

**UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO**



**DIVISIÓN DE DERECHO POLÍTICA Y GOBIERNO**

**VINCULACIÓN A PROCESO:**

**Indicador garantista en el marco de un nuevo paradigma  
de justicia penal en México**

**T E S I S**

**Que para obtener el título de  
MAESTRO EN CIENCIAS JURÍDICO PENALES**

**PRESENTA  
FRANCISCO ROBERTO RAMÍREZ RAMÍREZ**

**Guanajuato, Gto., a 3 de Noviembre de 2014**

**VINCULACIÓN A PROCESO:  
Indicador garantista en el marco de un nuevo  
paradigma de justicia penal en México**

**ÍNDICE**

|                                                                                     |          |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b>INTRODUCCIÓN</b>                                                                 | <b>4</b> |
| <br><b>APARTADO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES</b>                                     |          |
| CAPÍTULO 1. La reforma constitucional penal: una reflexión general                  | 7        |
| CAPÍTULO 2. Fuentes de conocimiento en que se funda la reforma constitucional penal | 10       |
| 2.1. Realidad socio-jurídica del México contemporáneo                               | 10       |
| 2.2. Globalización                                                                  | 14       |
| 2.3. Democracia                                                                     | 17       |
| 2.3.1. Documentos internacionales de derechos humanos                               | 19       |
| 2.3.2. La reforma de excepciones: indicador de regresión democrática                | 22       |
| 2.4. Aproximación político-criminal                                                 | 28       |
| 2.4.1. Algunas razones expuestas                                                    | 29       |
| 2.4.1.1. El sistema de justicia penal mexicano ha dejado de ser eficaz              | 29       |
| 2.4.1.2. Ruptura del monopolio de la acción penal                                   | 30       |
| 2.4.1.3. Facultades investigativas de la policía                                    | 34       |
| 2.4.1.4. Prisión preventiva                                                         | 35       |
| 2.4.1.5. Solución alternativa del conflicto penal                                   | 37       |
| 2.4.1.6. Calidad del acusado                                                        | 39       |
| 2.4.1.7. Un sistema garantista                                                      | 40       |
| <br><b>APARTADO SEGUNDO: LA VINCULACIÓN A PROCESO</b>                               |          |
| CAPÍTULO 1. Aproximación conceptual                                                 | 42       |
| 1.1 Toma de postura                                                                 | 46       |
| CAPÍTULO 2. Análisis con relación otras instituciones                               | 48       |
| 2.1 Con relación al auto de plazo constitucional                                    | 48       |
| 2.1.1. Formal prisión                                                               | 48       |
| 2.1.2. Sujeción a proceso                                                           | 51       |
| 2.2. Con relación a la formalización de la investigación                            | 53       |
| CAPÍTULO 3. Precisiones semánticas                                                  | 57       |
| 3.1. Audiencia de vinculación a proceso                                             | 57       |
| 3.1.1. Necesidad de audiencia en el proceso penal acusatorio y oral                 | 58       |
| 3.2. Auto de vinculación a proceso                                                  | 59       |
| 3.3. Vinculación a proceso (en estricto sentido)                                    | 60       |
| CAPÍTULO 4. Contenido y requisitos                                                  | 61       |
| 4.1. Contenido substancial de la vinculación a proceso                              | 61       |
| 4.1.1. Hecho que la ley señala como delito                                          | 63       |
| 4.1.2. Probabilidad de participación                                                | 73       |
| 4.2. Requisitos                                                                     | 74       |

|                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| 4.2.1. Fundamentación y motivación en el auto de vinculación a proceso | 76 |
| CAPÍTULO 5. Convicción y válida suposición, el estándar probatorio     | 79 |
| CAPÍTULO 6. Dinámica procesal                                          | 80 |
| 6.1. Inclusión en la audiencia inicial                                 | 80 |
| 6.2. Posibilidad discursiva de la fiscalía                             | 81 |
| 6.3. La actuación de la defensa                                        | 83 |
| 6.4. Supuesto de separación de la audiencia de vinculación a proceso   | 85 |
| CAPÍTULO 7. Con relación a la prisión preventiva                       | 87 |
| <br><b>APARTADO TERCERO: CONCLUSIONES GENERALES</b>                    |    |
| Conclusión primera                                                     | 89 |
| Conclusión Segunda                                                     | 92 |
| Conclusión tercera                                                     | 93 |
| <br><b>BIBLIOGRAFÍA</b>                                                | 94 |

## INTRODUCCIÓN

**1. DENOMINACIÓN.-** Denominar así este trabajo es el resultado mismo de la investigación, luego de haber analizado desde una perspectiva político-criminal a reforma constitucional penal mexicana de 2008 y las diferentes legislaciones que sobre el particular se producen, y especialmente luego de haber estudiado la legislación, la doctrina y la jurisprudencia (pobre aún) que se refiere en lo particular sobre la vinculación a proceso, decidir llamar de manera definitiva a esta investigación atiente a los marcos referenciales de estudio, pero además a las conclusiones a que he podido llegar en esta jornada.

**2. ORIGEN.-** La motivación génesis de este trabajo fue un primer estudio, parco además, del nuevo sistema de justicia penal en México; que al menos hacía evidente que de manera distinta a otros países de Latinoamérica, de Europa y países del propio cuño anglosajón, presentaba una institución jurídica *non tipica* del proceso pena acusatorio-adversarial, que por su dinámica, su morfología, y por los propios principios elementales del sistema, considero necesario explicar.

**3. CONTENIDO.-** Este trabajo de tesis comprende esta introducción que evidencía fundamentalmente los motivos y metodología de la propia, y tres apartados con capítulos de desiguales extensiones, según la demanda de cada tema.

En la presente introducción como ya se dijo, se ha de justificar la necesidad de realización de una investigación de este tipo, particularmente de ésta; en el apartado primero se realiza una exposición relativa (en especial forma) al análisis político-criminal de la reforma constitucional penal mexicana de 2008; en el apartado segundo y su

capitulado se describe primero y se analiza después la institución jurídico-procesal de *Vinculación a Proceso*, para poder dar paso a un apartado tercero y final, que presenta unas conclusiones generales que concretan y comprueban a partir de la dignidad del discurso que le sostiene (inmerso en el estado de la ciencia) la hipótesis de esta tesis.

**4. EXPLICACIÓN METODOLÓGICA.-** Primero, con relación a las citas que se incluyen en el texto, son todas ellas absolutamente necesarias a fin de realizar un adecuado *control de las afirmaciones*, como se verá fundamentalmente se hacen presentes en esos temas donde las *non pax dogmática* es más evidente, a fin de evitar que esta tesis sea simplemente un compendio de las ideas aleatorias que sobre el particular tiene el tesista; luego, se trata fundamentalmente de una investigación de tipo documental que se ciñe además a la interpretación dogmática, en tanto el objeto de nuestro estudio es la legislación, y que como sabido es para el jurista, se es incapaz de modificar el texto de la ley, sino que como dogma se ha de interpretar; ahora bien sobre la interpretación, hace falta que esta no sea simplemente literal, sino que se trata primero de una interpretación exegética, pues el estudio íntegro y coherente de los textos es lo que permite la certeza de las afirmaciones que se postulan, y además dicha interpretación lógica, en tanto varios de los temas que en el presente se inmiscuyen, se refieren para su explicación en términos de interpretación lógica, incluso en representación de ecuación lógica.<sup>1</sup>

**5. MARCO TEÓRICO.-** Es menester que para la interpretación de la legislación que se realiza en la presente tesis, y en términos generales para toda investigación científica, el tesista se inmiscuya en el estado de la ciencia, como bien lo ha referido Thomas S. Khun<sup>2</sup>; ahora bien, sobre el particular este tesista se adscribe primero al garantismo penal, como discurso que sostiene la reforma constitucional penal y posteriores reformas legales, según lo declaró el estado mexicano, pero además, en el campo de la interpretación normativa me adscribo al método dogmático, exegético y finalmente a la interpretación legal en estudio de adecuación normativa a modo de silogismo jurídico según la interpretación aristotélica.

---

<sup>1</sup> como bien lo ejemplifica GUTIÉRREZ SAENZ, Raúl, introducción a la lógica, 18a ed., Esfinge, México 1983.

<sup>2</sup> KUHN, Thomas Samuel, La estructura de las revoluciones científicas, 8a reimpresión a la 1a ed., en español, trad: Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, México 2004

**6.- JUSTIFICACIÓN.-** Según se puede desprender de la lectura de los textos legales, el nuevo paradigma de justicia penal en México, presenta una institución *sui generis*: la vinculación a proceso, con este motivo, en tanto no ha sido explicada en la doctrina internacional y de una manera apenas breve en la mexicana, es menester analizar qué es, cómo se presenta, cuál es su dinámica procesal, qué para con su instrumentación con relación al discurso que legitima la reforma constitucional penal, de aquí que la necesidad de su estudio en el México contemporáneo, sea absoluta.

**7.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-** ¿Qué es la vinculación a proceso? esta institución que aparece en el nuevo paradigma de justicia penal en México, y que no se hace presente en otros sistemas; pero además: ¿Guarda coherencia con el paradigma de justicia penal en que se encuentra inmersa esta institución? si entendemos y sostenemos que nos encontramos ante un paradigma de justicia penal que hemos de entender como de tendencia garantista, es imperioso responder estos cuestionamientos.

**8.- HIPÓTESIS.-** La vinculación a proceso como institución jurídico-procesal *sui generis* del nuevo paradigma de justicia penal en México, se erige como un indicador de la conceptualización garantista con que es construido el nuevo sistema de justicia penal.

**9.- UTILIDAD.-** La justificación de esta investigación encierra en sí misma la utilidad que puede significar su realización en tanto ha de fungir como bastión del nuevo sistema de justicia penal, evidenciando la racionalidad con que ha sido construido, pero también mostrando las complicaciones que la redacción del texto legal, especialmente sobre el particular, pueda significar, a fin de que, como todo ente perfectible, en aras de la coherencia del discurso que lo legitima, en su momento sea cimiento de la mejora.

## **APARTADO PRIMERO ASPECTOS GENERALES**

### **CAPÍTULO 1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENAL: UNA REFLEXIÓN GENERAL**

Junio 18 de 2008 encarnó para México un cambio paradigmático, ya desde la arista intrínseca del procedimiento penal, pero también en cuanto a su significancia para el entorno, no solo jurídico sino político e incluso social. Si pretendemos avisar la suerte de la reforma constitucional penal debemos comenzar por evitar acotamientos en nuestras reflexiones por tópicos puramente legalistas, menos aún por reductos procesales. Sigamos con una mirada de historicidad la evolución de esta reforma; claro, sin hacer a un lado el núcleo del evento, pero atendiendo además sus fuentes, su desenvolvimiento, sus motivos y propósitos, todos como composición de este proceso de transición.

Si revisamos los rubros antes propuestos, podremos entender que nuestras reflexiones no pueden ceñirse a la interpretación jurídica del texto de la reforma constitucional penal; tenemos que ampliar el panorama de este pensamiento y revisar los temas que circundan este evento, aquellos títulos que no debemos denostar a circunstanciales por que escapan a nuestro escueto pensamiento jurídico.

No pretendo que se tome por pasmosa la reforma constitucional penal, menos en un país como México, donde las adecuaciones de la Constitución han sido abundantes, dentro de las cuales no pueden pasar desapercibidas las que se refieren al ámbito penal; tampoco

cual panacea de los malestares que aquejan a nuestra realidad social contemporánea. El hecho de que esta decisión del Estado se realice en un panorama como el que México vive en estos días, de sí ya da alguna evidencia de estos indicadores extralegales, la ardua labor de su publicitación con motivo de los eventos delincuenciales tan cotidianos, también; pero existen otros datos quizá menos evidentes que también conviene ser revisados.

Una primera aproximación, y quizá aún muy aventurada conclusión, es que el Estado Mexicano ha considerado que el sistema de justicia penal previo a la reforma era insuficiente, tal vez inadecuado, o cuando menos indigno, pues la reforma planteó cambios muy significativos, que implicarán además una implementación de proporciones mayúsculas.

Sobre la Reforma algunas voces se han manifestado, por ejemplo Javier Dondé Matute, desde el interior del Instituto Nacional de Ciencia Penales planteó una tesis en la que augura con la reforma constitucional penal el desuso de la teoría del delito; plantea que parámetros procesales y sobre todo probatorios han sustituido los conceptos que aportaba la teoría del delito, lo que le condena a su extinción<sup>3</sup>. La misma idea plantea refiriéndose particularmente al Auto de Vinculación a Proceso, al decir: “como se puede observar, el cambio sustancial que se realizó consistió en abandonar el concepto de << cuerpo del delito >> por << datos que establezcan que se ha cometido un hecho >> delictivo. Este cambio consiste en desincorporar un concepto dogmático, propio del Derecho Penal sustantivo, para remplazarlo por conceptos estrictamente procesales [...] su comprobación ya no dependerá de las teorías dogmáticas en boga, sino de lineamientos probatorios<sup>4</sup>.”

Por su parte, Javier Jiménez Martínez, en sentido contrario señala –en particular referencia a la tesis de Dondé– que la reforma constitucional penal no significa el desuso de la dogmática penal, pues es el orden normativo penal lo que hace que nazca la teoría del

---

<sup>3</sup> DONDÉ MATUTE, Javier: Crítica a la teoría del delito: Bases para su destrucción. Consulta en línea, en: [http://www.inacipe.gob.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=177:critica-a-la-teoria-del-delito-bases-para-su-destruccion&catid=32:javier-donde-matute&Itemid=139](http://www.inacipe.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=177:critica-a-la-teoria-del-delito-bases-para-su-destruccion&catid=32:javier-donde-matute&Itemid=139) fecha de consulta: Julio 27 de 2011.

<sup>4</sup> DONDÉ MATUTE, Javier: Auto de vinculación a proceso, en: “*Criminogénesis, revista especializada en criminología y derecho penal*” año 3, número 6, México, Febrero de 2010, p. 18.

delito, y sus bases son indestructibles en un Estado cuyo eje principal es la lucha por la democracia y la protección de las garantías de sus ciudadanos, además de que esta condición obedece en buena medida al poderoso influjo del pensamiento sistemático del que México es heredero<sup>5</sup>.

Gerardo Laveaga reflexionando en torno a la reforma constitucional penal escribió: “debemos celebrar la iniciativa del Presidente Felipe Calderón y la responsabilidad con la que ha actuado el Congreso de la Unión, que ahora ponen a nuestro alcance instrumentos que bien utilizados, apoyados con recursos financieros y capacitación, permitirán a los mexicanos elevar su calidad de vida y dar un paso más hacia el Estado Democrático de Derecho al que todos —o casi todos— aspiramos”<sup>6</sup>; en franca respuesta a quienes han criticado la Reforma Constitucional Penal. También ha dicho que la idea de la reforma es que la mayoría de los asuntos penales se diriman a través de mecanismos de justicia alternativa, como la mediación, la conciliación y el arbitraje, de tal suerte que no tengan que llegar a juicio<sup>7</sup>. En contrapunto, el Dr. Moisés Moreno Hernández, ha referido sobre los mecanismos alternativos de solución de controversias en torno a la reforma, que no tienen que ser la regla, sino la excepción, pues de otra manera se sustituye al sistema de justicia penal, o se crea de antemano un sistema incapaz de cumplir con su función al agregarle una serie de muletas o salidas de escape<sup>8</sup>.

Don Sergio García Ramírez al cavilar sobre la reforma, sostiene que en años recientes hemos desacelerado la marcha del desarrollo, e incluso iniciado un camino de retorno, auspiciado por espesos discursos que cubren con argumentos democráticos los retrocesos que determinan el autoritarismo<sup>9</sup>. “El autoritarismo confía en el control social

---

<sup>5</sup> JIMENEZ MARTÍNEZ, Javier: Teoría del delito en el nuevo procedimiento penal mexicano: su importancia, en: “*Criminogénesis, revista especializada en criminología y derecho penal*” año 2 (sic), número 7, México, Septiembre de 2010, p. 77 y ss.

<sup>6</sup> LAVEAGA, Gerardo: ¿Quién teme a la reforma penal? Consulta en línea en: [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero\\_3/quien%20teme%20reforma%20penal.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/quien%20teme%20reforma%20penal.pdf) fecha de consulta: Julio 27 de 2011

<sup>7</sup> LAVEAGA, Gerardo: ¿Para qué sirve la reforma penal? Postura en: “*El mundo del Abogado*” año 13, número 142, México, Febrero de 2011, p. 19.

<sup>8</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, en entrevista para: “*El mundo del Abogado*” año 13, número 142, México, Febrero de 2011, p. 16.

<sup>9</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?, 2ª ed., Porrúa, México 2009, p. 7.

punitivo: quiere gobernar con el código penal en la mano. De ahí que multiplique los tipos penales, incremente las calificativas, explore nuevas maneras de regular la conducta con la amenaza de la pena, invoque la seguridad para abrir la brecha de la inseguridad, ofrezca mano dura –y providente-, que en su hora será martillo sobre las libertades y las garantías de los ciudadanos”<sup>10</sup>.

Como se advierte, las posturas sobre la reforma, y sobre temas particulares que ésta aborda, no son uniformes, cada uno de los autores que he referido tienen una trayectoria notable y son voces reconocidas que debemos atender, de mi parte procuraré con el rigor metodológico debido llegar a una aproximación crítica sobre el particular, que aunque desde ahora la ofrezco, no la detallaré sino hasta más avanzado el desarrollo de este trabajo.

## **CAPÍTULO 2. FUENTES DE CONOCIMIENTO EN QUE SE FUNDA LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENAL**

*Ubi societas ibi jus, ubi ius ibi societas*<sup>11</sup>; quiero utilizar este aforismo latino para recordar una parte elemental del derecho, su teleología; pero más aún para indicar y no olvidar que en la otra cara de esta moneda también existe una etiología, a la que claro, también debe atender la norma. Los procesos de construcción discursiva, estratificación y estructuración del pensamiento, y sin duda la formación de los cuerpos legales, atienden a estos linderos; no puedo imaginar una actividad de esta naturaleza sin una fuente ni un destino; con este motivo considero oportuno revisar algunos rubros que nos den visos ciertos de éstos.

### **2.1. REALIDAD SOCIO-JURÍDICA DEL MÉXICO CONTEMPORÁNEO**

México atraviesa por una coyuntura complicada, donde los temas de seguridad y criminalidad se han vuelto de primer orden; en la *guerra contra el narcotráfico* se ha instrumentado toda la voluntad del Estado, a la par la sociedad se manifiesta sobre los propios, especialmente con zozobra y abatimiento. Algunos datos conocidos –que quizá

---

<sup>10</sup> *Ibidem* p. 5.

<sup>11</sup> Donde hay sociedad hay derecho, donde hay derecho hay sociedad.

con la debidas providencias podríamos extrapolar desde ahora- nos indican que la percepción de inseguridad ha ido creciendo año con año, como también ciertos fenómenos criminales, sobre todo algunos íntimamente vinculados con la criminalidad organizada, por ejemplo: la contabilización de mil ejecuciones por año, de 2005 a 2010 redujo su temporalidad de realización alarmantemente, de 254 días a sólo 34, pasando por 181, 134, 113 y 91 respectivamente en cada año de este período<sup>12</sup>.

En Agosto de 2010, el CISEN<sup>13</sup> reconoció que en lo que iba del sexenio corriente, habían sucedido ya 28,000 muertes relacionadas con la *guerra contra el narcotráfico*<sup>14</sup>, y como éste, son muchas los datos de los que tenemos conocimiento cada día, relacionados con la criminalidad, estas referencias son muestra parcial de la realidad histórica por la que atraviesa nuestro País, asimismo, estos temas se han vuelto muy cotidianos en los medios de comunicación: prensa, televisión, radio e internet, y no puedo dejar pasar por alto que la mediatización también es un fenómeno que agudiza la percepción social<sup>15</sup>.

Como ya alguna vez indiqué citando algunas ideas de PAUL SWARTZ, la conducta humana como proceso histórico no se puede entender separadamente de los acontecimientos socioculturales que la circundan, como factores que eventualmente la condicionan, de ahí que coincido en sostener que los eventos criminales, su mediatización y también la respuesta del Estado con este respecto, es decir las políticas públicas en materia de criminalidad, se convierten en fenómenos exógenos de la percepción social del sistema penal. Así, la realidad socio-jurídica se conforma al paso de los días con estos elementos, que se vuelven objeto de percepción, primero como experiencia de los miembros de la sociedad que nos vemos inmiscuidos en tal fenómeno, pero también como objeto de miramiento desde el exterior.

---

<sup>12</sup> RAMÍREZ RAMÍREZ Francisco Roberto: Política criminal contra el narcotráfico: el caso mexicano, en: *Corrupción Institucionalizada ¿Mito o realidad?* coordinador Alejandro Carlos Espinosa, Ed., Criminogenesis /Dofiscal, México, libro en proceso editorial para su publicación.

<sup>13</sup> Centro de Investigación y Seguridad Nacional.

<sup>14</sup> "Cisen: 28 mil muertos por guerra a narco" en: *El Universal*, México D.F. 3 de Agosto de 2010, consulta en línea, en: <http://www.eluniversal.com.mx/notas/699304.html> fecha de consulta: Julio 25 de 2011

<sup>15</sup> Vid., SOTO NAVARRO Susana: "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia", en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, septiembre de 2005, consulta en línea: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf> fecha de consulta: Julio 27 de 2010.

Ciertamente, México y la *guerra contra el narcotráfico* que hoy se lidia en nuestro territorio, se han vuelto mira de atención internacional, personalidades como Barack Obama, Hillary Clinton, Collin Powell, Kevin L. Perkins, Janet Napolitano y Antonio Luigi Mazzitelli<sup>16</sup> se han manifestado con este respecto, dirigiendo su mensaje tanto al pueblo mexicano, como al resto del mundo, ¿Cuál es este mensaje? <<México está plagado por la delincuencia organizada, México es un país inseguro, México es un país temeroso, México es un país insuficiente, México tiene un sistema penal incompetente>>. Puntualmente, la organización *Human Rights watch* en su reporte mundial 2011, capítulo México, indica: "Muchos de los problemas más graves de derechos humanos que se manifestaron en México durante 2010 fueron el resultado de enfrentamientos violentos entre las fuerzas de seguridad del Estado y el crimen organizado, así como entre distintos grupos delictivos. Si bien el Ejército mexicano continúa cometiendo graves abusos durante operativos de seguridad pública, los responsables casi nunca responden ante la justicia por sus actos. Cada vez más periodistas, defensores de derechos humanos y migrantes son atacados deliberadamente por grupos delictivos y miembros de las fuerzas de seguridad. No obstante, México no ha ofrecido protección a estos grupos vulnerables ni ha investigado adecuadamente los delitos de los cuales han sido víctimas"<sup>17</sup>.

Desde el exterior, ésta es la realidad socio-jurídica que de México contemporáneo se percibe, una vinculación entre el elemento humano y legal de nuestra nación en una crisis por resolver y superar los males que le aquejan, situación que no es desconocida para nosotros, los miembros sociales. Sobre ésta, concretamente como fuente de la Reforma podemos advertir un *conocimiento previo*: el sistema mexicano de justicia penal es un sistema fallido. Como ya indiqué en líneas anteriores, el hecho de que la Reforma Constitucional sobre el sistema de justicia penal suceda en este momento, nos hace advertir este indicador, la cresta de violencia, delincuencia, y sus consecuencias que sobrevienen en México, han acorralado al Estado a tomar decisiones sobre dichos tópicos, hasta ahora la

---

<sup>16</sup> Respectivamente: Presidente de USA, Secretario de Estado de USA, Ex-Secretario de Estado de USA, subdirector de la División de Investigaciones Penales del FBI, secretaria de seguridad interna de Estados Unidos y representante de la oficina regional para México, América Latina y el Caribe, de la ONU contra la Droga y el Delito.

<sup>17</sup> Human Rights Watch: World Report/2011, capítulo México. Consulta en línea en: <http://www.hrw.org/es/world-report-2011/mexico-0> fecha de consulta: Agosto 16 de 2011

respuesta más evidente y quizá la más rentable mediáticamente, ha sido la lucha frontal contra el narcotráfico, la mano firme y decidida del Estado que arremete con el código penal para frenar estos fenómenos; lo digo así porque el propio Estado es quien ha usado esta terminología en sus ocasiones de difusión.

Esta reflexión no es tan novedosa como podríamos pensarlo, ya desde hace 50 años al menos, se cavilaba sobre la crisis en la administración de justicia penal, sobre la idea de que la criminalidad es una sombra que persigue a la sociedad y que con ella evoluciona organizándose y especializándose. Entonces ya se hablaba también de impunidad, de corrupción, del aprieto en que se hallaban las políticas de prevención social del delito<sup>18</sup>.

