algunos de los temas pendientes que se identifican dentro de los tribunales estatales de México, al no contar con una gestión judicial óptima son:

- Falta de claridad de funciones o aplicación de responsabilidades de las y los administradores que no son compatibles con el SJPA, complicando la distribución operativa de los tribunales,
- Definición de actividades aisladas consideradas Modelos de Gestión Judicial,

⁹ Para profundizar véase Le Clercq Ortega, Juan Antonio y Rodríguez Sánchez Lara, Gerardo (coords.) (2018), *Índice Global de Impunidad México 2018*, Universidad de las Américas, Puebla.

¹⁰ Binder, Alberto (2004) ¿Qué significa implementar un nuevo sistema de justicia penal?, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Buenos Aires, Argentina.

- Limitada coordinación entre instancias interoperantes de la impartición de justicia,
- Falta de indicadores y procesos de evaluación continua que permitan la optimización de los recursos humanos y materiales.

En particular el último punto se encuentra relacionado directamente con el fortalecimiento de los modelos de gestión judicial que ya operan en el país, es decir, el enfocado al seguimiento y evaluación continua mediante indicadores, que permitan reconocer las áreas de oportunidad en el interior de los tribunales.

Un modelo de gestión judicial debe basarse en criterios realistas y con amplio conocimiento de los recursos que se pretende administrar. La información generada en la operatividad que se desarrolla en los tribunales estatales permite reconocer la *numeralia* de los procesos, distinguir los recursos necesarios para que se lleven a cabo las actividades, y cuáles son los factores que alentan y entorpecen o aceleran e impulsan las mismas.

Es primordial reconocer que la información es el principal insumo de la generación de estrategias y buen desempeño, para optimizar los recursos y mejorar las funciones jurisdiccionales. En ese tenor, los indicadores generados en la operatividad son pilares para la gestión judicial, no obstante el primer reto que se tiene para explotar esta información es la recopilación.

Es ampliamente recomendable que la gestión judicial se auxilie de herramientas y plataformas tecnológicas, donde, con el mapeo de los procesos y las funciones, se reconozcan las tareas, los esfuerzos y las responsabilidades para el desempeño de las mismas.

Entre los elementos que puede abonar la tecnología se encuentran:

- Recepción de información generada por la operatividad,
- Sistematización de la administración de la agenda y las salas,

- Establecimiento de criterios y formatos homologados,
- Recopilación de acuerdos, sentencias y otros documentos generados para consulta digital,
- Evaluación y monitoreo en tiempo real de los recursos administrados.

Tal como la máxima de la administración: *lo que no se puede medir no se puede mejorar*, para la gestión judicial la toma de decisiones debe ser informada, basada en la búsqueda de mejoría continua para incrementar la calidad y accesibilidad en sus servicios públicos.

Percepción ciudadana y comunicación diferenciada

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2018, el 55.1% de la sociedad percibe como confiable la actuación de los jueces y las juezas, y al mismo tiempo el 67.5% percibe corruptos a los jueces y las juezas del país.

Las y los operadores del subsistema de impartición de justicia presuponen el estándar más alto de moralidad del Estado, ya que quienes juzgan son quienes representan la justicia en el país, por ello la percepción ciudadana impacta completamente en la comunicación que se desglosa con la ciudadanía.

La gestión judicial al eficientar la operación, como efecto colateral, puede mejorar la imagen que se presenta a la sociedad, gracias al esquema ordenado que se percibe como un mejor manejo de los recursos públicos.

Russell Wheeler valora los beneficios desde una perspectiva general y otra particular: I) general, por cuanto un sistema judicial bien administrado gasta el dinero del contribuyente sabiamente y sin desperdicios; II) particular, dado que un activo manejo de casos permite eliminar cuestiones tangenciales y agiliza el trámite

de los casos hacia su disposición más rápida y económica. Barry Mahoney destaca entre las mejoras las que son más perceptibles para el público en general, relacionadas con los tiempos de tramitación y decisión, el aumento y diversificación de los servicios, la calidad de la atención y la infraestructura.¹¹

Impactando de este modo en tres niveles:

1. En la estructura Institucional y organizacional,
2. En las cargas de trabajo de operadores del SJPA, y
3. En el contacto de la ciudadanía con el sistema.

En ese sentido, es importante también impulsar una comunicación diferenciada, para el público que utiliza las sedes judiciales, que presente las mejoras obtenidas desde la gestión. Esta comunicación se recomienda sea diferenciada para las diferentes personas involucradas en los procesos de impartición de justicia (tanto para víctimas/personas ofendidas, imputados e imputadas, personas operadoras del sistema, medios de comunicación, sociedad civil organizada, entre otros).

Nivel de consolidación y nuevos retos de la gestión judicial

Para identificar cuál es el estado de progreso de la gestión judicial en México se enviaron solicitudes de información¹² por medio de transparencia a los Tribunales Superiores de Justicia de las 32 entidades federativas, divididos en dos categorías:

1. Modelo de Gestión. Esta parte busca si los tribunales superiores de fuero local cuentan con un modelo, y a partir de eso reconocer

¹¹ Palma, Luis María (2017), *op. cit.*, p. 169.

¹² Las solicitudes de información se estiman sean recibidas durante el mes de septiembre y la primera semana de octubre, para la realización del análisis y presentación de resultados en el "Diálogo Regional sobre Acceso a la Justicia y Debido Proceso en el Sistema Penal Acusatorio", por celebrarse los días 9 y 10 de octubre del presente año.

cómo está normado, así como el reconocimiento del mapeo de sus procesos y funciones de los operadores responsables de que se lleve a cabo. Identificando el posicionamiento de la figura del administrador como actor central de la gestión judicial.

2. Monitoreo y seguimiento de la gestión judicial. Busca identificar las funciones principales de los administradores de centros judiciales, sus perfiles y desarrollo de habilidades, capacitaciones recibidas en la materia, así como las herramientas informáticas aprovechadas para el monitoreo de la gestión judicial del tribunal, y por último la presentación de su evaluación con los operadores del sistema para la mejora continua.

Conclusiones

En suma, la gestión judicial debe reconocerse como un ejercicio de planeación, iteración y seguimiento de la impartición de justicia, por ello la generación de información coherente y de calidad debe ser prioridad para identificar las áreas de oportunidad, y espacios que pueden ser optimizados conforme a la operatividad diaria.

Este ensayo, por tanto, plantea reconocer el grado de avance de la gestión judicial en los tribunales locales de México, a través del levantamiento de información que se realizó tanto en temas de Modelo de Gestión Judicial, como referentes al monitoreo y seguimiento que se ha aprovechado, como parte de la consolidación de la gestión judicial en México.

Bibliografía

Binder, Alberto (2004), *¿Qué significa implementar un nuevo sistema de justicia penal?*, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Buenos Aires, Argentina.

Carlos G. Gregorio (1996), *Gestión judicial y reforma de la administración de justicia en América Latina*.

Le Clercq Ortega, Juan Antonio y Rodríguez Sánchez Lara, Gerardo (coords.) (2018), *Índice Global de Impunidad México 2018*, Universidad de las Américas, Puebla.

Palma, Luis María (2017), *Modernización judicial, gestión y administración en América Latina*, UNAM, Acta Sociológica, vol. 72, enero-abril de 2017.

_____, (2016) "E-Justicia Latinoamérica International Conference In Buenos Aires", *International Association for Court Administration –Newsletter, International Association for Court Administration (IACA)*, vol. 3, núm. 1, Louisville, Kentucky, Estados Unidos de América.

_____ y Passos de Freitas, Vladimir (2015), *Administración de Cortes: Opiniones de Expertos*, Universidad de Belgrano, Departamento de Investigaciones, documento de trabajo, núm. 307, Buenos Aires, Argentina.

Secretaría de Justicia de Argentina (2018), *Manual para formadores en gestión judicial estratégica*, Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino, Buenos Aires, Argentina.

Otras fuentes de consulta:

Código Nacional de Procedimientos Penales, reforma publicada el 29 de diciembre de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada el 27 de enero de 2016 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Manual de Procesos y Procedimientos Administrativos del Centro de Justicia Penal, que presenta el esquema del Modelo de Gestión, publicado el 24 de noviembre de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Manual de Organización y Puestos del Centro de Justicia Penal, publicado el 24 de noviembre de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Anexo. Solicitudes de información

SOLICITUD UNO:

Enviar el marco normativo de la gestión judicial penal (el modelo que se encarga de las funciones administrativas de los órganos jurisdiccionales que integran el sistema penal acusatorio) incluyendo:

- 1.1. Reglamento
- 1.2. Manual de procedimientos
- 1.3. Manual de organización
- 1.4. Protocolos de actuación

Así como la fecha de inicio de vigencia de cada uno los cuerpos normativos del área.

SOLICITUD DOS:

1. ¿Desde cuándo opera en su estado este modelo de gestión?
2. ¿El área de gestión judicial es responsable de las siguientes funciones?
 - Definir cargas de trabajo _____ (Sí/No)
 - Gestionar agendas de los jueces _____ (Sí/No)
 - Elaboración de documentos/formatos homologados _____ (Sí/No)
 - Vinculación y coordinación con otras dependencias _____ (Sí/No)
3. ¿Cuántos y cuáles son los distritos judiciales en materia penal del Estado?

4. ¿Cuántos administradores de centros judiciales hay en su Estado?
5. ¿Cuál es la formación profesional de cada uno de los administradores? De forma estadística
6. Enviar informe de todas las capacitaciones que han sido impartidas a los administradores judiciales en temas de gestión judicial.
7. Enviar ficha técnica o descriptiva del software de gestión judicial que se usa para las siguientes funciones:
 - Agenda automatizada
 - Informes estadísticos de desempeño
 - Indicadores de cargas de trabajo
 - Se pueden rastrear y clasificar los asuntos
8. ¿Este software lo tienen todos los distritos judiciales de su estado?
9. ¿Cuenta con reuniones periódicas de monitoreo de gestión judicial?, enviar el marco jurídico de dichas reuniones.
10. De ser afirmativa la pregunta anterior ¿Con qué periodicidad se realizan?
11. ¿Quiénes son los cargos que se invitan a participar en estas reuniones de monitoreo?

**ESTÁNDARES
DE DEFENSA PENAL EFECTIVA
Y SISTEMA DE PROTECCIÓN
DE GARANTÍAS**

El derecho a la defensa efectiva en el sistema acusatorio

Ana Dulce Aguilar García*

Introducción

El proceso de reforma al sistema de justicia penal en México iniciado a partir de principios del siglo XXI coincide con un periodo de alternancia política y liberalización que permitió un mayor involucramiento político en las decisiones estatales. Además de la garantía del voto libre y secreto, otras formas de participación surgieron como consecuencia del empoderamiento de la sociedad civil organizada, de la presencia de medios de comunicación con mayor poder de expresión y del mayor interés del poder económico para influir en reformas políticas (Somuano, 2010; Guerrero, 2010).

Entre las numerosas reformas con intenciones democratizantes que se llevaron a cabo en México desde finales del siglo XX, la del sistema penal es una de las menos documentadas y posiblemente de las menos conocidas, a pesar de que los primeros intentos se dieron en 2004 en Nuevo

* Directora de Proyectos del Instituto de Justicia Procesal Penal (IJPP), México.

León, materializándose en 2007 en el nivel estatal en Chihuahua y Oaxaca, y casi enseguida en Zacatecas, Durango y Morelos. Estos esfuerzos subnacionales influyeron en forma determinante en la reforma constitucional de 2008 que obligó a todas las entidades y a la Federación a reformar sus sistemas penales en un plazo máximo de ocho años. En 2013, se llevó a cabo una reforma complementaria que produjo una legislación procesal penal única y aplicable en todo el país.

En junio de 2016 el sistema de justicia penal reformado entró en vigencia en todo el territorio nacional, cubriendo así la deuda histórica con la protección de derechos del proceso penal (Galindo y Ramírez, 2016). Quince años después de iniciado el proceso todavía es común escuchar hablar del "nuevo sistema penal".

Al igual que en los procesos de reforma en otros países de América Latina, la reforma procesal en México representó, en el discurso, la oportunidad de democratizar un sistema penal que violaba sistemáticamente los derechos humanos. La alternancia política del año 2000 y la percepción de cambio de un sistema autoritario a uno democrático fueron factores determinantes para que la academia y una sociedad civil fortalecida impulsaran su transformación.

A diferencia de otros países latinoamericanos, México ya contaba con una división de funciones de juzgamiento e investigación y persecución penal, y con la figura de "defensores de oficio". No obstante, en la práctica, el debido proceso —especialmente en relación con la presunción de inocencia y la defensa adecuada— no estaba garantizado en lo absoluto; y otros derechos como la libertad y la integridad personales eran constantemente violentados con detenciones arbitrarias y tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Esto fue la mayor motivación para impulsar la reforma al proceso penal mixto inquisitivo.

El cambio fue acompañado y complementado por diversas reformas; se dio una acuciosa reglamentación de los derechos de las víctimas que incidió directamente en el proceso penal. La Ley General de Víctimas

(en adelante, "LGV") garantizó, entre muchos otros derechos, la asistencia jurídica mediante el establecimiento de la obligación estatal de proporcionar asesores victimales gratuitos para el proceso penal. El CNPP —publicado con posterioridad a la LGV— previó también esta posibilidad pero de forma más matizada. En cualquier caso, hoy es común ver litigando al fiscal, a la defensa y a los asesores jurídicos en las audiencias orales (Aguilar, 2018).

A estas reformas debemos agregar la Ley Nacional de Ejecución Penal, que establece las normas, principios y derechos que reglamentan el internamiento de personas en prisión preventiva y en ejecución de sanciones, así como el sistema de reinserción social. Además, en 2017 entraron en vigor dos leyes en materia de tortura y desaparición forzada, respectivamente. Ambas son producto de las demandas legítimas de víctimas que sufren los altos índices de impunidad en estos temas.

Pero quizá la reforma que debió de causar mayor impacto en el proceso penal es la reforma constitucional de 2011 que situó a los derechos humanos, independientemente de su fuente, como el parámetro de regularidad constitucional. Así, los derechos en tratados internacionales se convirtieron en derechos constitucionales y las juezas y los jueces podrían llevar a cabo un control convencional *ex officio*. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, "SCJN"), además, consideró que toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH) tendría el carácter de vinculante.

Sin embargo, las herramientas que esta reforma proporcionó para la efectiva protección de derechos no han sido plenamente integradas al proceso penal, de ahí que todavía exista una importante área de oportunidad para fortalecer el sistema de justicia reformado. Pero es precisamente el parámetro de regularidad constitucional el que nos permite integrar los estándares internacionales de defensa penal efectiva para así elaborar un análisis sobre los avances y retos en la garantía de este derecho en el marco del sistema acusatorio.

En este sentido, este documento tiene como objetivo hacer un recuento de los estándares de defensa adecuada en nuestro país, a la luz de los estándares de defensa penal efectiva en el ámbito internacional; no sin antes revisar el diseño del sistema acusatorio como uno que, desde mi punto de vista, reúne los elementos para garantizar efectivamente los derechos de las personas imputadas y víctimas.

El sistema acusatorio como sistema de garantías

Debemos recordar que el sistema penal inquisitivo fundaba su funcionamiento en la concentración del poder. Quien acusaba también juzgaba, con pocas posibilidades de defensa para quien era señalado como culpable (Acuña, 1970). La secrecía del trámite impedía cualquier oportunidad de rendición de cuentas del órgano que perseguía el delito y administraba justicia. Y la búsqueda de la verdad ocupaba un lugar fundamental en el proceso; era exigida y extraída, a menudo bajo tortura. Más aún, la determinación del objeto, medios y fines del sistema penal eran definidos por la clase dominante en el poder que, sin excepción, dio como resultado selectividad del sistema, impunidad y desconfianza hacia quienes ejercían el poder penal.

Por ello, los esfuerzos de reforma regional plantearon la transformación de los sistemas penales hacia el sistema acusatorio y oral, cuyas características ideales son exactamente las contrarias. Entre otras, está regido por la división de funciones entre acusación y juzgamiento; permite la defensa efectiva como contrapeso horizontal a la acusación del Estado; establece mecanismos alternativos para evitar el juicio; protege una larga lista de derechos de personas acusadas y víctimas, a quienes además les da un rol activo durante el proceso; y le caracterizan la oralidad y publicidad como mecanismos de transparencia y rendición de cuentas (Langer, 2007, p. 621).

Así, la defensa penal constituye el contrapeso por excelencia del ejercicio monopólico de la acción penal, por lo cual la construcción y fun-

cionamiento de los equilibrios internos en el proceso dependen en gran medida de la capacidad de proporcionar una defensa adecuada.

Esto es observable precisamente en el diseño normativo del proceso penal bajo los principios que le rigen, especialmente el de contradicción. Desde la audiencia inicial hasta la de juicio oral la calidad del debate dependerá de la habilidad de las partes para incorporar información y argumentos de calidad.

Una primera garantía para la protección de derechos es la oralidad misma, como metodología para el desahogo de audiencias. Como sabemos, el artículo 20 constitucional señala una serie de condiciones para que las audiencias se lleven a cabo; por ejemplo, la presentación de argumentos y elementos probatorios "de forma pública, contradictoria y oral" (apartado A, fracción IV); o, en consonancia con las distintas normas de orden convencional, la ley fundamental señala como derecho de la persona imputada el de ser juzgada en audiencia pública por juez o tribunal (apartado B, fracción V).

En el análisis de los distintos momentos de litigio oral a lo largo del proceso penal acusatorio, la audiencia inicial es quizá el momento crucial para la protección y garantía de derechos. Sus cinco objetos procesales —control de detención, formulación de imputación, vinculación a proceso, debate de medidas cautelares, y el cierre de plazo de investigación— tienen precisamente ese fin. A saber, la protección de la libertad personal, el derecho a la información, la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, entre otros.

Conforme avanza el proceso y se eleva el estándar de prueba, también se establecen otras salvaguardas que bajo los principios del sistema, en teoría, deberían garantizar el ejercicio efectivo de la defensa penal.

Si bien estas reglas se cumplen en el procedimiento ordinario, todavía tenemos retos importantes en relación con la segunda instancia que se

lleva a cabo en forma escrita, y en la tramitación de procedimientos de ejecución penal que, a pesar de lo que la propia ley reglamentaria establece, muchos todavía se llevan a cabo por escrito (Aguilar, 2018).

Por tanto, hablar de defensa adecuada es hablar de la protección y garantía de una serie de elementos que permiten el acceso a un juicio justo en forma efectiva en la práctica, donde el centro de atención es la persona imputada. Señalar la práctica, además, nos obliga a pensar en el tránsito de dicha persona por el proceso, desde la detención policial, pasando por las etapas preparatorias, hasta llegar al juicio mismo (Binder, Cape y Namoradze, 2015, pp. 35-36), sin desestimar las opciones de salidas alternativas o formas anticipadas de concluir el proceso.

Como señalo en la introducción, el marco jurídico relevante para la protección del sistema de garantías de las personas imputadas es indudablemente detallado y, por lo menos en el papel y en general, cumple con estándares internacionales. Éste es el caso de los estándares de defensa penal efectiva que a continuación detallo.

Estándares internacionales de defensa penal efectiva

Binder, Cape y Namoradze (2015) señalan que:

[L]a idea de sistema de garantías, ya usual en nuestra región, nos muestra, por una parte, la interdependencia dinámica de todas las garantías que protegen al imputado y, por otra, el carácter central de los derechos de defensa del imputado o acusado, para que se concrete ese sistema, en una situación real de protección. [p. 36].

Dichos derechos los podemos encontrar, en el nivel interamericano, fundados en los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "CADH") y pueden agruparse en 4 categorías

que arrojan un total de veinte derechos: 1) derechos de información; 2) defensa y asistencia legal; 3) garantías judiciales para un juicio justo; y 4) garantías para la efectividad de la defensa (pp. 36-37).

El primer grupo se refiere a todos aquellos derechos que garantizan el conocimiento de información sobre las razones de la detención, la imputación o la acusación, según se trate de las distintas etapas del proceso. Asimismo, se refiere a la información con la que debe contar la persona detenida o imputada sobre sus posibilidades de defensa; y, finalmente, a tener acceso a los elementos de prueba que se van incorporando al proceso (Binder, Cape y Namoradze, 2015, p. 36).

El segundo grupo de derechos parte del reconocimiento de la subjetividad de la persona imputada para participar en su proceso en defensa de su propio interés. Desde luego, se incluye el derecho a contar con una persona defensora con capacidad técnica para asumir dicho rol; además, debe ser de su confianza y con quien pueda consultar en privado y en forma confidencial. Una vez hecho esto, la persona tendrá derecho a ser asistida durante cualquier entrevista, declaración o diligencia que se lleve a cabo a lo largo del proceso. Más aún, este grupo de derechos incluye aquel a ser asistido por un defensor público cuando no tenga la posibilidad de contratar uno propio y, cuando éste sea el caso, a recibir una defensa profesional e independiente de cualquier directiva superior (Binder, Cape y Namoradze, 2015, pp. 36-37).

El tercer grupo se refiere a todos aquellos derechos que protegen de manera especial a las personas imputadas dentro y a lo largo del proceso. Son aquellos que regularmente conocemos como los de debido proceso o de juicio justo como por ejemplo: la presunción de inocencia —tanto como regla probatoria como de trato—; el derecho a guardar silencio y de no autoincriminación; el derecho a permanecer en libertad durante el proceso como regla y sólo por excepción bajo criterios de legalidad, razonabilidad y temporalidad sin que ello se interponga con el

derecho a la defensa; derecho a participar presencialmente en el proceso; derecho a decisiones fundadas y motivadas; y el derecho a un recurso efectivo (Binder, Cape y Namoradze, 2015, p. 37).

Finalmente, el cuarto grupo se refiere a todos aquellos derechos que a su vez garantizan la efectividad de todos los demás al generar condiciones prácticas para su ejercicio, tales como: el derecho a investigar el caso con medios propios e incorporar pruebas; el derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa; igualdad de armas en el control y producción de la prueba; el derecho a contar con un intérprete o traductor de confianza y a la traducción de documentos y pruebas (Binder, Cape y Namoradze, 2015, p. 37).

Así, el total de derechos, de acuerdo con Binder, Cape y Namoradze (2015, pp. 56-57) se enlistaría de la siguiente manera:

- a. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas del arresto o detención y los derechos que emanan de esa situación (CADH, art. 7. 4).
- b. Derecho a ser informado sobre la naturaleza y las causas de la imputación (formulación de cargos) o acusación (CADH, art. 8. 2. B).
- c. Derecho a obtener información sobre los derechos relativos a su defensa que le están garantizados (CADH, art. 8. 2. C).
- d. Derecho a obtener acceso a la evidencia material del caso y a la carpeta de la investigación (CADH, art. 8. 2. F; CADH, art. 7. 4).
- e. Derecho de la persona imputada a defenderse y representarse personalmente (CADH, art. 8. 2. D).
- f. Derecho a contar con asistencia y representación legal (técnica) de su confianza y libre elección (CADH, art. 8. 2. D).
- g. Derecho a contar con asistencia legal durante el interrogatorio (CADH, art. 8. 2. D).
- h. Derecho a conferenciar en privado con el abogado defensor (CADH, art. 8. 2. D).

- i. Derecho a elegir y contar gratuitamente con los servicios de un abogado, para las personas que no pueden pagarlo (CADH, art. 8.2. E).
- j. Derecho a que los abogados se rijan conforme estándares profesionales mínimos, deban orientarse exclusivamente por el interés de su defendido y a que sean independientes (CADH, art. 8. 2. D).
- k. Derecho a ser presumido inocente (CADH, art. 8. 2, primer párrafo).
- l. Derecho a guardar silencio o a no declarar contra uno mismo (CADH, art. 8. 2. G; y art. 8. 3).
- m. Derecho a permanecer en libertad durante el proceso, mientras el juicio se encuentra pendiente (CADH, art. 7. 2, 3 y 5).
- n. Derecho a estar presente en el juicio y participar en éste (CADH, art. 8. 2. D).
- o. Derecho a que las decisiones que lo afectan sean motivadas en fundamentos razonados (CADH, art. 8. 1).
- p. Derecho a una revisión integral de la sentencia de condena (CADH, art. 8. 2. H).
- q. Derecho a investigar el caso y proponer pruebas (CADH, art. 2. F).
- r. Derecho a contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa (CADH, art. 2. C).
- s. Igualdad de armas en la producción y control de la prueba y en el desarrollo de las audiencias públicas y contradictorias (CADH, art. 2, primer párrafo).
- t. Derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y pruebas (CADH, art. 2, A).

Es importante mencionar que esta construcción elaborada por los autores mencionados tiene su fuente en el estudio de decisiones de distintos tribunales internacionales y enfáticamente de la CADH y de resoluciones y decisiones del SIDH. Si bien reconocen que en éste todavía falta un desarrollo preciso y detallado, esto adquiere relevancia en nuestro contexto por el carácter obligatorio de la jurisprudencia interamericana, conforme a criterio consolidado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011.

La defensa penal efectiva en México. Del papel a la práctica

El sistema de defensa penal en México está fundado en el derecho irrenunciable a contar con un abogado público o privado. Al día de hoy, la defensa proporcionada por el Estado en materia penal es gratuita y proporcionada por las instituciones de defensa pública, que deben prestar sus servicios independientemente de la condición socioeconómica de las personas que la reciben. Sin embargo, el sistema de defensa penal va más allá de la dicotomía penal/pública pues existen también clínicas jurídicas en universidades, áreas pro-bono en bufetes privados y organizaciones de la sociedad civil que prestan servicios legales sin costo (Aguilar y González, 2015, p. 347).

Considero relevante señalar que la defensa pública ha ganado una reputación importante en muchos estados de la república que se esforzaron por dignificar esta institución y se ocuparon de capacitar a sus operadores durante la etapa de implementación. Incluso, como ocurrió recientemente en la Ciudad de México, se les ha concedido autonomía institucional. Con todo, la dignificación del rol de la defensa no necesariamente se ha traducido en suficientes recursos, lo cual posiciona en una situación crítica a una institución que llega a recibir más del 90% de las causas del sistema.

En términos de defensa penal, el sistema acusatorio presenta una serie de retos para hacerla efectiva, en gran parte debido a problemas de orden sistémico. Entre ellos, Aguilar y González (2015) identifican:

- La presencia de la prisión preventiva oficiosa desde la Constitución distorsiona el sistema de garantías, especialmente en lo relacionado a la presunción de inocencia y al derecho a permanecer en libertad durante el proceso. Esta medida además llega a representar más del 50% del total de decisiones de prisión preventiva en

audiencia inicial. En este sentido, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que impide cualquier control convencional a restricciones constitucionales de derechos impacta de manera directa en el ejercicio de la defensa durante el debate de medidas cautelares, pues ya ni siquiera se abre el debate para que los fiscales justifiquen la medida.

- La presencia de las y los jueces en audiencias ha significado la posibilidad de la verificación de la calidad técnica de los defensores. Sin embargo, por disposición expresa del Código Nacional de Procedimientos Penales, los jueces están obligados a solicitar el nombramiento de un defensor público que auxilie al defensor particular, previa recomendación a la persona imputada de que cambie a su defensor si considera que no tiene la capacidad técnica para defenderlo (art. 121). Esta disposición también ha tenido efectos negativos en la práctica, pues ha dado lugar a diferencias de opinión durante las audiencias entre el abogado particular y el defensor público designado para auxiliarle, con consecuencias negativas para la defensa de la persona.
- Perduran malas prácticas desde el momento de la detención y se extienden durante todo el proceso hasta la ejecución de la pena, afectando los diferentes derechos que garantizan la defensa efectiva. Por ejemplo, el periodo que pasa entre la detención material y la transferencia de la custodia de la persona detenida al Ministerio Público constituye un espacio de vulnerabilidad y alto riesgo para la integridad personal. El periodo permitido de 48 horas para mantener privada de libertad a una persona antes de ser presentada ante un juez no siempre establece las horas que la persona pasa bajo custodia de la autoridad que hace la detención —policía o fuerzas armadas—. Esto tiene un efecto claro en el control judicial de la detención que no toma en cuenta las horas efectivas de privación de libertad (véase también APT, 2019).
- En relación con el punto anterior, la tortura y los tratos crueles e inhumanos siguen siendo una práctica cotidiana en el sistema de

justicia sin consecuencias para el proceso ni para los perpetradores. Lo anterior fue confirmado por el Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas que en su informe especial de diciembre de 2014 consideró que la tortura era generalizada en México (OACNUDH-IBANET, 2015, p. 19). Es de resaltar que el hecho de ser mujer aumenta los riesgos de maltrato y violencia sexual durante las detenciones (p. 27); asimismo, el informe del Relator hace notar que el perfil de las víctimas de tortura corresponde a personas en situación socioeconómica vulnerable (p. 28).

- En cuanto al derecho a la información, las personas detenidas no reciben inmediatamente reportes de calidad sobre su detención y los derechos que emanan de esa situación. No se verifica en qué momento la persona recibió información ni si se transmitió efectivamente para que pudiera ejercer sus derechos. También se reporta que los ministerios públicos obstaculizan el acceso de los abogados defensores —en particular a los privados— a la persona y al registro de los actos de investigación. Esto, desde luego, impacta la preparación de la defensa técnica violando el derecho constitucional a contar con la presencia de un abogado durante todo el proceso penal.
- La defensa enfrenta obstáculos también a partir de la declaración que rinde la persona detenida o citada a comparecer como testigo ante el Ministerio Público. El Código Nacional de Procedimientos Penales devolvió la posibilidad de que la declaración de la persona ante dicha autoridad —con presencia de su abogado— tenga efecto en el proceso penal. Esta posibilidad había sido excluida de los códigos locales, pues ordinariamente no existía una defensa efectiva en el momento y por el principio de inmediatez se le daba un alto valor probatorio a pesar de que la persona decidiera guardar silencio en la fase judicial del proceso. Hoy en día esta disposición, sumada a la práctica generalizada de tortura, y a la carga de

trabajo de las defensorías públicas, genera una afectación al derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación.

- En lo relativo al derecho a contar con un traductor o intérprete, ambos sistemas están rezagados en su protección. No existen mecanismos efectivos para garantizar que las personas indígenas cuenten con una defensa de calidad acorde con su cultura.
- En relación con el derecho a guardar silencio también existe una asincronía entre la protección normativa y la ejecución práctica. Mientras el sistema acusatorio garantiza el derecho a guardar silencio y el derecho a la no autoincriminación, lo cierto es que el primer contacto con el defensor suele ocurrir unos minutos antes de la audiencia inicial. Así, no sólo el derecho a contar con un abogado desde la etapa inicial del proceso es prácticamente nulo sino que el cambio de abogados a lo largo del proceso, desde el momento mismo de detención, pone en riesgo la posibilidad de un juicio justo así como la integridad personal, y el derecho a la libertad y seguridad personales.
- La carga de trabajo de las defensorías públicas, aunada a la disminución en los tiempos para procesar a las personas, también ha presentado retos importantes para la defensa efectiva, ya que imposibilita el acceso temprano y contacto frecuente con las personas detenidas. En algunos estados también ha generado conflictos de interés, pues un mismo defensor se ve obligado a asistir a personas coimputadas con intereses potencialmente contrarios.
- En relación con la presunción de inocencia como regla de trato, en su carácter extraprocesal, aún falta instaurar un cambio cultural en toda la sociedad, incluyendo al gobierno y los medios de comunicación, que todavía tienden a suponer la culpa de una persona detenida y/o imputada.
- La protección de los derechos en la etapa de ejecución penal ha representado también un reto importante para los defensores, pues no parece haber uniformidad ni claridad sobre el alcance de su intervención. Por otro lado, el sistema penitenciario mantiene

prácticas inquisitivas como los estudios de personalidad vía los consejos interdisciplinarios, que al ser validados por los jueces impiden una defensa adecuada en esta fase para las personas privadas de libertad.

- La falta de reglas profesionales para quienes ejercen la abogacía ha provocado daños irreparables a las personas que sufren las malas defensas. Personas expertas que litigan en clínicas u organizaciones de sociedad civil dan cuenta de múltiples casos que les son consultados en los que identifican severas omisiones de la defensa y que a menudo ya no tienen forma de ser rescatados. La carencia de estándares obligatorios de la profesión, y la inexistencia de órganos de control y rendición de cuentas efectivos que la reglamenten y sancionen afectan los derechos de las personas sujetas a proceso penal —muchas de ellas privadas de libertad— casi siempre de manera irreversible.

Una vez identificadas las problemáticas principales que impiden la efectiva garantía de la defensa penal en México, resta analizar a continuación qué camino ha seguido la SCJN para contrarrestar las malas prácticas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la defensa penal

Aunado al sustantivo desarrollo normativo constitucional y legal del derecho a la defensa adecuada, éste ha ido ganando espacio en el desarrollo jurisprudencial de la SCJN, sobre todo en la décima época. Este tribunal no sólo ha desarrollado criterios para el sistema acusatorio, sino que en virtud del principio de progresividad también ha establecido criterios de defensa adecuada que han beneficiado a personas procesadas por el sistema mixto inquisitivo, sobre todo en relación con la exclusión de pruebas ilícitas [tesis 1a. CXXXVI/2015 (10a.); PC.V. J/17 P (10a.)]. Es de resaltar que la Corte ha hecho uso precisamente de las herramientas que provee el artículo 1o. constitucional para hacer ese tipo de interpretaciones progresivas para los regímenes procesales penales vigentes (mixto y acusatorio).

Entre las situaciones que han cobrado mayor atención recientemente está la acreditación como licenciadas en derecho de aquellas personas que asisten o han asistido a las personas imputadas a lo largo del proceso penal. La falta de constancia sobre este punto da lugar a la reposición del procedimiento, pero también a la anulación de cualquier diligencia que se haya llevado a cabo con la participación de dicha persona, de acuerdo con la contradicción de tesis 144/2018 (desarrollado para el proceso penal mixto) y otros criterios aislados aplicables en el sistema acusatorio. Ciertamente, este tipo de criterio es insuficiente para garantizar la efectiva defensa, pues ello de ninguna manera garantiza la defensa de calidad, dados los retos que hoy en día tiene la enseñanza jurídica en nuestro país.

Otros criterios aislados también hacen referencia a la importancia de garantizar la defensa formal y la material, es decir, la que se refiere a la diligencia con la que deben actuar los profesionales de derecho cuando proporcionan asistencia jurídica a las personas [tesis P. XII/2014 (10a.)]. Igualmente se ha resuelto a favor del acceso a la justicia de las personas privadas de libertad mediante la garantía de la defensa adecuada en la fase de ejecución penal [tesis V.3o.P.A. J/1 (10a.)]; y de las personas imputadas adolescentes, quienes deben contar con defensa especializada en esta materia [tesis 1a. CCCXXIX/2015 (10a.)].

A pesar de lo positivo de este desarrollo por parte de la SCJN, éste resulta contradictorio con el desarrollo de jurisprudencia restrictiva de la reforma de derechos humanos. El resultado más evidente de esta contradicción es la vigencia de la prisión preventiva oficiosa que nos obliga a seguir reflexionando sobre el rol del Máximo Tribunal en la revisión de restricciones constitucionales que, como ésta, violan flagrantemente los estándares internacionales de derechos humanos. Más recientemente, la SCJN utilizó este mismo criterio para impedir a la persona imputada el acceso a la carpeta de investigación por ser una restricción establecida en el artículo 20 constitucional [XIII.P.A.56 P (10a.)].

Conclusiones

Aunque el rol de la defensa penal fue dignificado y reposicionado a partir de la constitucionalización de la igualdad de armas, del principio de contradicción, de la regla de igualdad de salarios con el Ministerio Público y de los criterios progresivos de la SCJN, lo cierto es que aún existen retos importantes para el ejercicio efectivo de la defensa en el sistema acusatorio.

La reforma al sistema de justicia penal en México fue un cambio constitucional que conllevó, por un lado, el reconocimiento de derechos inéditos para las personas acusadas pero, por el otro, la caracterización de enemigos de todas aquellas personas acusadas de ciertos delitos —como por ejemplo de aquellos relacionados con delincuencia organizada—. Ello dio como resultado un régimen penal diferenciado según se tratara de delitos comunes o de los considerados de alto impacto (Zepeda, 2011). Así, la reforma trajo consigo su propia contrarreforma en la constitucionalización de medidas extraordinarias como la prisión preventiva automática, prevista para un catálogo de delitos señalados en el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución.

En paralelo, las expectativas generadas por la reforma al sistema penal como herramienta para enfrentar la violencia y la inseguridad han sido quizá la principal fuente de cuestionamientos a la eficacia del sistema acusatorio para atacar dichos problemas. De ahí que el discurso a favor de los derechos de las personas imputadas sea impopular y reprochado en muchos casos por considerarlos "contrarios a los derechos de las víctimas". El supuesto hipergarantismo que incorporó el sistema acusatorio sigue siendo también la fuente de iniciativas de reforma que contrarían sus principios y los motivos que dieron origen a ella.

Esto, en conjunto, representa un riesgo para la defensa penal efectiva y un gris panorama para los derechos de las personas imputadas. A ello hay que agregar los pendientes de orden estructural y sistémicos que todavía

impiden la defensa adecuada desde un enfoque diferenciado tales como la defensa penal de personas con discapacidad, personas indígenas y mujeres —perspectiva poco desarrollada en México que supone representar a la mujer superando estereotipos y reconociendo dinámicas de género en la relación con la imputada, y en sus circunstancias de delito y de vida.

Pero quizá el mayor pendiente, como lo reflejan diversos criterios sobre la violación a la defensa penal adecuada, es el relativo al ejercicio de la abogacía. Más allá de los debates sobre los mecanismos para certificación y rendición de cuentas de quienes ejercemos el derecho, debemos resolver en forma inmediata quién se hace responsable de la violación a reglas profesionales —e incluso a la ley— por parte de los abogados y las abogadas, y qué consecuencias deberían existir para reparar el daño que han ocasionado a miles de personas que no han recibido una defensa efectiva. Tenemos todavía un camino largo por recorrer en este sentido y muchas consecuencias que afrontar.

No nos queda más que seguir trabajando en cerrar las brechas entre los avances normativos de la defensa penal y la realidad de ésta en la práctica.

Referencias

- Acuña, F. (1970), "El principio acusatorio en el proceso penal mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XX, núms. 77-78, 117-124.
- Aguilar, A. D. (2018), México. Justicia Federal, en *La justicia penal adversaria en América Latina. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*, Santiago de Chile: CEJA.
- Aguilar, A. y González, G. (2015), México, en *Defensa penal efectiva en América Latina*, México.

- APT (2019), *Acceso a un/a abogado/a durante las primeras horas de custodia en México. Un análisis situacional*, México: Asociación para la Prevención de la Tortura.
- Binder, A., Cape, E., y Namoradze, Z. (2015), *Defensa penal efectiva en América Latina*, ADC, CERJUSC, CONECTAS, DEJUSTICIA, ICCPG, IDDD, IJPP, INECIP, México.
- Galindo, C.A. y Ramírez, S. (2016), *Reforma a la justicia penal. Del silencio de los expedientes a los juicios orales y públicos*, México: Senado de la República/Instituto Belisario Domínguez.
- Guerrero, M. A. (2010), Los medios de comunicación y el régimen político, en *Los grandes problemas de México. Instituciones y procesos políticos XIV* (231-300), México: El Colegio de México.
- Langer, M. (2007), *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery*. The American Journal of Comparative Law, 55(4).
- OACNUDH-IBANET (2015), *La tortura en México: una mirada desde los organismos del sistema de Naciones Unidas*, México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas/International Bar Association's Human Rights Institute.
- Somuano, M. F. (2010), Las organizaciones civiles: formación y cambio, en *Los grandes problemas de México. Instituciones y procesos políticos XIV* (197-230), México: El Colegio de México.
- Zepeda, G. (2011), "Seguridad ciudadana y juicios orales en México", en García Ramírez, S. e Islas, O., *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas de Justicia Penal*, México.

Estándares de defensa aplicables a víctimas e imputados*

Ana Lorena Delgadillo Pérez**

La presente participación tiene como fin disertar sobre los estándares de defensa penal efectiva, poniendo énfasis en los derechos de las víctimas. Comenzaré por establecer como principios generales que: a) la defensa de la persona y sus derechos es inviolable; b) conforme a lo estipulado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ésta se ejerce en cualquier proceso, sea administrativo, civil, laboral o penal; c) en ese marco, la garantía no solamente está dirigida al imputado o acusado sino también a la víctima, siendo fundamental el papel de los jueces, cuya legitimidad radica en la tutela efectiva de los derechos de las y los ciudadanos.

En México existe un sistema donde la participación de las víctimas desempeña un papel fundamental en el derecho penal. Sin embargo, esto no es sólo un producto de la incorporación de la participación de las víctimas en el derecho penal, sino el resultado de un contexto adverso

* Agradezco el apoyo de Alicia Moncada para la transcripción y edición de este trabajo, así como las notas de Miguel Urbina y Ernesto López Saure sobre estándares de defensa.

** Directora Ejecutiva de la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho.

para las víctimas, la defensa penal efectiva y la protección de garantías. Hasta ahora, en el país se contabilizan 61,637 personas desaparecidas¹ y 200,000 muertes violentas en casi una década,² casos que —en su mayoría— padecen las deficiencias de las fiscalías como figura central en la investigación penal. Por lo mismo, se han ido creando políticas, instituciones y principios que en otros países no existen o son inimaginables. Tenemos instituciones dedicadas exclusivamente a brindarles apoyo integral a las víctimas y un marco jurídico extenso, desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Nacional de Procedimientos Penales, la Ley General de Atención a Víctimas, entre otros.

Pero este sistema surgió en respuesta a un contexto de violencia social imbricado con la impunidad y desprotección estatal, por lo que no existiría si el Ministerio Público cumpliera con su competencia de defender a las víctimas. A simple vista, pareciera que tenemos una duplicación de sistemas y que se han ido construyendo parches en lugar de detectar los problemas y falencias estructurales de los sistemas que no funcionan.

Sin embargo, un tema que nos lleva a un debate más profundo es pensar en la interrelación del sistema de garantías. Es difícil interpretar una de las garantías o uno de los principios del sistema acusatorio sin observarlo en su conjunto. Pongo énfasis en este punto porque —con generalidad— nos estancamos en analizar la posible vulneración de las garantías del imputado y de la víctima y olvidamos su relación con otros derechos tantos sustantivos como adjetivos.

