

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



TESIS

LOS SUJETOS PROCESALES FRENTE AL PRINCIPIO ACUSATORIO

PRESENTA

JAVIER SEPÚLVEDA PONCE

**COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR
EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

MAYO, 2017



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



TESIS

LOS SUJETOS PROCESALES FRENTE AL PRINCIPIO ACUSATORIO

PRESENTA

JAVIER SEPÚLVEDA PONCE

**COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR
EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

DIRECTOR DE TESIS

DR. JOSÉ ZARAGOZA HUERTA

SAN NICOLÁS DE LOS GARZA, NUEVO LEÓN, MÉXICO,

MAYO, 2017

ÍNDICE

PARTE I

ALCANCES METODOLÓGICOS

INTRODUCCIÓN	7
1.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	8
1.2. BÚSQUEDA DE LA PROBLEMÁTICA	8
1.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	14
1.4.1. OBJETIVO GENERAL	14
1.4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS	14
1.5. HIPOTESIS	15
1.6. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACIÓN	15

PARTE II

APORTES DOCTRINALES

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO LEGAL DE DERECHO AL NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1. IDEAS PRELIMINARES	18
1.2. ESTADO LEGAL DE DERECHO	20
1.3. APROXIMACIONES GENERALES AL NEOCONSTITUCIONALISMO	22
1.4. ACERCA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO	27
1.5. CONSECUENCIAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO	29

1.6. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PROCESO PENAL	31
--	----

CAPÍTULO II

FIN DEL PROCESO

2.1. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO	34
2.2. ALCANCES DEL PROCESO EN GENERAL	35
2.3. EL OBJETO Y FIN DEL PROCESO	35
2.4. LOS FINES DEL PROCESO EN EL DEVENIR DE LA HISTORIA DEL DERECHO	39
2.5. EL SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO	43
2.6. EL SISTEMA PROCESAL INQUISITIVO	46
2.7. EL SISTEMA PROCESAL MIXTO	51

CAPITULO III

ACTIVIDAD DE LOS SUJETOS PROCESALES: JUEZ

3.1. LA JURISDICCIÓN COMO PODER DEL JUEZ	59
3.2. LA JUDICATURA COMO ÓRGANO CENTRAL DEL PODER JUDICIAL	62
3.3. FUNCION DEL JUEZ	66
3.4. LA FUNCIÓN JURÍDICA DEL JUEZ	75
3.5. EL JUEZ EN EL NUEVO PROCESO PENAL INSTAURADO EN MÉXICO	87
3.5.1. ETAPA DE INVESTIGACIÓN	87
3.5.2. ETAPA INTERMEDIA	91
3.5.3. ETAPA DE JUICIO ORAL	92

CAPITULO IV

4. 1. ASPECTOS NORMATIVOS QUE REGULAN LA FIGURA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO	97
4.1.1. ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL	97
4.1.2. ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL.	98
4.2. COMPETENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL ARTÍCULO 127 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES	98
4.2.2. ARTÍCULO 128 DEL CNPP	99
4.2.3. ARTÍCULO 129 DEL CNPP	99
4.2.4 ARTÍCULO 130 DEL CNPP	100
4.2.5. Artículo 131 DEL CNPP	100
4.3. ANTECEDENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO	104
4.4. HACIA UN CONCEPTO DE MINISTERIO PÚBLICO	111
4.5. AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO	115

CAPÍTULO V

EL ABOGADO DEFENSOR

5.1. ACTIVIDAD PROCESAL DEL ABOGADO DEFENSOR	119
5.2. ROL DEL ABOGADO DEFENSOR EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO	120
5.3. EL ABOGADO DEFENSOR FRENTE AL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA DEL IMPUTADO	123

5.4. EL DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA Y LA ACTIVIDAD PROCESAL DEL ABOGADO DEFENSOR	124
--	-----

CAPÍTULO VI

LA ACTIVIDAD PROCESAL DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

6.1. EL IMPUTADO	130
6.2. EL IMPUTADO Y SUS DERECHOS	130
6.3. DISTINTOS ENFOQUES SOBRE CUÁNDO Y CÓMO ASUMIR EL ROL DE IMPUTADO.	132

PARTE III

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	162
-------------------------	-----

PARTE I
ALCANCES METODOLÓGICOS

INTRODUCCIÓN

Es preciso mencionar que México, adoptó desde el año 2004 en el Estado de Nuevo León, esto con la reforma constitucional que modifica entre otros artículos , el 20 constitucional, y 2008 a nivel Federal la entrada en vigencia del sistema acusatorio, sin embargo, para nadie escapa de la realidad, que un cambio de proceso, tiene que venir acompañado de medidas que vayan encaminadas a lograr una mejor eficacia ante los sujetos procesales que garanticen, la vigencia del principio acusatorio.

De lo anterior, se propone un estudio a fondo que derivado del principio acusatorio de los sujetos procesales que participan en el sistema de justicia penal, para de ahí proponer, sugerir y concluir, descriptivamente, cuales son los planes del principio acusatorio durante el proceso.

Frente a este argumento se describe la importancia del Sistema Procesal, desde la perspectiva del principio acusatorio, con ello los sujetos que intervienen en el proceso, y así lograr una mejor comprensión del funcionamiento de la justicia procesal penal, cuando es garantizada por un debido proceso, el respeto de los principios y garantías que lo rigen.

I.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

En cuanto a los antecedentes del tema a investigar “LOS SUJETOS PROCESALES FRENTE AL PRINCIPIO ACUSATORIO”, hasta la fecha, ninguna autoridad o institución ha desarrollado un estudio que evalué el desempeño de la

actuación de los sujetos procesales y con ello se ignora si la implementación gradual está dando o no los resultados esperados. No existe un seguimiento puntual que revele si los operadores del sistema están siendo eficientes, respetando los principios rectores del sistema acusatorio y si con ello, se respetan o se anulan los derechos de las víctimas u ofendidos y del imputado, por lo tanto esta investigación podrá servir como un informe revelador y guía para futuras investigaciones.

I.2. BÚSQUEDA DE LA PROBLEMÁTICA

La incorporación de un nuevo proceso penal en el ordenamiento jurídico mexicano, se considera como uno de los pilares en la nueva era democrática del país. Estas reformas, al ser nuevas, contienen muchas indicaciones que aparentemente se ven fáciles, luego pasan hacer complicadas al momento de aplicarlas durante el desarrollo del proceso. Por lo que se requiere estudiar la constitucionalidad, del principio acusatorio para llegar a un mejor estudio.

Aunado a ello, existen presiones, las cuales defienden el cambio del sistema y otras se consideran que no era necesario las reformas en materia de justicia penal. Una presión, a las que me refiero en el párrafo anterior, se interpreta como ideología procesal, vinculada a la necesidad de un proceso justo, cuya preocupación ha sido consagrada en los instrumentos básicos para la protección internacional de Derechos Humanos, de los cuales México es parte.

Al respecto, se debe considerar lo recomendado por la doctrina, en donde la noción de proceso penal está en relación con el grado de efectividad en la

protección de los derechos humanos. En este sentido, es común leer la cita del gran procesalista alemán James Goldschmidt, quien ya desde el año 1935 señalaba que: "Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución" (MONTERO AROCA, 2008), o en las referencias a lo señalado por Roxin en su obra Derecho Procesal Penal, quien caracterizó al "Derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado (ROXIN, 2000).

Otra de las presiones de carácter pragmático, motivada por el hecho de que tanto en el mundo desarrollado, como en los países en desarrollo, las condiciones de la modernidad han producido un aumento vertiginoso en el número de casos que ingresan al sistema de justicia penal. Esto hace, la necesidad de hacer un proceso más rápido, es decir, en un plazo razonable, sin que ello, por ejemplo, merme el derecho a la defensa de los justiciados.

Con respecto a lo desarrollado en el párrafo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en opinión del (entonces) Juez Sergio García, ha establecido al referirse al plazo razonable: "La Corte Interamericana había seguido hasta hoy el criterio adoptado por la Corte Europea de Derechos Humanos, que desde luego suministra una útil referencia sobre los puntos a considerar sobre la razonabilidad del plazo invocado en el marco del debido proceso legal. En torno a esta cuestión, ambos tribunales se remiten a tres datos relevantes: complejidad del asunto sujeto a juicio, actividad del órgano de conocimiento y conducta procesal del litigante, esto es, un elemento concerniente al carácter mismo de los hechos sujetos a conocimiento y del proceso en el que

éste se realiza; y dos elementos atinentes al desempeño de sujetos procesales (o, más ampliamente, de sujetos que intervienen en el procedimiento, puesto que aquí pudieran venir al caso actuaciones u omisiones de la policía o del Ministerio Público, no sólo del tribunal)”. Esta es la opinión en el VOTO CONCURRENTES DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL CASO VALLE JARAMILLO Y OTROS DEL 27 DE NOVIEMBRE DE 2008.

Las razones ideológicas de la reforma de la justicia penal en México; resulta que intenta hacer frente a la crisis fundamentales del modelo anterior, me refiero con exactitud al proceso mixto con tendencia inquisitiva, en donde la función de los sujetos procesales, es vertical, en cuanto al proceso y además se intentó hacer una mezcla entre instituciones del proceso inquisitivo y acusatorio; de ahí el nombre de proceso penal mixto.

Tampoco, en este tipo de proceso como lo establece Olmeda, es correcto basarse en que la instrucción en el proceso mixto, se rige por el carácter inquisitivo y en el juicio se utiliza el acusatorio; puesto que el mixto tiene la característica de ser autónomo, se lo da el hecho de que la acusación le corresponde al Estado, la instrucción y el juicio la realizan el juzgador y las partes (CLARÍA OLMEDO, 2000).

Sin embargo, la tendencia del proceso penal acusatorio, instaurado en toda la república federal mexicana; se fundamenta sobre la base del principio acusatorio; que se refiere a la investigación y el juzgamiento, el cual deben ser adjudicados a dos órganos (y personas) distintos, y una persona, por regla

general, sólo puede ser sentenciada sobre la base de pruebas actuadas en el juicio oral, los medios de investigación actuados con carácter previo solo cumplen el objeto de prepararlo, no están destinados a formar la convicción del órgano jurisdiccional competente para resolver el conflicto (MONTERO AROCA, 2008).

En cuanto a la valoración de la prueba, en todo momento del proceso se llegan hacer ciertas valoraciones, más aún cuando el representante del ministerio público, requiere acusar, pretender la elevación de la causa al juicio; sin embargo, se entiende que se valora la prueba por otra de los sujetos procesales, cuando el defensor se opone en el momento de requerir la absolución de su defendido, y; el juez al decidir la situación de mérito. Sin embargo, éste último tiene como objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio (ROXIN, 2000).

Así, se instaura la figura de ministerio público quien dirige la investigación y a la vez es el encargado de realizar los actos destinados a la preparación del Juicio. Se crea, también, un Juez de Control que es el encargado de tutelar los derechos del imputado durante la investigación y quien debe autorizar cualquier limitación de derechos fundamentales que exija el desarrollo de la misma (medidas cautelares, búsqueda y restricción de derechos); pero debe hacerlo siempre a solicitud de parte y respetando una posición equidistante frente a la controversia.

Para lograr lo anterior, también es necesario asegurar una defensa técnica a todo procesado a cargo de los especialistas; es decir, abogados, capaces de poder asegurar que en todo momento el proceso penal se conduzca sobre el

respeto del debido proceso y las libertades de quien se encuentra sometido a proceso.

Por lo anterior, la estructura del proceso penal es parte esencial de la reforma. Tiene que ver con el diseño general del proceso, así como con el papel que se asigna a los sujetos procesales, con la afirmación y respeto de los derechos fundamentales, incluidos los de la víctima, y con una nueva concepción de la potestad punitiva del Estado. Por ello, se considera que la preparación de quienes intervienen en el nuevo proceso penal acusatorio, es fundamental para garantizar la sanción del principio acusatorio.

En palabras del autor Alberto Binder sostiene que la implementación de un nuevo sistema implica un conjunto de tareas destinadas a dar nuevas bases a la estructura del litigio. El núcleo central de la implementación reside en una serie de medidas que aseguran un efectivo cambio en la misma. La comprensión de todo ello, es fundamental a la hora de detectar los puntos críticos y proponer las medidas correctivas consiguientes (BINDER, Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal, 2004).

Ahora bien, la reforma del proceso penal en nuestro país, ha seguido un camino complejo de marchas y contramarchas que ha devenido finalmente en una yuxtaposición de modelos, estructuras, instituciones y normas contrapuestas. La reforma exige una definición clara de su objetivo político criminal. Una reforma que no haya previsto un proceso penal armónico con los postulados que impone la Constitución y los Tratados internacionales no tiene sentido.

Existen innumerables situaciones jurídicas que no merecen ser obviadas, puesto que el desconocimiento de los criterios jurídicos tales como las facultades del abogado, de los agentes del ministerio público y jueces; así como también, el desconocimiento de los principios y garantías que rigen el proceso penal acusatorio, puede llevarnos a un total fracaso y como consecuencia la vulneración de los derechos establecidos en la constitución política, referentes a la justicia penal, como el derecho al debido proceso, derecho a la defensa, derecho a ser escuchado, derecho a un juez natural, derecho a la presunción de inocencia, etcétera.

Por todo lo desarrollado en los párrafos anteriores es necesario realizar la siguiente pregunta de investigación.

I.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Qué función deben cumplir los sujetos procesales para asegurar la vigencia del principio acusatorio?

I.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

I.4.1. OBJETIVO GENERAL

Describir a través de la literatura jurídica la función que deben cumplir los sujetos procesales para asegurar la vigencia del principio acusatorio

I.4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Describir brevemente los antecedentes del sistema penal acusatorio.
- Analizar el principio acusatorio.

- Revisar las reformas constitucionales en materia penal.
- Describir las etapas del sistema penal acusatorio en el nuevo proceso penal.
- Analizar sentencias de cortes internacionales en cuanto al principio acusatorio.
- Describir las facultades de los sujetos procesales en el nuevo código procesal penal.
- Recabar mediante entrevistas la opinión de los operadores del sistema de justicia penal en Nuevo León.

I.5. HIPOTESIS

La actuación en el marco del principio acusatorio de los sujetos procesales, garantizará la vigencia de los derechos protegidos por la constitución. Principio que a su vez, no solo se sustenta en la acusación por parte del ministerio público, sino, también, en el derecho a la defensa frente al proceso penal.

I.6. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACIÓN

La justificación de esta investigación, se encuentra cimentada, sobre la trascendencia jurídica - social, en el desarrollo del tema; dada que, es necesario el estudio en la actuación de los sujetos procesales, respetando en todo momento la vigencia del principio acusatorio, para luego garantizar los derechos reconocidos en la constitución. Todo éste estudio, dotará a la doctrina procesal penal de un elemento clave para la realización de futuras investigaciones.

Aunado a lo anterior, no sólo traería impacto jurídico, sino también social, ya que existe relación entre la justicia penal y la sociedad. Esto debido a que, hoy en día las implicancias de mal funcionamiento en las partes procesales, tienen su repercusión en la vida de la sociedad. Por tanto, pretendemos a través de esta investigación, aportar nuevos mecanismos que potencien y efectivicen un mejor dinamismo de participación de los sujetos procesales.

En cuanto a los beneficiarios de esta investigación, se puede decir, que, servirá de mucha ayuda tanto a profesores como estudiantes universitarios debido a que el desarrollo de esta investigación se realizara con un estudio riguroso de las variables descritas en la hipótesis de la investigación.

En cuanto a la viabilidad de esta investigación, se cuenta con abundante material bibliográfico en las bibliotecas de Monterrey y el material proporcionado por las páginas web, así como la opinión de especialistas expertos en el tema; considero que esta investigación no tiene ninguna restricción en cuanto a la elaboración del trabajo que impida llevarlo a cabo, independientemente de la materialización o no del tema propuesto.

PARTE II

APORTES DOCTRINALES

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO LEGAL DE DERECHO AL NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1. IDEAS PRELIMINARES

El Estado, como una institución, ha venido evolucionando, hemos pasado desde un Estado legal de derecho a un estado neoconstitucional, trayendo así desafíos en cuanto a los procesos, ya sea penal, civil, laboral, etc. Los desafíos que hago alusión están referidos al actuar de cada una de las partes durante el desarrollo del proceso.

Debemos tener presente que los cambios en toda la estructura jurídica o social, siempre se debe a un rasgo inherente a la vida humana. Parafraseando al filósofo Heráclito de Éfeso, podemos decir que la única certeza que tenemos es el cambio, en él debemos hallar no una aspiración de como las circunstancias sino de aprovechamiento crítico a los signos de los tiempos (TAMAYO y SALMORÁN R. , 1998).

Así se puede afirmar que el derecho no ha sido ajeno a los cambios, por ejemplo, el pensamiento creó el iusnaturalismo, la filosofía jurídica dominante de la época premoderna, mientras faltó un sistema formalizado de fuentes basado en el monopolio estatal de la producción jurídica. Luego, inventó el iuspositivismo, sistema formalizado de reglas característico de las codificaciones y el nacimiento del Estado moderno. Y ahora ingenió el iusconstitucionalismo, sistema concertado

de reglas y de principios que se han convertido en la teoría jurídica dominante, o en todo caso para decirlo con Ferrajoli, se está convirtiendo en ella (FERRAJOLI, 1995).

De la literatura jurídica podemos advertir que esa cultura o paradigma jurídico como lo denomina Luigi Ferrajoli, que aún sigue influenciando en el modo de concebir, enseñar y operar el Derecho en nuestros días, no porque sea la más adecuada, sino, por costumbre o tal vez por comodidad, es el Estado de Derecho Legal. Contrariamente, no cabe duda que el paradigma de Estado de Derecho que hoy defendemos es el Estado de Derecho Constitucional. De modo que esto advierte una especie de esquizofrenia jurídica; por un lado hemos cambiado de paradigma de Estado de Derecho a nivel teórico, pero en la práctica seguimos enseñando, pensado y operando los saberes jurídicos para el Estado de Derecho Legal (LUIGI, 2001).