Podemos así notar que la sociedad, de un trecho temporal importante a la fecha comparte en lo substancial esta misma idea con el Estado; se cree que el sistema de justicia penal ha sido incapaz de frenar la delincuencia, que es un sistema corrupto, que es un sistema ignorante, y que es un sistema insuficiente para atender la evolución de la criminalidad; este *concepto colectivo* ha sido causado por los factores que como ya se indicó, inciden en la modulación de esta conciencia. Sin embargo, justo ahora deberíamos formular una interrogante más: ¿Es el sistema penal el encargado de abolir la criminalidad? Ante los fenómenos que están sucediendo la respuesta parece evidente y sobre todo contundente: *SÍ*. Las redes de esta relación sin embargo, son mucho más complejas que esta afirmación. Quizá un gran número de miembros del entramado social hayan inclinado postura por esta vía: <<descargar la responsabilidad de los fenómenos criminales en el derecho penal y su instrumentación procesal>>; pero ello no significa que el resto deba de coincidir, comulgar, o favorecer tal postura, por el contrario la pluralidad es aquí la mejor herramienta rumbo a la certeza, porque sólo ante la superación de la adversidad de esta crisis fáctica y conceptual se podrá adecuar de mejor manera este *concepto-objeto* como proceso real-histórico. La anterior idea se propone como medio de instrumentación para la

---

<sup>18</sup> Vid., QUIRÓZ CUARON, Alfonso: Crisis de la Administración de Justicia Penal, en: "*Temas y problemas de la administración de justicia en México*" antología, selección de José Ovalle Favela; Miguel Ángel Porrúa Editor, México 1985, p. 295 y ss.

transición ante cuyo umbral nos encontramos; porque ni el azar ni el porvenir, tan arraigados en la sociedad mexicana<sup>19</sup> podrán encargarse de este epígrafe.

## 2.2. GLOBALIZACIÓN

El mundo contemporáneo evoluciona a una velocidad vertiginosa, básicamente por estándares cibernéticos y *la economía* se ha consolidado en principal esencia de la evolución de nuestros tiempos; el derecho y los sistemas jurídicos no han escapado a esta tendencia<sup>20</sup>. "Los modelos económicos de desarrollo, y en sí mismo el poder económico que está detrás, en buena medida ha condicionado el desarrollo del Derecho en cualquier par de temporadas espacio-temporales"<sup>21</sup>. Así, la reforma constitucional penal atiende también a estos parámetros. Para algunos, la globalización es entendida como la expresión del imperialismo estadounidense, de algún modo complementado por fuerzas europeas y asiáticas<sup>22</sup>; sin embargo, creo que para fines serios debemos evitar prejuicios de este tipo, efectivamente la moderna aparición de la globalización ha tenido como fuertes actores a los ya enunciados, en torno a la dinámica del capitalismo; sin embargo condiciones como éstas -nos enseña la historia- ya han sucedido en otro tiempo y otros lugares; "las tendencias integracionistas de los diferentes pueblos en el tiempo son una parte importante en la conformación de los procesos de globalización y tuvieron una expresión manifiesta en el expansionismo comercial de los fenicios o en el militar del Imperio Romano, Español e Inglés principalmente. El descubrimiento de América, los viajes de Marco Polo y las conquistas de Darío y Alejandro respondían a un deseo de unificar el mundo"<sup>23</sup>. Sin conceder alguna orientación definitiva sobre el particular, que escapa a los fines de este

---

<sup>19</sup> CÁRDENAS VIDAURRI, José Honorio y ZACARÍAS, Israel Casimiro: Sociología mexicana, reimpresión de la 1a ed., Trillas, México 2006, p.166 y ss.

<sup>20</sup> Al respecto, Vid., GRÜN, Ernesto: Las globalizaciones Jurídicas, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2367456> fecha de consulta Septiembre 16 de 2011.

<sup>21</sup> REVUELTA VAQUERO, Benjamín: Derecho y Globalidad, en: "*Retos y perspectivas de la enseñanza del derecho*", Luis Felipe Guerrero Agripino, coordinador, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, México 2007, p. 199.

<sup>22</sup> CODEVILLA, Hugo: México 2006-2009 la coyuntura adversa, Miguel Ángel Porrúa Editor, México 2008, p. 21.

<sup>23</sup> OPALIN CHMIELNISKI, León: ¿Globalización de la crisis o crisis de la globalización?, Porrúa, México 2005, p. 1.

trabajo, ante todo considero conviene distinguir a la globalización como objeto cognitivo y como un instrumento operativo.

La globalización es un concepto u objeto de estudio<sup>24</sup>; una idea que como cualquiera es útil para delinear los procesos humanos. En términos muy llanos podemos entenderla como una tendencia del Estado en los procesos macroeconómicos; tendencia, porque en alguna medida influye en la convicción de las decisiones que éste asume<sup>25</sup>; pero asimismo también, es una proceso operativo<sup>26</sup> en la búsqueda de rentabilidad por conducto de la internacionalización de la circulación de bienes, servicios y capitales. Ahora, la interrogante al respecto se esperaría obvia ¿Qué tiene que ver la mundialización de la economía o moderna globalización con el sistema de justicia penal? La transnacionalización de las relaciones estatales implica una inversión de fase del Estado, particularmente del mexicano, que tradicionalmente conducía la mayoría de sus procesos centrípetamente -dentro de ellos claro, los económicos, pero también los relativos al sistema de justicia- pero que al paso del tiempo se ha sumado a la fuerza centrífuga de las potencias contemporáneas<sup>27</sup>.

Este concepto, en el ámbito político y legal se traduce en postulados que guían o pretenden guiar al sistema normativo, y con ello también las actuaciones del sistema de justicia. Comenzando con la idea misma de Estado, según los postulados *Heglianos* el Estado es la representación más acabada del proceso dialéctico, y así el fundamento de la organización social<sup>28</sup> idea en la que se sostiene la noción de Estado Nacional. Hoy en día, surge una nueva noción de Estado, el Estado Global, con la que los instrumentos normativos se ven forzados a un ajuste<sup>29</sup> en aras de congruencia y verdadera utilidad<sup>30</sup>, pues

---

<sup>24</sup> Al respecto también: ARÉVALO MUTIZ, Paula Lucía: Los desafíos del derecho frente a la globalización, en: revista “*Vía Juris*” número 4, año 2008, p. 76, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3293516> fecha de consulta: Septiembre 16 de 2011.

<sup>25</sup> Sobre el particular Revuelta Vaquero considera que sucede un condicionamiento por supradeterminación de tramas, así el entramado económico presiona al político para que a su vez ajuste el jurídico.

<sup>26</sup> ARÉVALO MUTIZ, Paula Lucía. *Ob.*, *Cit.* p.76.

<sup>27</sup> No se juzgue inmediata, contextualice la aseveración pues el cambio de que hablo podría referirse incluso a la baja edad media, la transición rumbo a la edad moderna.

<sup>28</sup> GARCÍA SILVA, Gerardo: La reforma al sistema de justicia penal, consulta en línea en: [http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/NUmero6\(4aepoca\)/02GarciaSilvaSP.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/NUmero6(4aepoca)/02GarciaSilvaSP.pdf) p. 68, fecha de consulta: Agosto 16 de 2011

<sup>29</sup> El ajuste del que hablo es referido primordialmente al orden normativo mexicano, ya que la realidad es la que ha orillado a los ajustes normativos; en otros estados, la reforma política y normativa fueron las guías de

la contraposición de estos factores, ante su aún tardía homologación ha generado vacíos que ocasionalmente desembocan en detrimentos de derechos fundamentales, "estas circunstancias nos muestran que la nueva situación que vive el Estado Nacional frente al sistema global, requiere de controles que se proyecten también de la misma manera con el objeto de atacar los obstáculos que impiden la protección cabal de los derechos fundamentales y el desarrollo humano"<sup>31</sup>. Es así como la globalidad se convierte en un fundamento teórico que repercute en la transformación de los sistemas políticos y legales.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte del que México es partícipe, es un claro ejemplo de esta *tendencia*, por virtud de éste, bienes, servicios y capitales transitan entre los Estados miembros: Canadá, Estados Unidos y México; pues bien, su suscripción atiende sin lugar a dudas a cuestiones de economía, pero también tiene implicaciones políticas y jurídicas, con su adopción el entonces presidente mexicano Don Carlos Salinas de Gortari, asumió también un compromiso de adecuación normativa; así la reforma constitucional penal atiende a la globalización desde las dos vertientes ya expuestas, como objeto de conocimiento, y como proceso operativo para la instrumentación de funciones económicas; luego entonces, la globalización sí tiene alguna incidencia en los marcos normativos, puntualmente sobre el nuevo sistema de justicia penal tiene una incidencia evidentemente directa.

Ésta decisión quizá podríamos atemperarla a una *cortesía política*, con la que la homologación de los sistema procesales se ofrece como terreno fértil para la solución de cualquier desavenencia entre los miembros de los Estados partícipes, pues incluso puntualmente su artículo 1210 indica un compromiso cierto para la incursión de los profesionales de los estados miembros para ejercer en territorio nacional sin requisitos de nacionalidad o residencia permanente. La globalización pone en íntimo contacto a diferentes sistemas, con diferentes grados de desarrollo económico y de organización social, estos dos factores son pieza clave del ente social y consecuentemente del Estado,

---

la apertura mundial, mundialización o globalización del respectivo Estado, particularmente aquellos que del capitalismo hicieron el eje rector de su desarrollo.

<sup>30</sup> Al respecto, *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: La expansión del Derecho Penal, 3ª ed., Editorial B de F, Argentina 2011, p. 91 y ss.

<sup>31</sup> BRITO MELGAREJO, Rodrigo: Constitucionalismo global, Porrúa, México 2005, p. 129.

que presentará también -por muy cercano que pueda ser a otro Estado miembro- diferencias normativas resaltables.

Con estos procesos globalizadores y los compromisos asumidos en tal instrumento, México con una tradición romanística<sup>32</sup> y un proceso legal ya enraizado, se ha colocado frente a un sistema normativo que atiende en mayor medida al cuño anglosajón, se señala incluso como específica referencia al sistema estadounidense; lo cierto es que la reforma constitucional penal ha adoptado la implementación de un nuevo sistema procesal completamente diferente al que veníamos utilizando: los juicios orales, el sistema acusatorio con tendencia adversarial; efectivamente muy arraigado en Estados Unidos, tanto en su sistema judicial-legal como entre sus miembros sociales; que aunque ajeno a la tradición mexicana, sí con rasgos latinos.

### 2.3. DEMOCRACIA

Al referirme a la democracia quiero ir un poco más allá de la connotación etimológica que representa, es decir el significado del vocablo; a razón de que como lo he venido haciendo en este trabajo, me interesa llevar a cabo una vinculación entre los objetos del conocimiento y el conocimiento mismo, o sea una interpretación que vincule dos distintos polos de las cosas: el ideal y el real. Siguiendo el pensamiento de Bentham, la deontología democrática en que se funda el igual democrático sistema concede racionalidad a las instituciones, a mi juicio incluso cordura mientras permite adoptar una fórmula que garantice de buena manera las libertades inalienables de los miembros sociales, en tanto nuestra asociación para el ejercicio de la voluntad general logra a través del gobierno la

---

<sup>32</sup> América Latina, México sin duda; se encuentra normativamente determinada por la tradición romano-canónico-germánica, continental europea también denominada, debido a fue una potencial función unificadora del Derecho Romano, al respecto Vid., GUZMÁN BRITO, Alejandro: La función del derecho romano en la unificación jurídica latinoamericana, en *"Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho"* coord., David Fabio Esborraz, Porrúa, México, 2006, pp.177-208. También al respecto Vid. ISLAS COLIN, Alfredo: Importancia del derecho romano en la época actual, en: Revista Amicus Curiae, año 1, número 4, Sistema de Universidad Abierta/Facultad de derecho UNAM, México, 2009, consulta en línea en: <http://www.journals.unam.mx/index.php/amicus/article/viewFile/14589/13890> fecha de consulta: Agosto 20 de 2011.

procuración del desarrollo, tomando como base la conservación de estas libertades<sup>33</sup>. Sin embargo, en contrasentido existe también la arista que le contempla como una reelaboración de los conceptos clásicos y universalistas encaminados a la mantención del *status quo* del sistema capitalista<sup>34</sup>.

Revisar la democracia conforme a los parámetros antes indicados, tiene una ocupación en sentido prescriptivo y otra en sentido descriptivo<sup>35</sup>; sin verificación la prescripción es irreal, asimismo sin ideal una democracia no es tal<sup>36</sup>, en atención a ello, la reforma constitucional penal debe de ser analizada conforme a estos lineamientos para determinar así, si el discurso que la legitima encuentra fundamento en tales alientos democráticos o si por el contrario se transforma en una herramienta de mantención de ciertos estándares en el propio Estado. Debemos tener estos parámetros perfectamente definidos, respecto de los que además el acuerdo de aceptación sea general y confiado; éstos se han definido al paso de los tiempos con datos que nos brindaron experiencia y que nos invitaron a la reflexión, a la construcción del pensamiento que define los senderos del mejor estar<sup>37</sup>.

Los indicadores que encontremos al realizar esta revisión, servirán como base para determinar la valencia de la democracia, según la aplicación de sus valores, como un régimen medible que obedecen a un criterio de mayor a menor<sup>38</sup>. Una fuerte corriente que ha impulsado adecuaciones normativas en el mundo entero, son los pactos, convenciones o declaraciones en materia de derechos humanos, muchos de los cuales han sido suscritos por México, a continuación bajo este orden de revisión de indicadores, repasaremos algunos de ellos.

---

<sup>33</sup> RAMÍREZ RAMÍREZ, Francisco Roberto: La inobservancia al principio de reserva en el código penal federal, en: "*Criminogénesis, revista especializada en criminología y derecho penal*" año 2 (sic), número 7, México, Septiembre de 2010, p.218.

<sup>34</sup> VARGAS HERNÁNDEZ, José Guadalupe: Del gobierno por el pueblo a la posdemocracia económica transnacional, global y cosmopolita, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2347502> fecha de consulta: Septiembre 16 de 2011.

<sup>35</sup> Al respecto, *Vid.*, PALAVICINI CORONA, Gabriela: Gobernabilidad y democracia, entre utopía y realidad, Porrúa, México 2005, pp. 7,8.

<sup>36</sup> SARTORI, Giovanni: ¿Qué es la democracia?, trad., Miguel Ángel Ruíz de Azúa, *et al.*, Taurus, México, 2008, p. 18.

<sup>37</sup> Por ejemplo, la lucha por dirimir el disenso entre el comunismo y el capitalismo.

<sup>38</sup> PALAVICINI CORONA, Gabriela: *Op. Cit.*, p. 9.

### 2.3.1. DOCUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

En especial referencia a los instrumentos internacionales que inciden en la Reforma constitucional penal, señalaré cuál es y sobre que trata:

- a) DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (2 de Mayo de 1948) artículo XXVI.- *Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.* La presunción de inocencia, principio de presunción de inocencia o simplemente principio de inocencia.
- b) DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (10 Diciembre de 1948) artículo 11.- Párrafo 1. *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.* Principio de inocencia y adicionalmente, publicidad del enjuiciamiento.
- c) DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE DELITOS Y DEL ABUSO DE PODER (29 de Noviembre de 1985) inciso A, numeral 4.- *Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.* Reparación del daño e injerencia en los mecanismos de justicia.
- d) CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN (9 de Diciembre de 1988) principio 36.- 1.- *Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas*

*las garantías necesarias para su defensa. 2.- Sólo se procederá al arresto o detención de esa persona en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención. Principio de inocencia, principio de publicidad, Defensa bajo régimen de garantías, excepcionalidad de prisión preventiva.*

- e) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (16 de Diciembre de 1966) párrafo 3 del artículo 9.- [...] *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. Párrafo 2 del artículo 14.- Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.* Excepcionalidad de la prisión preventiva y principio de inocencia.
- f) CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22 de Noviembre de 1969) Párrafo segundo del artículo 8.- *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. artículo 10.- Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.* Principio de inocencia e indemnización por error judicial.

Como se puede advertir, de entre los instrumentos indicados, el principio de inocencia es el más recurrente, y data de cuando menos 60 años previos a la fecha en que sucedió la reforma mexicana, así también podemos encontrar el principio de publicidad, la excepcionalidad de la prisión preventiva, el derecho de defensa, indemnización ante condena por error judicial, y; reparación del daño para el ofendido o víctima. Estos tópicos

han sido abordados por la reforma constitucional penal de 2008: el artículo 20, apartado B fracción primera, introdujo el principio de inocencia o de presunción de inocencia; el propio artículo 20, en el párrafo previo al apartado A, o párrafo inicial, indica el principio de publicidad. Artículo 20, apartado C, fracción IV, reparación del daño como derecho de la víctima o el ofendido; Artículo 19, párrafo segundo, excepcionalidad de la prisión preventiva.

Por virtud del orden normativo integral, los instrumentos internacionales signados por México bajo ciertos formulismos, forman parte del derecho positivo de la nación, lo que de sí implica que ya habrían de observarse; la reforma constitucional penal puntualizó éstos a manera de categorías generales que la legislación secundaria debe ahora instrumentar, atendiendo a si se trata de una norma operativa a bien una de carácter programático. Los indicadores antes señalados constituyen visos de prescripciones democráticas, así, se confirma que el orden normativo describe cuando menos en los indicadores revisados la prescripción, y atiende al incremento de valencia con tendencia a una mayor observancia.

Una especial referencia merece el Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México<sup>39</sup>, de la oficina del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, cuyo principal coordinador fue Anders Kompass, y que data del año de 2003; dentro del cual existen puntuales recomendaciones sobre el sistema de justicia penal, al indicar: *"el abandono del modelo de enjuiciamiento penal inquisitorio"*, en el punto 2.1.1.1 de este documento se lee como subtítulo *"Adopción de un sistema penal acusatorio"* cuyo texto indica: La subsistencia en México de un sistema inquisitorial, en el cual el ministerio público tiene excesivas facultades para apreciar el valor de las pruebas recabadas, tomar declaraciones al inculpado, y la limitación para una adecuada defensa por parte del indiciado, permite que en la práctica, los casos que llegan a ser del conocimiento de un juez tengan una fuerte carga procesal en contra del acusado, en virtud de que los expedientes llegan ante el juez correspondiente ya integrados. La necesidad de la

---

<sup>39</sup> Disponible: [http://www.ife.org.mx/docs/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-IFEMujeres/Mujeres-SitiosTemasInteres/Mujeres-Publicaciones/Mujeres-Publicaciones-estaticos/Diagnostico/Diagnostico\\_sobre\\_DH\\_en\\_Mexico.pdf](http://www.ife.org.mx/docs/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-IFEMujeres/Mujeres-SitiosTemasInteres/Mujeres-Publicaciones/Mujeres-Publicaciones-estaticos/Diagnostico/Diagnostico_sobre_DH_en_Mexico.pdf) fecha de consulta: Septiembre 11 de 2011.

adecuación del sistema penal a un modelo acusatorio ha sido reconocida por diversos organismos no gubernamentales nacionales, que han manifestado que se debe adoptar un modelo “en el que tanto el inculpado como la víctima de un delito, representada en este caso por el MP, tengan una equidad procesal tal, que permita que sea el juez quien decida la sujeción a proceso de un inculpado y, en su caso, el sentido de la sentencia,” sobre la base de los medios probatorios aportados por las partes, mismos que deben tener un valor igual. Adicionalmente, un sistema acusatorio implica el establecimiento de juicios orales, públicos, concentrados y adversariales<sup>40</sup>.

Mayor puntualidad no puede pedirse, el dictamen en el apartado relativo es preciso al recomendar la adopción de un sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio con tendencia adversarial, donde rijan los principios de oralidad, publicidad y concentración; resulta evidente que el sistema de enjuiciamiento penal, previo a la reforma era un sistema de *justicia administrativa*, en tanto era una autoridad de tal naturaleza la encargada del acopio del acerbo probatorio que serviría de base para la imposición de pena por el poder judicial; el cambio busca la judicialización de la instancia de justicia penal, en aras de mayor respeto por los derechos fundamentales de quien se encuentra sujeto a un proceso de esta naturaleza. El modelo de enjuiciamiento no es la única nota a distinguir de este dictamen, en el que también podemos encontrar referencias sobre derechos de la víctima, prisión preventiva, la acción penal privada, entre otros que también aborda la reforma.

En términos generales este es el discurso político de las bondades de la reforma, la exaltación de sus virtudes pero ¿qué pasa con otros indicadores?

### **2.3.2. LA REFORMA DE EXCEPCIONES: INDICADOR DE REGRESIÓN DEMOCRÁTICA<sup>41</sup>**

Los avances en materia democrática que aporta la reforma constitucional penal, son notables y atinados, sobre ello que no quepa duda. Pero este discurso se ve acotado o

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p.11 del Dictamen.

<sup>41</sup> El presente apartado se corresponde medularmente con el título denominado *régimen de excepción*; consultable en: RAMÍREZ RAMÍREZ Francisco Roberto: Política criminal contra el narcotráfico: el caso mexicano, *Ob.*, *Cit.*

ultrajado por las excepciones incluidas, que incluso podrían ser acusadas de dramáticas. Algunas excepciones significativas las localizamos en:

Artículo 16, párrafo segundo: *" Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros."*

Artículo 16, párrafo décimo: *" Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada."*

Artículo 16, párrafo decimotercero: *" Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada."*

Artículo 18, párrafo octavo: *" Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad."*

Artículo 18, párrafo noveno: *" Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos."*

Artículo 19, párrafo segundo: *"El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes [...]. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud."*

Artículo 19, párrafo sexto: *" Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal."*

Artículo 20, apartado B, fracción III: *El acusado tiene derecho " A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador."*

Artículo 20, apartado B, fracción V: *" Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo. En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio [...]."*

En atenuación se puede argüir cuando menos, que las excepciones se encuentran dirigidas básicamente a la denominada *<<Delincuencia Organizada>>*, empresas criminales de prestación de servicios ilícitos o productos ilícitos que han colmado vacíos de

mercado, a las que en México por virtud de su orientación llamamos de manera generalizada *narcotráfico*.

En relación a las formas de combate al narcotráfico, la Procuraduría General de la República, en su página *web* oficial, indica: “México considera al fenómeno de los delitos contra la salud (narcotráfico) como un problema que afecta la seguridad nacional”<sup>42</sup>; llama mi atención el término <<*Seguridad Nacional*>>, que evoca a decir del profesor ZAFFARONI<sup>43</sup> a Carl SCHMITT en su teoría del partisano, donde racionalizó la doctrina de la seguridad nacional, que llega a México por conducto de Estados Unidos y la Escuela de Panamá<sup>44</sup>. El panorama tras el evento del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, fue de focalización de un enemigo: El terrorismo, en México no tenemos fenómenos de terrorismo en este momento, pero en su lugar, la delincuencia organizada se ha convertido en el gran enemigo.

Esta idea de seguridad nacional inventa un *novus* estado de guerra<sup>45</sup>, donde las estrategias de tratamiento para el enemigo tienen una peculiar forma de instrumentarse, de entre ellas se pueden advertir limitaciones al derecho de defensa, investigación por elementos de inteligencia sin control judicial, ampliación de términos en detenciones, agravación de conductas típicas, tipificación de actos preparatorios entre otros. El uso de las fuerzas armadas en esta <<guerra contra el narcotráfico>> y la política penal también asumida en el mismo sentido, dan muestra de la vigencia en el Estado mexicano de este régimen excepcional, que se traduce también en la aplicación de un derecho penal diferente.

---

<sup>42</sup> Consulta en línea:

<http://www.pgr.gob.mx/Combate%20a%20la%20Delincuencia/Combate%20al%20Narcotrafico/Formas%20de%20Combate%20al%20Narcotrafico/Formas%20de%20combate%20al%20narcotrafico.asp> Fecha de consulta: Julio 22 de 2011.

<sup>43</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul: “*La destrucción total del Código Penal en la Argentina*”, conferencia grabada en video, puesta a disposición en línea por la Universidad de Buenos Aires, en: [http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v\\_zaffaroni\\_01.php](http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v_zaffaroni_01.php) fecha de consulta: Julio 22 de 2011.

<sup>44</sup> Al respecto también, Vid., LEAL BUITRAGO, Francisco: La doctrina de seguridad nacional, materialización de la guerra fría en América del Sur, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2349602> fecha de consulta: Septiembre 16 de 2011.

<sup>45</sup> Partiendo de estas ideas, JAKOBS -señala PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, en: La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno, 1ª ed., Iustel, España 2007, p. 35.- “Atribuye al Estado, ya no solo el *ius puniendi*, sino el *ius bello*, esto es, la posibilidad de determinar quién es el enemigo y combatirlo, de declarar la guerra [...]”

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y las excepciones indicadas en la parte primera de este apartado están motivando la incursión de un paralelismo jurídico-penal que crea un régimen legal privativo, motivo del cual podríamos hablar incluso de tribunales especiales aunque no en estricto sentido constituidos, sí materialmente delimitados por su actuación. “Esta Ley esta instaurando todo un nuevo sistema de administración de justicia, paralelo al ordinario, pues contiene normas sustantivas, procesales y de ejecución que son privativas para aquellas personas que por pertenecer a la delincuencia organizada, acuerden realizar o realicen los delitos a que se refiere el artículo 2º de la misma”<sup>46</sup>.