En todo proceso operan, como garantía, el juicio previo, debido proceso o legalidad procesal lo que indica que nadie puede ser privado de sus

¹ Milenio, "En México hay 61 mil 637 desaparecidos: Segob", 6 de enero de 2020, disponible en: «<https://www.milenio.com/politica/mexico-61-mil-637-desaparecidos-segob>». Consultado: 13 de febrero de 2020.

² Aristegui Noticias, "200 mil muertos en la última década en México; hay 'narcoestado': Gil Olmos", disponible en: «<https://aristeguinoticias.com/1811/mexico/200-mil-muertos-en-la-ultima-decada-en-mexico-hay-narcoestado-gil-olmos>». Consultado: 13 de febrero de 2020.

derechos o de la libertad sin haber sido citado, oído y vencido en un proceso legal. Esta garantía implica la observancia, como mínimo, de la publicidad, la oralidad, la inmediación, la concentración, la contradicción, la continuidad del proceso y el apego a las normas imperativas o potestativas.

Asimismo, otra garantía es la presunción de inocencia, lo que implica que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario en un proceso legal. Los mínimos de esta garantía conllevan: la carga de la prueba se encuentra en la parte acusadora (*onus probandi*), el derecho a no declarar ni autoincriminarse, la excepcionalidad en la aplicación de medidas de coerción durante el proceso y la destrucción del estado de inocencia mediante la fundamentación de la resolución judicial.

Con referencia al juez natural, bien sabemos que nadie puede ser juzgado ni condenado por tribunales especiales (*ad-hoc*). De la misma forma, la observancia de esta garantía comprende, como mínimo, los principios de juez competente, independiente e imparcial. Empero, quisiera indicar que —a partir de la experiencia en los casos que representamos en la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho como las masacres de los 72 migrantes,³ la correspondiente a las fosas clandestinas de San Fernando⁴ y la de Cadereyta—⁵ el tema del juez natural se vuelve un problema real en la práctica. Nos enfrentamos a una situación que no ha sido abordada a fondo en nuestro sistema de justicia y que refiere a contextos donde el crimen organizado, aunado a la situación de violencia que vive el país, impide que el sistema de garantías sea efectivo.

³ FJEDD, "Masacre de 72 personas migrantes en San Fernando", mayo de 2018, disponible en: «<https://www.fundacionjusticia.org/masacre-de-72-personas-migrantes-en-san-fernando/>». Consultado: 13 de febrero de 2020.

⁴ FJEDD, "Fosas clandestinas en San Fernando, Tamaulipas", mayo de 2018, disponible en: «<https://www.fundacionjusticia.org/47-fosas-con-193-restos-en-san-fernando-tamaulipas/>». Consultado: 13 de febrero de 2020.

⁵ FJEDD, "Masacre de migrantes en Cadereyta: 6 años de impunidad", mayo de 2018, disponible en: «<https://www.fundacionjusticia.org/masacre-de-migrantes-en-cadereyta-6-anos-de-impunidad/>». Consultado: 13 de febrero de 2020.

Traigo a colación el caso de una víctima a quien represento. La persona vive en la Ciudad de México, pero el juicio se está llevando en Tamaulipas, un estado con un alto nivel de criminalidad y de violencia que incide tanto en los operadores como en las víctimas. Se hace pertinente preguntarnos ¿cómo estos derechos pudieran hacerse efectivos tanto para la víctima e, incluso, el imputado cuando son enviados a reclusorios de alta seguridad donde es difícil que se pueda llevar a cabo un juicio con las garantías que se requieren? Siendo el camino tortuoso tanto para los imputados como las víctimas, queda por debatir cómo vamos a resolver estos escollos y, especialmente, por qué no se han abordado completamente.

Hablemos ahora de los estándares respecto al imputado, cómo se materializan sus derechos como imputado y las obligaciones de la defensa.

Estándares de debida defensa

Se pueden definir los estándares como el conjunto de acciones judiciales y extrajudiciales que el defensor público debe realizar durante todas las etapas de la persecución penal dirigidas al imputado. Permiten asegurar una defensa penal de calidad en las etapas del proceso y se derivan de normas procesales, estándares internacionales, pero también de principios éticos de conducción de la defensa.

Sin embargo, no sólo refieren a normas procesales estrictas circunscritas a un código de procedimientos o a interpretaciones cerradas de artículos de la Convención Americana, se trata —a mi parecer— de principios éticos de conducción de quienes asumen la defensa. Trasciende lo que pudiera estar en normas o estándares internacionales, combinando lo que se entiende como la conducción ética tanto de defensores particulares, defensores de oficio o de quienes trabajan en el sistema de víctimas.

En relación con los **estándares de la defensa**, evidentemente **el defensor debe velar por los intereses de los imputados en el juicio**, desde su inicio hasta su terminación, y proporcionar una asesoría técnica idónea.

En este sentido conviene resaltar que para la defensa no es suficiente que se lean los derechos o que se le informe, pues debe haber una diligencia efectiva e idónea del defensor en la defensa.

Las actuaciones deben ser realizadas en tiempo y forma, protegiendo e invocando los derechos del imputado, preparando las actuaciones y con estrategias claras de defensa que sean compartidas y aceptadas por el imputado. En casos de defensoría pública, en muchas ocasiones, no se le dice al imputado cuáles son las opciones que tiene. Los defensores tienden a delinear un camino, sin explorar más opciones, lo que cierra la posibilidad de permitir a la imputada o el imputado decidir las acciones que conviene realizar.

Otro estándar en el que quiero poner énfasis es el de la **dignidad de la imputada o imputado**. Sabemos bien que el defensor tiene que respetar la voluntad del imputado y darle un trato digno, pero, con frecuencia, las personas imputadas manifiestan que ocurre lo contrario.

El defensor se expresa en explicaciones técnicas, pero no genera una verdadera comunicación bidireccional en la que se genere un espacio para facilitar la comprensión de la información. En consecuencia, los imputados llegan a las audiencias sin saber a qué se enfrentarán o lo que ocurrirá, en ocasiones, sin conocer con claridad cuál es la imputación que tienen en su contra.

En talleres que he impartido con familiares de víctimas o en comunidades, las personas solicitan un uso más coloquial del lenguaje durante la explicación de los procesos, estrategias y resultados. Es por ello que en un contexto de comunicación entre operadores del sistema es adecuado el uso del lenguaje técnico, pero un lenguaje técnico es inútil frente a una persona que nunca se ha acercado al sistema o no cuenta con los conocimientos necesarios para comprender la información desde la terminología jurídica.

Si añadimos una serie de factores sociales como las barreras lingüísticas o educativas, que son comunes en contextos rurales y de comunidades indígenas, se agregan dificultades adicionales. Estas variables difícilmente son tenidas en cuenta en una audiencia o desde la fase de la investigación, es decir, en todo el proceso penal.

El **estándar de información** refiere a mantener en todo momento informado al imputado, lo que incluye particularidades lingüísticas de la población indígena en todo el proceso, desde la entrevista, la debida información del caso, los cargos que tiene y sus consecuencias. En ocasiones, al informarles de los cargos que se les imputan, se omite indicar las consecuencias o los tiempos que tomará la defensa. Esta situación afecta el derecho a la decisión, el cual va vinculado a la información correcta y oportuna.

Un imputado no puede tomar una decisión informada sobre el camino jurídico a seguir en su caso, si no tiene la información precisa para accionar, así como el conocimiento del contenido de la investigación, la estrategia de defensa, el alcance de las medidas cautelares y demás alternativas que tiene el/la defensor/a para conducir el caso y las consecuencias. Asimismo, que el imputado tenga la comprensión del papel del fiscal, la policía y los demás intervinientes es vital. Desde nuestra experiencia, los imputados con defensa pública refieren que carecen de conocimiento sobre la participación de todas las partes en el proceso. Se debe tomar en consideración que las personas no siempre han tenido contacto con el sistema de justicia, por tanto, desconocen qué papel desempeñan las partes.

En cuanto al **estándar de libertad**, se hace esencial que el defensor realice las actividades necesarias para que los imputados no sean sometidos a restricciones de libertad arbitrarias o ilegales. Muchas veces la defensa de quienes están señalados como responsables opta por no preparar exhaustivamente su estrategia de defensa y, en cambio, tomar el camino más sencillo para la defensa.

Por cuanto hace a restricciones arbitrarias de la libertad del imputado, cuando no hay una investigación efectiva de las condiciones de la detención y no se tiene el tiempo necesario para conversar sobre estas condiciones con el imputado, esta situación se traduce en una medida más lesiva para su defendido, pues no verifican que se cumplan los requisitos legales de la detención o los requisitos de las medidas cautelares o que la condena sea fijada de acuerdo con lo que establece la ley y, sobre todo, que no se vulneren los derechos de sus defendidos.

Desafortunadamente hay que estar conscientes de que muchas de las fallas que se presentan en las audiencias sobre medidas cautelares, tienen que ver con la sobrecarga de trabajo de las defensoras y los defensores públicos; en ocasiones apenas les da tiempo para llegar a las audiencias, por lo que las condiciones laborales e institucionales son los verdaderos obstáculos para que puedan llevar a cabo una defensa efectiva. Como defensor, yo puedo conocer y saberme perfectamente todos los estándares de defensa adecuada, pero si trabajo en un sistema que me está ahogando laboralmente, difícilmente podré hacer efectivos los derechos del imputado.

El **estándar de prueba** implica que el defensor debe asegurarse de que la prueba se produzca resguardando los intereses, derechos y garantías del imputado. La prueba que se descarga debe ser útil para la estrategia, debe prepararse idóneamente, pues no se trata sólo de cumplir un requisito. De igual forma, en la **presentación de recursos** el defensor debe recurrir la resolución cuando sea procedente y acorde con la voluntad del imputado, siendo preciso estar atento a la interposición de recursos de la parte contraria e intervenir —cuando sea procedente— por la inadmisibilidad y/o rechazo de los recursos de los demás intervinientes.

Además de velar por el cumplimiento de los principios del sistema acusatorio, quisiera agregar otro estándar que considero interrelacionado con los ya mencionados: el de la **garantía de integridad** por cuanto hace a la persona imputada siendo también un estándar de debida defensa y de

presunción de inocencia. Realmente debe ser prioritario para los defensores asegurarse, desde la etapa de la detención, detención en flagrancia o en el juicio, que el o la imputado/a no haya sido víctima de tortura.

Precisamente porque en el sistema mexicano se ha utilizado la tortura sistemáticamente —sobre todo en casos de graves violaciones de derechos humanos— la pregunta de rigor es ¿hasta dónde tendría que llegar un defensor al respecto? Si yo contrato un defensor particular, quiero que mi defensor atienda la integralidad de mi caso, con una mirada de litigio estratégico, ¿es posible hacer eso desde la defensoría de oficio? En un caso de tortura del imputado, ¿qué entenderíamos que debe hacer un defensor con una mirada de litigio estratégico?

Partimos de que el defensor debe denunciar la tortura, y darle seguimiento al caso hasta asegurarse de su investigación efectiva y sentencia condenatoria. Como parte de las acciones de litigio estratégico, debiera acudir a denunciar también a la Comisión estatal o nacional de los Derechos Humanos, solicitar el inicio de un procedimiento administrativo en contra de quienes lo torturaron y solicitar medidas como víctima de la tortura a la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.

Además tendría que realizar acciones internacionales, por ejemplo, enviar comunicaciones a mecanismos y procedimientos internacionales, como el Relator especial sobre la Tortura, Comité contra la Tortura, el Relator sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, todos de la ONU, entre otros. Deberá asegurarse de la efectiva aplicación del Protocolo de Estambul y en caso de que no se practique correctamente, solicitar peritos independientes que lo hagan. Con toda honestidad, ¿vemos posible que un defensor público pueda hacer esto? y si creemos en todos estos principios y estándares que los citamos ya de memoria, ¿no debería ser posible que sí lo hicieran? Es aquí donde vemos la gran diferencia entre una defensa pública y una privada. Es aquí donde la justicia puede tener diferente matiz y diferentes resultados para quien tiene recursos, frente a personas que no los tienen y deben conformarse con lo poco que pueda hacer un defensor de oficio que está sobrecargado de trabajo.

Una de las premisas fundamentales de esta participación es que todos los defensores deben de procurar que tanto las víctimas como los imputados tengan todas las garantías, protecciones y medidas, así como crear condiciones y favorecer la participación activa de estos actores en el acceso a la justicia. Especialmente se hace necesario este compromiso de parte de los defensores frente a imputados o víctimas que cuentan con escasos recursos y/o pertenecen a grupos en condición de vulnerabilidad y quienes precisan de estrategias con adaptaciones culturales o que padecen un contexto social violento o adverso.

La realidad en nuestro país es más cruda de lo que consideramos. Tenemos estándares y reglas, pero la realidad es que estos estándares no se pueden ver ajenos a otros principios como la autonomía de las fiscalías y la independencia del Poder Judicial. Un sistema de principios y estándares se aprecia limitado o en ocasiones inútil, en instituciones que todavía actúan bajo motivaciones políticas o utilizando el derecho penal para acallar a los enemigos y proteger a los amigos. Un esquema institucional así termina afectando profundamente el sistema de garantías. Los principios y estándares los podremos tener claramente en la Constitución, los tratados, leyes secundarias y terciarias, pero difícilmente se logrará materializarlos en una defensa efectiva (tanto para víctimas como para imputados) si seguimos contando con modelos institucionales que tienen subsumidas a las fiscalías en un excesivo formalismo, burocracia y corrupción, sin metodologías eficaces para investigar y además con sistemas deficientes de selección de personal o sin servicio de carrera. Por ello es importante insistir en que no es suficiente tener leyes, sino que además deben existir modelos institucionales, procesos y prácticas que permitan garantizar su efectividad.

Tanto la Defensoría de Oficio como las Comisiones de Atención a Víctimas están sobrecargadas, y a esa sobrecarga agregamos la propia de las fiscalías; estamos en nuestro país frente a un sistema de justicia construido intencionalmente para que no funcione. A propósito, creo que es un punto

de debate que precisa imperiosamente ser ampliado por su influencia y por el perjuicio que está causando en materia de impunidad en nuestro país.

Es importante analizar cómo cubrir la falta de defensores de oficio. Tan sólo en el caso de las desapariciones, se tienen cerca de 60,000 personas desaparecidas. La Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas —en su último informe— menciona que tiene 15,929 casos, 152 asesores jurídicos y un promedio de 105 casos por asesor jurídico.⁶ La desproporción es abismal, así el Estado no puede cumplir sus obligaciones, especialmente, con las poblaciones más desfavorecidas quienes buscan a los defensores de oficio por no contar con los recursos para acceder a uno privado que pudiese dar un seguimiento más puntual a sus casos.

Desde colectivos como el de Fiscalía Que Sirva, se está impulsando un nuevo modelo de investigación, pero no se cuenta con sistemas aptos para responder al fenómeno de criminalidad en el país, ni para responder a las graves violaciones de derechos humanos. Los sistemas de justicia se ponen a prueba cuando se enfrentan a la corrupción, al Estado, o a poderes fácticos y ahí nuestro país prácticamente no tiene resultados.

Por otra parte, como parte del análisis del sistema de garantías de imputados y víctimas, considero imperioso revisar el juicio de amparo. Desde la Fundación para la Justicia hemos litigado casos —en el sistema inquisitivo— donde nos ha tomado más de 7 años obtener apenas las copias de un expediente de una masacre de migrantes. Claro que bajo el sistema acusatorio un juez de control debería resolverlo en un tiempo cortísimo, pero el tema que invito a reflexionar es ¿qué pasa cuando se hace imperativo acudir al amparo, aún en el acusatorio? El juicio de amparo termina

⁶ Animal Político, "Comisión de Víctimas, con personal insuficiente y 476 denuncias por maltrato y acoso", 21 de enero de 2020, disponible en: «<https://www.animalpolitico.com/2020/01/comision-victimas-maltrato-acoso/>». Aristegui Noticias, "200 mil muertos en la última década en México; hay 'narcoestado': Gil Olmos", disponible en: «<https://aristeguinoticias.com/1811/mexico/200-mil-muertos-en-la-ultima-decada-en-mexico-hay-narcoestado-gil-olmos/>». Consultado: 13 de febrero de 2020.

por ser un mecanismo que no responde a los estándares de "recurso efectivo" bajo el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estándares tan básicos como el de acceso a la justicia para las víctimas, se vuelven también casi de imposible realización en el caso de los grupos en situación de vulnerabilidad, por lo que reitero que los estándares y derechos siempre hay que leerlos y evaluarlos a la luz de la realidad que vive cada país, y no sólo desde un contexto urbano, sino desde contextos lejanos y excluidos en nuestro país. Tenemos, por ejemplo, casos de personas que no tienen posibilidad de siquiera acceder a la denuncia penal. Recordemos el caso de Valentina Rosendo Cantú —proveniente de Guerrero y cuyo caso llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos— quien tuvo que caminar horas, después de haber sido violentada sexualmente por agentes militares, para realizar la denuncia. Sin contar las demás violaciones que padeció durante el procedimiento legal. Así, el sistema de justicia parece estar diseñado para espacios urbanos, por lo que se necesita repensar estrategias para cerrar la brecha de desigualdad en el país, partiendo de que en México la impunidad supera el 99%.

En el caso de las personas migrantes, cuyos familiares han sido víctimas de desaparición o ejecución en el tránsito, los retos para hacer efectivos sus derechos o los estándares de defensa se vuelven casi imposibles ¿Cómo accede a la justicia una madre de una comunidad indígena del Quiché en Guatemala que no habla español y cuyo hijo desapareció en México? Desde la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho hemos impulsado Mecanismos de Acceso a la Justicia para familiares de migrantes desaparecidos, como el Mecanismo de Apoyo Exterior, que sirve para que las familias desde los países de origen puedan presentar la denuncia penal desde los Consulados de México en esos países, a fin de que esos casos no se queden en la impunidad. Sin embargo, mecanismos y derechos como los que brinda el mecanismo aún no pueden hacerse efectivos porque la Secretaría de Relaciones Exteriores no ha querido emitir los lineamientos para que los cónsules atiendan a esta población que está tan excluida de la justicia.

Por ejemplo, en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del caso de Clementina Murcia, madre de un migrante desaparecido de Honduras, que representa la Fundación, se utilizó el Mecanismo de Apoyo Exterior (MAE) para presentar su denuncia. Además solicita una serie de medidas para estar informada del procedimiento de búsqueda de su hijo, pero le fueron negados los derechos y el acceso al expediente por parte de defensores de derechos humanos no abogados y además la Fiscalía no quería digitalizar su expediente para que de acuerdo con las normas del MAE, lo pudiera consultar en el consulado de Honduras. ¿Qué hace una madre en Honduras para pelear por sus derechos? Pero además ¿qué hace si no cuenta con abogados que la orienten? Se deben romper las brechas de desigualdad en contextos donde no llega la justicia y es imperativo democratizar el sistema de justicia, analizarlo con una perspectiva centrada en nuestra realidad, atravesada por la exclusión social, la macrocriminalidad transnacional y la impunidad.

Para finalizar, no podemos pasar por alto que tenemos un país con graves problemas estructurales relacionados con los desproporcionados niveles de violencia que afectan a las y los operadores de justicia en varias partes del país, así como las víctimas e imputados. Al no haber un sistema de protección efectivo para los funcionarios de justicia, jueces o ministerios públicos, pero tampoco para víctimas o testigos, es difícil pensar que las personas van a arriesgar sus vidas para lograr la justicia.

Debemos mirar también hacia otros países que atraviesan contextos similares al mexicano en corrupción, macrocriminalidad y con gran debilidad institucional y que han repensado la estructura y organización del sistema de justicia. En Guatemala, por ejemplo, empezaron a pensar en crear una institucionalidad especial para casos de gran corrupción o macrocriminalidad que permitieran ciertos grados de protección, pues al enfrentar al Estado y a poderes fácticos se está en profunda indefensión.

Desde la sociedad civil y con el apoyo de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), se impulsaron diversos cambios

institucionales y reformas legales necesarias para fortalecer el sistema de justicia, entre ellas: a) se creó la **Fiscalía Especial contra la Impunidad (FECI)**, la cual tiene competencia exclusiva para ciertos fenómenos de alto impacto y criterios específicos de selección y permanencia del personal que la integra, y b) se crearon los **jueces de mayor riesgo**, a través de la Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo (Dec.21/2009)

Por ley, en Guatemala, la Corte Suprema de Justicia es quien determina los tribunales competentes para conocer en los procesos que presenten mayor riesgo para la seguridad personal de jueces, magistrados, fiscales y auxiliares de justicia, así como de los imputados, testigos y demás sujetos procesales que intervengan en estos procesos. Esto es así porque dichos procesos requieren medidas extraordinarias de seguridad para: a) El resguardo de la seguridad personal, en la realización de los actos jurisdiccionales, las actuaciones procesales, la investigación, acusación y defensa; b) El resguardo y traslado de los procesados privados de libertad, y c) El resguardo de la seguridad personal en el espacio físico de juzgados y tribunales incluyendo los aspectos de logística.

No pensemos que un sistema de garantías funciona por sí mismo y sólo desde el accionar de las personas que lo integran. La carencia de voluntad y compromiso estatal para darle la vuelta a la impunidad es una amenaza que se erige y frente a la que debemos dar la batalla.

Por muchos intentos que se hagan en formación y educación de las y los funcionarios, si el propio sistema ahoga a las y los operadores de justicia, los ciclos de la impunidad e ineficiencia serán indetenibles. Lo menos sacrificable es la inversión en el fortalecimiento de nuestro sistema de justicia, que debe ser una verdadera prioridad para una nación que se ha trazado el camino de combatir las desigualdades y cimentar un verdadero Estado democrático y social de derecho.

Garantías para una defensa penal efectiva desde el momento de la detención

Ana Paula Lavalle Arroyo*

La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho mexicano

Los estándares internacionales relevantes para evaluar una defensa penal efectiva y el sistema de protección de garantías parten de lo establecido en los principales tratados internacionales en derechos humanos y se complementan con la evolución jurisprudencial de los tribunales internacionales, y en particular de la de los tribunales de derechos humanos. En ese sentido, debido a que nos encontramos en México, me enfocaré en los estándares establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), como referente del sistema universal, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), como referente regional. De igual manera, trataré de ahondar en las interpretaciones que han realizado, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como los Comités y el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de

* Maestra de Estudios Avanzados de Derecho Internacional Público de la Universidad de Leiden, Países Bajos.

Naciones Unidas, sobre el alcance de los derechos plasmados en dichos instrumentos internacionales.

Lo anterior cobra especial relevancia para la debida aplicación del derecho constitucional mexicano, principalmente a partir de la reforma constitucional de 2011, cuando los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte pasaron a formar parte de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero también a la luz de la contradicción de tesis 293/2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la cual la Suprema Corte determinó que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, siempre que dicho precedente favorezca en mayor medida a las personas.

Estos dos momentos jurídicos significaron un cambio de paradigma en la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho mexicano. Y aquí me gustaría hacer una precisión: ni la reforma constitucional de 2011 ni la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 crean derechos sustantivos nuevos; es decir, el juzgador mexicano ya podía, desde 1981, invocar disposiciones tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus resoluciones, ejerciendo un control de convencionalidad, y citar jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, como criterios orientadores. El derecho internacional de los derechos humanos ya existía desde antes de 2011, pero el gran cambio se dio en facilitar su recepción a partir del otorgamiento de rango constitucional, y en el caso de la Suprema Corte, en ir más allá de lo que marca el referente de las fuentes del derecho internacional público en cuanto al valor jurídico de las resoluciones de los tribunales internacionales¹ y hablar de una obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana a la luz del principio *pro persona*.

¹ El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que: "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

El 2011 fue un año histórico para la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en México: se sentaron las bases jurídicas para facilitar su aplicación; ahora el reto está en la difusión de estos estándares entre jueces y abogados para su debida aplicación.

Estándares aplicables desde el momento de la detención para garantizar una defensa penal efectiva

Entrando en materia, es decir, sobre el contenido de los derechos sustantivos, a este panel le toca hablar de los estándares de defensa penal efectiva y del sistema de protección de garantías. En ese sentido, dividiré mi exposición en dos partes: primero, trataré del contenido del artículo 7 de la Convención Americana, a la luz de las obligaciones positivas y negativas del Estado, así como del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de los Métodos de Trabajo del Grupo de Detenciones Arbitrarias de la ONU, para referirme a los estándares mínimos que deben seguirse al momento de la detención para garantizar una defensa penal efectiva; posteriormente, hablaré brevemente sobre el contenido de los artículos 8 de la Convención Americana y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se refieren a las garantías judiciales. Para estos efectos, me enfocaré únicamente en el proceso penal.

Decía que el derecho a la libertad personal está previsto en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos² y en el artículo 9

[...] d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59."

² Artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones de los Estados Partes o las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el proceso penal, esto implica que, al momento de la detención, para efectos de asegurar una defensa penal efectiva, que cumpla con lo establecido en ambas disposiciones de los tratados internacionales, el Estado tiene obligaciones tanto positivas como negativas,³ que se traducen, a grandes rasgos, en lo siguiente:

1. Debe abstenerse de detener a una persona de manera ilegal y/o arbitraria.
2. Debe informar a la persona sobre la causa de su detención y los cargos formulados en su contra.
3. Debe poner a la persona detenida a disposición de un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales "sin demora", a efecto de que ejerza un control judicial de la privación de la libertad y, en su caso, se pronuncie sobre la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva.
4. Debe garantizar que la persona detenida pueda impugnar la legalidad de su detención.
5. Debe abstenerse de detener a las personas por deudas.

Por razones de tiempo y espacio, no entraré en detalles sobre cada una de las obligaciones aquí mencionadas, pero trataré de abordar la mayoría y, en particular, hablaré sobre el alcance del deber de informar a la persona detenida sobre la causa de su detención, incluyendo la notificación consular y el contenido de la obligación referente a la puesta a disposi-

libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios."

³ Estas obligaciones derivan de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ción ante la autoridad judicial, así como sobre los elementos que debe considerar el juez para calificar una detención de legal o ilegal y/o arbitraria.

Deber de informar sobre la causa de la detención. Al momento de realizar el arresto, los agentes policiales tienen la obligación de identificarse y notificar las razones de la detención, sin demora.⁴ El hecho de conocer los motivos de la detención de manera oportuna, permite que la persona detenida esté en condiciones de preparar su defensa, es por ello que la Corte Interamericana ha señalado que este derecho representa "un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho a la defensa".⁵ La certeza de la acusación es un derecho que tiene repercusiones importantes en las etapas iniciales del procedimiento; es la primera dimensión de una defensa adecuada.

La Corte ha establecido que "el inciso 4 del artículo 7 de la Convención alude a dos garantías para la persona que está siendo detenida: i) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención, y ii) la notificación, que debe ser por escrito, de los cargos." Ha señalado que la primera debe darse "cuando ésta se produce", como un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias y, a su vez, garantiza el derecho de defensa de la persona detenida. Además, la Corte ha señalado que la información debe darse en un lenguaje "simple y libre de tecnicismos" e incluir los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención. Si la persona no es informada adecuadamente, se hace ilusorio el control judicial.⁶

Este deber de informar sobre la causa de la detención tiene relación también con lo establecido en el artículo 8.2 inciso a) respecto al derecho del inculpado a ser asistido por un traductor o intérprete si no comprende

⁴ CCPR, Observación General No. 35 (2014, párr. 24); CADH (1969, Artículo 7.4).

⁵ Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, (2010, párr. 105).

⁶ Corte IDH, *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, (2015, párr. 208).

o no habla el idioma del juzgador. En el caso 12.769 Irineo Martínez Torres y Candelario Martínez Damián, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado mexicano reconoció su responsabilidad, entre otras cosas, por violaciones a los artículos 7 y 8 de la Convención Americana debido a que las víctimas originarias de la localidad de Ahuirán, en Michoacán, habrían sido detenidas y su juicio se habría sustanciado sólo en español, sin que las autoridades judiciales ni el Ministerio Público hubieren proveído a las presuntas víctimas de la asistencia de un intérprete, no obstante haber sido evidente su estado de incompreensión, pues su lengua era el purépecha. Además, alegaron que la defensa pública les habría prestado una asesoría legal inefectiva, debido a que su defensor no les habría explicado los procedimientos legales y no había solicitado un traductor.⁷

En el caso de personas extranjeras, además del derecho a contar con un traductor, el detenido tiene el derecho a la notificación consular, de conformidad a lo establecido en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La Corte Interamericana ha señalado que el derecho del nacional de solicitar asistencia consular a su país "debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo".⁸ Este derecho está estrechamente vinculado con la defensa adecuada, pues permite que el cónsul asista a su nacional detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de un abogado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se encuentra en prisión.⁹

Sobre este punto, no se puede dejar de mencionar el caso Avena ante la Corte Internacional de Justicia, en el cual México demandó a los Estados

⁷ CIDH, Informe No. 65/14, Irineo Martínez Torres y Candelario Martínez Damián (2014).

⁸ Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador (2004, párr. 195).

⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 (1999, párr. 86).

Unidos ante la Corte Internacional de Justicia por el incumplimiento del artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en el caso de 51 mexicanos condenados a pena de muerte en el estado de Texas. En dicho caso, la Corte Internacional determinó, como medida de reparación, la revisión y reconsideración de los procesos penales de los 51 mexicanos y determinó la responsabilidad internacional de los Estados Unidos.¹⁰ La decisión de la Corte Internacional siguió la línea del caso La Grand, presentado por Alemania y resuelto en 2001, por hechos similares. En este caso, la Corte notó que el no haber notificado al consulado alemán, sin demora, de la detención de los hermanos La Grand, había impedido que Alemania prestara asistencia jurídica a sus propios nacionales.¹¹ Estos dos casos, además de resaltar la importancia de la asistencia jurídica adecuada desde el momento de la detención, muestran el desarrollo del derecho internacional hacia la protección de las personas cuyos derechos humanos han sido violados en el extranjero.

Deber de poner a la persona detenida a disposición de un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales "sin demora". El artículo 9.3 del Pacto establece que todo arresto y detención debe ser sometido a una revisión judicial sin demora, para que la persona detenida sea, dependiendo de la situación, sujeta a un proceso penal o puesta en libertad. Respecto de la frase "sin demora", el Comité ha determinado que "[...] debe determinarse caso por caso, pero no debe exceder de unos pocos días [...]".¹²

Al respecto, podemos hablar de un margen de apreciación relacionado con los tiempos que establece la legislación nacional para interpretar la expresión "sin demora". No obstante, en el caso Castillo Petruzzi vs. Perú, la Corte Interamericana determinó que, aunque la legislación de Perú permitía prorrogar 15 días la detención de una persona presuntamente im-

¹⁰ Corte Internacional de Justicia "CIJ", Caso Avena y otros Nacionales Mexicanos, México vs. Estados Unidos (2004).

¹¹ CIJ, Caso La Grand, Alemania vs. Estados Unidos (2001, párr. 77).

¹² CCPR Comunicación No. 1592/2007, *Pichugina c. Belarús* (2013, párr. 7.4).

plicada en el delito de traición a la patria, esto contradecía lo dispuesto en la CADH en el sentido de que toda persona detenida debe ser llevada "sin demora" ante un juez.

Por otra parte, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte Interamericana señaló que "el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, teniendo en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido [...] y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia". En este caso, la Corte consideró excesivo que la puesta a disposición tardara 5 días.

Tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos han mencionado la importancia del pronto control judicial de las detenciones. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que si bien el vocablo "inmediatamente" debe ser interpretado conforme a las características especiales de cada caso, ninguna situación otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el periodo de detención. En ese sentido, la jurisprudencia nos da luz respecto a los límites de este margen de apreciación y me parece que podemos hablar de que la puesta a disposición no debe tardar más de un par de días.

Además, la jurisprudencia interamericana habla de una comparecencia personal ante el juez, lo cual tiene una estrecha relación con que el juez verifique el estado físico en que se encuentra el detenido¹³ y, tal como se prevé en el sistema penal acusatorio, cumpla con su papel de llegar a la verdad a partir de los elementos de convicción que se le presentan.

Garantizar que la persona detenida pueda impugnar la legalidad de su detención. La Corte se ha referido al derecho a recurrir el fallo como

¹³ Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador* (2004, párr. 118).

una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal y, en particular, lo ha reconocido como una garantía de derecho a la defensa del imputado.¹⁴

Este derecho tiene relación estrecha con el establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana, que es la asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, pues la defensa técnica de un abogado permitirá asistir al imputado, desde el inicio del proceso, y en actos centrales como lo es el hecho de recurrir la decisión del juez respecto a la determinación de la legalidad de su detención.

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte interpretó que la defensa adecuada que debe garantizar el Estado debe ser una defensa efectiva, lo que significa "que el defensor debe actuar de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar así que sus derechos se vean lesionados". En especial, la Corte resaltó que la defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva en todo momento, e incluye la asistencia desde la primera declaración, en ese sentido, impedir la asistencia de un abogado defensor ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.

En el caso de México, la reforma del sistema de justicia penal incorporó los estándares desarrollados en la jurisprudencia interamericana respecto a que la defensa debe ser letrada y contar con los conocimientos técnicos suficientes para llevar una defensa eficaz.¹⁵ Pero además, la Constitución establece que el Estado mexicano debe garantizar "la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores". Esto está muy bien en el papel, ahora el reto es asegurar su aplicación en la práctica.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Zegarra Marín vs. Perú* (2017, párr. 171).

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917, artículos 17 y 20).

Examen judicial de la detención. El primer medio de impugnación que puede interponer el abogado que asiste a una persona detenida consiste en recurrir la decisión del juez sobre la legalidad de la detención. Para ello, es fundamental conocer los estándares internacionales sobre todo lo que debe valorar el juez para calificar la detención, saber que no basta con que la detención haya sido legal o basada en un precepto legal en abstracto, sino que debe ser racional, necesaria y proporcional tomando en consideración las circunstancias del caso concreto. Veamos en qué consisten estos estándares.

- a. Legalidad de la detención. Es claro que una detención ilegal es aquella que no tiene una base legal, que no sea conforme a derecho y de acuerdo con los procedimientos establecidos por ley,¹⁶ respetando el principio de legalidad.¹⁷ El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que nadie deberá ser privado de su libertad, si no es conforme a derecho y de acuerdo con los procedimientos establecidos por ley. En ese sentido, cualquier justificación para un arresto debe tener fundamento en la ley, la cual debe ser precisa.¹⁸ Es decir, para que una detención sea legal, basta revisar lo establecido en la Constitución Política del Estado Parte y la legislación secundaria aplicable, que en el caso de México debe ser de acuerdo con lo establecido en los artículos 16 y 21 constitucionales, así como en el Código Penal y de Procedimientos Penales aplicables.
- b. Detención arbitraria. Ahora, para determinar que una detención no es arbitraria, tanto el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de la ONU como la jurisprudencia de la Corte Interamericana han establecido que el juez debe realizar un análisis más cuidadoso y exhaustivo en el que se detenga a observar si la detención fue: 1) razonable, 2) necesaria, y 3) proporcional. El Grupo

¹⁶ Comité de Derechos Humanos "CCPR", *Maksudov et al. v. Kyrgyzstan*, (2008, párr.12.2).

¹⁷ CCPR, Observación núm. 8. Derecho a la Libertad y a la Seguridad Personales (1989, párr. 10).

¹⁸ CCPR Filipinas CCPR/CO/79/PHL (2003, párr. 14); CCPR, Comentario General No. 35 (2014, párr. 22).

de Trabajo ha señalado que la detención de un individuo debe ser acorde con el delito que se le imputa, evaluando la necesidad de retener a la persona imputada y su duración.¹⁹ Al mismo tiempo, deben considerarse otros medios menos gravosos de detención, como la libertad bajo caución.²⁰

- c. Razonabilidad. El elemento de razonabilidad exige que la detención sea impuesta en cumplimiento de un fin legítimo y éste tiene que ser estipulado por la legislación, la cual claramente debe definir y enlistar exhaustivamente las razones consideradas como fines legítimos que justifican una detención.²¹ En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que "una restricción a la libertad que no esté basada en una causa o motivo concretos puede ser arbitraria y, por tanto, violatoria del artículo 7.3. de la Convención"; ejemplo de esto puede ser el que se detenga a una persona sin elementos probatorios sino con base en supuestos indeterminados, como la mera sospecha, o en presunciones.²² La Corte Interamericana ha establecido que son arbitrarias las detenciones que no se fundamentan en motivos razonables y, en particular las que se basan en discriminación por razones de nacionalidad, de raza u otra condición, así como las privaciones de libertad por tiempo indefinido o que se prolonguen excesivamente.²³
- d. Necesidad. En relación con el elemento de necesidad, se exige que la detención sea absolutamente indispensable para lograr el fin previsto y que, en las circunstancias individuales, no exista ninguna medida menos onerosa para la persona que se encuentra detenida.²⁴ En particular, hablando de las medidas cautelares como la prisión preventiva, es importante destacar que el Comité

¹⁹ CCPR, Comunicación 1492/2006, Van der Plaats v. Nueva Zelanda (2008, párr. 6.3).

²⁰ CCPR, Comunicación 1388/2005, De León Castro v. España (2009, párr. 9.3).

²¹ GTDA, Deliberación Revisada No. 5 (2018, párr. 59).

²² Corte IDH, Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina (2011, párr. 78).

²³ Corte IDH, Rodríguez Vera y otros vs. Colombia (2014, párr. 408); Corte IDH, Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile (2014, párrs. 320 y 326); Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 (2014, párrs. 193-194).

²⁴ GTDA, Deliberación Revisada No. 5 (2018, párr. 22); GTDA, Informe A/HRC/7/4 (2008, párr. 46).

de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que la prisión preventiva es una medida de carácter excepcional, ésta debe ser lo más breve posible y se debe revisar de manera periódica la necesidad de continuar con la medida.²⁵ En ese sentido el Comité, al resolver la comunicación No. 1547/2007, observó que el Tribunal competente determinó que la prisión preventiva era necesaria para el autor porque estaba acusado de un delito particularmente grave, había sido condenado anteriormente y, por tanto, existía el riesgo concreto de que se fugara en caso de quedar en libertad. Razón que tomó en cuenta el Comité para considerar que el Estado no había infringido el artículo 9, párrafo 3, del Pacto.²⁶ Es decir, tiene que haber elementos concretos que lleven a pensar que existe la posibilidad de que la persona se pueda fugar para que se justifique la medida cautelar, de lo contrario se estaría violentando el principio de la presunción de inocencia.

- e. Proporcionalidad. Finalmente, el elemento de proporcionalidad exige que se logre un balance entre la gravedad de la medida tomada.²⁷ La Corte Interamericana, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, se refirió a que la proporcionalidad atiende a que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.²⁸ Las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general, en el caso de la detención este ejercicio de ponderación es particularmente relevante, pues estamos hablando de la libertad y el principio de presunción de inocencia. Para una defensa adecuada, es fundamental que el defensor conozca los desarrollos

²⁵ CCPR, Observación General No. 35 (2014, párr. 38).

²⁶ CCPR, Munarbek Torobekov v. Kyrgyzstan (2011, párr. 6.3)

²⁷ GTDA, Deliberación Revisada No. 5 (2018, párr. 23).

²⁸ Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (2007, párr. 93).

de la jurisprudencia internacional en la materia a efectos de exigirle al juez que considere cada uno de esos elementos al momento de calificar la detención de una persona y que lo haga siempre considerando que deberá prevalecer el derecho a la presunción de inocencia.

Estándares aplicables durante el proceso penal para garantizar una defensa penal efectiva

El artículo 8 de la Convención Americana y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hablan de las garantías judiciales. Estas garantías incluyen:

1. El derecho de audiencia ante un tribunal competente, independiente e imparcial.
2. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable.
3. El respeto a la presunción de inocencia.
4. La asistencia gratuita por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.
5. La comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.
6. Disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
7. El 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.
8. El derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado.
9. A que la confesión sólo sea válida cuando es obtenida sin coacción.
10. El principio de cosa juzgada.
11. La publicidad del proceso penal.

Cada una de las garantías plasmadas en estas dos disposiciones de los tratados internacionales mencionados desempeña un papel muy importante en la defensa adecuada, y ya he mencionado a la mayoría de ellas,

pues tienen relación estrecha, son igualmente aplicables desde el momento de la detención y deben garantizarse a lo largo del proceso penal. Pero ahondaré en una garantía que, desde mi punto de vista, resulta fundamental para una defensa penal efectiva: la presunción de inocencia.

Este principio establece que toda persona debe ser tratada como inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad en un juicio mediante una sentencia, impidiendo, en la mayor medida posible, la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable.

Antes de la reforma del sistema de justicia penal en México, nuestro ordenamiento jurídico nacional no contemplaba una disposición expresa que mencionara la obligación de respetar el principio de presunción de inocencia, aunque como decía al inicio de la exposición, existía la obligación en virtud de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El hecho de que ahora tenga una mención expresa en la Constitución es muy importante, pues debe ser piedra angular y eje rector del nuevo sistema de justicia penal. Esto significa que no se le puede dar trato de culpable a ninguna persona acusada de un delito mientras no exista la carga probatoria suficiente que demuestre objetivamente su participación en el ilícito.

Lo anterior debe llevar a cuestionar la constitucionalidad/convencionalidad de las disposiciones que prevén la aplicación de la prisión preventiva de oficio, simplemente porque el detenido es acusado de ciertos delitos "de alto impacto", pues la jurisprudencia interamericana ha dejado claro que no es suficiente justificar la prisión preventiva en la acusación de un delito en específico, el peligro procesal no se debe presumir, sino que debe basarse en las circunstancias objetivas del caso concreto.²⁹

El derecho internacional de los derechos humanos nos ofrece un listado de derechos que, junto con los enlistados en el artículo 20, apartado B,

²⁹ Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (2007, párr.101); Corte IDH, Caso Bayarri vs. Argentina (2008, párr. 76).

de la Constitución, deben interpretarse a la luz de los desarrollos jurisprudenciales, nacionales e internacionales, tomando como eje rector la presunción de inocencia. Estos estándares son herramientas fundamentales que deben ser conocidas por los abogados defensores, en particular por las defensorías de oficio, y los jueces para garantizar la defensa penal efectiva.