El juez sigue siendo para decirlo con Motesquieu, la boca que pronuncia la ley, y los abogados, eximios recitadores de los enunciados legales contenidos en los códigos jurídicos, sin examinar, previamente, si merecen ser aplicados, mejorados o tal vez desechados. Esto muestra la urgencia de que los operadores jurídicos no sólo asimilen los cambios teóricos del Estado Constitucional de Derecho, sino también, que traduzcan su saber en consecuencias prácticas para ejercer su profesión justificada y coherentemente acorde a las demandas.

En el Estado de Derecho Legal se estudiaba el Derecho estáticamente, puesto que se creía que el Derecho se reducía a lo que estaba contenido en la ley.

En la actualidad, esto es en el Estado de Derecho Constitucional, es insoslayable un examen crítico y dinámico del mismo, considerando que el Derecho no es sólo un conjunto de reglas inmutables, sino que es una realidad social viviente , lo cual requiere del abogado una destreza reflexiva y crítica de su saber, un aprendizaje, ya no sólo informativo sino fundamentalmente formativo del Derecho, puesto que el hoy del Derecho exige una profunda renovación de las numerosas concepciones jurídicas que operan en la práctica, cuyas consecuencias sociales incrementan cada día el número de víctimas del Derecho (BINDER, Introducción al Derecho procesal penal, 1993).

Por tanto, es de necesidad pública poner en correlación el texto jurídico con el contexto social. Pues como certeramente apunta Zagrebelsky (AIER, 1992), “la idea de derecho que el actual Estado Constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas”. De modo que es imperioso asumir semejante tarea.

1.2. ESTADO LEGAL DE DERECHO

Podemos decir que el Estado de Derecho legal, surgió a partir del último tercio del siglo XIX, la teoría más importante que respaldaba y legitimaba, este modelo de Estado de Derecho, fue el iuspositivismo jurídico que, como es sabido, identifica plenamente el Derecho con la Ley, a la que define formalmente como un acto de voluntad del Congreso, sin referencia alguna a sus posibles contenidos axiológicos o teleológicos, y sin que tampoco haya que buscar un especial sentido

a las notas de generalidad, discusión y publicidad de la ley (GARCIA FIGUEROA, 2003).

La ley es lo que el Congreso ha decidido que sea, la ley a través de unas determinadas formas. Hans Kelsen resumió esta tesis con la fórmula: “por ello cualquier contenido puede ser derecho” (ALEXY, 1995). La idea que propugnaba el Estado de Derecho legal y con ella la teoría que la legitimaba, el positivismo jurídico de corte Kelseniano, suponía una situación histórica concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional: la instancia legislativa. Esta concepción hacía de la actividad de los juristas un mero servicio a la ley, e incluso una simple exégesis, es decir, conducía a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.

Algunas de las características más resaltantes del Estado Legal de Derecho son: a) la sinonimia entre Derecho y ley. Esto es, no hay más Derecho que lo contenido en la ley. En consecuencia, la moral y la política no cumplen ningún papel. El Derecho ha sido deducido por la razón y puesto en los códigos; b) la ley es fruto de una voluntad general infalible, pues los miembros de la sociedad renuncian a sus derechos y todos se benefician del renunciamiento de los demás. Por ende cumplir la ley es ser libre y sólo estamos obligados a ser lo que manda la ley; y c) el Derecho se enseña a partir de los códigos legales. Las materias que no tienen códigos son devaluadas (DE BERNARDIS, 1995).

Trasladado a una perspectiva jurídica y parafraseando a Montesquieu, se puede decir que, el jurista no es más que la boca que pronuncia las palabras de la

ley, porque memoriza el Derecho para luego repetirlo en la ley. Sin averiguar previamente si dichos contenidos necesitan alguna mejoría. Así, la justicia se define como el cumplimiento de las leyes. Concepción que llegaría formalmente a su fin con el caso paradigmático de los juicios a los jerarcas de Núremberg, a quienes se les condena por cumplir la ley y violar el Derecho. Es decir, la reducción del Derecho a la ley, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho (CAROCCA PÉREZ, El Nuevo Sistema Procesal Penal, 2003).

De modo que, para decirlo con Ferrajoli, si el primer cambio, Estado de Derecho Legal, se expresó en la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente y, al mismo tiempo, válido; el segundo cambio, Estado de Derecho Constitucional, se expresó en la afirmación de las constituciones rígidas como normas de reconocimiento, no sólo del derecho válido, sino también del derecho inválido, pero existente. Lo cual, exhibió que el positivismo no era la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad a la que asistíamos después de la primera y segunda guerra mundial (FERRAJOLI, 1995).

1.2.1 ESTADO LEGAL DE DERECHO Y PRINCIPIOS

1.2.2 PRINCIPIO ACUSATORIO DEL ESTADO LEGAL DE DERECHO

1.3. APROXIMACIONES GENERALES AL NEOCONSTITUCIONALISMO

Se analiza al neoconstitucionalismo, desde la posición del juez al momento de conducir el proceso, así podemos decir, que el neoconstitucionalismo puede ser también visto como la doctrina o ideología institucional que considera muy positivo el fenómeno que hemos descrito y lo promueve activamente, especialmente alentando un modelo de Poder Judicial activista que tutele los Derechos Humanos para lograr su plena vigencia práctica.

La nueva visión del ordenamiento jurídico reclama una nueva postura institucional por parte de los integrantes de las magistraturas judiciales. Se postula una nueva postura institucional de los jueces, en particular de los tribunales constitucionales, que podríamos definir como activismo judicial, con fundamento normativo en los Derechos Humanos constitucionalizados y/o reconocidos en los documentos internacionales.

El neoconstitucionalismo vuelve a plantear el complejo y difícil tema de la misión que los jueces, especialmente quienes tienen a su cargo el control de constitucionalidad. El neoconstitucionalismo plantea y promueve una nueva relación del Poder Judicial con los demás órganos de gobierno y con la sociedad civil para el logro de la vigencia efectiva de los Derechos Humanos.

Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales. Así como el siglo XIX ha sido el siglo del Poder Legislativo y el siglo XX el del Poder Ejecutivo, el siglo XXI será, de acuerdo a una profecía neoconstitucionalista, del Poder Judicial. Hay una consideración muy elevada de la misión que los jueces están llamados a realizar en los sistemas democráticos. “La verdadera

democracia es la democracia de los jueces”. “Vengan los jueces a salvar el mundo” (Zagrebelky). “La idea es que jueces ilustrados y abiertos a la deliberación racional contengan los impulsos autoritarios de los políticos profesionales que pueblan los demás poderes de Estado”. (CITA)

Este nuevo rol que se asigna a los jueces es, en parte, una realidad muy positiva. Ellos han sido protagonistas y artífices de una creciente concientización y protección de los Derechos Humanos en la democracia constitucional. Su rol ha sido fundamental, tanto, por lo que ellos han hecho a través de sus fallos, como por el estímulo que su actuación significó para los demás poderes de gobierno.

El modelo institucional de la Suprema Corte, propio del neoconstitucionalismo no es ya una corte moderadora, sino una corte activista. No se atiende ya tanto a quién y cómo se decide, sino qué se decide. El dictado de fallos que hagan operativos los derechos prometidos en el texto constitucional, es la forma que tienen los Tribunales Constitucionales para legitimarse y prestigiarse ante la sociedad y el modo de lograr imponer algunos valores “revolucionarios” o “progresistas”, a veces en complicidad con las tendencias predominantes en los medios de comunicación, la opinión pública y el mundo intelectual .

También, en ocasiones, los jueces asumen como propias algunas políticas públicas desatendidas por los poderes políticos (por ejemplo, medio ambiente, carcelaria, etc.), convirtiéndose de ese modo en legisladores positivos, y no sólo negativos, en defensa de la supremacía constitucional. Se propone una interpretación creativa y dinámica de la Constitución y los Tratados sobre

Derechos Humanos que reviven, en cierto modo, la polémica que se dio en Estados Unidos entre originalistas y partidarios de la “living constitution”.

En el fondo, esta discusión no es tanto estrictamente jurídica, simplemente sobre los modelos de interpretación constitucional, sino sobre (i) el rol político que los jueces están llamados a cumplir y su relación con la legislatura y (ii) acerca de los valores de fondo que han de regir la sociedad. En parte, es también una discusión sobre quién ha de actualizar y dinamizar, principalmente, el derecho y el sistema jurídico para adecuarlo a las nuevas realidades y exigencias: los poderes políticos a través de los procedimientos constituyentes y legislativos o los jueces cuando resuelven dinámicamente los denominados “casos difíciles” (TAMAYO y SALMORÁN R. , 2004). Se produce una transformación en el modo de encausar las demandas y valores sociales. Antes, para autolimitar la función judicial, los tribunales afirmaban en sus fallos: “Go to the polls, not to the courts”; (Ir a las urnas no a los tribunales) ahora, declaran: “Come to the courts. We are the keepers of the constitutional promises” (Ven a los tribunales somos los guardianes de las promesas constitucionales). Paradojalmente, mientras hay una disminución progresiva de la discrecionalidad en la actuación de los poderes políticos, se verifica y promueve un notable aumento en la discrecionalidad de los jueces en su función jurisdiccional y constitucional. Algunas de las doctrinas jurídicas a las que más han acudido y desarrollado los jueces y autores partidarios del neoconstitucionalismo son las siguientes:

- Carácter operativo de los derechos constitucionales y los reconocidos en los Tratados Internacionales; utilización del principio “pro homine” para

escoger las normas que mayor tutela y protección otorguen a los derechos de las personas (REMOTTI, 2003).

- Análisis intensivo de razonabilidad por parte de los jueces, especialmente en materia de “libertades preferidas”;
- Máxima protección del derecho a la privacidad y a la autonomía personal;
- Máxima tutela del derecho a la igualdad que se transforma en derecho a la no discriminación y surgimiento de las denominadas “categorías sospechosas”, con una clara presunción de inconstitucionalidad;
- Surgimiento de los denominados derechos sexuales;
- Efectivización de los derechos sociales;
- Protección judicial de derechos colectivos;
- Vasto desarrollo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión;
- Obligatoriedad de seguir las pautas de los tribunales internacionales;
- Control de “convencionalidad” y no sólo de constitucionalidad de las normas internas;
- Flexibilidad y distintas clases de sentencias que pueden dictar los tribunales constitucionales: formulación de recomendaciones, fijación de plazos para la mejora y adecuación a las exigencias constitucionales. Estas medidas permiten la coordinación de las funciones de los tribunales constitucionales con la de los otros poderes. Se trata de las denominadas sentencias aditivas y exhortativas (LOPEZ MEDINA, 2008).
-

1.3.1 ACERCA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

En cuanto a concebirlo como un Estado de derecho, señala el autor español que “es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales: la tradición norteamericana originaria que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política; y la de la revolución francesa, que concibe a la Constitución como un proyecto político bastante bien articulado” (GHIRARDI, 1982).

La propuesta es sumamente interesante por cuanto la tradición norteamericana constitucional, ha sido concebir su Constitución la misma desde el discurso original de Benjamin Franklin, como herramienta para la defensa de los derechos de los ciudadanos, y a su vez, como instrumento para la materialización de los derechos a la propiedad, la vida, la libertad, en tanto que la tradición francesa ha optado por el sentido de garantías que ofrece una Constitución. De una lectura comparativa entre las Declaraciones de Derechos de Filadelfia y sus enmiendas (1787) y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789), podremos verificar lo expresado (GUASTINI, 2001).

Si bien antes al Juez solo le bastaba acudir a la ley para resolver una controversia, hoy en día la evolución incesante de los derechos fundamentales en el plano de los ordenamientos jurídicos nacionales, y de los derechos humanos en la justicia supranacional, con un marcado carácter de progresividad, nos hace reflexionar sobre la insuficiencia de los métodos de interpretación propuestos a comienzos del siglo XIX, por von SAVIGNY, fundador de la Escuela histórica del derecho alemana, para la dilucidación de controversias que, en forma constante, van a implicar valorar la aplicación de principios frente a normas, e inclusive, en

otros casos, van a significar la confrontación de principios unos frente a otros (BARROSO, 2008).

Es pertinente afirmar, con certeza, que en algún momento el intérprete, al resolver conflictos de la justicia ordinaria, aplica principios. Ello ocurre, por cierto, si el juez, al observar un vacío, se cerciora de que la ley no acude suficientemente en su ayuda para resolver el conflicto. Sin embargo, no nos referimos simplemente a una actividad integradora de llenar las lagunas que se producen, sino a una teoría de la Constitución como actividad de integración. En este caso, los principios y sus distintas valoraciones, representan una nueva concepción de teoría del derecho, en tanto propone, sobre la base de una Constitución normativamente garantizada, producto de las tradiciones norteamericana y francesa, nuevas fuentes de derecho en cuanto herramientas de interpretación (GIL RENDÓN, 2001).

Por otro lado, en la misma línea de ideas, FERRAJOLI argumenta: “Podemos resaltar una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente un Estado Constitucional. (FERRAJOLI, 1995)”

Importante es notar que no se trata de una tendencia aislada. Por el contrario, se trata de una comunidad de ideas y no simplemente de una posición solitaria en la interpretación del Derecho. Creemos que, por el principio de progresividad, esta corriente de la historia debe inclusive mejorar sus contenidos, haciéndolos inclusive más garantistas, reformando sus bases mismas para la

consecución de la defensa plena de los derechos fundamentales. Estimamos que si es así, entonces, no hay regresión.

1.3.2 CONSECUENCIAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Las reflexiones que anteceden han resultado contextualmente muy útiles para describir los rasgos más sustanciales de un Estado neoconstitucional. La propuesta tiene mucha vigencia y actualidad en el sentido de que nos persuade de que los criterios de interpretación constitucional en los ordenamientos jurídicos, están cambiando de sitio, que apuntan hacia nuevos sitios de producción jurídica, en una forma de fraternidad de intérpretes constitucionales, una especie de “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”, concepto enunciado por HABERLE, para significar que los argumentos de interpretación van asumiendo un carácter de criterios comunes (JIMÉNES CAMPO, 1999).

La propuesta hecha se acerca también a la teoría de la fertilización judicial cruzada, o “Judicialcrossfertilization”, es decir, el uso de precedentes extranjeros por parte de los jueces. Este concepto alude a que los tribunales internacionales deberían alentar y promover la interacción o fertilización cruzada judicial, tomando en cuenta los fallos judiciales de los demás. La propuesta de la fertilización judicial cruzada también comprende, en casos específicos, diferenciar el pronunciamiento de aquellos tribunales cuya competencia en la materia les concede un mayor rango de autoridad en un caso determinado. Sin embargo, tal puntualización no resulta definitiva en tanto las técnicas interpretativas implican puntos en común (RODRIGUEZ DE SANTIAGO, 2001).

Las redes judiciales permiten la fertilización cruzada de ideas, compartir las experiencias respecto de la resolución de problemas similares, y sobre todo el fortalecimiento de las propias instituciones judiciales a través de su legitimidad internacional.

Por tanto, es útil afirmar que el neoconstitucionalismo representa una nueva teoría del Derecho y reposiciona la actividad interpretativa a través de nuevos enunciados cuya matriz de pensamiento es su necesaria compatibilidad con los principios, valores y directrices que informa la Constitución, asimismo representa un concepto de evolución representativo con relación al Estado Legislativo. En éste, prevalecen la ley, la norma jurídica y las reglas como expresiones representativas del principio de legalidad. En el Estado neoconstitucional prevalece un plexo de principios, valores y directrices como expresión, *mutatis mutandis*, de los derechos fundamentales.

El principio de progresividad, como carácter sustancial de los derechos fundamentales, justifica que la interpretación constitucional evolucione hacia nuevos sitios de producción jurídica, en los cuales la tutela de urgencia, el carácter complejo de los propios derechos, justifican la irrupción de nuevos criterios de interpretación (RODRIGUEZ DE SANTIAGO, 2001).

La ponderación, el principio de proporcionalidad y los principios de interpretación constitucional, traducen muchos de los nuevos postulados del Estado neoconstitucional. Representan técnicas de interpretación constitucional que involucran procedimientos que bien pueden contemplar la valoración de

principios en su dimensión de derechos fundamentales (RODRIGUEZ DE SANTIAGO, 2001).

La interpretación en el Estado neoconstitucional, por excelencia, corre a cargo de los jueces constitucionales. Ello no implica una reducción del rol del legislador sino la afirmación de la premisa de que es atribución de los jueces constitucionales tanto la interpretación de la Constitución como la resolución de controversias constitucionales a la luz de las herramientas interpretativas que contemplan la ponderación, el principio de proporcionalidad y los principios de interpretación constitucional (OLANO GARCIA, 2006).

En el Estado neoconstitucional no existen espacios exentos de control constitucional. Todo el ordenamiento jurídico se subordina a los controles estáticos y dinámicos de la Constitución. Se requiere que los jueces tomen conciencia de los cambios que representa el Estado neoconstitucional pues ellos van a resultar, por excelencia, protagonistas del nuevo sistema, en lo que venimos a llamar el Estado Jurisdiccional, del que nos habla Karl Schmitt (NÚÑEZ POBLETE, 2004).

1.3.3 NEOCONSTITUCIONALISMO Y PROCESO PENAL

Como se ha dicho, que dentro del neoconstitucionalismo, se adoptan posiciones en defensa del respeto por los derechos humanos, más aún dentro del proceso penal, por ello, debe existir mecanismos que puedan hacer realidad tal defensa. Uno de ese mecanismo es el principio de defensa, quien además de ser considerado como un derecho público subjetivo del inculpado, constituye también una exigencia en la estructura del proceso, ya que éste no puede concebirse sin la

defensa. Para que se pueda decir que existe un equilibrio efectivo entre las partes contendientes, se debe otorgar a la defensa los mismos derechos y facultades que la Ley le otorga al Ministerio Público, encargado de la acusación en el procedimiento (PÉREZ LUÑO, 2002).