Según dispone el artículo 13 constitucional, nadie puede ser juzgado por leyes privativas<sup>47</sup>, sin embargo parece que la lucha contra el narcotráfico justifica cualquier medida necesaria para cumplir su cometido. Dentro de la gama de este paralelismo jurídico-penal se encuentran<sup>48</sup> la definición del tipo penal de delincuencia organizada, situaciones particulares sobre prescripción, inicio de la investigación por simple sospecha, infiltración de agentes informantes, arraigo de personas sospechosas, reserva de la identidad del acusador, intervención de las comunicaciones privadas por personas particulares que no son autoridad, indicio y presunción fundada de que alguien es miembro de la delincuencia organizada para realizar el aseguramiento de su bienes, negociación de beneficios penales para colaboradores y delatores miembros de la delincuencia organizada, reducción de penas para colaboradores y delatores, recompensa a colaboradores particulares, por señalar algunos.

Como se ve, las temáticas abordadas por esta ley crean un patrón singular que inicia desde la creación de normas penales sustantivas, hasta temas de consecuencias jurídicas del delito y su ejecución, sin pasar por alto todos los elementos relativos al procedimiento.

---

<sup>46</sup> GONZÁLEZ VIDUARRI, Alicia y SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto: Criminología, 2ª ed., Porrúa, México 2008, p. 197.

<sup>47</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 13, consulta en línea, en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> fecha de consulta Julio 25 de 2011.

<sup>48</sup> Todos los rubros a continuación descritos, en: GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia y SANCHEZ SANDOVAL, Augusto: Ob. cit. p. 198 y ss.

Como ya se dijo, quizá la necesidad ha orillado a nuestra realidad política a inclinarse por esta postura, “antes de 1996, no existían muchos capos del narcotráfico a los que se le hubiera podido comprobar su participación en delitos contra la salud. La mayoría de ellos fueron acusados de tenencia y posesión de armas o de homicidios asociados a la violencia que la delincuencia organizada genera. Hoy la situación es distinta, ya que los líderes de estas organizaciones enfrentan procesos por su pertenencia a la organización delictiva”<sup>49</sup>.

Esta necesidad y su consecuente actuación en la Política Pública han tenido a su vez el requerimiento de un discurso que les legitime, que sin embargo no es nuevo; ya Rousseau indicaba: “Por otra parte, todo malhechor, atacando el derecho social, conviértase por sus delitos en rebelde y traidor de la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como a enemigo que como a ciudadano”<sup>50</sup>, asimismo este discurso, particularmente haciendo referencia al uso del Derecho Penal es también abordado por Günther Jakobs, en su explicación de la dogmática penal, con la acotación siguiente: “El Derecho Penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho Penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho Penal de ciudadanos”<sup>51</sup>.

De la anterior afirmación es dable inferir que la política criminal que se base en esta toma de postura está creando con la reforma constitucional penal dos sistemas penales paralelos, uno que se aplicará a los ciudadanos y otro que se aplicará a los enemigos: en el caso mexicano los capos del narco, sus lugartenientes, sicarios y demás fuerza de trabajo de tal empresa criminal. Con aparente precisión y clara delimitación entre uno y otro;

---

<sup>49</sup> GONZÁLEZ RUÍZ, Samuel, ZINGERMAN, Gleb y MORENO HERNÁNDEZ, Moisés: “*Lucha contra la delincuencia organizada y respeto a los Derechos Humanos: un marco de referencia en la lucha contra el terrorismo*” en Terrorismo y delincuencia organizada, un enfoque de derecho y economía; Andrés Roemer y Edgardo Buscagila compiladores, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2006, p. 204.

<sup>50</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques: El contrato social o principios de Derecho Político, 15ª ed., Porrúa, México 2006, p. 24.

<sup>51</sup> JAKOBS, Günther: Moderna Dogmática Penal, estudios compilados; trad. Enrique Peñaranda Ramos, 2ª ed., Porrúa, México 2006, p.430.

considero que esto puede presentar ciertos problemas en su instrumentación<sup>52</sup>, nuestra realidad histórica contemporánea presenta matices cada vez mas esfumados entre la delincuencia convencional y la de tipo organizada, que entre sus características incide vinculantemente con temas de corrupción, violencia, sofisticación, estructuración compleja, organización por células, disciplina, cerebros técnicos, carácter transnacional<sup>53</sup>, además de estratificación y penetramiento psicosocial que también destella en el fenómeno de la criminalidad, como fomento de un estado social alternativo; respecto de ella cabe meditar si es que el Derecho Penal está presentando una evolución en el sentido de una expansión razonable<sup>54</sup> o en cambio se le usa como herramienta de una persecución selectiva.

Concluyendo con este orden de ideas, en México existen datos y evidencia que nos hace pensar que las políticas públicas en materia de criminalidad han tendido a inclinarse por un discurso que les justifica en el empleo cada vez más severo del poder punitivo, de la violencia institucionalizada, en franca regresión en materia de derechos humanos y los estándares democráticos más elementales; que sin embargo, se proclama como necesaria ante la realidad también cada vez más violenta de los cárteles del narco.

## **2.4. APROXIMACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL**

La política criminal, o política criminológica como le denomina entre otros el Maestro Eduardo Martínez Bastida consiste en "estrategias que tienden a frenar la criminalidad y los procesos de criminalización primaria y secundaria"<sup>55</sup>. Estas estrategias de carácter estatal, lo más de las ocasiones se traducen en adecuaciones normativas o bien en creaciones normativas; es decir normas legales que se reforman o se crean con esta orientación, como se puede notar asumo tácitamente que la política criminal es una respuesta del Estado, de ello no desligo el ámbito de intervención de la sociedad como

---

<sup>52</sup> El problema de las excepciones a la regla, es dónde marcar los límites, quién los delimita y bajo qué criterio.

<sup>53</sup> GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David y SANTOYO CASTRO, E. Alejandro: Crimen organizado realidad jurídica y herramientas de investigación, Porrúa, México 2010, p. 27 y ss.

<sup>54</sup> Al respecto, *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Ob., cit.* p. 11 y ss.

<sup>55</sup> MARTÍNEZ BASTIDA, Eduardo: Política Criminológica, 1a ed., Porrúa, México 2007, p. 4.

elemento<sup>56</sup>, sin embargo no comparto las posturas que le asumen como respuesta social, así considero que el objeto de análisis sobre el particular debe de ser la constitución, particularmente la reforma que da motivo a estas líneas que se escriben, puesto que en ella se recoge el carácter que orienta la labor jurídica y política. La reforma constitucional mexicana de 2008 ha tenido como motivos de su creación la reducción de los índices de delincuencia<sup>57</sup>, entre otros más específicos, que a continuación procederé a referir:

#### **2.4.1. ALGUNAS RAZONES EXPUESTAS<sup>58</sup>**

##### **2.4.1.1. EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO HA DEJADO DE SER EFICAZ**

Como se recordará, en líneas anteriores me aventuré a sostener una declaración en este sentido, ahora la confirmo tomando como punto de referencia los propios razonamientos del legislador, quien efectivamente a razón de las iniciativas de reforma analizadas en el dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma que adiciona y deroga diversas disposiciones de la constitución política de los estados unidos mexicanos de fecha 10 de Diciembre de 2007 ha considerado que el sistema de enjuiciamiento penal que veníamos sosteniendo, conocido como mixto con tendencia al inquisitivo ha dejado de ser eficaz, sin embargo debemos de hacer unas puntualizaciones sobre el particular, por ejemplo: ¿Eficaz para qué? Al respecto el propio contenido de este dictamen nos da luz pues considera el legislador que el sistema de justicia penal cumple la función de combatir los índices de delincuencia.

Con el propio debemos entonces entender que desde la perspectiva del legislador, el sistema de justicia penal ha dejado de ser eficaz para combatir los índices de delincuencia alarmantemente crecientes; lo que de sí denota -como también ya se indicó en supralíneas- que se asume al derecho penal como el encargado de menguar la criminalidad, punto que si bien no es el particular del análisis aquí emprendido, no puedo dejar de referir que

---

<sup>56</sup> En México, lamentablemente este elemento se encuentra poco desarrollado.

<sup>57</sup> Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la constitución política de los estados unidos mexicanos, apartado de consideraciones, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071211-VIII.html> fecha de consulta Septiembre 11 de 2011.

<sup>58</sup> Tomadas del dictamen a que se refiere la referencia inmediata anterior (*Ibid.*)

considero que ésta no es la encomienda primordial del sistema de justicia penal, menos del derecho penal en sí.

Considero que el sistema de justicia penal tiene por finalidad inmediata resolver las cuestiones que devienen con motivo de la infracción de la norma penal; particularmente conforme a los lineamientos del nuevo sistema de enjuiciamiento penal: *resolver las controversias que se originen con motivo de la comisión de un hecho que la ley considera delito*; no puedo dejar pasar por alto que, ciertamente también se prevé o sostiene que se cumple una función mediata en tanto la prevención especial repercute en el índice de criminalidad, sin embargo pienso que ésta es una función de la consecuencia jurídica del delito, que sólo es una parte -última por cierto- del derecho penal instrumentado; que más se atenúa aún ahora con la implementación del nuevo sistema de justicia penal que tiene como una de sus bases primordiales la solución alternativa de conflictos, y que deja a la consecuencia jurídica del delito como la última a empleo.

De esta guisa puedo inferir que el legislador limita la percepción con la que sostiene esta afirmación, y le da al sistema de justicia penal y al Derecho Penal en sí, un sesgo primordialmente agresivo que si bien se compagina con el propio discurso del ejecutivo que ha emprendido una guerra frontal contra la delincuencia, sobre todo contra la delincuencia organizada; no siempre se ajusta en congruencia con sus propios razonamientos pues también asegura que se construye asimismo un sistema garantista.

#### **2.4.1.2. RUPTURA DEL MONOPOLIO DE LA ACCIÓN PENAL**

Se piensa igualmente que el ejercicio de la acción penal monopolizada en el Ministerio Público ha dejado como paciente de una obligatoria relación de tutela a la víctima u ofendido del delito, que se acusa por injusta; ante ello la posibilidad de que el propio pasivo del ilícito acuda ante el Juzgador con las formalidades indispensables, a querrellarse y ejercer una acción penal, con los miramientos de solucionar el conflicto consecuencia de la infracción de la norma penal, se han tornado respectivamente en una de las razones y soluciones que procuró la reforma.

Marginalmente quiero hacer el esbozo de una consideración personal sobre el particular: Pienso que esta conceptualización sobre el ejercicio de la acción penal, tiene una trascendencia en el ámbito de nuestra dogmática; tristemente me he dado cuenta que a últimas fechas y con motivo de la reforma una parte de los estudiosos del derecho piensan que la dogmática es una inútil, ajena y rebuscada forma explicar el derecho penal; por el contrario comparto la idea de los que piensan que México como cualquier otro país tiene un modo de interpretación del derecho penal típica de nuestra región, ella es nuestra dogmática penal mexicana. Un ejemplo de ello que podemos advertir con motivo de la reforma es este específico rubro, que considero trasciende en específico por sus ecos sistemáticos; de acuerdo al siguiente orden de ideas: (1) Ejercita la acción penal quien tiene legitimación para hacerlo, igualmente el cesamiento radica en la titularidad de esta legitimación, en consecuencia de un poder de disposición efectiva. (2) Si el Estado a través de sus órganos y el particular por sí, son capaces de ejercitar acción penal, consecuentemente tiene una titularidad. ¿Titularidad de qué? podría pensarse que se tiene la titularidad del ejercicio de la acción penal, pero no, esta legitimación es una consecuencia de la titularidad de otro instituto diferente ¿Podemos así a continuación pensar que se trata de la titularidad del bien jurídico? esta titularidad puede justificar la actuación del ente particular en el ejercicio de la acción penal ciertamente, pero con ello acota el actuar del Estado, quien en su caso actuará a consecuencia del interés público; pero ¿Donde se halla la fuente de esta legitimación? ¿Se trata el particular acaso de la implicación ético-social del bien jurídico?<sup>59</sup>

No debemos de perder de vista que con la reforma se cambia el modo de pensamiento sobre legitimación, justificación, construcción, interpretación, y aplicación de la norma penal. Lo cierto es que considero que el delito descrito por la norma penal tiene dos entes cuya titularidad recae en dos sujetos: el Estado y otro; este último puede ser el particular afectado por el acto ilícito, el propio Estado en su faceta de titular de bienes

---

<sup>59</sup> Sobre esta implicación ético-social del bien jurídico: LOPEZ CAMELO, Raúl Guillermo y DARÍO JARQUE, Gabriel: Curso de Derecho Penal, parte general, Editorial de la universidad Nacional del sur, Argentina 2004, pp. 20 y 21. *Indican que por virtud de ella se acota al Estado en el ejercicio del poder punitivo, ya en creación o aplicación de la norma penal.* Véase también JESCHECK, Hans-Heinrich: Tratado de derecho penal parte general, trad., José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed, Comares, Granada 1993, p.6. *indica que el derecho penal no puede intervenir siempre que se produzcan perturbaciones de la vida comunitaria, sino que ha de limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social.*

(actuando como sujeto de derecho privado), o de entes colectivos, cuando el bien jurídico se ha difundido, es decir se trate de un bien jurídico difuso; el bien jurídico corresponde en titularidad a cualquiera de los últimos mencionados, según sea el caso, pero al Estado le es propio otro elemento diferente.

Para situarlo, le denominaré a partir de ahora "axioma normativo"<sup>60</sup>; por ser un valor acogido en la norma penal que por su trascendencia importa al Estado su celo con la amenaza del ejercicio del poder punitivo. La vida, el patrimonio, la libertad sexual, etc., son bienes que en lo particular una persona puede detentar, digamos así el patrimonio de *Arcadio Buendía* que se ve afectado por una conducta ilícita de fraude, esta titularidad sobre ese bien jurídico lo legitima ahora para impulsar la mecánica judicial; sin embargo desde un momento previo ya existía un ser conocido en abstracto igualmente denominado patrimonio, no vinculable en lo particular a ninguna persona, pero en efecto ya de por sí reconocido en una norma jurídico-penal bajo la observancia general del Estado, como un concepto previo no susceptible de titularidad.

Estos entes, su titularidad y consecuente legitimación pueden advertirse por sus traducciones normativas de Derecho Penal, e incluso en instituciones del Derecho Procesal Penal, por ejemplo: El ejercicio de la acción penal; el código modelo del proceso penal acusatorio para los Estados de la Federación mexicana, elaborado por el CONATrib<sup>61</sup> en su artículo 92, indica que el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público y podrá ejercerse en algunos casos por particulares, y el 96 prevé la existencia de una acción penal privada, en el mismo sentido los códigos del Estado de México y Durango, reconocen la existencia de la acción penal de orden público y la de orden privado; la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato en el mismo tenor reconoce la existencia de una acción penal de naturaleza particular. En contrasentido el código chihuahuense indica que la acción penal es pública, sin perjuicio de la participación de la víctima. Como se puede observar algunas legislaciones procesales de distintas Entidades Federativas de México,

---

<sup>60</sup> Más al respecto, *infra.*, capítulo 2.4.1.1 HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO.

<sup>61</sup> Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.

reconocen ya esta separación brevemente evidenciada en estas líneas, a grado tal que se encuentra instrumentada en sendos cuerpos legales.

De la propia lectura de los tipos penales se puede advertir también esta situación que ahora comento; considero asimismo que la norma penal tiene entonces dos funciones concretas sobre el particular, una función cognitiva que nos permite revelar a través del texto, la definición legal de la conducta ilícita, ciertamente con íntima vinculación al principio de legalidad por virtud de la tipicidad; sobre ello cabe adicionar que esta función proviene de un *contenido accidental* de la norma, que puede o no ser igual quizá en algún otro ordenamiento legal, en otro lugar, o incluso en otro tiempo, pero que a final de cuentas define, delinea el cómo del conocimiento del supuesto jurídico-penal. Asimismo se encuentra la función significativa, en tanto la propia norma entraña el reconocimiento de un valor que por razón del texto e incluso a pesar de él, en cuanto a ordenamientos varios se refieren, evidencia un *contenido axiológico*, el reconocimiento de un axioma general no susceptible de apropiación en lo exclusivo, sino de titularidad del Estado como ente complejo, que de sí por su reconocimiento proporciona una justificación jurídica suficientes de adecuación y consecuencias jurídicas penales. En su obra *Derecho Penal y Control Social*<sup>62</sup>, el Profesor Muñoz Conde destaca la denominada *función motivadora de la norma penal*; si pudiéramos ubicar en un sistema temporal la aparición de estas funciones, la cognitiva y la significativa serían previas a la motivadora, y no teleológico/funcionales sino etiológico/racionales<sup>63</sup>.

Así resulta que la reforma ha evidenciado en el particular rubro, sí, una reivindicación de los derechos de la víctima o el ofendido de tal suerte de que se pueda garantizar de mejor manera la reparación del daño<sup>64</sup>, pero también sobre la acción penal, un

---

<sup>62</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal y control social*, reimpresión de la 2ª ed., Témis, Colombia 2004. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal*, parte general, 8ª ed., Tiran lo Blanch, Valencia, España 2010, pp. 61-67.

<sup>63</sup> A la fecha, este razonamiento se ha mantenido focalizado en el concepto bien jurídico, atribuyendo diversas funciones y contenidos, desde FEUERBACH, BIRNBAUM, BINDING, LISZT, HONING y MEZGUER. Al respecto *Vid.*, FERNÁNDEZ, Gonzalo: *Bien Jurídico y sistema de delito*, Editorial B de F, Argentina 2004, p. 11 y ss.

<sup>64</sup> Esta reivindicación de derechos incluye además el de recibir asesoría jurídica, colaborar con el Ministerio Público, intervenir efectivamente en el juicio, derecho a recibir atención médica y psicológica de urgencia, ser

trasfondo de la dogmática penal mexicana propia de nuestro sistema normativo, o cuando menos una parte minúscula de ella, con ecos sistemáticos como ya indiqué; dato que evidencio para mayor reflexión y abundamiento posterior.

#### **2.4.1.3. FACULTADES INVESTIGATIVAS DE LA POLICÍA**

Otro motivo expuesto para la reforma fue la necesidad de dotar a la Policía Preventiva de facultades legales para investigar, prevenir los delitos y participar como parte acusadora en aquellos delitos que conozca y no exista denuncia; de lo anterior conviene resaltar que la amplitud de este motivo no se ciñe únicamente a la facultad de investigación sino que podemos advertir la posibilidad participar en la acusación y la intervención en la prevención de los delitos.

Sobre el particular considero que con la reforma efectivamente la policía preventiva tendría un papel más activo en la investigación de los delitos, por cuanto hace a los datos de investigación; figurando en su caso como un medio para la satisfacción de los requerimientos probatorios del acusador o incluso como órgano de prueba; así que la profesionalización se vuelve un tema central, el contacto y tratamiento de realidades fácticas estrechamente vinculadas con los delitos dieron en su momento surgimiento a las ciencias forenses para el auxilio de intervinientes del proceso penal, así que para el efectivo ejercicio de las facultades de investigación el ente facultado deberá de procurar la certeza de su actuación como ya lo indiqué, con la profesionalización.

Sobre la prevención de los delitos, evidentemente la policía preventiva como todos los miembros de la sociedad debemos apostar por el control social informal, previo a la represión penal, de tal suerte que el aliento de concederle facultades para la prevención resultaría bien intencionada y del todo saludable; finalmente sobre la posibilidad de constituirse en acusador de aquellos delitos que conozca y sobre los que no exista denuncia, creo que conviene precisar que el vocablo *acusador* quizá no sea el más apropiado, dado el

---

reparado en el daño sufrido, el resguardo de su identidad, solicitar medidas cautelares, impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público.

revestimiento jurídico que implica, y sobre el que precisamente ya se habló en el inciso que antecede, lo cierto es que un papel de mayor actividad en la prevención de delitos y dentro de los procedimientos motivados por la actualización de un hecho delictivo han sido los miramientos de este postulado, que debe coincidir en la hipótesis de que la falta de esta actuación ha desencadenado en impunidad, en vestigios de verdades que huyen con el sólo paso del tiempo, y que no favorecía a los fines del Estado en que nos constituimos.

He de comentar además, cuando menos marginalmente, que de entre las estrategias que circundan al sistema de justicia penal, y particularmente respecto de las funciones policiales, el empleo de las fuerzas armadas ha cobrado gran protagonismo, se ha sabido que desde 2006 (año en que la titularidad del Ejecutivo de la Unión fue depositada en el Presidente Felipe Calderón Hinojosa) se ha incrementado el uso de elementos de las fuerzas armadas en labores policiales en un 68%<sup>65</sup>; el ejercito como factor real de poder<sup>66</sup> acentúa la actuación punitiva de que el Estado goza de manera oficial y legítima, esto se traduce en una manifestación real, el empleo más violento, de la ya *per se* denominada violencia institucionalizada. Confío en que con la reforma, atendiendo a las facultades que se conceden a las fuerzas policiales, llegará el momento en que el tratamiento de estas encomiendas regrese materialmente a manos de civiles.

#### **2.4.1.4. PRISIÓN PREVENTIVA**

Se advirtió que por lo que hace a las medidas cautelares del proceso penal como regla se suele emplear la más drástica, es decir la prisión preventiva; como ya se indicó en el apartado relativo a los instrumentos internacionales que México ha signado, varios de ellos desde hace mucho tiempo ya contemplan el principio de inocencia o principio de presunción de inocencia, en el sentido de que *todo inculpado debe de ser considerado como inocente, hasta en tanto no se declare su responsabilidad*; coincido en que este principio

---

<sup>65</sup> “Usan más militares como policías: CIDE.” En: *EL UNIVERSAL*, México D.F. 17 de Septiembre de 2011, consulta en línea, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/primera/37737.html> fecha de consulta: septiembre 22 de 2011.

<sup>66</sup> CARLOS ESPINOSA, Alejandro: Justicia Militar, en: “*Criminogénesis, revista especializada en criminología y derecho penal*” año 2 (sic), número 7, México, Septiembre de 2010, p.127.

formaba parte del ordenamiento normativo integral del Estado Mexicano desde la suscripción de los respectivos instrumentos internacionales, o sea desde antes de su inserción literal en la reforma, asimismo coincido en sostener que es precisamente este principio el que debe de tener una trascendencia verificable en cuanto al empleo de la prisión preventiva como medida de cautela.

La forma de empleo de prisión preventiva en nuestro sistema, otrora dio lugar a considerar que México se encontraba en un franco atraso en materia de prisión preventiva, violando pactos internacionales y recomendaciones de la misma índole<sup>67</sup>; pues pese a su vigencia normativa no se había aún instrumentado un medio cierto para su verificación. Se ha concluido que esta usanza es propia de un sistema inquisitivo donde se coloca al acusado en una notable posición de inferioridad respecto de la acusación, sin posibilidad certera de enfrentarla, sino a caso, de soportarla.

Recordemos que en el proceso inquisitorial la prisión preventiva fue una pieza fundamental para la obtención de pruebas, en tanto se tenía plena disponibilidad del acusado, para obtener en todo caso la confesión del ilícito imputado, a ocasiones incluso por tortura<sup>68</sup>, es decir, se consideraba al acusado como un objeto de la investigación y no como un sujeto de derechos. Los cambios sistémicos se motivan por evidencias de prácticas que se llegan a considerar inadecuadas, esta es sin lugar a duda una de ellas; así, la preocupación por la prisión preventiva encuentra sustento en las *malas* prácticas que se propiciaron, en detrimento de los estándares más elementales de tratamiento de todo hombre o mujer sujeto al yugo del proceso penal, respecto del cual incluso ya Beccaria refería la prevalencia de la idea de la fuerza y la prepotencia a la de la justicia, porque se arrojan confundidos en una misma caverna a los acusados y a los convencidos, porque la prisión es más bien un castigo que una seguridad del reo<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., La prisión preventiva en México, condena por adelantado o medida de seguridad encubierta, Porrúa, México 2004, p. 19.

<sup>68</sup> CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., La presunción de inocencia, 2ª ed., Porrúa, México 2006, p. 26.

<sup>69</sup> BECCARIA: Tratado de los delitos y de las penas, 17ª ed., tomada de la 14ª ed facsimilar, Porrúa, México 2008, p. 91.

Si bien, la reforma penal en términos ordinarios tiende al empleo diferentes medios de cautela, la prisión preventiva no ha desaparecido con la Reforma, y en determinados casos -como los indicados en el apartado denominado la reforma de excepciones: indicador de regresión democrática<sup>70</sup>- prevalece puntualmente como primera opción, de tal suerte que una parte del sistema de justicia penal, se erige como un subsistema paralelo donde se ha concedido la necesidad y razonabilidad suficientes para su empleo primigenio, es decir se presume la responsabilidad del acusado y además de ello se le cataloga como *peligroso*<sup>71</sup>, de esta guisa podemos entender que la reforma en cuanto al rubro de prisión preventiva se refiere presenta una antinomia sistemática, velada bajo el carácter de excepción.