ADMISIBILIDAD
Y EXCLUSIÓN
DE LA PRUEBA PENAL

La etapa intermedia en un sistema adversarial. Del saneamiento formal al control sustancial de la acusación*

Leonel González Postigo**

Presentación: La necesidad de ampliar el debate sobre la etapa intermedia

Los sistemas procesales penales latinoamericanos carecen de una discusión profunda sobre las implicaciones de la etapa intermedia como una instancia de control sustantivo de la acusación. En gran medida, se debe a que las reformas ocurridas en la región en las últimas décadas priorizaron la regulación de la oralidad en el juicio y relegaron su introducción a las fases previas.

Por lo mismo, nos encontramos frente a estructuras procesales con muy poca experiencia en la litigación durante la etapa preparatoria del juicio y ante desarrollos académicos y jurisprudenciales que lentamente

* Una versión ampliada de este trabajo se publicó en: González, Leonel y Martínez, Santiago (dirs.), Colección "Proceso Penal Adversarial", Investigación y acusación (tomo I), Editores del Sur, Buenos Aires, Argentina, 2018.

** Director de Capacitación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Correo electrónico: leonel.gonzalez@cejamericas.org

comienzan a visualizar que se trata de una audiencia central del modelo acusatorio.

Sobre la importancia de esta etapa, Binder afirma que "muchas de las grandes decisiones de la política procesal que le dan carácter al proceso penal pasan por esta fase intermedia y por el modo concreto como se controla el resultado de la instrucción".¹

En efecto, entiendo que aquí radica una de las áreas centrales de trabajo de un sistema procesal, puesto que consiste en el último filtro del procedimiento para llegar a un acuerdo o depurar la información que ingresará al juicio.

En la discusión sobre el control de la acusación ha primado una mirada legal o normativa, en ausencia de un tratamiento práctico sobre los alcances del rol del juez, la preparación del caso de las partes, la litigación estratégica de la prueba y la centralidad técnica de esta etapa para el conjunto del sistema judicial. En cada uno de estos puntos subyacen tradiciones probatorias históricas que aún no se han manifestado con claridad. Es por ello que se vuelve necesario ampliar el marco de análisis y profundizar una mirada estratégica sobre la fase intermedia.

En lo que sigue, este trabajo estará orientado por dos interrogantes: ¿cuáles son las razones políticas y procesales para realizar una audiencia de control de la acusación? y ¿cómo se encuentra legislada la etapa intermedia en los códigos procesales penales vigentes en los países de América Latina?

Fundamentos técnicos y políticos del control sustantivo de la acusación

Eficiencia del sistema judicial: uso racional de los recursos

En términos generales se ha consolidado la noción de que la implementación de un sistema acusatorio no se trata simplemente de un cambio

¹ Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 231.

legal, sino que implica el desarrollo de una política pública integral. En este sentido, la eficiencia consiste en una de las ideas rectoras de cualquier política pública. Ahora bien, ¿qué se entiende por eficiencia judicial? Según Vargas Viancos, "dado que los recursos de que disponemos no son suficientes para satisfacer todas nuestras necesidades, debemos, por una parte, priorizar aquellas necesidades o preferencias (lo que importa decir que algunas simplemente no podrán ser satisfechas) y, por la otra, utilizar de la mejor manera posible los recursos disponibles para poder cubrir el máximo de necesidades, evitando su desperdicio".²

Dicho esto, ¿cuál es el vínculo entre la eficiencia judicial y la audiencia de control de acusación? En primer lugar, debe recordarse que el agendamiento de un juicio supone como mínimo dos decisiones: por un lado, la priorización de los casos a los cuales se les asignará un tribunal, una sala de audiencias y un equipo administrativo de apoyo; y, por otro lado, la fijación de un tiempo de duración asociado a un día y horario lo más cercano posible. Esto significa que habrá otros casos que quedarán relegados a la disponibilidad de todos estos recursos (humanos y materiales).

Nuestros sistemas judiciales no están acostumbrados a realizar un filtro real y consciente de los casos a los que se les habilitará la etapa de juicio oral. Por lo mismo, la introducción del concepto de eficiencia judicial nos muestra que ese filtro podría permitir que los juicios se realicen habiendo superado una instancia en la cual realmente se discuta si el caso reúne mérito (es decir, prueba sólida y suficiente) para asignar recursos para la realización del debate.

Dado este contexto, la audiencia de control de acusación se impone como un espacio para "limpiar" los casos de modo tal que los juicios orales, en caso de realizarse, sean agendados sobre la base de una controversia deli-

² Vargas Viancos, Juan Enrique, "Eficiencia en la Justicia", *Revista Sistemas Judiciales*, núm. 6, CEJA-INECIP, 2003, p. 69.

mitada. Este ejercicio supone evitar juicios que se extiendan por un tiempo innecesario, que como mínimo conllevan dos problemas: un uso inadecuado de recursos en tanto los casos podrían resolverse con una utilización menor o nula de ellos (mediante salidas alternativas al proceso penal); y el otorgamiento de respuestas judiciales en plazos irrazonables.

Desde esta perspectiva y en forma complementaria, Binder señala una ventaja adicional de la audiencia de etapa intermedia: su capacidad de reducir o evitar la utilización de los recursos de apelación durante la etapa preliminar, al permitir que en dicha audiencia se revisen las decisiones o actuaciones de la investigación. En sus palabras, "el modelo basado en la apelación de las decisiones tomadas durante la instrucción, es una forma de *control vertical*; el otro —que limita las posibilidades de apelación, pero otorga una nueva posibilidad de realizar los planteos rechazados o permite la revisión en la fase intermedia de decisiones tomadas durante la instrucción— es un modelo de *control horizontal* que permite salvar el principio de *progresividad del proceso penal*".³

Calidad de la información: centrar el debate del juicio oral

Un segundo fundamento está dado por la necesidad de que los juicios se litiguen sobre la base de información de alta calidad. Es decir, no nos alcanza con que el sistema funcione eficientemente (esto es, se asignen los recursos para aquellos casos que los merezcan) pues, sumado a ello, requerimos que en esos determinados casos se eleven y cualifiquen los estándares de discusión.

Esta acepción supone la comprensión de una audiencia de etapa intermedia con altos niveles de contradicción en tanto se busca que la información que se aporte pueda atravesar el control de la contraparte. En esa dinámica, la función del juez resulta central, pues debería adoptar un

³ Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, op. cit., p. 228.

rol proactivo y ordenador de las discusiones alrededor de la prueba. En ese ejercicio, el juez estará buscando saldar todos los cuestionamientos alrededor de la admisibilidad probatoria con la finalidad de que en el juicio se debata exclusivamente sobre la credibilidad de los medios admitidos.

Si en la audiencia intermedia no se agotasen las controversias sobre la admisibilidad, existe un alto riesgo de que esos debates se trasladen y desarrollen durante el juicio oral. Esto tiene dos implicaciones problemáticas: por un lado, convocar para el debate a testimonios u otros medios de prueba sobre los cuales aún no hay seguridad de que aporten información confiable o de calidad; y, en efecto, aumentar la probabilidad de que esa prueba deficitaria perjudique la decisión jurisdiccional del juicio (más aún, en aquellos juicios que son integrados por jurados populares).

A su vez, el "descubrimiento" en la etapa intermedia tiene una ventaja adicional, vinculada con las exigencias que impone el debido proceso: "cada parte tendrá en el juicio el derecho a confrontar la prueba de la contraparte (defensa), pero como no se debe tratar del derecho a una confrontación formal que consista en la mera facultad abstracta de dirigirle preguntas a una persona desconocida respecto de la cual no se tienen mayores antecedentes, sino que, por el contrario, se debe tratar de la verdadera posibilidad de hacer un contra examen efectivo, será necesario que cada parte tenga la información suficiente para preparar dicha confrontación y el aviso anterior de qué es lo que la contraparte llevará al juicio es uno de los medios para hacerla efectiva".⁴ Es decir, que la producción y control de la prueba en el juicio será más eficiente en tanto se tenga un conocimiento acabado de la información que aportará cada medio probatorio. Por ello, el control de la prueba en la etapa intermedia sirve como un testeo de los puntos fuertes y débiles del caso de la con-

⁴ Duce, Mauricio, Marín, Felipe y Riego, Cristián, "Reforma a los procesos civiles orales: Consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información", en *Modernización de la Justicia Civil*, Universidad de Montevideo, 2011, p. 212.

traparte. De tal modo, esta audiencia les permite a los litigantes planificar de modo minucioso las estrategias de contra examen (incluso, mediante el chequeo de cierta información que desconocían o reforzando algún punto fuerte de su propia teoría del caso) que aplicarán durante el debate del juicio.

Asertividad en las decisiones: evitar condenas a inocentes y absoluciones de culpables

Es sabido que el sometimiento a un proceso penal implica una cuota de descrédito y sufrimiento para el imputado. Esto se agrava cuando se trata de un juicio oral. Es por estas razones que, según Binder, "un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria".⁵ En esta misma línea, como nos recuerda Carnelutti, "tampoco ese doble examen que se hace normalmente mediante la instrucción y el debate garantiza contra el terrible riesgo del *error judicial*, que puede ser tanto *positivo* (condena de un inocente) como *negativo* (absolución de un culpable)".⁶

Estos errores judiciales pueden producirse por diferentes causas. Se señala que las más usuales, en forma individual o conjunta, se vinculan con: "(1) problemas con la identificación de imputados; (2) uso de testigos mentirosos o poco confiables; (3) uso de confesiones falsas; (4) uso de prueba pericial de baja calidad o confiabilidad; (5) visión de túnel (prejuicio de confirmación y trabajo de las agencias de persecución penal; y (6) inadecuada representación legal de los condenados".⁷

En particular, nos detendremos en el uso de la prueba pericial y su influencia en la sentencia del juicio. Según los estudios del *Proyecto Inocentes*

⁵ Binder, Alberto, *op. cit.*, p. 223.

⁶ Carnelutti, Francesco, "Cómo se hace un proceso", *El Foro*, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 22.

⁷ Duce, Mauricio, "Errores del sistema y condena de inocentes: nuevos desafíos para nuestra justicia penal acusatoria", en *El modelo adversarial en Chile. Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal*, Thomson Reuters, Chile, 2013, p. 9.

de los Estados Unidos, la aplicación errónea de la ciencia forense es el segundo factor que más contribuye a las condenas injustas, que se encuentra en casi la mitad (46%) de los casos de exoneración.⁸ En concreto, se identifican problemas tales como disciplina forense poco fiable o inválida; validación insuficiente de un método; testimonio engañoso; errores; o mala conducta pericial. Esto llevó a que recientemente el Consejo de Asesores en Ciencia y Tecnología del Gobierno de los Estados Unidos sugiriera apoyar la formación judicial en la evaluación de la evidencia forense y el estado de validación de diversas técnicas.⁹

Existen riesgos específicos asociados a una deficitaria discusión sobre la admisión de la prueba pericial: (a) "una política abierta de admisibilidad de peritajes a juicio corre el riesgo de utilizar el conocimiento experto como forma, en los hechos y no jurídicamente hablando, de sustituir el trabajo que nuestros sistemas institucionales le asignan exclusivamente a los jueces";¹⁰ y ¹¹ (b) una ciencia u opinión experta errónea o falsa conduce a una distorsión en la valoración que el juez haga de esa información, lo cual acarrea que la decisión jurisdiccional se vea afectada por ello.¹²

En relación con este punto, la jurisprudencia de los Estados Unidos ha sido receptiva de la necesidad de avanzar en la construcción de estándares más

⁸ El *Innocence Project* es una institución creada en 1989 en los Estados Unidos, con la finalidad de exonerar a personas que han sido condenadas injustamente mediante la utilización de exámenes de ADN, entre otros instrumentos. Véase «<https://www.innocenceproject.org/causes/misapplication-forensic-science/>» (última visita: 30 de octubre de 2017).

⁹ Report to the President: Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods, Executive Office of the President's Council of Advisors on Science and Technology, 2016. Véase «<https://www.innocenceproject.org/wp-content/uploads/2017/03/PCAST-2017-update.pdf>» (última visita: 30 de octubre de 2017).

¹⁰ Duce, Mauricio, *La prueba pericial*, Ediciones Didot, Buenos Aires, Argentina, 2013, p. 45.

¹¹ Esto se nota con claridad en los peritajes psicológicos de credibilidad, cuya función es evaluar los niveles de credibilidad de un testimonio. En nuestros sistemas procesales, esta responsabilidad se les asigna con exclusividad a los jueces.

¹² Existen casos paradigmáticos en la jurisprudencia comparada acerca de la ocurrencia real de estos riesgos, como el de Sally Clark en Inglaterra en el año 2003 o el del carabinero Cristian en Aysén, Chile, en el año 2013.

robustos para permitir la prueba pericial. En el caso *Daubert v. Merrell*,¹³ del año 1993, la Corte Suprema dio un salto epistemológico al considerar que en la admisibilidad del perito, además de sus credenciales (que hasta ese momento era el principal área de análisis), se debía discutir sobre sus afirmaciones y fundamentos. Es decir, que se debía ejercer cierta valoración de la información incluso en la etapa previa al juicio oral.

El caso de la prueba pericial es el que permite ejemplificar de mejor manera la relevancia que tiene la audiencia de la etapa intermedia como filtro de la información o conocimiento experto que podría llevar a los jueces (profesionales o legos) a no ser asertivos en sus decisiones.

De igual manera, en la mayoría de estas causales de errores judiciales desempeña un papel preponderante el tipo de discusión que se produzca en la audiencia preparatoria del juicio oral, de modo que no se autorice el ingreso de información cuya baja calidad desemboque en una sentencia errónea.

La regulación de la etapa intermedia en los sistemas latinoamericanos

Sobre la etapa intermedia se han desarrollado categorías acerca del modo en que los ordenamientos procesales la han regulado. Clariá Olmedo ha planteado que el control puede ser imperativo, facultativo o negativo¹⁴ y, sobre esa base, Álvarez ha desarrollado tres fórmulas existentes en el derecho comparado: elevación directa a juicio (la defensa no tiene oportunidad de manifestarse sobre el mérito de la investigación preliminar y sólo puede invocar hechos paralizadores o extintivos de la acción penal); la segunda, donde el control de la acusación es sólo provocado por la

¹³ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

¹⁴ Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo VI, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1967, p. 133.

oposición que plantee la defensa a la elevación a juicio y, en caso de que esto no ocurra, la sola presentación de la acusación provoca la realización del debate; y la tercera, que instaura el control de la acusación como obligatorio, esto es, provoca la evaluación del mérito del requerimiento por su sola presentación, independientemente de la oposición que la defensa plantee.¹⁵

En este capítulo haremos una actualización de estas categorías sobre la base de la regulación vigente en nuestra región. Al mismo tiempo, profundizaremos en el análisis y una visión crítica de algunos ejes particulares que resultan de interés sobre la dinámica de la audiencia de la etapa intermedia.

Cuadro 1.
La regulación de la etapa intermedia en los CPP de América Latina

País	Denominación de la etapa	Audiencia	Criterios de admisibilidad de la prueba	Convenciones probatorias	Preclusión de acuerdos
Argentina vigente parcialmente (2014) ¹⁶	Control de la acusación	Sí	1. Relación directa o indirecta con el objeto del proceso 2. Utilidad y pertinencia 3. Que no sean manifiestamente sobreabundantes	Sí	Sí
Argentina vigente (1991) ¹⁷	No regula (entre actos finales de investigación y preparatorios del juicio oral)	No	1. Pertinencia 2. Que no sea superabundante 3. Utilidad (en caso de que no se ofrezca prueba)	No	No
Bolivia (1999) ¹⁸	No regula	No	No regula	No	No
Brasil (1941) ¹⁹	Preparación del proceso para el juzgamiento en plenario	No	1. Legalidad	No	No

¹⁵ Álvarez, Alejandro, "El control de la acusación", en *Revista Pena y Estado*, núm. 2, "Ministerio Público", Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1997, p. 17.

¹⁶ Se ha elegido el ámbito de la justicia federal. *Cfr.* Ley 27.063 (2014).

¹⁷ Se ha elegido el ámbito de la justicia federal. *Cfr.* Ley 23.984 (1991).

¹⁸ Ley 1.970 (1999).

¹⁹ Decreto-Ley 3.689 (1941).

Chile (2000) ²⁰	Preparación de juicio oral	Sí	1. Manifiesta impertinencia 2. Acreditación de hechos públicos y notorios 3. Efecto dilatorio 4. Proveniencia de actuaciones nulas 5. Obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales	Sí	Sí
Colombia (2004) ²¹	Formulación de acusación	Sí	1. Inadmisibles 2. Impertinentes 3. Inútiles 4. Repetitivos 5. Acreditación de hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba 6. Ilegal	Sí	Sí
Costa Rica (1996) ²²	Procedimiento intermedio	Sí	Pertinencia	No	Sí
Cuba (1977) ²³	Apertura del juicio oral	No	1. Pertinencia 2. Legalidad	No	No regula
Ecuador (2014) ²⁴	Evaluación y preparación del juicio	Sí	1. Acreditación de hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba 2. Obtenidas con violación de la ley	Sí	Sí
El Salvador (1996) ²⁵	Audiencia preliminar	Sí	1. Legalidad 2. Pertinencia 3. Utilidad	No	Sí
Guatemala (1992) ²⁶	Procedimiento intermedio	Sí	1. Pertinente 2. Abundante 3. Innecesaria 4. Ilegal	No	Sí
Honduras (2000) ²⁷	Audiencia preliminar	Sí	1. Ilícitud 2. Notoriedad de un hecho	No	Sí
México (2014) ²⁸	Audiencia intermedia	Sí	1. Efectos dilatorios (sobreabundante, impertinente, innecesaria) 2. Obtención con violación de derechos fundamentales 3. Declaradas nulas 4. Contravengan al CNPP	Sí	Sí

²⁰ Ley 19.696 (2000).

²¹ Ley 906 (2004).

²² Ley 7.594 (1996).

²³ Ley No. 5 (1977).

²⁴ Registro Oficial Suplemento No. 180 (2014).

²⁵ Decreto No. 904 (1996).

²⁶ Decreto No. 51-92 (1992).

²⁷ Decreto 9-99 E (2000).

²⁸ DOF del 05/03/2014.

Nicaragua (2001) ²⁹	Audiencia inicial y audiencia preparatoria de juicio oral	Sí	1. Legalidad 2. Pertinencia 3. Utilidad 4. Repetitividad	Sí	No
Panamá (2008) ³⁰	Fase intermedia	Sí	1. Impertinente 2. Inconducente 3. Repetitivo 4. Superfluos 5. Ilícito	Sí	Sí
Paraguay (1998) ³¹	Audiencia preliminar	Sí	1. Pertinencia 2. Utilidad 3. Legalidad	No	Sí
Perú (2004) ³²	Etapa intermedia	Sí	1. Pertinente 2. Conducente 3. Útil	Sí	Sí
República Dominicana (2002) ³³	Audiencia preliminar	Sí	1. Legalidad 2. Referencia directa o indirecta con el objeto del hecho investigado 3. Utilidad 4. Sobreabundancia 5. Acreditación de hechos notorios	No	Sí
Uruguay (2014) ³⁴	Control de la acusación	Sí	1. Inadmisible 2. Impertinente 3. Sobreabundante 4. Dilatoria 5. Ilegal	Sí	No
Venezuela (2012) ³⁵	Fase intermedia	Sí	1. Legalidad 2. Licitud 3. Pertinencia 4. Necesidad	Sí	Sí

Fuente: Elaboración propia (2017)

Oralidad en la etapa intermedia: regulación y dinámica actual

Al analizar los códigos procesales penales, sería posible concluir que actualmente existen tres tipos de regulación de la etapa intermedia: el

²⁹ Ley 406 (2001).

³⁰ Ley 63 (2008).

³¹ Ley 1.286 (1998).

³² Decreto legislativo No. 957.

³³ Ley 76-02 (2002).

³⁴ Ley 19.293 (2014).

³⁵ Decreto No. 9.042.

primero, que podríamos denominar como el *modelo difuso*, está dado por una confusión entre los actos conclusivos de la investigación y preparatorios de juicio, como son los casos de la justicia federal de Argentina y Brasil. En este último, el Código Procesal Penal no establece una etapa intermedia entre la clausura de la investigación y el juicio oral. De hecho, en forma similar al proceso federal argentino, el tribunal de sentencia recibe el expediente con antelación al inicio del juicio y ordena a las partes que indiquen los testimonios y documentos que presentarán en el debate, pudiendo "requerir otras diligencias" (art. 422); el segundo modelo está dado por una *elevación automática de la acusación*, como el caso de Bolivia y Cuba. En Bolivia, la ley No. 586 de 2014 (Ley de Descongestionamiento y Efectivización del Sistema Procesal Penal) eliminó la audiencia conclusiva (de etapa intermedia), con la pretendida finalidad de acelerar los procedimientos en tanto regularmente se suspendían y generaban un retardo en la resolución de los casos; y el tercer modelo, adoptado por la mayoría de los países, es el que establece una audiencia obligatoria de *control de la acusación*, aunque ello no ha estado exento de fuertes controversias. Por ejemplo, en Uruguay, la etapa intermedia fue objeto de un debate muy intenso en el periodo previo a la entrada en vigencia del sistema acusatorio. La regulación legal de esta audiencia sufrió vaivenes hasta ser incluida en el texto normativo final, pues en la primera versión del código (2014) se había incluido, luego (2016) se eliminó y finalmente se volvió a regular (2017).

Si bien la tendencia de los últimos códigos ha sido regular una audiencia imperativa de control de la acusación, creemos necesario avanzar hacia el siguiente interrogante: ¿cuál es la calidad del debate en esa audiencia? Tomaremos los casos de Chile, Panamá y Puerto Rico a modo ejemplificativo.

Un estudio realizado por el CEJA en Panamá dio cuenta de algunos inconvenientes en relación con la audiencia de formulación de la acusación (etapa intermedia). Por un lado, se registró una duración excesiva a raíz de prácticas que son innecesarias. Por ejemplo, *en la provincia de Herrera*

pueden demorar hasta tres horas en casos complejos y en Los Santos, las audiencias se están realizando en un promedio de 1 hora 40 minutos, sumado a otros 30 minutos destinados a redactar el auto de apertura a juicio. Al respecto, se marcó que esta práctica, que no es indispensable en tanto componente propiamente de la audiencia, pues podría ser reemplazada por un formulario que sea dejado a las partes en la secretaría. Otro de los factores problemáticos estuvo dado por la baja intensidad en el filtro de prueba testimonial: se ha constatado que el juez de garantías, al no ejercer un filtro adecuado en la etapa intermedia, genera que se citen una gran cantidad de testigos para la audiencia de juicio (y en consecuencia se programe una duración acorde para todos ellos), quienes finalmente no asisten en su totalidad.³⁶ Esta práctica es ejemplificativa del valor y potencial de la audiencia de etapa intermedia en relación con proteger uno de sus fundamentos: la eficiencia del sistema judicial y el uso racional de los recursos, tal como mencionamos en el capítulo anterior.

Otro estudio del CEJA, realizado en Chile, relevó dificultades tanto en la gestión como en la litigación de esta audiencia. En la dimensión de la gestión, la audiencia preparatoria de juicio oral llegó a tener una tasa de suspensión de 43,72% y una media de duración en el ámbito nacional de 16,4 minutos en el año 2014. Tomando como base el dato sobre la duración de la audiencia, en la dimensión de la litigación se pudo observar, por ejemplo, que en el 60% de los casos los fiscales no indican con qué hechos se relacionan los medios de prueba que ofrecen y que al mismo tiempo existe un importante ofrecimiento de prueba pericial. El CEJA concluyó que se está llevando a cabo una litigación automática en la que los intervinientes no profundizan en la litigación adecuada de los casos.³⁷

³⁶ "Evaluación de la implementación del Sistema Penal Acusatorio (para el Ministerio Público y el Órgano Judicial en el Segundo y Cuarto Distrito Judicial de la República de Panamá y pre-evaluación en el Tercer Distrito Judicial)", UNODC-CEJA, 2015, p. 92, disponible en el sitio web de CEJA: «www.cejamericas.org» (última visita: 29 de octubre de 2017).

³⁷ "Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década", CEJA, Santiago, Chile, 2017. Disponible en el sitio web del CEJA: «www.cejamericas.org» (última visita: 29 de octubre de 2017). Desde los inicios de la reforma en Chile se han planteado inconvenientes en esta etapa del proceso. En un informe de 2003, se reportó que los jueces de garantía enviaban a

También se puede extraer un diagnóstico desde la tradición anglosajona, que tiene un largo historial en la aplicación de las reglas de evidencia y la oralidad en las etapas previas al juicio. En la experiencia de Puerto Rico, el problema principal actual es que no se ha saldado el debate sobre la aplicabilidad de las reglas de evidencia en la vista de determinación de causa para acusar (vista preliminar), razón por la cual muchos debates sobre admisibilidad se han trasladado y se están realizando durante el juicio. La controversia principal surge a raíz de la regla de evidencia 109 (A), que establece que en relación con la admisibilidad en general "el Tribunal no queda obligado por las Reglas de Derecho Probatorio, excepto por aquéllas relativas a privilegios". A ello se suma la jurisprudencia del caso *Pueblo v. Andaluz*,³⁸ en el que el Tribunal Supremo afirmó que "el Ministerio Público debe presentar evidencia, legalmente admisible en un juicio plenario, sobre todos los elementos del delito imputado en la denuncia y su conexión con el imputado". Con lo cual, el interrogante central que se discute es si es posible que en la determinación de causa no se apliquen las reglas de derecho probatorio, pues se debe presentar evidencia admisible en juicio.³⁹

Ahora bien, estos tres casos nos permiten graficar que nos encontramos frente a una audiencia muy inmadura en nuestros procesos acusatorios. Si bien éstos se han implementado hace algunas décadas, la oralidad en las etapas previas al juicio fue introducida progresivamente en los últimos años y no se le ha dedicado una atención y desarrollo especial al modo en que debe sustanciarse.

los tribunales de juicio oral el auto de apertura a juicio y todos los registros jurisdiccionales producidos durante la etapa de investigación y preparación del juicio, desvirtuando el sentido de la oralidad y reintroduciendo la figura del expediente judicial. Esta práctica fue motivo de una fuerte controversia que se zanjó mediante una reforma legal al Código Procesal Penal. *Cfr.* Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal*, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y CEJA, Santiago, Chile, 2003, pp. 70-72.

³⁸ *Pueblo v. Andaluz Méndez*, 143 D.P.R. 656 (1997), Tribunal Supremo de Puerto Rico.

³⁹ Para profundizar en las implicaciones de la regla 109 (A) de Puerto Rico, consúltese Emmanuelli Jiménez, Rolando: *Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño*, 4a. ed., San Juan, Ediciones Sium, 2015; y Chiesa Aponte, Ernesto, *Reglas de Evidencia Comentadas*, 1a. ed., San Juan, Ediciones Sium, 2016.

Por otro lado, en relación con el análisis de los códigos latinoamericanos, también encontramos una filosofía subyacente desde lo terminológico: algunos códigos denominan a la etapa intermedia como "la fase de preparación del juicio oral", como los casos de Chile, Ecuador y Nicaragua.

Si bien esto no es central ni dice relación con la dinámica de la audiencia, da cuenta de una concepción muy profunda: la idea de que el juicio oral es el horizonte del proceso penal y que la etapa intermedia (así como las restantes etapas previas) es una instancia organizativa del juicio oral. Esta noción es consistente con la orientación de los modelos procesales tradicionales. Tal como afirma Damaska, en los sistemas episódicos (inquisitivos), "la audiencia decisiva (juicio) era, meramente, una etapa de una secuencia en curso que incluía una acabada preparación del material probatorio antes del juicio, así como una regular revisión de las determinaciones fácticas después del juicio. Incluso el 'juicio' en sí mismo no era una cuestión continua: se desarrollaba en fases durante las cuales la evidencia era gradualmente reunida y examinada. El juicio continental aún se caracteriza por ese estilo 'poco a poco', especialmente en los casos civiles".⁴⁰ Desde esta perspectiva, se vuelve necesario dar un debate muy profundo desde la práctica (más allá de las denominaciones legales) sobre el modo en que la etapa intermedia podría consolidarse una fase crucial del proceso y un control real del mérito de la acusación que formule el fiscal o la querrela.

Criterios de admisibilidad de la prueba

En la discusión sobre la extensión de los filtros probatorios conviven dos tradiciones muy marcadas, que condicionan el modo en que se analiza una regulación legal. De un lado, la *corriente racionalista de la prueba*, cuyo mayor exponente ha sido Jeremy Bentham, plantea que "la prueba debe

⁴⁰ Damaska, Mirjan, "De la prueba por referencia y sus análogos", Revista *Nueva Doctrina Penal* 2004/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 437.

ser fundamentalmente libre y que cualquier interferencia del derecho procesal en ella debería ser limitada o eliminada".⁴¹ Según esta visión, la única finalidad del proceso penal es la averiguación de la verdad y ello debe ser alcanzado mediante un principio general de libertad probatoria. En este sentido, el juez estará en mejores condiciones de averiguar la verdad en tanto disponga de una gran cantidad de información y medios probatorios. De ahí que la teoría benthamiana sea muy reactiva a la existencia de reglas de exclusión de prueba. Por otro lado, coexiste una *corriente limitativa de la prueba*, que propicia la existencia de filtros muy específicos de admisibilidad para evitar que al juicio ingrese prueba de baja calidad. Esta visión es consistente con el desarrollo del derecho probatorio anglosajón mediante las denominadas *reglas de evidencia*, que constituyen cuerpos normativos uniformes que regulan el modo en que la prueba ingresa al proceso penal.

El débil desarrollo y problematización alrededor de la teoría probatoria generó que los nuevos códigos procesales penales sufrieran la fuerte influencia del paradigma inquisitorial, mediante la regulación del llamado principio de "amplitud o libertad probatoria". Esta fórmula produce una confusión en el modo de comprender la admisibilidad de la prueba y, en particular, los filtros de la etapa intermedia. De hecho, ha derivado a que se entienda que todos los medios probatorios deben ingresar al juicio y que previo a él debe hacerse un análisis pasivo o formal de la prueba.⁴²

Una lectura adversarial de los ordenamientos procesales impondría repensar la manera de comprender los criterios probatorios en tanto límites que el acusador debe superar.

⁴¹ Ferrer Beltrán, Jordi, "La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana", en Accatino, Daniela (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Santiago, Chile, 2010, p. 3.

⁴² Blanco, Rafael, Decap, Mauricio, Moreno, Leonardo y Rojas, Hugo, *Litigación estratégica en el nuevo procesal penal*, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2008, p. 114. Un análisis comparado sobre el funcionamiento inicial de los sistemas acusatorios en la región, y en concreto de la etapa intermedia, puede encontrarse en: Maier, Julio; Ambos, Kai; Woischnik, Jan, *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 880-881.

Los requisitos de admisibilidad de la prueba se encuentran previstos de manera dispersa en los ordenamientos vigentes. En algunos casos, se mencionan entre las normas generales de los medios de prueba; y en otros se hace en el capítulo específico sobre la fase intermedia. De todos modos, en cualquier caso, no existe uniformidad ni especificidad en la regulación de los filtros probatorios que deben ser discutidos y superados en la audiencia de etapa intermedia.

Un segundo hallazgo es que los códigos procesales regulan criterios de admisibilidad muy similares, independientemente del año en que fueron sancionados y de su mayor o menor adversarialidad. Las categorías más usuales son las de: pertinencia, utilidad, abundancia, admisibilidad, legalidad, repetitividad, notoriedad, necesidad, dilatoria, conducencia y superfluidad. Si bien podrían marcarse algunas diferencias entre todas ellas,⁴³ podríamos realizar un agrupamiento y distinguir entre tres grandes criterios de exclusión: a) por desconexión con la imputación; b) por exceso de información y c) por protección de garantías. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

El primer criterio de exclusión, el que denominamos "por desconexión con la imputación", está dado por los requisitos de pertinencia y utilidad. La pertinencia, tal como la define Cafferata Nores, implica que "el dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivo (existencia del hecho) y subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso".⁴⁴ Mientras que la utilidad (o relevancia) nos dice que "el elemento de prueba será tal no solo cuando produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho que con él se pretende acreditar, sino también cuando permita fundar sobre éste un juicio de probabilidad".⁴⁵ Es decir,

⁴³ Lorenzo, Leticia, *Manual de Litigación*, 1a. ed., Ediciones Didot, Buenos Aires, Argentina, 2012, pp. 123-124. Divide y desarrolla cuatro causas de exclusión: impertinencia, redundancia, notoriedad de hechos públicos e ilegalidad o ilicitud.

⁴⁴ Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, 3a. ed., Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 22.

⁴⁵ *Idem*.

que ambos se refieren a la necesaria conexión que debe existir entre la prueba aportada y la existencia de los hechos y participación del imputado. Por tanto, este sería el primer nivel de análisis al evaluar el material probatorio en la audiencia intermedia.⁴⁶

El segundo criterio, llamado "por exceso de información", se trata de un análisis posterior al de la pertinencia y relevancia. En esta categoría encontramos a la abundancia, repetitividad, necesidad, dilatoria, conducencia, notoriedad y superfluidad. Salvando los matices, todos estos requisitos se refieren a la exclusión de medios probatorios que —si bien son relevantes y pertinentes— aportan información que podría incorporarse a partir de otros elementos de prueba. Por ejemplo, la abundancia, necesidad, repetitividad, superfluidad y conducencia se refieren prácticamente al mismo concepto: si un medio de prueba no es dirimente para acreditar un hecho o la información que aporta podría incorporarse mediante otro elemento, se debe preferir su exclusión. En cambio, una prueba dilatoria sería aquella que aporta información de calidad sobre un hecho controvertido, pero su adquisición y producción implican un tiempo desmedido que haría demorar el curso del procedimiento. Por su lado, la notoriedad de un hecho se refiere a circunstancias conocidas por la generalidad. A modo ejemplificativo, Maier sostiene que ello puede ocurrir con "una catástrofe sucedida, la llegada del hombre a la luna o, incluso, una ley científico-natural que, por experimentada continuamente por el hombre de cierta civilización, se ha vuelto un principio de la experiencia (la ley de la gravedad, por ejemplo, si no son requeridas precisiones extremas)".⁴⁷

⁴⁶ Taruffo sostiene que "no hay duda de que el principio de relevancia determina la primera condición general para la admisibilidad de las pruebas. Sólo posteriormente es posible someter los medios de prueba que han sido considerados relevantes, y, por consiguiente, dignos de ser admitidos, a otros criterios, i. e., a las normas acerca de la admisibilidad jurídica de las pruebas". Cfr. Taruffo, Michele, *La prueba*, colección Filosofía y Derecho (Moreso y Ferrer, dirs.), Marcial Pons, Madrid, España, 2008, p. 41.

⁴⁷ Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, tomo III, Actos procesales, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, p. 90.

El tercer y último nivel de análisis está dado por el denominado criterio de exclusión "por protección de garantías", constituido por los requisitos de admisibilidad jurídica y legalidad. Este nivel opera incluso frente a prueba relevante, pertinente y cuya información no es excesiva. Sin embargo, nos encontramos frente a ciertos límites infranqueables que impiden su aceptación en juicio en tanto se prefiere proteger un conjunto de garantías fundamentales del proceso. En el requisito de admisibilidad jurídica, se hallarían protegidos los llamados privilegios o secretos profesionales, que impiden que cierta información privada (por ejemplo, en la relación entre un médico y un paciente o entre un abogado y su cliente) se revele en el proceso penal y se afecte la garantía de privacidad de esas relaciones. En cuanto a la legalidad, se resguarda que los medios de prueba no sean obtenidos mediante inobservancia o violación de normas legales o constitucionales.

Hasta aquí nos encontramos frente a criterios de exclusión enfocados en la "limpieza" del caso, ya sea por la inexistencia de una relación entre la prueba y los hechos o participación del imputado (desconexión con la imputación); por prueba que no es dirimente o cuya información puede introducirse por medio de otro elemento (exceso de información); o por límites legales que priorizan ciertos valores centrales del sistema (por protección de garantías). No obstante, estos filtros no son lo suficientemente sólidos como para cumplir con los fundamentos de la etapa intermedia que expusimos previamente. En razón de ello, creo necesario avanzar hacia la construcción de reglas de admisibilidad que permitan realizar un juicio de ponderación del mérito sustantivo de la prueba.

Si observamos el desarrollo probatorio de los sistemas anglosajones, nos encontramos con una comprensión y un alcance muy intenso de uno de estos requisitos: la relevancia o pertinencia.⁴⁸ En su conceptualización,

⁴⁸ La relevancia se encuentra en el corazón del sistema probatorio canadiense. La Corte Suprema de Canadá, en el caso *R. v. Corbett*, señaló que "Los principios organizativos del derecho probatorio pueden ser declarados sencillamente. Toda la evidencia relevante es admisible, sujeto a la discreción

tanto en los Estados Unidos como en Canadá, se identifican dos niveles de análisis.

El primero está dado por la denominada "relevancia lógica", que según Taruffo "se basa en una conexión lógica entre el enunciado que expresa el resultado positivo esperado del medio de prueba y un enunciado acerca de la existencia de un hecho litigioso".⁴⁹ A su vez, la Corte Suprema de Justicia de Canadá, en el caso *R. v. Arp* del año 1998, definió con claridad este nivel de la relevancia: "Para ser lógicamente relevante, un elemento de evidencia no tiene que establecer firmemente, bajo ningún estándar, la verdad o falsedad de un hecho en cuestión. La evidencia simplemente debe tender a 'aumentar o disminuir la probabilidad de la existencia de un hecho'".⁵⁰ Ésta es la primera dimensión de la relevancia y, como vemos, es la que se encuentra contenida en la mayoría de las regulaciones latinoamericanas y sobre la cual hemos dado cuenta previamente.

El valor agregado de la experiencia anglosajona se halla en el segundo nivel de análisis, dado por la denominada "relevancia legal o pragmática", que consiste en "un análisis de costo y beneficio en el que el juez debe pesar los aspectos favorables que la introducción de dicha prueba puede producir en juicio en contra de los potenciales perjuicios que pudiera generar su incorporación al mismo".⁵¹ Sobre la base de la regla de evidencia 403 del sistema norteamericano, que regula la exclusión de prueba por prejuicio, confusión, pérdida de tiempo u otras razones, Graham afirma que "el enfoque habitual sobre la cuestión de la admisibilidad es ver la

de excluir asuntos que puedan perjudicar indebidamente, engañar o confundir al juez de los hechos, tomar demasiado tiempo, o excluirse por motivos claros de la ley o políticas". *Cfr.* *R. v. Corbett*, 1988, 1 S.C.R. 670, at 714.

⁴⁹ Taruffo, Michele, *La prueba*, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁰ *R. v. Arp* (1998), 129 C.C.C. (3d) 321 at 338 (S.C.C.).

⁵¹ Riego, Cristian y Duce, Mauricio, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2012, p. 427. En la literatura norteamericana se ha hablado del término "relevancia pragmática", que a nuestro juicio define de mejor modo el alcance de la segunda faceta de la relevancia. *Cfr.* Mueller, Christopher y Kirkpatrick, Laird, *Evidence under the rules. Text, cases and problems*, Editorial Advisory Board, Little, Brown and Company, 3a. ed., Estados Unidos, 1996, p. 78.

fuerza probatoria y los perjuicios de la manera más favorable para el proponente, es decir, para dar a la prueba su máxima fuerza probatoria razonable y su mínimo valor razonablemente perjudicial".⁵² Las posibles dimensiones de la "relevancia legal o pragmática" pueden extraerse, a modo de ejemplo, de la regla de evidencia 403 de Puerto Rico, que establece: "Evidencia pertinente puede ser excluida cuando su valor probatorio es sustancialmente superado por cualesquiera de estos factores: a) Riesgo de causar perjuicio indebido; b) Riesgo de causar confusión; c) Riesgo de causar desorientación en el jurado; d) Dilación indebida de los procedimientos; e) Innecesaria presentación de prueba acumulativa". Según Paciocco y Stuesser, "es importante no confundir la 'relevancia' y el 'peso' de la evidencia. Si bien la relevancia describe la tendencia de la evidencia a respaldar inferencias lógicas, el concepto de 'peso' se refiere a qué tan 'probatoria' o influyente es la evidencia".⁵³ Tal como se observa, se trata de una dimensión que favorece un juicio de ponderación sobre la calidad de la información que aporta la prueba.⁵⁴ Esta perspectiva le otorga un rol preponderante al juez en su función de "portero", tal como lo definiera la Corte Suprema de Estados Unidos en el famoso caso *Daubert vs. Merrell* del año 1993.⁵⁵

Si bien esta perspectiva ha tenido un desarrollo muy intenso en los procesos anglosajones, la región latinoamericana la está incorporando progresivamente. El Código Procesal Penal de El Salvador regula que "se podrá excluir prueba pertinente, previa consulta con las partes, cuando lo exija un interés preponderante o implique dilación de procedimientos o presentación de prueba acumulativa" (art. 177). Ésta es una aproxi-

⁵² Graham, Michael, *Evidence. A problem, lecture and discussion approach*, 4a. ed., West Academic Publishing, Estados Unidos, 2015, pp. 26-27.

⁵³ Paciocco, David y Stuesser, Lee, *The law of evidence*, 7a. ed., Irwin Law, Toronto, Canadá, 2015, p. 35.

⁵⁴ Esta perspectiva adquiere aún mayor sentido en la admisibilidad de la prueba pericial, en tanto la información técnica que aporta es de difícil control en el juicio y el impacto que genera es mucho mayor al de cualquier testimonio. Para profundizar en este punto, se sugiere: Duce, Mauricio, *La prueba pericial, op. cit.*, 2013.

⁵⁵ *Daubert v. MerrellDowPharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

mación a la "relevancia legal o pragmática", si comprendemos "el interés preponderante o dilación de procedimientos" como una cláusula relativa a la ponderación del peso probatorio que aportarían los medios que ofrezcan las partes. Por su lado, en la descripción de las reglas de admisibilidad, el CNPP de México es el que puntualiza con más precisión el significado de cada causal (art. 346). Por último, Colombia es el único que recepta la modalidad de "relevancia legal o pragmática" en su integralidad: "toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos: a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento" (art. 376).