Alcalá - Zamora, quien sostiene que: "...ante la pretensión penal, como tesis que sostiene en forma monopólica el Ministerio Público (artículo 21 constitucional), la defensa sostiene la antítesis y queda reservado al poder jurisdiccional el efectuar la síntesis. Luego entonces, si se concibe al juicio como la necesaria síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto llega a destacar, por razones de lógica y legalidad, que la defensa, en cuanto concepto contrario a la pretensión penal, es de igual rango y necesidad que ésta..." (ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, 1977).

En consecuencia, podemos decir que la defensa en materia penal es una garantía individual con jerarquía constitucional, por el nivel normativo superior en que se encuentra incorporado, en el artículo 20 apartado "B" de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Existirán ocasiones en que una persona pueda ser detenida en flagrancia o por caso urgente; pues bien, para estas personas, el derecho a la defensa comienza desde que es detenida, desde este momento tiene derecho a defenderse por sí misma, o a designar persona que lo defienda. En otro supuesto, desde que una persona tiene el carácter de indiciado, a partir del momento en que tiene conocimiento de que en su contra existe una averiguación previa, debe gozar

de facilidades para la preparación de su defensa; la persona que recibe la calidad de inculpado, aunque no esté detenido, por ese simple hecho, se puede decir, que su libertad se encuentra amenazada.

Fuera de los casos anteriores, para que el derecho a la defensa se origine, es requisito indispensable que exista una denuncia o querrela en contra de persona determinada; esto es, que haya una imputación directa. Hasta en tanto esto no suceda, el derecho a la defensa como tal, no debe surgir (VERAPINTO MARQUEZ, 2010).

Ahora bien, en cuanto una persona es detenida o se presentare voluntariamente en calidad de probable responsable ante el Ministerio Público, éste tiene la obligación de hacerle saber los derechos que le otorga la Constitución Federal, dentro de los cuales se encuentra el de contar con una defensa adecuada. Pero no sólo consiste en decir que se tiene ese derecho; se debe asegurar que el inculpado entienda y sepa que la defensa se puede llevar por sí o por un abogado.

En este orden, el derecho a la defensa nace con la imputación y termina con la obtención de una resolución firme de terminación del proceso. Es preciso establecer desde este momento, que las reformas hechas al artículo 20 de la Constitución Federal el 18 de junio del 2008, se orientan, en cuanto al tema en estudio, a establecer de manera contundente que la defensa adecuada debe iniciar, como ha quedado establecido, desde el momento de la detención del inculpado. Así lo establece la fracción VIII del apartado B: "...Tendrá derecho a

una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención...”

1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO Y PRINCIPIOS ACUSATORIO

1.5 PRINCIPIO ACUSATORIO Y NEOCONTITUCIONALISMO

CAPÍTULO II

FIN DEL PROCESO

2.1. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO

Es necesario hacer un estudio de los fines del proceso, partiendo de la idea que el Derecho tiene entre sus principales finalidades, la ordenación de la vida social: el Derecho nos dice cómo deben desenvolverse las relaciones sociales y cuáles son las consecuencias que se derivan cuando el Derecho es incumplido o cuando surge un conflicto. En este punto donde entra en juego el Derecho Procesal, en las situaciones de conflicto, ya sea intersubjetivo (cuando se presenta entre sujetos particulares en materias de Derecho disponible: Civil o Mercantil), ya sea un conflicto de Derecho Público (cuando están implicados derechos o intereses públicos, es decir, en materias no disponibles: Administrativo o Penal).

Por ellos es indispensable el estudio de los fines del proceso para hacer un recorrido doctrinal por las diferentes etapas que ha pasado las sociedades en

cuanto a la solución de los conflictos, tanto de intereses particulares como públicos. Para ello se iniciará definiendo algunos conceptos esenciales:

2.2. ALCANCES DEL PROCESO

La doctrina ha establecido, que proceso significa avanzar, marchar hacia un fin. La función jurisdiccional se realiza por medio del proceso, el cual va a culminar, generalmente, con una sentencia dictada por el (la) juez(a). Por eso, muchos afirman que la sentencia es el acto procesal por medio del cual se resuelve un conflicto y le pone fin al proceso. El proceso es, dicho de otra manera, el conjunto de actos sucesivos encaminados al dictado de una sentencia. Es el conjunto de actos dirigidos a un fin, a saber, la solución del conflicto, o la decisión de la pretensión mediante la imposición de la regla jurídica (REDENTI, 1957).

Mientras el procedimiento es solo el medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve hasta su finalización el proceso (ARELLANO GARCÍA, 2006).

2.3. EL OBJETO Y FIN DEL PROCESO

Ahora bien, en cuanto al objeto del proceso, Decían los clásicos que el objeto del proceso era la *res in iudicio deducta*, la cosa llevada a juicio. No hay proceso puramente abstracto, que exista por sí y para sí mismo, sino que todo litigio tiene un objeto. Se acude a los tribunales para pedir algo: se pide al Juez que dicte una sentencia sobre un determinado bien jurídico, para lo cual se alegan como fundamento unos hechos basados en derecho y “jurídicamente relevantes”. Ese objeto es la pretensión o petición que formula el demandante al Juez, de una resolución que, con la autoridad de cosa juzgada, ponga fin de una manera

definitiva e irrevocable al litigio por él entablado. Es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración. Cada pretensión es el objeto de un proceso (ARELLANO GARCÍA, 2006).

Tomando en cuenta el trasfondo de esta investigación, es necesario establecer cuál es el objeto del derecho procesal penal, por ello, se afirma que es obtener, mediante la intervención de un Juez, la declaración de una certeza positiva o negativa de la pretensión punitiva del Estado, quien la ejerce a través de la acción del Ministerio Público. El proceso se puede terminar antes de la sentencia, por eso se debe hablar de resolución y no de sentencia. Se busca determinar si se cometió o no delito, se busca una certeza positiva o negativa. Si se comprueba la existencia de delito, aparecerán las consecuencias jurídicas, la sanción para el infractor.(cita)

En cuanto a los fines del proceso, se puede afirmar que el proceso jurisdiccional no solo se justifica como producto o consecuencia de la división de poderes sino como la herramienta universalmente aceptada por los pueblos modernos para la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses, por esta razón es indispensable que esta finalidad sea atendida de una forma concreta y ágil para que no pierda eficacia. El proceso jurisdiccional es el pilar fundamental del ejercicio del poder judicial y debido a esto debe ser fortalecido y protegido, proscribiendo todo intento de desestimar su uso mediante la creación de equivalentes jurisdiccionales. (cita)

Según Devis Echandía la crisis de la justicia por la ineficacia de sus tiempos de respuesta respecto a la resolución de los conflictos no es un problema del

proceso jurisdiccional, ya que éste se encuentra diseñado para que la respuesta sea dada de acuerdo con la materia que procesa en un breve lapso. La ineficacia de la justicia es fruto de un cúmulo de factores ajenos al proceso mismo ya sean de tipo humano, de infraestructura o de falta de técnica de los apoderados de las partes ó de los operadores jurídicos. La respuesta a la ineficacia del poder judicial no puede ser la negación del servicio jurisdiccional desestimando el uso del proceso jurisdiccional e incentivando la proliferación de equivalentes jurisdiccionales (ECHANDIA, 1997).

Por ello, se hace necesario que el proceso jurisdiccional como una necesidad de legitimación para el logro del cumplimiento de sus fines como Estado social de derecho, se realice a la luz de los principios que definen el Estado Social de Derecho, y se establezcan una necesidad imperiosa de definir cuál instrumento es el adecuado para cumplir con el fin de la justicia material como uno de los objetivos propios de este tipo de Estado. Este instrumento debe ser el proceso jurisdiccional, pues es la manifestación propia del poder judicial dentro del marco constitucional.

Desde este punto de vista, el proceso jurisdiccional legitima el poder del Estado, y por lo tanto genera un compromiso ineludible para los operadores jurídicos, quienes, haciendo uso de él, alcanzarán la justicia material, como fin primordial.

No se debe entender el proceso jurisdiccional, como aquel que imparte justicia a quién detenta la razón jurídica, económica o de mejor clase social, sino el que se enmarca dentro del objetivo de generar una justicia material a la luz de

los principios constitucionales que se desarrollan por medio del derecho sustancial y el procesal (TORRES DIAZ, 1987).

Por tanto, el proceso jurisdiccional es el mecanismo más idóneo para la resolución de los conflictos de la población, pues presenta herramientas eficaces para proteger los intereses de las partes y garantiza efectivamente el debido proceso.

Es de especial relevancia entender cuál es el verdadero significado o sentido de la protección al debido proceso para fortalecer el proceso jurisdiccional como instrumento para cumplir con las exigencias de justicia material que el Estado Social de Derecho nos impone.

2.4. LOS FINES DEL PROCESO EN EL DEVENIR DE LA HISTORIA DEL DERECHO

La existencia del derecho en la sociedad, es innegable, como necesaria para regular la conducta humana, en sus relaciones con los demás, en la búsqueda de la satisfacción de sus variadas necesidades, y realización de los objetivos que persiga como ser individual ontológicamente libre, con respeto al derecho de los demás, pues en el ejercicio de sus derechos para su desarrollo como persona humana son limitados, que pueden sufrir determinadas restricciones en su ejercicio, pues también ha de considerarse la vigencia de otros valores tan igual de merecedores dignos de tutela, todo ello, para fines del restablecimiento del orden social, con basamento en el derecho, y que cuan más basta sean las relaciones sociales se van convirtiendo en complejas las relaciones o nuevas

situaciones jurídicas y como tal requerirá de mejores mecanismos de regulación y de solución de conflictos (OVALLE FAVELA, 2009).

Sabemos que a medida que se va desarrollando la sociedad, el derecho como instrumento normativo regulador va quedando en cierta forma desactualizado por decirlo de alguna manera, pues con el desarrollo social permanente van surgiendo nuevas situaciones o relaciones jurídicas, que requieren de nuevas formas de regulación y de solución de conflictos, que el derecho como supuestos normativos no tuvo previsión inicialmente, lo que es natural, fenómeno social que se presenta permanentemente fruto de su evolución histórica, pues la realidad como se dice, rebasa el derecho (AÑÓN, 2006).

Por tanto, las nuevas relaciones o situaciones con relevancia jurídica que se presenten es innato e inherente a la sociedad en su proceso histórico, y así lo vienen experimentando a lo largo de su evolución, claro está que este desarrollo se realiza por la intervención de la persona humana, como creador de sus múltiples relaciones para la satisfacción de sus variadas y múltiples necesidades y para conseguir determinados propósitos, y que en determinados contextos históricos de la sociedad son protegidos por ella, pues a medida que el hombre realiza una valoración de los mismos, desde el momento que le sirve a la persona en esos propósitos, el derecho va cumpliendo su función no solo de regular esas nuevas relaciones sociales o situaciones, sino de proteger determinados bienes dignos de tutela, porque el hombre les ha atribuido determinado valor en cuanto le sirvan para sus objetivos en su existencia social (GONZÁLEZ CASANOVA, 1980).

En cuanto cambia la sociedad en permanente evolución y desarrollo, el derecho también cambia, o mejor dicho debe responder a las nuevas relaciones sociales emergentes para cumplir una de sus funciones, la imperancia de la justicia, orden, y otros valores que también emergen de esas relaciones y situaciones jurídicas, pues todo acto humano en cuanto le sirve a sus propósitos es susceptible de ser valorado, más aún si se trata de sus propias relaciones en su coexistencia con los demás y que el derecho los va consagrando en su ordenamiento jurídico.

Así también la resolución judicial no debe estar fuera de ese contexto del derecho, tanto en su creación jurídica y en su aplicación práctica, a través de su jurisprudencia, y ha de constituirse en un mensaje, primero directamente a los justiciables y sus abogados, con explicitación de las razones del porqué se resuelve de determinada manera, y en segundo lugar, a la sociedad, también destinataria del mensaje; así se vivenciará el derecho como fenómeno social interdependiente del derecho con la realidad social con defensa de determinados valores socialmente aceptados; y se evitará ese divorcio que se señaló entre derecho positivo y realidad social, fenómenos sociales en constante evolución, que considero debe tenerse una adecuada comprensión como proceso histórico del derecho y sociedad, para alcanzar determinados fines, contribuyendo el derecho a la preservación de la paz social y la justicia como fin del derecho (GONZÁLEZ CASANOVA, 1980).

Por otro lado, se dice que el derecho no debe ser un obstáculo para los cambios y desarrollo que se presente en la realidad social, y esto va en

consonancia con la concepción que se tenga del derecho; pues si aceptamos que el derecho no solo es marco jurídico (como norma jurídica), sino también que regula las relaciones sociales (como hecho social), y sobre todo el derecho contiene en sí mismo elementos valorativos (como valor) que aspira alcanzar; es más, también que tiene otros componentes sociales a ser abordados, por ello, se le considera en su dimensión pluridimensional, entonces consideramos al derecho en su estudio con la realidad social, como instrumento no solo para resolver los problemas que se presenten en la sociedad, sino también que se convierta en un instrumento de cambio y desarrollo para la sociedad, y no sólo meramente un regulador normativo; caso contrario se convertiría así en un verdadero obstáculo que frenaría el desarrollo de nuevas relaciones o situaciones, las que de presentarse no encontrarán una adecuada respuesta en el derecho. Así el derecho estaría a la altura de las circunstancias sociales, la cuestión cambiaría y socialmente el derecho cumpliría su función, y esto se cumpliría cuando se logre la debida comprensión del fenómeno social del derecho en la dimensión anteriormente descrita (DIAZ, 2007).

Además, que la aspiración del derecho no solo sirva para resolver los conflictos sociales que se presenten, sino también, debe ser concebida para la prevención de los mismos; de manera que en la creación del derecho se consolide cada vez mejor en cuanto a su eficacia como instrumento regulador, pero como proceso permanente, de todas las actividades humanas, sean económicas, sociales, comerciales, culturales, etc., pues la idea del derecho preventivo requiere de un marco jurídico normativo eficaz hacia ese objetivo, de manera que la noción del derecho como norma jurídica positiva, tenga en cuenta los hechos sociales

como vivencias del ser humano en sociedad, por ser la persona quien le atribuye una valoración, y porque es consciente que con ello aspira también alcanzar la realización de otros valores sociales (BERTALANFFY, 1968).

En cuanto a los diferentes sistemas jurídicos que han pasado a lo largo de la historia, nos damos cuenta que estos han respondido al estilo de Estado que imperaba, por ello, tanto el derecho como el sistema procesal ha venido cambiando.

2.5. EL SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO

La crisis de legitimidad en que entraron las instituciones de justicia penal en Latinoamérica en cuanto a la operación de diversas formas del sistema inquisitivo que acentuaron la desconfianza de la población en la justicia penal, esto debido a la falta de respuesta a una pronta, cumplida y transparente aplicación de justicia, así como otra serie de acontecimientos político sociales que incidió en la democratización institucional de casi todos los países de la región, dejando atrás una época de inestabilidad política, contribuyó indiscutiblemente a buscar una mejor respuesta a la necesidad de justicia. Ante un cambio de paradigma debemos acudir a las raíces de donde nació el sistema acusatorio. Por ello, nos adentraremos a la historia para comprender la misma (SCHÖNBOHM, 1998).

El sistema procesal acusatorio, es el más antiguo de los sistemas procesales; su existencia se remonta a la Grecia antigua. En él rigieron la oralidad, la inmediación y la contradicción, por lo que exigía a las partes producir la prueba y sólo excepcionalmente se permitía al juez ordenarlas de oficio. (GIMENO SENDRA, Vicente, 2003).

A Platón se le debe la publicación del discurso de defensa de Sócrates, cuando se le llevó a juicio bajo la acusación de "no honrar a los dioses que honra la ciudad" y "corromper a la juventud", quebrantando las leyes, porque negó la existencia de los dioses griegos y por creer en seres demoníacos, como el que denominaba *daimonion*. Sócrates decía que se dejaba orientar por su *daimonion* o *dæmon*, que es la voz de la interioridad, que le advertía a él cuando cometía errores pero nunca le decía que hacer y como consecuencia, quien creía en su *daimonion* no podía admitir la existencia de los dioses de la religión griega. Señaló que todos poseen un *daimonion* interior (DOMINGUEZ, 2003).

Sócrates asumió su defensa en forma vehemente criticando a los atenienses. El tribunal, compuesto por quinientos jurados, escuchó a quienes realizaron la acusación y a la defensa y, luego, procedió a votar y por mayoría fue condenado a muerte (ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, 1977). Asimismo, Platón escribió una colección entera de cartas y diálogos filosóficos, de los que se derivan algunos principios de lo que para este pensador era la justicia.

Aristóteles, por su parte, se dedicó a estudiar más de 140 constituciones de diferentes ciudades, y con ello, modificó su pensamiento al obtener un campo más amplio dado por la realidad jurídica de su tiempo, haciendo que la investigación práctica de las cosas, se una con el planeamiento teórico del derecho (ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, 1977).

El principio aristotélico que consagra la concepción lógica de las cosas, ajena a principios de orden religioso y de otra índole, tuvo gran influencia en los juicios que se desarrollaban en la Grecia de su época, ya que cuando se aceptaba una causa a juicio, las pruebas primordiales y de mayor eficacia, fueron los

testimonios, los juramentos y los documentos. Pruebas que se regulaban, precisamente, bajo dicho principio, pues se analizaban por sus aspectos intrínsecos y extrínsecos (DOMINGUEZ, 2003).

Igualmente, en esta época, existió la acción penal privada y la acción penal pública; la privada era ejercida por el ofendido o perjudicado y la acción pública se utilizaba para delitos que afectaban a la comunidad. Existía, también, el reconocimiento del derecho de la defensa del imputado y los tribunales sesionaban en las plazas públicas. Así pues, el proceso acusatorio en Grecia se componía por un debate entre las partes (el acusado con su defensa y el acusador, ya sea público o privado), las cuales trataban de demostrar sus pretensiones y argumentaciones, aportando las pruebas en las que las fundaban, y, por su parte, el Juez como persona ajena y absolutamente imparcial, decidía cuál de las partes en debate tenía razón conforme a su convicción, obtenida, claro, de las pruebas y alegatos orales que realizaban los que habían debatido (DOMINGUEZ, 2003).