#### **2.4.1.5. SOLUCIÓN ALTERNATIVA DEL CONFLICTO PENAL**

Se estableció que en el sistema que se abandona no se impulsa la aplicación de la justicia alternativa; entendida como un medio de satisfacción de los intervinientes del conflicto para la solución eficiente y pronta de las cuestiones que se plantean, a la par se piensa que la necesidad de los medios de solución alternativa de los conflictos están íntimamente ligados con diversas insuficiencias de los sistemas judiciales, en tanto no pueden responder a las expectativas de la sociedad, y ante la inminente necesidad de saciedad del usuario<sup>72</sup>.

Como ya se comentó (*supra*), algunos juristas mexicanos se han expresado sobre el particular; por ejemplo el Dr. Moisés Moreno Hernández quien considera que ante la adhesión de los propios al sistema penal, se crea de antemano un régimen incapaz de cumplir con su función pues se le agregan una serie de muletas o salidas de escape; al respecto debemos recordar el tema de eficiencia de la justicia, en el sentido de que los asuntos puestos a estudio y decisión jurisdiccional sean verdaderamente solventados por el

---

<sup>70</sup> *Supra* 2.3.2.

<sup>71</sup> Sobre estos conceptos, *Vid.*, DONADIO LINARES, Luciano Martín: La influencia de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos en la práctica judicial interna: el caso de la prisión preventiva, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2882913> fecha de consulta: Septiembre 19 de 2011. Así también: MATÍAS PINTO, Ricardo: Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2558937> fecha de consulta: Septiembre 19 de 2011.

<sup>72</sup> CORONATO RODRÍGUEZ, José Francisco y GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios: Nuevas formas de procuración de justicia, Porrúa, México 2008, pp. 148,149.

sistema, así mismo la reticencia de denuncia ante el desconsuelo de un tardío sistema de poca eficiencia, el retraso prolongado de la solución de los procesos, etc., ciertamente los medios alternativos de solución del conflicto penal podrán –por evidencia de análogos rumbos- despresurizar la congestión del sistema, pero ¿Se trata entonces, de una medida utilitarista para eficientar el sistema, y con ello poder acceder a estadísticas alentadoras? Válgaseme el atrevimiento de pensar que los motivos deben de ir más allá.

La estructura conceptual de los motivos del ser del proceso penal e incluso del Derecho Penal en sí, están experimentando con la reforma una transformación de buena dimensión, quizá de orientaciones teleológicas ante la búsqueda apremiante de la satisfacción de los males que aquejan al sistema, sin embargo como todo, tiene una explicación apriorística de medular sostenimiento en gérmenes conceptuales que de por sí tendrán que ser observados por su irrenunciabilidad, la construcción etiológica del pensamiento toma por base el consenso ya alcanzado, en el propio, el crecimiento en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los intervinientes del proceso penal han podido orientar la certeza de la pretensión de empleo de los medios alternativos de solución de conflictos, igualmente debemos considerar el discernimiento entre la titularidad y facultad de disposición de lo que atañe al estado y lo que atañe a la víctima, la certeza de satisfacción de la reparación del daño, e incluso las orientaciones mismas de los fines de la pena, que en su conjunto constituyen el terreno de viabilidad de uso de los mismos, sin detrimento para los intervinientes, ni defraudamiento del sistema en sí mismo<sup>73</sup>.

Concluyentemente, sobre el tópico creo que conviene destacar una idea: la de *Justicia Restaurativa*, donde el ofendido y el ofensor llegan a un acuerdo reparatorio que satisfaga el daño que se ha causado, para hacer cesar así la actividad del estado emprendida en el proceso penal; centralmente esta idea por sí entraña ya un cambio notable en el modo de pensamiento del sistema, pues la directriz principal no es la imposición de la pena, sino la satisfacción de los intereses de los intervinientes; dada la naturaleza del caso, por virtud del ilícito que se revise, habrán supuestos en los que el Estado racionalmente reservará el

---

<sup>73</sup> La lucha de posturas sobre el particular parece tan antagónica como el absolutismo y el relativismo, conceptos que bien convendrían incluso revisar para mayor abundamiento, que sin embargo escapan a los fines de este trabajo.

vigoroso empleo del poder punitivo, para su sólo empleo en los eventos de mayor causación de desvalor. En el primero de los casos, el desvalor causado atañe en mayores proporciones al bien jurídico de la víctima, sin trascender de forma importante al axioma normativo de que es titular el Estado, o éste es racionalmente disculpable por la compensación al desvalor, que sucederá al momento de restituir o resarcir al agraviado el daño que se le causó; con ello es viable hacer cesar el procedimiento por virtud de la solución alternativa del conflicto. Esta actuación me parece digna de un Estado moderno, acorde con los estándares internacionales de tratamiento de la dignidad humana, pues no busca ciegamente el castigo del ofensor, sino la paz social para sus miembros.

#### **2.4.1.6. CALIDAD DEL ACUSADO**

La reforma ha reconocido que en el sistema que se abandona, con tendencias inquisitoriales, se tomaba al acusado como un objeto, particularmente como un objeto de investigación del que se podía disponer a fin de conseguir los fines del proceso: <<conocer la verdad histórica de los hechos>>; esto llevó a algunas prácticas reprochables, por ejemplo en ocasiones la tortura dirigida con el objeto de conseguir una confesión. Cualquier persona que se vea por virtud de la comisión de algún ilícito sometida al cuestionamiento del Estado y en especial subyugada al poder punitivo de éste, se encuentra en un franco estado de inferioridad, por ello no puede ser reconocida en una calidad menor que la de sujeto de derechos, derechos efectivos que acoten certeramente el exceso o desbordamiento de poder en que pudiese incurrir el Estado.

Ahora bien ¿cómo hacer efectivos estos derechos? En primer término puedo asegurar que no debería haber necesidad de vigilar la observancia de éstos de parte del Estado, quien al contrario estaría obligado en todo momento garantizarlos haciéndolos valederos; sin embargo no podemos negar que el primordial interés de su cumplimiento y resguardo debe recaer en la defensa; así la reforma penal consideró necesario también la desaparición de un elemento poco eficaz que se venía contemplando, *la persona de confianza*; un sujeto que sin el requerimiento de ser un especialista del derecho podía intervenir en el proceso penal en asistencia del acusado.

Ello junto a la determinación de homologación salarial entre la Defensoría Pública y el Ministerio Público, son los senderos con que se ha pretendido delimitar el resguardo cierto (operativamente hablando) del *status* de acusado. Sin embargo, no todos los casos se ajustan a estos patrones, una vez más las excepciones se hacen patentes, como ya lo he indicado, todo un sistema paralelo se encuentra presente como subtexto del discurso progresista que esta reforma ha implicado, pues tratándose de delincuencia organizada, el acusado no pareciera ser considerado como un sujeto de derechos, sino que literalmente se le trata como enemigo en pie lucha, que al caso cuando de orden bélico se trata, incluso ha de prevalecer el tratamiento humanista<sup>74</sup>. En conclusión, la reforma constitucional tiende a garantizar el carácter de sujeto de derechos en toda persona acusada, salvo que los motivos de la acusación versen sobre delincuencia organizada.

#### **2.4.1.7. UN SISTEMA GARANTISTA**

"En términos generales, lo anterior nos lleva a concluir que el modelo de justicia penal vigente, ha sido superado por la realidad en que nos encontramos inmersos. En tal virtud se propone un sistema garantista, en el que se respeten los derechos tanto de la víctima y el ofendido, como del imputado, partiendo de la presunción de inocencia para este último. Tal sistema se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con las características de acusatoriedad y oralidad; la primera para asegurar una trilogía procesal en la que el Ministerio Público, sea la parte acusadora, el acusado esté en posibilidades de defenderse y que al final, sea un juez quien determine lo conducente; la segunda, que abonará a fomentar la transparencia, garantizando al mismo tiempo una relación directa entre el juez y las partes, propiciando que los procedimientos penales sean más ágiles y sencillos"<sup>75</sup>.

La reforma plantea como una de sus bases medulares, la implementación de un sistema penal garantista; ciertamente existen institutos que servirán como límites al poder

---

<sup>74</sup> Al respecto el Derecho Internacional Humanitario que acoge por encima de la hostilidad de la guerra, la protección de las personas viéndoles como sujetos de derechos.

<sup>75</sup> Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia... *Ob.*, *Cit.*

punitivo del Estado, como la redundancia indicativa del principio de inocencia del acusado, o el establecimiento de un juez de control que observe el desarrollo de la etapa investigativa del Ministerio Público al que se le ha suprimido la calidad de autovalidación de su investigación; pero, también existen otros institutos que a mi juicio detractan los límites garantistas, todo un apartado excepcional para el tratamiento de procesos penales *diferentes*, planteándonos así un nuevo paradigma de lo que debemos entender por justicia penal, es decir ¿Se trata ahora de un sistema seleccionador? Un sistema que *a priori* define cuando menos dos vertientes de actuación, una general y una excepcional, con mutabilidad de conceptos, silogismos defectuosos que validan por general normas que son de carácter excepcional, que confunde la seguridad ciudadana con seguridad del Estado, y que abre una puerta tan tétrica como aquella donde se lee *abandone toda esperanza aquel que entre aquí*.

## **APARTADO SEGUNDO LA VINCULACIÓN A PROCESO**

"(...) la vinculación a proceso representa uno de los elementos más novedosos e importantes del nuevo proceso penal acusatorio en México, quizá el más trascendente de todos."<sup>76</sup>

En tanto la vinculación a proceso surge como una institución *sui generis* propia del sistema mexicano, tenemos la obligación de evidenciar de ella, su utilidad, su pertinencia, e incluso, su necesidad; pues de tratarse de un vestigio o reminiscencia, vigente por motivos puramente causales y no racionales, significaría un detrimento importante del discurso intelectual que valida nuestro proceso y las instituciones que lo integran; así, la imperiosa necesidad de su estudio nos lleva a sistematizar bajo un orden cuando menos elemental su razón, como sigue:

### **CAPÍTULO 1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL**

El código modelo del proceso penal acusatorio para los estados de la federación, elaborado por la CONATrib<sup>77</sup> indica en su artículo 293, que la vinculación a proceso es la resolución en la que se determina si los datos de prueba obtenidos en la investigación

---

<sup>76</sup> CONATrib, Código modelo del proceso penal acusatorio para los estados de la federación, CONATrib, México 2009, p. 29.

<sup>77</sup> Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.

establecen un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión con el fin de continuar el proceso.

Esta redacción es precisamente congruente con el texto constitucional que data de la reforma de 2008, donde se indica que ninguna detención ante autoridad judicial excederá del plazo de setenta y dos horas sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso, en el que se indicará, entre otras cosas, los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión<sup>78</sup>. Al respecto y con fines de conceptualizar es importante distinguir que una cosa es el supuesto al que habremos de llamar vinculación a proceso, y otro, el auto de vinculación a proceso, que, en efecto, guardan una relación de contenido y continente respectivamente, pero que se tratan en esencia de dos cosas distintas; ello se puntualiza a fin de no transustanciarles equivocadamente, y luego, confundirles.

Sobre la posibilidad de conceptualizar, el Código Nacional de Procedimientos Penales no indica una referencia precisa, pero de texto de su articulado<sup>79</sup> nos indica al menos que se trata de la *resolución jurídica en la que se resuelve la situación jurídica del imputado*, respecto del particular conviene indicar desde ahora que esta referencia quizá no sea la más afortunada; al menos en cuanto a que no podemos entender la *situación jurídica*, como una continuación conceptual de lo que en antaño era; si bien el imputado podría tener una situación jurídica motivo de la decisión de vinculación a proceso, ésta no podría ser la de calidad *sub judice*, sino de investigado; pues como se verá más adelante, esta decisión no incide en sujetar formal o materialmente a proceso al imputado, sino que simplemente posibilita la investigación formalizada y fija una hipótesis de trabajo para esta.

Como ya se indicó, la vinculación a proceso es por su origen de orden jurisdiccional (primer punto de inflexión), en tanto se trata de un razonamiento virtud del cual se traduce el derecho a la realidad, actividad que el estado reserva para la función jurisdicente; pues su

---

<sup>78</sup> Artículo 19 Constitucional.

<sup>79</sup> Artículo 313 y ss.

actualización ocupa un razonamiento calificado por la persona que lo realiza; y específico además en orden a su contenido y método; sobre éstos dos últimos puedo decir que el contenido versa sobre una adecuación normativa esbozada; claro, en el intelecto; una labor de silogismo, donde una premisa normativa debe de ser esbozada por los hechos que al Juez se presentan, estos últimos, la premisa fáctica; y que además serán muy puntuales sobre dos cosas: delito y responsabilidad; aunque como ya indiqué, este ejercicio intelectual se trata, apenas, de un esbozo de dicha adecuación.

En cuanto a su método debemos entender que la labor intelectual que media en este ejercicio, no ha de conducir a la demostración, o convicción de existencia de la adecuación normativa, sino a la válida presunción o suposición de su existencia; de sí, implican ambas labores desde luego la plenitud de trabajo intelectual del jurisdicente, sin embargo dado el insumo con motivo del cual se lleva a cabo esta labor, y los principios rectores del sistema procesal en que nos hallamos, el destino no puede ser otro, que esta válida suposición solamente<sup>80</sup>.

En una labor por conceptualizar este objeto de estudio, se ha dicho que la vinculación a proceso es: "(...) el juicio de valoración que realiza el Juez de Control de los antecedentes de la investigación y de los datos de prueba comunicados por el fiscal, en la respectiva audiencia pública; todo ello, en torno a la existencia de un hecho delictuoso y la probable intervención del imputado que justifique continuar con el proceso penal."<sup>81</sup> este escritor, de apellido Benavente, también dice: "Debido a la reforma constitucional de Junio del 2008, los autos constitucionales de formal prisión y sujeción a proceso han sido remplazados por el auto de vinculación a proceso (...) La vinculación a proceso, es el juicio que realiza el órgano jurisdiccional a fin de resolver, en audiencia, la situación jurídica del imputado, en función de los datos de prueba existentes."<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Al respecto se profundiza *infra* CAPÍTULO 4. CONTENIDOS Y REQUISITOS.

<sup>81</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert, Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral, 1a ed., Flores Editor y Distribuidor, México 2011, p. 88. Así también textualmente en: BENAVENTE CHORRES, Hesbert, Ley del proceso penal para el Estado de Guanajuato comentada, jurisprudencia, doctrina y formularios, 1a ed., Flores Editor y Distribuidor, México 2011, p. 541-542.

<sup>82</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert, La audiencia de control de la detención en el proceso penal acusatorio y oral, 1a ed., Flores Editor y Distribuidor, México 2011, pp. 326,328. Así también textualmente en:

Como se puede advertir, se piensa que la vinculación a proceso, más en concreto, que el auto de vinculación a proceso es un sustituto del auto de plazo constitucional, así lo consideran también autores como Carlos Francisco Cisneros Ramos<sup>83</sup> y Javier Dondé Matute<sup>84</sup>, a más, se sostiene también que "La vinculación a proceso es una inercia constitucional proveniente de la reforma realizada en el sistema procesal penal en el Estado de Chihuahua con anterioridad a la adopción del modelo acusatorio en el ámbito constitucional en 2008."<sup>85</sup>

De este modo, se sostiene que la vinculación a proceso aparece en la reforma procesal chihuahuense como modo de observar el entonces vigente artículo 19 constitucional que exigía un auto de plazo constitucional; y luego, la reforma constitucional de 2008 cede también en el mismo sentido, sustituyendo simplemente el modo en que ha de denominarsele.<sup>86</sup> Asimismo Juan Manuel González Raya, profesor de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la UNAM<sup>87</sup> sostiene que la vinculación a proceso es una nueva denominación del auto de formal prisión; dedica incluso un capítulo de su texto a homologar estas instituciones<sup>88</sup>, en el mismo sentido también Isaac Nava Córdova.<sup>89</sup> Otros textos son incluso omisos en indicar qué es la vinculación a proceso, sino que se asume implícitamente como un sustituto de la sujeción a proceso, y en cambio sólo se narra

---

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, Ley del proceso penal para el Estado de Guanajuato comentada, jurisprudencia, doctrina y formularios, 1a ed., Flores Editor y Distribuidor, México 2011, p. 550.

<sup>83</sup> CISNEROS RAMOS, Carlos Francisco, La vinculación a proceso, disponible en: [http://www.elporvenir.com.mx/notas.asp?nota\\_id=131144](http://www.elporvenir.com.mx/notas.asp?nota_id=131144) fecha de consulta: Diciembre 22 de 2012.

<sup>84</sup> DONDÉ MATUTE, Javier, Auto de vinculación a proceso, en: "*Criminogénesis, revista especializada en criminología y derecho penal*" año 3, número 6, México, Febrero de 2010, pp. 117-132.

<sup>85</sup> SARRE, Miguel y LUNA, Tania, Reforma del sistema de justicia penal en México lo que usted siempre quiso saber acerca de la etapa de investigación, disponible en: [http://www.juiciosorales.org.mx/m4rks\\_cms/4cms/doc/content/files/ETAPA%20DE%20INVESTIGACION.pdf](http://www.juiciosorales.org.mx/m4rks_cms/4cms/doc/content/files/ETAPA%20DE%20INVESTIGACION.pdf) fecha de consulta: Diciembre 22 de 2012.

<sup>86</sup> Así se advierte en el dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia de la Cámara de Diputados, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, al señalar: "En esta reforma se modifica el nombre de tradicional auto de sujeción a proceso para sustituirlo por el de auto de vinculación a proceso." Disponible como apéndice en: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?, 2a ed., Porrúa, México 2009, p. 276.

<sup>87</sup> Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>88</sup> GONZÁLEZ RAYA, Juan Manuel, Lineamientos fundamentales de derecho procesal penal, 1a ed., Ecce Homo, México 2009, p. 79 y ss.

<sup>89</sup> NAVA CÓRDOVA, Isaac, Sistema acusatorio penal perspectiva en el ámbito federal, 1a ed., Ubijus, México 2009, p. 47 y ss.

la dinámica procesal en que se encuentra envuelto, tal es el caso alguna obra Diana Cristal González Obregón.<sup>90</sup>

De esta guisa, la primer aproximación conceptual, que atiende a estos criterios ha tendido a sostener que la vinculación a proceso es el equivalente sustituto del auto de plazo constitucional, ya bajo su modalidad de formal prisión o bien, de sujeción a proceso; que tiene por objetivo resolver en audiencia pública la situación jurídica del imputado, tomando como base los datos de prueba que el Ministerio Público presente.

## 1.1 TOMA DE POSTURA

Considero que las apreciaciones antes referidas yerran al simplificar a una narración causal y apenas descriptiva el objeto que se estudia; ciertamente coincido en que válidamente podemos inferir que la vinculación a proceso aparece en primera instancia como reminiscencia del auto de plazo constitucional, y surge fundamentalmente por necesidad de observar el entonces vigente texto constitucional, donde incluso el texto que enuncia los requisitos para su procedencia<sup>91</sup> (en el texto que primigeniamente le contempla), guarda una similitud importante con los requeridos para dicar un auto de formal prisión<sup>92</sup>. Sin embargo, no todo es una narración causal, hasta este punto, de verdad pareciera que la vinculación a proceso es sólo una *nova* denominación de la formal prisión, en cambio su estudio integral evidencia claramente que no es así.

La vinculación a proceso es una institución compleja, en tanto presenta varias aristas, primero, cabe la posibilidad de que pueda existir una especial audiencia de vinculación a proceso, como complemento de una audiencia inicial<sup>93</sup>: instrumentación que atiende fundamentalmente a los principios rectores del proceso penal acusatorio y oral; además existe desde luego la decisión de vinculación a proceso: actividad jurisdiccional que asume cuerpo en el llamado auto de vinculación a proceso; esta decisión y desde luego

---

<sup>90</sup> GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal, Manual práctico del juicio oral, 2a ed., Ubijus, México 2010, pp. 128-134.

<sup>91</sup> Artículo 280 del Código de procedimientos penales para el estado de Chihuahua.

<sup>92</sup> Artículo 161 del Código federal de procedimientos penales.

<sup>93</sup> Así lo expresa el artículo 313, párrafo cuarto del Código Nacional de Procedimientos Penales

el auto que la contiene versa fundamentalmente sobre una válida suposición de adecuación normativa respecto de alguna de las hipótesis que bajo la denominación de delito describen las codificaciones penales sustantivas, en particular sobre delito y responsabilidad; atendiendo a datos de prueba, que el ministerio público ha acopiado informalmente hasta ahora, y presenta al Juez, para que en su caso, permita la realización de una investigación formalizada, es decir bajo la observación de la autoridad judicial, que hasta entonces no había sucedido.

Con ello el contenido de la vinculación a proceso se erige como una hipótesis de trabajo, una premisa; entendiendo que las partes que intervienen en el proceso y fundamentalmente el Ministerio Público ha de usarle en la construcción de su teoría del caso, que obviamente, habrá de comenzarse a integrar ya con un *acervo probatorio en potencia*, precisamente ante la necesidad de demostrar el silogismo que evidenciará su posición; igualmente, permite al imputado conocer la actividad que el Estado a través de sus diferentes formas de expresión realiza, muy probablemente a fin de concretar en sí el *ius puniendi*.

Los efectos que la vinculación a proceso tiene, son distintos a los de una decisión de formal prisión o sujeción a proceso, que merecen junto a todo su entorno cualitativo descriptivo un reconocimiento especial, en cambio, es dable desde ahora procurar conceptualizar esta institución del modo siguiente: Vinculación a proceso.- *Es la decisión jurisdiccional que atendiendo a una válida suposición de actualización de un hecho que la ley señala como delito, e igualmente, una válida suposición de participación de la persona imputada, y; tomando como base las informaciones que el Ministerio Público presenta bajo la advocación de datos de prueba; permite la continuación del proceso penal, formalizando la investigación que respecto dichos informaciones/hechos ha realizado el Ministerio Público; fijando así una hipótesis de trabajo para el proceso penal, y con ello, permite, además, la continuación de una investigación formalizada.*

## **CAPÍTULO 2. ANÁLISIS CON RELACIÓN A OTRAS INSTITUCIONES**

Como ya se bosquejó en líneas anteriores, la vinculación a proceso guarda similitud con algunas otras instituciones procesales, en especial es recurrente identificarle con el auto de formal prisión, con este motivo, en este apartado sopesaré esas semejanzas, lo que dará la posibilidad de verificar asimismo sus puntos distintivos.

### **2.1 CON RELACIÓN AL AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL**

Conocido de este modo, como auto de procesamiento o incluso genéricamente llamado auto de formal prisión, se trata de un proveído judicial que habría de resolverse al vencer el "plazo constitucional"; tiempo al que se refería el artículo 19 constitucional y hacía especial referencia a la detención del sujeto en proceso. Había tres posibilidades, dependiendo el supuesto de que se tratase, dictar en efecto auto de formal prisión, auto de sujeción a proceso, o; auto de libertad, la formal prisión y la sujeción a proceso son dos supuestos que en este rubro conviene revisar:

#### **2.1.1. FORMAL PRISIÓN**

Antes de la reforma de 2008 el texto constitucional indicaba que ninguna detención ante autoridad judicial podría exceder de un plazo de 72 horas, contadas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión; de esta lectura podemos advertir que el auto de formal prisión era entonces fundamentalmente la justificación de la prisión preventiva; al respecto Guillermo Colín Sánchez indica esencialmente, que en dicho auto se decreta la formal prisión de la persona de que se trate, como presunta responsable de los hechos delictuosos que motivaron el ejercicio de la acción penal, lo que tiene por efectos que el sujeto quede sometido a la jurisdicción del juez y se justifique la prisión preventiva<sup>94</sup>; Manuel Rivera Silva identifica esta justificación como tercer efecto de la formal prisión, al referir: "En cuanto el auto de formal prisión

---

<sup>94</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho mexicano de procedimientos penales, 12ed., Porrúa, México 1990, pp. 290,293.

concluye afirmando la exigencia de un proceso, lógicamente señala la necesidad de sujetar a una persona al órgano jurisdiccional que tenga que determinar lo que la ley ordena y, por ende, el que no se sustraiga de la acción de la justicia. Sólo cuando hay base para un proceso (relacionada con un delito sancionado con pena corporal) debe prolongarse la detención del indiciado. Es este el espíritu del artículo constitucional que manifiesta que la detención por más de setenta y dos horas debe justificarse con auto de formal prisión (artículo 19).<sup>95</sup> Don Sergio García Ramírez, citando a varios autores, tales como Alcalá Zamora, Jiménez Asenjo, Calriá-Olemedo, y otros, coincide descriptivamente en esencia al indicar que esta decisión jurisdiccional es la que justifica la prisión preventiva; aunque con algunas reticencias críticas, pues comparte la idea de que también se intenta justificar una apariencia de contradictorio<sup>96</sup>.