De todos modos, a pesar de no estar regulado con este nivel de exhaustividad, creemos que los códigos procesales penales latinoamericanos no impiden una nueva comprensión del concepto de relevancia. Por el contrario, podría significar la implantación de una nueva práctica y dinámica en las audiencias de etapa intermedia, a partir de criterios que adopten todos los intervinientes.

Convenciones probatorias

El análisis normativo de los códigos procesales nos muestra que no existe una tendencia marcada sobre los acuerdos probatorios en la audiencia de etapa intermedia, pues la mitad de los ordenamientos los regula y posibilita, mientras que los otros directamente no los estipulan.

Acerca de ello, conviene recordar que uno de los fundamentos de la etapa intermedia es el de evitar que se realicen juicios desmedidos, es decir, que en éstos no se discutan aspectos no controvertidos. Una muestra de ello es el caso panameño que mencionamos previamente, en donde los juicios se extendían por un tiempo menor al convenido a raíz de la incomparecencia de testigos innecesarios.

De tal modo, la audiencia de control de acusación debería ser la instancia adecuada para realizar esas estipulaciones entre las partes, de manera que se logre centrar y delimitar el objeto del juicio. Creemos que la ausencia de regulación no significa un obstáculo para que los jueces favorezcan esta discusión en la audiencia y los litigantes igualmente realicen esas convenciones.

En cualquier caso, interesa precisar el tipo de acuerdos al que se refieren los códigos en tanto puede prestarse a una confusión entre convenir hechos o elementos de prueba. Al respecto, se ha afirmado que "las convenciones probatorias constituyen acuerdos de los intervinientes sobre hechos no controvertidos del procedimiento que, al ser aprobados por el juez de garantía, dispensan de la carga de probarlos a través de los medios de prueba legal, hechos que luego no podrán ser discutidos durante el debate".⁵⁶ Es decir, que al hablar de acuerdos probatorios en realidad nos estamos refiriendo a convenios sobre extremos fácticos que no están en disputa.

Sobre este punto, el Código Nacional de Procedimientos Penales de México es muy claro al establecer que "los acuerdos probatorios son aquellos celebrados entre el Ministerio Público y el acusado, sin oposición fundada de la víctima u ofendido, para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias" (art. 345). El Código Procesal Penal de Uruguay también lo regula con claridad al fijar que "las partes podrán arribar a acuerdos probatorios, dando por acreditados determinados hechos, los que no podrán ser debatidos en juicio" (art. 268.3).

Ahora bien, ¿cuál es el rol del juez en relación con los acuerdos? Si bien la mayoría de los códigos establece que "el juez evitará discusiones que

⁵⁶ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2004, p. 41. También se ha afirmado que "cuando se habla de acuerdos probatorios, en realidad a lo que se hace mención es a que no se discutirá en el juicio determinado hecho, porque este se da por acreditado". *Cfr.* Alliaud, Alejandra, *Audiencias preliminares*, Ediciones Didot, Buenos Aires, Argentina, 2016, p. 167.

son propias del juicio oral", esto no impide que tenga un rol activo en la consecución y proposición de acuerdos a las partes. En un modelo adversarial, al juez le importa que el sistema procesal no se recargue y que los juicios se acoten a lo estrictamente controvertido. Esto es así en tanto, al no ser el juez que intervendrá en la audiencia de juicio, tiene libertad para ingresar al análisis del mérito del caso y realizar ofrecimientos a los litigantes.⁵⁷

Preclusión de acuerdos

En términos generales, los códigos regulan que al concluir la etapa intermedia caduca la posibilidad de llegar a salidas alternativas (suspensión condicional del proceso y acuerdos reparatorios).

En el caso de los acuerdos reparatorios, el tratamiento normativo ha sido bastante disímil: "por un lado, contamos con países que han fijado el tope en la conclusión de la instrucción fiscal, de modo tal que si se presenta la acusación, los acuerdos ya no proceden (Ecuador y Perú). Otros códigos han diferido ese límite temporal a la audiencia preparatoria de juicio oral (Argentina —no vigente—, Chile, Costa Rica, El Salvador, México, Panamá, Paraguay y República Dominicana). Hay otros ordenamientos procesales que establecen el límite al comienzo de la audiencia de juicio oral (Brasil, Colombia, Guatemala, Honduras y Venezuela) y los demás lo admiten incluso comenzado el juicio (Bolivia, Nicaragua, Uruguay y Argentina —vigente—)".⁵⁸ En cuanto a la suspensión condicional del proceso a prueba, también se cuenta con distintas situaciones: "hay códigos —en su gran mayoría— que han fijado el límite temporal en la audiencia preparatoria de juicio (Argentina, Chile, El Salvador, Costa

⁵⁷ Sobre este punto puede consultarse la regulación mexicana desde la visión del juez, en: Ortiz, Gabriela y Nuñez, Carlos, *Jueces. Guía de conducción de audiencias preliminares*, IJPP, Distrito Federal, México, 2016, pp. 109-111.

⁵⁸ Rua, Gonzalo y González Postigo, Leonel, "Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio," en *Revista Sistemas Judiciales*, núm. 20, CEJA/INECIP, 2016, p. 112.

Rica, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y República Dominicana), otros lo permiten hasta la presentación de la acusación (Uruguay), otros lo establecen en el comienzo de la audiencia de juicio (Colombia, Honduras, Nicaragua y Venezuela), y, por último, hay ordenamientos procesales que permiten llegar a este tipo de acuerdos en el juicio mismo (Bolivia y Brasil)".⁵⁹

Tal como se observa, aún muchos países mantienen la posibilidad de negociar los acuerdos durante el desarrollo del juicio oral. Veamos el impacto práctico de esta regulación, tomando como ejemplo el Código Procesal Penal Nacional vigente en Argentina. Un informe sobre el funcionamiento de los Tribunales Orales en lo Criminal de la ciudad de Buenos Aires reportó que durante el periodo 2002-2009 se realizaron un promedio de 50% de acuerdos abreviados, 31% de suspensión del juicio a prueba y sólo el 19% fueron juicios.⁶⁰ En los dos primeros casos, dichas salidas se acordaban cuando los juicios ya se habían agendado o incluso en el mismo día en que se realizaría el juicio. Como se observa, esta regulación es completamente perjudicial hacia uno de los fundamentos del sistema y de la etapa intermedia: el uso racional y efectivo de los recursos humanos y materiales.

La audiencia de etapa intermedia debería consolidarse como la última instancia para que las partes lleguen a acuerdos (ya sea mediante salidas alternativas o el proceso abreviado). Así se lograrían dos objetivos: por un lado, favorecer que los conflictos se resuelvan mediante soluciones menos gravosas que un juicio oral y más aproximadas a las pretensiones del imputado y la víctima; y, por otro lado, evitar que se realicen juicios para casos en los que aún no se han agotado los esfuerzos por utilizar instrumentos procesales diversos. De hecho, el mejor escenario

⁵⁹ Rúa, Gonzalo y González Postigo, Leonel, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁰ García Yomha, Diego y Ahumada, Carolina (dirs.): *Relevamiento sobre el funcionamiento de los Tribunales Orales en lo Criminal de la Ciudad de Buenos Aires*, INECIP, disponible en «www.inecip.org» (última visita: 30 de octubre de 2017).

sería aquel en donde en etapas tempranas del proceso (en la recepción del caso o en la audiencia de formulación de cargos) los litigantes comiencen a visualizar y conversar acerca de la posibilidad de establecer un acuerdo.

Consideraciones finales:

Hacia la construcción de estándares de admisibilidad

Prácticamente todos los sistemas acusatorios vigentes en la región prevén una instancia previa al juicio oral para controlar y "pesar" el caso que la acusación pretende llevar a esa audiencia. En términos generales, los filtros probatorios regulados en los ordenamientos procesales responden a criterios insuficientes para alcanzar dichos objetivos y es por ello que se vuelve necesario repensar nuevas estrategias para dotar de mayor sentido a la fase intermedia del proceso penal.

Dada la importancia y los fundamentos que subyacen a la regulación de la mencionada audiencia, cabría preguntarse si es ineludible una reforma legal o si en realidad se trata de un cambio cultural. Sobre este punto, hay que recordar que la reforma a la justicia penal consiste precisamente en el abandono de una tradición inquisitiva que ha calado muy fuerte en el funcionamiento del sistema y que aún está latente. La instalación de las nuevas prácticas, provenientes de la tradición acusatoria, es el desafío central que enfrenta cualquier proceso reformado. Es allí en donde se juega el éxito o el fracaso del nuevo sistema que se quiera emplazar. La comprensión y litigación de la audiencia de etapa intermedia es una de las áreas más sensibles en donde se dará el enfrentamiento entre el paradigma acusatorio que se quiere instalar y el inquisitivo que se busca dejar atrás.

Por tanto, nos hallamos ante el reto de consolidar nuevas reglas de funcionamiento compatibles con el modelo acusatorio, desde el ejercicio práctico cotidiano. En relación con el control de acusación, se impone

un desafío muy concreto: construir estándares de admisibilidad que contribuyan a la obtención de información de alta calidad y reduzcan los márgenes de error del sistema.

En ese camino, todos los intervinientes tendrán algo que aportar en la audiencia: el juez, a través de una conducción activa que busque depurar los medios probatorios que le ofrezcan las partes mediante una nueva comprensión de los criterios de admisibilidad regulados en los códigos procesales; los fiscales, revelando la información con la que cuentan y permitiendo su acceso a la contraparte para un adecuado control; y la defensa, mediante un ejercicio estratégico y de identificación de los puntos fuertes y débiles del caso de la acusación.

Esta dinámica no es nueva en nuestra región. De hecho, los cambios que han surgido desde los propios operadores son aquellos que han calado con mayor profundidad en la marcha del sistema.

La regla de exclusión de la prueba ilícita en la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: retos y perspectivas

Carlos Gustavo Ponce Núñez*

Introducción

El objetivo de esta participación es reflexionar sobre el contenido y alcance de la regla de exclusión de la prueba ilícita en México. En particular, me interesa discutir la vigencia o aplicabilidad de los criterios emitidos desde hace algunos años por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre este tema, a partir de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 y la entrada en vigor del sistema procesal penal acusatorio.

Como es sabido, la primera vez que se reconoció expresamente en el texto de la Constitución mexicana una regla *general* de exclusión de pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales fue en la reforma de

* Secretario de Estudio y Cuenta adscrito a la Coordinación de Asesores del Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

18 de junio de 2008 al artículo 20, apartado A, fracción IX de la Constitución,¹ la cual entró en vigor en todo el país en 2016. No obstante, como también se sabe, antes de ello la SCJN ya había comenzado a construir una vasta doctrina en torno al concepto, los efectos y límites de las pruebas ilícitas dentro del proceso penal, a partir de una interpretación comprensiva del derecho a un *debido proceso*. En este contexto, este trabajo busca iniciar una discusión en torno a la siguiente interrogante: ¿es aplicable o trasladable al sistema acusatorio la doctrina elaborada por la SCJN sobre la regla de exclusión de las pruebas ilícitas durante la vigencia del sistema tradicional? O, por el contrario, ¿se requiere una nueva teoría jurisprudencial acorde a este nuevo sistema?

Como se argumentará a lo largo de este artículo, si bien es cierto que muchos aspectos de la doctrina jurisprudencial de la SCJN podrían considerarse vigentes o aplicables en el sistema penal acusatorio mexicano, también lo es que la entrada en vigor de la reforma constitucional de 2008 trajo consigo modificaciones normativas importantes que nos obligan a reflexionar nuevamente sobre la naturaleza y alcances de la regla de exclusión de pruebas ilícitas. Por ello, me inclino a pensar que la correcta aplicación de dicha regla en el sistema acusatorio no puede basarse en la aplicación irreflexiva de los precedentes derivados del sistema tradicional, sino que requiere de la construcción de una nueva teoría o doctrina jurisprudencial, que dé cuenta adecuadamente de todos estos cambios normativos.

A fin de explicar mi punto de vista al respecto, he decidido dividir esta participación en dos grandes apartados. En una primera parte haré referencia al origen y evolución de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas en la doctrina jurisprudencial de la SCJN, con especial énfasis en el proceso penal. Posteriormente, expondré los principales cambios normativos derivados del sistema procesal penal acusatorio que, a mi juicio, exigen

¹ "Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. A. De los principios generales: [...] IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula".

una nueva revisión del concepto, fundamento y alcances de la prueba ilícita en México.

Origen y evolución de la regla de exclusión de la prueba ilícita en la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Uno de los primeros precedentes en los que la SCJN se ocupó de la prueba ilícitamente obtenida fue en el amparo en revisión 2/2000.² En este asunto, la Segunda Sala de la SCJN determinó que una grabación telefónica, la cual había sido ofrecida como prueba por una de las partes en un juicio ordinario civil, no podía ser admitida y valorada, al haber sido obtenida sin el consentimiento de los intervinientes y, por tanto, en contravención al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Con todo, es importante mencionar que en este caso la SCJN no utilizó la expresión *prueba ilícita*, ni reconoció la existencia de una regla general de exclusión probatoria, sino que se limitó a aplicar el artículo 16 constitucional, el cual establecía expresamente que "[l]os resultados de las intervenciones [a las comunicaciones] que no cumplan con [los requisitos de ley], carecerán de todo valor probatorio".

La segunda ocasión en la que la SCJN se ocupó de esta cuestión fue en la facultad de investigación 2/2006.³ En este asunto, el Pleno sostuvo que una grabación entre un gobernador de un estado y un empresario, la cual fue difundida en medios, no podía ser utilizada como medio de prueba en un procedimiento de investigación de graves violaciones a derechos humanos, al haber sido obtenida sin autorización judicial. Cabe señalar que en este caso la SCJN sí utilizó la expresión "prueba ilícita", sin embargo, no afirmó la existencia de una regla general de exclusión, sino que se limitó nuevamente a aplicar el texto del artículo 16

² Fallado por la Segunda Sala el 11 de octubre de 2000.

³ Dictamen que valora la investigación constitucional realizada por la comisión designada en el expediente 2/2006, fallado por el Tribunal Pleno el 29 de noviembre de 2007.

constitucional. Con todo, las razones de este fallo resultan interesantes por varias razones.

En primer lugar, se trata de uno de los primeros fallos en donde la SCJN sostuvo abierta y expresamente que *el derecho a probar no es ilimitado*, ni siquiera en aquellos campos o materias en los que la búsqueda de la verdad tiene un valor preponderante en atención al interés público que está en juego. En efecto, de acuerdo con lo expuesto por la Corte en este asunto, la admisión y exclusión de los elementos probatorios se encuentran sujetas a reglas que garantizan la legalidad en la actividad jurisdiccional "aunque esto pueda llegar a implicar algún tipo de sacrificio en cuanto a la búsqueda de la verdad material".

En segundo lugar, el Pleno refirió que si bien es cierto que en la doctrina y ciertas jurisdicciones se habían admitido "algunas excepciones" a la ineficacia de las pruebas ilícitas, en el caso concreto la grabación obtenida sin autorización judicial carecía de todo valor probatorio "pues la Constitución [...] contiene disposición expresa en tal sentido tratándose de pruebas obtenidas vulnerando el derecho fundamental de las comunicaciones privadas". De acuerdo con la SCJN, "se está ante una situación en la cual no cabe la aplicación de excepción alguna al principio de ineficacia de la prueba ilícita, pues la consecuencia de la ilicitud en la obtención de la prueba, cuando se vulnera el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, se encuentra establecida a rango constitucional", situación que "sin duda significa que el Constituyente reformador lo determinó prevalente, en todo caso, sobre el derecho de defensa y de prueba". De esta manera, la SCJN sostuvo que la regla de exclusión prevista en el artículo 16 constitucional tiene un carácter absoluto y, por tanto, ilimitable e imponderable.

Hasta 2008 la SCJN únicamente había reconocido la existencia de una regla de exclusión de la prueba ilícita tratándose de registros derivados de intervenciones realizadas en contravención de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Sin embargo, en 2009, al resolver diversos

amparos directos relacionados con el caso *Acteal*,⁴ la Primera Sala dio un paso más allá y sostuvo que también debían declararse ilícitas —y, por tanto, de imposible valoración— aquellas pruebas practicadas en la investigación penal al margen de las exigencias del *debido proceso* (en concreto, la obtención de fotografías, reconocimientos y confrontaciones que no cumplieran la formalidades esenciales del procedimiento). De este modo, la Primera Sala reconoció la existencia implícita a nivel constitucional de una *regla general* de exclusión de pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales.

Efectivamente, al resolver estos asuntos, la Primera Sala sostuvo que si bien antes de la entrada en vigor de la reforma de 2008 no existía una regla general de la prueba ilícita, ésta derivaba implícitamente del *debido proceso legal* consagrado en los artículos 14, 17 y 20 constitucionales. Asimismo, sostuvo que "[a]ún ante la inexistencia de una regla expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables".⁵ En definitiva, la SCJN entendió que se trataba de una regla cuyo fundamento se encontraba inmerso en la Constitución.

Cabe mencionar que en estos asuntos la Primera Sala parecía atribuir la expresión "prueba ilícita" un significado amplio, al señalar que "si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida". No obstante, esta cuestión fue aclarada en precedentes posteriores en los cuales se explicó que las pruebas ilícitas son únicamente aquellas que han sido obtenidas, direc-

⁴ Amparos directos 8/2008, 9/2008, 10/2008, 16/2008 y 33/2008, resueltos por la Primera Sala en agosto y noviembre de 2009.

⁵ De estos asuntos derivó la tesis jurisprudencial 1a./J. 139/2011 (9a.) de rubro: "PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES".

ta o indirectamente, mediante la violación de derechos fundamentales.⁶ De este modo, la Primera Sala asumió la clásica distinción entre las *pruebas ilícitas en sentido estricto* y las *pruebas irregulares o imperfectas* —es decir, aquellas que han sido obtenidas, ya no mediante la violación de derechos fundamentales, sino en infracción a las leyes ordinarias o las formalidades que rigen la obtención, desahogo o práctica de la pruebas—⁷ aclarando que estas últimas, a diferencia de las primeras, sí pueden llegar a ser subsanadas.⁸

A partir de las sentencias derivadas del caso *Acteal*, la SCJN comenzó a aplicar la regla de exclusión de pruebas ilícitas como consecuencia natural de la violación a los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, particularmente durante la etapa de investigación o averiguación previa. De hecho, puede decirse que ésta —la regla de exclusión— se convirtió en la principal forma de *reparación* judicial de este tipo de violaciones. Prueba de ello es la gran cantidad de sentencias en las que tanto el Pleno⁹ como la propia Primera Sala de la SCJN han declarado la ilicitud de la declaración del inculpado rendida sin la asistencia de su abogado defensor;¹⁰ la confesión obtenida mediante tortura o coacción;¹¹

⁶ Tesis 1a. CLXII/2011 de rubro: "PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO".

⁷ Véase la contradicción de tesis 359/2015, pp. 32-35.

⁸ Un buen ejemplo de esto último puede verse en el criterio contenido en la tesis 1a. XXXIV/2016 (10a.) de rubro: "DICTÁMENES PERICIALES. LA NO RATIFICACIÓN DEL RENDIDO POR EL PERITO OFICIAL CONSTITUYE UN VICIO FORMAL SUBSANABLE, POR LO QUE EN NINGÚN CASO DEBE DAR LUGAR A CONSIDERAR QUE CONSTITUYE PRUEBA ILÍCITA QUE DEBA SER EXCLUIDA DEL ANÁLISIS PROBATORIO CORRESPONDIENTE".

⁹ Véase el amparo directo en revisión 2886/2012, fallado el 10 de junio de 2013, en donde el Pleno determinó la invalidez de la declaración ministerial del imputado rendida sin la presencia de un defensor perito en derecho. De dicho asunto derivó la tesis P. XII/2014, de rubro "DEFENSA ADECUADA DEL INculpADO EN UN PROCESO PENAL. SE GARANTIZA CUANDO LA PROPORCIONA UNA PERSONA CON CONOCIMIENTOS TÉCNICOS EN DERECHO, SUFICIENTES PARA ACTUAR DILIGENTEMENTE CON EL FIN DE PROTEGER LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO Y EVITAR QUE SUS DERECHOS SE VEAN LESIONADOS".

¹⁰ Tesis 1a./J. 35/2015 (10a.), de rubro: "PRUEBA ILÍCITA. TIENE ESE CARÁCTER LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO RENDIDA SIN LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR PROFESIONAL EN DERECHO, POR LO QUE SU EXCLUSIÓN VALORATIVA DEBE REALIZARSE CON INDEPENDENCIA DE SU CONTENIDO". Publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 18, mayo de 2015; Tomo I, página 302, registro digital: 2009008.

¹¹ Tesis 1a. CXCII/2009, de rubro: "TORTURA. OBLIGACIONES DEL ESTADO MEXICANO PARA PREVENIR SU PRÁCTICA". Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXX, noviembre de 2009, página 416. Registro digital: 165900.

las pruebas obtenidas con motivo de una detención ilegal o una retención prolongada, en contravención al artículo 16 constitucional;¹² y las pruebas obtenidas en violación al derecho a la inviolabilidad del domicilio.¹³

Ahora bien, es importante mencionar que en todos estos asuntos la aplicación de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas parecía ser de aplicación irrestricta, es decir, sin admitir restricción o excepción alguna. En efecto, desde los amparos del *caso Acteal*, la Primera Sala sostuvo que el fundamento de la regla general de exclusión era el derecho a un "debido proceso" consagrado en los artículos 14, 17 y 20 de la Constitución, así como "la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables". Estas consideraciones fueron reiteradas en el amparo directo en revisión 1621/2010,¹⁴ en donde la Primera Sala fue enfática al señalar que el fundamento de la regla de exclusión derivaba de "[l]a fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales", los cuales se proyectan "sobre todos los integrantes de la colectividad".

En ese sentido, en estos primeros precedentes la aplicación de la regla de exclusión no parecía depender de ningún otro factor, más que de constatar que la prueba había sido obtenida directa o indirectamente mediante la violación a un derecho fundamental. En definitiva, la regla de exclu-

¹² Tesis 1a. CCII/2014 (10a.), de rubro: "DERECHO DE LA PERSONA DETENIDA A SER PUESTA A DISPOSICIÓN INMEDIATA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. LA RETENCIÓN INDEBIDA GENERA COMO CONSECUENCIAS Y EFECTOS LA INVALIDEZ DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA, AL SER CONSIDERADOS ILÍCITOS". Publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 6, mayo de 2014, Tomo I, página 540, registro digital: 2006471.

¹³ Tesis 1a./J. 22/2007, de rubro: "CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIOLEBILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA". Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo XXVI, agosto de 2007, página 111, registro digital: 171836.

¹⁴ Fallado por la Primera Sala el 15 de junio de 2011.

sión parecía tener en la jurisprudencia de la SCJN la naturaleza de un *derecho fundamental* en sí mismo y una función eminentemente *reparadora*. Además, aunque en algunos casos se llegó a hacer referencia al efecto disuasorio de la regla de exclusión, lo cierto es que la SCJN no solía darle ningún peso relevante a la hora de determinar si la misma debía o no ser aplicada.

Sin embargo, este criterio comenzó a cambiar a finales de 2014. En el amparo directo en revisión 2190/2014,¹⁵ por ejemplo, la Primera Sala sostuvo que la exclusión de pruebas derivadas de la violación a los derechos humanos, como la libertad y la integridad personal, si bien es una forma de reparación, también permite "inhibir la práctica de actos que pudieran afectar la integridad personal cometidos durante las detenciones" y establecer un "criterio orientador de la actuación de las autoridades", ante la "ineficacia de las pruebas que se obtienen con este tipo de prácticas".

Con todo, el caso donde se advierte con mayor claridad el cambio de rumbo en la jurisprudencia de la SCJN sobre el fundamento y los alcances de la regla de exclusión es el amparo en revisión 338/2012.¹⁶ Este último asunto es relevante ya que es la primera vez en la cual la SCJN admitió la existencia de *excepciones* o *límites* a la regla de exclusión. En efecto, aunque la Primera Sala comenzó por recordar que conforme a su doctrina la exclusión de la prueba ilícita se aplica tanto a la prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación, también aclaró que "existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que harían posible que no se excluyera la prueba". Así, de acuerdo con la Primera Sala, tales supuestos serían "enunciativa y no limitativamente" los siguientes:

¹⁵ Fallado por la Primera Sala el 26 de noviembre de 2014.

¹⁶ Fallado el 28 de enero de 2015. De este asunto derivó la tesis 1a. CCCXXVI/2015 de rubro: "PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN".

a) si la contaminación de la prueba se atenúa; b) si hay una fuente independiente para la prueba, y c) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente.

Cabe señalar que en este precedente la Primera Sala de la SCJN no explicó a profundidad cuál era el fundamento de dichas excepciones, sino que se limitó a invocar doctrina y precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos (CSEU) como son los casos *United States v. Ceccolini*, *Wong Sun v. United States*, *Murray v. United States* y *Nix v. Williams*. Además, la Primera Sala tampoco aplicó ninguna de estas excepciones al caso concreto, sino que delegó la aplicación del estándar al Tribunal Colegiado. No obstante, sí dio algunos lineamientos de cómo podrían aplicarse en casos concretos cada una de ellas.

En cuanto al primer supuesto (atenuación de la contaminación de la prueba), la Primera Sala señaló que, entre otros factores, para determinar si el vicio de una violación ha sido difuminado, la autoridad judicial podría tomar en consideración los siguientes: a) en cuanto más *deliberada* y *flagrante* sea la violación constitucional, mayor razón para que el juzgador suprima toda evidencia que pueda ser vinculada con la ilegalidad (así, señaló que si la violación es *no intencionada* y *menor*, la necesidad de *disuadir* futuras faltas será menos irresistible); b) entre más *vínculos* (o peculiaridades) existan en la cadena entre la ilegalidad inicial y la prueba secundaria, más atenuada será la conexión; y c) entre más *distancia temporal* exista entre la ilegalidad inicial y la adquisición de una prueba secundaria, es decir, que entre más tiempo pase, es más probable la atenuación de la prueba. Por otra parte, respecto al segundo supuesto (fuente independiente) la Primera Sala señaló que para determinar si las pruebas debían ser excluidas o no, debía determinarse previamente si las mismas tuvieron una fuente distinta y separada de la violación al derecho fundamental en cuestión. Finalmente, en cuanto al tercer supuesto (descubrimiento inevitable), señaló que el mismo se refiere, en general, a elementos del delito (por ejemplo, armas o cuerpos) que hubieran sido encontrados independientemente de la violación inicial.

A mi modo de ver, este giro jurisprudencial revela un claro cambio de entendimiento en la doctrina de la SCJN, no sólo sobre el alcance de la regla de exclusión, sino también sobre su fundamento. Ello es así, ya que al haber recogido prácticamente las mismas excepciones a la regla de exclusión que ha venido construyendo en las últimas décadas la CSEU —particularmente las doctrinas del vínculo atenuado y la buena fe—, la SCJN terminó por asumir también su *justificación*, la cual, como es sabido, se apoya en la idea de que la regla de exclusión no tiene en realidad un fundamento constitucional ni la función de reparar las violaciones a los derechos, sino que se trata más bien de un *instrumento de creación judicial* destinado a disuadir conductas ilegales de la autoridad (Cammack, 2013, pp. 4-5).

Efectivamente, como han puesto de relieve numerosos autores, aunque en un inicio la CSEU vinculó la *exclusionary rule* directamente a la IV y la V Enmienda,¹⁷ durante la década de los setenta se inició un proceso al que algunos autores llaman de "desconstitucionalización" (Miranda, 2013). Dicho proceso ha consistido en privar a la regla de exclusión de su fundamento constitucional y relegarla a un mero instrumento de creación judicial para disuadir conductas policiales ilegales en el futuro (*deterrenteffect*). Esto último puede verse con claridad en la sentencia del caso *U.S. v. Calandrade* 1974, en donde la CSEU expresamente sostuvo que "la regla de exclusión es un remedio judicial diseñado para proteger los derechos de la Cuarta Enmienda generalmente a través de su efecto disuasorio, más que un derecho personal constitucional de la parte afectada".

En esa línea, algunos autores han señalado que es precisamente este "giro violento" en el fundamento de la regla de exclusión lo que le ha permitido a la CSEU crear *excepciones* en su aplicación, como la doctrina de la buena fe o la atenuación de la prueba (Giannouloupoulos, 2019). Ello es

¹⁷ Véase en ese sentido el célebre caso *Weeks v. US* de 1914.

así, ya que al privar a la regla de exclusión de su fundamento constitucional y de su función reparadora, su existencia sólo justifica en el potencial efecto disuasorio que pueda producir en el futuro. Así, si dicho efecto no se produce o es muy probable que no se produzca (por ejemplo, porque los agentes no actuaron con *mala fe*), la regla de exclusión simplemente no se aplica. Además, aun cuando dicho efecto pudiera producirse, la aplicación de la regla suele quedar sujeta a una *ponderación* entre los "beneficios" y los "altos costos sociales" que ésta puede producir (como es el evitar la admisibilidad de pruebas relevantes y confiables, y aumentar la posibilidad de liberar a personas culpables).

En definitiva, me parece que el hecho de que la SCJN haya recogido en su jurisprudencia las excepciones a la regla de exclusión de cuño estadounidense revela claramente un cambio en su comprensión de dicha regla y un alejamiento de su doctrina inicial. Aunque la sentencia no lo dice expresamente, es claro que la regla de exclusión no tiene ya la función de *reparar* la violación a los derechos fundamentales (o al menos no exclusivamente), sino más bien la de *disuadir* conductas ilícitas en el futuro. Esto lo demuestra el hecho de que para determinar si la regla de exclusión debe ser aplicada en un caso concreto, no basta con verificar si se ha violado un derecho fundamental, sino que *además debe verificarse si existen razones adicionales que así lo aconsejen* (como el carácter intencional de la violación; la cercanía material y temporal entre la violación y la prueba; la posibilidad de que la prueba pudiera haber sido descubierta por otros medios lícitos, entre otros).¹⁸

Ahora bien, una mención aparte merece la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante *tortura*. En efecto, en este último caso la SCJN ha sostenido consistentemente que su fundamento no sólo deriva del debido

¹⁸ Esta interpretación de la regla de exclusión fue reiterada por la Primera Sala en el amparo en revisión 648/2013, fallado el 8 de julio de 2015, en el cual, apoyándose nuevamente en la doctrina y los precedentes de la CSEU, reiteró la existencia de las excepciones del nexo atenuado y la buena fe, la fuente independiente y descubrimiento inevitable.

proceso, sino también de los instrumentos internacionales suscritos por México, como es el artículo 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁹ (CADH) y 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²⁰ (CIPST). Así, desde el amparo directo en revisión 90/2014,²¹ la SCJN ha sostenido que al aplicar la regla de exclusión debe atenderse a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha sido insistente en señalar que la misma es "intrínseca" a la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, y ostenta un "carácter absoluto e inderogable".²²

La regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema procesal penal acusatorio

Como ya se ha dicho, la mayoría de los precedentes a los que se hizo referencia anteriormente fueron emitidos en el sistema mixto o tradicional, es decir, sin tomar en consideración la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, ni las reglas procesales del sistema procesal penal acusatorio. En este sentido, a continuación haré referencia a tres aspectos derivados de la citada reforma constitucional que, a mi modo de ver, obligan a repensar la naturaleza y los alcances de la regla de exclusión de la prueba ilícita y, en su caso, a elaborar una nueva doctrina jurisprudencial sobre este tema.

Cambio de sistema procesal y efectos de la ilicitud probatoria

Un primer aspecto que me parece importante tomar en consideración es el cambio de sistema procesal en el cual opera la regla de exclusión.

¹⁹ "Artículo 8. Garantías Judiciales [...] 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza".

²⁰ "Artículo 10. Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración".

²¹ Fallado por la Primera Sala el 2 de abril de 2014.

²² Véase en este sentido el amparo directo en revisión 4530/2014.

Como es sabido, en el sistema mixto, más que la *exclusión* del proceso, lo que la ilicitud de la prueba provocaba era su *nulidad*. En efecto, en este sistema todos los medios de prueba eran admitidos y agregados al expediente, y no era sino hasta la sentencia definitiva que el juez determinaba si eran lícitas y, por tanto, si merecían o no valor probatorio. Además, dado que la admisión y la valoración de la prueba estaban a cargo del mismo órgano, era irrelevante en qué momento se ordenaba su nulidad. De hecho, en muchos casos la ilicitud de la prueba era declarada hasta el juicio de amparo directo promovido contra la sentencia definitiva, lo que prácticamente en ningún caso implicaba la reposición del proceso, sino únicamente la emisión de una nueva sentencia que no tomara en cuenta la prueba declarada ilícita.

En el sistema procesal penal acusatorio esto ha cambiado. El artículo 264 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) ahora prevé que la ilicitud de la prueba puede producir dos efectos: su exclusión o nulidad. En cuanto a la nulidad, el propio artículo 264 señala que las partes podrán hacerla valer en cualquier etapa del proceso y el juez o tribunal deberá pronunciarse al respecto. En cambio, la exclusión de la prueba ilícita está prevista en el artículo 346, fracción II, el cual señala que el juez de control en la audiencia intermedia, luego de examinar los medios de prueba ofrecidos y haber escuchado a las partes, ordenará fundadamente que se excluyan de la audiencia de juicio aquellos medios de prueba que se hubieren "obtenido con violación a derechos fundamentales".

Ahora bien, aunque el CNPP no establece ninguna prelación entre la exclusión y la nulidad, sino que parece admitir la posibilidad de que las pruebas sean anuladas en cualquier etapa del proceso (incluso durante la etapa de juicio), me parece que hay buenas razones para sostener que lo óptimo es que las pruebas ilícitas sean excluidas a más tardar en la etapa intermedia. Esto es así, pues aun y cuando en nuestro sistema no existe la figura del jurado, la indebida admisión de una prueba ilícita puede acarrear una serie de consecuencias perjudiciales, no sólo para el imputado, sino para el sistema en su conjunto. Así, por ejemplo, la admisión

de una prueba ilícita puede producir lo que algunos autores han llamado el *efecto psicológico de la prueba ilícita*, esto es, que los medios probatorios influyan inconscientemente en la convicción del juzgador, aun y cuando sean excluidas formalmente del razonamiento de la sentencia (Picó, 2012);²³ o bien, que se lleve a cabo un juicio que de otro modo pudo haber resultado innecesario, ante la ilicitud de las pruebas torales en las que se pretende basar la acusación.

Además, no hay que perder de vista que la separación funcional y estructural entre la etapa intermedia y la etapa de juicio no es trivial. Como es sabido, con ello se busca que sea un juez *distinto* a quien ha de valorar las pruebas y pronunciarse sobre la acreditación de los hechos y la responsabilidad del acusado quien *depure* todo el material probatorio, de manera que el tribunal de enjuiciamiento sólo tenga contacto con pruebas lícitas, y que la audiencia de juicio se centre única y exclusivamente sobre el debate de fondo. De ahí la importancia de que la etapa intermedia cumpla su función y que verdaderamente sirva como *filtro* de las violaciones que se hubieren cometido durante la investigación.

Esto último fue reconocido por la Primera Sala en el *amparo directo en revisión 669/2015*, en el cual se analizaron a detalle cada una de las etapas del sistema penal acusatorio y se concluyó que éste se rige por los principios de continuidad y preclusión, los cuales exigen agotar adecuadamente el objeto de cada una de estas etapas en el momento procesal correspondiente. En esa línea, la SCJN señaló que para que el nuevo sistema de justicia penal funcione adecuadamente es necesario que "las cuestiones relativas a la exclusión probatoria derivada de violaciones a derechos fundamentales, queden definitivamente dilucidadas de forma previa a la apertura del juicio oral, de tal manera que el juzgador en esta

²³ Como señala Picó (2012) "[a]l juez se le obliga a desechar toda la información que aporta la prueba ilícita, pero lo cierto es que habrá visto lo que no tenía que haber visto o habrá oído lo que no tenía que haber oído, y ello, inconscientemente, puede causar efecto en el enjuiciamiento final de los hechos litigiosos".

última etapa tenga como función exclusiva el análisis de las pruebas para determinar la existencia del delito y la responsabilidad del acusado".²⁴

Por lo demás, es importante destacar que la necesidad de excluir los medios de prueba desde la etapa intermedia se encuentra prevista ya con mucha mayor nitidez en el artículo 52 de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, publicada el 26 de junio de 2017,²⁵ el cual establece lo siguiente:

Artículo 52. Cuando se hayan excluido medios de prueba en virtud de haber sido obtenidos mediante una violación a los derechos humanos o fundamentales y a juicio del Ministerio Público los medios de prueba admitidos no fueran suficientes para fundar la acusación, solicitará el sobreseimiento de la causa. En este caso, el Juez de Control hará cesar las medidas cautelares que se hubieren impuesto y, en su caso, ordenará la inmediata libertad de la persona procesada.

Durante el juicio, únicamente podrá solicitarse la nulidad de una prueba admitida por el órgano jurisdiccional competente sobre la que ya se decretó su licitud, cuando no se hubiera conocido de su ilicitud de manera previa o surgieran indicios o evidencias supervinientes que hicieran suponer fundadamente que la misma fue obtenida a través de actos de tortura u otras violaciones a derechos humanos o fundamentales. En este caso, el tribunal de enjuiciamiento se pronunciará sobre su nulidad y se continuará con el desarrollo del juicio.

²⁴ Véase la tesis 1a. LII/2018 de rubro: "ETAPA INTERMEDIA DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO. UNO DE SUS OBJETIVOS ES DEPURAR EL MATERIAL PROBATORIO QUE SE VA A DESAHOGAR EN JUICIO ORAL, EXCLUYENDO AQUEL QUE SE HAYA OBTENIDO CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES".

²⁵ Dicha Ley dedica en su Título Tercero, Capítulo Segundo, un apartado a "las reglas para la exclusión de la prueba", las cuales no sólo se aplican a aquellas obtenidas mediante tortura, sino también por "cualquier otra violación a derechos humanos o fundamentales, así como las pruebas obtenidas por medios legales pero derivadas de dichos actos" (artículo 50).

Como puede advertirse, el segundo párrafo del precepto transcrito es claro al señalar que durante la etapa de juicio sólo podrá solicitarse la nulidad de una prueba previamente admitida por el juez de control, "cuando no se hubiere conocido de su ilicitud de manera previa o surgieran indicios o evidencias supervinientes"; lo que corrobora lo dicho anteriormente en cuanto a que la ilicitud y exclusión de las pruebas debe hacerse valer, por regla general, en la etapa intermedia, ya que sólo excepcionalmente podrá solicitarse su nulidad en la etapa de juicio. Por su parte, el primer párrafo es claro al señalar que el Ministerio Público deberá solicitar el sobreseimiento de la causa cuando el juez de control hubiere excluido un medio de prueba y el resto sea *insuficiente* para fundar la acusación; lo que también corrobora lo dicho anteriormente en cuanto a que la exclusión de las pruebas ilícitas debe realizarse a más tardar en la etapa intermedia, a fin de evitar juicios innecesarios.

Pues bien, desde mi perspectiva, todas estas cuestiones revelan la necesidad de elaborar una nueva *teoría sobre la oportunidad procesal* para hacer valer la ilicitud de un medio de prueba en el sistema acusatorio; lo que no ocurría en el sistema mixto. Pero además, nos obliga a reflexionar sobre la pertinencia de que la decisión del juez de control de admitir un medio de prueba sea recurrible mediante la apelación o del juicio de amparo indirecto. Ciertamente, ante la trascendencia que tiene esta decisión, no parece deseable que la misma permanezca irrecurrible. Esto no sólo puede generar problemas prácticos, como es la falta de incentivos para realizar un examen diligente sobre la licitud de las pruebas en la etapa intermedia, sino que además puede entrar en tensión con otros derechos, como es el derecho a la doble instancia o a un recurso adecuado y efectivo.

Cabe señalar que actualmente existe un criterio aislado de la Primera Sala derivado del amparo en revisión 907/2016²⁶ en donde se determinó

²⁶ Fallado el 23 de agosto de 2017.

que el juicio de amparo indirecto es improcedente en contra de la admisión por parte del juez de control de pruebas tildadas de ilícitas en la etapa intermedia, bajo el argumento de que no constituye un "acto de imposible reparación" en términos de la Constitución y la Ley de Amparo. Sin embargo, se trata de una decisión que no fue adoptada por unanimidad²⁷ y que, hasta donde se tiene conocimiento, no ha sido reiterada por la nueva integración de la Sala, por lo que habrá que esperar a ver cuál es la posición definitiva de la SCJN sobre este tema.

Constitucionalización de la regla de exclusión de la prueba ilícita

El segundo aspecto que me parece importante tomar en consideración es que la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene ya un fundamento expreso en la Constitución en el artículo 20, apartado A, fracción IX, el cual establece que "[c]ualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula". Esta definición se replica con más o menos las mismas palabras en el artículo 264 del CNPP, el cual señala que "[s]e considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad".

Ahora bien, como se mencionó líneas arriba, con excepción de la exclusión de pruebas obtenidas en contravención a la inviolabilidad de comunicaciones y tortura —las cuales tenían fundamento expreso en la Constitución y los tratados internacionales desde antes de la reforma de 2008— la SCJN había justificado la exclusión de pruebas obtenidas con violación a otros derechos fundamentales en una *interpretación* de la Constitución y del debido proceso. En este sentido, puede decirse que hasta antes de la entrada en vigor del sistema acusatorio la regla de exclusión era producto de una *creación jurisprudencial* por parte de la

²⁷ El asunto se falló por mayoría de tres votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz (Ponente) y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en contra de los emitidos por los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Norma Lucía Piña Hernández.

SCJN, lo cual le permitía tener un mayor *margen de apreciación* a la hora de aplicarla, así como de establecer límites o excepciones.