En la actualidad, el sistema procesal acusatorio en términos generales, se aplica en los países con gobiernos democráticos, a diferencia del sistema inquisitivo que se ha mantenido en países con gobiernos verticalistas e inclusive, de corte totalitario o dictatorial.

2.6. EL SISTEMA PROCESAL INQUISITIVO

“Siendo malos, comenzaron a hablar de fraternidad y de humanidad y comprendieron esas ideas. Siendo criminales, inventaron la justicia y dictaron códigos voluminosos para defenderla; finalmente, para asegurar el respeto a los

códigos, inventaron la guillotina” (DOSTOIEVSKI, 2008). Con estas palabras iniciamos a describir las raíces del sistema inquisitivo.

El sistema inquisitivo de enjuiciamiento, aparece en la historia con posterioridad del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal, de un cambio político, un procedimiento de persecución oficial con inquisición que fue reemplazando cada vez más el procedimiento acusatorio. Así pues, durante la última parte de la edad media entraron en conflicto los señoríos locales poder feudal con el poder del monarca, quien pretendía aglutinar las diferentes comarcas que reconocía o ambicionaba, bajo su dominio, sobre la base de una única forma de organización política central. La lucha se decidió a favor del Rey y esto abrió paso, ya de manera genérica en la edad moderna, a la creación de los Estados nacionales, que aún perdura como idea cultural, y al sistema de organización política que ha dado en llamarse absolutismo o monarquía Absoluta (DAZA GÓMEZ, 2006).

El desarrollo y decadencia de este sistema, al menos en su forma más pura, se dio entre los siglos XIII y XVIII, momento en el que el poder, además de las monarquías absolutas, de la Iglesia Católica se encontraba en su máximo apogeo. Efectivamente, en el período señalado la iglesia tendrá gran influencia en todos los niveles y en todas las áreas de la sociedad, pero fundamentalmente, y respecto al tema en estudio, en el enjuiciamiento penal, comenzando por el castigo de sus miembros y posteriormente extendiendo poco a poco su ámbito de aplicación (CRUZ BARNEY, 2004).

Por ello, a partir de la expansión de la iglesia en Europa continental y de su lucha por la catequización y por la universalización, que incluso tornó necesario el

combate armado con otras religiones no cristianas, la razón de fe avaló el nacimiento de la inquisición o dicho de otro modo de una justicia inquisitiva.

Fue Inocencio III quien, fundado en la herencia del derecho romano imperial de la última época, modificó totalmente las formas del derecho romano canónico, al introducir la inquisición en el siglo XII. Su razón inicial fue la necesidad de investigar la mala conducta de los clérigos. Ante ello, se observa que el sistema inquisitivo tiene en la iglesia su cuna, su desarrollo y aun cuando excepcionalmente, también sus monstruosas aberraciones que la historia nos muestra.

Finalmente concluimos que el sistema inquisitivo fue diseñado y aplicado en la Roma imperial y en la edad media, teniendo como base el Derecho Penal Canónico. Se instrumentó como un procedimiento en el que el interés del Estado prevalecía sobre el interés de los particulares, ya que su pretensión primordial era mantener el estado de cosas y el orden “social” sobre cualquier otro y a toda costa, con las siguientes características predominantes (PIETRO CASTRO, 1947):

- Se encontraban fusionados en un solo órgano las funciones de acusación, defensa y juzgamiento. Es decir, el Juez tenía iniciativa propia e investigaba de oficio, indagaba para la búsqueda de la verdad (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2001).
- Las actuaciones se llevaban a cabo en secreto. El inquisidor investigaba y recolectaba las pruebas para acusar, sin intervención del procesado;
- El carácter escrito era una de sus principales notas;

- La prueba era restringida y el valor de la misma era tasado por la ley. La confesión era la “prueba reina” y la más eficaz para inculpar al procesado; solía, incluso, obtenerse a través de la tortura;
- Existía una especie de “presunción de culpabilidad”, ya que cuando el inquisidor realizaba la acusación, previamente había realizado su investigación en forma secreta, recabando sus pruebas;
- No existía igualdad entre las partes ni contradicción entre la acusadora y el acusador; el procesado era visto como un objeto de la persecución penal del Estado. No hay que olvidar que, en otro tiempo, se presumía que el poder público provenía de Dios y recaía en los monarcas;
- Era excesivamente burocrático y formalista, más preocupado por el trámite que por la solución del conflicto.

Como se advierte, el sistema inquisitivo es irracional y arbitrario; por ello, los pensadores de la ilustración como Montesquieu, Voltaire y otros como Beccaria, denunciaron la inhumanidad, la tortura y crueldad con que eran tratados los procesados en este sistema (GÓMEZ LARA, 1981).

Cabe hacer mención que Cesare Beccaria, en su obra Tratado de los Delitos y de las Penas, denuncia con extrema claridad y vigor las injusticias y atropellos a que se veían sujetos todos aquéllos que eran enjuiciados al amparo de la tortura y la humillación. Históricamente, la prisión surge después de la gradual desaparición de las penas corporales, de las penas infamantes y de la pena de muerte, bajo la

influencia del pensamiento del siglo XVIII, fundamentalmente con la aparición de dicho libro en el año de 1764¹.

2.7. EL SISTEMA PROCESAL MIXTO

Debido a los constantes cambios sistemáticos y a la inoperancia de algunos, surgen sistemas que intentan tomar lo mejor de cada cual, estos son los llamados sistemas mixtos. Estos aparecen porque no es posible la pureza, es decir, no se puede pensar en un sistema que sea puramente dispositivo ni uno que sea puramente oficial. Tal y como ocurre con la oralidad y la escritura, se requiere de la “necesaria coexistencia de elementos” propios del dispositivo y de elementos propios del sistema de impulso de oficio.

Los sistemas mixtos se caracterizan, pues, por la interacción de normas que, por un lado, permiten la promoción oficiosa o la prosecución oficiosa y, por el otro lado, se establece como requisito esencial la petición de partes para poder resolver. En estos sistemas mixtos se debe verificar cuál de los sistemas anteriores aparece con más fuerza, ya que es propio, es decir, que se dan ciertas inclinaciones hacia uno u otro².

Ahora bien, ha quedado claro que básicamente sólo ha imperado en la práctica a un modelo de justicia penal, que es el sistema inquisitivo, aunque en la

¹ ALVARADO, Adolfo.; Sistema Procesal. Garantía de Libertad. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal–Culzoni Editores, 2009. Pág. 174.

² BENABENTOS, Omar.; Teoría general del proceso. Rosario, Argentina: Editorial Juris, 2005, vol. 2. Pág. 189.

mayoría de países han estado vigentes códigos procesales que presentaban la estructura de un modelo mixto, reflejando en buena parte la estructura del código napoleónico de 1808, que concebía una primera fase del proceso denominada de Instrucción o sumario, que se caracterizaba por ser eminentemente secreta y realizada por un Juez con el fin de investigar todo lo relativo al delito cometido por el imputado y luego una segunda fase denominada plenario o de juicio, que se caracterizaba por ser oral, pública, continua y contradictoria y que tenía como objetivo fundamental dictar la sentencias sobre la culpabilidad o inocencia del procesado.

Realmente en la práctica judicial había imperado hasta antes del proceso de reforma procesal que actualmente se vive, el viejo sistema inquisitivo que en Europa Continental estuvo vigente en la Edad Media, es decir, un modelo inquisitorial escriturario que por más de cinco siglos creó una cultura inquisitiva, que es la que aún prevalece y que es la que precisamente se trata de extirpar con la consolidación de un modelo diferente.

El análisis retrospectivo de la práctica procesal penal y las legislaciones que las han sustentado, nos llevan a considerar que en sentido estricto, el sistema mixto de justicia penal, solamente se vio realizado en dos legislaciones: primero en el Código de Procedimientos Penales para la provincia de Córdoba en la República Argentina, sancionado en 1939 y que entró en vigencia en 1940 y que rompió con la vieja estructura del modelo inquisitorial, teniendo como antecedentes y como fuentes inmediatas los Códigos Procesales Penales italianos de 1913 y 1930, además de la Ley de Enjuiciamiento Penal española de 1882 y la

Ordenanza Procesal Penal Alemana; que ha dicho por el propio Julio Maier, que este Código se enfrentó con el código de procedimientos en materia penal federal, que conservaba la legislación inquisitiva española.

Con manera de instancia, se debe anotar que de una instrucción preparatoria o preliminar, a cargo de un Juez de Instrucción o del Propio Ministerio Público en delitos leves o de averiguación sencilla o de citación directa, luego de un procedimiento intermedio con la particularidad de ser optativo para la defensa (en caso de oposición a la acusación, al juicio público y solicitud de sobreseimiento del acusado) y luego el juicio oral y público como procedimiento principal³.

El asunto en manos del Agente Fiscal, éste debe presentar un requerimiento de instrucción formal, si estima que el caso lo amerita. La instrucción tiene el propósito de comprobar si existe el hecho delictuoso, establecer las circunstancias que lo califiquen, determinar los autores y sus características, así como comprobar el daño causado. La instrucción era secreta para los terceros extraños al proceso, salvo para el imputado, el actor y el demandante civil, los defensores y el Ministerio Público. El Juez podía recibir toda clase de pruebas. Entre las que podían contarse las declaraciones del imputado, quien podía abstenerse de declarar en ejercicio de su derecho de no incriminación. La instrucción podía durar hasta seis meses y terminaba con el procesamiento o la declaración de falta de

³ AIER, Julio B. J.; "Democracia y administración de justicia penal en Latinoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal", en Jueces para la democracia N° 16-17. Madrid – España. 1982. Pág. 296.

mérito. Dictando un auto de procesamiento, el Agente Fiscal debía presentar un requerimiento de elevación a juicio, que constituía la verdadera acusación⁴.

El Juicio era la verdadera innovación del sistema inquisitorial, pues se caracterizaba por ser oral, público y continuo, realizándose ante un tribunal de juicio integrado por tres jueces superiores. Se recibían las pruebas ofrecidas por las partes, que incluían el testimonio del imputado en el caso de que éste decidiera declarar, además se permitía la incorporación de testimonios recibidos durante la instrucción mediante su lectura. Del debate se levantaba un acta, que no debía ser transcripción literal sino resumida de las actuaciones. Recibidas todas las pruebas, se escuchaba a las partes hacer sus conclusiones, para terminar concediéndole al imputado la oportunidad de hacer las manifestaciones que considerara convenientes. Cerrado el debate, los jueces procedían a deliberar, en forma secreta e ininterrumpida, hasta alcanzar el fallo, que era anunciado a las partes. Luego el tribunal fijaba fecha para la lectura de la sentencia completa. Contra el fallo del tribunal podía interponerse únicamente el recurso de casación⁵.

Como se advierte, los procedimientos penales de la provincia de Córdoba en la República de Argentina del año 1939 a 1940 y de la República de Costa Rica del año 1973 a 1975 fueron sin lugar a dudas los únicos que en la práctica forense ejecutaron un sistema de justicia penal diferente al inquisitivo, implementando la

⁴ GÓMEZ LARA, Cipriano.; Teoría general del proceso, 8a. ed., México, Harla, s.a. 1989. Pág. 131.

⁵ GÓMEZ LARA, Cipriano, Teoría general del proceso, 8a. ed., México, Harla, s.a. 1989. Pág. 136.

fase de Juicio como la etapa más importante del proceso, con las características principales de la oralidad, la publicidad, la concentración y la contradicción, es a partir de estas dos experiencias que en la región Latinoamericana se principia a cultivar la cultura de la oralidad en el Juicio Penal, como la fase fundamental para decidir la culpabilidad o inocencia del imputado.

Es decir que estos procedimientos procesales, podrían ser el antecedente más próximo del Código Procesal Penal que dada su estructuración podría ubicarse en un modelo de proyección acusatoria, mientras que los Códigos Procesales Penales de la provincia de Córdoba y Costa Rica bien podrían ser la más cercana forma de administrar justicia penal dentro de un modelo mixto, que posiblemente sean los únicos o de los pocos que se desarrollaron en la región latino americana, a pesar de que formalmente muchos países pudieron haber tenido un Código Procesal Penal que reflejara la estructura del sistema mixto, pero que en la práctica judicial, a pesar de haber introducido diversos matices y algunas reformas innovadoras en razón de la protección de garantías individuales y algunos derechos fundamentales propios del fortalecimiento de una sociedad democrática, en realidad no se apartó nunca de las formas, principios y características del sistema inquisitivo de la época colonial, que enraizada por cinco siglos no sólo sembró formas de procedimiento, sino una cultura y una mentalidad que respondían al modelo inquisitorial⁶.

⁶ BACRE, Aldo.; Teoría general del proceso. Tomo III. Buenos Aires - Argentina: Abeledo - Perrot, 1992. Pág. 162.

Como vemos la razón primaria por la cual se cambia el sistema de enjuiciamiento penal a uno de naturaleza mixta, es para dar oportunidad a los individuos a poder tener una defensa activa y participativa que mediara las fuerzas, con la fase inquisitiva del procedimiento penal, que era la fase de investigación del delito, para poder encontrar pruebas de su comisión y quien lo cometió, en esta etapa es donde el Estado preparaba su acusación, y ya ante el juez una fase acusatoria en la cual, al menos en teoría, el indiciado puede tener una libertad de defensa, lo cual tristemente no sucedió⁷.

Se llama sistema mixto, porque viene otra vez de la tradición jurídica románico-germánica, del sistema continental europeo a raíz de movimientos intelectuales, como la ilustración que motivó la Revolución Francesa, con la cual se abandonaron viejos esquemas jurídicos y la creación de nuevos de corte democrático y liberal, pretendiendo conciliar el interés del Estado por investigar los delitos y el *uis libertatis* de los ciudadanos otorgándole derecho a la defensa⁸.

Luego entonces un sistema jurídico se reputa de corte liberal y democrático, cuando emana de la conjunción de los ideales de los pensadores europeos Rosseau y Montesquieu, el primero de ellos consagra que los hombres nacen libres, pero para vivir en sociedad, ceden, a través del contrato social, parte de su libertad a los gobernantes, dándoles su representación, con la salvedad de que los individuos ceden la menor parte posible de su libertad, es decir el estado de

⁷ MONTERO AROCA, Juan.; Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997. Pág. 37.

⁸ ARMENTA DEU, Teresa.; Lecciones de Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2004, Pág. 437.

derecho liberal, debe en principio limitar lo menos posible a los gobernados, lo que en derecho penal se recoge en los principios de última ratio y de mínima intervención, y del segundo se afirma que es democrático porque todos los poderes públicos dimanar del pueblo y se constituyen en beneficio de éste, debiendo ser el poder quien acote al mismo poder, por eso, para su ejercicio debe dividirse en tres, un ejecutivo, legislativo y judicial⁹.

Los sujetos procesales dentro del proceso penal

⁹ BACRE, Aldo.; Teoría general del proceso. Tomo III. Buenos Aires - Argentina: Abeledo - Perrot, 1992.

CAPITULO III

ACTIVIDAD DE LOS SUJETOS PROCESALES: JUEZ

3.1. LA JURISDICCIÓN COMO PODER DEL JUEZ

Suele aceptarse pacíficamente que el concepto jurisdicción es absolutamente relativo. Así opinan, entre otros. DE HECHO, LAS ESPECULACIONES TEÓRICAS QUE SE HACEN SOBRE EL CONCEPTO HACEN ENCALLAR CUALQUIER INTENTO UNITARIO, EL QUE POR LO DEMÁS SE VE OBSTACULIZADO POR DOS FACTORES: EL DESARROLLO NORMATIVO QUE CADA SISTEMA JURÍDICO REALIZA Y LAS INTERPRETACIONES CONDICIONADAS POR LOS CAMBIOS ECONÓMICOS, POLÍTICOS Y SOCIALES QUE SE PRESENTAN DINÁMICAMENTE DENTRO DE UNA SOCIEDAD. , Dilorio¹⁰ Y HOYOS HENRECHSON

Por esta razón se infiere que la validez y utilidad del concepto jurisdicción debe ser apreciada en el espectro de un determinado Sistema Jurídico, es decir, hay que evitar la búsqueda de un concepto abstracto y universalmente válido de

¹⁰«Es tradicional la consideración de la jurisdicción como un concepto relativo del cual no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos. Así se ha dicho que no sólo las formas externas, por medio de las cuales se desarrolla la administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juzgar, tienen un valor contingente, que no pueden ser determinados sino en relación a un «momento dado». DI IORIO, Alfredo J.; Temas de derecho procesal. Buenos Aires. Depalma. 1985. Pág. 78

jurisdicción, porque será el derecho objetivo de cada Estado el que contribuirá a darle su perfil definitivo en un momento histórico determinado¹¹ (cita).

Por lo demás, la jurisdicción y su realización están condicionadas por las circunstancias sociales en las que su desarrollo concreto se produce. La jurisdicción es expresión de lo que la comunidad sienta, perciba, desprecia, necesita, etc. BARLIE expresa esta idea de la siguiente manera: "(...) la independencia que el poder judicial goza respecto a los otros poderes fundamentales del Estado, y que generalmente está garantizada a nivel constitucional, no conlleva (o por lo menos no debería conllevar) a encerrarlo en una torre de marfil, con la consecuencia. De todos modos, en cada caso, el Juez es, y así permanece, expresión de la sociedad de su tiempo, y por tanto es objeto de poderosas y determinantes influencias del ambiente, en modo especial de aquel que lo rodea más directamente y del cual él proviene y es parte integrantes; pero en general de toda la sociedad.

Esta sociedad está hoy en una crisis grave, y descarga sobre él, toda su conflictualidad"¹².

Se manifiesta que la jurisdicción es una función pública encomendada a órganos del Estado de Pina Y Larrañaga¹³,. Por su parte se considera que

¹¹ ALSINA, Hugo.; Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires. Editorial Ediar, 1963. Pág. 551.