Como se advierte, la formal prisión decretada en el auto que se dicta al vencimiento del plazo constitucional es: (1) un estudio sobre delito y responsabilidad, y; (2) el justificante de la prisión preventiva. Esencialmente era necesario que el delito sobre que versa el estudio emprendido en este momento del proceso fuera de aquellos que la codificación amenaza con pena privativa de libertad (factor que distingue la posibilidad de dictar formal prisión o sujeción a proceso); en dicho auto se realiza un estudio sobre la actualización de alguna hipótesis normativa, sin embargo, los referentes son: (a) en el estudio que se emprende para el dictado del auto de formal prisión se ha llegado al juez a través del ejercicio de la acción penal; (b) el Ministerio Público le presenta para análisis hechos y medios de prueba con los que los acredita, pues en averiguación previa ha gozado de la potestad de desahogar medios de prueba con valor necesario para provocar convicción; (c) este análisis desencadena, cuando el ilícito del que se trata el estudio es de los sancionados con pena privativa de libertad, en una prolongación de la detención con que se ha acudido al juez, en tanto se ha ejercitado la acción penal con el sujeto detenido o se ha cumplimentado una orden de aprehensión, y luego, se ha puesto a disposición de la autoridad judicial a dicho detenido; y enseguida la continuación del proceso, en concreto con uno plazo para la instrucción.

---

<sup>95</sup> RIVERA SILVA, Manuel, El procedimiento penal, 29 ed., Porrúa, México 2000, p. 168.

<sup>96</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y otro, Prontuario del proceso penal mexicano, tomo I, 11a ed., Porrúa, México 2004, p. 698 y ss.

En cambio, en la vinculación a proceso: (a) el motivo con el que se acude al Juez no es aún el ejercicio de acción penal, sino sólo la imputación del hecho que la ley señala como delito, en tanto el ejercicio de la acción penal se reserva hasta el momento de la formalización de la acusación, rumbo a la audiencia de preparación del juicio oral<sup>97</sup>; (b) el Ministerio Público acude ante la presencia judicial con una narración de hechos y con datos de prueba que esbozan su actualización, en tanto que esencialmente ha realizado una investigación no formalizada (sin que medie la supervisión judicial), y así, estos elementos de sospecha<sup>98</sup> no tienen valor de una prueba, elemento de prueba, o elemento de convicción; de tal suerte que lo único que han de ser capaces en generar es una válida suposición, y; (c) este análisis no desencadena en resolver la situación jurídica del imputado sobre la detención, mucho menos en justificar una prisión preventiva, sino que en cambio se justifica formalizar una investigación en tanto se ha admitido la suposición o válida sospecha de existencia de un hecho que la ley señala como delito y algún responsable de su comisión (hipótesis); hecho que sin lugar a duda debe dar motivo a una investigación formalizada, en acato a las imposiciones que al efecto fija para el propio Estado el artículo 21 constitucional.

En estas condiciones: (1) La vinculación a proceso es también una decisión en la que media un análisis sobre dos objetos de estudio secuenciales: delito y responsabilidad, un estudio que si bien es concienzudo y pleno sin embargo no puede lograr convicción, o ni siquiera como dice el profesor Dondé Matue, un grado de convicción menor<sup>99</sup>, que sería hablar de una convicción disminuida (desde luego, tampoco se incorporan, como él sostiene, conceptos procesales para sustituir conceptos dogmáticos); entonces, el punto distintivo radica en el insumo con el que se acompaña la narración de hechos que al Juez se presenta, por un lado, otrora se presentaban elementos de convicción (pruebas), hoy se habrán de presentar elementos de sospecha (datos de prueba); en un orden lógico es dable

---

<sup>97</sup> CONATRIB, *Ob Cit.*, PP. 53,54, asimismo art. 335 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>98</sup> He optado por llamarles elementos de sospecha (en analogía a la denominación de elementos de convicción); en tanto que si bien no son útiles para generar convicción en la actualización del hecho ilícito y la responsabilidad, sí son útiles para provocar una válida sospecha o suposición de su actualización y con ello dar lugar a la continuación de la investigación, ahora formalizada.

<sup>99</sup> DONDÉ MATUTE, Javier, Auto de vinculación a proceso, *Ob Cit.*, p. 118.

pensar que el resultado o producto intelectual que resultará ha de ser distinto en uno y otro caso. Adicionalmente: (2) La vinculación a proceso no justifica la prisión preventiva, para ello, si es el caso, existen distintas instituciones, con fines, substancia y formas distintas a la vinculación a proceso, que si bien pueden coexistir en un mismo continente, ello no implica la transustanciación de un objeto y otro.<sup>100</sup>

### 2.1.2. SUJECCIÓN A PROCESO

"El auto de sujeción a proceso es una resolución que se dicta cuando se estima que hay base para iniciar un proceso, por estar comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. La diferencia que tiene con el auto de formal prisión reside en que el auto de sujeción a proceso se dicta cuando el delito imputado no tiene señalada únicamente pena corporal."<sup>101</sup>

Según se indica, el auto de sujeción a proceso es en esencia, cuando menos por lo que hace al estudio que se emprende, idéntico al auto de formal prisión revisado en el punto inmediato anterior, sin embargo diametralmente distinto en cuanto a uno de los efectos: la prisión preventiva; pues en éste, no se tiene la prisión preventiva como efecto; ello a razón de que la hipótesis normativa, o el tipo de hipótesis normativa objeto de estudio es distinto; en concreto distinto en cuanto a la pena que contempla, pues la norma penal o premisa normativa que se estudia en este caso es una que como consecuencia jurídica no contempla la pena privativa de libertad. Como dice el propio Rivera Silva: " El auto de sujeción a proceso surte todos los efectos del auto de formal prisión, con excepción del relativo a la prisión preventiva."<sup>102</sup>

Sin embargo, el análisis realizado concluye del mismo modo que en el caso de la formal prisión, teniendo por acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Podría pensarse que la vinculación a proceso guarda mayores similitudes con la sujeción a proceso, en tanto que por sí misma no impone la carga de una prisión preventiva, en cambio

---

<sup>100</sup> Al respecto *Infra* CAPÍTULO 7.

<sup>101</sup> RIVERA SILVA, Manuel, *Ob. Cit.*, p. 169.

<sup>102</sup> *Ibid.*

esto no es así, que la sujeción a proceso no imponga una prisión preventiva no es una cualidad de su naturaleza sino un impedimento de su cortedad, la finalidad es la misma que la de a formal prisión, someter al encausado a la jurisdicción, imponer una carga cierta, específica y vigorosa que subyugue al encausado al proceso desde ahora, pues de igual forma que con la formal prisión, en este momento se ha tenido por validada la hipótesis normativa con que el Ministerio Público acudido a ejercitar acción penal; pues el insumo y procedimiento es el mismo; simplemente que ahora se impide la detención, a razón de que al final no hay prisión que se pueda imponer con motivo de la adecuación normativa materia del proceso; es obvio que una prisión preventiva sería absurda cuando la pena de prisión no es una posible consecuencia jurídica; de ahí su impedimento.

Sin embargo, hay opiniones que difieren incluso entre la distinción previa entre la formal prisión y la sujeción a proceso, al respecto Colín Sánchez, indicaba:

"El auto de formal prisión con sujeción a proceso es la resolución dictada por el juez, por medio de la cual, tratándose de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa, previa comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad, se resuelve la situación jurídica del procesado, fijándose la base del proceso que debe seguirsele.

Es importante advertir que, aunque en la práctica y aún en la teoría se sigue repitiendo que en el caso de los delitos sancionados con pena alternativa o no corporal lo procedente, al fenecer el término de 72 horas, es, en su caso dictar un auto de sujeción a proceso, hacen gala de una ignorancia supina, abismal e inenarrable del contenido y alcances del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte conducente que, a la letra dice: <<(...)todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión(...)>>"<sup>103</sup>.

De ello podemos advertir que el autor en comento realiza una interpretación radical, absolutamente literal, pues sostiene que ambos casos en que ha de continuarse el proceso,

---

<sup>103</sup> COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, *Ob Cit.*, pp. 293-394.

son con motivo de una formal prisión, considero que el autor yerra al confundir contenido y continente; cierto es que la redacción de texto constitucional no es la más afortunada, pero la interpretación de los especialistas no puede nunca ser igualmente tan desafortunada.

Finalmente, sobre la sujeción a proceso con relación a la vinculación a proceso debemos simplemente concluir que tampoco ha de ser un concepto que a modo de sinónimo se utilice, pues como en evidencia ha quedado se tratan de dos instituciones completamente distintas, no es que se trate ni siquiera del moderno modo de llamar a la sujeción a proceso, pues en esencia provienen además de dos sistemas procesales distintos, con nociones, principios y convicciones igualmente diferentes.

## **2.2. FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

En los artículos que van del 229 al 236 del Código Procesal Penal Chileno epígrafe quinto del libro segundo, se prevé una institución jurídico-procesal denominada formalización de la investigación, en concreto el artículo 229 reza: "La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados." Al respecto si leemos el contenido del artículo 276 de la Ley del proceso penal para el Estado de Guanajuato, encontraremos el texto que reza: "La formulación de la imputación es la comunicación que el Ministerio Público o el acusador particular, efectúan al inculpado, en presencia del Juez de Control, informándole que se desarrolla una investigación preliminar en su contra respecto de uno o más hechos determinados, haciéndole saber los datos de prueba que obran en la carpeta correspondiente".

por su parte el artículo 309 del Código Nacional de Procedimientos Penales, indica respecto de la formulación de imputación: "La formulación de la imputación es la comunicación que el Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del Juez de control, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito."

Como puede advertirse la similitud que guardan sendas redacciones, es notoria, no debemos además olvidar que el artículo 276 de previa cita, forma parte de la sección única del capítulo tercero del título único del libro segundo de la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato, que se denomina VINCULACIÓN A PROCESO.

Por su parte, el diverso 309 del Código Nacional de Procedimientos Penales se encuentra comprendido en el capítulo denominado AUDIENCIA INICIAL, que entre otras cosas comprende también a la vinculación a proceso, más hace una distinción muy precisa de que se trata de dos instituciones diferentes.

Bajo este orden de ideas, es posible advertir que el apartado denominado formulación de imputación, dentro de lo que la primera de las codificaciones referidas considera como vinculación a proceso, y la referencia especial del Código Nacional de Procedimientos Penales se encuentran inspirado probablemente en la redacción del artículo 229 del Código Procesal Chileno, que versa sobre la formalización de la investigación; al respecto quiero precisar que si bien existe esta semejanza en la redacción, y con motivo de ello podríamos en primera instancia determinar también la semejanza entre dichas instituciones jurídicas, no menos cierto es que la formulación de imputación no es lo mismo que la vinculación a proceso, de acuerdo al concepto asumido en este mismo texto como toma de postura, sino simplemente una de las actividades a llevar a cabo dentro de la audiencia respectiva; que puede denominarse por el mismo nombre o de manera distinta<sup>104</sup>; de esta suerte es que una vez más me resulta imprescindible resaltar que los contenidos semánticos de los vocablos que empleamos para denominar a las instituciones jurídico-procesales deben de estar lo suficientemente claros, para no incurrir en confusión, como ya se dijo, la audiencia de vinculación a proceso no tiene idéntica semántica que la decisión de vinculación a proceso, ni mucho menos con el auto de vinculación a proceso.

La formulación de imputación, como está contemplada en la redacción del texto legal Guanajuatense antes citado, nos evidencia que se trata de una etapa temprana de la

---

<sup>104</sup> Verbigracia la denominación de "Audiencia inicial" en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

audiencia, o dinámica procesal de desahogo de la audiencia respectiva; y que consiste precisamente en un acto de comunicación, esta comunicación que por origen tiene al Ministerio Público está dirigida, por indicación expresa, al “inculpado”<sup>105</sup>, de este vocablo debemos advertir que se refiere al sujeto objeto de la imputación que en el propio acto está llevando a cabo el Ministerio Público; pero también, dicha comunicación, se encuentra dirigida al Juez de Control, personaje que hasta el momento, no ha tomado conocimiento alguno de los hechos sobre que versa la investigación del Ministerio Público.

Así, otras codificaciones mexicanas, han acogido la misma idea, por ejemplo: el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales indicaba en su artículo 407 fracción IV que la formulación de imputación es la comunicación que el ministerio público efectúa al imputado, en presencia del juez, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito, así como la probabilidad de que aquél lo cometió o participó en su comisión; igualmente contemplado en el artículo 274 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua. Por su parte el código modelo de CONATrib indica que en el sistema acusatorio latinoamericano, la figura procesal que más se acerca a la vinculación a proceso y que puede decirse que inspira su inclusión en los procesos acusatorios mexicanos es la formalización de la investigación o de la imputación, acto procesal del Ministerio Público que divide en dos partes a la investigación, sin embargo, su naturaleza, no es la de una audiencia de control de la investigación sino que se trata de la notificación de la existencia de la investigación policial<sup>106</sup>.

Al respecto conviene asumir una postura analítica y reflexiva en cuanto a la semántica que evidencia cada una de las representaciones lingüísticas antes señaladas; en un ejercicio por demás elemental de racionalidad podemos determinar que la formulación de imputación, así denominada por algunas de las legislaciones mexicanas de previa cita,

---

<sup>105</sup> Considero que la utilización del vocablo: INCULPADO, es desafortunada, además de sistemáticamente inadecuada, pues atendiendo a razones teóricas y metodológicas, en este momento, el sujeto al cual se dirige la comunicación del Ministerio Público, es apenas destino de la imputación que se formula y por tanto, el término más adecuado debería de ser: IMPUTADO.

<sup>106</sup> CONATrib, Código modelo del proceso penal acusatorio para los estados de la federación, *Ob.*, *Cit.*, p. liv.

no puede considerarse ni confundirse con la vinculación a proceso. Que dentro de la dinámica que propone la celebración de una audiencia de vinculación a proceso se incluya este tema, no justifica que esa parte sea la integridad de la vinculación a proceso, en concreto, sirva para obviar esta condición la siguiente metáfora: en una comida donde se sirven platillos por tiempos, el primero, el segundo o el postre no significan la integridad de la comida; sino que son etapas lógica y secuencialmente instrumentadas que conforman a otro ente, en unidad, que denominamos comida, es decir, no por probar la sopa en el primer tiempo de la comida, se puede sostener que “sopa” es toda la comida, sino que es apenas el comienzo de ésta; del mismo modo, la formulación de imputación, es apenas una etapa (temprana además) del desarrollo de algo valorativamente mayor, que denominamos audiencia de vinculación a proceso y que a fin de no confundir, en otras legislaciones como en el Código Nacional de Procedimientos Penales, se ha llamado Audiencia Inicial.

Si bien como se indica en el código modelo de CONATrib, existe una semejanza entre la formulación de imputación y la formalización de la investigación, no es dable sostener por extensión esa misma hipótesis a la vinculación a proceso como ente integral que acoge en su seno a la denominada formulación de imputación; es innegable, como ya se dijo, que la semejanza existe, pero, existe apenas, con respecto del puntual artículo que describe a la formulación de imputación como elemento de la llamada audiencia de vinculación a proceso, y sólo de la audiencia, entendida como dinámica procesal; no debemos olvidar, como ya se ha sostenido también antes, que audiencia de vinculación a proceso, vinculación a proceso (como decisión, es decir en estricto sentido) y auto de vinculación a proceso, son entes distintos.

Lo anterior nos hace concluir en el particular, que si bien la semejanza existe, ésta no comprende de modo irracional la integridad de lo que por vinculación a proceso debemos entender, sino que coincide apenas con una fase del desarrollo de la audiencia de vinculación a proceso, y nada más; pues si bien nos referimos a dicha audiencia como Audiencia Inicial, ni siquiera la denominación alcanzaría para completar el parangón, sino que más en concreto se refiere de única manera a la también denominada *formulación de imputación*.

## CAPÍTULO 3. PRECISIONES SEMÁNTICAS

Como se puede advertir en los párrafos inmediatos anteriores, considero que audiencia de vinculación a proceso, auto de vinculación a proceso y vinculación a proceso en sentido estricto son representaciones lingüísticas que gozan además de su autonomía evidente como tal, de una semántica distinta, que conviene precisar en el presente trabajo, a fin de evitar desafortunadas confusiones que pudieran suscitarse tanto en la interpretación y más aún en la práctica profesional de los operadores del sistema de justicia penal.

### 3.1. AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO

Por audiencia como ya se ha explicado en los tratados de derecho procesal, debe entenderse el momento en el que las partes son escuchadas en el proceso; es un momento de conjugación de las partes procesales, quienes en un solo recinto llevan a cabo una actividad de comunicación; el diccionario de la lengua española, tiene como primer definición de audiencia: “Acto de oír las personas de alta jerarquía u otras autoridades, previa concesión, a quienes exponen, reclaman o solicitan algo.”<sup>107</sup> Lo cierto es que antes de atender a este significado debemos recurrir al origen etimológico, que proviene del vocablo “*audientia*” que en latín significa audición, o sea acción de oír, pues realmente es lo que sucede en esta convergencia de personas, se trata del momento en que se posibilita la interacción de las partes procesales a través del lenguaje, y que desde luego es un acto de comunicación.

Además de su significado material, conviene también comprender el significado legal de la realización en el proceso de una actividad de esta naturaleza; el Dr. José Ovalle Favela indica que en el derecho procesal de origen hispánico, la expresión *audiencia* tiene numerosos significados; por lo que a esta investigación interesa, diré que “así se denomina al acto procesal complejo y público, que se desarrolla en la sede y bajo la dirección del

---

<sup>107</sup> Real Academia Española de la Lengua; diccionario online, disponible en: <<<http://lema.rae.es/drae/?val=audiencia>>> fecha de consulta: Octubre 06 de 2013

órgano jurisdiccional, y en el que intervienen las partes, sus abogados, y los terceros cuya presencia sea necesaria para la celebración del acto”<sup>108</sup>, de este modo podemos comprender que la audiencia es en términos procesales una actividad en la que las partes procesales llevan a cabo un proceso de comunicación con fines que interesan al proceso legal.

Sobre el particular solo basta referir que algunas de la codificaciones, verbigracia la del Estado de Guanajuato, le denominan así, pero en otras como en el Código Nacional de Procedimientos Penales aparece como audiencia inicial, con la posibilidad luego, de separarla.

### **3.1.1. NECESIDAD DE AUDIENCIA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL**

Uno de los mecanismos guías del proceso penal es la oralidad, como consecuencia del principio de publicidad<sup>109</sup>; desde el texto constitucional se hace referencia a la publicidad como instrumento de garantía en la procuración de los derechos de quienes en el proceso penal intervienen, desde luego el encausado, pero también la víctima; el artículo 20 constitucional indica a literalidad que el proceso penal será acusatorio y oral y se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Dirección que los textos legales han hecho suyo en las diferentes entidades federativas en las que se ha instrumentado ya el nuevo proceso penal.

Desde luego que a fin de concretar este mandato legal, se requiere de un proceso de comunicación, el revestimiento formal de este proceso de comunicación son las audiencias; con este motivo la necesidad de celebración de audiencia a fin de concretar los principios rectores del proceso penal es absoluta; el correcto uso del idioma guarda, para mi gusto, también un papel indispensable, la comunicación que ha de suceder en las audiencias debe de realizarse a través del lenguaje, pero sólo a través del adecuado empleo del idioma es que verdaderamente podrá suceder la comunicación ideal, es decir, si el Ministerio Público,

---

<sup>108</sup> OVALLE FAVELA, José, Teoría general del proceso, 6ª ed., Oxfon, México 2005, Pp. 296,297.

<sup>109</sup> Al respecto *Vid.*, CASTRO JOFRÉ, Javier, Los principios fundamentales del sistema acusatorio, en: “Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso” XXVI, Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I, Pp.343 – 349.

como se indica en los numerales relativos a la formulación de imputación, debe comunicar al imputado en presencia del Juez de Control, hechos que considera pueden ser constitutivos de uno o más delitos; es decir, cierto es que debe comunicar así los hechos, pero también debe a través del lenguaje evidenciar los motivos que le han llevado a suponer que los hechos que le imputa pueden ser constitutivos de algún delito; luego, este proceso de comunicación es algo más que puramente formal, sino que debe ser lo suficientemente profundo, certero y claro, para transmitir mediante el uso del lenguaje, además de unos hechos, la suposición que respecto de ellos se asume, y además, los motivos que le llevan a sostener tal hipótesis.

### 3.2. AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

Tradicionalmente conocemos por *auto* a la actividad judicial en la que se provee sobre los diversos actos procesales de las partes y los demás participantes durante el desarrollo del proceso<sup>110</sup>, una resolución judicial que consiste en un modo de comunicación que por origen tiene a la autoridad judicial y por destino a las partes; en concreto siguiendo el orden de ideas que he venido sosteniendo en últimas líneas, otra vez se trata de un revestimiento formal de un proceso de comunicación, que de hecho debe distinguirse del inmediato anterior referido, a más, se incluye en él; así es: la *audiencia de vinculación a proceso* es una actividad que posibilita la comunicación entre las partes, con fines específicos, uno de ellos, será precisamente este segundo proceso de comunicación *intra-audiencia* que envuelve, como se puede advertir una decisión judicial.

En el paradigma procesal que se abandona, los autos, eran piezas escritas en las que se hacía patente la decisión judicial y que a través del lenguaje escrito se hacía llegar a los destinatarios; la redacción del artículo 19 constitucional posibilita que los participantes del nuevo sistema de justicia penal, esperaran que la decisión de vinculación a proceso sucediera de igual modo en una pieza escrita, dicho numeral indica que “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas... sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso”; de esta suerte, el empleo concreto del

---

<sup>110</sup> OVALLE FAVELA, José, *Ob., Cit., p.295*

vocablo *auto* puede sugerir (por la tradición de nuestro sistema judicial) que se trata de una pieza escrita que ha de contener ciertos elementos y que además ha de justificar una detención.

Abandonar un paradigma, implica también una coherencia en el lenguaje, si por cierto tenemos que los principios rectores del procedimiento penal obligan a las autoridades judiciales también al empleo de la oralidad, hay que tener por cierto que la semántica del vocablo *auto* no puede persistir tal y como solíamos conocerle; como ya indiqué, considero que se trata de un revestimiento formal de la decisión judicial de vincular a proceso, ese revestimiento formal es por sí mismo el acto de comunicación de la decisión, o sea la exteriorización del razonamiento que ha impuesto la necesidad de disponer *vincular a proceso*; en conclusión por *auto de vinculación a proceso* debe de entenderse al acto de comunicación que el juez de control realiza a las partes, en el que indica la viabilidad de investigación formalizada del caso presentado, por considerar razonablemente necesaria, precisamente la investigación del hecho, ante la presencia de una válida sospecha o suposición, de dos temas: a) realización de un hecho que la ley señala como delito, y; b) la participación de la persona imputada en él.

### **3.3. VINCULACIÓN A PROCESO (EN ESTRICTO SENTIDO)**

Discernidos los anteriores conceptos, la reminiscencia semántica que ha de ser propia de la vinculación a proceso en estricto sentido, es:

*La decisión judicial que posibilita llevar a cabo una investigación complementaria del hecho que el Ministerio Público ha puesto en conocimiento de la autoridad jurisdiccional y del imputado, con el que se establece una hipótesis de trabajo para la actividad investigativa y facilita la toma de una postura al respecto, tanto por Ministerio Público como por la Defensa, y con la que se justifica el acto de molestia que dicha investigación pueda significar para el sujeto vinculado y otros sujetos, inclusive<sup>111</sup>;*

---

<sup>111</sup> Que se posibilita la investigación nos debe dejar por cierto, que ésta no ha de ceñirse simplemente al sujeto imputado (o vinculado al proceso) sino que la investigación en tanto debe ser científica impondrá la necesidad de su realización con la intervención de otros sujetos, como auxiliares o como objetos de la investigación

*decisión que es producto de un ejercicio racional del Juez de control respecto los datos de prueba y silogismos de las partes que respecto los propios le fueron presentados, mismos que le hacen posible establecer un válida suposición de existencia del hecho que la ley señala como delito y la intervención del vinculado (persona imputada) en él.*

Debemos ser muy claros y contundentes al indicar que la vinculación a proceso es una *decisión judicial*, pues equivocadamente se ha pensado que la vinculación “únicamente se refiere a la información formal que el ministerio Público realiza al indiciado para los efectos de que conozca puntualmente los motivos por los que se sigue una investigación y para que el Juez intervenga para controlar las actuaciones que pudiera derivar en la afectación de un derecho fundamental”<sup>112</sup>.

Como ha quedado claro ya en la distinción semántica emprendida en este texto, no debemos confundir los distintos elementos que convergen en este momento del proceso penal; por el contrario debemos ser muy claros en su discernimiento, y no por fines puramente lingüísticos, sino en verdadera procuración del sentido garantista que marca la reforma; con motivo de la cual no podemos dejar a la incertidumbre la naturaleza, fines y mecanismos de las diferentes instituciones que integran el nuevo sistema de justicia penal.