No obstante, al estar ya prevista la regla de exclusión en forma expresa en la Constitución resulta discutible que ésta admita excepciones, o al menos las mismas y en el mismo grado que había venido sosteniendo la Primera Sala.²⁸ Ello es así toda vez que el texto constitucional vigente es claro al señalar que "cualquier prueba" obtenida con violación a derechos fundamentales será nula.²⁹ En este sentido resulta ilustrativa la opinión de Miranda Estrampes en la edición mexicana de su libro *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*:

La constitucionalización de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas y su configuración como una garantía de naturaleza constitucional tiene difícil encaje con la admisión de excepciones de inspiración estadounidense, pues no hay que olvidar que en este último sistema el fundamento de la *exclusionary rule* tiene naturaleza infraconstitucional [...] Este modelo es difícilmente trasladable a aquellos ordenamientos que han optado por constitucionalizar la regla de exclusión, como ha sido de la reforma constitucional mexicana de 2008. Más cuando la fórmula constitucional empleada en el artículo 20, apartado A, fracción IX, no contempla, *prima facie*, la previsión de excepciones a su aplicación y eficacia directa, a la vista de los términos contundentes con que se pronuncia. Por ello, resultaría un error la aplicación mecánica o automática de la doctrina y las excepciones elaboradas por la Corte Suprema Federal de EE.UU. [Miranda, 2013, pp. 50-51].

²⁸ En todo caso, la única excepción que no parece problemática es la de la "fuente independiente" toda vez que esta última, como señala Marina Gascón, "en rigor, no se presenta como una verdadera excepción a la regla de exclusión, pues lo que plantea es que no hay conexión causal entre el acto ilícito y la prueba que se cuestiona, y que por tanto ese caso no entra en el ámbito de aplicación de la regla de exclusión" (Gascón, 2013, p. 89).

²⁹ Además, como la propia SCJN señaló al resolver la facultad de investigación 2/2006, el hecho de que exista una disposición expresa en este sentido podría interpretarse en el sentido de que el Constituyente ya hizo una ponderación entre la búsqueda de la verdad y la protección de los derechos fundamentales, prevaleciendo estos últimos.

Sea como fuere, lo cierto es que la entrada en vigor del texto constitucional reformado en 2008 nos obliga a repensar el fundamento y los límites de la regla de exclusión. En este orden de ideas, antes de aplicar los precedentes de la SCJN o de establecer excepciones a dicha regla, será necesario responder las siguientes interrogantes: ¿cuál es la naturaleza de la regla contenida en el artículo 20, apartado A, fracción IX de la Constitución? En otras palabras, ¿qué buscó el Poder Reformador al constitucionalizar la regla de exclusión? ¿Se trata de una forma de *reparar* los derechos violados o de un instrumento para *prevenir* futuras violaciones?

Adicionalmente, y con independencia de lo anterior, será necesario discutir si la misma constituye realmente una *regla* o si es más bien un *principio* que puede ser *ponderado* frente a otros principios del proceso penal reconocidos en el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución (como lo es la búsqueda de la verdad y procurar que el culpable no quede impune). Con todo, en este último caso habrá que tener mucho cuidado con la forma en la que se construye el *estándar* o el *test* de admisibilidad de una prueba contaminada, pues, como ha observado Marina Gascón, en no pocas ocasiones "el recurso a la ponderación, al dejar ciertas anchuras a la discrecionalidad en la decisión, propicia una 'huida hacia delante' en la que los derechos, con demasiada frecuencia, corren el riesgo de quedarse en el camino cediendo el paso a otros valores" (Gascón, 2013, p. 102).

Coexistencia de reglas de exclusión de pruebas ilícitas

Por último, ya sea que se considere que la regla de exclusión prevista en el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución es absoluta o que admite excepciones, es importante tener presente que dicha regla *coexiste* con otras reglas de exclusión que tienen un fundamento autónomo en la Constitución. Como se ha visto, entre ellas destaca la regla de exclusión de registros obtenidos en contravención al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (prevista en el artículo 16 constitucional), y la

exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura o coacción (contenida en el artículo 8.3 de la CADH y 10 de la CIPST).

Esta precisión es importante, pues no hay que olvidar que en el caso particular del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, el Pleno de la SCJN ha entendido que la regla de exclusión que deriva de este derecho presenta varias particularidades que de cierto modo la distinguen de la regla prevista en el artículo 20 de la Constitución. En primer lugar, se trata de una regla que se aplica en todos los procesos (civil, administrativo, familiar, etc.) y no sólo en el penal; en segundo lugar, es una regla que se proyecta incluso respecto de los particulares, por lo que cualquier prueba obtenida por estos últimos en contravención a la inviolabilidad de las comunicaciones debe declararse inválida (cuestión que no está del todo clara en el caso de la regla prevista en el artículo 20); y por último, se trata de una regla absoluta que, de acuerdo con el criterio del Pleno, no admite excepciones.

Asimismo, en el caso de la regla de exclusión derivada de actos de tortura o coacción, hay que tener presente que la Corte IDH ha sido enfática en que la misma ostenta un carácter "absoluto e inderogable".³⁰ Por tanto, aunque se admitieran límites o excepciones para la regla de exclusión prevista en el artículo 20, apartado A, fracción IX, será importante no perder de vista que en el caso particular de la tortura, debido a la gravedad de la violación y el carácter de *jus cogens* que ha alcanzado su prohibición, existe un imperativo internacional que obliga a privar de eficacia a cualquier prueba que derive de este tipo de actos.

Referencias

Cammack, Mark E. (2013), "The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule", en Thaman, Stephen C. (Ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, USA: Springer.

³⁰ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 165.

Gascón Abellán, M. (2011), "Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", en Ferrer, J. *et al.*, *Estudios sobre la prueba*, México, Distrito Federal: Editorial Fontamara.

Giannouloupoulos, D. (2019), *Improperly Obtained Evidence in Anglo-American and Continental Law*, Oxford, UK: Hart Publishing.

Miranda Estrampes, M. (2013), *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, México, Distrito Federal: Ubijus, Editorial S.A. de C.V.

Picó I Junoy, J. (2012), "El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita", *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, núm. 171.

El sistema acusatorio y la nueva lógica de admisibilidad probatoria

Silvina Andrea Manes*

Breve introducción

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 describe el modelo de proceso penal que debe llevarse a cabo ante un tribunal independiente e imparcial. De ello se sigue, sobre todo a partir de la garantía de imparcialidad, que la necesaria equidistancia que deriva de ella, en relación con los sujetos necesarios del proceso impone sin duda alguna un proceso de partes, en el que el rol del juez consiste en resolver el conflicto que presenta la parte acusadora/víctima en contra de un imputado.

Por su parte, el acusado tiene derecho a ser oído por un tribunal con las mencionadas características, siendo entonces que el modo en que se produce la información que va a guiar el derrotero del proceso penal

* Jueza de la Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Profesora de grado y posgrado de Derecho Penal y Procesal Penal. Abogada (Universidad de Buenos Aires) Especialista en Derecho Penal (Universidad de Palermo, Buenos Aires) Diplomada en Derechos Humanos (American University, Washington College of Law, USA).

es la oralidad, y no la forma escrituraria. Entonces, el imputado va a poder exponer su versión de los hechos, va a presenciar y controvertir las evidencias que dan apoyatura a la acusación, va a poder producir prueba a su favor frente al juzgador (técnico o popular) que determinará su responsabilidad en los hechos imputados detalladamente desde el inicio del juicio penal.

En lo que aquí interesa, vale resaltar el derecho de las partes de ofrecer y producir la evidencia en la que se sustenta cada teoría del caso (pretensión), contando la defensa con el tiempo suficiente para ello.

Pese a que las prácticas inquisitoriales tan arraigadas en América Latina han puesto innumerables trabas u obstáculos a tan sencillo esquema procesal convencional; las reformas procesales, su implementación, los profundos cambios en el sistema de administración de justicia, y especialmente la capacitación de todos los operadores, lentamente han ido instalando definitivamente el cambio que importa el proceso penal acusatorio.

Etapa intermedia

A diferencia de los procesos de corte inquisitivo en los que la investigación a cargo de un juez de instrucción era la etapa más importante en la que se adquiría la prueba, con escasa intervención del imputado y su defensa, para pasar después de presentado el requerimiento de juicio a un control judicial oficioso de lo actuado en el sumario, luego del cual se convocaba a las partes a ofrecer prueba que era admitida (o no) por escrito sin ninguna clase de debate, llegando al juicio con una posición preconstituida por haber conocido todo lo actuado en la primera parte del proceso; en los sistemas acusatorios se celebra una audiencia que tiene lugar en la instancia que se denomina etapa intermedia, por encontrarse entre la instrucción penal preparatoria y el juicio.

La fase intermedia se funda en "la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad

responsable [...] la publicidad implica una garantía en la estructuración del proceso penal, (pero) también tiene un costo: por más que la persona sea absuelta y se compruebe su absoluta inocencia, el solo sometimiento a juicio siempre habrá significado una cuota considerable de sufrimiento, gastos y aun de descrédito público [...] por lo cual tiene que garantizar, también, que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria".¹

El fiscal como titular indiscutible de la acción penal presenta la acusación, que constituye el requerimiento del acusador de dar apertura al juicio contra una persona por entender que ésta cometió un delito. Sin embargo, ningún sistema puede permitirse llevar a cabo debates sin inocuos, es decir basados en acusaciones sin fundamento, subjetivas y arbitrarias; como tampoco puede soportar exponer al imputado al banquillo de los acusados, donde el buen nombre y el honor siempre quedarán dañados, aun con una solución liberatoria.

Por ello, un tercero imparcial, a la sazón el juzgador, deba controlar su procedencia desde una perspectiva formal y sustancial, para determinar la viabilidad y razonabilidad de la pretensión del acusador.

Control de la acusación

Cumplida la investigación preliminar por parte del acusador con el pedido de juicio contra el imputado/s, los códigos procesales acusatorio/adversariales prevén en primer lugar el control de la acusación, donde se determina si existe razonable probabilidad de probar un hecho con relevancia jurídico penal, en un juicio.

Existen tres sistemas de control de la acusación: negativo, facultativo e imperativo.²

¹ Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, 1999, p. 245.

² Claria Olmedo, Jorge, *Derecho procesal penal*, t. III, act. por Montero, ed. RubinzalCulzoni, Santa Fe, 1998, t. III, pp. 36 y ss.

El primero, propio de los sistemas inquisitivos, consiste en la apertura directa del juicio, es decir, la defensa carece de facultades para pronunciarse sobre la investigación preliminar y preparatoria, pudiendo solamente invocar hechos que paralizan temporalmente el proceso o dan lugar al sobreseimiento.

En el segundo sistema el control de la acusación es facultativo porque queda a opción de la defensa, que puede o no objetar la acusación. En caso de que el acusado no formule su oposición, se pasa directamente al juicio oral al igual que en el sistema anterior. Si se opone, la jurisdicción toma intervención cuando la defensa se opone al requerimiento de acusación.

El tercer sistema considera a esta etapa necesaria, siendo obligatorio el control jurisdiccional de la acusación, por lo que el juez, a pedido de parte, puede por varias razones regladas, fundadamente, rechazar la acusación.

En cuanto a la posibilidad de producir prueba, en general no se producen las relacionadas con el fondo del asunto. Sin embargo, en los Estados Unidos, todos los elementos probatorios recogidos en la investigación preliminar que fundan la acusación pueden presentarse a instancias del fiscal al Gran Jurado o jurado de acusación. Lo más habitual será que el fiscal traiga a sus testigos principales y que la defensa los contrainte-rroque.³ El Gran Jurado determinará si debe o no ingresar el caso a juicio.

En los procesos inquisitivos, es el mismo tribunal que va a juzgar los hechos, el que analiza la admisibilidad de la prueba, poniendo seriamente en crisis la garantía de imparcialidad. Contrariamente, en los procesos acusatorios es el juez de garantías quien dirige la etapa intermedia, para

³ Hendler, Edmundo, *Derecho penal y procesal penal en los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 183 y ss.

luego dar paso a la intervención de un órgano jurisdiccional diferente durante el juicio. En los juicios a cargo de jurados populares, el mismo juez que ha conocido las mociones preliminares es el que conduce la audiencia de selección de jurados y de debate, sin mella alguna respecto de su imparcialidad.

El juez deberá verificar el cumplimiento de las cuestiones formales para lograr un saneamiento de la acusación (v.g. errores materiales), y, por otro lado, evaluar el aspecto sustantivo vinculado con las pruebas ofrecidas para acreditar los extremos de la acusación (v.g. las condiciones para la existencia de delito) a fin de evitar juicios sin sentido.

Una vez que el órgano jurisdiccional decide que la acusación se refiere a hechos con relevancia jurídico penal y tiene un basamento probatorio suficiente, como así también su validez, y sin perjuicio del planteo de salidas alternativas al juicio que podrán dar lugar a la suspensión de la acción penal, las partes deberán indicar la evidencia que pretenden producir durante el debate para acreditar sus respectivas teorías del caso.

Audiencia de admisibilidad probatoria

El objetivo de esta audiencia es la discusión que las partes llevarán a cabo no sólo en términos de legalidad sino de relevancia de la evidencia para la teoría del caso de cada una de ellas.⁴

El ofrecimiento de prueba es una carga únicamente para el fiscal, que es quien debe presentar evidencia suficiente para desvirtuar el estado de inocencia del acusado. En el caso de la defensa, la presentación de prueba es sólo una cuestión estratégica, ya que puede mantenerse pasiva limitándose a mostrar en el juicio que las pruebas propuestas por la acusación

⁴ Lorenzo, Leticia, *La teoría probatoria a lo largo del proceso penal*, en *El debido proceso penal*, tomo 5, Ed. Hammurabi, 2018, p. 49.

son insuficientes para acreditar la teoría del caso del fiscal, o puede presentar pruebas.

La audiencia de admisibilidad probatoria posee un notorio sentido de preparación del juicio, ya que implica establecer límites a las partes en vinculación a qué van a probar y cómo lo van a hacer.

Es en esta oportunidad en que aquéllas deberán revelar sus posturas (teorías del caso) para que el juez pueda evaluar la pertinencia y utilidad de las evidencias ofrecidas. Por otra parte, es el momento en que el Fiscal debe descubrir toda la evidencia colectada, sea de cargo o de descargo, con base en el principio de buena fe, y de este modo evitar la sorpresa. Esta carga no le es aplicable a la defensa.

El papel del juez es fundamental, ya que tendrá que establecer a qué personas y para qué deberán ser convocadas a declarar para el juicio.

La práctica escritural permitía incorporar la prueba documental o de objetos como si hubieran tenido vida propia, sin dar cuenta de cómo fue obtenida. Sin embargo, la lógica adversarial se basa en la premisa que la prueba no habla por sí sola, por lo que la forma de su incorporación deberá ser por medio de testigos o de expertos, respecto de los cuales el órgano jurisdiccional deberá determinar su pertinencia o sus conocimientos e idoneidad.

El control de admisibilidad se refiere a distintos aspectos, a saber: la legalidad, la pertinencia y la sobreabundancia.

Determinación de la legalidad

Preliminarmente se deberá analizar, y eventualmente descartar, toda prueba ilegal que se pretenda producir en el juicio, a partir de los planteos que se realicen. Ello importará un necesario cotejo del modo de obtención o conocimiento de estas evidencias cuya ilegalidad se sostiene, con alguna

garantía constitucional o convencional, evitando de este modo que se reediten estas incidencias durante el debate oral.

Una prueba obtenida sin respetarse los procedimientos legales deberá ser excluida como también toda la que se vincule con aquélla (frutos del árbol envenenado), de allí que la importancia de esta decisión radica en que si se trata de una evidencia dirimente, la acusación podría ser rechazada evitándose el juicio y sobreseyendo al acusado.

Hay casos en que los vicios no son tan claros, pero que evidencian debilidades en la teoría del caso del acusador, pudiendo dar lugar a la adopción de soluciones alternativas al juicio.

Pero teniendo en cuenta que el proceso penal se compone de etapas que prohíben retrotraer el proceso a otras ya realizadas (principio de preclusión), la debilidad de la acusación resultante de la exclusión de prueba ilegal impide darle una nueva oportunidad para que la obtención de nueva evidencia.

Análisis de la pertinencia y utilidad o necesidad

La relevancia lógica o pertinencia de un testigo o un experto es la relación directa o indirecta con el objeto del litigio o la teoría del caso de las partes. Este análisis tiende a evitar la producción de evidencia innecesaria o sobreabundante en el juicio que provoque demoras indebidas o confusión respecto de los aspectos fácticos. Para ello, las partes deberán exponer la relación entre la prueba ofrecida y las proposiciones fácticas de su teoría del caso.

A su vez, el juez deberá realizar un juicio hipotético teniendo como premisa que la prueba ofrecida conllevará el resultado pretendido por la parte que la pidió. En ese contexto deberá establecer si en tal caso la evidencia será capaz de producir elementos de conocimiento relevantes sobre los hechos que van a ser objeto de controversia en el juicio, sin importar el mayor o menor grado de razonabilidad de esos hechos.

Eventualmente también puede admitirse como relevante una prueba cuya incidencia sea indirecta sobre el objeto, en especial, cuando ella afecte la credibilidad de otra prueba ofrecida por la parte contraria.⁵

Otro estadio de análisis es el vinculado a la relevancia legal, que se refiere a la ponderación entre la utilidad de la prueba y los potenciales perjuicios que puede generar.

El juez, al admitir una prueba a juicio, no sólo debe mirar el vínculo lógico de la prueba concreta con los hechos a debatir sino que, además, debe balancear el aporte de dicha prueba a la solución del caso en comparación con diversos perjuicios que podría generar para la resolución del mismo o el funcionamiento general del sistema. En consecuencia, allí donde la relevancia lógica se justifica como un mecanismo destinado a evitar el mal uso de los recursos del sistema, la relevancia legal intenta proteger diversos valores del mismo, incluido por cierto el uso eficiente de sus recursos.⁶

Los casos de prueba acumulativa se resuelven a partir de los conceptos de sobreabundancia o innecesariedad.

A su vez, la prueba sobre hechos notorios, es decir aquellos públicamente conocidos, al ser dudosa su controversia, también se resuelven por su falta de necesidad, ya que carece de sentido su discusión.

En los procesos que son juzgados por jurados, debe ponerse especial atención a la admisión de la prueba que puede generar perjuicio o confusión en contra del imputado, tal el caso de los antecedentes penales.

⁵ Martin, Adrian, "En base a que se juzga. Notas sobre el juicio de admisibilidad de la prueba y el cambio de paradigma" en *El debido proceso penal*, tomo 1, Ed. Hammurabi, 2015, p. 105.

⁶ Duce, Mauricio, "Admisibilidad de la prueba en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional", en *Revista de la Defensa Pública*, 2011, p. 67.

Admisibilidad de la prueba de testigos expertos

En los sistemas acusatorios hay que partir de la base de que los expertos no son neutrales, son testigos de la parte que los ofrece; a diferencia de los inquisitivos en los que han sido considerados como auxiliares del tribunal, al servicio del juez.

Cualquier persona que esté en condiciones de acreditar experiencia o conocimientos relevantes y especializados en una determinada ciencia, arte u oficio puede ser presentada por las partes con la intención de que sea admitida a juicio oral.⁷

Sin embargo, una política abierta de admisibilidad de peritajes a juicio corre el riesgo de utilizar el conocimiento experto como forma de sustituir el trabajo que les es asignado exclusivamente a los jueces, sin que ese conocimiento experto sea objeto de los resguardos y procedimientos establecidos para asegurar la calidad, independencia e imparcialidad del trabajo judicial.⁸

Cuando un lego puede llegar a una conclusión errónea sin la ayuda de un experto o cuando el acceso a la información importante podría perderse a menos que no se pudieran contar con la información prestada por las enseñanzas de un experto,⁹ la prueba de testigos expertos es admisible. Por ello, sólo debe ser permitida si su experticia es necesaria para demostrar un aspecto de la teoría del caso de la parte que depende exclusivamente de su conocimiento, arte u oficio (necesidad).

Por otra parte, para que la información que proporcionan con base en su experticia sea de calidad, se debe comprobar previamente la cientificidad del examen, para evitar el uso de una prueba pericial no confiable.

⁷ Duce, ob. cit., p. 63.

⁸ Duce, ob. cit., p. 59.

⁹ Duce, ob. cit., p. 70.

Las reglas de evidencia en los distintos estados de los Estados Unidos abordan rigurosamente estos supuestos, a partir de los siguientes estándares mínimos:¹⁰

1. Que la teoría que funde la científicidad sea controlable y testeada.
2. Que se establezca *ex ante* el porcentaje de error.
3. Que pueda ser revisada por otros expertos.
4. Que tenga consenso de la comunidad científica sobre la pertinencia del método.
5. Que tenga relación directa entre el método y aquello que pretende acreditarse.

Estos elementos hacen a la exigencia de la confiabilidad de la información experta para evitar el ingreso al juicio de la "ciencia falsa".

En consecuencia, el primer requisito de admisibilidad de todo tipo de prueba, su pertinencia o relevancia, es también aplicable al momento de dilucidar la incorporación de prueba pericial a juicio. Dicho examen debe realizarse al menos en dos test, por una parte, el juez debe analizar la relevancia lógica de la prueba pericial y luego, en segundo término, su relevancia legal. Si la prueba pericial no satisface alguno de ambos test no puede ser admitida a juicio.¹¹

Admisibilidad de la prueba de oídas

La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho del imputado y la defensa de interrogar a los testigos de cargo (artículo 8 ap. 2, letra "f"). En similares términos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 ap. 3, letra "e".

Por su parte, la VI enmienda de la Constitución de los Estados Unidos reconoce el derecho de confrontación al sostener que "en todos los pro-

¹⁰ Fallo *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*, 509 US579-1993, Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en: «<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>».

¹¹ Duce, ob. cit., p. 69.

cesos criminales el acusado gozará del derecho [...] a ser confrontado con los testigos en contra [...]".

De allí que la introducción de prueba indirecta o de referencia –*hearsay*– no puede ser admitida.¹²

El principio de contradicción supone el derecho de ofrecer y producir prueba, controlar la ofrecida por la otra parte, y en especial para interrogar y contra interrogar a los testigos.

El llamado testigo de oídas o de referencia, es aquel que no ha percibido los hechos por sus sentidos sino por lo que otra persona, que sí los presencié, y se los transmitió.

El testimonio de oídas no es propiamente una prueba, pues sólo es una prueba de la prueba de los mencionados hechos; una prueba, que puede ser ampliamente válida, de una prueba que es siempre débil, puesto que ha sido aducida sin las ventajas y garantías inherentes a las formalidades judiciales.¹³

El testigo de oídas no permite su confrontación, por lo que es menos fiable que cualquier otra prueba directa, pues los peligros inherentes a toda declaración testifical, es decir, las deficiencias de percepción, memoria, sinceridad y narración, se agravan cuando resulta imposible someter a contraexamen al declarante, quien es el autor original de la manifestación fáctica extrajudicial, cuyo contenido pretende ser probado como verdad, en juicio decisorio, por boca de un tercero.¹⁴

En los Estados Unidos se prohíbe cualquier manifestación oral o escrita presentada como prueba, sin que sea hecha por quien la formula en cali-

¹² Carrio, Alejandro, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, editorial Universitaria de Buenos Aires, EUDEBA, Buenos Aires, 1990, p. 61.

¹³ Framarino Dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 2002, p. 106.

¹⁴ Velayos Martínez, María Isabel, *El testigo de referencia en el proceso penal*, Ed. Tirant loBlanch, Monografías, Universidad de Alicante, Valencia, 1998, p. 531.

dad de testigo frente al jurado e incluye transcripciones, grabaciones o testimonios sobre dichos de terceros.¹⁵

Sin embargo, esta regla contiene muchas excepciones, tales como la declaración sobre expresiones del imputado; cuando sirven para confrontar las declaraciones de un testigo directo; en el caso en que el testigo se encuentre imposibilitado de concurrir por causa del imputado.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al sostener que es contrario al artículo 6 del Convenio la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquel al juicio oral, por cuanto, de un lado, priva al tribunal sentenciador de formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto al no poder confrontarlo con el directo y, de otro y sobre todo, vulnera el derecho del acusado de interrogar y contestar a los testigos directos.¹⁶

Convenciones probatorias

Todos los aspectos no cuestionados pueden ser sometidos a acuerdos probatorios. Estas convenciones deben estar vinculadas a las proposiciones fácticas, debiendo dejarse para el juicio la prueba sobre hechos controvertidos, para decidir el conflicto.

Se presume que sobre los aspectos donde hay más pruebas, existe menos controversia. Contrariamente, son los hechos controvertidos los más difíciles de probar porque es allí donde están las interpretaciones fácticas diferenciadas o la valoración distinta de la prueba propuesta.¹⁷

¹⁵ Reglas Federales de Evidencia, regla 801 en: «<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5614/Reglas%20de%20evidencia%20en%20Puerto%20Rico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>».

¹⁶ Casos "Delta c/Francia", 19/12/91, "Isgro c/Italia", 19/02/91, "Asch c/Austria", 26/04/91 citados por Cerliani, Carla en "Comentario al fallo: "Alegre Florentín, Lucía Fátima s/ recurso de casación" Causa No. 14.813 –Sala II – C.F.C.P" en: «<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina36071.pdf>».

¹⁷ Lorenzo, ob. cit., p. 66.

La convención probatoria no es una habilitación que hacen las partes para ingresar testimonios o informes en forma escrita al juicio: acuerdan hechos del caso, de forma tal que el tribunal sabe que es un aspecto que en la sentencia tendrá por acreditado, aun cuando no haya concurrido prueba al juicio para referirse al mismo.¹⁸

Primer colofón

La audiencia de control y admisibilidad probatoria tiene una importancia fundamental en los sistemas adversariales, con un rol preponderante en cabeza del órgano jurisdiccional que debe determinar con efectividad los casos que tienen que ir a juicio; y para depurar la evidencia que se va a producir en aquél, a fin de facilitar al tribunal que en definitiva intervenga en el debate, la valoración de la credibilidad de la evidencia aportada por cada parte, y así asegurar el ingreso de información de calidad.

Admisibilidad probatoria en la impugnación

Revisión de la sentencia condenatoria. Estándares

A partir de los lineamientos sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa,¹⁹ interpretando el artículo 8 punto 2.h que establece que toda persona imputada de un delito tiene durante el proceso el "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior", ha surgido una reformulación de las vías de revisión de la sentencia condenatoria y de aquellas que restringen derechos fundamentales.

En dicho precedente se afirmó que el recurso que prevé el artículo 8.2.h de la citada convención, sea cual fuere su denominación, debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida, de todas las cuestiones de

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ CIDH, Herrera Ulloa c. Costa Rica, 2 de julio de 2004 en: «http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf».

hecho y de derecho debatidas y analizadas en el tribunal inferior (párrafos 165 y 167) entre ellas, de la pena impuesta (párrafo 166).

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, desde la perspectiva del artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos entendió que "la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...] limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia no cumple con las garantías que exige el párrafo 5o., artículo 14 del Pacto".²⁰

De esta manera, las dos convenciones interpretadas conjuntamente están llamadas a modificar en el área de los recursos contra la sentencia, la base político criminal del concepto de recurso en nuestro derecho procesal penal.²¹

La finalidad de la necesidad de una revisión amplia deriva de la idea de evitar el error, tal como lo ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al decir que la "oportunidad de recurrir a una segunda instancia en el proceso refuerza, asimismo, la protección contra el error judicial".²²

Superada la distinción entre "derecho" y "hechos" propios de los límites de los recursos extraordinarios, cuyo análisis excede el presente trabajo,²³ se libera a la impugnación de toda barrera formal para dar paso el reexamen

²⁰ *Dictamen del Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 701/1996 del 20/7/00* citado en "RECURSO CONTRA LA SENTENCIA DE CONDENA: el caso 'Alberganti' del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Manes, Silvina y Mattone, Julieta, en *Derecho procesal penal-contravencional*, Rubinzal - Culzoni, 2006.

²¹ Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, ed. del Puerto, Bs. As. 2002, tomo 1, p. 708.

²² Caso 11086 (informe 17/94) *Maqueda* considerando 260 en: «<https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137f.htm>».

²³ Pastor, Daniel, *La nueva imagen de la Casación Penal*, ed. Ad Hoc, 2001, pp. 119 y ss.

amplio de la sentencia condenatoria a partir de la teoría de la "capacidad de rendimiento", por lo que se impone delinear la necesidad de reproducir prueba o admitir nueva para satisfacer los estándares de la garantía al doble conforme.

Sistema de prueba parcial.

Inclusión de los supuestos del recurso de revisión

La prueba en el ámbito de la impugnación del condenado conforme los estándares reseñados, exige no sólo una revisión formal o sustantiva acotada por la naturaleza de los recursos limitados, sino, antes bien, la reedición de toda aquella prueba vinculada a la queja del condenado, incluyendo un abordaje amplio de todos los motivos que autorizan el llamado recurso de revisión, dando paso a la posibilidad de introducir hechos nuevos o elementos de prueba nuevos y demostrar la falsa percepción sustancial de los elementos valorados en la sentencia.²⁴

En materia de agravios, ellos pueden versar sobre inobservancia de las formas procesales (*error in procedendo*, casación procesal), como también a la incorrecta aplicación del derecho sustantivo (*error in iudicando*, casación sustantiva).

Los primeros, que constituyen el "juicio sobre el juicio", por reprobarse infracciones a las reglas que regulan la actividad de las autoridades encargadas de la persecución penal, permiten un reexamen por parte del tribunal *ad quem* directamente de las cuestiones fácticas. Esto conduce inexorablemente a que el juicio de casación procesal sea un juicio de mérito en el cual se examina una cuestión de hecho que, en caso de ser demostrada, decide la suerte de la reprobación hecha valer con el recurso.²⁵

²⁴ Maier, ob. cit., T. 1, pp. 717 y ss.

²⁵ Pastor, ob. cit., p. 127.

De ahí se sigue que los reproches de hecho vinculados al procedimiento ameritan ser acreditados como cualquier otra cuestión fáctica,²⁶ durante el trámite del recurso, por lo que el tribunal de impugnación actuará como tribunal de mérito al poder producir una investigación para indagar el efectivo cumplimiento de las formas cuando la demostración de los motivos alegados dependa de un procedimiento probatorio.²⁷

A partir de ello, se pueden examinar pruebas documentales (v.g. actas del proceso, material filmico), declaraciones testimoniales, en definitiva, cualquier evidencia cuestionada en el recurso.

En relación con el reexamen vinculado al aspecto sustantivo, el derecho del condenado a un doble conforme sobre la declaración de culpabilidad y la pena, teniendo en cuenta que ello tiende a evitar el error judicial, debe acotarse a una discusión de los agravios en los que se centra la queja, de modo tal de posibilitar la revisión amplia de la sentencia, sin afectar los principios básicos del juicio penal.

Ello no importa la reedición del juicio, se trata de una reproducción probatoria parcial, en la que el recurrente determina los alcances de su impugnación. Los aspectos fácticos de la sentencia que no hayan sido cuestionados por el condenado quedarán fijados sin controversia por la sentencia del primer mérito, así que el tribunal del recurso deberá incorporar a esas comprobaciones ya fijadas definitivamente, su propia apreciación de la prueba producida en segunda instancia, y a su cargo quedará, como segundo grado de conocimiento, la valoración integradora y definitiva del conjunto con su resultado final.²⁸

En otras palabras, el condenado expresará sus agravios y podrá ofrecer prueba para demostrar el error que lo perjudica, debiendo el tribunal

²⁶ Maier, ob. cit., T. 1, p. 721.

²⁷ De la Rúa, Fernando, *La casación penal*, Depalma, 1994, p. 70.

²⁸ Pastor, ob. cit., pp. 146 y 147.

superior producir su propia prueba sobre estas cuestiones exclusivamente, sometiéndola a las reglas del juicio común (inmediación-contradicción), dictando una nueva sentencia producto de una valoración integradora.

Reparos que surgen de la inmediación

El mito de la inmediación se convirtió en una verdadera barrera para incumplir la manda convencional que impone la revisión amplia de las sentencias de condena, avalando su incontrolabilidad (la tan usada frase que *los hechos están reservados al conocimiento del tribunal a quo*).

Su utilizada generalización evita el control del error de la sentencia. Es por ello que la necesidad de producir prueba en la etapa de impugnación permite, limitada al objeto del agravio, reemplazar parcialmente la inmediación del *a quo* por la del *ad quem*. Por otra parte, el uso de tecnología en el proceso penal, que permite el registro fílmico del juicio, facilita la nueva valoración de la prueba producida en la instancia de mérito, sin que por ello se afecte el sacrosanto principio de inmediación.

Esto no pone en riesgo los principios del proceso penal, ya que éstos están concebidos como garantía del acusado y no a la inversa.²⁹

Juicio de admisibilidad de la prueba ofrecida en la impugnación de la sentencia

Aceptada en la etapa de impugnación la posibilidad de la producción de la prueba necesaria para obtener la revocación de la sentencia condenatoria, en la audiencia ante el tribunal *ad quem*, se impone abordar el análisis de su admisibilidad, respecto de la cual rigen los criterios de utilidad

²⁹ Díaz Cantón, Fernando, "El control judicial de la motivación de la sentencia penal", en *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1999, p. 87.

y pertinencia vinculados con el examen integral de lo revisable en la impugnación.³⁰

Si, por ejemplo, de los registros filmicos o de audio no surge la necesidad de la reproducción de la prueba ofrecida, debe declararse su inadmisibilidad. Contrariamente, si al cuestionamiento del recurrente no puede dársele respuesta con aquellas evidencias producidas en la instancia de mérito, la prueba será admisible.

Lo propio sucede con la discusión sobre la prueba de informes, fotografías, bases de datos informáticas, hechos notorios, que pueden ser controlados ilimitadamente por el *ad quem*, sin necesidad de una nueva producción.

En cuanto a la prueba de testigos, si lo que se cuestiona es v.g. la veracidad del testigo, se impondría su admisibilidad, ya que el tribunal de impugnación debe oírlo y obtener sus propias conclusiones. Su reexamen deberá estar en cabeza del acusado, exponiéndolo a la contrarrefutación por parte de la fiscalía.

Otro supuesto es el de la inadmisibilidad probatoria decidida en la etapa intermedia. En este caso, recurrente puede intentar demostrar que la prueba que ofreció en esa oportunidad es dirimente para lograr el cambio de las conclusiones de la sentencia condenatoria. En este sentido, el método de la inclusión mental hipotética de la prueba omitida en el juicio es fundamental a la hora de decidir su admisibilidad en la alzada.

En cuanto a la admisión de la prueba nueva, el sistema de impugnación no permite la producción de evidencia cuya existencia era conocida antes del juicio, si se tuvo la posibilidad de su ofrecimiento oportuno, de modo tal que se evitan prácticas desleales.³¹

³⁰ Zvilling, Fernando, *La prueba en la impugnación ¿Qué prueba?*, «<http://200.70.33.130/index.php/home/35-princ/3790-qla-prueba-en-la-impugnacionq>», p. 3.

³¹ Zvilling, ob. cit., p. 4.

Contrariamente, la nueva prueba debe comprender la vinculada a los motivos que autorizan el recurso de revisión, ya que si éstos son idóneos para eliminar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, deberían serlo con más rigor para eliminar aquella que no se encuentra firme.³² En efecto, si el condenado puede demostrar que los hechos fijados son contrarios con los de otra sentencia, o que la sentencia condenatoria se funda en testimonios o documentos falsos, o que se dictó prevaricando o como producto de un cohecho, ofreciendo prueba del error judicial, ésta es admisible, debiendo la parte acreditar que fue conocida con posterioridad al dictado de la sentencia impugnada.³³

Por último, un supuesto más sencillo es el de la prueba conocida y admitida en la etapa intermedia, pero que por razones ajenas a la parte no pudo ser producida en el juicio (v.g. imposibilidad de hallar a un testigo).³⁴ Su admisibilidad es indudable.

Impugnación de resoluciones que restringen derechos fundamentales del imputado

La oralidad propia de los sistemas acusatorios se ha extendido a todas las audiencias del proceso penal en las que las partes confrontan sobre derechos fundamentales. Cuando se trata de la limitación de la libertad de imputado, aparece también la necesidad del control de los extremos que la motivaron y la posibilidad de producirse prueba ante el tribunal revisor.

La extensión de la efectiva posibilidad de revisión amplia o aplicación de la garantía del doble conforme fue reconocida en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto consideró que el derecho del artículo 8.2.h de la CADH requiere la disponibilidad de un

³² Maier, ob. cit., T. 1, p. 722.

³³ Zvilling, ob. cit., p. 5.

³⁴ *Idem.*

recurso de revisión que al menos permita la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos *los autos procesales importantes*.³⁵

Ninguna duda cabe que el adelanto de pena que implica la prisión preventiva importa necesariamente su revisión por un tribunal superior. Tampoco hay hesitación en cuanto a lo que se refiere a la "pena del proceso", ya que éste implica no sólo la posibilidad de la restricción de la libertad ambulatoria, sino, antes bien, de sus derechos fundamentales.

Por ello, el reexamen de las condiciones, presupuesto y fundamento de una medida cautelar también se encuentra comprendido dentro de la garantía del doble conforme.

Este reexamen debe ser amplio y permitir su reprobación sin condicionamientos, por lo que debe admitirse la producción de prueba que permita hacer cesar la restricción a derechos fundamentales durante el proceso penal.

A modo de conclusión

Los sistemas acusatorios, de los que deriva la oralidad de todas las etapas del proceso penal, ameritan el replanteo de la importancia de etapas, como la intermedia, cuya relevancia es dirimente para la valoración de la credibilidad de la evidencia aportada por cada parte, con base en la que se tomarán decisiones que pueden habilitar el poder punitivo del Estado.

A su vez, la obligatoriedad del reexamen de la sentencia condenatoria del imputado impuesta por las convenciones internacionales de derechos humanos supone adecuar las vías de impugnación tradicionales con los estándares definidos por aquéllas y sus órganos de interpretación.

De este modo, con la posibilidad de renovación en la instancia recursiva de la prueba y la discusión sobre los aspectos constitutivos de los agravios

³⁵ Comisión IDH, Informe 17/94, caso 11086 *Maqueda (Argentina)*, véase cita 22.

del impugnante, con abordaje directo de cuestiones de hecho, se evita o acota la posibilidad de error, brindando efectividad al derecho del acusado de cuestionar y eliminar sentencias arbitrarias o equivocadas, y, en definitiva, otorgando mayor respeto a los derechos fundamentales de los individuos sometidos a persecución penal.

Bibliografía

Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

Claria Olmedo, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, t. III, act. por Montero, ed. RubinzalCulzoni, Santa Fe, 1998.

Carrio, Alejandro, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Editorial Universitaria de Buenos Aires/EUDEBA, Buenos Aires, 1990.

De la Rúa, Fernando, *La casación penal*, con la colaboración de Fernando Díaz Cantón, Buenos Aires, Depalma, 1994.

Díaz Cantón, Fernando, "El control judicial de la motivación de la sentencia penal", en Maier, Julio B. J. (comp.), *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999.

Duce, Mauricio, "Admisibilidad de la prueba en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional", en *Revista de la Defensa Pública*, 2011, véase en: «<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/03/doctrina33402.pdf>».

Framarino Dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 2002.

Hendler, Edmundo S. (Director), *Derecho penal y procesal penal en los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

Lorenzo, Leticia, "La teoría probatoria a lo largo de proceso penal", en Ledesma, Angela (comp.), *El debido proceso penal*, tomo 5, Ed. Hammurabi, 2018.

Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996.

Manes, Silvina y Mattone, Julieta, "Recurso contra la sentencia de condena: el caso 'Alberganti' del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en Donna, Edgardo (comp.), *Derecho procesal penal-contravencional*, Rubinzal-Culzoni, 2006.

Martin, Adrian, "En base a que se juzga. Notas sobre el juicio de admisibilidad de la prueba y el cambio de paradigma" en Ledesma, Angela (comp.), *El debido proceso penal*, tomo 1, Ed. Hammurabi, 2015.

Pastor, Daniel, *La nueva imagen de la Casación Penal*, ed. Ad Hoc, 2001.

Velayos Martínez, María Isabel, *El testigo de referencia en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Monografías, Universidad de Alicante, Valencia, 1998.

Zvilling, Fernando, *La prueba en la impugnación ¿Qué prueba?*, disponible en: «<http://200.70.33.130/index.php/home/35-princ/3790-qla-prueba-en-la-impugnacionq>».

PROCESOS COMPOSICIONALES Y JUSTICIA RESTAURATIVA

La teoría del proceso compositacional en la obra de Binder como paradigma superador de las salidas alternativas al proceso penal

Marco Fandiño*

Introducción

Este artículo tiene por objetivo principal reflexionar acerca de los principales elementos de la teoría del proceso compositacional elaborada por el profesor Alberto M. Binder y analizar cuáles serán los posibles impactos que tenga esta nueva teoría en la práctica de la justicia penal adversarial latinoamericana.

Un aspecto previo: el derecho penal del conflicto como elemento subyacente en la obra de Binder

Antes de profundizar en la nueva conceptualización de los procesos compositacionales, abandonando la concepción "eficientista" de las salidas alternativas, es importante destinar un primer capítulo al estudio de los fines del proceso y a cómo el conflicto primario aparece en forma

* Director de Estudios y Proyectos del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

subyacente en la obra de Binder. De forma previa, será importante destacar las aproximaciones tradicionales a los objetivos y fines del proceso. De esta forma podremos identificar cómo la instalación del conflicto primario en el centro del funcionamiento de la administración de la justicia penal, supone un paradigma vanguardista.

La clasificación tradicional de los fines del proceso de Damaska

Una de las clasificaciones tradicionales más aceptadas que de forma teórica establece dos grandes objetivos del sistema de justicia, es la realizada por Mirjan Damaska (1984) quien establece dos modelos antagónicos: por un lado, la idea del proceso judicial como un sistema para la resolución de conflictos y, por el otro, la implementación de políticas públicas mediante la aplicación del derecho. Esta clasificación se realiza con vocación teórica y el propio autor advierte que "no existen sistemas de los que se pueda esperar que repitan completamente todas las características del modelo puro" (Damaska, 1984, p. 169).