¹² BARLIE Paolo.; Poder judicial y sociedad civil en las democracias occidentales contemporáneas, en Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos. México. 1977. Pág. 77.

formalmente y materialmente la jurisdicción es una función sustantiva del poder judicial. Agrega el citado autor que, además, se puede definir la jurisdicción como la función pública realizada por órganos judiciales competentes para dirimir conflictos y controversias jurídicas mediante un juicio, en las cuales las partes en igualdad de circunstancias exhiban y prueben su derecho. CISNEROS FARÍAS¹⁴, Siguiendo al mismo autor el concepto de jurisdicción, se encuentra el de competencia, este conceptos, aparecían como sinónimos, paulatinamente la doctrina ha delimitado ambos conceptos. Se afirma ahora que la jurisdicción es el todo y la competencia es la parte. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un juez; la competencia obedece a razones prácticas de distribución de la tarea de juzgar.

En palabras de Tena Suck¹⁵, manifiesta que si la “Jurisdicción es el poder del Juez” la competencia es la medida de ese poder. En otras palabras, la competencia es la jurisdicción limitada para el conocimiento de ciertas clases de negocios; por ello, la competencia es la facultad y deber del tribunal de resolver determinados negocios. Tradicionalmente la competencia se determina en razón de la materia, territorio, cuantía y grado.

¹³ DE PINA Rafael y LARRAÑAGA José Castillo.; Derecho Procesal Civil, Porrúa, México, 1993, Pág. 59.

¹⁴ CISNEROS FARÍAS, German.; Teoría del Derecho, Editorial Trillas, México, 1999, Pág. 106.

¹⁵ TENA SUCK, Rafael.; Derecho Procesal del Trabajo, Editorial Trillas, México, 1995, Pág. 55.

Por su parte Eduardo Pallares¹⁶, explica el significado de esta palabra se expresa en el poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes; y respectivamente, la potestad de que se hayan investido los jueces para administrar justicia, o sea, para conocer de los asuntos civiles o criminales o así de unos como de otros y decidirlos y sentenciarlos con arreglo a las leyes.

3.2. LA JUDICATURA COMO ÓRGANO CENTRAL DEL PODER JUDICIAL

La palabra judicatura deriva del latín iudicatura teniendo varios significados. El ejercicio de juzgar dignidad o empleo del juez y cuerpo constituido por los jueces del país¹⁷. Los jueces son personas autorizadas y nombradas por el Estado para administrar justicia, es decir para dirimir los conflictos que se les presentan a través de la aplicación del derecho a casos concretos. Los juzgadores son absolutamente indispensables en todo sistema jurídico, puesto que atentaría contra el Estado de derecho el que las personas hicieran justicia por su propia mano¹⁸.

¹⁶ PALLARES, Eduardo.; Derecho Procesal Civil, Porrúa, México, 1985, Pág. 72.

¹⁷ Enciclopedia Universal Ilustrada, Tomo 28, Pág. 3066.

¹⁸ En nuestros días, ante la presencia de un conflicto en todo Estado Constitucional virtualmente ha desaparecido la posibilidad de autotutela o autodefensa (“justicia por mano propia”), que dando la autocomposición y la heterocomposición como mecanismos válidos y pacíficamente admitidos para solucionarlos actualmente desde el propio Estado se alienta la autocomposición del conflicto, en el entendido que la solución adoptada por los propios actores es mejor que la decidida por un tercero, y se reserva a las personas que acudan a los órganos jurisdiccionales del Estado, generalmente en última instancia, para resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica.

En el ámbito federal, la legislación establece las bases para formar y actualizar a los funcionarios judiciales, así como desarrollar la carrera judicial, que se rige por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.

En el ámbito local, cada una de las entidades federativas cuenta con leyes para el nombramiento de magistrados y jueces, así por ejemplo, el artículo 99 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León establece: Los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia serán designados de la siguiente manera: El Titular del Poder Ejecutivo propondrá al Congreso del Estado, candidato a la Magistratura, para su aprobación, la que se realizará previa comparecencia de la persona propuesta, por el voto secreto de cuando menos las dos terceras partes de los integrantes del Congreso, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la comparecencia. Si el Congreso no se encontrase reunido, la Diputación Permanente convocará de inmediato a un Período Extraordinario de Sesiones (...)¹⁹

Las designaciones de los Jueces de Primera Instancia serán por un período inicial de cinco años, al término del cual podrán ser confirmados y declarados inamovibles. El Consejo de la Judicatura resolverá sobre la confirmación o remoción, con anticipación de sesenta días naturales a la fecha en que expire el plazo de ejercicio del Juez que corresponda, considerando los informes que se tengan respecto al desempeño de su labor y la opinión del Tribunal Superior de

¹⁹ Folleto Sistema Jurídico Mexicano, PJF SCJN 5ª Edición Pág. 25, 27.

Justicia. Los Jueces que no sean de primera instancia quedarán sujetos a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado.

En cuanto a los requisitos de los jueces y magistrados la misma constitución en el artículo 98 establece: - Para ser Magistrado del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se requiere:

- I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos;
- II. Tener cuando menos 35 años el día de la designación;
- III. Poseer el día de la designación, título profesional de licenciado en derecho, con antigüedad mínima de diez años, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello;
- IV. Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito doloso que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza, peculado u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena;
- V. Haber residido en el Estado durante los dos años anteriores al día de la designación; y
- VI. No haber sido Gobernador, Secretario de Despacho del Ejecutivo, Procurador General de Justicia, Senador, ni Diputado Federal o Local, cuando menos un año previo al día de su nombramiento.

Para ser Consejero de la Judicatura se requiere reunir los mismos requisitos que se establecen para los Magistrados, con excepción de la edad, que será de

cuando menos treinta años al día de la designación y del título profesional que deberá tener fecha de expedición de por lo menos cinco años anteriores al día de la designación.

Los Jueces de Primera Instancia deberán reunir los mismos requisitos que se establecen para los Magistrados, a excepción de la edad, que será de cuando menos treinta años y del título profesional que deberá tener fecha de expedición de al menos siete años anterior al día de su nombramiento.

Los Jueces Menores reunirán los mismos requisitos que se establecen para los Jueces de Primera Instancia, con excepción de la edad y título profesional, que serán cuando menos de veintisiete y cinco años, respectivamente.

3.3. FUNCION DEL JUEZ

EL Juez es un funcionario del Poder Judicial, ya sea del Estado o Federación (según el régimen político de un país) el cual está investido de jurisdicción para resolver todo proceso que se le encomienda, en base a su competencia, además actúa unitaria o colegiadamente, es decir administra justicia.

Ya desde la antigüedad según la Biblia²⁰ al referirse a la administración de la Justicia, establece: jueces y oficiales pondrás en todas las ciudades que Jehová tu Dios te dará en tus tribus, los cuales juzgarán con justo juicio.16:19 No tuerzas el derecho, no hagas acepción de personas, ni tomes soborno; porque el soborno

²⁰ Deuteronomio 16:18,19 y 20

ciega los ojos, y pervierte las palabras de los justos.16:20 La justicia, la justicia seguirás, para que vivas y heredes la tierra que Jehová tu Dios te da²¹.

Basave Fernández Del Valle²², afirma que no existe convivencia humana, a lo largo de la historia, sin jueces. Alguien ha tenido siempre, y en cualquier sociedad, la función de administrar justicia. Antes que existieran códigos y leyes formuladas, había jueces. Y aun hoy en día los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

La denominación de juez corresponde, por lo general, a un funcionario público, perito en Derecho, que participa de modo primordial en la administración de la justicia con el poder de aplicar el derecho por vía procesal. No obstante, deba advertirse que hay ciudadanos que accidentalmente administran justicia como miembros de un jurado, o como árbitros. Ante todo, es preciso afirmar que el juez no está para crear un orden legislativo, sino para aplicar el derecho²³.

Su función, eminentemente jurisdiccional, no puede estar divorciada de la justicia. “se dice que el Juez no está instituido como tal para juzgar del Derecho no para crearlo; su misión es aplicarlo”. Pero debo añadir que no cualquier ley

²¹ La Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento, versión de Casiodoro de Reina, Sociedad Bíblica. Unida, México, 1960, Pág. 151.

²² BASAVE FERNÁNDEZ, Agustín.; Estructura y Sentido de la Judicatura, Función y misión del juez, U.A.N.L. Pág. 19.

²³ BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE, AGUSTÍN.; ESTRUCTURA Y SENTIDO DE LA JUDICATURA. FUNCIÓN Y MISIÓN DEL JUEZ. EDITORIAL F. D. Y U.A.N.L. Pág. 213.

notarialmente injusta puede servir de base al juez para cumplir su parte en el proceso judicial y dictar sentencia²⁴.

Burgoa Orihuela²⁵, en su obra *el Jurista y el Simulador del Derecho* sostiene que una de las más excelsas aspiraciones de todos los pueblos del mundo ha sido la realización de la justicia como fin trascendental del Derecho. En torno a ese anhelo universal han surgido en la historia las figuras del Juez y el abogado como necesariamente complementarias integradas en un haz inescindible.

Con lo que respecta al sistema mexicano, el precepto constitucional contiene principios que destacan el derecho a la justicia, como un derecho de libertad y de igualdad y contempla como obligación, que los órganos del Estado, de acuerdo con las leyes federales y locales garanticen la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La justicia en México a partir de 1917 tiene una orientación sociológica que permite concebirla como un derecho de libertad unido a un mundo de oportunidades que tienda un máximo desarrollo de control humano, sobre la naturaleza externa o física hecha posible, así como a un máximo de control sobre la naturaleza interna de toda persona²⁶.

²⁴ CISNEROS FARIAS, Germán.; *TEORÍA DEL DERECHO*, EDITORIAL TRILLAS, MÉXICO, 1999.

²⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio.: *El Simulador del Derecho*, Porrúa, México, 1999, Pág. 70.

²⁶ DE PINA, Rafael, *derecho civil mexicano*. Porrúa, México, 1981. Pág. 125.

A entender de Norberto Bobbio, la justicia social, es la justicia de la civilización que tiene como ideal utilizar el poder de la sociedad políticamente organizada, para liberar la humanidad de la pobreza, el miedo y la frustración para que, mediante una teoría de valores y una definición de la justicia desarrollada por la razón a prueba por la experiencia, permita avanzar hacia una tarea práctica que permita a los hombres vivir juntos en comunidades políticamente organizadas como sociedad civilizada, con la guía de una idea activa, no como un ideal, sino como razón práctica, lógica o éticamente conveniente²⁷.

La función de los jueces en los términos de la constitución, desarrolla todo un procedimiento sobre la administración de justicia como forma de interpretación de la norma de mayor importancia, que obliga al Juez no solo a realizar un proceso cognoscitivo, es decir de conocimiento de la ley que es una conciencia jurídica formal, sino que tiene que estar revestidas de las cualidades necesarias que lo hagan un conocedor de la conciencia jurídica material, como aquella que se vive como valores sociales y pragmáticos que inducen al juez a realizar una corrección respecto del significado de la ley.

El Juez en su tarea para conseguir la justicia material o real como valor supremo del derecho, tiene a su alcance medios y procedimientos para hacerla eficaz. Uno de esos procedimientos es la interpretación de la norma jurídica que descansa en la argumentación, como un proceso de discusión en el que se

²⁷ Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio Madrid: Centro de estudio Constitucionales. 1983. Pág. 128.

manifiestan todos los efectos posibles que están determinados por un número de conceptos y de presupuestos dados por el orden jurídico²⁸.

Esa potestad del Juez de argumentación, puede concluir con dos formas de interpretación de la norma que son una meramente objetiva que se basa exclusivamente en el contenido de la ley, sus expresiones, conexiones, contexto y sus relaciones para obtener lo que es correcto.²⁹(cita)

La otra de carácter subjetiva tiende a promover un proceso de evaluación en la que la voluntad del Juez en base a principios de justicia, acercan la fuerza obligatoria del derecho derivado de la voluntad contenida en las palabras que integran una norma y a su vez el ordenamiento jurídico vigente.

Los jueces tienen garantías judiciales conforme a su desempeño que se radican en la independencia e imparcialidad de los órganos de la justicia como de sus integrantes y como consecuencia de sus resoluciones.

El principio de la división de poderes es la primera garantía de independencia que tienen los órganos judiciales; los jueces están sujetos a procesos de designación, estabilidad, remuneración y responsabilidad.

La misma constitución encarga al legislador local y federal establecer los medios para garantizar la plena ejecución de las resoluciones de los tribunales,

²⁸ GONZÁLEZ, M. E.; Temas de filosofía del derecho. UIA-Oxford University Press, México, 1999. Pág. 194.

²⁹ GRANERIS, G.; Contribución tomista a la filosofía del derecho. Trad. Celina A. Lértora, eudeba, Buenos Aires, 1973. Pág. 293.

que consisten, en que las autoridades ejercen un poder coactivo para dar cumplimiento a una resolución como expresión de la justicia material.

La justicia no es un derecho secundario que descansa en los de libertad e igualdad, sino que debe determinarse como un derecho autónomo, con principios propios, fundamental por ser la esencia del propio orden jurídico y es un valor social de toda persona, que consiste en un poder que el orden jurídico constitucional le reconoce para exigir de otro o de cualquier órgano del estado que realice una actividad jurisdiccional, que se de lo que es debido, lo que es de cada quien, lo que le pertenece, lo que le corresponda conforme a lo que establezcan las leyes aplicables en cada caso³⁰.

El Estado como condición jurídica esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales, tiene el deber de impartir la justicia por tribunales establecidos conforme a las leyes, como un servicio público para toda persona en igualdad, mediante prestaciones materiales, económicas y jurídicas, en forma permanente e uniforme, que permita adecuación a las condiciones siempre cambiantes, que el medio social impone: que sean suficientes, dotados de los mayores avances tecnológicos, que permitan su publicidad y conocimiento de sus actuaciones de tipo procedimental con estricto apego a los principios de prontitud, gratuidad, especialidad, que elimine toda posibilidad de venganza privada, y que garanticen la no retroactividad de la ley.

³⁰ FRIEDRICH, C.J.; La filosofía del derecho. Trad. Margarita Álvarez F., fce, México, 1988. Pág. 196.

Los titulares de los órganos de naturaleza jurisdiccional al impartir justicia, tienen el deber de actuar con plenos conocimientos de la materia que corresponda, e interpretar las leyes conforme a su letra fundamentada en los derechos de libertad e igualdad. Tienen el deber de actuar con eficiencia, prontitud, especialidad e imparcialidad como modo de actuar que elimine toda posibilidad de sujeción a influencias externas y con responsabilidad legal, honestidad, profesionalismo y lealtad a la institución de la justicia, para que sea completa no solo como derecho fundamental, sino como valor social, y le permitan dar lo que es dado a cada quien, y lo debido por cada persona.

Es deber del Estado, es la impartición de justicia, a través de un sistema de capacitación permanente, con escuelas e institutos que instituyan programas de estudios superiores de licenciatura, y el acceso de profesionales de la ciencia jurídica, los conocimientos en el ejercicio de la profesión deben prestar sus servicios con eficiencia, probidad, honorabilidad y cuenten con antecedentes notorios en el ejercicio de la profesión jurídica, ser egresados de una escuela o instituto de capacitación jurisdiccional, cumplir con la evaluación aceptable para su desempeño y la edad necesaria, para acceder a una primera instancia.(cita)

Para el desempeño jurisdiccional, es deber de todo aspirante haberse desempeñado en la primera instancia por el tiempo que necesariamente se requiera, para acceder a un grado de mayor rango en los tribunales que impartan el deber de la justicia.

La constitución Federal y las Constituciones de los Estados, determinarán el derecho de justicia. Las leyes que dicte el Congreso General y las Legislaturas

locales establecerán las condiciones para el ingreso, formación y capacitación permanente, así como la permanencia de quienes sirvan en la impartición de justicia.

Por tanto la función del Juez es la de impartir justicia en el asunto que se pone en sus manos, es considerado también como el primer funcionario del poder judicial que tiene contacto con el activo del delito facultado por la Constitución y las Leyes orgánicas de los poderes judiciales del Estado y de la Federación para aplicar la norma jurídica al caso concreto en los juicios criminales después de un procedimiento que finaliza con un pronunciamiento llamado sentencia.

Primeramente en términos amplios y muy generales, el vocablo alude a quien se confiere autoridad para emitir un juicio fundado, resolver alguna duda o resolver una cuestión, en segunda acepción en sentido estrictamente jurídico, Juez es el órgano instituido por una comunidad jurídica con potestad para juzgar y sentenciar un litigio, un conflicto de intereses sometido a una decisión. .(cita)

Sin embargo todavía existen jueces que olvidando su moral y su capacitación profesional aplican incorrectamente las leyes en juicios civiles y penales causando graves daños en estos últimos a los derechos de los procesados.

Para Couture, el Juez es el “magistrado integrante del Poder Judicial, investido de la Autoridad Oficial requerida para desempeñar la función

jurisdiccional y obligada al cumplimiento de los deberes propios de la misma, bajo la responsabilidad que establecen la Constitución y las Leyes”³¹.

Si bien el Juez es la persona encargada de juzgar en cualquiera de los distintos grados de la administración de justicia, dentro de un concepto vulgar, se suele designar con ese nombre a quien en primera instancia civil o en el período de instrucción criminal o en trámite de primera sentencia penal, ejerce unipersonalmente su jurisdicción. Cuando el juzgador actúa como integrante de un tribunal colegiado, se le suele designar con los nombres de magistrados, camaristas, vocal o ministro, aún cuanto en algunos tribunales también se les denomina jueces. A su vez, la palabra magistrado, se refiere a los miembros integrantes de un tribunal colegiado que alcanza a todas las personas que ejercen función de juzgar, incluso los jueces que actúan unipersonalmente³².

Claro es que para el ejercicio de las funciones judiciales requieren determinadas condiciones de competencia, de edad, de nacionalidad, de probidad, etc. Se encuentran determinada en las diversas legislaciones, aún con criterios muy dispares. Problemas importantes que afectan a todos los jueces, con los relativos a la independencia de su función y al ámbito de su jurisdicción, bien sea por razón de territorio en que actúen, bien por el fuero (civil, penal contencioso,

³¹ Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo 17, Pág. 75.