## **CAPÍTULO 4. CONTENIDO Y REQUISITOS**

### **4.1. CONTENIDO SUBSTANCIAL DE LA VINCULACIÓN A PROCESO**

Entendida la vinculación a proceso como una decisión judicial, debemos también comprender que esta decisión es un proceso de racionalización; un ejercicio intelectual que atendiendo en primer momento al texto constitucional y a los textos legales después, ha de versar acerca de dos motivos: (1) Un hecho que la ley señala como delito, y; (2) La probabilidad de que la persona imputada lo cometió o participó en su comisión. Al respecto

---

(policías, testigos expertos, testigos de hechos o circunstanciales dentro de los cuales se encontrarán también las víctimas u ofendidos del delito), de tal suerte que los actos de molestia que esa investigación cause al vinculado o a cualquier otra persona, se justifican precisamente en la decisión de llevar a cabo la investigación formalizada, o sea en la vinculación a proceso.

<sup>112</sup> Primer dictamen de la Cámara de Origen, extracto consultable en: FLORES CRUZ, Jaime, Análisis sobre la nomenclatura empleada en el nuevo sistema de justicia penal previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1ª reimpresión de la 1ª ed., México 2013, p. 156.

-como muchas veces he citado- el artículo 19 constitucional dice: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión".

Sobre el particular el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales que el ejecutivo federal presentó, replica el texto constitucional al indicar: "El Juez decretará la vinculación a proceso del imputado siempre que se reúnan los siguientes requisitos: I. Que se haya formulado la imputación e informado de sus derechos; II. Que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos de prueba que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Para los efectos de establecer la existencia de los hechos que la ley señala como delito, se estará a lo previsto en el artículo 226 de este código, y; III. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito."<sup>113</sup>

Por su parte el anteproyecto de dictamen del Código Nacional de Procedimientos Penales señala: "El Juez de control, a petición del agente del Ministerio Público, dictará el auto de vinculación del imputado a proceso, siempre que: I. Se haya formulado la imputación; II. Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar; III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la Ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la Ley señale

---

<sup>113</sup> Artículo 409 de la Iniciativa del Ejecutivo Federal con proyecto de Decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales, Gaceta Parlamentaria, año XIV, número 3353-II, 22 de Septiembre de 2011, disponible en: <<<http://www.cjf.gob.mx/reformas/reformaPenal/documentos/ProyectoCFPP.pdf>>>, fecha de consulta: Octubre 26 de 2013

como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y; IV. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito."<sup>114</sup>

Finalmente, el Código Nacional de procedimientos penales indica: "El Juez de control, a petición del agente del Ministerio Público, dictará el auto de vinculación del imputado a proceso, siempre que: I. Se haya formulado la imputación; II. Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar; III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y; IV. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito."<sup>115</sup>

De las anteriores revisiones podemos confirmar la información presentada en primera instancia en el presente apartado, pues efectivamente la legislación procesal penal hace referencia precisa a esos motivos de estudio, y que a continuación se precisan.

#### **4.1.1 HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO**

El diverso numeral 226 del proyecto de código federal de procedimientos penales indica: "El hecho que la Ley señala como delito implica la existencia de los elementos objetivos o externos, así como los normativos y subjetivos, según lo requiera la descripción típica. Se considera la Existencia de ese hecho, cuando obren datos de prueba que así lo establezcan." Coinciden en este planteamiento los códigos procesales de Chihuahua, Oaxaca y Zcatecas<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Artículo 313 del Anteproyecto de Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>115</sup> Artículo 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>116</sup> Artículos 280, 272 y 319 respectivamente.

Esto deja de manifiesto otra reminiscencia legislativa: cuando al conceptualizar el cuerpo de delito se precisaban indicaciones como ésta; que puede entenderse si recordamos que nuestra legislación se mantiene unida a este concepto desde el siglo XIX<sup>117</sup> (con algunas salvedades que en su momento incidieron substancialmente en el entendimiento del concepto); lo cierto es que según la descripción legal se entiende a primera vista que los datos de prueba producto de la investigación preliminar, van a revelar la existencia de un delito precisamente en las actividades relativas a la vinculación al proceso, como serían la imputación que el Ministerio Público formula, o la decisión judicial de vincular a proceso.

Al respecto, como ya se ha indicado, el Código Nacional de Procedimiento Penales, no realiza una indicación precisa, una definición de qué debemos entender por hecho que la ley señala como delito, sin embargo, es de hacer notar que en el propio artículo 316, fracción III, se lee: "Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo (...)."

Con ello quiero hacer notar que la redacción que estas normas proponen indican ciertamente la necesidad de valoración intelectual respecto del motivo ahora referido, pero considero que la redacción no es la más afortunada en los primeros casos indicados; al precisar que el hecho que la ley señala como delito implica la *existencia* de elementos objetivos, subjetivos y normativos conforme lo precise la descripción típica, sabemos que se trata de un análisis donde media la teoría del delito, es decir, un análisis de adecuación normativa entre el hecho que se propone y la norma que se dice se actualiza (un silogismo jurídico); pero además se dice que se está ante la presencia de él, cuando los datos de prueba así lo establezcan. Acuso por inconveniente precisar que los datos de prueba son capaces de establecer la presencia de una adecuación normativa, primero, porque dichos elementos no pueden posibilitar ese grado de convicción, y además porque esa labor no corresponde ni al momento procesal en que nos encontramos, mucho menos a las potestades del Juez de Control.

---

<sup>117</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique, *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, p. 31, disponible en: <<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2741/6.pdf>>>, fecha de consulta: Octubre 27 de 2013.

Así es, esta redacción sugiere -y creo que lo hace por reminiscencia- que la valoración emprendida sobre el particular en la vinculación a proceso establecerá la existencia de un delito, valoración *a priori* que conculca el principio de inocencia; lo cierto es, además, que el insumo de material a discernir en la actividad intelectual emprendida, no posibilita una conclusión de ese tipo, pues los datos de prueba no son elementos de convicción, en cambio deben ser entendidos como elementos de sospecha solamente.

Considero menos desafortunada, la redacción que sobre el particular contiene el código modelo de la CONATrib, que indica: "Que de los antecedentes de la investigación expuestos por el ministerio público se establezcan datos de prueba que permitan establecer razonablemente la existencia de un hecho o hechos que las leyes del Estado califiquen como delito y la probabilidad de la autoría o participación del imputado en el hecho. Se entenderá que se ha establecido la existencia de un hecho delictivo, cuando los datos de prueba *revelen razonablemente* los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal que constituyen el elemento material del hecho que la ley califique como delito, así como a los elementos normativos y subjetivos cuando la figura típica de que se trate los requiera"<sup>118</sup>. Igualmente el código procesal del Estado de Morelos indica con relación al *hecho delictivo*, en su artículo 167: "Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo". El artículo 257 del Anteproyecto de dictamen de Código Nacional de Procedimientos Penales dice que: "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 idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado". Situación que en el Código Nacional de Procedimientos Penales se ha dejado patente en la fracción III del artículo 316, como en líneas arriba se precisó ya.

*Establecer, suponer o revelar RAZONABLEMENTE*; indica que no pretende una convicción de acreditación de la adecuación normativa, sino que supone válidamente que

---

<sup>118</sup> Inciso B, del artículo 303, código modelo CONATrib, *Op., Cit.*

esa adecuación puede suceder, y precisamente con motivo de esa suposición o válida sospecha es que ha de posibilitarse una investigación formalizada en aras de llevar o no, eventualmente, a juicio el hecho de que se trate.

Respecto de este concepto (al que aún denomina *cuerpo del delito*) -y precisamente con motivo de la reforma legislativa que da motivo este ejercicio intelectual- el Dr. Enrique Díaz Aranda sostiene que: " En el cuerpo de delito se analiza el hecho en sí mismo y en la responsabilidad al autor del hecho. Por ende, en el cuerpo del delito se aplican fundamentalmente las reglas procesales mientras que se reserva para la (probable o plena) responsabilidad penal a aplicación de la teoría del delito para determinar si, conforme al derecho sustantivo, la conducta es típica, antijurídica y culpable, es decir, si el autor cometió el delito."<sup>119</sup> Este posicionamiento refuerza la idea de Javier Dondé Matute<sup>120</sup>, quien también sostiene que parámetros procesales han sustituido a la dogmática penal.

Debo asumir una posición al respecto -ofrecida tempranamente en esta investigación<sup>121</sup>- como sigue: considero que Díaz Aranda y Dondé Matute se equivocan; fundamentalmente Díaz Aranda sostiene que "...una vez que se identifica el hecho relevante para el derecho penal es importante saber cuáles son los medios y formalidades para probarlo y de eso se encarga la legislación adjetiva a través del llamado cuerpo del delito."<sup>122</sup> En el mismo sentido Dondé indica que "...el cambio sustancial que se realizó consistió en abandonar el concepto de cuerpo del delito por datos que establezcan que se ha cometido un hecho delictivo. Este cambio consiste en desincorporar un concepto dogmático, propio del Derecho Penal sustantivo, para remplazarlo por conceptos estrictamente procesales [...] su comprobación ya no dependerá de las teorías dogmáticas en boga, sino de lineamientos probatorios."<sup>123</sup>

Primero, en relación a los posicionamientos de Díaz Aranda, debo señalar que aunque en la reforma motivo de la cual reanaliza los conceptos (cuerpo del delito y

---

<sup>119</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique, *Ob., Cit.*, p. 233.

<sup>120</sup> Expuesta al inicio de esta investigación, *supra* CAPÍTULO 1.

<sup>121</sup> *Supra* CAPÍTULO 1.

<sup>122</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique, *Ob., Cit.*, p. 162.

<sup>123</sup> DONDE MATUTE, Francisco Javier, Auto de vinculación a proceso, *Ob., Cit.*, p. 18.

probable responsabilidad) que plantea en la obra que cito; se abandonó el concepto de cuerpo del delito, él lo sigue utilizando probablemente a modo de sinónimo del concepto: *hecho que la ley señala como delito*, lo que de sí constituye una falla, aunado a la conceptualización o nueva toma de postura que dice asumir. En realidad nos encontramos ante la presencia de un cambio de paradigma, lo que desde luego implica abandonar un modelo de pensamiento e inmiscuirse en uno nuevo; por tanto no podemos ir cargando con arraigos afectivos por conceptualizaciones ahora inútiles<sup>124</sup>.

Así lo sostengo; considero que Díaz Aranda al reasumir postura indica que la teoría del delito no es menester de estudio en el apartado relativo al *hecho que la ley señala como delito*, sino que ésta debe reservarse al estudio de la probable responsabilidad; también indica que son criterios puramente procesales los que evidenciarán la existencia del *cuerpo del delito*. Su error es evidente, el hecho que la ley señala como delito no es un ente de estricta verificación en un protocolo procesal, en cambio se trata de un ente que concreta el estudio dogmático del derecho penal en la actuación de los operadores, no debemos olvidar que la dogmática más allá de la sistemática por sí, es un método de interpretación de la ley, y que precisamente centra a la ley en el dogma a interpretar, pero además, a aplicar; como mecanismo de interpretación o gramática del derecho penal, debemos ser capaces de advertir los textos que hemos de interpretar, la Constitución Política, desde luego no es un código penal, pero sí contiene redacciones que nos presentan un programa constitucional de derecho penal; la indicación *hecho que la ley señala como delito* es una de ellas.

Esta referencia nos precisa que el estudio del supuesto fáctico de que se trata debe tener un marco referencial de contraste: la ley, pero además no cualquier ley, sino aquella que particularmente precisa algún delito; la noma jurídica tiene dentro de sus potestades la de *construcción de realidad*, ciertamente en el mundo cotidiano nuestro, existen entes que se deben a la noma, pues por sí mismos serían incapaces de subsistir, tal es el caso de una persona jurídico-colectiva, que no existe materialmente, sino sólo porque la norma jurídica

---

<sup>124</sup> Al respecto Vid., KUHN, Thomas Samuel, La estructura de las revoluciones científicas, 8a reimpresión a la 1a ed., en español, trad: Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, México 2004, Pp. 176 y ss. disponible en: <http://es.scribd.com/doc/79855934/La-Estructura-de-Las-Revoluciones-Cientificas-Thomas-Kuhn> fecha de consulta: Noviembre 17 de 2013.

así lo prevé, el mismo caso sucede con el delito; brevemente indicaré que es una construcción artificial en cuya existencia media un enjuiciamiento de valores; y que su vigencia es determinante para establecer el interés de ciertas conductas fácticas o de hecho.

Por lo tanto el estudio de un hecho en concreto debe tener un referente de contraste: la norma penal; y para el estudio de la norma ciertamente se requiere un método de interpretación: la dogmática, que irrenunciablemente y por más pobre que pueda ser, demanda una sistemática también; el resultado lógico de este análisis precisa la necesidad de una teoría del delito en el estudio del *hecho que la ley señala como delito*, y no simplemente conceptos estrictamente procesales; también sostengo que el autor en comento no tiene del todo claro qué ha de entender por el concepto que refiere, primero le denomina como un proceso de verificación de un hecho a través de *medio y formalidades*, luego como el hecho material en sí, acompañado de un justificante de relevancia jurídico penal; luego precisa que ese hecho jurídico-penalmente relevante debe ceñirse en exclusiva forma a los elementos objetivos y en su caso a los normativos. Sobre el particular me asalta una duda, si indica que no hay teoría del delito que utilizar en el estudio del *cuerpo del delito*, sino que debe ésta reservarse al estudio de la *probable o plena responsabilidad*, ¿Cómo va a desentrañar el sentido de los elementos objetivos o normativos en su caso?; es evidente que el discurso en el que pretende sostener una posición no puede convencernos por ser en sí mismo contradictorio.

Lo mismo sucede con la posición del Profesor Dondé Matute, quien igualmente sostiene que son conceptos estrictamente procesales los que indicarán la existencia del hecho que la ley señala como delito; su tesis *Crítica a la teoría del delito: Bases para su destrucción*, así lo deja muy claro, pero regresamos a la misma complicación: la legislación procesal desde luego que puede establecer protocolos de actuación, verificación o sospecha de los hechos criminales, pero es incapaz de establecer por sí, ningún concepto de delito, éste es un ente abstracto que reside fundamentalmente en los códigos sustantivos penales, a modo de hipótesis normativa, una premisa que posibilita el estudio lógico del hecho a través de silogismos para la determinación cierta de un conocimiento concreto; por eso la

necesidad de empleo de la teoría del delito para el análisis del derecho penal sustantivo bajo parámetros procesales ciertos -respecto del hecho en cuestión- es absoluta.

Renunciar a su empleo, es renunciar a la racionalidad (por eso es tan importante definir una postura al respecto), renunciar a esa racionalidad significaría sostener la existencia o sospecha de existencia de un delito a través de un *falso silogismo*<sup>125</sup>, y eso, desde luego se traduce en un detrimento del discurso garantista que sostiene la reforma, pues verdaderamente causaría un menoscabo al sujeto destinatario del *ius puniendi estatal*.

Respecto del concepto *hecho que la ley señala como delito* debemos a partir de la racionalidad del sistema, o nuevo paradigma, dotarle de un contenido acorde al contexto en el que se presenta; como ya indiqué no podemos darle un significado que proponga un sustitutivo nominal de alguna otra institución, mucho menos de una que ha sido rebasada; sobre el particular enseguida realizaré un análisis y emitiré mi postura, con relación al preciso momento de vinculación a proceso a que se refiere la presente investigación:

Según se precisa en la mayoría de los códigos procesales, son requisitos para el pronunciamiento de la decisión de vinculación a proceso que los datos de prueba hagan presumible la existencia de: (a) un hecho que la ley señale como delito; (b) la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o haya participado en su comisión, pero además también se precisa que (c) no se encuentre demostrada una excluyente del delito o causa de exclusión del delito o extinción de la acción penal.

Si bien es cierto que esto se trata de un protocolo procesal, denominado además expresamente como *requisito* por la legislación, no menos cierto es que también nos proporciona indicativos de actuación con relación al derecho penal sustantivo, es decir contenidos substanciales; al respecto considero que el estudio del *hecho que la ley señala como delito* debe de tener un método; esta racionalización debe partir de una premisa mayor o normativa, que se encuentra contenida en las codificaciones penales sustantivas, y el caso en concreto será nuestra premisa menor o premisa fáctica; debemos recordar

---

<sup>125</sup> Vid., ARISTOTELES, Tratados de lógica (el organón), 12a ed., Porrúa, México 2008, p. 193.

también que el protocolo de actuación que impone la legislación procesal es el de realizar un estudio en plenitud con los elementos con que hasta ahora se cuenta, y que son datos de prueba; elementos de sospecha; así el producto intelectual debe de ser la válida sospecha de actualización del supuesto de que se trate; una "probabilidad de adecuación normativa" entre el *hecho material* y el *hecho que la ley señala como delito*.

Es posible que en la lectura de la redacción de nuestras legislaciones procesales entremos en alguna confusión, por no dimensionar adecuadamente el ejercicio intelectual que debemos de realizar, con motivo de ello y para ilustrar cómo creo que debe suceder el pensamiento siguiendo un método, diré que en el estudio de los hechos no podemos ceñirnos a conceptos puramente materiales, pero tampoco estrictamente legales; considero que los fenómenos objeto de estudio de nuestra ciencia se deben de estudiar a partir del reconocimiento de tres dimensiones, a saber: una dimensión "X" de naturaleza material, una dimensión "Y" de naturaleza jurídica, y una dimensión "Z" de naturaleza valorativa (axiológica), Fig. 1. Estas dimensiones en su conjugación brindan posibilidades racionales para la explicación de los elementos de nuestra ciencia; su conjugación posibilita la aparición de dimensiones X-Y, Y-Z, X-Z, y X-Y-Z; Fig. 2, en esta suma de conjuntos podemos explicar ya ciertos elementos, por ejemplo en la dimensión X-Y se hacen presentes supuestos de naturaleza material y jurídica, ello es una acción que se encuentra reconocida en la norma; su estudio en contraste nos dice que ahí coexisten hecho y norma, acción y tipo penal; en la dimensión Y-Z considero que se sitúa el elemento que ya he denominado antes *Axioma normativo*, un ente de valor que acuñado en la norma posibilita dotar de un contenido signifiante al aspecto puramente cognitivo de la descripción típica, además con motivo del cual es posible establecer la existencia incluso de ciertos elementos como es en concreto el *bien jurídico*. En la dimensión X-Z reside el supuesto de desvalor, hipotéticamente una afrenta simbólica potencial, que de materializarse se traduce en una *causación de desvalor*, supuesto en el que válidamente podemos sostener la imposición de una consecuencia jurídica del delito. Finalmente en la dimensión de conjugación de vectores X-Y-Z se posibilita el estudio válido, completo y definitivo de los fenómenos de interés para nuestra ciencia; siempre en una conjugación intelectual ( $\Sigma\Psi$ ) que incorpora una cuarta dimensión necesaria para el adecuado estudio de los casos ( $\delta$ ).

Fig.1

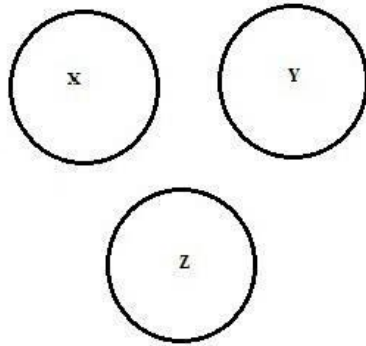


Fig.2

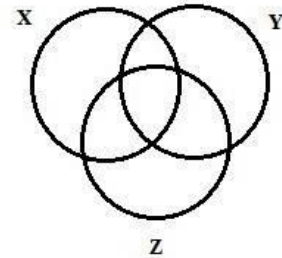
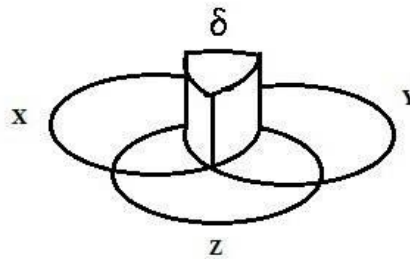


Fig.3



es decir:  $\delta = \frac{X.Y.Z}{\Sigma \Psi}$

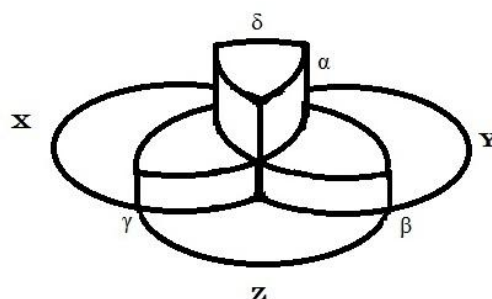
A simple vista pareciera que este estudio no es necesario de realizar, así exhaustivamente; pues la lectura llana del texto legal indica que debemos revisar únicamente las dimensiones X y Y (hecho y ley) en conjugación intelectual; de hecho, algo que en cada cruce de vectores ciertamente podría realizarse y que daría lugar a otras dimensiones de estudio: "α", "β", y "γ", como enseguida se muestra Fig.4<sup>126</sup>:

<sup>126</sup> Las respectivas formulas de cada una de las dimensiones son:

$\alpha = X.Y / \Sigma \Psi$

$\beta = Y.Z / \Sigma \Psi$  (Axioma normativo)

$\gamma = X.Z / \Sigma \Psi$



Sin embargo, se trataría de un estudio incompleto, no debemos pasar por alto que en la integridad de los códigos que hemos revisado; vigentes, proyectos o anteproyectos; se prevé el supuesto de revisión de elementos negativos que indiquen que en el momento del estudio no aparezca además de extinta la acción penal, un elemento de *exclusión del delito*, al respecto sin duda debemos caer a cuenta que estamos hablando de parámetros de licitud, es decir, el concepto de antijuridicidad (causas justificantes)<sup>127</sup>, que como ha quedado de manifiesto sólo pueden ser analizadas en el terreno de conjugación intelectual X.Y.Z, es el único que lo permite, al incorporar en el estudio la dimensión valorativa.

En conclusión, el estudio del *hecho que la ley señala como delito* debe de ser realizado en estrictos términos de racionalidad, tomando como insumo (por el momento procesal en que nos encontramos) lo datos de prueba, que podrán dar por legítima la afirmación de existencia de una *válida suposición* de adecuación normativa, para así continuar con el proceso; de este modo también queda de manifiesto que las consideraciones de Díaz Aranda y Dondé Matute, no cuentan con un sustento lógico, científico, racional, que les valide, sino acaso, intuitivo<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> Podemos entender que en este momento la referencia podría ampliarse a otros elementos negativos del delito, sin embargo la lectura de los textos legales procesales nos conducen a sostener que la intención del legislador en el uso de los vocablos *elementos de exclusión del delito*, está dirigida al concepto de causas de justificación.

<sup>128</sup> Adicionalmente quiero señalar a manera de crítica, que considero poco afortunado que en el Anteproyecto de Código Nacional de Procedimientos Penales se prevea la posibilidad de desahogar y analizar elementos de prueba, es decir elementos de convicción en la etapa procesal que nos ocupa, según lo indican el párrafo quinto del artículo 310 y su paliativo contenido en el diverso 317. Disiento según las razones expuestas en este texto en el apartado 2.2.1.1. FORMAL PRISIÓN.

#### 4.1.2 PROBABILIDAD DE PARTICIPACIÓN

Acerca de este concepto, el artículo 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales lo indica referido al concepto de *hecho que la ley señala como delito*, es decir, a éste lo subyuga de tal suerte que la primer conclusión que podemos extraer es que el estudio emprendido debe guardar una cronología específica, primero analizar el hecho que la ley señala como delito, y sólo cuando hayamos encontrado la válida suposición de su actualización pasaremos a estudiar si es que dicho acto es atribuible a algún sujeto, en el caso que nos ocupa, precisamente a la persona imputada.

En concreto, se trata de un estudio de imputación de un hecho punible, estudio de para atribuir también en grado de válida suposición ese hecho que la ley señala como delito, a un sujeto; sin duda, hablar de ello nos hace recordar el concepto de *Probable Responsable*, incluso su referencia nemotécnica tan utilizada en las agencias de ministerio público "P.R.", lo cierto es que en el particular estudio considero que no debemos sostener el concepto de *probabilidad* sino de *valida sospecha de participación*, al menos si es que por probabilidad entendemos la relación entre el número de casos realizados y el número de casos posibles, algo que atendería a la estadística; sino, si a caso, entendiendo la probabilidad como una fundada apariencia de verdad, que como se ha dicho es más clara y entendible en el concepto de *valida sospecha*.

Finalmente, sobre el particular hay que ser precisos al indicar que se trata de un estudio inmediato posterior al análisis que se realiza respecto del hecho que la ley señala como delito, con la teleología de hacer prosperar e *Ius Puniendi*, en tanto el hecho jurídicopenalmente relevante sólo cobra interés procesal cuando es posible atribuirlo a un sujeto.