En primer lugar, Damaska hace referencia al proceso judicial basado en la resolución de conflictos, el que reflejaría los principios y valores de acuerdo con el Estado reactivo o Estado de *laissez-faire*. Se trata de un modelo de Estado en el que se prioriza la gestión de los intereses por parte de los particulares y en donde la intervención del Estado tendría un carácter secundario, ya que sólo interviene cuando los particulares no tienen la capacidad para gestionar sus propios asuntos (Damaska, 1984). Una de las principales características de este modelo de proceso sería el "desplazamiento de la reglamentación" (Damaska, 1984, p. 172). Con ello, el autor se refiere a la posibilidad de que los y las litigantes puedan desviarse de la regulación procesal. En estos casos, el simple incumplimiento de la norma procesal no justificaría la actuación del Estado para remediar esta desviación. En cuanto al papel del juez en la tramitación del caso, su función estará apegada a la observancia de las reglas procesales más allá de analizar el mérito de las alegaciones de cada una de las partes. En palabras textuales de Damaska (1984, p. 176) "el derecho procesal,

tanto el prefabricado por el Estado como el creado *ad-hoc* por los litigantes, adquiere su propia integridad e independencia frente al derecho sustantivo". El papel de los jueces y juezas en la conducción del proceso deberá ser mínimo, ya que no le correspondería a éste velar por una rápida y fluida tramitación del caso sino a las partes en forma acorde a la defensa de sus intereses procesales.

En este tipo de proceso, las partes serán quienes seleccionen los hechos sobre los cuales quieran formular sus alegaciones y que servirán como base para la elaboración de su teoría legal del caso. El juez se apoyará en las partes para "definir asuntos jurídicos y ofrecer teorías jurídicas aplicables" y decidirá el caso "dentro de los límites jurídicos prescritos por las partes" (Damaska, 1984, p.199). En los procesos bajo este modelo, las partes son una fuente de información importante y están sujetas al interrogatorio por su propio abogado/a o por el/la contrario/a. Además, también existen modelos de cooperación forzada basada en el intercambio de información y documentos entre las partes. Los mecanismos de *Discovery* tienen un objetivo principal de favorecer el litigio de buena fe y, en forma acorde con los valores del Estado Reactivo, se fomenta la negociación entre las partes incluso cuando se ha iniciado el procedimiento. El *discovery* permite que las partes puedan analizar la fuerza de sus casos a la luz de la información que se va desvelando por cada una de ellas.

En segundo lugar, nos encontramos con el proceso judicial como un mecanismo para la implementación de políticas, en línea con el llamado Estado activista o Estado de bienestar. En este tipo de Estado, preocupado por implementar un "programa completo de mejora material y moral de los ciudadanos", el Estado tiene la capacidad para abarcar "todas las esferas de la vida social" a partir de la formulación de sus políticas. (Damaska, 1984, p. 141.) Mientras que el modelo de resolución de conflictos se basa en el "desplazamiento de la reglamentación", en este caso las reglas procesales aparecen en una lógica instrumental para la aplicación del derecho sustantivo. De esta forma, este tipo de Estado

activista tiene preocupación en que los resultados del sistema de justicia sean acertados.

Se puede trazar un paralelismo entre ambos modelos de proceso, ya que en los dos casos se establece una flexibilidad y/o sumisión de las formas procesales. La principal diferencia estriba en que mientras en el primer modelo, esto surge del amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, en el segundo modelo tiene que ver con la primacía de los intereses estatales en la vida social. Un elemento de distorsión importante entre ambos modelos lo encontramos al analizar cuál es el papel de las partes en el proceso como implementación de políticas. Las partes son conferidas de una serie de derechos por parte del Estado y éste tiene la potestad de que se hagan cumplir dichos derechos incluso en aquellos casos en que las partes no lo han requerido de forma autónoma. Según el modelo activista, los ciudadanos "no son necesariamente los mejores representantes de sus propios intereses [...] cuando aparecen a la luz de los intereses del Estado".

Una de las características fundamentales para el modelo de justicia como implementación de políticas es que se tiene que garantizar un estándar elevado en la determinación de los hechos. Vista esta importancia de la búsqueda central en el funcionamiento del sistema judicial, la responsabilidad de dicha tarea recaerá en el adjudicador en detrimento de las partes, quienes tendrán un rol auxiliar en todo este proceso. En cuanto a la conducción del proceso, los jueces van a tener no sólo la facultad sino también el deber de inmiscuirse en el caso, ya sea ampliando la argumentación o los medios probatorios. Ello así, pues de ellos se espera que lleguen a una decisión apropiada del conflicto jurídico. Además, cuando el adjudicador conozca dos hipótesis fácticas diferentes, no sólo va a analizar cuál ha sido la mejor alegada sino que también "deberá guiarse por una política de segundo orden del Estado, para buscar la mejor solución bajo condiciones de incertidumbre" lo que pudiera llevarlo a deci-

dir contra la causa mejor alegada si es que de esta forma puede reducir las consecuencias negativas de un error (Damaska, 1984, p. 292).

El derecho penal del conflicto como elemento subyacente en la obra de Binder

Como veremos más adelante, la clasificación tradicional realizada por Damaska nace con una vocación teórica, que no guarda mucha relación con el funcionamiento empírico de los sistemas de justicia, como sobre todo los latinoamericanos, caracterizados por grandes niveles de heterogeneidad. Además, el paradigma de resolución de conflictos expuesto por Damaska es abordado solamente desde la lógica del conflicto secundario (o conflicto con la ley) omitiendo la faz del conflicto primario (o conflicto humano subyacente).

Por otro lado, es importante profundizar en las manifestaciones del conflicto en la obra de Binder, ya que éste no aparece solamente como una manifestación de las finalidades del proceso penal sino en dimensiones más amplias como la asunción de una visión social conflictivista en contraposición al paradigma del orden o la formulación de una política criminal en una sociedad democrática.

El conflicto es un elemento fundamental para entender la obra de Binder y tiene diversas manifestaciones que se aprecian a lo largo de su obra. A continuación identificaremos algunas de las principales expresiones del conflicto.

Paradigma del orden vs. Visión conflictivista de la sociedad

En primer lugar es importante recordar que Binder siempre dirige sus propuestas y reflexiones hacia la sociedad latinoamericana y no en clave abstracta. En ese sentido, es claro al sostener que "es inimaginable una

sociedad sin conflicto" y que por tanto toma como base la visión conflictivista de Dahrendorf (2004), lo que "significa, antes que nada, repudiar una visión de la sociedad fundada en la idea de orden"¹ (Binder, 2011, p. 156).

Esto supone tomar distancia de la tradición inquisitiva como manifestación del derecho penal infraccional que se basa en el paradigma del orden y de la ruptura del mismo. Esto es algo muy delicado, sostiene Binder, ya que las políticas de intervención en conflictos penales, afectan a los aspectos dinámicos de la sociedad y, en muchas ocasiones, son utilizadas para retrasar dinámicas sociales que no pueden ser evitadas (Binder, 2007).

Al respecto resulta imprescindible el análisis histórico hecho por Foucault (1996), el surgimiento del derecho infraccional en la alta Edad Media caracterizado por: a) la usurpación del conflicto a los individuos; b) la aparición del procurador como representante del soberano que desplaza el daño de la víctima por el daño al rey; c) sustitución de la idea de crimen por la idea de infracción entendida ésta como lesión al orden social establecido.

Como mencionábamos al inicio, para Binder la toma de partido por la visión conflictivista de la sociedad, en detrimento del paradigma del

¹ "Durante muchos siglos, la idea de orden ha tenido un fundamento natural. De la propia naturaleza surgían evidentes —para algunos— reglas y principios de ordenamiento de la vida social. Cuando observamos que reglas tales como la esclavitud o la sumisión absoluta de los hijos y las mujeres eran presentadas como propias de ese orden natural, nos escandalizamos, pero seguimos creyendo en la idea de orden. Esa idea tuvo también un fundamento teológico y de los atributos de Dios podrían extraer, según algunos, reglas claras sobre el orden social y político. Cuando observamos que la legitimidad de los reyes, las condiciones de servidumbre y la estructuración jerárquica de la familia (una nueva forma de la esclavitud de hijos y mujeres) surgía clara de esa idea de orden, también nos escandalizamos, pero todavía seguimos creyendo en la idea de orden. Finalmente, ella buscó un fundamento racional; el orden ya no surge de la naturaleza ni de Dios, sino de los principios comunes de toda razón humana, como facultad principal y fundante de la idea de humanidad. Esta formulación —más moderna, más liberal— nos suena admisible, pero cuando observamos que el peor de los colonialismos y su fundamento racista y la continuación de la cultura machista han podido no sólo convivir, sino ser expandidas por esta idea de un orden racional y civilizado, nos escandalizamos por tercera vez pero, aun así, seguimos creyendo en la idea de orden" (Binder, 2011, pp. 157-158).

orden, tiene especial importancia teniendo en cuenta las características de la sociedad latinoamericana:²

Las políticas de gestión de la conflictividad

En su obra *Análisis Político-Criminal*, Binder (2011) instala un nuevo paradigma que supera las visiones tradicionales sobre la política criminal y que avanza en la caracterización de las políticas de gestión de la conflictividad, entendiéndolas como políticas madre que engloban más aspectos que la política criminal en sentido estricto y que podría ser equiparable a otras grandes políticas del Estado como la educativa o de salud.

En ese sentido, Binder, hace mención a la existencia de distintos niveles en los que operan las políticas de gestión de conflictividad, en función del grado de intensidad del conflicto. Un primer nivel serían los mecanismos comunitarios y preventivos de gestión de conflictos, más adelante nos encontramos con algunos modelos de referencia como las reglas de convivencia social, en un siguiente nivel aparecerían los mecanismos institucionales de solución de conflictos como la mediación y la conciliación, en un cuarto nivel operaría la justicia de todas las materias no penales y, finalmente, encontraríamos a la justicia penal, operando cuando todos estos mecanismos previos no hayan funcionado en forma adecuada.

² "Mucho más importante es esta reflexión en el contexto actual latinoamericano y en el desarrollo de las ideas democráticas en nuestra región. En primer lugar, debemos comprender que las condiciones de vida de nuestro continente —el más inequitativo del planeta— hace que sea una fortuna que tengamos sociedades conflictivas, que no aceptan sumisas esas condiciones de vida. Quizás ahora esta frase suene exagerada o demagógica, pero estoy convencido que en unos años veremos esa conflictividad con otra mirada, convencidos de que allí se están gestando nuevos valores de igualdad y solidaridad que serán finalmente asumidos como pilares insoslayables de la sociedad. O acaso, cuando hoy miramos la conflictividad de las primeras décadas del siglo XIX no la asociamos a la asunción —sin duda difícil, dolorosa, esforzada— de valores sobre la libertad y la igualdad que hoy nos parecen insoslayables, entre otros los fundantes de la misma idea democrática. América Latina no tiene otro horizonte que el de una sociedad altamente conflictiva, y eso no nos debe llevar a una mirada ni escéptica ni negativa sobre ese fenómeno. Todo lo contrario. Sin embargo, algo muy distinto es la capacidad que tengan nuestros Estados para manejar esa conflictividad sin caer en el autoritarismo, en la sociedad violenta o en formas de abuso de poder, tanto del mismo Estado o de distintos grupos sociales" (Binder, 2007).

La distinción entre el conflicto primario y el conflicto secundario

Como mencionamos anteriormente, un aporte sustantivo de Binder aparece de la mano de una nueva redefinición de la fisionomía del conflicto tal y como ha sido abordado desde el procesalismo más tradicional. Como vimos anteriormente, Damaska describe un modelo de justicia en que el objetivo es la solución de los conflictos entre particulares pero, en este caso, está haciendo referencia siempre al conflicto secundario, con la ley o formalizado.

Binder (2014) nos insiste en que ese conflicto de segundo orden, esconde siempre un conflicto subyacente, denominado conflicto primario. Éste es el conflicto interpersonal o social, que genera una serie de consecuencias, entre las que en muchas ocasiones se encuentra la infracción a la norma establecida. A continuación, reproduzco una breve descripción en palabras del autor:

Para la otra visión —de raíces inquisitoriales—, el derecho penal es, ante todo, una infracción, una desobediencia. Allí no predomina el conflicto (primario) sino el conflicto secundario. El caso no es que Juan le pegó a Pedro y lo dañó (conflicto base) sino que Juan, en tanto le pegó a Pedro, desobedeció a la ley, a la orden de no dañar (conflicto secundario). Subyacen aquí dos cosmovisiones sobre el poder penal que compiten desde hace más de dos años. [Binder, 2014]

Agotamiento del concepto de salidas alternativas al proceso penal

Como hemos analizado recientemente, uno de los rasgos característicos de los sistemas de justicia penal adversarial en América Latina, ha sido la diversificación de las respuestas judiciales por medio de mecanismos diferentes del proceso de conocimiento (Fuchs, González y Fandiño, 2018).

Los mecanismos más receptados en los códigos procesales penales han sido la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, denominados de forma diversa en los países de la región. En algunos casos, se ha incorporado el procedimiento abreviado dentro de esta clasificación, lo que es un error, ya que el procedimiento abreviado supone una negociación de la pena entre el imputado y el Ministerio Público a cambio de la renuncia al juicio oral y, por tanto, constituye una condena y no una salida alternativa.

Además, la proliferación de las salidas alternativas se ha hecho bajo su consagración como instituciones procesales que permitiesen alcanzar términos o salidas de los casos que son judicializados. En la mayoría de países no ha existido un desarrollo en profundidad de cuáles son las técnicas de resolución de conflictos que emplean los operadores del sistema judicial para alcanzar esos términos: mediación, conciliación, círculos de paz, conferencias ofensor-víctima. Al no existir esta claridad acerca de las técnicas o mecanismos de solución de conflictos disponibles, frecuentemente las salidas alternativas son alcanzadas solamente a través de negociaciones o transacciones entre el fiscal y el imputado o el fiscal y la víctima.

Una gran crítica que han tenido las salidas alternativas al proceso penal es su regulación restringida y burocratizada que se manifiesta en su límite a delitos con una expectativa de pena inferior de determinados toques legales así como la exigencia de formalidades previas como la formalización de la investigación (Rua y González, 2017).

Una segunda crítica es el bajo desempeño que están teniendo las salidas alternativas para la resolución del conflicto primario. Ha proliferado una visión de este tipo de mecanismos como una solución para descongestionar el sistema y, en muchos casos, su uso obedece más a razones de eficiencia que de uso idóneo para la solución de los conflictos. Un ejemplo claro lo encontramos en la evaluación sobre la reforma procesal penal en Chile a diez años de su implementación en todo el país (Fandiño

et al., 2017) donde se demuestra que la suspensión condicional del procedimiento fue utilizada en forma indiscriminada por los operadores del sistema de justicia para cumplir con los sistemas de evaluación de desempeño.

Hay que reconocer también que la idea en sí misma de la alternatividad, no ha permitido que estas instancias hayan sido vistas como herramientas que permitiesen alcanzar una salida de mayor calidad, que permitiese satisfacer de mejor forma los intereses de los intervinientes en el proceso penal. Por el contrario, ha existido una creencia de que estaríamos ante una justicia de segunda clase.

Finalmente, los debates académicos han estado más centrados en los procesos de conocimiento con sus etapas procesales y sus problemas desde el punto de vista probatorio, pero no siempre han tenido la dedicación suficiente para discutir las reglas de las salidas alternativas al proceso penal.

La teoría del proceso compositivo de Alberto Binder

La idea de este apartado es sintetizar los puntos más destacables de la teoría del proceso compositivo en la obra más reciente de Alberto Binder (2019).

Esta propuesta nace con una vocación superadora de las aproximaciones doctrinarias que hasta el momento se habían referido a las salidas alternativas al proceso penal. Hasta el momento, gran parte de las aproximaciones desde el procesalismo latinoamericano a las salidas alternativas se han realizado concibiéndolas como formas anómalas o anormales de terminación de los litigios y no como formas más idóneas de gestionar los conflictos.³

³ Es muy interesante la reflexión que hace Alcalá Zamora (1947) criticando a los máximos exponentes del procesalismo tradicional por su concepción de los mecanismos colaborativos como formas

Por procesos compositivos entenderemos instituciones receptadas en la mayoría de códigos procesales penales latinoamericanos como la suspensión condicional del procedimiento o los acuerdos reparatorios. También entenderemos por procesos compositivos otros métodos de resolución de conflictos como la mediación y conciliación penal y las modalidades de justicia restaurativa.

Destacaremos al menos tres de los elementos principales que constituyen la propuesta de la teoría del proceso compositivo.

a) El sistema de garantías del proceso compositivo

El proceso de conocimiento, que tiene por objetivo la averiguación de los hechos objeto de litigio, con la finalidad de que quede probada la teoría del caso de la acusación o de la defensa, se constituye alrededor de un conjunto de garantías judiciales reguladas convencional, constitucional y procesalmente. Corresponde preguntarse si a los procesos compositivos se les aplicarán las mismas garantías que operan en los procesos de conocimiento.

Existirá un núcleo duro de garantías judiciales que funcionen del mismo modo que en el proceso de conocimiento: como por ejemplo el derecho a un juez imparcial, que va a tener igual vigencia. Habrá otras garantías que no se apliquen de la misma forma, como el derecho a la prueba (elemento básico del derecho a defensa) que no tendría validez en un proceso compositivo que no tiene por objetivo la prueba de hechos. En otros casos va a haber garantías que operen en forma totalmente opuesta. En el caso de la garantía de la publicidad, que rige de manera casi absoluta en los procesos de conocimiento para garantizar la transparencia hacia la comunidad, por el contrario, puede verse afectada en los procesos compositivos que en la mayoría de casos requerirá espacios de confidencialidad para favorecer la gestión adecuada del conflicto.

anómalas de terminar los procesos y no como medios no judiciales de solución de conflictos, concepción esta última que también suscribimos.

Un desafío muy estimulante será profundizar en el estudio del sistema de garantías que rige el funcionamiento del proceso compositivo y analizar cuál será el impacto práctico que tenga en el rol de las autoridades judiciales.

b) La equidad como marco de razonabilidad

Así como la exigencia de la verdad, entendida en una forma respetuosa con el litigio de las partes, opera como un objetivo subyacente en el funcionamiento del proceso de conocimiento, la equidad tendrá un rol muy relevante en cómo opera el proceso compositivo. Binder propone que la equidad permita generar un marco de razonabilidad para el universo de prácticas que supone el proceso compositivo y para que permita articular los intereses de los intervinientes en el proceso penal y que les permita alcanzar acuerdos que sean razonables.

Binder analiza la equidad en clave teórica haciendo referencia a dos autores paradigmáticos. Una primera sería la lógica de *fairness* (Rawls), según la cual, el juez debería garantizar un juego limpio entre los litigantes. Una segunda nos transporta a la idea de equidad como sentido del juego (Bordieu) entendida como apego a las formas como base de la buena fe procesal y el ejercicio ético de la abogacía.

Según Binder, para evitar que equidad como *fairness* sea vista desde una lógica puramente formal, debemos avanzar hacia una comprensión equitativa de los intereses de víctima e imputado/a. Si logramos introducir los intereses y necesidades reales de los intervinientes en el proceso judicial, y evitamos que se privilegien los intereses de los operadores o de las instituciones burocráticas, estaremos en mejores condiciones de garantizar una solución integral del conflicto primario.

Uno de los principales desafíos en el funcionamiento de la equidad como principio rector, tiene que ver con evitar que el proceso compositivo pueda ser utilizado con fines de carácter extorsivo o como una forma

de evitar las exigencias probatorias que características del proceso de conocimiento.

Además, la equidad también va a tener una finalidad de carácter correctivo, ya que nos permitiría evitar una aplicación "excesivamente formal de las normas jurídicas".

c) La proporcionalidad como reguladora de la admisibilidad de las respuestas compositivas

Una de las dudas más frecuentes tiene que ver con la actuación del juez de control de garantías en relación con el análisis del mérito de las respuestas compositivas acordadas entre el Ministerio Público y el imputado.

La proporcionalidad es un principio que aparece en otras dimensiones del proceso penal. La encontramos a la hora de imponer una medida cautelar, pero también aparece dentro de los requisitos de verificabilidad para poder calificar un hecho como merecedor de una pena proporcional. Binder nos dice que una consecuencia directa del principio de proporcionalidad es que debe existir una relación entre el acuerdo de las partes y la posibilidad de que el conflicto sea solucionado en forma integral. Por tanto, el acuerdo y las medidas que serán idóneas se analizarán en tanto tengan una "capacidad pacificadora" y no en tanto satisfagan de forma bilateral los intereses de alguno de los intervinientes. En ese sentido, Binder advierte que los anhelos de las víctimas podrían distorsionar la solución integral del conflicto.

Por otro lado, aparece también la exigencia del medio más benigno, siguiendo a Alexy, característico de la proporcionalidad, y que nos obligará a seleccionar la respuesta menos gravosa hacia al imputado, siempre que cumpla con la gestión integral del conflicto. Finalmente, Binder nos recomienda que la proporcionalidad pueda ser utilizada con razonabilidad y prudencia para evitar que se antepongan prejuicios (machistas o racistas, por ejemplo).

Conclusión.

Impacto en el funcionamiento práctico de la justicia penal adversarial

La nueva teoría del proceso compositivo va a generar un impacto práctico en el universo de prácticas que se producen alrededor de los operadores del sistema de justicia penal.

Ya se ha profundizado bastante acerca del rol más activo que se espera en los jueces y juezas de control de garantías, tratando de promover respuestas compositivas en las etapas previas al juicio oral (Rua y González, 2017).

Ahora bien, es fundamental concretar más hacia dónde se debe dirigir esa mayor proactividad del juez en las etapas previas al juicio. En primer lugar, su capacidad a la hora de promover salidas compositivas entre las partes. En segundo lugar, en promover que el debate acerca de las condiciones y los elementos del acuerdo permita incorporar los intereses y necesidades del imputado/a y la víctima, tratando de ayudar a la solución integral del conflicto. Para ello, deberá garantizar un debate en el que se respete la equidad entre las partes y el juicio limpio. Finalmente, se espera que pueda hacer un control de las condiciones del acuerdo, para garantizar que la solución integral del conflicto opere en forma adecuada utilizando la proporcionalidad como criterio rector.

Por su parte, los litigantes, la fiscalía y la defensa (pública o privada) deberán atender y también velar por los intereses de sus representados, garantizándoles una respuesta que pueda coadyuvar a la solución integral del conflicto y a la reparación del daño causado a la víctima. Es importante que los incentivos institucionales, no distorsionen esta importante tarea que van a tener los operadores del sistema de justicia para alcanzar respuestas compositivas que sean reparadoras y restauradoras del daño producido.

Referencias

- Alcalá-Zamora N. (2000), *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Binder, A. (2018), *Derecho Procesal Penal. Tomo IV. Teoría del Proceso Composicional. Reparación y Pena. Conciliación y Mediación. Suspensión del Proceso a Prueba*, AD-HOC, Buenos Aires.
- _____ (2017), *Tensiones político-criminales en el proceso penal*. Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, realizado en Bogotá del 5 al 6 de septiembre de 2007, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- _____ (2011), *Análisis Político-Criminal. Bases políticas para una política criminal minimalista y democrática*, Astrea, Buenos Aires.
- _____ (2014), *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, en colección: *Conceptos fundamentales del sistema acusatorio*, Alberto Binder y Gonzalo Rua (dirs.), Coordinación Editorial, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, Monterrey, México.
- Damaska, M. (2000), *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso Legal*, Editorial Jurídica de Chile, Chile.
- Darendorf. R. (2004), *El recommienzo de la historia*, Katz, Buenos Aires.
- Fandiño, M., Rua, G., Moreno, L., Fibla, G. (2017), *Evaluación de la reforma procesal penal en Chile. Análisis retrospectivo a más de una década*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile, Santiago de Chile.
- Foucault, M. (1996), *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, Barcelona.

Fuchs, M. C., Fandiño, M., González, L. (2018), *La justicia penal adversarial en América Latina. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Fundación Konrad Adenauer, Santiago de Chile.

Rua, G. y González, L. (2017), "Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio", *Revista Sistemas Judiciales*, CEJA/INECIP, núm. 20.

La justicia restaurativa como contrabalance al giro punitivo en América Latina

Catalina Droppelmann*

Amalia Valdés Riesco**

Introducción

América Latina es la región del mundo donde las personas se sienten menos seguras (GALLUP, 2014). En 13 de 18 países, la delincuencia es la principal preocupación pública (Latinobarómetro, 2015) y las personas se sienten extremadamente vulnerables debido a la falta de confianza en la policía, el Poder Judicial y los niveles excesivos de impunidad. Más del 47 % cree que la policía es corrupta y más de 39 % no confía en el Poder Judicial (Transparencia Internacional, 2017). Mientras que en los países de la OCDE la tasa de impunidad para los homicidios es de 35% (PNUD, 2013), en países como México la impunidad era de 86% (Zepeda G., 2013)¹ y en Brasil de 75% (Beato, 2012). Estos problemas han influido fuerte-

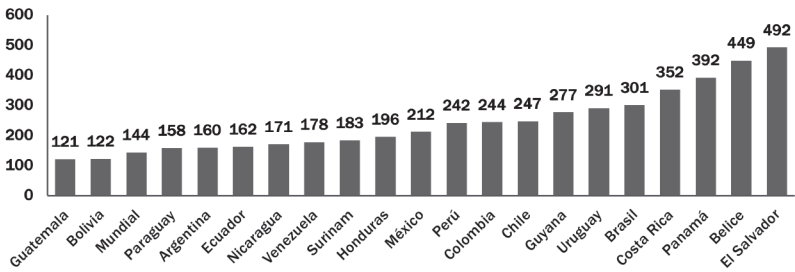
** Directora Ejecutiva del Centro de Estudios Justicia y Sociedad (CJS), Pontificia Universidad Católica de Chile.

*** Investigadora del Centro de Estudios Justicia y Sociedad (CJS), Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ Cifras más recientes han señalado que la tasa de impunidad de homicidio doloso alcanza el 89% en 2018 (Zepeda y Jiménez, 2019).

mente en las demandas de la opinión pública de soluciones punitivas: más de la mitad de los ciudadanos piensan que las mejores soluciones para disminuir el crimen son aumentar la presencia de la fuerza policial en las calles e implementar sanciones más severas (Latinobarómetro, 2010). Lo anterior ha tenido un gran impacto en las tasas de encarcelamiento y en la profundización de los niveles de exclusión social de personas que entran en contacto con el sistema de justicia criminal en la región (Droppelmann y Trajenberg, 2018). La tasa de encarcelamiento en América Central ha aumentado 80% y en América del Sur 145% en los últimos 15 años. Sólo dos países (Guatemala y Bolivia) están por debajo de la tasa de población carcelaria mundial y tres países (El Salvador, Belice y Panamá) se encuentran entre los 20 países con las tasas de población carcelaria más altas del mundo (ICPR, 2016).

Gráfico 1. Tasa de encarcelamiento para países de América Latina



Fuente: ICPR, 2016

Si bien existen diversas maneras de enfrentar lo anterior, es posible argumentar que la justicia restaurativa (JR de ahora en adelante) puede operar como un contrabalance al giro punitivo en América Latina por variadas razones, algunas de las cuales se discuten en la presente participación. La primera razón, dice relación con el hecho de que la JR se constituye como una alternativa al modelo retributivo tradicional, centrado en la disuasión y el castigo como la fórmula primordial para disminuir la delincuencia. La segunda se refiere a la capacidad de la JR de favorecer percepciones de legitimidad y justicia en el proceso penal. Finalmente,

la tercera se refiere al impacto de la JR en el infractor de la ley y en su proceso de reintegración social.

¿Qué es la justicia restaurativa?

Orígenes y definiciones

Los orígenes de la JR, así como su conceptualización y aplicación, es variada y debatida. Algunos autores señalan que sus raíces provienen de las prácticas de resolución de conflictos de sociedades premodernas de justicia indígena,² en las tradiciones de justicia de civilización griega y romana (Braithwaite, 2002). Otros autores sostienen que la primera experiencia contemporánea de JR tuvo lugar en el año 1974 en Canadá, cuando el Mennonite Central Committee introdujo la mediación penal para resolver algunos casos (Mera, 2015). Asimismo, esto se vio reforzado por el movimiento de las víctimas, quienes criticaban su limitado rol en el proceso como un mero objeto testimonial, la poca información entregada durante el proceso judicial y los efectos negativos que les implicaba involucrarse en dicho proceso. Otros nombran a Randy Barnett y Nils Christie como los principales impulsores de la idea de JR moderna en la década de los setenta (Gavrielides, 2007).

Tras estos orígenes, la JR ha ido instalándose en diversos países y ha sido aplicada en variados espacios de resolución de conflictos de distinta naturaleza, lo que ha dificultado contar con una definición única (Mera, 2015; Daly, 2016). De manera general, se concibe a la JR como "un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones

² Al respecto, los estudios suelen citar que el vínculo entre justicia indígena y JR proviene de las prácticas conferenciales utilizadas en Nueva Zelanda (Family Group Conferences (FGC)). Sin embargo, se ha cuestionado que más que un mero reflejo de la justicia indígena, las conferencias brindan formas flexibles de resolver conflictos que puede adecuarse a distintas culturas (Mera, 2015).

para el futuro" (Marshall, 1996). Sin embargo, dicha conceptualización esconde la complejidad y amplitud del término, en el cual se encuentran, a lo menos, tres paradigmas que alimentan su definición y aplicación en los distintos contextos: la tesis civilizatoria, la comunitarista y la moralista (Dignan, 2005).

La primera se fundamenta en su rol "civilizador 'del método bárbaro'" de crimen y castigo de la justicia tradicional actual (Mera, 2015), centrando el foco en el daño de la víctima, en la necesidad de su reparación y reconciliación con el ofensor. La segunda definición comunitarista critica la concepción del sistema judicial tradicional sobre el delito como un acto individual del ofensor en contra del Estado, el cual debe resolverse con una sanción retributiva, excluyendo así los intereses de la víctima, y sobre todo, de la comunidad. Esta tesis se vincula a los trabajos de Nils Christie en los 70 (Mera, 2015). Christie (1988), un gran crítico de la justicia tradicional,³ promovía una "justicia participativa" en donde el Estado devuelva el conflicto a quienes son los principales protagonistas de éste: a la víctima, al victimario y a la comunidad (Christie, 1988).

Por último, la tesis moralista se relaciona con la teoría del *shaming* y de su poder reintegrador, la cual sostiene que la consciencia del acto es más eficaz en controlar el delito que el mismo castigo. Su principal pensador, Braithwaite, critica la estigmatización negativa que usa el sistema penal en contra del acusado, y apela a utilizar un proceso de vergüenza restaurativa, en la cual se busca lograr un sentimiento de vergüenza de manera respetuosa y en frente a las víctimas, lo que facilitaría una reflexión racional sobre la responsabilidad y del daño cometido por parte del ofensor (Braithwaite, 2002).

³ Nils Christie describía al sistema penal como un *sistema del dolor*, tanto para la persona que infringe la ley a quien se le busca imponer una sentencia que infrinja "dolor", como también a la víctima quien es revictimizada durante el proceso judicial. Lo anterior, sería causado por el Estado al apropiarse del conflicto de las partes, marginando a los protagonistas —y particularmente a la víctima—, de la participación, toma de decisión y de su posibilidad de reparación.

Esta variedad de enfoques se ha traducido en una heterogeneidad de programas de JR aplicados en distintos contextos, los que se han puesto en práctica principalmente en justicia penal juvenil, y en particular en países anglosajones de *common law* (Mera, 2015; Gavrielides, 2007; Sherman y Strang, 2007; Mera, 2018), aunque también ha tomado fuerza en los países de la Europa continental (Bolívar y Vanfraechem, 2015) y en otras regiones del mundo (Antivilo, 2017; Zinsstag y Vanfraechem, 2012; Bolívar y Vanfraechem, 2015; Miers, 2001). Dada su creciente importancia en todo el mundo, la ONU ha elaborado un Manual sobre Programas de JR (2006).

En dicha guía, define la JR como "una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad" mientras que el proceso restaurativo es "cualquier proceso en que la víctima y el ofensor, y cuando sea adecuado cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito, participan en conjunto y activamente en la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador" (UNODC, 2006, p. 6). El mismo documento caracteriza distintivamente a los existentes programas de JR, tales como: una respuesta flexible a las circunstancias del delito, el ofensor y la víctima, que permite que cada caso sea considerado individualmente; una respuesta al crimen que respeta la dignidad y la igualdad de cada una de las personas, desarrolla el entendimiento y promueve la armonía social. En el fondo, es un modelo que propone un cambio de paradigma en la justicia, abandonando el modelo represivo y retributivo por uno fundado en la dignidad humana (Mojica, 2005).

Aplicaciones

La JR ha sido utilizada en conflictos penales, civiles, disputas laborales, estudiantiles, comunitarias, entre otros (Mera, 2015). Restringiendo su aplicación en el ámbito penal, uno de los debates cruciales de la JR es cuál

debería ser su vinculación con el sistema de justicia penal actual: ¿debe ser ésta absolutamente independiente del sistema tradicional o complementaria a éste? (Gavrielides, 2007). Quienes apelan a su independencia, buscan evitar la cooptación de las lógicas tradicionales de castigo y la pérdida de los principios restaurativos. Sin embargo, una mirada más implementista comprende que la JR debe coordinarse con el sistema tradicional actual para funcionar en la práctica, además de que así se previene el riesgo del doble castigo (Dignan, 2005). Al respecto, Daly (2016) habla de un *continuum* de justicia convencional, en el cual la JR es un mecanismo que puede implementarse en cualquiera de las distintas fases del proceso penal: previo a un arresto, como una salida temprana, como una sentencia previa de aviso, como parte del proceso judicial realizada en conjunto con profesionales del sistema judicial; como una sentencia alternativa o posterior a la sentencia.

En efecto, la práctica muestra que los sistemas de justicia son más bien mixtos, o se encuentran en este *continuum* de lo convencional a lo restaurativo (Daly, 2016). En algunos casos, los programas son aplicados por el sector público y en otros por organizaciones de la comunidad. En algunos países, la JR funciona de manera sustitutiva o alternativa al castigo penal, mientras que en otros es complementario al sistema tradicional como parte del castigo. Asimismo, hay variaciones en cuanto al grado de formalidad del proceso, en los métodos utilizados, en el nivel de participación de las partes, en los objetivos que buscan, y en el rol de los profesionales de justicia (UNODC, 2006). Por ejemplo, dentro de las principales prácticas y metodologías utilizadas, destacan las siguientes: la Mediación Víctima y Delincuente;⁴ Comunidad y Conferencias Grupales

⁴ También conocido como Mediación Víctima-Ofensor (VOM). Es un proceso restaurativo que usualmente involucra a la víctima y al ofensor en directa mediación con uno o dos mediadores como facilitadores del proceso, y con una preparación previa de entrevistas individuales por parte del mediador (Mera, 2018). Ocasionalmente, el diálogo se desarrolla mediante una tercera persona, esto es, de manera indirecta en caso de que las partes quieran evitar el cara a cara. (UNODC, 2006; Antivilo, 2017). Se reconoce como el modelo más utilizado por los programas de reconciliación, y son de las primeras iniciativas de la JR (UNODC, 2006; Mera, 2015).

Familiares;⁵ Sentencias en círculos;⁶ Círculos promotores de paz; Libertad condicional reparativa, Juntas, y Paneles comunitarios⁷ (UNODC, 2006; Antivilo, 2017).

La justicia restaurativa como contrabalance al giro punitivo

La justicia restaurativa como una alternativa al modelo retributivo tradicional

La JR se ha planteado como un modelo que propone un cambio de paradigma en la justicia, abandonando el modelo represivo y retributivo por uno fundado en la dignidad humana (Mojica, 2005). Este cambio de foco es clave en América Latina, ya que aunque no ha sido sistemáticamente documentado, varios autores han señalado que la importación de medidas altamente punitivas y el amplificado uso del encarcelamiento, han tenido graves consecuencias en la reproducción de la marginalidad y la exclusión social en la región (Basombrío y Dammert, 2013; PNUD, 2013; Muller, 2011). Más aún, amplia investigación (Cullen, Jonson y Nagin, 2011; Bales y Piquero, 2011; Nagin, Cullen y Jonson, 2008) ha demostrado que la cárcel tendría efectos nulos y en algunos casos, criminogénicos en la prevención de la futura comisión de delitos. Es más, los efectos negativos

⁵ Las CGF, conocidas también como conferencias comunitarias o restaurativas, son ampliamente implementados en países anglosajones como Nueva Zelanda, la zona sur de Australia, Sudáfrica, Irlanda, Lesoto y en ciertas ciudades de Estados Unidos (UNODC, 2006; Mera, 2018). Además de reunir a las personas directamente vinculadas con el acto delictual, involucran a las personas y familias que apoyan a las víctimas y ofensores, además de integrantes de la comunidad. Algunas de estas conferencias se basan en guiones, mientras que otras usan una estructura libre (UNODC, 2006; Antivilo, 2017).

⁶ También conocidos como círculos de JR, de reparación del daño o círculos de sentencia. El número y tipo de participantes son similares a los que se reúnen en Conferencias, aunque en ocasiones se amplía el número de miembros de la comunidad, ya sea como partes interesadas o como facilitadores. Este modelo incluye a autoridades judiciales a diferencia de otros procesos (UNODC, 2006; Antivilo, 2017).

⁷ También conocidos como Mesas de Reparación o Paneles Restaurativos. Son programas basados en la comunidad que invitan a la víctima y/o al ofensor a crear un acuerdo apropiado en respuesta al delito. (UNODC, 2006; Antivilo, 2017).

tendrían a aumentar a mayor cantidad de tiempo de reclusión, ya que largas estadias en la cárcel tenderían a incrementar la probabilidad de reincidir (Gendreau, Goggin, Cullen y Andrews, 2000).

Por el contrario, la JR saca el foco del castigo como mecanismo primordial de disuasión para la prevención del delito y lo centra en la reconciliación, en la restauración del daño social, entendiendo como una de las causas del delito al conflicto que existe entre el que delinque y la sociedad en su conjunto (Rodríguez Cely, Padilla Villarraga, Rodríguez y Díaz Colorado, 2010). Considera que el delito no es una ofensa contra el Estado sino es contra de las personas y los vínculos sociales, habiendo una dimensión individual (víctima y acusado) y social (ofensor con comunidad, y ofensor con víctima) (Bolívar y Vanfraechem, 2015).

Esto se contrapone naturalmente a las visiones punitivas donde la conducta delictual es entendida como una acción meramente racional sin alcances estructurales que debe combatirse aumentando el costo de delinquir. Si bien la JR reconoce al individuo que delinque como responsable del daño y no como víctima de la estructura social (a diferencia de los paradigmas críticos), sí reconoce la capacidad del individuo de reparar el daño causado y de recomponer su vínculo social.

Finalmente, más allá de un posible efecto que contrarreste el excesivo uso de la cárcel, el paradigma de la JR favorece el uso de las salidas tempranas en el proceso penal. Si bien, la JR puede aplicarse en todas las etapas del proceso penal, se favorece su uso temprano, fortaleciendo de esta manera y dotando de contenido a figuras como la suspensión condicional del procedimiento, que han sido escasamente explotadas en todo su potencial en América Latina. Estudios longitudinales con población infractora de ley han sido claros en demostrar que, a mayor profundidad en el contacto con el sistema penal, peores son las consecuencias a nivel del desarrollo individual y en cuanto a la reiteración y cronificación de la conducta delictual (McAra y McVie, 2010).

JR y la mejora en percepciones de legitimidad y justicia en el proceso penal

Tal como se mencionó al comienzo de la presente participación en varios países de América Latina el sistema de justicia penal sufre de una notable falta de legitimidad. Los ciudadanos tienden a evaluar los resultados del sistema con una marcada ignorancia de lo que implica el debido proceso y con muy poco conocimiento de los roles que deben cumplir los actores del sistema. De hecho, una encuesta realizada en Chile a población general demostró que sólo un 51,7% de las personas conoce o ha escuchado hablar de la reforma procesal penal, y más impresionante aún, sólo un 20,7% sabe en qué consistió ésta. (Centro UC Encuestas y Estudios Longitudinales, 2016).

Consistente con lo anterior, la JR ofrece una ventana de oportunidad para dotar al proceso penal de un sentido de justicia, de equidad y de legitimidad tanto para quienes participan, como de manera más amplia para la comunidad en general. Estudios han demostrado que para los participantes del sistema, el paso por prácticas derivadas de la JR tiene efectos positivos en la satisfacción y percepciones de justicia procedimental, lo que se vincula a la confianza y legitimidad con las instituciones (Hipple, Gruenewald y McGarrell, 2014; Daly, 2002). Asimismo, la evidencia muestra que tanto víctimas como ofensores encuentran que el proceso restaurativo es más justo, valoran la oportunidad de contar su historia y sienten que se tienen en cuenta sus opiniones, mejorando las percepciones de equidad procesal en los participantes (Antivilo, 2017; Daly, 2006).

El impacto de la JR en el infractor de ley y en su futura reinserción social

Aunque la mayor parte de la evidencia respecto del impacto de la JR se refiere a su efecto en las víctimas, no se debe dejar de lado sus consecuencias en el victimario. El acto de reparación tiene de hecho consecuencias

tremendamente positivas para quienes infringen la ley, las cuales se manifiestan en sus posibilidades de futura reintegración social (Maruna, 2016). Poner el foco en estos aspectos, no implica necesariamente entender a la JR como un instrumento para la reducción del delito (como algunos autores han criticado), sino simplemente relevar el hecho que tanto la JR como la reinserción son ambos procesos sociales que se dan en interacción y cuyas consecuencias no son unilaterales (McNeill, 2017).

Es ampliamente sabido el gran estigma que genera el castigo de la conducta delictual. Éste se manifiesta de diversas formas, tanto simbólicas, como reales, cuyo ejemplo más claro es la marca derivada de cargar con los denominados "antecedentes penales". Este estigma profundiza la separación entre los que delinquen y los que no delinquen, ampliando la distancia social que existe entre los *virtuosos* y los *carentes de virtud*, que no hace más que dificultar el proceso de reintegración social. Por el contrario, la JR permite entender que antes que todo, los infractores y las víctimas son ambos ciudadanos y que la distancia que los separa no es tan evidente como se cree, relevando a través del proceso de reparación y/o de mediación las normas prosociales compartidas entre ambos (Ward, Fox y Garber, 2014).