³² PRIETO SANCHIS, Luis.; “Interpretación Jurídica y creación judicial del Derecho”. Editorial Palestra y Temis. Lima y Bogotá. 2005. Pág. 38.

administrativo, comercial, etc.) que le es atribuido, o bien por el grado de su jurisdicción (primera instancia, apelación, amparo, etc.)³³

Perez Valera, sostiene que en los jueces reside fundamentalmente el peso del poder judicial. Un poder que, desde luego, no debe de ser despótico ni arbitrario, sino guiado y temperado por el derecho y la ética pero, aun así, es innegable que los jueces tienen gran poder. El aforismo latino *res iudicata faci albo nigrum et de quadrato rotundum* (la cosa juzgada hace lo blanco negro y lo cuadrado redondo) nos pone de cara a las enormes metamorfosis del poder sobrehumano de los jueces. .(cita)

3.4. LA FUNCIÓN JURÍDICA DEL JUEZ

De nada servirían las leyes más sabias y precisas, inspiradas no en quimeras sino en las realidades de la vida tanto de los individuos como de las colectividades humanas; ni los principios de la doctrina jurídica más aproximada a las necesidades y anhelos de una comunidad civilizada; ni las creaciones de los códigos y de las legislaciones más perfectas; ni siquiera el propósito de gobernantes y gobernados por aproximarse lo más posible al ideal de la perfectibilidad, de no existir personas que se hallan investidas por la ley del mandato imperativo de cuidar que las leyes se respeten, se apliquen y sancionar a los remisos y reacios al cumplimiento³⁴.

³³ Idem.Pág.75.

³⁴ MORELLO, Augusto.; "El Proceso Justo". Caps. I- II- XXXI y XXXII. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires-Argentina. 1994. Pág. 131.

Por eso ha surgido una categoría de funcionarios públicos que en todos los tiempos y en todas las edades, han desempeñado la trascendental función de discriminar y distribuir justicia: leyes, códigos y Constituciones. A estos funcionarios conocidos desde las edades más remotas al punto que en el derecho de los hebreos se llamó jueces a los magistrados que gobernaban al pueblo y así se les llamó durante siglos magistrado o juez³⁵.

Campillo Sainz³⁶, afirma que los jueces que el código de Ética no se ocupa porque sus preceptos están dirigidos a los abogados; pero la función del Juez es de primordial importancia en la aplicación y la vida del derecho. Son ellos quienes en realidad, dan contenido a las normas y determinan el derecho que rige en la realidad. Son ellos quienes tienen que tomar en cuenta las convicciones morales, la conciencia prevaleciente de la colectividad y los intereses que tratan de satisfacerse; los cambios en las condiciones sociales y económicas; interpretar las normas de manera que se apegue a los valores, necesidades imperativos que la realidad, con apego a la justicia le dicte.

El Juez es parte importante no sólo en la aplicación sino en la creación y transformación del derecho. El desempeño de su cometido, requiere de una conciencia recta, de una imparcialidad absoluta, de lealtad, de honradez, del examen cuidadoso del espíritu de la norma, de la realidad del caso concreto. El Juez es el garante de nuestra seguridad, de nuestra libertad, del imperio del orden

³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo.; "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia". Madrid. Editorial Trotta. 1995. Pág. 186.

³⁶ CAMPÍLLO SAINZ, José.; Dignidad del Abogado, Porrúa, México, 1990, Pág. 46.

jurídico y de la realización de la justicia. Por ello, se dice que cuando los jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo. .(cita)

Pérez Valera³⁷, sostiene que la función judicial es de gran responsabilidad. Una sola sentencia injusta provoca según Francisco Bacon, mayores males que los delitos cometidos por particulares: éstos corrompen las corrientes de las aguas, aquella envenena la fuente. En otras palabras, la sentencia injusta infecta y gangrena la vida de la sociedad y puntualizando un poco más las responsabilidades judiciales. Dice Francisco Bacon³⁸, que las funciones del Juez se pueden reducir a cuatro, todas ellas trascendentales:

- Determinar el orden y encadenamiento de las pruebas.
- Moderar a los litigantes y a los abogados postulantes.
- Sintetizar y comparar los puntos esenciales aducidos por las partes, y
- Pronunciar sentencia.

En el primer punto el Juez debe distinguir en el derecho adjetivo, así como en el derecho sustantivo, los medios de los fines, que es patentizar con claridad la lógica, el orden y la rectitud de la aplicación del derecho sin descuidar la finalidad del ordenamiento procesal.

En el segundo punto el Juez debe calmar los ánimos de los litigantes; invitarlos a superar odios y rencores, y a proceder de acuerdo con el dictado de sus conciencias. De este modo el Juez tendrá el terreno abonado para procurar la conciliación de las partes, y proponer, cuando lo considere oportuno, soluciones

³⁷ PÉREZ VALERA, Víctor Manuel.; ob. cit. p.138.

³⁸ BACON, Francisco.; Ensayos sobre Moral y Política, UNAM, México, 1974, Pág. 226.

moderadas y prudentes. Por lo demás, debe estar atento para que en estos casos, como en los de transacción, allanamiento o desistimiento, no se llegue a un arreglo injusto, desventajoso e inicuo.

El Juez debe conocer el derecho que interpreta y aplica. A esta regla hace referencia el aforismo *iuria novit curia*. Esta exigencia se hace más notoria, si cabe, si se piensa que el juez debe aplicar el derecho en sus resoluciones, lo que supone que el derecho es previo, en la mayoría de los casos, a su actividad jurisdiccional. Pero la expresión “conocer el derecho” es ambigua y según sea el significado con la que se use implicará uno u otros conocimientos. .(cita)

Los jueces han de conocer en ese sentido las formulaciones lingüísticas mediante las cuales se manifiestan las fuentes del derecho. Aquí el conocimiento del lenguaje es fundamental. Sobre el conocimiento en materia, como llega lo que ocurre con el conocimiento de los hechos en el proceso, respecto de las cuestiones normativas a la ciencia privada del Juez cobra especial relevancia.

Pero el conocimiento de los textos aun cuando es necesario para el conocimiento del derecho resulta insuficiente y no colma el aforismo *iuria novit curia*³⁹. Los jueces han de conocer las normas jurídicas que son el significado de estos textos y se aplicarán al caso concreto. .(cita)

Si se acepta que, en general, las formulaciones normativas tienen un significado central claro y zonas de penumbra, el Juez ha de conocer, al menos cuál es el significado central. En ese sentido, en la vinculación existente entre una

¹. Otra cuestión bien distinta es como debe citar los textos dotados de autoridad y las normas que aplica en sus decisiones.

formulación normativa y una norma es importante distinguir “entre el descubrimiento de un significado existente y la adjudicación (total o parcial) de un significado nuevo. El significado de una expresión está dado por el uso común del lenguaje corriente o del lenguaje jurídico, o bien por la intención del autor de la expresión (en nuestro caso, de la autoridad normativa que ha dictado la norma). Los dos pueden ser investigados y eventualmente determinados con métodos empíricos.”⁴⁰

Un concepto es claro cuando existe consenso acerca de su denotación y connotación. No existe consenso acerca del significado de las expresiones legales. En ambos supuestos el manejo de la jurisprudencia y el dominio de la dogmática resultan aquí esenciales. La jurisprudencia permite al Juez conocer cuáles son las soluciones que los tribunales han dado problemas similares a los que tiene que resolver y cuáles son razones que han aducido para ello. Ello le permite observar si hay consenso sobre el significado de los textos legales y en las prácticas.

El conocimiento de la dogmática también es indispensable. En el primer supuesto por que indica cuales son los usos que usualmente tienen las formulaciones normativas y en el segundo porque muy a menudo la dogmática jurídica realiza juicios de *lege ferenda* acerca de los posibles significados de los

⁴⁰ BULYGIN, Eugenio.; “Dogmática jurídica y sistematización del derecho”, en C. Alchurron y E. Bulygin, Análisis lógico y derecho. Madrid, Centro de estudios Constitucionales 1991, Pág. 470.

textos legales que pueden servir de guía al Juez para apartarse de, o intentar modificar, la jurisprudencia hasta ese entonces vigente.

Pero este conocimiento, qué es empírico, no ha de implicar un seguimiento ciego del precedente las corrientes de opinión de la doctrina, incluso de la mayoritaria. Puede ser que el Juez quiera, por razones teóricas o justificadoras, modificando la jurisprudencia hasta ese momento vigente y utilizar los recursos interpretativos que la teoría jurídica le ofrece para hacerlo. En este supuesto el conocimiento de estos recursos es la imprescindible. .(cita)

El Juez ha de conocer los criterios interpretativos y argumentativos que pone a su disposición la teoría el derecho. No todo argumento jurídico requiere el mismo tipo de conocimiento, debido a que el argumento sistemático supone conocimientos lógicos y el argumento de la voluntad del legislador conocimientos históricos.

Conocer el derecho supone también la aptitud para operar con distintas piezas del derecho. No es lo mismo interpretar y aplicar una norma de acción que un principio. Ni hacer un razonamiento subjuntivo que uno ponderativo.⁴¹

El conocimiento del derecho por parte del Juez se complica si se toma en consideración que el derecho contiene ciertas disposiciones con contenido valorativo. Para interpretar y aplicar estas disposiciones se pueden seguir dos procedimientos según sea la posición que se adopte. El primero, muy presente en la dogmática, sobre todo la penal, sostiene que han de ser interpretadas a la luz

⁴¹ ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO Juan.; *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel 2004, Pág. 204.

de las valoraciones socialmente existentes. Las disposiciones jurídicas con contenido valorativo remitirían así a la moral social, a las prácticas colectivas realmente existentes. El conocimiento de dichas prácticas sería empírico.

La segunda posición sobre la interpretación de las disposiciones con contenido valorativo asume por el contrario que es el propio juez quién debe realizar una evaluación. Supone que el Juez ha de llevar a cabo un razonamiento moral cuyo resultado colapsará en la interpretación que hará de la exposición jurídica en cuestión. Para interpretar cláusulas tales como las que prohíbe los tratos crueles y degradantes el Juez deberá razonar moralmente realizarlo. Esta última contribuiría a una mayor y mejor explicitación de las razones que se aducen a favor de una decisión. .(cita)

Pero todo lo dicho con anterioridad no puede oscurecer el hecho de que las normas jurídicas no se encuentran en solicitud, sino que forman un sistema y que todo conocimiento del derecho supone la tarea de su sistematización. “si una condición necesaria del conocimiento del derecho es la sistematización del material jurídico, entonces la tarea sistematizadora sería un deber técnico para aquellos que tienen que usar las normas jurídicas y, en especial, para los jueces que deben (en sentido normativo) resolver los casos mediante la aplicación de normas jurídicas.”⁴² Aquí a saber del juez ha de centrarse en cuestiones lógicas. Conocimiento en materia de hechos.

⁴² Cfr. NAVARRO, Pablo.; “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho”, DOXA # 14, 1993, Pág, 249.

En la mayoría de los procesos los jueces resuelven casos individuales controvertidos. La controversia en buena parte de esos casos gira en torno a cuestiones de hecho, que deben ser probadas. Pero el conocimiento de los hechos y la prueba de los mismos no es una tarea sencilla.

Qué tipo de conocimiento y cuanto conocimiento acerca del mundo ha de tener un juez en una cuestión discutible. Dado su carácter técnico, al Juez se le debe suponer un mayor conocimiento que aquel que sería esperable en un ciudadano común, habría que exigir que el Juez tenga una visión del mundo más ajustada que un ciudadano ordinario, aun cuando se circunscriba a las cuestiones que atañen a aquella parcela de la realidad que cae bajo su competencia.

En esta primera etapa, el Juez ha de evitar hacer un recorte incondicionado de hipótesis. Cuantas más hipótesis relevantes tenga, respecto del objeto principal del proceso y más hipótesis accesorias posea, mejor será para la averiguación de la verdad. Aunque es obvio que a lo largo del proceso ira depurando sus hipótesis hasta que alcance la que considere definitiva. Esta depuración se logra a través de un proceso de interacciones mutuas entre las pruebas presentadas y las argumentaciones por una parte y las hipótesis que se ven corroboradas o refutadas por la otra.

Es necesario en esta etapa se encuentra conocer los aspectos más básicos de filosofía de la ciencia que permitan formular juicios plausibles sobre los hechos que se discuten en la causa y sobre aquellos datos facticos que servirán para la prueba. Al Juez no se le ha de exigir los mismos conocimientos que a un epistemólogo, pero ha de conocer que es una hipótesis y ha de saber cómo

operan los métodos hipotético-deductivo e hipotético-inductivo al menos en sus versiones más simples. Ha de tener ideas también acerca de que es una teoría, como funciona y cuáles son sus límites. Y ha de tener los suficientes rudimentos epistémicos como para distinguir el contexto de descubrimiento de justificación, aunque estos carezcan de perfiles nítidos.

El Juez ha de saber, además, que no existe un único concepto de verdad y que la adopción de uno de ellos genera numerosas consecuencias para su labor. El Juez ha de advertir en su acervo cultural, asimismo, que existe una serie de categorías y de conceptos controvertidos de cuyo uso dependerá en parte cuál será su decisión para el caso concreto. Los conceptos de intención o de causalidad pueden servir como ilustración de lo afirmado. Si se asume la causalidad, por ejemplo, como una vinculación necesaria, o como una vinculación suficiente entre dos estados de cosas se seguirán consecuencias distintas para la adscripción de responsabilidades. Tal vez no sea posible seguir una única noción de causalidad, pero al menos el Juez ha de saber que tiene que tomar una decisión al respecto y saber que se sigue de ella.⁴³

Y también ha de tener conocimientos sobre cómo funciona el método inductivo. Ha de estar al tanto de que las conclusiones que se obtienen por este método son solo probables y, por lo tanto, ha de reflexionar acerca del impacto que esto tiene para la práctica jurídica. Y aunque la lógica inductiva permita

⁴³ Para un Análisis de estas cuestiones, véase Daniel González Lagier, *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*. Bogotá: Temis 2005, especialmente capítulo III.

inventar hipótesis explicativas a partir de hechos individuales, el Juez ha de tener presente que la inducción permite probar la verdad de un enunciado solo en su grado de probabilidad.

Pero estos saberes generales no deben hacer olvidar que también el juez ha de estar en posesión de unos conocimientos y de unas técnicas específicas que contribuirán a que corrobore o refute mejor los enunciados acerca de los hechos que son objeto de discusión en el proceso.

Estos conocimientos específicos dependen por completo del ámbito competencial de cada Juez. La casuística aquí es importante. Así, un juez de lo civil probablemente deba tener un conocimiento, unas herramientas y unas habilidades diferentes a las de un Juez en lo penal o en lo contencioso-administrativo. Y dentro de las grandes ramas del derecho también es posible hacer divisiones respecto de aquello que cada especialidad exigiría. Un Juez en lo penal económico puede requerir unos conocimientos que tal vez no sean exigibles a un Juez en lo penal juvenil. “En otras palabras, el Juez no tiene por qué ser un científico, pero si necesita una buena preparación epistemológica -articulada en función de las características de las distintas áreas del saber científico que entren en juego- si quiere estar en condiciones se valorara la fiabilidad científica de las pruebas presentadas.”⁴⁴

⁴⁴ Cfr. TARUFFO, Michelle.; “La prueba científica en el proceso civil”, en Jordi Ferrer Beltrán. Marina Gascón Abellán, Daniel González Lagier y Michelle Taruffo, Estudios sobre la prueba, México: UNAM, 2006, Pág. 185.

Hay quienes pueden pensar, sin embargo, que no es necesario que el Juez tenga este tipo de conocimiento especializado, ya que cuando su ciencia privada no alcanza el derecho le permite utilizar el recurso de los peritos para que le informen sobre aquello que debe saber para la resolución del conflicto jurídico planteado.

Pero aceptar sin más esta tesis presenta algunos inconvenientes, aunque se reconozca que la prueba pericial es y debe ser utilizada en determinados supuestos siempre que el derecho así lo permita o lo exija. Según MICHELLE TARUFFO, si el Juez no conoce ni tan siquiera los rudimentos de los conocimientos que se supone deben aportar los peritos no podrán distinguir entre los aspectos científicos del razonamiento de los peritos, de los aspectos pseudo científicos. También tendrá dificultades para la elección del perito, ya que no tendrá criterios para distinguir aquel que está mejor preparado que otro para llevar a cabo el peritaje. Mientras que, al mismo tiempo, un Juez ignorante no podrá formular al perito preguntas adecuadas, ni podrá valorar la prueba pericial tal como lo exige la legislación.⁴⁵

Y después queda el espinoso tema de los conocimientos que ha de tener el Juez para utilizar adecuadamente un estándar de prueba. Aquí más bien ha de tener ideas jurídico-normativas y una gran cultura de lo que significan los valores constitucionales aplicados al proceso.

3.5. LA VERDAD Y EL JUEZ EN EL PROCESO

⁴⁵ Idem,

Definir la verdad es una labor muy complicada por tratarse de un término abstracto y subjetivo. Hay filósofos desde los clásicos griegos hasta los contemporáneos que no se han puesto de acuerdo para obtener una definición de verdad inmovible. Hay quienes consideran que la verdad es relativa, otros absoluta y además se afirma que la verdad está relacionado directamente a la realidad de los hechos tal cual a transcurrido en el tiempo y en el espacio; no obstante esto también es relativo.

El concepto de verdad es el concepto esencial de las obras de Frankfurt. Se limita a dar por supuesto las formas más o menos universalmente aceptadas de entender estos términos. Por ello, el papel de la intuición se hace evidente cuando más adelante en la obra se afirma que todos entendemos la diferencia entre dar nuestro nombre y dirección de verdad y dar unos datos falsos, afirmación en la cual fundamenta su definición de verdad. Dicho en palabras de Frankfurt la verdad es la correspondencia entre el enunciado emitido y los datos objetivos de la realidad que nos rodea (FRANKFURT, 2007).

En correlación con lo anterior el concepto de facticidad también juega un papel importante en la teoría de la verdad debido a que la noción de verdad encuentre sus fundamentos en la correspondencia con los hechos reales. Es decir, en palabras de Frankfurt esta es, realmente la esencia y la naturaleza característica de la facticidad, del ser real: las propiedades de la realidad y, en consecuencia, las verdades sobre sus propiedades son lo que son, con independencia de cualquier intervención directa o inmediata de nuestra voluntad (FRANKFURT, 2007)..