## 4.2. REQUISITOS

Según lo refieren varias codificaciones procesales de las diversas entidades federativas de México, y asimismo el Código Nacional de Procedimientos Penales, serán requisitos para vincular a proceso:

I.- Que se haya formulado imputación: es decir que ante la presencia del juez de Control, el Ministerio Público o Fiscalía comunique a la persona imputada que está llevando a cabo unas investigaciones, acerca de un hecho que la ley señala como delito, por válidamente suponer que éste existe y que tal persona ha participado en su comisión; en la dinámica procesal de las diversas codificaciones se expresa precisamente que en la fase temprana de la audiencia de vinculación a proceso, audiencia inicial, o audiencia de formulación de imputación,<sup>129</sup> es la relativa a esta actividad; como ya se ha dicho, un acto formal de comunicación de informaciones.

II.- Que se le haya otorgado al imputado la oportunidad de declarar: Es hasta este momento cuando la posibilidad de declarar se traduce en el respeto cierto de los derechos del imputado, pues el sujeto, cuando es objeto de investigación en la etapa preliminar a cargo administrativo, prácticamente, de la autoridad ministerial, si es que acaso lleva a cabo una deposición, no se trata de una declaración en estricto sentido, sino de una entrevista que sirve a la fiscalía para hacerse llegar de datos de prueba, empero, ante la autoridad jurisdiccional, en concreto ante el Juez de Control, debe verificarse la concesión cierta de oportunidad a declarar o en su caso reservarse, para hacer patente el derecho que constitucionalmente ha sido dispuesto.

III.- De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo:

---

<sup>129</sup> Conocida de estos distintos modos por la legislación y la doctrina.

Como ya ha quedado expresado líneas arriba<sup>130</sup> este análisis, junto con el del punto siguiente, se trata del estudio medular, en tanto los requisitos previos son más bien formales y no substanciales, y todo lo relativo a su explicación ha quedado ya de manifiesto en los puntos respectivos.

IV.- Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito: de lo anterior se puede válidamente concluir que se trata de un estudio de teoría de delito, particularmente de elementos negativos; este estudio como ya se dijo antes, debe ser realizado en plenitud intelectual, el primero de los supuestos se trata de un motivo que tenga como consecuencia la extinción de la acción penal, como es el caso de la prescripción, en el segundo de los supuestos nos encontramos más bien ante la necesidad de conformación de ausencia de elementos negativos del tipo o la antijuridicidad, al menos, para la procedencia de vinculación proceso.

Pienso que al menos debe versar sobre esos supuestos, aunque es menester también indicar que un estudio tan profundo como el que se demanda debe ser realizado, aunque bien con los elementos de sospecha que se cuentan, debería alcanzar también alguna reflexión acerca de la culpabilidad, esto es un análisis meta material del hecho, con destino preciso en el sujeto que ha sido objeto de la imputación; pues si desde ahora la válida suposición alcanza para la acreditación positiva, también debe hacerlo para justificar explicaciones como la inimputabilidad o el error de prohibición; es contundente, no podemos separarnos del estudio dogmático en el caso particular; más también cierto es que todo este estudio nos posiciona en un sector del intelecto pleno, pero de extensión limitada a la suposición cierta, y no a la convicción.

Por lo que hace a la labor intelectual que ha de emprenderse también en el particular conviene recordar los temas desarrollados en el capítulo 4.1.1.

---

<sup>130</sup> *Supra* 4.1.1 y 4.1.2

#### 4.2.1. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN EN EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

Según lo dispone el artículo 16 constitucional: " Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

Ciertamente, si bien a lo largo de esta investigación llegamos a la conclusión de que la vinculación a proceso no es un acto con motivo del cual se sujete coactivamente a proceso a la persona imputada, no menos cierto es que con ella sí se permite se formalice la investigación preliminar y con ello posibilita la investigación complementaria, en tanto al generar una válida suposición de realización de un hecho que la ley señala como delito y de igual modo la válida suposición de participación en él de la persona imputada, se autoriza a que la investigación lleve por objeto precisamente a la persona imputada, lo que de sí significa, desde luego, un acto de molestia. En estas condiciones, si atendemos al texto constitucional, debemos precisar entonces, que la decisión de vinculación a proceso, que el auto de vinculación a proceso debe ser fundado y motivado; al respecto he de comentar que el Profesor Eduardo Martínez Bastida en su obra *Manual para Litigantes del Procedimiento Nacional Acusatorio y Oral* expone para el lector un modelo de *Auto de Vinculación a Proceso*, en el que se puede leer: "Por lo que hace a la fracción III del referido artículo 316 instrumental... nos perite establecer: Que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, que implica la existencia de los elementos objetivos o externos, así como los normativos según lo requiera la descripción típica que en la especie es la de \_\_\_\_\_, previsto en los artículos \_\_\_\_\_, del Código Penal Federal/ vigente en la Entidad/ para el Distrito Federal, que en términos del dispositivo \_\_\_\_\_ del mencionado ordenamiento se aplicara (sic) pena privativa de libertad de \_\_\_\_\_. Lo anterior atendiendo al estudio que a continuación se hace (...)." <sup>131</sup>

Como resulta evidente la propuesta del Maestro Martínez-Bastida no indica: (1) En tanto se trata de un formulario de una pieza escrita, que la decisión de vinculación a

---

<sup>131</sup> MARTÍNEZ-BASTIDA, Eduardo, *Manual para Litigantes del procedimiento nacional acusatorio y oral*, 2a ed., Raul Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México 2014, p. 112.

proceso debe constar en un documento, que el auto de vinculación a proceso debe ser escrito, y; (2) Que ha de fundarse y motivarse. Esto es así, seguramente porque en apariencia, así lo demanda la legislación, en cambio creo que la legislación debe ser interpretada respecto del particular a través de la *exégesis*, como sigue:

La decisión de vinculación a proceso por referencia expresa de la ley y de la constitución, se manifestara virtud de la advocación que denominamos *autos de vinculación a proceso*, más no es que precisamente deba realizarse una pieza escrita que lo contenta, bien creo posible, que la decisión, con los requisitos que la norma demanda, pueda ser expresada mediante un proceso de comunicación oral, siguiendo la lógica que se impone al proceso penal acusatorio y adversaria, ya desde la disposición constitucional y desde la legislación también, pues si se impone, verbigracia, al litigante la exigencia de expresar un alegato de clausura, así, de manera oral, ¿porqué el juez quedaría exento de obligación similar? Esta es la razón de interpretar el orden normativo de manera exegética, para ser coherentes; luego, si además se quiere documentar la decisión, no vería obstáculo alguno, más no al revés, una decisión escrita que luego se verbalice, considero violenta los principios del proceso.

Ahora bien, particularmente sobre fundamentar y motivar la decisión, si no ponemos el cuidado debido se corre el riesgo de violentar de igual modo, principios importantes del proceso, como quizá sin querer lo ha hecho el Maestro Martínez-Bastida en su formulario de auto de vinculación a proceso, cuando indica: "*...nos permite establecer: que se ha cometido un delito que la ley señala como delito...*"; y enseguida se dispone a explicar cómo y con fundamento en qué es que la decisión judicial establece lo propio.

Un análisis de este tipo, añadido de a fundamentación y de la motivación, se traduce en un perjuicio al principio de inocencia que pesa sobre el proceso penal acusatorio adversarial, así es, en el particular se ha concluido ya, y sin más, que el delito existe y luego que la persona imputada es responsable; una decisión de ese tipo no es la que compete al momento procesal en que nos encontramos, esa decisión ha de tomarse en el juicio, es decir en la audiencia de juicio oral, sólo hasta ese momento; en el momento en que nos

encontramos, no podemos hacer sino establecer que los datos de prueba que han sido presentados ante el juez de control, generan en este una válida suposición de realización de un hecho que la ley señala como delito, de igual manera una válida suposición de que la persona imputada ha participado en él; y si bien ha de precisarse porqué es que sucede esto y referir los numerales a que hace referencia el supuesto de que se trata, no será para decidir más nada.

En ejemplificación de lo dicho, el código de procedimientos penales italiano, en su artículo 429, refiriéndose a la audiencia preliminar (*udienza preliminare*) nos indica, particularmente con referencia a la decisión judicial que pone fin a ésta, y que posibilita la continuación del proceso, unos requisitos, entre los que destaca un fundamento legal, cuando ha de aplicarse una medida de seguridad<sup>132</sup>, empero, acerca del análisis de fondo sólo precisa la necesidad de: "*l'indicazione sommaria delle fonti di prova e dei fatti cui esse si riferiscono*". es decir: una breve indicación de las fuentes de prueba y los hechos a que se refieren<sup>133</sup>.

Mi estancia en Italia, y mi contacto con el Proceso Penal Italiano me enseñó precisamente que la legislación procesal penal italiana, y el ejercicio de los profesionales del derecho en éste, precisamente respecto del particular se guía por la ponderación de unos derechos humanos, que tienen que ver precisamente con la persona imputada, la audiencia preliminar, puede en alguna medida asemejarse a nuestra audiencia inicial, y difiere en que al momento de decidir proceder, o continuar con el proceso rumbo a un juicio, el *Giudice dell'udienza preliminare*, Juez de la audiencia preliminar, asume la decisión tras un pleno y absoluto ejercicio intelectual, con especial referencia a la codificación penal, a los hechos que para su estudio se presentan y a las argumentaciones que en debate le proporcionan las partes, pero sin aseverar, fundando y motivando, que un delito se ha cometido.

Entonces, la contundente afirmación con que este capítulo abre debe de matizarse diciendo que la fundamentación y motivación del proceder judicial ha de encontrarse

---

<sup>132</sup> Parte final del inciso c) del artículo 429 del Código de Procedimientos Penales, Italiano.

<sup>133</sup> Inciso d) del artículo 429 del Código de Procedimientos Penales, Italiano. *Traducción del autor*.

especialmente referida a los requisitos que la legislación procesal exige, y cuando hemos de referirnos a: hecho que la ley señala como delito y participación de la persona imputada en él, deberá ser, si es que procede, expresando que existe la válida suposición de su actualización, y jamás que el delito se ha cometido.

## **CAPÍTULO 5. CONVICCIÓN Y VÁLIDA SUPOSICIÓN, EL ESTÁNDAR PROBATORIO**

Con el análisis hasta ahora desarrollado, podemos extraer de nuestras explicaciones, que a lo largo del proceso penal nos encontraremos con dos conceptos, uno de ellos la convicción, el otro, la válida suposición, al respecto he de decir que se tratan de situaciones intelectuales que resultan luego de ejercicio de estudio emprendido, que en el particular momento han de referirse a la vinculación a proceso, y que para su existencia hacen falta unos elementos que la causan, en el primer caso, unos elemento de convicción, o pruebas, en el segundo, elementos de sospecha o datos de prueba, y el resultado de esta labor intelectual se ejemplifica de la siguiente forma:

$$(Ic \equiv H.P) : (H.-P = Is)$$

Donde las variables: "H" corresponde a hechos; "P" corresponde a prueba, "C" corresponde a convicción, "-P" corresponde a *no prueba*, como en el particular lo es el dato de prueba, y; S corresponde a suposición, así: la suma de hechos y elementos de prueba han de producir convicción, en tanto que los hechos adicionados únicamente con datos de prueba pueden producir sólo la válida suposición. La anterior representación debe de leerse por las reglas de interpretación lógica del siguiente modo: *El intelecto producirá convicción, sí, y solo si coexisten junto al hecho, pruebas; por lo tanto si junto al hecho coexiste una no prueba<sup>134</sup> producirá en el intelecto sólo la suposición.* Esta es la justificación de porqué le he llamado al dato de prueba elemento de sospecha, o elemento de suposición para distinguirlo del elemento de convicción.

---

<sup>134</sup> entiéndase dato de prueba

De este modo es posible advertir que la vinculación a proceso es una decisión jurisdiccional en la que no se realiza un juzgamiento de los hechos, como por ejemplo en su momento se sostuvo que la formal prisión hacía, sino que sólo se lleva a cabo un análisis que permite en su caso la continuación de la investigación, donde el resultado del ejercicio intelectual que este estudio impone, no es la convicción de adecuación del hecho delictivo y responsabilidad en su comisión, sino la sospecha cierta o válida suposición, y que por imperativo de la ley dicha sospecha o válida suposición es motivo suficiente para la formalización de la investigación, la continuación de ésta en la investigación complementaria y el justificante de los actos de molestia que ello signifique para la persona imputada y otros.

Del mismo modo el empleo de estos conceptos dota de racionalidad al proceso, particularmente al momento procesal en el que nos encontramos, como también lo hace dotándole coherencia, pues este mecanismo es respetuoso de los principios que rigen el proceso penal acusatorio y oral con tendencia adversarial en que nos encontramos envueltos hoy día, este nuevo paradigma de justicia penal en México nos ha forzado a conceptualizar y entender los elementos que lo integran, fundamentalmente desde la coherencia que demandan los principios en que se cimenta.

## **CAPÍTULO 6. DINÁMICA PROCESAL**

En el particular me he de referir especialmente a la dinámica procesal que impone el Código Nacional de Procedimientos Penales, en tanto con su asunción, en breve ha de ser el único código con motivo del cuál instrumentemos los procesos penales en México.

### **6.1. INCLUSIÓN EN LA AUDIENCIA INICIAL**

La vinculación en proceso en el Código Nacional de Procedimientos Penales, se encuentra inmiscuida en la dinámica procesal de la llamada Audiencia inicial, regulada a partir del artículo 307, que especialmente refiere: " En la audiencia inicial se informarán al

imputado sus derechos constitucionales y legales, si no se le hubiese informado de los mismos con anterioridad, se realizará el control de legalidad de la detención si correspondiere, se formulará la imputación, se dará la oportunidad de declarar al imputado, se resolverá sobre las solicitudes de vinculación a proceso y medidas cautelares y se definirá el plazo para el cierre de la investigación."

De lo anterior podemos extraer que la audiencia inicial versará sobre: (1) El control de detención, cuando la persona a quien se pretenda formular imputación, vincular a proceso y condicionar por medidas cautelares, se encuentre detenida; (2) Formular imputación, que como ya he quedado indicado se trata del momento procesal en el que el Ministerio Público o Fiscalía, en presencia de la autoridad jurisdiccional, particularmente de un Juez de control, informa a la persona imputada sobre la realización de una investigación de que es objeto; (3) Solicitud de vinculación a proceso, que como se indicará, demanda de una actuación específica de las partes, y; (4) Solicitud de Medidas Cautelares, que consisten en las decisiones judiciales que impondrán a la persona imputada una carga con la necesidad de mantenerlo *sub judice*, o procurará por la seguridad de otros sujetos que intervienen en el proceso.

que la vinculación a proceso se localice en la denominada audiencia inicial nos indica que se trata de una providencia temprana, que como ya se indicó, tendrá por insumo algunas informaciones que no guardan el carácter de prueba, y que además para ser realizada demanda de unos requisitos previos, siempre en el afán de velar por los principios que rigen el proceso penal y que cautelan los derechos de la persona imputada y de los demás sujetos que intervienen.

## **6.2. POSIBILIDAD DISCURSIVA DE LA FISCALÍA**

Es la fiscalía precisamente la encargada de solicitar la vinculación a proceso, este pedimento tiene una razón de ser, la posibilidad de formalizar dentro de un análisis jurisdiccional, las informaciones acopiadas hasta ahora, dar continuidad a la investigación,

que adquiere ahora el carácter de complementaria, y sobre todo, fijar las bases, es decir fijar la hipótesis de trabajo con motivo de la cual dichas investigaciones han de llevarse a cabo.

La fiscalía ha de presentar al Juez de control, con la finalidad de que decida vincular a proceso al imputado, una información concreta; en este momento se hace presente un concepto más, también característico de este sistema procesal, la teoría del caso; así es, al Juez de control la fiscalía debe presentar la narración de unos hechos, debe añadir los datos de prueba que le hacen válidamente suponer estos hechos se tratan de uno hecho que la ley señala como delito y la válida sospecha también de que la persona imputada participó en su comisión, y además presentará un esbozo de adecuación normativa, es decir, indicará cuál es el supuesto legal en el que supone los hechos encuadran.

Así, podemos concluir que la posibilidad discursiva de la fiscalía en la solicitud de vinculación a proceso versa sobre dos principales líneas: (1) El hecho que la ley señala como delito, y; (2) La participación de la persona imputada en él. Al respecto es importante que la fiscalía comprenda el alcance de los elementos o informaciones con que cuenta hasta este momento, que se tratan precisamente de datos de prueba; y que por ello, como ya se explicó, la conclusión que presenta al Juez de control, su pedimento; se cimenta en una válida suposición de la realización de esos dos puntos, simplemente.

Si bien este texto no se escribe a manera de manual, no puedo dejar pasar la oportunidad de recomendar a la fiscalía que el discurso que va a presentar a fin de posibilitar la continuación del proceso, debe ser un discurso elocuente, certero; donde medie un proceso de comunicación adecuado, haciendo buen uso del lenguaje, simple en cuanto a la narración de hechos que se presentan, de tal modo que todos, incluso los menos instruidos en temas jurídicos puedan entender cuál es su postura, y lo necesariamente técnico-científico que deje ante el juez la evidencia de análisis profundo en el campo jurídico; esto es así, pues la fiscalía, al tratarse de una institución pública que investiga y persigue los delitos, debe brindar la comunicación con 2 destinatarios principales: (1) La persona imputada, que si bien se hace acompañar de un defensor, especialista en el derecho también, debe tener la posibilidad de acceder a la información que la fiscalía presenta, por

sí mismo, por ello, como dije, ha de ser simple y llana en cuanto a la narración de los hechos, y; (2) El Juez, quien con motivo del discurso que la fiscalía presenta, debe ser llamado a una inmersión en el estado de la ciencia, debe ser llamado al análisis de los hechos mediante unos marcos referenciales de contraste: las normas; que no pueden ser analizadas sino mediante el empleo de la ciencia y la razón.

Sobre el particular, el párrafo segundo del artículo 313 del Código Nacional de Procedimientos Penales indica: "...el Ministerio Público deberá solicitar y motivar la vinculación del imputado a proceso, exponiendo en la misma audiencia los datos de prueba con los que considera que se establece un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión..."; de la interpretación de este numeral podemos concluir que *motivar*, es precisamente la actividad intelectual a que se refiere el párrafo inmediato anterior.

### **6.3. LA ACTUACIÓN DE LA DEFENSA**

En cambio la defensa, tiene una posibilidad mayor en su actuación, la líneas discursivas que puede plantear sin duda pueden estar referidas de especial manera a las que ha expuesto la fiscalía, siempre con la adición de que su análisis, atendiendo al principio de inocencia, basta ser encaminado a generar incertidumbre sobre la válida suposición que la fiscalía sostiene se actualiza, en cualquiera de los rubros de que se trate, pero además esta posibilidad adversarial, y la especial referencia que la legislación hace a los elementos negativos del delito, le dan la posibilidad a la defensa de argumentar sobre éstos.

Es decir, la defensa puede hablar también en este debate, sobre si considera que en el caso de que se trate, las informaciones que son presentadas nos dan indicativos de que en la especie se encuentre, ahora, cuando menos a modo de suposición, un elemento negativo de delito que por resultado tendría hacer cesar la actividad jurisdiccional; así es, la defensa puede realizar una labor intelectual ampliada, por ello es recomendación para la defensa que su estudio sobre el caso de que se trate vaya más allá del campo puramente material o de hecho, que no se limite a narrar cómo es que cree que suceden los hechos, sino que los

hechos que la fiscalía presenta, o los que en su caso aprecia la defensa que suceden, pueden ser objeto preciso de un análisis mediante un silogismo jurídico, del tema particular de los elementos negativos del delito, y al respecto puede hablar, claro, de a falta de alguno de los elementos que integran el tipo, o sea atipicidad, y dentro de ellos se encuentran , sí, los objetivos, pero también los subjetivos o incluso los subjetivos específicos; asimismo las causas de justificación o incluso una exculpante, como la inimputabilidad o el error de prohibición.

Que la defensa realice un análisis como el que se propone tampoco importa el juzgamiento anticipado de los hechos, pero de igual manera, si acaso así se pensara, demanda este momento la reflexión sobre una ponderación de derechos, el derecho de ser juzgado en audiencia pública, es decir en el momento procesal que corresponde, o la posibilidad de concretar la inocencia del sujeto, en una etapa temprana, para no significar más una carga, un acto de molestia sobre él; considero que un análisis así de profundo en este momento procesal, no significa un detrimento de los derechos de la persona imputada ni tampoco la pérdida de coherencia del sistema procesal penal, sino por el contrario significa la lealtad, la honestidad del sistema, que brinda posibilidades de este tipo como soporte o apoyo de los sujetos objetos de la actividad jurisdiccional, que hemos de recordar que particularmente esta actividad del estado es quizá una de las más severas, recordemos que se trata de una verdadera violencia institucionalizada.

Por ello, el proceso penal, el sistema de justicia penal, el estado como ente complejo en el que coexistimos los miembros sociales, demanda que el abogado defensor sea una persona instruida, suficientemente culta, elocuente y profesional, para poder atender una encomienda como la que ahora se refiere; marginalmente he de comentar que algunas experiencias que he tenido en el ámbito académico, en la enseñanza del nuevo sistema de justicia penal, son algo desalentadoras, cuando instituciones oficiales, universidades, capacitadores, barras de abogados, buscan propiciar una nueva generación de abogados ampliamente adiestrados en las técnicas de litigación, de sólido discurso y una seguridad tal que les permia escenificar de la mejor manera la labor del abogado, sin embargo, la labor del abogado no se escenifica, se realiza, y para realizarla hace falta mucho más que ser

diestro técnico, más que un leguleyo instruido en la técnica del interrogatorio o la oratorio; hace falta ser un gran conocedor del tema que se discute, del tema que se debate, un gran conocedor del derecho penal.

#### **6.4. SUPUESTO DE SEPARACIÓN DE LA AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO**

El Código Nacional de Procedimientos Penales concede una posibilidad que merece la pena precisar, esto consiste en la separación de la audiencia inicial; no su suspensión para continuación posterior, sino a verdaderamente dividirla, para generar una particular *audiencia de vinculación a proceso*, así es, el artículo 313 d previa cita indica: "El Juez de control cuestionará al imputado si desea que se resuelva sobre su vinculación a proceso en esa audiencia, dentro del plazo de setenta y dos horas o si solicita la ampliación de dicho plazo... Si el imputado manifestó su deseo de que se resuelva sobre su vinculación a proceso dentro del plazo de setenta y dos horas o solicita la ampliación de dicho plazo, el Juez deberá señalar fecha para la celebración de la audiencia de vinculación a proceso dentro de dicho plazo o su prórroga."

Como de manifiesto queda, la audiencia inicial, originalmente tiene por finalidad ocuparse de la vinculación a proceso, sin embargo cabe la posibilidad de que exista una especial audiencia de vinculación a proceso; considero que esta posibilidad deviene un vez más de una reminiscencia de paradigma que se abandona, donde dentro del conocido *plazo constitucional* tendría que ser resuelta la *situación jurídica del acusado*, hoy día, esto se distingue como un indicador garantista, en tanto posibilita que la persona imputada pueda dentro de ese plazo con su abogado, realizar una investigación defensiva, una actividad que pueda producir en el momento del debate, un contrapeso cierto para resistir de manera real y no simplemente formal, al impulso de la fiscalía.

Sobre el particular el Código Nacional de Procedimientos Penales señala también que en dicha audiencia de vinculación a proceso, la defensa ha de presentar sus medios de

prueba, los que considere necesarios<sup>135</sup>. La redacción (desafortunada) del Código Nacional nos hace suponer que este es un momento excepcional, en tanto puede aquí el Juez de Control recibir pruebas y valorarlas, pues incluso el diverso numeral 315 del propio ordenamiento legal, nos indica que para su desahogo se seguirán las reglas de la audiencia de debate; sin embargo, la lectura exegética propuesta antes para dar lectura a esta legislación, nos debe conducir a tener por cierto que la defensa, que la persona imputada, pueden presentar ante el Juez en este momento, una informaciones, que deben guardar también la advocación de dato de prueba.

El artículo 320 del propio ordenamiento legal indica: "Los antecedentes de la investigación y elementos de convicción desahogados en la audiencia de vinculación a proceso, que sirvan como base para el dictado del auto de vinculación a proceso y de las medidas cautelares, carecen de valor probatorio para fundar la sentencia(...)"; es decir, que en realidad no son un medio de prueba, no se trata de un instrumento mediante el cual se brinda información a la autoridad jurisdiccional con la posibilidad de que sea entendida como un medio de convicción, en consecuencia no puede generar certeza, y si acaso se permite que particularmente en esta audiencia de vinculación proceso se puedan desahogar una informaciones siguiendo las reglas que para el efecto precisa el apartado relativo a la audiencia de debate para con tal información brindar a la defensa se encuentre en mejores posibilidades de plantear su actividad, la paridad procesal, el principio de contradictorio, el principio de inocencia, son supuestos que se conjugan en este momento, y con ello la investigación defensiva que se formaliza mediante este acto, es el contrapeso de la investigación preliminar, como actividad de la fiscalía.