Otro elemento clave, que favorecería la reintegración de los victimarios, dice relación con el enfoque prospectivo de la JR. Mientras que el enfoque de la disuasión se basa en castigar el daño causado, la JR se enfoca de manera prospectiva en la restauración, relevando el hecho de que el delito no deja un daño irreparable. Además, el acto de reparar es clave para el proceso de abandono de la conducta delictual (conocido en la literatura como desistimiento), en el cual los victimarios son capaces de resignificar su conducta criminal y desarrollar un sentido de identidad prosocial. En este proceso de desistimiento, el reconocimiento del cambio personal es clave, ya que tal como plantea McNeill (2014; 2017) la reintegración se juega en un ámbito individual, judicial, moral y social. Varios de los mecanismos de la JR, como los círculos de paz y la reparación del daño favorecen este proceso de desetiquetaje.

En cuanto a las mediciones de reincidencia, a pesar de que la literatura académica establece que la reincidencia no debiese ser un mecanismo de evaluación de la JR, su relación con los sistemas penales y con la política pública hace que su uso sea igualmente utilizado (Antivilo, 2017). Con estas bases varios estudios han evidenciado que la JR suele presentar un efecto positivo en la reducción de la reincidencia, en adultos y en menores de edad (Wilson, Olagherem y Kimbrell, 2017; Sherman y Strang, 2007; Hipple, Gruenewald y McGarrell, 2014; Latimer, 2005; Bonta, Wallace-Capretta y Rooney, 1998; Braithwaite, 2002), aunque a su vez, señalan que los resultados son variables dependiendo del tipo de ofensa, del tipo de victimario y del tipo de modelo restaurativo aplicado.

Un metaanálisis de evaluaciones de programas restaurativos en Inglaterra y otros países anglosajones (Sherman y Strang, 2007) concluyó, por ejemplo, que en delitos de propiedad y violentos, la reincidencia disminuye en comparación a casos que se resuelven por vías penales, con una excepción.⁸ Asimismo, dicho estudio dio cuenta de que la JR pareciera ser más efectiva en la reducción de la reincidencia en delitos catalogados como más serios que otros, esto es, cuando implica la presencia de víctimas directas.

Asimismo, en el caso de la delincuencia juvenil, existe clara evidencia de los impactos de la JR en el desistimiento del delito, demostrando que jóvenes al pasar por procesos restaurativos innovadores, mejoran sus relaciones familiares y muestran mejores niveles de integración a nivel escolar, laboral y comunitario (Chapman y Murray, 2015) (Bergseth, Cooper y Bouffard, 2012) (Jonas-van Dijk, Zebel, Claessen y Nelen, 2019). En términos globales, se ha establecido que la JR funciona de manera diferente para distintas personas, y que debiese ser considerada como una propuesta de "what works for whom", con consideraciones en cada caso de cuándo utilizarla y cuándo no (Sherman y Strang, 2007, p. 8).

⁸ Este sería un estudio con una muestra baja de participantes, el cual demostró mayores niveles de reincidencia de aborígenes en Australia que participaban en medidas de JR en comparación a otros casos que pasaban a justicia criminal.

Desafíos

A lo largo de la presente participación se reflexionó en torno a los posibles beneficios que la incorporación de un enfoque o de prácticas derivadas de la JR podría tener en América Latina en cuanto a contrarrestar el giro punitivo que ha sufrido la región y en favorecer salidas tempranas en el proceso judicial. No obstante, antes de finalizar se deben tener en cuenta ciertas consideraciones en torno de cierta relación con posibles riesgos derivados de una JR inadecuadamente implementada.

Un riesgo que se ha observado en múltiples jurisdicciones tiene relación con la falta de resguardo de la voluntariedad de las víctimas. Al respecto, Daly (2006) plantea que la víctima podría sentirse presionada para participar o a acceder a un consenso, el cual no necesariamente sea de sus intereses. El incumplimiento del principio de voluntariedad puede darse especialmente cuando la relación con el victimario es relativamente cercana, o de manera frecuente en casos de mediación, donde la víctima puede sentirse presionada a aceptar ciertos resultados, como las disculpas, incluso cuando son sentidas como inapropiadas o insinceras (Daly, 2006). Además, también está el riesgo de agobiar a la víctima y a sus cercanos con numerosas reuniones innecesarias o intimidantes. Asimismo, dada la mayor informalidad y menor lógica de control que representa este sistema en contraste con el sistema judicial tradicional, pueden existir menores cuidados para resguardar la seguridad de la víctima durante o después del proceso restaurativo.

Desde una perspectiva de género, se ha discutido si la JR realmente logra ofrecer protección a las mujeres, a la vez que refuerce su autonomía/empoderamiento y promueva cambios en las normas sociales (Frederick y Lizdas, 2003). En esta línea, existen ciertos delitos que suelen presentar mayores dificultades para el proceso de mediación restaurativo, debido a que existe una gran asimetría de poder histórica e invisible, entre la víctima y el victimario. Esto ocurre en los casos de violencia intrafamiliar o delitos sexuales, en los que se debe brindar la protección necesaria a la víctima y evitar a toda costa la revictimización de la mujer (Sabadell

y Lima Paiva, 2019). Asimismo, se ha criticado el hecho que cuando se considera a la JR como una alternativa al proceso penal en casos de violencia de género, se estaría restando importancia desde el punto de vista político a este tipo de hechos. Otras críticas se refieren a la mediación, como un mecanismo que buscaría salvaguardar la institución familiar sobre las cuestiones de opresión de género. No obstante, algunos autores señalan que la mediación no implica ceder ni pactar, sino más bien es un diálogo donde se busca admitir el hecho y daño causado. (Morris y Gelsthorpe, 2000).

Más allá de una perspectiva de género, se debe señalar la necesidad de resguardar durante prácticas restaurativas otros desbalances de poder y evitar la reproducción de desigualdades culturales, sociales, étnicas y etarias, entre otras. Finalmente, como siempre ocurre en el ámbito penal, al implementar el paradigma de la JR, se debe poner especial cuidado en reducir la brecha entre la "ley en el texto y ley en la práctica" (Gavrielides, 2007) y asegurar una adecuada incorporación y comprensión de este enfoque en todos los actores que componen el sistema judicial.

Referencias

- Álvarez, J. (2014), "Historia de adolescentes egresados de la red de protección del Sename y factores de riesgo de ingresar a la justicia juvenil", *Señales*.
- Antivilo, A. (2017), *Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico. Mediación Penal Juvenil*. Santiago: FACSOS, Universidad de Chile.
- Bales, W. D. y Piquero, A. R. (2011), "Assessing the impact of imprisonment on recidivism", *Journal of Experimental Criminology*, 8(1).
- Basombrío, C. y Dammert, L. (2013), *Seguridad y populismo punitivo en América Latina: lecciones corroboradas, constataciones novedosas y temas emergentes*, Washington D.C.: Woodrow Wilson Center Latin American Program.

Beato, C. (2012), *Crime e Cidades*, Belo Horizonte: UFMG.

Bedregal et al. (2017), *Protección a la Infancia Vulnerada en Chile*, Centro de Políticas Públicas UC.

Bergseth, K., Cooper, M. y Bouffard, J. (2012), "Examining the effectiveness of a restorative justice program for various types of juvenile offenders", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 57, 1054-1075.

Bolívar, D. (2011), "La víctima en la justicia restaurativa. Análisis desde una perspectiva psicosocial", en Olaizola, I. y Francés, P., *Justicia Restaurativa y Mediación*. Navarra: Justicia Restaurativa y Mediación.

Bolívar, D. y Vanfraechem, I. (2015), "Víctimas en Justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales", *Universitas Psychologica*, 14(4), 1437-1458.

Bonta, J., Wallace-Capretta, S. y Rooney, J. (1998), *Restorative Justice: An evaluation of the Restorative Resolutions Project*, Ottawa: Solicitor General Canada.

Braithwaite, J. (2002), "Reconciling Models: Balancing Regulation, Standards and Principles of Restorative Justice Practice", en Mika, H. y McEvoy, K., *International Perspectives on Restorative Justice Conference Report*, Belfast: Queens University.

_____ (2002), *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.

Centro de Políticas Públicas UC. (2017), *Protección a la infancia vulnerada en Chile: la gran deuda pendiente. Propuestas desde la UC*. Chile: Pública, T.D.L.A.

Centro UC Encuestas y Estudios Longitudinales (2016), *Percepción del Servicio de la Defensoría Penal Pública*, Santiago: DPP.

Chapman, T. y Murray, D. (2015), "Restorative Justice, Social Capital and Desistance from Offending", *Revista de Asistencia Social*, 4, 47-60.

Christie, N. (1988), *Limits to Pain*, México D.F., Fondo de Cultura Económica S. A.

Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health *et al.* (2012), "Early Childhood Adversity, Toxic Stress, and the Role of the Pediatrician: Translating Developmental Science Into Lifelong Health", *Pediatrics*.

Consejo Nacional de la Infancia (2018), *Análisis Multivariable de Estudio de Polivictimización en Niños, Niñas y Adolescentes*, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Cullen, F. T., Jonson, C. L. y Nagin, D. S. (2011), "Prisons Do Not Reduce Recidivism The High Cost of Ignoring Science", *The Prison Journal*, 91, 48-65.

Daly, K. (2002), "Restorative Justice. The real story", *Punishment and Society*, 4(1), 55-79.

_____ (2002), "Sexual Assault and Restorative Justice", en Strang, H. y Braithwaite, J., *Restorative justice and Family Violence*, Cambridge: Cambridge University Press.

_____ (2006), "Justice for victims of sexual assault: court or conference?", en Heimer, K. y Kruttschnitt, C., *Gender and Crime: patterns of victimization and offending* (pp. 230-265), Nueva York: New York University press.

_____ (2016), "What is Restorative Justice? Fresh Answers to a Vexed Question", *Victims & Offenders*, 11(1), 9-29.

De Iruarrizaga, F. (2016), "Rediseñando el Sistema de Protección de la Infancia en Chile", *Estudios Públicos*, 141, 7-57.

Dignan, J. (2005), *Understanding Victims and Restorative Justice*, Maidenhead, Inglaterra: Open University Press.

Dozier, M., Zeahna, C. y Bernard, K. (2013), "Infants and Toddlers in Foster Care", *Child Development Perspective*.

Droppelmann, C. y Trajenberg, N. (2018), "Crime and inequalities in Latin America", en Anand, C. F., *The Oxford Handbook of BRICS and Emerging Economies*, Oxford: Oxford University Press (Forthcoming).

Fang, X., Brown, D., Curtis, F y Mercy, J. (2012), "The Economic Burden of Child Maltraetment in The United States and Implications for Prevention", *Child Abuse and Neglect*.

Frederick, L. y Lizdas, K. (2003), *The role of restorative Justice in the Battered Women's Movement*, Battered Women's Justice Project.

GALLUP (2014), *Law and Order Index*.

Gavrielides, T. (2007), *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy*, Helsinki: European Institute for Crime Prevention and Control.

Gendreau, P., Goggin, C., Cullen, F. T. y Andrews, D. A. (2000), "Effects of Community Sanctions and Incarceration on Recidivism", en *Forum on Corrections Research*, 12(2), 10-13.

Guerra, C., Inostroza, R., Villegas, J., Villalobos, L. y Pinto Cortez, C. (2017), "Polivictimización y Sintomatología postraumática: el rol del apoyo social y la autoeficacia", en *Revista de Psicología*.

Gunnar, M., y Quevedo, K. (2007), "The neurobiology of stress and development", *Annual Review of Psychology*.

Hipple, N. K., Gruenewald, J. y McGarrell, E. F. (2014), "Restorativeness, Procedural Justice, and Defiance as Predictors of Reoffending of Participants in Family Group Conferences", *Crime & Delinquency*, 60(8), 1131–1157.

Hudson, B. (2002), "Restorative Justice and Gendered Violence", *British Journal of Criminology*, 42, 616-634.

ICPR (2016), *World Prison Brief*, London: Institute for Crime & Justice Policy Research.

Instituto Nacional de Estadísticas (2016), *Carabineros de Chile Informe Anual 2016*.

Jonas-van Dijk, J., Zebel, S., Claessen, J. y Nelen, H. (2019), "Victim-Offender Mediation and Reduced Reoffending: Gauging the Self-Selection Bias", *Crime & Delinquency*.

Latimer, J. D. (2005), "The effectiveness of restorative justice practices: A meta-analysis", *The Prison Journal*, 85, 127-144.

Latinobarómetro (2010), *Informe 2010*, Santiago: Corporación Latino-barómetro.

_____ (2015), *Informe 1995-2015*, Santiago: Corporación Latino-barómetro.

- Maldonado Fuentes, F. (2014), "Estado y perspectivas de la reforma proyectada en Chile sobre el sistema de protección de menores de edad", *Ius et Praxis*, 20(2), 209-233.
- Marshall, T. (1996), "The Evolution of Restorative Justice in Britain", *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4(21).
- Martínez, V. (2010), *Resumen Ejecutivo: Caracterización del Perfil de Niños, Niñas y Adolescentes, Atendidos por los Centros Residenciales de SENAME*, Santiago, Chile: UNICEF, SENAME.
- Maruna, S. (2016), "Desistance and restorative justice: it's now or never", *Restorative Justice*, 4(3), 289-301.
- McAra, L. y McVie, S. (2010), "Youth crime and justice: Key messages from the Edinburgh Study of Youth Transitions and Crime", *Criminology and Criminal Justice*, 10(2), 179-209.
- McNeill, F. (2014), "Punishment as rehabilitation", en Bruinsma, G., *Encyclopedia Criminology and Criminal Justice* (pp. 4195-4206). New York: Springer.
- _____ (2017), "Las Consecuencias Colaterales del Riesgo", *Revista para el análisis del Derecho*, 1-19.
- Mera, A. (2015), "Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades", *Ius Et Praxis*, 2, 165-195.
- _____ (2018), *Los derechos de los niños, una orientación y un límite, No. 5: Reforma a la justicia penal adolescente: ¿Por qué no dar un giro hacia la justicia restaurativa?*, Santiago: UNICEF.
- Miers, D. (2001), "An International Review of Restorative Justice (Una revisión internacional de justicia restaurativa)", *Crime Reduction Research Series Paper 10*.

- Mika, H., Achilles, M., Halbert, E., Stutzman, L. y Zehr, H. (2004), "Listening to victims. A critique of restorative justice policy and practices in the United States", *Federal Probation*, 68(1), 32-38.
- Ministerio de Desarrollo Social y Consejo Nacional de la Infancia (2018), *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*, Gobierno de Chile.
- Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2016), *Delitos de Violencia Intrafamiliar serie 2001-2016*.
- Mojica, C. A. (2005), "Justicia Restaurativa", *Opción Jurídica*, 4(7), 33-4.
- Morlachetti, A. (2013), *Sistemas Nacionales de Protección Integral de la Infancia*, Naciones Unidas.
- Morris, A. y Gelsthorpe, L. (2000), "Re-visioning Men's Violence Against Female Partners", *The Howard Journal*, 39(4), 412-428.
- Muller, M. M. (2011), "The rise of the penal state in Latin America", *Contemporary Justice Review*, 1-20.
- Nagin, D. S., Cullen, F. T. y Jonson, C. L. (2008), "Imprisonment and Reoffending", *Crime and Justice*, 38(1), 115-200.
- Osorio, X. y Campos, H. (2003), "Justicia Restaurativa y Mediación Penal en Chile", *Revista de Derecho*, 10, 141-160.
- Paz Ciudadana y Fundación San Carlos de Maipo (2016), *Estudio sobre los niveles de exclusión social en personas privadas de libertad*.
- PNUD (2013), *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con Rostro Humano: Diagnóstico y propuesta para América Latina*, Nueva York: PNUD.

- Rodríguez Cely, L. A., Padilla Villarraga, A., Rodríguez, L. S. y Díaz Colorado, F. (2010), "Análisis de la justicia restaurativa para atender casos de violencia intrafamiliar en el Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Intrafamiliar (CAVIF) de la Fiscalía General de la Nación", *Colombia Diversitas: Perspectivas en Psicología*, 6(2), 355-373.
- Romero, G., José, C. y Armenta, F. (2005), *Las consecuencias del maltrato infantil: un estudio con madres mexicanas*.
- Sabadell, A. L. y Lima Paiva, L. D. (2019), "Diálogos entre feminismo e criminología crítica na violência doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 153, 173-206.
- Sename (2018), *Anuario Estadístico 2017*, Chile: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Sherman, J. y Strang, H. (2007), *Restorative Justice: The Evidence*, The Smith Institute.
- Sherman, L. (1993), "Defiance, Deterrence and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction", *Journal of Research in Crime & Delinquency*, 30, 445-473.
- _____ (2002), "Reason For Emotion: Reinventing Justice with Theories, Innovations and Research", *American Society of Criminology*, 41, 1-38.
- Sherman, L., Strang, H., Barnes, G., Braithwaite, J., Inkpen, N. y Teh, M. M. (1998), *Experiments in Restorative Policing: A progress report on the Canberra Reintegrative Shaming Experiments (RISE)*, Canberra: Australian Federal Police and Australian National University.

Strang, H. (2002), *Repair or Revenge: Victims and Restorative Justice*, Oxford: Oxford University Press.

Subsecretaría de Prevención del Delito (2017), *Primera Encuesta Nacional de Polivictimización*.

The Effectiveness of Correctional Rehabilitation: A Review of Systematic Reviews (2007), *Annual Review of Law and Social Science*, 3, 297-320.

Transparencia Internacional (2017), *People and Corruption: Latin America and the Caribbean*, Transparencia Internacional.

UNODC (2006), *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, Viena: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Ward, T., Fox, K. J. y Garber, M. (2014), "Restorative justice, offender rehabilitation and desistance", *Restorative Justice*, 2(1), 24-42.

Wemmers, J. y Van Camp, T. (2011), *The offer of restorative justice to victims of violent crimes: Should it be protective or proactive?*, Montréal: CiCC, Université de Montréal.

Wilson, D., Olagherem, A. y Kimbrell, C. (2017), *Effectiveness of Restorative Justice Principles in Juvenile Justice: A Meta-Analysis*, Virginia: George Mason University.

Zaragoza, J. y Pérez, J. B. (2011), "Justicia Restaurativa: del Castigo a la Reparación", en Campos, F., Cienfuegos, D., Rodríguez, L. G. y Zaragoza, J., *Entre libertad y castigo: Dilemas del Estado Contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz* (pp. 639-654). México D.F., UNAM.

Zepeda, G. (2013), *Seguridad y Justicia en los Estados: 25 indicadores de nuestra debilidad institucional*, México Evalúa.

Zepeda, G. R. y Jiménez, P. G. (2019), *Impunidad en homicidio doloso en México: reporte 2019*, Impunidad Cero.

Zinsstag, E. y Vanfraechem, I. (2012), *Conferencing and restorative justice. International practices and perspectives*, Oxford, Oxford University Press.

Procesos compositivos y justicia restaurativa en el sistema de justicia penal acusatorio

Ariadna Osorio García*

Introducción

En el marco de este encuentro, me parece de gran relevancia que los procesos compositivos, pero sobre todo la justicia restaurativa, sean considerados en este diálogo como un derecho humano de acceso a la justicia y debido proceso en el sistema de justicia penal. Más adelante haré algunas precisiones sobre los procesos compositivos y la justicia restaurativa que con frecuencia suelen confundirse en el contexto del derecho penal mexicano.

De acuerdo con lo que señala la Real Academia Española (RAE, 2019) los derechos humanos son la facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o autoridad establece a favor de una persona. Señala nuestra Constitución en el párrafo tercero del artículo 1o., que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover,

* Miembro del Instituto Internacional de Justicia Restaurativa y Derecho (IIDEIURE).

respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El acceso a (*sic*) justicia es un derecho fundamental que debe garantizarse en una sociedad democrática, participativa e igualitaria. Es el derecho que tienen todos los individuos a utilizar las herramientas y mecanismos legales para que se reconozcan y protejan sus demás derechos. En la práctica, el acceso a justicia se refiere a que debe garantizarse la igualdad de condiciones para que las personas puedan acudir a los tribunales y solicitar las protecciones y remedios correspondientes de manera efectiva. El acceso a justicia garantiza que las personas puedan acudir ante los tribunales a reclamar que se protejan sus derechos, sin distinción de su estatus económico, social, político, migratorio, racial, étnico o de su filiación religiosa, identidad de género u orientación sexual. El acceso, para que sea real, debe ser amplio y libre de discriminación. El acceso a justicia es el principio fundamental de todo sistema jurídico y se representa a través de que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos, y que sus conflictos sean solucionados adecuada y oportunamente (Giombi, 2019, p. 5).

Es importante comprender que, a la luz de varias reflexiones, los procesos compositivos forman parte del derecho humano de acceso a la justicia. Según Carretero (2017) este derecho es fundamental para los ciudadanos y en el que por muchos años el Estado ha respondido a las exigencias de justicia, tradicionalmente con un procedimiento judicial, que en muchos casos ha sido insuficiente y poco efectivo para salvaguardar los derechos de los ciudadanos, tiene que verse el derecho de acceso a la justicia de manera amplia y no pensar que solamente la solución deberá darse mediante el proceso judicial, éste será la *ultima ratio*, sin embargo, pueden existir nuevas vías, que ofrezcan una mayor protección o mejores soluciones.

Los mismos tribunales mexicanos, se han pronunciado a favor de considerar a los mecanismos alternativos como un derecho humano de acceso a la justicia, tal es el caso de la siguiente tesis:

ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO.

Los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que será encomendada a tribunales que estarán expeditos para impartir justicia, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; en ese sentido, la Constitución Federal en el citado artículo 17, cuarto párrafo, va más allá y además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley. Ahora bien, en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más. Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición). En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias "son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita ..., permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo"; ante tal contexto nor-

mativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano.¹

Egla Cornelio (2014) afirma que la aparición de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias ha sido producto de una evolución en el concepto de justicia y que las exigencias sociales han provocado que las instituciones públicas implementen mecanismos a través de procedimientos alternativos al proceso penal o previos al mismo, que sean útiles y eficaces, que permitan soluciones por consenso, que además promuevan la participación activa de la personas involucradas, para la creación de soluciones que contribuyan a la construcción de la paz social.

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé el derecho fundamental de acceso a la justicia como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, para que se le imparta justicia por tribunales expeditos, dentro de los plazos y términos previstos por las leyes, bajo principios de prontitud, justicia completa, imparcial y gratuita.

Es importante establecer que por decreto de fecha 15 de septiembre de 2017, se adicionó un párrafo tercero al artículo 17 constitucional, el cual establece: "[...] Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales [...]".

¹ Tesis III.2o.C.6 K (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXV, octubre de 2013, pág. 1723, registro digital: 2004630.

Para quedar lo relativo a los mecanismos en el párrafo quinto del mismo precepto, señalando a la letra lo siguiente: [...] "Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial [...]"

Según Carretero (2017) el actual desarrollo y fortalecimiento de los sistemas alternativos no ha de obedecer sólo a razones coyunturales, con el fin de evitar cargas excesivas de trabajo a los tribunales y dilaciones en la tramitación de los procedimientos, por ejemplo, sino que existen razones de otro tipo como el cambio de cultura sobre la solución y el tratamiento de los conflictos al margen de los procesos judiciales y una demanda social de justicia que no puede satisfacer únicamente el proceso judicial. Se plantea por tanto la necesidad de redefinir la idea de justicia y de ésta como servicio público para el ciudadano a quien habrá de facilitársele el acceso al procedimiento más efectivo, proporcionarle una mejor tutela con un menor costo diversificando las formas de resolución de conflictos, desjudicializando el sistema en la medida de lo posible e instaurando la cultura del diálogo frente a la cultura del litigio (p. 44).

A partir de 2008, con la reforma al sistema de justicia penal, cada uno de los Estados de la República y en ese entonces, el Distrito Federal, comenzaron a implementar, en el ámbito de sus competencias, las reformas establecidas en la Constitución. Para esta implementación se estableció en los artículos transitorios un plazo no mayor de ocho años a partir de su publicación para su incorporación, al entonces, nuevo sistema de justicia penal.

La federación, así como cada entidad federativa, establecieron sus procesos de entrada en vigor del sistema de justicia penal acusatorio y cada uno de ellos fue incorporando a su sistema estas importantes reformas, ya fuera por delito o por región.² Así algunos antes, otros después, se

² Aguilar, Ana Dulce, *La justicia penal adversarial en América Latina, hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*, CEJA-JSCA, Chile, 2018, pp. 344 y 345.

fueron incorporando al sistema y con ellos también se dio la incorporación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, (en adelante MASC), en las diferentes entidades.

De inicio cada entidad federativa contaba con su legislación local, aplicable al caso de MASC en materia penal, sin embargo, por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 8 de octubre de 2013, se modifica el artículo 73, fracción XXI constitucional, y se le otorga facultad al Congreso para expedir la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución penal, otorgando como plazo para la expedición de dicha legislación el 18 de junio de 2016.

El Congreso, no agotó el plazo establecido en el decreto y el 29 de diciembre de 2014, se expidió la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, misma que hoy se encuentra vigente, sin que hasta el momento se haya realizado alguna reforma.

Es así como, después de algunos años de trabajo en cada entidad federativa y la misma Federación, cada una en el ámbito de sus competencias, han realizado esfuerzos para la implementación de los MASC, no obstante, un tema al cual debemos prestar la debida atención son las estadísticas, el reporte Hallazgos 2018, realizado por México Evalúa, proporciona cifras alarmantes, en general respecto de la implementación del sistema de justicia penal, sin embargo, sólo haré mención al tema específico de los MASC en sede ministerial y judicial.

A pesar de que por mandato constitucional, es obligación de las autoridades privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, seguimos considerando el tema de los MASC como una cuestión menor y de poca relevancia y basta con ver las cifras que arroja el reporte señalado, en donde podemos apreciar que los procedimientos derivados a justicia alternativa en sede ministerial (es decir, sobre los

cuales procede algún mecanismo alternativo) no superan en el plano nacional el 6.1%, y ni hablar de sede judicial, que señala el promedio de causas penales que fueron derivadas a MASC o a justicia alternativa: fue de 4.2%, lo que nos indica, que aún nos falta mucho camino por recorrer, que necesitamos voltear a ver a este tipo de procedimientos, entender y sobre todo percibir de manera cercana sus beneficios, que entre otros, son mecanismos mucho más eficaces y satisfactorios para la ciudadanía para concluir una investigación, sino porque ofrece una manera distinta al juicio para resolver una cuestión penal y en algunos casos contribuir al restablecimiento y mejora del tejido social.

Otro dato que me parece importante destacar del citado instrumento de evaluación es el uso que hacen los facilitadores de los mecanismos, es decir, qué mecanismos se están aplicando en todo el país, podemos concluir de los resultados en el ámbito nacional en sede ministerial, la mediación se usa en casi 80%, seguido de la conciliación con un porcentaje de aproximadamente 12% y en último lugar la junta restaurativa con aproximadamente 8% (México Evalúa, 2018).

No están muy lejos de lo que ocurre en sede judicial, ya que el resultado refleja el tipo de conclusión del proceso, en la que a nivel nacional los acuerdos reparatorios tienen un porcentaje de aproximadamente 7% y la suspensión condicional del proceso no excede del 26%, y si agregamos a estos resultados, que tanto en sede ministerial como judicial, los operadores del sistema, en muchas ocasiones consideran que no es necesario que las personas participen en un mecanismo alternativo para llegar a un acuerdo o a una suspensión condicional y en la realidad, eso está sucediendo, las personas llegan a alguna solución alterna sin participar en un mecanismo.

Por ello, me parece de suma importancia hablar de los procesos compositivos que en México son llamados MASC, regulados en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, ya que, a 11 años de la reforma, aún falta mucho por hacer al respecto.

Es importante ahora promoverlos, que las personas los conozcan, pero no sólo eso, sino que los mismos operadores los apliquen correctamente. En el camino recorrido, he podido ver que por un lado, no tenemos una cultura de la resolución de conflictos por medio del diálogo; por otro lado, los ciudadanos desconocen y tienen muy poco acercamiento a este tipo de procesos, hace falta una mayor difusión de los mismos, además, los servidores públicos encargados de promoverlos requieren una mayor capacitación y quienes los aplican, las personas facilitadoras, requieren capacitación, además de acompañamiento y monitoreo, para una aplicación efectiva. Seguimos creyendo que un sistema punitivo nos dará resultado, cuando de acuerdo con la experiencia hemos constatado que no es así.

Ahora analizaremos los mecanismos alternativos vigentes en nuestra legislación y con una mención aparte la justicia restaurativa.

Procesos compositivos

Se entiende por composición procesal una forma diferente al juicio de terminar el proceso. Hasta antes de la reforma al sistema de justicia penal de 2008, no se conocían estas formas de concluir el proceso, sin que deriven en una sentencia, a ellas les llamamos soluciones alternas (acuerdo reparatorio y suspensión condicional del proceso), pero para llegar a ellas en el marco normativo penal encontramos las figuras de autocomposición directa, en el cual las partes llegan bilateralmente a un acuerdo, en el que permiten que un tercero intervenga para contribuir a la disolución del conflicto (Alvarado, 2016).

A estas figuras autocompositivas en México, se les denomina Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, en adelante LNMASC; a lo largo de este trabajo hablaré de ellas, de sus características particulares, y ofreceré algunos ejemplos de aplicación. Como ya lo había mencionado con anterioridad, se encuentran reguladas en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

Es importante hacer una distinción, en razón de las figuras de las cuales haremos el análisis, por un lado, tenemos la mediación y la conciliación, las cuales distinguiremos como mecanismos alternativos de solución de conflictos, y en un segundo apartado, hablaré de manera independiente del proceso restaurativo, denominado por nuestra legislación como Junta Restaurativa y explicaré cuál es su naturaleza y sus características específicas.

A la fecha en nuestro país, se tiene entendido que los tres mecanismos que nos señala la LNMASC, son parecidos y que sólo se distinguen por pequeñas diferencias y en la actualidad, las personas facilitadoras certificadas, aún no logran hacer una distinción clara entre uno y otro y, por el contrario, los aplican indiscriminadamente, prueba de ello son las estadísticas mencionadas párrafos más arriba, en donde predomina como forma de resolución la mediación, seguida de la conciliación y en un porcentaje muy pequeño la junta restaurativa, esto resulta grave, pues recordemos que al aplicarlos los usuarios directos son personas, víctimas u ofendidos de un delito, los imputados y en algunos de los casos, incluso la comunidad, ello puede llevarlos a sentir que no se les está brindando la atención adecuada, lo cual resultaría en insatisfacción del servicio que brindan las instituciones (fiscalías y tribunales) y desconfianza, nuevamente, en nuestro sistema de justicia penal. En primer término me referiré a la mediación.

Mediación

La palabra mediación, en su definición gramatical, proviene del latín *mediato-onis* significa acción o efecto de mediar, el significado de la palabra mediar (del latín *Mediaré*) interceder o rogar por alguien. Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad (Cornelio, 2014).

La mediación es un proceso de resolución y gestión de conflicto, en donde las partes asisten voluntariamente y con la ayuda de un tercero

profesional construyen acuerdos, tomando decisiones de manera natural sobre el tema motivador del conflicto. Adriana Schiffrin (citada en Cornelio, 2014).

Nuestra legislación no es muy distinta, establece el concepto de mediación en el artículo 21 de la LNMASC, el cual señala: "Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta. El Facilitador durante la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los Intervinientes."

Sin embargo, me parece importante establecer que además de esta definición, en la práctica se cuentan con mayores elementos para determinar que un asunto que ha iniciado por la vía penal a través de una carpeta de investigación, pueda ser susceptible a la aplicación de un proceso de mediación; para ello, me gustaría contribuir con un ejemplo, con la finalidad de poder identificar claramente e ir señalando los criterios que son considerados para que la persona facilitadora elija dicho mecanismo.

Se presenta "Pablo" a la fiscalía de su entidad, manifestando que sufrió un daño a la propiedad de su vehículo, el cual, fue realizado por su vecino "Francisco", el personal que lo recibe y mientras está iniciando el trámite de inicio, llega a la Fiscalía "Francisco", quien también desea iniciar una carpeta de investigación por amenazas, ya que manifiesta que su vecino lo agredió y amenazó con traer a su familia y golpearlo. Finalmente, después del trámite de inicio que realiza la Fiscalía e inicio de su carpeta de investigación, les hace saber que existen los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y que es un derecho que pueden hacer valer. Ambas personas deciden que acudirán ante el Órgano Especializado de Mecanismos Alternativos, con la finalidad de llegar a una solución más rápida y sin tanto desgaste físico y emocional. Refiere

Pablo que ya tienen varios años en constante conflicto con su vecino y que él quisiera poder solucionarlo de la mejor forma.³

¿Cuáles serán los criterios que un facilitador deberá considerar para elegir la mediación como mecanismo idóneo?

1. Debe verificar que existan condiciones de igualdad entre las partes, ya que la mediación es una "mesa pareja" (Maltos, 2018) en donde las personas que participan, deberán estar en igualdad para colaborar y construir las soluciones. Es importante que la persona facilitadora verifique que los daños causados sean en la misma o similar proporción. En el ejemplo que menciono, tanto Pablo, como Francisco son vecinos, en igualdad de condiciones.
2. Debe existir co-construcción del conflicto, esto quiere decir que ambas personas contribuyeron a construir este conflicto y que el mismo escalara hasta la violencia, con eso, se debe entender que tanto "Pablo" como "Francisco", de alguna forma tienen una responsabilidad compartida del resultado y de encontrarse ahora ante la Fiscalía.
3. En este tipo de casos es importante verificar como se encuentran las personas en el tema de las emociones, en mediación se trabaja de manera importante con las emociones altas, ya que por lo regular esto sucede con personas con las que se tiene relación, o bien posiblemente el conflicto se venía acumulando ya de algún tiempo. Esto sucedía en el caso de Pablo y Francisco, quienes eran vecinos y no era la primera vez que tenían conflictos, más bien, se habían dado una serie de conflictos que detonaron en su llegada a una fiscalía y esto puede tenerlos con las emociones en niveles altos.
4. Existe una relación entre las personas, si bien no de amistad, son personas que continuarán viéndose la mayor parte del tiempo.

³ Debe acotarse que el ejemplo se adecuará a los tipos penales de cada entidad federativa, y lo que establece su código penal vigente, revisando la procedencia de las Soluciones Alternas contenidas en el CNPP.

Este caso reúne este requisito, ya que son vecinos y que seguramente tendrán que cruzarse en algunas ocasiones, por lo tanto, la persona facilitadora deberá trabajar en ¿cómo será su relación a futuro, cuando se encuentren?, ¿cuáles serán sus reglas de convivencia?, por ejemplo.

5. En estos procesos, los compromisos y la reparación son recíprocos, es decir, parte de que ambas personas se causaron daño y ambas generan compromisos para la solución del conflicto. La reparación del daño va más allá de una cuestión meramente económica, pues en ocasiones, las personas no están buscando que la reparación se traduzca en un pago, ya que muy probablemente, ello no resuelve el conflicto, por el contrario, a veces tiene que ver con temas de respeto, seguridad, tranquilidad, reconocimiento, entre otras.

Es importante considerar que al elegir este mecanismo, la persona facilitadora será un puente de comunicación entre quienes presentan el conflicto y a partir de las habilidades y herramientas con que cuenta, buscará lograr el entendimiento entre las personas involucradas y promoverá su participación activa para la generación de opciones de solución. Es importante considerar que el facilitador en la mediación no hace propuestas de solución, por lo que las personas serán las encargadas de construir sus soluciones, buscando que sean duraderas, que eviten la repetición de las conductas y que fomenten la cultura del diálogo para la resolución pacífica de los conflictos.

La mediación en el sistema de justicia penal mexicano, es un mecanismo de resolución de conflictos entre dos o más personas, quienes se encuentran en igualdad de condiciones y con las herramientas de comunicación de la persona facilitadora, logran establecer el canal para resolver su conflicto, muy distinto a como es concebida la mediación penal en otros países.

Conciliación

Veamos su definición, proviene del latín *conciliatio-onis*, que significa acción o efector de conciliar; en lo que corresponde al área de derecho es el acuerdo de los litigantes para evitar un pleito o desistir del ya iniciado (RAE, 2019).

Señala Vado Grajales⁴ que la conciliación es un procedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre las personas enfrentadas para delimitar y solucionar el conflicto, y que además formula propuestas de solución.

Nuestra legislación, establece el concepto de conciliación en el artículo 25 de la LNMASC, el cual señala:

Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados.

Además de propiciar la comunicación entre los Intervinientes, el Facilitador podrá, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas de solución diversas.

Este mecanismo de solución de conflictos en materia penal ha sido señalado como un proceso similar a la mediación, incluso, utilizado por algunas personas como una opción cuando derivado de una mediación, las personas no logran encontrar acuerdo, la persona facilitadora elabora propuestas de solución. Las personas facilitadoras los usan indistintamente y consideran en muchas de las ocasiones que la característica que los distingue, es la posibilidad del tercero imparcial de realizar propuestas, situación que está lejos de las diferencias entre ambos mecanismos.

⁴ Vado, Grajales. L.O., medios alternos de solución de conflictos, en: «<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>»

Siguiendo la misma línea y para establecer claramente los criterios para elegir la conciliación en materia penal como mecanismo idóneo, vamos a establecer un caso en el que pudiera ser aplicada.

Ejemplo: Mariana llegó a un centro comercial, estacionó su vehículo y fue a comprar algunos víveres, después de hacer algunas actividades, iba caminando de regreso hacia donde dejó su vehículo estacionado y pudo ver que otro vehículo le impactó en la parte trasera de su vehículo, causando un daño, en el momento se enojó y corrió hacia donde estaba la persona que manejaba el vehículo que impactó al suyo y se encuentra a un joven de nombre José Luis, al cual se veía visiblemente asustado por lo que había sucedido, le dice que por qué no se fija y el chico le dice, disculpe, no alcancé a ver su vehículo. En ese momento acuden ante la Fiscalía para el inicio de la carpeta de investigación; durante el trámite le hacen saber a Mariana que pudieran si así lo desean, acudir al Órgano Especializado de Mecanismos Alternativos para llegar a una solución mucho más rápida y que se adecue a sus necesidades. A Mariana lo que le interesa es que José Luis le pague el daño que ocasionó a su vehículo, y terminar lo antes posible este asunto, ya que tiene varias actividades que realizar y le interesa terminar lo antes posible, por otro lado, José Luis también está interesado, ya que esta situación puede provocarle mayores problemas en su trabajo. Por todo esto, que deciden acudir a los MASC.

¿Cuáles serán los criterios que una persona facilitadora deberá considerar para elegir la conciliación como mecanismo idóneo?

- 1) Un primer criterio es establecer que no existió co-construcción, en el caso expuesto, la situación no es algo que ambos hayan creado, es decir, Mariana no hizo nada para que José Luis le dañara su vehículo, si no percibimos la co-construcción, posiblemente la conciliación pueda ser el mecanismo adecuado, aunque debemos tener en cuenta otros criterios.

- 2) Se debe verificar que existan condiciones de igualdad entre las partes, ya que la conciliación es un mecanismo en el cual las personas no han sido afectadas gravemente, por ello están dispuestas a solucionar la controversia, sin que se requiera una gran preparación de las personas antes de un encuentro. En el ejemplo José Luis no tuvo la intención de dañar a Mariana, se trató de un descuido por su parte y Mariana desea que el daño a su vehículo le sea reparado, pero no le causó una gran afectación, sobre todo emocional, por lo que están dispuestos a dialogar y llegar a un acuerdo que los beneficie a ambos.
- 3) Se debe verificar que las emociones de las personas involucradas sean bajas, es decir, en el caso concreto, a pesar de que Mariana se enojó en el momento de ver cómo le pegaban a su vehículo, después al ver al joven que estaba asustado, su enojo bajó, y difícilmente las emociones irán en ascenso y mucho menos perdurarán en el tiempo.
- 4) En razón de la relación entre las personas involucradas, ésta no existe, es decir, un criterio para trabajar en conciliación, es que las personas no tengan una relación o interacción constante, sino, por el contrario, son personas que ocasionalmente tuvieron un encuentro y que no volverán a verse, por tanto, no será necesario que la persona facilitadora trabaje en la relación y la convivencia entre las personas. En el ejemplo, Mariana no conoce a José Luis y no volverá a verlo, por lo que la persona facilitadora no hace un trabajo profundo en las emociones de las personas que intervienen.
- 5) Como otro criterio importante, encontramos que, en este tipo de asuntos, la reparación del daño se centra en un tema completamente económico, es decir, la persona facilitadora debe identificar si lo único que las personas necesitan es el pago. En este caso que se pone como ejemplo Mariana requiere que José Luis le pague la reparación de su vehículo y, por otro, lado José Luis está dispuesto a pagar esa reparación.

Como podemos ver, la conciliación y la mediación, si bien, los dos son mecanismos de solución de conflictos, son incluso contrarios, por lo que

la persona facilitadora, al elegir alguno de ellos, no podría, como se hace en la práctica cambiar de uno de forma indiscriminada, sino por el contrario, pudiera suceder que las circunstancias iniciales para determinar el criterio cambien y derivado de ello, el mecanismo deba ser uno distinto al que se eligió de origen.

Justicia Restaurativa

Un tema que también ha adquirido una gran importancia y merece mención aparte es la Justicia Restaurativa, en este trabajo intentaré establecer ¿qué es? y ¿cómo se aplica en el ámbito de los mecanismos alternativos? En algunos espacios se ha confundido con la mediación, he escuchado que la usan como sinónimo y esto es completamente erróneo.

La Justicia Restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes (UNODC, 2016). Esta definición me parece la más sencilla, pero a la vez muy amplia y atinada, ya que nos dice que será una respuesta a una conducta delictiva, entendiendo que será una respuesta distinta a lo que hasta el día de hoy responde nuestro sistema de justicia penal, y que esta respuesta identificará y balanceará las necesidades de las víctimas, la comunidad (el termino delincuentes, me parece poco acertado) por ello le llamare "ofensor".

La Justicia Restaurativa se encargará de escuchar a todas las personas que hayan sido afectadas por un hecho y no sólo contempla a quien directamente haya resentido esa afectación, sino por el contrario, también a la comunidad, que directa o indirectamente haya sido afectada.

También considera importante buscar que quien ha cometido un delito o daño, se responsabilice de tal acción y no solamente reciba un castigo (pena) que no lo haga reflexionar, sino por el contrario, que la persona sea responsable del daño que ha causado a las personas; asimismo, ayudará a atender las causas que generan la comisión del delito y sus consecuencias.