La concepción de la verdad como correspondencia ente enunciados y el mundo real según Hardcastle descansa sobre esta noción de facticidad. Es decir, la viabilidad de la noción de verdad aquí definida está determinada por la presuposición de la facticidad que otorga estabilidad a los enunciados verdaderos, ya que si fuese posible cambiar los hechos mediante una intervención de la voluntad humana la noción de verdad podría ser cambiada indefinidamente por cada sujeto, imposibilitando cualquier pretensión de un discurso universalmente válido (HARDCASTLE, 2006).

3.6. LA VERDAD Y EL DERECHO

Los hechos, a diferencia de los objetos, son estados de las cosas que determinan el sentido de una pretensión o la lógica discursiva de su respectiva excepción. Si bien los hechos son fenómenos que evidencian la estructura o las relaciones entre los objetos, en el contexto de un proceso judicial, es necesario establecer cuál es el sentido de las proposiciones que los expresan. (BERLOTINO, 1990)

Por un lado, en palabras del autor David, pueden encontrarse proposiciones referidas directamente a las cosas del mundo exterior; por otro, pueden existir proposiciones que contengan un sentido individual cuando recaen sobre la visión subjetiva determinada por percepciones o recuerdos lejanos. Ninguna proposición, en sí misma considerada, basta para dar por probada la existencia y el sentido de un hecho en el proceso. Es necesario que los sujetos de derecho formulen y prueben sus pretensiones sobre los hechos, dado que las actuaciones jurídico-procesales se orientan por el interés de las partes (DAVID, 1973).

Esta concepción según Taruffo, permite proponer que los hechos son una estructura abierta porque las proposiciones que los constituyen pueden representar una pluralidad de sentidos. Dicha situación se torna más compleja en un proceso judicial, porque el material probatorio está sometido a una secuencia reconstructiva que gravita sobre un interés jurídico susceptible de ser protegido por el derecho (TARUFFO M. , 2008).

En el derecho, los hechos del caso no se aprecian en sí mismos porque, en términos de Muñoz Sabaté el Juez debe resolver *secundum allegata*. Es decir, el Juez construye una representación del caso a partir de la relación fáctica que aportan las partes en los escritos, las audiencias, la práctica de pruebas y las alegaciones y que en cada situación está permeada por la fuerza de la pretensión o la técnica de defensa. No puede afirmarse la certeza absoluta con relación a la ocurrencia de un suceso en el pasado. La prueba de los hechos, como prueba histórica, es falible (MUÑOZ SABATÉ, 1997).

Sin embargo, en palabras de Badia, el Juez no puede convertirse en el investigador de la verdad; incluso, está prohibido el uso de su conocimiento privado para fallar. La sentencia no puede ser la confirmación de sus hipótesis con relación al caso concreto porque debe decidir conforme a pruebas debidamente aportadas o solicitadas por las partes y a los medios decretados y sometidos a contradicción en el proceso (BADIA, 1985).

3.7. VERDAD EN EL CAMPO JURÍDICO ACTUAL

En palabras de Hernández Valle el papel del Juez le obliga siempre que sea posible, y se entiende que lo es en la mayor parte de los casos, a emitir su juicio conforme a la ley, sin tener que preocuparse por el carácter justo, razonable o aceptable de la solución propuesta. Como servidor de la ley no tiene que buscar fuera de ella otras reglas que le guíen: él es el portavoz de la ley, que los exegetas debían esclarecer lo más posible, para suministrarle soluciones para todas las eventualidades (HERNÁNDEZ VALLE, 1993).

Ahora bien, según Badia, únicamente en los casos, excepcionales, de antinomias y de lagunas se le atribuye un papel más activo, consistente en eliminar las unas y llenar las otras, pero incluso en estos casos debe motivar sus decisiones refiriéndose a textos legales. A falta de norma expresa, el Juez debe inspirarse en el espíritu del derecho, esto es en los valores y técnicas que otros textos legales protejan o utilicen. Este planteamiento es duramente criticado porque un sistema, para ser tal, debe ser completo y coherente, en otras palabras, que "para cada situación, que dependa de la competencia del Juez, haya una regla de derecho aplicable, que no haya más que una sola regla y que esta regla esté totalmente desprovista de ambigüedad (BADIA, Estudios de ciencia política, 1985).

Por otro lado, los sucesos ocurridos en Alemania después de 1933, con la llegada de Adolfo Hitler al poder, demuestran que no se debe identificar derecho con ley ya que existen principios que se imponen, aunque no estén expresamente tipificados. Tanto los litigantes como los jueces pueden elegir una posición y motivarla en derecho, siendo la dogmática jurídica la encargada de suministrar los

argumentos necesarios, sin embargo, afirma Perelman: "parece hoy generalmente admitida, pero que se ha perdido de vista en la concepción formalista y legalista del derecho: el Juez no puede considerarse satisfecho de haber podido motivar su decisión de una manera aceptable; debe apreciar también el valor de esta decisión y decidir si le parece justo. (PERELMAN, 2000). Es aquí donde el papel que los teóricos han dado a los principios generales del derecho y a la tónica jurídica.

Según Zaffaroni La gran ventaja de los tópicos jurídicos consiste en que, en lugar de contraponer dogmática y práctica, permiten elaborar una metodología que se inspira en la práctica, y guían los razonamientos jurídicos, de manera que, en lugar de contraponer el derecho a la razón y justicia, se esfuerzan, por el contrario, en conciliarlos (ZAFFARONI, 2000).

3.8. LA VERDAD COMO FIN U OBJETO DEL PROCESO.

Resulta imposible que un caso esté juzgado y no juzgado (pendiente de la verdad) al mismo tiempo. En este sentido, Abregú afirma que el Juez tiene la obligación de resolver el asunto jurídicamente. Si bien la verdad es un presupuesto de actuación, no se sigue necesariamente de esta premisa que ella sea un atributo del proceso jurisdiccional. A fin de proponer un criterio de análisis, es oportuno establecer que la verdad es un problema de carácter epistemológico y la validez es un problema de contenido jurídico. La verdad puede determinarse con criterios de correspondencia ontológica y la validez supone problemas como vigencia, eficacia, aplicabilidad, ponderación y regularidad en el procedimiento (ABREGÚ, 1994).

Álvarez Hernández, describe que el Juez constata de forma mediata que los hechos sucedieron tal como han sido representados por las partes. El esclarecimiento de los hechos se materializa en una decisión y se protege con el atributo de la cosa juzgada. En consecuencia, una decisión puede ser válida porque cumple los requisitos de una formalidad procesal y falsa porque no refleja el acontecer de los hechos. La sentencia dice cuál es la fuerza que le corresponde a una de las partes en virtud de la autoridad del Estado. El carácter de cosa juzgada de la sentencia sólo confirma la posición del derecho respecto a los sujetos procesales y no respecto a la verdad del caso (ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, 1995).

En correlación a lo anterior Arroyo Gutiérrez, señala que, en el proceso judicial, se trata de llegar a una decisión que distribuye poder y se impone a las partes de forma coactiva. La verdad epistemológica en el proceso judicial se halla frente a dificultades legales, fácticas y teóricas. Aceptar que el proceso judicial obtiene la verdad equivale a reconocer que los derechos y las obligaciones son verdaderos o falsos. Admitir que las prohibiciones son falsas supone que las disposiciones normativas también son susceptibles de veracidad o falsedad (ARROYO GUTIÉRREZ, 1998).

Ahora desde la perspectiva jurídica de Bertolino, los derechos, las obligaciones y las normas existen o no existen, son válidos o están viciados de nulidad. Este argumento permite plantear que es la validez y no la veracidad la característica discutible frente al proceso y sus efectos. La búsqueda de la verdad

en el proceso judicial es un objetivo general imposible de satisfacer en modo pleno. En realidad, se trata de un concepto vago y difuso. (BERLOTINO, 1990)

3.9. PRINCIPIO DE VERDAD REAL

3.9.1. PRUEBA Y JUEZ PENAL, IMPORTANCIA DE LA VALORACION PROBATORIA Y JUEZ

El concepto de verdad real descansa en el hecho de que "no deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos" (DWORKIN, 1990).

Hessen define, preliminarmente, la verdad cuando afirma que este concepto está íntimamente ligado con la esencia del conocimiento. Conocimiento verdadero sólo es el conocimiento cierto. Un 'conocimiento falso' no es un conocimiento en sentido propio, sino error o ilusión. Esta concepción abstracta de verdad, a la hora de ser aplicada al caso concreto, significa que el juez debe aprehender los hechos que ocasionaron ese conflicto (HESSEN, 1990).

Sin embargo, de acuerdo con las distintas percepciones de los sujetos envueltos en el litigio, así como de los testigos existen varias versiones de un mismo hecho, por lo que debe tenerse presente la advertencia de Guier Esquivel cuando dice "Debemos cuidarnos de una alternativa incompleta en la cual sólo hay dos términos: el conocimiento es o una creación o una copia. Pues existe un tercer término: una aprehensión de las realidades no dadas, que se manifiesta por medio de un laudo (GUIER ESQUIVEL, 1989).

LA GARANTIA DE CONTAR CON UN TRIBUNAL IMPARCIAL

3.5. EL JUEZ EN EL NUEVO PROCESO PENAL INSTAURADO EN MÉXICO

3.5.1. ETAPA DE INVESTIGACIÓN

Una de las partes que juega un papel fundamental en el desarrollo del proceso penal, es el Juez, quien con el nuevo Sistema Penal adquiere un importante deber con la comunidad, puesto que se convierte en el conductor del proceso, en el regulador de las audiencias y en el garante de los derechos y libertades de los ciudadanos. Así es que, el nuevo sistema penal acusatorio, evita, lo escritural, proporcionando con ello celeridad y eficiencia a nuestra justicia penal⁴⁶.

De este modo, asegura el postulado constitucional de accesibilidad, prontitud y cumplimiento de la justicia. El Juez, adquiere el compromiso inevitable de alinear el proceso hacia el equilibrio, entre dos propósitos estatales de máxima importancia como son la realización de la justicia y la garantía de los derechos fundamentales de los acusados. Por esta razón, al entrar en vigencia el nuevo estatuto que privilegia la oralidad y que pretende dar desarrollo al principio acusatorio, resulta necesario garantizar la articulación de las entidades que operan el sistema procesal penal, teniendo plena conciencia de que la trascendencia de

⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco.; Cuestiones sobre el proceso penal, Librería El For, Buenos Aires, Carofiglio, Gianfranco, El arte de la duda, Marcial Pons, Madrid. 2010. Pág. 193.

los intereses dentro de un proceso penal que exige la comprensión de sus instituciones⁴⁷.

Es menester por consiguiente que al aplicar el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, el Juez debe estar en capacidad de advertir que cada una de ellas desarrolla valores y principios de la constitución. Y si bien no es forzoso ni oportuno que en cada ocasión se realicen extensas explicaciones sobre el trasfondo de cada precepto, sí se debe actuar de manera coherente con el contexto normativo.

Pero ¿Cómo encara el Juez las exigencias de la constitución en el desarrollo del proceso? Para dar desarrollo a esta pregunta es necesario esclarecer el actuar del juez en las diferentes etapas del proceso penal.

En la primera parte del proceso penal de corte acusatorio, es ocupación del Juez resaltar, por una parte, el legítimo interés del Estado de adelantar un seguimiento eficaz de los hechos y actos punibles que afectan a la comunidad, y por la otra, preservar los derechos constitucionales y legales del imputado, los cuales en principio, no deben ser afectados en modo alguno por la mera existencia de una imputación en su contra⁴⁸.

⁴⁷ CHIAVARIO, Mario. “La normativa sobre las pruebas en el proceso penal italiano”, en Prueba y proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Díaz, Iván, Tesis Doctoral Derechos fundamentales y decisión judicial. Algunos criterios para la mejor aplicación del Derecho penal, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Getafe. 2009. Pág. 307.

⁴⁸ Ibídem

Esta contraposición de intereses legítimos, representa el núcleo de la intervención de los jueces y les impone la obligación de ponderar dichos intereses, que deben estar siempre balanceados, a efecto de evitar que sus decisiones se inclinen a favor de alguno de ellos, dejando en desprotección al otro. Con éste nuevo Sistema Penal acusatorio se pretende que se evite la tendencia a alargar los procesos como se traduce en el Sistema inquisitivo⁴⁹.

En este sentido, los jueces del nuevo sistema acusatorio, cuentan con una gran facultad para lograr que la Justicia se aplique de manera pronta y expedita, observando siempre las reglas que atañen al descubrimiento de las pruebas y la exclusión de pruebas ilícitas y, en segundo lugar, desde la perspectiva del derecho de defensa, garantizar al imputado adecuadas oportunidades de contradicción⁵⁰.

Esta etapa también se conoce como de Investigación pues es el Ministerio Público el que investiga los hechos, y asimismo proporciona los elementos que le van a servir de base para la acusación ante el Tribunal del Juicio Oral, toda vez que las probanzas que aporta durante esta etapa no tienen valor por si solas para fundar un Sentencia, ello sin perjuicio que sirvan para dictar un auto de sujeción a proceso por el Juez de Garantía o de Control⁵¹.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi.; Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid. 1995. Pág. 47.

⁵⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo.; Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 20^a edic. (y anteriores), ed. Porrúa, México, 2009. Pág. 196.

⁵¹ FLORIAN, Eugene.; Elementos de Derecho procesal penal, L. Prieto Castro (trad.) Jurídica Universitaria, México, abril de 2002, volumen 1. Pág. 283.

Es necesario resaltar que el juez en la etapa de investigación, asume la función, entre otras, de control de garantías de los derechos fundamentales de los sujetos procesales. Efectivamente, el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales le encomienda el control de la investigación realizada por el Fiscal, en tanto se cumplan con los plazos y el tratamiento digno y adecuado a las normas procesales de los sujetos procesales⁵².

De modo que la víctima o imputado que cree se han vulnerado sus derechos procesales en la investigación, de cuya dirección le compete al ministerio público, puede acudir al Juez para que proceda de acuerdo a la ley. Es interesante mencionar lo advertido por el profesor español Miranda Estrampes, que el ejercicio de las funciones del juez no debe limitarse a convalidar formalmente las solicitudes del Ministerio Público, sino que debe asumir un papel activo en defensa de los derechos del imputado y de las demás partes⁵³.

El rol del Juez en la etapa de Investigación Inicial no puede convertirse en un simple Juez condescendiente que a todo dice sí al MP o que solo imprime su sello sin más. El Control Judicial de la Investigación llevada a cabo por el fiscal debe ser efectivo para que realmente cumpla con la función de garantía que tiene encomendada y para que el nuevo sistema procesal sea operativo.

Debemos tener presente que una de las características de la asunción de un modelo acusatorio es el abandono del Juez como órgano de investigación, ya no

⁵² FLORIAN, Eugene.; Elementos de Derecho procesal penal, Ob. Cit. Pág. 284.

⁵³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel.; La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997. Pág. 281.

es el Juez que concentraba en su persona las funciones de averiguación y las de decisión sobre medidas restrictivas o limitativas de derechos⁵⁴.

3.5.2. ETAPA INTERMEDIA

El éxito de los juicios orales, en la etapa principal del proceso penal, se funda en una preparación conveniente del objeto del debate fáctico y probatorio; por tanto, es imprescindible que el Órgano Jurisdiccional y el Ministerio Público guarden el celo correspondiente a sus funciones durante la Investigación Inicial y la Investigación Complementaria. El Juez, como tercero imparcial, será el director de la etapa intermedia⁵⁵.

De este modo, es el Juez quien dirige el filtro entre la etapa de la Investigación Inicial, caracterizada por la recopilación de fuentes de prueba e indicios que permitan develar la existencia o no de un ilícito y, de darse lo primero, identificar a los perpetradores del mismo, y el juzgamiento, donde precisamente dichas pruebas e indicios serán actuados y contrastados con los argumentos del procesado. El inicio del Juicio Oral depende, precisamente, de un debido saneamiento procesal. Mediante este se busca evitar que sean llevados a juzgamiento casos de bagatela o insignificantes, y todos aquellos que no han cumplido debidamente con los presupuestos materiales y procesales que la norma exige o, en el peor de los casos, que han sido imputados con inconsistencia o que

⁵⁴ BACRE, Aldo.; Teoría general del proceso. 1992 Ob. Cit. Pág. 354

⁵⁵ QUINTERO OSPINA.; "Lecciones de Procedimiento Penal Colombiano". T. I. Bogotá, 1992. Pág. 22.

no han sido suficientemente aparejados de elementos de convicción por parte del Ministerio Público⁵⁶.

En conclusión, puedo afirmar que en esta etapa del proceso penal, el Juez depura y precisa todas a aquellas cuestiones que serán analizadas en el Juicio Oral , en tal virtud ésta etapa se torna muy importante para el buen resultado del Juicio, pues las partes descubren los elementos de convicción recaudados durante la investigación, se define cuáles de ellos tienen aptitud legal y pertinencia para ser llevados a juicio, y se otorgan las últimas oportunidades para que el acusado admita voluntariamente su responsabilidad respecto de los delitos que se le imputan o llegue a un acuerdo con el fiscal, si es posible.

3.5.3. ETAPA DE JUICIO ORAL

En el Juicio Oral, en materia penal, tendremos que producir o desahogar los medios de prueba que hayan sido admitidos en la etapa intermedia. Afirmar lo anterior constituye una obviedad hoy en día en el contexto de procesos penales reformados hacia sistemas acusatorios, pero veamos lo que esto significa mirado desde los principios de inmediación y contradicción.

Analizado desde estos principios, se dice que, en el juicio de lo que se trata es de llevar a la presencia del Juez el medio de prueba, entendido como la versión jurídica de la fuente de la información. Y llevar al juicio la fuente de la información significa, entonces, que será la parte, el testigo o el perito quienes deberán

⁵⁶ MORENO CATENA, Víctor.; Introducción al Derecho procesal. Madrid - España: Colex, Segunda edición, 1997, pág. 261.

concurrir a declarar, con la finalidad que el tribunal acceda al conocimiento directo e inmediato de lo que la fuente de la información aporte en términos de relato de hechos, tal como es posible de ser reproducido en el juicio a través del testimonio, sujeto al control de la contraparte⁵⁷.