Luego, estas informaciones, que como ya se indicó deben de ser consideradas bajo la advocación de datos de prueba, deben de servir para la labor intelectual que el juez de control ha de realizar, y estar en posibilidad de determinar si es que estas informaciones le generan la válida suposición de realización del hecho que la ley señala como delito, la válida suposición de participación de la persona imputada en él, o en su caso si esto no

---

<sup>135</sup> Artículo 314 del Código Nacional de Procedimientos Penales

sucede, o si la válida suposición que se hace presente es la de actualización de un elemento negativo del delito, o incluso una circunstancia que extinga la acción penal.

## **CAPÍTULO 7. CON RELACIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA**

Para finalizar, he decidido retomar este tema para dejar muy en claro que la determinación que la autoridad jurisdiccional asuma al dictar el auto de vinculación a proceso no tiene que ver con el hecho de ordenar una prisión preventiva, ni mucho menos cualquier otra medida cautelar; si bien es cierto que estas aparecen en la dinámica procesal que envuelve la audiencia inicial, no menos cierto es que se tratan de instituciones jurídico-procesales distintas.

Hace falta puntualizar una vez más que la vinculación a proceso *"es la decisión jurisdiccional que atendiendo a una válida suposición de actualización de un hecho que la ley señala como delito, e igualmente, una válida suposición de participación de la persona imputada, y; tomando como base las informaciones que el Ministerio Público presenta bajo la advocación de datos de prueba; permite la continuación del proceso penal, formalizando la investigación que respecto dichos informaciones/hechos ha realizado el Ministerio Público; fijando así una hipótesis de trabajo para el proceso penal, y con ello, permite, además, la continuación de una investigación formalizada"*<sup>136</sup>.

Esta toma de postura conceptual acerca de la vinculación a proceso es capaz de resumir las características de esta institución, y como se hace evidente, entre ellas no encuentra la de condicionar formal o materialmente *sub judice* a la persona imputada, no, pues esa labor en todo caso corresponde a las medidas cautelares; incluso así lo reconoce el propio Código Nacional de Procedimientos Penales, cuando en su artículo 318 explica los efectos de la vinculación a proceso diciendo que el auto de vinculación a proceso establecerá el hecho o los hechos delictivos sobre los que se continuará el proceso.

---

<sup>136</sup> *Supra* 1.1

En concreto, acerca de la prisión preventiva, y el hecho de que la vinculación a proceso, tan típica del sistema de justicia penal mexicano no la posibilite, debemos recordar a Ferrajoli cuando dice respecto de la prisión preventiva: " Si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse esta provocación de Manzini, demostrando que no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales."<sup>137</sup>

Reflexionando acerca de la idea que el profesor Ferrajoli sostiene, y lo que hasta ahora hemos dicho acerca de la vinculación a proceso, no podemos dejar de precisar que la aparición de esta institución procesal en el sistema de Justicia Penal en México, tan característica de él, precisamente; se posiciona como un indicador de racionalidad, de coherencia y se trata precisamente de un indicador del discurso garantista que sostiene nuestra reforma constitucional; pues haber abandonado el auto de plazo constitucional, el análisis apriorístico del caso, fuera de sentencia; y la forzada captura de la libertad con el auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso, cuando menos de manera simbólica, representa una propuesta de avanzada en el sistema mexicano.

---

<sup>137</sup> FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, traducción: Perfecto Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 555.

### **APARTADO TERCERO CONCLUSIONES GENERALES**

**CONCLUSIÓN PRIMERA.-** En México, la reforma constitucional de 2008 tuvo ecos profundos en el sistema de justicia penal, al grado tal que podemos sin duda asegurar que nos encontramos en los albores de un nuevo paradigma, que aún no se ha logrado consolidar en la integridad del territorio nacional, pero respecto del cual existen ya las condiciones necesarias para que ello suceda<sup>138</sup>; cierto es que la realidad de nuestro día a día clama por ser atendida, sin embargo no puedo del todo confirmar la certeza de racionalidad que una reforma de esta envergadura debería marcar, porque es tibia, a veces me parece que bajo el discurso de la tímida benevolencia más bien delinea una reforma reaccionaria, muy enfática por cierto, además, en el tratamiento de todo aquello que se vincule a la delincuencia organizada.

El narcotráfico se ha convertido en el demonio que asalta nuestra racionalidad, al que ya no se comprende como fenómeno que ha de tratarse metódicamente, con estrategias eficaces claro está, pero más aún ciertamente pertinentes, útiles y adecuadas; sino como amenaza que ha de extinguirse. Sin ánimo de parecer pesimista quiero referir que el delito

---

<sup>138</sup> Decreto por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 8 de Octubre de 2013, y Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Marzo de 2014 con vigencia gradual a más tardar al día 18 de Junio de 2016.

es una realidad que ha acompañado a la humanidad a lo largo de toda su historia, la delincuencia organizada no es para nada ajena a esta afirmación<sup>139</sup>; comparto el deseo de que sea menguada satisfactoriamente, en aras de un mejor estar; pero disiento de los métodos hipócritas que se han asumido como directriz de la política pública en materia de criminalidad.

Como lo he indicado, son varios los factores que considero inciden en la reforma que ahora brevemente comento, desde los que atienden al campo de la macroeconomía hasta los que se pretenden erigir como vigías certeros de los más elementales estándares de tratamiento para el subyugado al *Ius puniendi*; así el espectro visible del haz de primo empleo estatal: el Derecho Penal, ha sido ampliado. Sobre esta dilatación debo decir: Que el Derecho Penal conforme al sesgo político que le orienta en la Reforma Constitucional tiende a desvanecer su connotación cultural humanista para asumir un papel de saber tecnocrático<sup>140</sup>, presentando una transustanciación de objeto cognoscible conforme a todos los lineamientos del método dogmático, por una herramienta, un simple dispositivo para la satisfacción de distendidos fines político-criminales. Así los límites racionales de empleo del poder punitivo se han visto acotados por la vertiente eficientista que busca acabar con la delincuencia, o con los *delincuentes* en su caso, arremetiendo contra ellos con el Derecho Penal<sup>141</sup>.

Una de las estrategias que al respecto se asumieron es la de la militarización de la seguridad pública, una tarea que es distintiva de las fuerzas policiales; más aún, que es ajena de las fuerzas militares, quienes habrían de actuar para garantizar la seguridad interior<sup>142</sup>, entendida sí como la situación de resguardo de derechos y garantías de los

---

<sup>139</sup> Al respecto, GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: La delincuencia organizada (algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales) Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, México 2001, p. 39 y ss. [hasta 130].

<sup>140</sup> Sobre esta afirmación retomo palabras de: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Ob., cit.* P. 30.

<sup>141</sup> Al respecto, especialistas como JOSÉ ANTONIO CRESPO, investigador del CIDE (Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C.), han auguraron para fin del sexenio calderonista una alarmante cifra de 70,000 (setenta mil) muertes relacionadas con esta estrategia reactiva. *Vid., ¿No más sangre? En: El Universal*, México D.F. 18 de Enero de 2011, disponible en:

<http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/51388.html> fecha de consulta: Septiembre 25 de 2011.

<sup>142</sup> Sobre funciones y objetivos del Ejército, Fuerza Aérea y Armada de México, *Vid.,* CARLOS ESPINOSA, Alejandro: Derecho militar mexicano, 3ª ed., Porrúa, México 2005, pp. 72,82 y88. Asimismo, artículo 89

gobernados, pero más como garante de vigencia de las instituciones del Estado ante determinados detractores; actuaciones que escapan asimismo, al tiempo de paz; empero éste concepto hoy en día se encuentra íntimamente vinculado en nuestra realidad mexicana, con el de Seguridad Nacional<sup>143</sup>, que se define como las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano<sup>144</sup>, además se contemplan como amenaza contra la Seguridad Nacional los actos que obstaculicen o bloqueen operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada; de esta guisa puede inferirse que la investigación y persecución de los delitos relacionados con la delincuencia organizada, dentro del sistema de justicia penal, están encomendadas a las fuerzas armadas, cuando menos al Ejército y la Armada, pues incide ya por sí, en el ámbito de la Seguridad Nacional. Considero que ello coloca a las Fuerzas Armadas en un *novus* estado de actuación, intermedio al tiempo de paz y de guerra,

La cierta situación de la delincuencia organizada en la mira de prácticamente toda excepción que indica la reforma, es evidencia de una persecución selectiva, dirigida a toda persona que encuadre en el arquetipo de estos miramientos, en la que habrá de aplicarse todo un régimen excepcional, por cierto muy violento, virtud del empleo de un factor real del poder en esta lucha: Las Fuerzas Armadas. Así puedo inferir que la reforma constitucional ha conducido a nuestro sistema de justicia penal a tomar un rumbo diferente, camino a un nuevo paradigma de lo que ha de entenderse por justicia penal, que parece en sí misma incongruente, clamando garantismo y derramando violencia reaccionaria, donde muy por debajo del discurso de igualdad se persigue como en cacería al objetivo de esta guerra que emprendió gobierno federal, y para los fines de la cual, ha de hacerse todo lo que sea indispensable; ¿el costo? Aún incierto.

---

Constitucional, fracción VI, que prevé el empleo de las Fuerzas Armadas, para la seguridad interior y defensa exterior de la federación.

<sup>143</sup> Concepto que se encuentra realmente instrumentado, pues sobre él se manifiesta por ejemplo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 16; 20 apartado B, fracción V; 73 fracción XXIX-M, y; 89 fracción VI), y se ha creado la Ley de Seguridad Nacional, donde además se creó el Consejo de Seguridad Nacional, integrado entre otros por los titulares de la Secretaría de Defensa Nacional y el titular de la Secretaría de Marina.

<sup>144</sup> Artículo 3 de la Ley de Seguridad Nacional.

**CONCLUSIÓN SEGUNDA.-** Particularmente en el estudio de la vinculación a proceso como institución procesal, pero también como forma de expresión de la política criminal del estado mexicano, he de sostener que se trata de una creación que si bien originalmente pudo haber sucedido por una reminiscencia del paradigma que se abandona, y especialmente además como un mecanismo para dar cumplimiento al texto constitucional cuando aún no existía la reforma, no menos cierto es que hoy día, vista a instrumentación que de ella hemos hecho, debe ser considerada también como uno de los momentos procesales vitales del sistema de justicia penal.

A razón de que es a única institución que posibilita dar certeza a una hipótesis de trabajo con la que ha de realizarse el proceso de investigación, primero de la investigación preliminar cuando ante e crisol de esta institución es sometida, y luego posibilitando la investigación complementaria, pero, dotando en todo momento de la posibilidad cierta, y la garantía real de ejercer un verdadero contrapeso en contra del estado, posiciona al gobernado, al ciudadano en una potestad tan sólida que es capaz de hacer frente al estado en varias de sus advocaciones, al estado que se expresa como investigador y persecutor de los delitos y al estado que se expresa como jurisdicción, que en cualquiera de los dos casos involucra ya un arremetimiento posible y además cierto en contra del ciudadano.

De esta manera, que la vinculación a proceso se aparezca en el nuevo paradigma de justicia penal en México, es la primera de las posibilidades ciertas de enfrentar también los distendidos fines político criminales que el Estado mexicano ha emprendido, cuando cualquiera de los gobernados, más allá de los que especialmente ha fijado como destino de su distención punitiva, podemos ser víctimas de la severidad del actuar estatal, cuando ha plagado de excepciones el ordinario sistema de justicia penal; pues podremos en un momento cierto y con herramientas verdaderamente útiles enfrentar el poder punitivo que exponencialmente se presenta ante nosotros, que si bien, en el mundo de lo ideal, no debería suceder, la necesidad de su instrumentación demanda también un instrumento protector para el gobernado.

**CONCLUSIÓN TERCERA.-** La práctica profesional en el litigio de causas penales, mi experiencia docente como profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, y la participación que en cursos, seminarios, talleres y concurso he tenido yo mismo y con mis alumnos, me llevan a brindar esta conclusión adicional: ciertamente la vinculación a proceso como ya se expresó, demanda una técnica especial del profesional del derecho que ha de comparecer a solicitarla o realizar actividad de defensa, la Fiscalía, el Defensor e incluso el Juez deben ser personas que conozcan de buena manera la codificación procesal penal, que gocen de un discurso elocuente, que brinden seguridad y confianza en los argumentos que presentan e incluso en cómo es que los exponen, es decir que sean unas personas seguras de sí, con adecuado empleo del lenguaje y unas expresiones no verbales sino más bien corporales que muestren confianza, templanza, seguridad... Pero no menos cierto es, como ya se indicó<sup>145</sup>, que también debe ser un profundo conocedor del derecho penal, de la teoría del delito, de la sistemática penal, del lenguaje propio del penalista, la dogmática, y no para dejar en evidencia, en tono de pedantería, que conoce del tema, sino porque verdaderamente hoy en día, ante el nuevo paradigma de justicia penal en México, la dogmática penal reasume su responsabilidad de ser la infranqueable barrera en contra de la política criminal.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> *Supra* 6.3.

<sup>146</sup> LISZT, Von, Franz, La idea de fin en el derecho penal, Universidad Nacional Autónoma de México/Universidad de Valparaíso de Chile, México 1994, p.14.

## BIBLIOGRAFÍA

ARÉVALO MUTIZ, Paula Lucía: Los desafíos del derecho frente a la globalización, en: revista “*Vía Juris*” número 4, año 2008, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3293516> fecha de consulta: Septiembre 16 de 2011.

ARISTOTELES, Tratados de lógica (el organón), 12a ed., Porrúa, México 2008.

BECCARIA: Tratado de los delitos y de las penas, 17ª ed., tomada de la 14ª ed facsimilar, Porrúa, México 2008.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral, 1a ed., Flores Editor y Distribuidor, México 2011.

- La audiencia de control de la detención en el proceso penal acusatorio y oral, 1a ed., Flores Editor y Distribuidor, México 2011.

- Ley del proceso penal para el Estado de Guanajuato comentada, jurisprudencia, doctrina y formularios, 1a ed., Flores Editor y Distribuidor, México 2011.

BRITO MELGAREJO, Rodrigo: Constitucionalismo global, Porrúa, México 2005.

CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., La prisión preventiva en México, condena por adelantado o medida de seguridad encubierta, Porrúa, México 2004.

-La presunción de inocencia, 2ª ed., Porrúa, México 2006.

CÁRDENAS VIDAURRI, José Honorio y ZACARÍAS, Israel Casimiro- Sociología mexicana, reimpresión de la 1a ed., Trillas, México 2006, p.166 y ss.

CARLOS ESPINOSA, Alejandro, Derecho militar mexicano, 3ª ed., Porrúa, México 2005.

-Justicia Militar, en: “*Criminogénesis, revista especializada en criminología y derecho penal*” año 2 (sic), número 7, México, Septiembre de 2010.

CASTRO JOFRÉ, Javier, Los principios fundamentales del sistema acusatorio, en: “Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso” XXVI, Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I, Pp.343 – 349.

CISNEROS RAMOS, Carlos Francisco, La vinculación a proceso, disponible en: [http://www.elporvenir.com.mx/notas.asp?nota\\_id=131144](http://www.elporvenir.com.mx/notas.asp?nota_id=131144) fecha de consulta: Diciembre 22 de 2012.

CODEVILLA, Hugo: México 2006-2009 la coyuntura adversa, Miguel Ángel Porrúa Editor, México 2008.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho mexicano de procedimientos penales, 12ed., Porrúa, México 1990, pp. 290,293.

CONATrib, Código modelo del proceso penal acusatorio para los estados de la federación, CONATrib, México 2009.

CORONATO RODRÍGUEZ, José Francisco y GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios, Nuevas formas de procuración de justicia, Porrúa, México 2008.

COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS CONSTITUCIONALES Y DE JUSTICIA, Dictamen con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la constitución política de los estados unidos mexicanos, apartado de consideraciones, disponible en:

<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071211-VIII.html>

fecha de consulta Septiembre 11 de 2011.

DÍAZ ARANDA, Enrique, Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2741/6.pdf> fecha de consulta: Octubre 27 de 2013.

DONADIO LINARES, Luciano Martín: La influencia de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos en la práctica judicial interna: el caso de la prisión preventiva, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2882913> fecha de consulta: Septiembre 19 de 2011.

DONDÉ MATUTE, Javier, Auto de vinculación a proceso, en: “*Criminogénesis, revista especializada en criminología y derecho penal*” año 3, número 6, México, Febrero de 2010.

- Crítica a la teoría del delito: Bases para su destrucción. Consulta en línea, en: [http://www.inacipe.gob.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=177:critica-a-la-teoria-del-delito-bases-para-su-destruccion&catid=32:javier-donde-matute&Itemid=139](http://www.inacipe.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=177:critica-a-la-teoria-del-delito-bases-para-su-destruccion&catid=32:javier-donde-matute&Itemid=139) fecha de consulta: Julio 27 de 2011.

FERNÁNDEZ, Gonzalo: Bien Jurídico y sistema de delito, Editorial B de F, Argentina 2004.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, traducción: Perfecto Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 1995.

FLORES CRUZ, Jaime, Análisis sobre la nomenclatura empleada en el nuevo sistema de justicia penal previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1ª reimpresión de la 1ª ed., México 2013.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?, 2ª ed., Porrúa, México 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, Prontuario del proceso penal mexicano, tomo I, 11a ed., Porrúa, México 2004.

GARCÍA SILVA, Gerardo: La reforma al sistema de justicia penal, consulta en línea en: [http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/NUmero6\(4aepoca\)/02GarciaSilvaSP.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/NUmero6(4aepoca)/02GarciaSilvaSP.pdf) p. 68, fecha de consulta: Agosto 16 de 2011.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David y SANTOYO CASTRO, E. Alejandro: Crimen organizado realidad jurídica y herramientas de investigación, Porrúa, México 2010.

GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal, Manual práctico del juicio oral, 2a ed., Ubijus, México 2010.

GONZÁLEZ RAYA, Juan Manuel, Lineamientos fundamentales de derecho procesal penal, 1a ed., Ecce Homo, México 2009.

GONZÁLEZ RUÍZ, Samuel, ZINGERMAN, Gleb y MORENO HERNÁNDEZ, Moisés: *"Lucha contra la delincuencia organizada y respeto a los Derechos Humanos: un marco de referencia en la lucha contra el terrorismo"* en Terrorismo y delincuencia organizada, un enfoque de derecho y economía; Andrés Roemer y Edgardo Buscagila compiladores, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2006.

GONZÁLEZ VIDUARRI, Alicia y SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto: Criminología, 2ª ed., Porrúa, México 2008.

GRÜN, Ernesto: Las globalizaciones Jurídicas, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2367456> fecha de consulta Septiembre 16 de 2011.

GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: La delincuencia organizada (algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales) Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, México 2001.

GUTIÉRREZ SAENZ, Raúl, introducción a la lógica, 18a ed., Esfinge, México 1983.

GUZMÁN BRITO, Alejandro: La función del derecho romano en la unificación jurídica latinoamericana, en *"Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho"* coord., David Fabio Esborraz, Porrúa, México, 2006.

HUMAN RIGHTS WATCH, World Report/2011, capítulo México. Consulta en línea en: <http://www.hrw.org/es/world-report-2011/mexico-0> fecha de consulta: Agosto 16 de 2011

ISLAS COLIN, Alfredo: Importancia del derecho romano en la época actual, en: Revista Amicus Curiae, año 1, número 4, Sistema de Universidad Abierta/Facultad de derecho UNAM, México, 2009, consulta en línea en: <http://www.journals.unam.mx/index.php/amicus/article/viewFile/14589/13890> fecha de consulta: Agosto 20 de 2011.

JAKOBS, Günther: Moderna Dogmática Penal, estudios compilados; trad. Enrique Peñaranda Ramos, 2ª ed., Porrúa, México 2006.

JESCHECK, Hans-Heinrich: Tratado de derecho penal parte general, trad., José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed, Comares, Granada 1993.

KUHN, Thomas Samuel, La estructura de las revoluciones científicas, 8a reimpresión a la 1a ed., en español, trad: Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, México 2004, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/79855934/La-Estructura-de-Las-Revoluciones-Cientificas-Thomas-Kuhn> fecha de consulta: Noviembre 17 de 2013.

JIMENEZ MARTÍNEZ, Javier: Teoría del delito en el nuevo procedimiento penal mexicano: su importancia, en: “*Criminogénesis, revista especializada en criminología y derecho penal*” año 2 (sic), número 7, México, Septiembre de 2010.

LAVEAGA, Gerardo: ¿Quién teme a la reforma penal? Consulta en línea en: [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero\\_3/quien%20teme%20reforma%20penal.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/quien%20teme%20reforma%20penal.pdf) fecha de consulta: Julio 27 de 2011

- ¿Para qué sirve la reforma penal? Postura en: “*El mundo del Abogado*” año 13, número 142, México, Febrero de 2011.

LEAL BUITRAGO, Francisco: La doctrina de seguridad nacional, materialización de la guerra fría en América del Sur, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2349602> fecha de consulta: Septiembre 16 de 2011.

LISZT, Von, Franz, La idea de fin en el derecho penal, Universidad Nacional Autónoma de México/Universidad de Valparaíso de Chile, México 1994.

LOPEZ CAMELO, Raúl Guillermo y DARÍO JARQUE, Gabriel: Curso de Derecho Penal, parte general, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Argentina 2004.

MARTÍNEZ-BASTIDA, Eduardo: Política Criminológica, 1a ed., Porrúa, México 2007.

- Manual para Litigantes del procedimiento nacional acusatorio y oral, 2a ed., Raul Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México 2014.

MATÍAS PINTO, Ricardo: Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2558937> fecha de consulta: Septiembre 19 de 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho penal y control social, reimpresión de la 2ª ed., Témis, Colombia 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal, parte general, 8ª ed., Tiran lo Blanch, Valencia, España 2010.

NAVA CÓRDOVA, Isaac, Sistema acusatorio penal perspectiva en el ámbito federal, 1a ed., Ubijus, México 2009.

OPALIN CHMIELNISKI, León: ¿Globalización de la crisis o crisis de la globalización?, Porrúa, México 2005.

OVALLE FAVELA, José, Teoría general del proceso, 6ª ed., Oxford, México 2005.

PALAVICINI CORONA, Gabriela: Gobernabilidad y democracia, entre utopía y realidad, Porrúa, México 2005.

PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, en: La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno, 1ª ed., Iustel, España 2007.

QUIRÓZ CUARON, Alfonso: Crisis de la Administración de Justicia Penal, en: "*Temas y problemas de la administración de justicia en México*" antología, selección de José Ovalle Favela; Miguel Ángel Porrúa Editor, México 1985.

RAMÍREZ RAMÍREZ Francisco Roberto, La inobservancia al principio de reserva en el código penal federal, en: "*Criminogénesis, revista especializada en criminología y derecho penal*" año 2 (sic), número 7, México, Septiembre de 2010.

-Política criminal contra el narcotráfico: el caso mexicano, en: "*Corrupción Institucionalizada ¿Mito o realidad?*" coordinador Alejandro Carlos Espinosa, Ed., Criminogenesis /Dofiscal, México, libro en proceso editorial para su publicación.

REVUELTA VAQUERO, Benjamín: Derecho y Globalidad, en: "*Retos y perspectivas de la enseñanza del derecho*", Luis Felipe Guerrero Agripino, coordinador, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, México 2007.

RIVERA SILVA, Manuel, El procedimiento penal, 29 ed., Porrúa, México 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: El contrato social o principios de Derecho Político, 15ª ed., Porrúa, México 2006.

SARRE, Miguel y LUNA, Tania, Reforma del sistema de justicia penal en México lo que usted siempre quiso saber acerca de la etapa de investigación, disponible en: [http://www.juiciosorales.org.mx/m4rks\\_cms/4cms/doc/content/files/ETAPA%20DE%20INVESTIGACION.pdf](http://www.juiciosorales.org.mx/m4rks_cms/4cms/doc/content/files/ETAPA%20DE%20INVESTIGACION.pdf) fecha de consulta: Diciembre 22 de 2012.

SARTORI, Giovanni: ¿Qué es la democracia?, trad., Miguel Ángel Ruíz de Azúa, *et al.*, Taurus, México, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: La expansión del Derecho Penal, 3ª ed., Editorial B de F, Argentina 2011.

SOTO NAVARRO Susana: "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia", en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, septiembre de

2005, consulta en línea: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf> fecha de consulta: Julio 27 de 2010.

VARGAS HERNÁNDEZ, José Guadalupe: Del gobierno por el pueblo a la posdemocracia económica transnacional, global y cosmopolita, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2347502> fecha de consulta: Septiembre 16 de 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul: “*La destrucción total del Código Penal en la Argentina*”, conferencia grabada en video, puesta a disposición en línea por la Universidad de Buenos Aires, en: [http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v\\_zaffaroni\\_01.php](http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v_zaffaroni_01.php) fecha de consulta: Julio 22 de 2011.