Por último, la justicia restaurativa, voltea a ver a la comunidad, por un lado, entendiendo que cuando acontece un delito, éste no sólo daña a la víctima y al ofensor, sino que se generan daños colaterales en las demás personas que son tocadas por tal hecho, y por comunidad podemos entender a cualquier persona que tenga interés en el daño causado, o bien forme parte de la red familiar de la víctima o del ofensor. La justicia restaurativa entiende que las personas que causan daño son parte de la misma comunidad, por tanto, son responsabilidad de ésta, para lograr una efectiva reintegración de las personas involucradas y para la recomposición del tejido social.

Así, resumiendo lo antes señalado y citando a Zehr (2007), la justicia restaurativa se apoya en tres pilares:

1. Se centra en el daño causado a las víctimas, a las comunidades y a los ofensores, se parte de identificar los daños y necesidades de cada uno.
2. Las ofensas conllevan obligaciones, esto derivado de considerar en la justicia restaurativa que el ofensor debe responsabilizarse de manera activa de sus acciones y a eso ayuda esta justicia a que comprenda el daño causado y como consecuencias de ello hacer enmiendas o reparaciones, tanto concretas como simbólicas.
3. Promueve el compromiso y la participación, esto es que todas las personas involucradas deben tener participación en el proceso y en la toma de decisiones, esto puede ser, por señalar un ejemplo, a partir de encuentros en los que las personas intervengan directamente, se escuchen y de ello se deriven decisiones que todos consideren justas y adecuadas, sin embargo, esto no debe considerarse como una regla, ya que también esta justicia entiende que no en todos los casos será adecuado o conveniente para las personas reunirse, por lo que se pueden llevar a cabo encuentros indirectos a través de otras posibilidades.

Esta justicia puede tener diferentes ámbitos de aplicación, el más conocido en la actualidad, es el que tiene que ver con los mecanismos alter-

nativos de solución de controversias en materia penal, por ello es que muchas personas lo confunden con mediación, pero el único proceso restaurativo en la Ley Nacional de MASC es el modelo de Junta Restaurativa.

La justicia restaurativa, también puede aplicarse a través de diversos procesos restaurativos a materias como: de ejecución penal, sistema integral de justicia penal para adolescentes, a la prevención del delito, también puede aplicarse al ámbito escolar, laboral, o comunitarios, entre otros; en resumen, afirma Maltos (2019), en cualquier lugar o espacio en donde exista interacción humana.

Como podemos ver, la justicia restaurativa es más que un solo mecanismo, es una forma diferente de ver los efectos y alcances de cualquier daño causado a una persona y en cualquier contexto.

Han sido diversas las personas estudiosas que han aportado a lo largo de los años y con ello han contribuido a la generación y construcción de una justicia restaurativa, cada una de ellas aporta y colabora a la construcción de una teoría de la justicia restaurativa.

Es importante dejar claro que no pretendo que la justicia restaurativa sustituya a nuestro sistema de justicia penal, sin embargo, sí creo que puede ser una gran herramienta del mismo sistema, ya que ello se traduciría en resoluciones más justas para todos y que en algunos de los casos pueden acompañar a las medidas impuestas por el órgano jurisdiccional.

Por tanto, hablaré del tercer mecanismo previsto en la LNMASC, que es un proceso restaurativo y fue denominado por nuestra legislación como Junta Restaurativa, pero, para ello debemos señalar que es lo que lo fundamenta y posteriormente explicar y establecer las características y metodología que lo diferencian de la mediación y la conciliación.

Junta Restaurativa

Ahora bien, entendiendo el concepto de justicia restaurativa, ésta se materializa a partir de procesos incluyentes y colaborativos, en los cuales todos sean vistos y tratados como personas y basados en el respeto. Nuestra legislación en materia de mecanismos establece sólo una de las diversas posibilidades de procesos restaurativos, ya lo habíamos adelantado la Junta Restaurativa.

La Junta es un proceso restaurativo (basado en la participación de la víctima, ofensor y comunidad y los tres pilares de la justicia restaurativa) definido en la LNMASC en el artículo 27 que a la letra dice:

[...] es el mecanismo mediante el cual la víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el objeto de lograr un Acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social.

Algunas personas suelen llamar a la Junta, "mediación", sin embargo, la primera diferencia significativa, es que este mecanismo tiene el fundamento de su metodología en la Justicia Restaurativa y establece como elementos víctima, ofensor y comunidad. Para poder comprender la diferencia con la mediación y conciliación, tomaremos un ejemplo y analizaremos los criterios de selección del mecanismo.

Ejemplo: Mirna iba camino a la universidad, cuando abordó el transporte público (metro), llevaba con ella su mochila, en la cual traía sus libros y cuadernos que utiliza en sus clases, ese día el transporte iba especialmente lleno, sin embargo, logró entrar al vagón, antes de subir guardó en la mochila su celular, ya que temía se le cayera al intentar entrar, al ir bordo del transporte y casi para llegar a la siguiente estación, sintió que alguien

movía su mochila, por lo que volteó y se dio cuenta de que un chico de nombre Ricardo, sacó su celular de la misma, en ese momento se abrió la puerta del metro y el chico salió corriendo, Mirna salió corriendo tras de él, gritando y pidiendo ayuda, afortunadamente a la salida de la estación personal de seguridad detuvo a Ricardo, en este momento el celular cayó y aunque lo recuperaron, se dañó la pantalla del mismo, además, por todo el ruido y alboroto que causó la detención, la Sra. Martínez quien es una persona de 60 años de edad, se desmayó y tuvieron que pedir el servicio de emergencias para que la atendieran. Ricardo es puesto a disposición del Agente del Ministerio Público y se inició la carpeta de investigación por el delito de robo sin violencia y le explicaron a Mirna que existe la posibilidad de acudir al Órgano Especializado de Mecanismo Alternativos. Le corresponde a la persona facilitadora seleccionar el mecanismo adecuado.

¿Cuáles serán los criterios que un facilitador deberá considerar para elegir la Junta Restaurativa como mecanismo idóneo?

- 1) Se debe verificar que exista una víctima y ofensor plenamente identificados, esto se refiere a que exista en este caso, una persona que ha sufrido un daño, tal es el caso de Mirna que fue víctima de robo y su celular se dañó, y por otro lado una persona ofensora, en este caso es Ricardo que decidió cometer una conducta considerada un delito y causó una afectación a Mirna.
- 2) La responsabilidad es totalmente de quien causó el daño, en el caso específico Ricardo es responsable de ello, para lo cual el facilitador deberá trabajar en ayudar a Ricardo a comprender el daño causado, identificar las afectaciones que ha hecho a Mirna y quizá a algunas personas de la comunidad.
- 3) En este tipo de casos, las emociones son altas, pues las personas se han sentido vulneradas, por tanto, la persona facilitadora debe explorar las emociones de las personas e identificar las necesidades que tienen. Por otro lado, también es importante trabajar con las emociones del ofensor, ya que puede encontrarse sumido en la

- vergüenza, el miedo por las consecuencias e incluso el enojo. Por ejemplo, Mirna puede tener miedo de utilizar el mismo transporte público, pensar que le volverá pasar lo mismo; por otro lado, Ricardo pudiera estar sumamente molesto por la forma como lo detuvieron y sobre todo porque no se asume como responsable de lo sucedido. En este caso la persona facilitadora, deberá trabajar con las emociones y necesidades de cada una de las personas antes de reunirlos.
- 4) La relación entre las personas no es un factor que determine el uso de este mecanismo, no es relevante, ya que puede tratarse de asuntos en donde las personas tienen una relación, ejemplo, puede ser que el delito se dé entre familiares, amigos, etc., en este caso, será importante trabajar en la forma en que las personas desean relacionarse después del proceso, siempre respetando lo que ellos decidan o quieran que suceda, no podemos forzar que las personas vuelvan a hablarse o continuar con la relación; o bien, puede ser que no se conozcan, como es el caso del ejemplo de Mirna y Ricardo no se conocían. En este caso, no es importante trabajar la relación, ya que no tendrán contacto posteriormente.
 - 5) Parte de la idea de que quien haya ocasionado un daño debe repararlo, dicha reparación debe ser integral, esto es, en la medida de lo posible debe buscarse la restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y no repetición, siempre considerando lo que cada una de las personas involucradas en el proceso necesita.
 - 6) Por último, éste es el único mecanismo que incluye a la comunidad, por ello debemos explorar y saber si existen personas interesadas y legitimadas para participar en el proceso, en el ejemplo expuesto, tenemos a la Sra. Martínez, quien pudiera ser una persona de la comunidad interesada en participar, la persona facilitadora tendrá que verificar dicha información.

Es importante resaltar que la Junta Restaurativa tiene una metodología distinta a la mediación y conciliación, para poder llevarla a cabo, es necesario que todas las personas que van a participar sean preparadas, para poder participar en su caso en una reunión conjunta, pues se busca

generar espacios seguros de diálogo y respeto para todas las personas participantes y sobre todo este tipo de procesos buscan dar voz y empoderamiento a las víctimas, por lo que es sumamente importante que los facilitadores estén atentos para no revictimizar, dar respeto a todos los participantes, pero en especial a las víctimas.

Referencias

Alvarado, Velloso Adolfo (2016), Ciudad de México: UNAM, disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4250/8.pdf>».

Carretero, Emilio. (2017), "La adecuación de la mediación y los métodos alternos de solución de controversias como instrumentos para la salvaguarda de los derechos", *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 12, núm. 30, pp 41-68.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2019), recuperado de «http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf».

Giombi, Natalia Margarita (septiembre, 2019), "El procedimiento compositivo como garantía de acceso a justicia. Su reconocimiento en el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil", XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan Argentina.

Islas, Alfredo *et. al* (2014), *Mediación y derechos humanos*, Ciudad de México, México, Porrúa.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (2014), disponible en: «http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lnmascmp/LNMASCMP_orig_29dic14.pdf».

Maltos, María (2017), *Mecanismos alternativos al proceso judicial*, CEJA.

Maltos, Violeta (2019), ¿Por qué la mediación no es justicia restaurativa?, México, julio de 2019.

México Evalúa (2019), Ciudad de México: Centro de Análisis de Políticas Públicas, disponible en: «<https://www.mexicoevalua.org/2019/08/07/hallazgos-2018-seguimiento-evaluacion-del-sistema-justicia-penal-en-mexico/>».

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2006), Manual sobre programas de justicia restaurativa, recuperado de «https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf».

Vado, Grajales (2016), Medios Alternos de Solución de Conflictos, UNAM, recuperado de «<https://www.cejamerica.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>».

Zehr, Howard (2007), *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Colección: Los Pequeños Libros de Justicia y Construcción de la Paz, Philadelphia Good Books-Intercourse.

Justicia restaurativa: Una ruta poco explorada hacia la legitimidad institucional

Carlos De la Rosa Xochitiotzi*

Introducción

Una de las razones que impulsó la aprobación de la reforma constitucional de seguridad y justicia en 2008 fue la ausencia histórica de legitimidad en el sistema de justicia mexicano. En este sentido, la reforma se presentó como la respuesta a un sistema que operaba en forma arbitraria y opaca, a partir de objetivos claros: garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas, lograr una mayor eficiencia en la persecución delictiva y, en última instancia, fomentar la legitimidad del sistema de justicia penal.

En este sentido, la introducción de mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) fue una de las apuestas más ambiciosas de la

* Abogado por la UNAM, Maestro en derecho (LL.M.) y Candidato a doctor (J.S.D.) por la Universidad de Yale e Investigador del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). carlos.delarosaxochitiotzi@yale.edu

reforma constitucional pues si se operan de forma óptima contribuyen precisamente a cada uno de estos propósitos de manera simultánea. No obstante, a 11 años de la reforma penal, los mecanismos alternativos continúan subutilizados a pesar de su enorme potencial para corregir muchos de los vicios históricos de la justicia en el país. En el siguiente texto se destacarán algunos de los factores políticos e institucionales que han inhibido un uso amplio de la justicia restaurativa para entender las causas de su potencial desaprovechado.

Además, se abordará el estrecho pero poco estudiado vínculo entre la justicia restaurativa y la legitimidad institucional. Hasta ahora, el estudio de los MASC en México ha estado principalmente abocado a entender su impacto en términos de acceso a la justicia, los derechos de las víctimas y la reparación del daño, y menos esfuerzos se han dedicado a comprender sus posibles efectos en términos de confianza ciudadana. Por ello, en la tercera sección se abordará la intersección entre la justicia restaurativa y la teoría de justicia procedimental para exponer el enorme potencial de los MASC como un medio efectivo para fomentar la legitimidad del sistema de justicia.

La justicia restaurativa: el nuevo papel del Estado

Una comparación superficial entre la operación del modelo acusatorio-adversarial y el modelo mixto-inquisitivo en México revela una serie de diferencias obvias. Quizá la más evidente, la relevancia de la oralidad como característica transversal del modelo acusatorio, frente a la importancia de los expedientes escritos en el sistema tradicional. Esta característica dio lugar al nombre coloquial con el cual se conoce a la reforma constitucional de 2008 —la reforma de los "juicios orales"—. No obstante, es importante señalar que la diferencia entre modelos no es sólo una cuestión de formas; la reforma de 2008 no implicó únicamente cambiar de "averiguaciones previas" a "carpetas de investigación".

Si ponemos de lado las características "accesorias"¹ de los modelos y si los miramos en su expresión mínima se revela la distinción fundamental entre ambos: los procesos en los sistemas inquisitivos se construyen bajo la lógica de una investigación de Estado, mientras que en el modelo acusatorio se estructuran como una disputa entre particulares dirimida ante el Estado. Esta diferencia es esencial para entender los propósitos y la funcionalidad de los MASC en el nuevo sistema de justicia mexicano. Como afirma el profesor Damaška (1986, p. 88): "[...] un proceso organizado en torno a la idea de competencia y otro organizado en torno a la idea de la investigación no son alternativas estructurales para lograr el mismo objetivo. Cada uno, en su forma pura, se dirige a fines distintos".

Es decir, esta diferencia es suficiente para demostrar que detrás de las formas se encuentran ideas distintas de "justicia" y del papel que el Estado debe asumir frente a los conflictos derivados del delito.² Esta distinción necesariamente deriva, como se mencionó, en procedimientos con diferentes métodos, resultados y grados de participación del aparato de justicia.

En los modelos inquisitivos, el conflicto resultante de la comisión de un delito es un pretexto para la aplicación de la ley, animada por la búsqueda de la verdad material por medio de una investigación oficial y exhaustiva conducida por el Estado. Por el contrario, en los modelos acusatorios, la procuración de justicia presupone la existencia de un conflicto entre personas y por ello el objetivo principal del Estado no es determinar la "verdad" en todos los casos, sino resolver el conflicto

¹ Damaška hace una distinción entre características "esenciales" y "accesorias" entre el modelo de justicia adversarial y el modelo inquisitivo (Damaška, 1986).

² En términos amplios, el sistema inquisitivo pretende descubrir la "verdad" a partir de la premisa de que es factible reconstruir en forma objetiva el pasado. Por el contrario, el sistema acusatorio asume las limitaciones cognitivas y admite la imposibilidad de conocer con objetividad la "verdad material".

que derivó de la comisión del delito (Damaška, 1973). En este sentido, el Estado se asume como facilitador para la regulación autónoma de los ciudadanos.³

Sirva esta recapitulación breve de la distinción central entre modelos para entender la inclusión de mecanismos alternativos de solución de conflictos como una de las innovaciones de la reforma penal. La adición del artículo 17 constitucional estableció la aplicación de los MASC en materia penal con énfasis en la reparación del daño y dio pie a la implementación en México de lo que coloquialmente se ha denominado "justicia alternativa". Desde el 18 de junio de 2008, el texto del artículo 17 constitucional establece lo siguiente: "Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial".

La inclusión de los MASC en México es consistente con los postulados básicos del modelo acusatorio; la justicia restaurativa funciona bajo la premisa de que, bajo la facilitación del Estado, las partes en conflicto se reúnen para tener la oportunidad de expresar su experiencia, sus preocupaciones e intereses y en última instancia resolver el conflicto y reparar el daño en forma autónoma (Hoyle y Batchelor, 2018). La operación adecuada de la justicia restaurativa exige entonces un cambio profundo en la forma de entender las relaciones entre el gobierno y las personas, y los fines de la procuración de justicia.

El desarrollo de los sistemas de justicia estatales durante el siglo XX —aun en los sistemas acusatorios— conllevó la simultánea y progresiva desaparición de la presencia y la voz de las víctimas de los procesos,

³ La dicotomía inquisitivo-adversarial deriva en dos nociones distintas de justicia, que además implican dos formas de entender las relaciones entre las personas y el Estado. No es accidental tampoco que cada modelo esté arraigado en tradiciones políticas distintas; por su parte, los modelos acusatorios son comunes en países donde la injerencia del gobierno en la sociedad se ha entendido en forma más acotada, mientras los inquisitivos ocurren en países con gobiernos más intrusivos (Damaška, 1986).

con altos costos para la legitimidad de las mismas instituciones de justicia (Braithwaite, 2007). En el caso mexicano, el sistema tradicional era particularmente omiso respecto de los derechos y los intereses de las víctimas. No obstante, ante la evidencia acumulada de las limitaciones de un enfoque meramente punitivo, desde la última década del siglo pasado, varios movimientos alrededor del mundo han impulsado a la justicia restaurativa como una vía de empoderamiento de las víctimas y de acceso efectivo a la justicia (Braithwaite, 2007). Los MASC en México tienen precisamente el objetivo de corregir lo que hasta ahora ha sido un enfoque de justicia que ignora a las personas afectadas por el delito para otorgarles voz y control sobre la solución de los conflictos.

No obstante, a pesar de sus múltiples y probados beneficios —sobre los que se ahondará en las siguientes secciones— la adopción de la justicia restaurativa en México no ha sido inmediata ni necesariamente popular. Desde las propias instituciones y en la sociedad, existen resistencias a la implementación de enfoques distintos a la justicia meramente retributiva. Resulta sencillo imaginar las razones que explican la resistencia a la justicia restaurativa y el amplio apoyo al punitivismo penal. México es un país caracterizado por cifras récord en homicidios y un sistema de justicia con una impunidad directa de 96.1% en el ámbito local (México Evalúa, 2019), condiciones por demás propicias para las posiciones de mano dura.

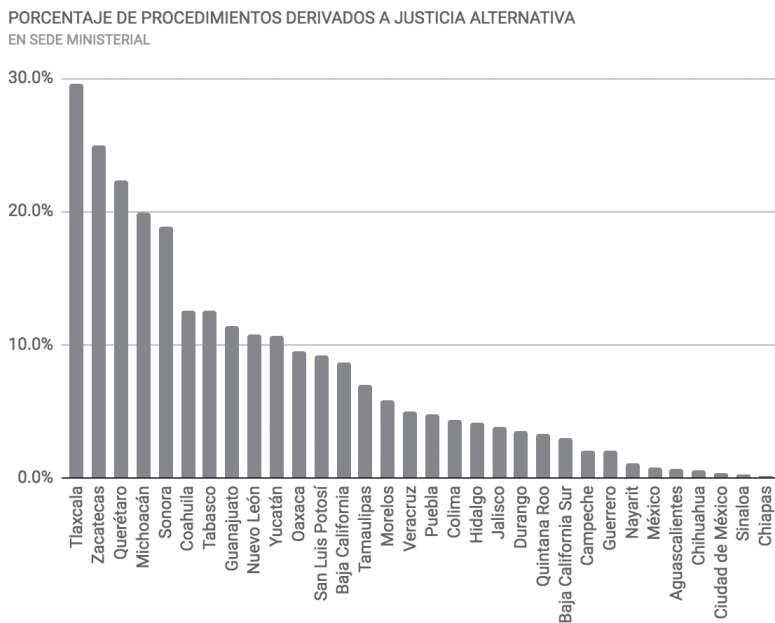
En este sentido, uno de los grandes pendientes para la consolidación del modelo acusatorio en México consiste en la transformación simultánea y profunda del Estado, así como la no menor tarea de modificar las expectativas sociales frente al sistema de justicia (De la Rosa, 2019). Las instituciones del sistema de justicia requieren entender su nuevo papel como gestores de los conflictos, hacer suyos los fines distintos que le impone el modelo acusatorio y ajustar su actuación a estos propósitos. Como se desarrollará en las siguientes secciones, los MASC surgen como una posibilidad de gestión benéfica de los conflictos derivados de

la comisión de delitos, que además conllevan la promesa de facilitar un acceso a la justicia pronto y eficaz, a la vez que fomentan la confianza y legitimidad institucional.

La justicia restaurativa en México: una oportunidad desaprovechada

Tras más de una década de la aprobación de la reforma constitucional de 2008 que introdujo los MASC al sistema de justicia mexicano, estos mecanismos continúan subutilizados. Esto a pesar de que una cantidad considerable de las investigaciones iniciadas por las procuradurías y fiscalías serían susceptibles de resolverse por esta vía. Sólo durante 2018, de las poco más de 2,000,000 de investigaciones iniciadas en el país, 39.8% se iniciaron por el delito de robo, una cantidad considerable de éstos sin que mediara violencia (México Evalúa, 2019). De los procedimientos de investigación iniciados, únicamente 127,000 fueron derivados a MASC en sede ministerial; esto constituye apenas 6.1% del total de investigaciones iniciadas (México Evalúa, 2019).

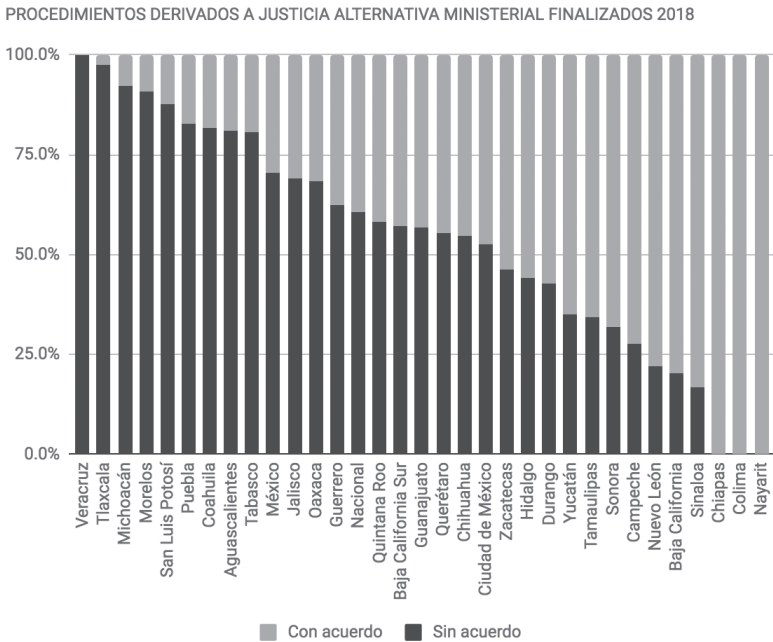
No obstante, este 6.1% es el promedio nacional; es decir, que es posible encontrar divergencias significativas en el uso de mecanismos alternativos entre las distintas entidades del país. Por ejemplo, entre los estados donde más se usan los MASC se encuentra Tlaxcala que reporta un 29.6% de los asuntos derivados a MASC, seguido por Zacatecas con 25% y Querétaro con 22.3% (México Evalúa, 2019). En el extremo contrario, Chiapas reporta un uso marginal de la justicia alternativa con apenas el 0.1% del total de los asuntos derivados a algún MASC, superado apenas por Sinaloa con 0.2% y la Ciudad de México con 0.3% (México Evalúa, 2019). El panorama en el ámbito federal no es más alentador. De las 166,000 investigaciones en trámite para el año 2018, únicamente 961 fueron remitidas a algún MASC. Es decir, el 0.9% del total de los asuntos fue finalizado por un acuerdo reparatorio (México Evalúa, 2019).



Fuente: Elaboración propia con datos de México Evalúa A.C.

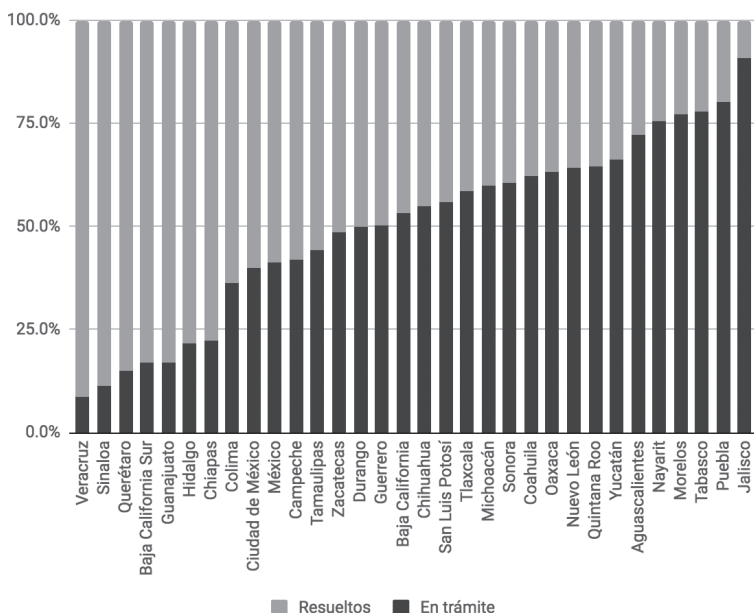
Sin embargo, la cantidad de asuntos derivados a MASC cuenta sólo una parte de la historia. Las contribuciones de la justicia alternativa, en términos de eficiencia en la gestión de los asuntos y acceso a la justicia, se encuentran condicionadas a que los conflictos sean efectivamente resueltos, es decir, que se llegue a un acuerdo reparatorio. De lo contrario, resulta poco útil que un porcentaje amplio de asuntos sean remitidos a esta instancia, pues finalmente serán reincorporados a los canales tradicionales del sistema de justicia. Consideremos el caso de Tlaxcala que, si bien envía 1 de cada 3 asuntos a mecanismos alternativos, finaliza el 97.6% de los asuntos remitidos a MASC sin acuerdo. Al respecto, el estado de Veracruz reporta el porcentaje más alto de asuntos finalizados sin acuerdo con el 100%, seguido por Tlaxcala y Michoacán con 92.1%.

Como se observa en la siguiente gráfica, los estados que reportan el mayor porcentaje de asuntos remitidos a MASC en trámite son Jalisco, Puebla y Tabasco con alrededor de 8 de cada 10 asuntos. Por el contrario, los estados que reportan una mejor gestión de los casos son Veracruz, Sinaloa y Querétaro. Las razones que explican el alto porcentaje de asuntos en trámite y el tipo de finalización son múltiples y de relevancia variable, desde la ausencia de mecanismos institucionales efectivos de gestión de los asuntos, deficiencias en las capacidades de los facilitadores y recursos institucionales disponibles, hasta la resistencia de las partes para llegar a un acuerdo.



Fuente: Elaboración propia con datos de México Evalúa A.C.

ESTADO DE LOS PROCEDIMIENTOS DERIVADOS A JUSTICIA ALTERNATIVA 2018



Fuente: Elaboración propia con datos de México Evalúa AC.

Que apenas 6 de cada 100 asuntos en el ámbito local y menos de 1 de cada 100 en el ámbito federal sean resueltos en justicia restaurativa evidencia una ausencia clara de políticas de priorización institucionales. Es decir, las fiscalías del país carecen de una definición de lineamientos y criterios para orientar la toma de decisiones de los fiscales respecto de las investigaciones que inician. Más allá de los supuestos establecidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP),⁴ pocas fiscalías

⁴ Artículo 187. Control sobre los acuerdos reparatorios. Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los casos siguientes: I. Delitos que se persiguen por querrela o requisito equivalente de parte ofendida; II. Delitos culposos, o III. Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas. No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza jurídica, salvo que hayan transcurrido cinco años de haber dado cumplimiento al último acuerdo reparatorio, o se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las entidades federativas.

en el país cuentan con políticas de priorización para la persecución penal que determinen criterios para dar respuestas diferenciadas, proporcionales y efectivas a los diversos fenómenos delictivos (México Evalúa, 2019).

En este contexto, la remisión de un asunto hacia algún MASC se produce bajo un margen amplio de discrecionalidad que no ofrece certeza jurídica para los ciudadanos. Es decir, no se puede tener certidumbre respecto de cuáles fueron los criterios que determinaron que un fiscal optara por impulsar el uso de la justicia alternativa en un caso y no en otro. Esta dolencia no sólo impacta el número de asuntos enviados a la justicia alternativa, sino que incide en general en la capacidad de las instituciones de procuración de justicia para ofrecer respuestas adecuadas a los casos. Por ejemplo, para 2018 de los más de 2,000,000 de investigaciones iniciadas por las fiscalías en el país, se vinculó a proceso poco más de 80,000 asuntos (3.9%). De nuevo, las razones que explican por qué se apostó a la investigación de esos asuntos y no de otros no se puede explicar institucionalmente por la carencia de políticas de priorización.

El poco uso de los MASC evidencia además que las autoridades no han asumido completamente los propósitos de la reforma penal de 2008 y por tanto no han ajustado la operación de las instituciones a la consecución de los fines que se describieron en la sección anterior. Un mayor uso de mecanismos alternativos de solución de controversias es prioritario no sólo en términos de su impacto en la eficiencia del sistema de justicia y el acceso a una justicia pronta y expedita —72% de los usuarios de MASC reportan que sus conflictos se resolvieron en un mes o menos (CIDAC, 2016)—, sino porque además tiene el enorme potencial de contribuir de forma contundente a fomentar legitimidad institucional como se describirá en la sección siguiente.

Justicia restaurativa y justicia procedimental: una combinación prometedora

El enfoque retributivo no ha sido capaz de legitimar al sistema de justicia penal. La promesa de sanción para todas las conductas calificadas como delito enfrenta obstáculos materiales que la hacen imposible de cumplir. Además, el uso abusivo de la cárcel y del aparato de justicia penal ha derivado en costos sociales importantes que resultan contraproducentes para el objetivo de la prevención del delito y que en última instancia dañan de forma considerable la confianza de las personas en el sistema de justicia. La legitimidad, entendida como la creencia consistente en que determinado individuo, grupo o institución tiene la autoridad para regular la conducta de los individuos y demandar su cooperación (Tyler, 2006), no llegará por vía del punitivismo penal.⁵

De acuerdo con un amplio espectro de literatura empírica, el origen de la legitimidad se encuentra en las evaluaciones que las personas hacen sobre la justicia o injusticia de sus interacciones personales con las autoridades. De forma contraintuitiva, la evaluación de justicia de la interacción no está vinculada con el sentido del resultado de ésta, sino con la "justicia procedimental" de la interacción. Es decir, habrá percepción de justicia procedimental y por consecuencia mayor legitimidad institucional, si durante la interacción los individuos se sintieron escuchados y tratados con imparcialidad, respeto y confianza (Tyler, 2007). En otras palabras, lo que la teoría de justicia procedimental afirma es que la percepción de justicia de los procesos no depende enteramente ni en su mayor parte de la satisfacción con el resultado, sino de las características del proceso en sí. Lo que distingue a la teoría de justicia procedimental

⁵ La experiencia de los Estados Unidos puede servir como ejemplo: durante las últimas décadas, el crimen disminuyó más de 50%; sin embargo, lejos de lo que podría suponerse, la legitimidad de la policía no se ha incrementado e inclusive disminuyó entre ciertos sectores de la población. Esto porque las estrategias policiales han incluido políticas altamente invasivas y agresivas que han impactado negativamente a la percepción de justicia de la sociedad y en particular a las comunidades compuestas por minorías.

de otras que intentan explicar los factores detrás de la legitimidad no es sólo que articula efectivamente cómo fomentarla y sostenerla en el tiempo, sino que se acompaña de evidencia generada por un extenso trabajo de carácter empírico.⁶

La justicia procedimental comparte una similitud central con la justicia restaurativa; ambos enfoques consideran que el objetivo de la intervención estatal en la resolución de conflictos debe estar orientado a facilitar condiciones para contar con mejores miembros de la comunidad. Ambos modelos asumen que las sociedades son más prósperas cuando la conducta de las personas está orientada por valores comunes y cuando la conducta de los individuos se rige por la obediencia voluntaria de las normas, en lugar de responder únicamente a incentivos y sanciones (Tyler, 2006b). En este sentido, ante la comisión de un delito, tanto la justicia restaurativa como el enfoque de justicia procedimental tienen como propósito lograr la adherencia voluntaria de las personas hacia las normas e instituciones de la comunidad (Tyler, 2006b).

Los estudios empíricos que han intentado entender cómo contribuye la justicia restaurativa a incrementar la satisfacción de las víctimas o reducir la reincidencia, han sugerido de forma indirecta que los MASC pueden, en paralelo, incrementar la percepción de justicia procedimental. Esto porque los MASC otorgan a las personas participantes control sobre el proceso, les dan voz y les garantizan un espacio de respeto e imparcialidad (Dignan, 2004). Al respecto, algunas investigaciones que han tratado de determinar los factores que influyen en el grado de satisfacción de las víctimas que participan en un proceso restaurativo han identificado con claridad aquellos vinculados con la justicia procedimental (Van Camp y Wemmers, 2013). Es decir, hay evidencia de que los elementos

⁶ Las primeras investigaciones en materia de justicia procedimental iniciaron en los setenta con los trabajos experimentales de Thibaut y Walker, pero se han consolidado con las investigaciones empíricas de Tom R. Tyler.

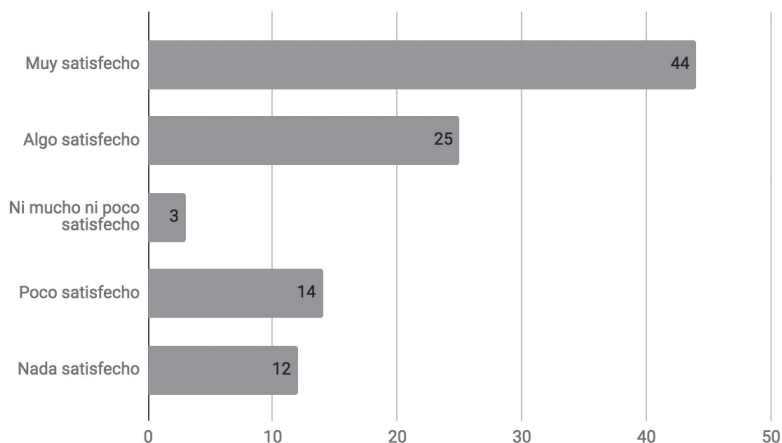
de la justicia procedimental construyen —aunados a otros como la flexibilidad del mecanismo y el establecimiento de condiciones de seguridad personal, entre otras—, el grado de satisfacción de los usuarios de MASC.

A pesar de la evidente afinidad teórica entre la justicia restaurativa y la justicia procedimental, las investigaciones y literatura de ambas se han desarrollado de forma bastante desvinculada (Hoyle y Batchelor, 2018). Existen pocos estudios que indaguen específicamente sobre la justicia restaurativa como una instancia para incrementar la percepción de justicia procedimental y por tanto fomentar la legitimidad institucional. No obstante, aquellos ejemplos escasos que sí han estudiado este vínculo, en específico si la justicia restaurativa puede incrementar la percepción de justicia procedimental de víctimas y ofensores, han encontrado que efectivamente la justicia restaurativa contribuye a fomentar una mayor legitimidad institucional aun cuando se trate de delitos de alto impacto (Miller y Hefner, 2015).

En México los estudios en este sentido son aún más escasos pero aquellos que se han aproximado a la materia han producido hallazgos que sugieren compatibilidad entre las condiciones de los MASC y la percepción de justicia de los usuarios. De acuerdo con un sondeo realizado en tres entidades,⁷ 69% de los participantes en MASC reportaron haber tenido la oportunidad de expresar abiertamente sus preocupaciones e intereses, 71% reportó que el facilitador del proceso se condujo de forma imparcial y respetuosa y 86% consideró que el acuerdo reparatorio era justo (CIDAC, 2016). De forma consistente, como se observa en la siguiente tabla, 69% de los usuarios reportó sentirse satisfecho con el proceso y 9 de cada 10 afirmaron que estarían dispuestos a recomendar su uso a familiares y amigos (CIDAC, 2016).

⁷ El sondeo incluyó a 458 personas, tanto víctimas como ofensores, en los estados de Morelos, Estado de México y Oaxaca (CIDAC, 2016).

¿Qué tan satisfecho se encuentra hasta ahora con el proceso? (porcentaje)



Fuente: Elaboración propia con datos de CIDAC

La dinámica a partir de la cual se construye la percepción de justicia procedimental no sólo tiene implicaciones para los facilitadores de los MASC; el enfoque de justicia procedimental puede ser incorporado por policías, juezas y otras autoridades del sistema de justicia. La construcción de legitimidad como resultado de interacciones positivas entre autoridades y ciudadanos ha sido probada en el caso de las instituciones policiales (Peyton, Sierra-Arévalo y Rand, 2019) y también en el caso de los órganos jurisdiccionales aun cuando el litigio dirima delitos de alto impacto (Papachristos, Meares y Fagan, 2012). En este sentido, la incorporación del enfoque de justicia procedimental debería ser un esfuerzo transversal y coordinado por las distintas instituciones del sistema de justicia.

Si bien el trabajo académico tiene pendiente ahondar en el estudio del vínculo entre la justicia restaurativa y la legitimidad institucional, ya existen suficientes elementos que sugieren la compatibilidad entre ambas y deberían impulsar el desarrollo de políticas institucionales en este sentido. Ante la evidencia del potencial de incorporar el enfoque de jus-

ticia procedimental a la justicia restaurativa, las instituciones de procuración de justicia tienen la tarea de fomentar el uso de MASC por medio del establecimiento de políticas de priorización en las fiscalías. Otra estrategia podría consistir en el desarrollo de capacitaciones en materia de justicia procedimental a facilitadores para garantizar la observancia de una serie de estándares mínimos (voz, imparcialidad, respeto y confianza) de justicia procedimental en las varias metodologías e instancias de la justicia restaurativa. Esto último con el fin de ir más allá de lograr la reparación del daño y propiciar además interacciones positivas entre los ciudadanos y el sistema de justicia.

Conclusiones

En 2008, ante un sistema ineficiente y opaco, el Congreso optó por una apuesta radical en lugar de pretender corregir las muchas y profundas fallas del sistema anterior. La apuesta implicó la implementación de un modelo que favorece el uso focalizado de los recursos del aparato de justicia y propicia la resolución de conflictos entre las personas y la reparación del daño. Además, el diseño normativo e institucional del modelo acusatorio es propicio para la generación y sostenibilidad de confianza y legitimidad en las instituciones. Ante los desafíos que enfrenta el sistema de justicia, la construcción de legitimidad puede parecer una abstracción; sin embargo, la legitimidad institucional no es sólo un concepto teórico ni accesorio. No pocos de los problemas que enfrenta el Estado de Derecho en México se originan en la ausencia de legitimidad de las normas y las autoridades. El sistema tradicional contribuyó de forma significativa a esta crisis por medio de la implementación sistemática de procedimientos que ignoraban a las personas y que imponían decisiones discrecionales e injustas.

La justicia restaurativa como uno de los componentes básicos del nuevo diseño normativo e institucional del sistema de justicia, ofrece no sólo la posibilidad de lograr un manejo más eficiente de los asuntos y facilitar el acceso a la justicia para las personas, sino que simultáneamente ofrece

un camino hacia la construcción de la legitimidad institucional. Lamentablemente, hasta la fecha este potencial ha sido poco aprovechado como lo evidencia el poco uso de los MASC en las instituciones de procuración de justicia. Es importante enfatizar que la legitimidad no sólo deriva en la obediencia voluntaria de la ley por parte de las personas, también fomenta la cooperación ciudadana con las autoridades e incluso puede contribuir al desarrollo social y económico de las comunidades (Tyler y Jackson, 2013). Al respecto, la justicia restaurativa, si se acompaña del enfoque de justicia procedimental, tiene el potencial de desarrollar procesos deliberativos que tengan el efecto de fortalecer la influencia de los valores sociales en la conducta relacionada con la ley de las personas. Es decir, nos ofrece un camino que bien vale la pena seguir.

Referencias

- Braithwaite, J. (2007), "Building legitimacy through restorative justice", Tom R. Tyler, *Legitimacy And Criminal Justice: International Perspectives*, 1, Russell Sage Foundation, New York, 146-162.
- CIDAC (2016), *La otra justicia*.
- Damaska, M. (1986), *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, Yale University Press.
- _____ (1973), "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study", Faculty Scholarship Series, Paper 1591.
- Dignan, J. (2004), *Understanding victims and restorative justice*, Maidenhead: McGraw-Hill Education.
- Hoyle, C. y Batchelor, D. (2018), "Making room for procedural justice in restorative justice theory", *The International Journal of Restorative Justice*, 175-186.

México Evalúa (2019), *Hallazgos 2018: seguimiento y evaluación de la operación del sistema de justicia*.

Miller, S. y Hefner, K. (2015), "Procedural Justice for Victims and Offenders?: Exploring Restorative Justice Processes in Australia and the US", *Justice Quarterly*, 32:1, 142-167.

Papachristos, A., Meares, T. y Fagan, J. (2013), "Why do criminals obey the law? The influence of legitimacy and social networks on active gun offenders", *102 J. Crim. L. & Criminology* 397.

Peyton, K., Sierra-Arévalo M. y Rand, D. (2019), "A field experiment on community policing and police legitimacy", *Proceedings of the National Academy of Sciences*.

Tyler T. R. (2007), "Procedural Justice and the Courts", *Court Review: The Journal of the American Judges Association*, volume 44, Issue ½, 217.

_____ (2006), "Psychological perspectives on legitimacy and legitimation", *Annu. Rev. Psychol.* 57, 375–400.

_____ (2006b), "Restorative justice and procedural justice: dealing with rule breaking", *Journal of Social Issues*, vol. 62, núm. 2, 2006, pp. 307-326.

_____ y Jackson, J. (2013), "Popular legitimacy and the exercise of legal authority: Motivating compliance, cooperation and engagement", *Psychol. Pub. Pol. & L.*, 1, 1.

Van Camp, T. y Wemmers, J. (2013), "Victim satisfaction with restorative justice: More than simply procedural justice", *International Review of Victimology*, 19(2), 117–143.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 10, 11 y 12 puntos. Octubre de 2020.



11003554



ISBN 978-607-552-149-7

9 786075 521497