En este sentido, los principios de inmediación y de contradicción significan, en concreto, trabajar en el juicio directamente con la fuente de la información, de modo tal que la información que surja de dicha fuente, lo sea en un contexto contradictorio, sometido al control de la contraparte, quién vigilará que la calidad de la información que fluye de la misma sea la mejor posible, de modo que el Juez que presencia el fluir de la información tenga a su alcance todos los antecedentes de credibilidad del testigo y de su testimonio que le permitan asignarle un valor probatorio coherente con la apreciación directa que es capaz de efectuar en ese contexto contradictorio⁵⁸.

Por otro lado, la verdad procesal se construye o estructura sobre la base de las concurrencias de las actuaciones de las partes en las diferentes etapas o fases del proceso, en donde juega un papel preponderante el Juez, cuya función se concentra, en velar por la Constitucionalidad y Legalidad del proceso.

⁵⁷ CONTRERAS VACA, Francisco José.; Derecho procesal. Teoría y práctica. Editorial Oxford University Press. México, 2009. Pág. 194.

⁵⁸ ESPARZA LEIBAR, Iñaki.; El principio del proceso debido. Barcelona - España: José María Bosch, 1995, Pág. 214.

Su rol de análisis interpretativo, se fundamenta en el conocimiento que este logre, para alcanzar la motivación jurídica exigida que realice sobre la información que le proporcionen las partes en el juzgamiento.

La pregunta esencial es: ¿hasta dónde llegan las competencias del Juez y cuáles constituyen los límites a los parámetros esenciales para decidir?. Por ello se afirma, que del curso del Juicio Oral, durante las audiencias, y la participación que por ley le corresponde a las partes en el proceso, el Juez va conformando en su mente, un juicio valorativo del asunto sometido a su inteligencia, lo cual llega hasta que agota su jurisdicción, es decir, produce una sentencia por medio de la cual resuelve el caso, y por tanto, pierde la potestad de volver a conocer⁵⁹.

Algunos estudiosos del proceso, consideran que existe un punto donde se establece el autocontrol del Juez o la automoderación judicial, donde alcanza el conocimiento pleno del asunto y consuma el juicio valorativo. Los sistemas procesales, establecen el código de comportamiento del Juez en el estrado, marcando las formas, métodos y mecanismos que de manera especial le servirá para apreciar o no la prueba. El control de la prueba es establecido por la ley y queda a cargo del Juez, señalando la razón por la cual deben abstenerse de apreciar una determinada prueba⁶⁰.

⁵⁹ BARDALES LAZCANO, Erika.; Guía para el estudio de la reforma penal en México. Editorial Magister. Publicaciones de Derecho Penal. 2º ed. 2010. Pág. 293.

⁶⁰ GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal.; Manual práctico del juicio oral. Audiencias preliminares, juicio oral, técnicas de litigación, caso práctico. Editorial Ubijus. 2010. Pág. 173.

La clave del proceso oral es la prueba, la recepción, evaluación, aceptación así como el control, dirección, iniciativa y liderazgo para propiciar el contradictorio, o el interrogatorio cruzado y encauzar el proceso por el camino correcto.

El Juez en el juicio oral es un director y no un espectador pasivo ni un dictador detestable. El Juez en principio, no presenta pruebas ni asume una parte activa en el interrogatorio de los testigos y solo excepcionalmente puede hacer alguna pregunta cuando no está seguro de haber comprendido lo que se dijo. Se recurre al Juez para que juzgue las muchas mociones del fiscal o demandante y del abogado defensor o la otra parte, sobre los tipos de pruebas que pueden ser presentados y la índole de las preguntas que es válido hacer a los testigos.

El Juez es una parte imparcial, y así se espera que sea, sobre todo porque su labor esencial es asegurarse que a ambas partes se les permita presentar sus argumentos en la forma más completa posible, dentro de los límites que marca la ley. Si un Juez va en contra de los principios fundamentales se arriesga que sus fallos sean revocados⁶¹.

Por todo ello podemos observar, que la oralidad impone un cambio profundo en la aplicación de los sistemas procesales, porque constituye una nueva visión y concepción del proceso y de los sujetos que intervienen, lo que acarrea a su vez varias consecuencias: exige de jueces capacitados para comprender los principios de celeridad, concentración, autonomía e independencia entre otros, pero

⁶¹ GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal.; Manual práctico del juicio oral. Ob. Cit. 2010. Pág. 173.

fundamentalmente de libre o crítica valoración de la prueba⁶². El Juez debe asumir un rol activo mediante el ejercicio de sus poderes para evitar que la audiencia se convierta en una narración de circunstancias sin pruebas, o de pruebas sin relación a los hechos, y evitar el abstencionismo judicial, ya que todo ello atenta contra la imparcialidad, la igualdad real de las partes y el acceso a una tutela judicial efectiva⁶³.

para BINDER un Juez que no sepa dirigir un debate, un interrogatorio y que no conozca los criterios de valoración de las pruebas que se presentan, no puede conducir un Juicio Oral, y de hacerlo el resultado será catastrófico para la credibilidad del sistema judicial, y en especial para los justiciables a quienes se les ha iniciado un proceso por haber presuntamente transgredido una ley, por ello, la responsabilidad del Juez cobra todo su peso y es un pilar fundamental para el éxito del modelo acusatorio⁶⁴.

Los sujetos procesales en el nuevo proceso penal.

⁶² FERNANDEZ ENTRALGO, Jesús.; "El compromiso del juez penal con la tutela de los derechos y libertades fundamentales", en Poder Judicial. Número especial X. Madrid - España: 1988, pág. 80

⁶³ HORVITZ LENNON, María Inés.; Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2005. Pág. 158.

⁶⁴ BINDER, Alberto.; "Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal", en Justicia penal y sociedad. N° 02. Guatemala, 1992, Pág. 55.

CAPÍTULO V

EL IMPUTADO Y LA NECESIDAD DE IMPUTACIÓN NECESARIA A JUSTADA A DERECHO

7.1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Al iniciar el estudio de este capítulo, es necesario hacer algunas aproximaciones de todo lo analizados hasta éste punto; tomando como referencia que cuando la doctrina y todos los que estudiamos el proceso penal en su totalidad; se tiene un ingrediente principal, sin el cual no habría proceso judicial, me refiero al procesado.

Por lo anterior es necesario hacer algunas anotaciones vinculadas a toda persona:

7.2. LA DIGNIDAD HUMANA DE TODO PROCESADO

Es necesario referirse a la dignidad humana, como un fundamento esencial en la estructura de un Estado Neoconstitucional de derecho; y es que la dignidad humana se ha convertido en piedra angular en todo ordenamiento jurídico. De ahí la necesidad de revisar la doctrina especializada en cuanto a esta institución. De Domingo Pérez, considera a la dignidad humana, del ser individual, como matriz de los principios fundamentales de la estimativa o filosofía jurídica, al concebir que

el pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser, que tiene fines propios suyos, que cumple por sí mismo, que no es un medio para fines extraños o ajenos a los suyos propios (DOMINGO PÉREZ, 2002).

La concepción DE DOMINGO PÉREZ, evoca el pensamiento de Kant al definir la dignidad del hombre, no como una peculiaridad de su doctrina, sino que sostiene que el hombre es un fin en sí mismo, un auto fin presentado con ello una idea que estaba generalizada por su aceptación desde muchos siglos atrás y que aparece en el viejo testamento, como una posición central del mensaje cristiano, al decir "el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios" apareciendo la idea de igualdad en todos los hombres en cuanto a dignidad. El Nuevo Testamento, tiene mayores alcances al proclamar la fe cristiana entre los hombres, identificando la presencia de Dios, juntamente como el verdadero ser del hombre.

La cultura Cristiana tuvo un antecedente en el pensamiento chino que declaró, que lo que más importa, es el hombre, y de ahí se encuentra también la idea de la dignidad humana, como una consecuencia de libertad, igual para todos, creando un enfoque del hombre por la filosofía de la Grecia clásica que consistió en reconocer que el hombre no es una cosa subordinada a fines o poderes externos, sino que constituye el ser que mediante el ejercicio de su razonamiento natural, puede lograr la meta de una vida buena y puede vivir de un modo divino, en tanto pueda satisfacer las demandas naturales de su alma guiándose por la razón.

En la antigüedad solo la filosofía histórica formuló en el pensamiento de los romanos (Epitecto, Séneca, Cicerón y Marco Aurelio), la forma a una idea universal de la humanidad, como igualdad esencial de todos los hombres, en cuanto a la dignidad que corresponda a cada uno. (VON IHERING, 1998)

La formulación filosófica de Kant sobre la dignidad, consistió en expresar el pensamiento cristiano con la idea de la dignidad de la persona individual, diciendo que el hombre es el centro y el fin de toda cultura, que en este mundo todas las cosas tienen un precio, excepto el hombre quien no tiene precio, porque tiene dignidad, porque constituye un fin en sí mismo, es el substrato para realizar un valor absoluto, valor moral, recogiendo el pensamiento de los romanos el sentido cristiano de la vida y el espíritu de la cultura moderna. (LAPORTA, 1987)

Es preciso reconocer que las concepciones filosóficas sobre el humanismo, con el antecedente de la idea de la dignidad del individuo humano no son puramente especulaciones de la verdad cristiana, sino que el concepto de la dignidad humana fue un postulado básico de la cultura occidental. (LAPORTA, 1987)

Stammlers en su filosofía de ilustración proyecta la idea de la dignidad, como medios auxiliares en la tarea de producir un derecho justo, al proclamar como único valor absoluto, universal y necesario, la idea de justicia como método para ordenar fines y medios sociales, conformando una idea de armonía absoluta, no obstante su postulado esencial formalista de la dignidad del individuo, pues la

crítica permanente a su pensamiento introdujo en sus razonamientos en forma brusca, la idea de la dignidad de la persona humana, con la formulación de principios básicos como: (STAMMLER, 2006)

- El respeto recíproco como querer de una persona como fin y medio que no debe quedar a merced del arbitrio subjetivo o capricho de otra persona.
- El que toda exigencia jurídica debe tratar al obligado como un prójimo; es decir, como una persona con dignidad, que tiene fines propios, que es un fin en sí mismo y no un medio para fines ajenos.
- El de participación en cuanto a que nadie puede ser excluido de una relación jurídica por una decisión arbitraria o mero capricho de otra persona.
- El poder jurídico de disposición de una persona de excluir a otra, solo de tal modo que el extraído, subsista y se mantenga, como un ser humano con un fin propio, con dignidad y nunca un mero medio para los demás, u objeto de otros.

Los pensamientos de la filosofía de Stammler se apoyan fuertemente con las ideas de Del Vecchio que esclarecen el tema de la dignidad humana al formular la idea de la justicia, en función de la dignidad de la persona individual y en función a la igualdad, lo que implica el principio de la reciprocidad de Stammler, e introduce la noción del contracambio en el sentido de que todo acto que realice una persona respecto de otro, implica autorización para un acto similar entre los mismos sujetos, lo que se traduce en la aplicación al mundo de la ciencia jurídica de los principios éticos del pensamiento cristiano. (STAMMLER, 2006)

7.3. CONCEPTO DE JUSTICIA

En el párrafo anterior se definió a la dignidad humana de cada persona; se ha manifestado que todo hombre es un fin en sí mismo, de ahí que todo ordenamiento jurídico debe procurarse o fundamentarse en la justicia como bien inalterable. De ahí que cada persona tiene una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar, y por ello la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos, se vuelva Justo por el hecho de que, un mayor bien es compartido por otros.

El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, o sea el modo en que las grandes instituciones sociales, distribuyen los derechos, deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por ello es preciso partir hacia la determinación de lo que son las grandes instituciones, como la constitución política y las principales disposiciones económicas sociales, para prever que la protección jurídica de la libertad, sean las que definan los derechos y deberes del hombre e influyan sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que se puede esperar hacer y sobre lo que se haga (ARILLA BAS, 2004).

La igualdad tiene un significado, como un lugar que ocupa en la estructura básica de la sociedad, la distribución de los ingresos y de la riqueza, y de esta manera el concepto de la justicia se concibe por los derechos y libertades, que a su vez exigen el principio de igual libertad y el de justa igualdad de oportunidades.

La principal idea de la justicia como imparcialidad, es decir como un conjunto de principios en los que estarían de acuerdo las personas racionales en

una situación de igualdad, permite abrir el camino para una extensión, con la definición de bienes relacionados con la bondad y la moral, para darle una mayor amplitud a su significado.

De esa manera se puede llegar a definir la justicia por el papel que desempeñan sus principios, al asignar derechos y deberes, y definir la división correcta de las ventajas sociales, y con esa definición se lograría obtener un enfoque de acuerdo al sentido más específico que Aristóteles dio a la justicia del cual se derivan formulaciones muy familiares como el de: "Abstenerse de obtener para uno mismo cierta ventaja apode dándose de lo que pertenece a otro, sus propiedades, sus remuneraciones, su empleo o cosas semejantes."

"Abstenerse de negarle a una persona lo que es debido, el cumplimiento de una promesa, el pago de una deuda, el mostrarle el debido respeto". Esta concepción de la justicia es una mera explicación de lo que propiamente le pertenece a una persona y de lo que le es debido.

7.4. PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA

La teoría de la justicia puede dividirse en dos partes: Una interpretación inicial y la formulación de los diversos principios disponibles en ella para su elección. Y un razonamiento que establezca cuál de esos principios será el adoptado.

De esas dos partes, el objeto primario de los principios de la justicia, es la estructura básica de la sociedad y la determinación de las instituciones sociales más importantes en un esquema de cooperación, debiéndose distinguir los

principios de la justicia para las instituciones, de los principios que se aplican a los individuos y a sus acciones en circunstancias particulares, pues sus objetos son diferentes.

Por institución se entiende, un sistema público de reglas que definan cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades, y estas reglas especifican fórmulas de acción como permisibles, otras prohibitivas y establecen ciertas sanciones y garantías, cuando ocurren violaciones a las reglas.

El carácter público de la regla de una institución, asegura que quienes participan en ella sepan que limitaciones de conducta pueden esperar para con otros y que acciones son permisibles, o cuales constituyen una prohibición.

Como principios de la justicia en los que están de acuerdo todos los hombres desde la posición original en la teoría de RAWLS se establecen (RAWLS, 2001):

1. Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de las libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.
2. Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de tal forma que:
 - A. Se espere razonablemente que sean ventajosas para todos.
 - B. Se vinculen, empleos y cargos accesibles para todos.

Esos principios deben estar dispuestos en un orden social dando prioridad al principio de las libertades básicas porque constituyen un centro de aplicación y determinan límites y compromisos que deben resolverse por la acción de la justicia (RAWLS, 2001):.

El principio de la distribución de la riqueza y de los puestos de autoridad y responsabilidad, deben influir tanto en las libertades básicas como en la igualdad de las oportunidades.

Para establecer una concepción que se acerque más a la justicia como lo más deseable para todos, con una idea completa de lo justo, las partes habrán de escoger en un orden definido no solo una concepción de la justicia, sino también principios para cada uno de los conceptos básicos que conforman lo que es justo, los que no pueden ser separados pues en un momento específico se relacionan entre sí.

El concepto del bien como un principio de elección racional, se proyecta en la estructura social cuando se aplican las características importantes de una situación, y ese proyecto que satisface esas condiciones, sería elegido por la persona con plena racionalidad deliberativa, es decir, con conciencia de los hechos importantes y tras una cuidadosa reflexión acerca de las consecuencias.

Los principios de la justicia no deben entorpecerse ante la presencia de un velo de ignorancia, el engaño, la hipocresía, la desconfianza, pues estas son meras condiciones en pos de una finalidad y por lo tanto no existe otra alternativa

que proteger el sentido de la justicia, para que rijan nuestros restantes objetivos (RAWLS, 2001):.

En la medida en que no exista la carencia de estas protecciones se contribuye a la estabilidad de los objetivos de la justicia, por lo que una sociedad bien ordenada satisface los principios que son colectivamente racionales desde la perspectiva de la situación original y desde el punto de vista del individuo, para lograr el deseo de afirmar una concepción pública de la justicia como reguladora del proyecto de vida que esté de acuerdo con los principios de elección racional, y con ello se alcance una descripción de la justicia como imparcialidad. (RAWLS, 2001):

Para GUSTAV SAGREBELKY en su obra *El Derecho Dúctil* los principios de justicia que determina RAWLS una mera creación subjetiva, producto de una acción racional en lo que llama el estado de naturaleza o posición original y la reduce a los derechos individuales del hombre y a la distribución de los productos económicos y eso no resulta suficiente, pues la aspiración de las nuevas constituciones podría describirse con los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva como:

- La libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales.
- La igualdad ante la ley y por lo tanto la generalidad del trato jurídico y también la igualdad a la especialización de las reglas jurídicas.
- El reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad.

- La valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquellos.
- El rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas.
- La responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles.

7.5. CONSIDERACIONES DE LA JUSTICIA EN LA FILOSOFÍA

FERRAJOLI en su obra *Filosofía del Derecho* establece que existe el valor de la justicia en toda vivencia del hombre común que realiza en la sociedad. El mismo autor sostiene que la justicia es una exigencia para que se reconozca a la persona humana y que sea tratada por cualquier otro hombre, como absoluto principio de sus propios actos libres y responsables, aunque ciertamente la persona no vive para el derecho, pero si vive ineludiblemente en el derecho, porque no se puede vivir de otra manera (FERRAJOLI, 1995).

El jurista romano Celso citado por Basave, opinó: "Que la justicia es el arte de lo bueno y de lo equitativo y su ejercicio corresponde a los juristas y es un signo distintivo de todo estado de Derecho." La justicia concierne al modo de servirse de las cosas existentes para el bienestar colectivo, e implica una operación exterior esencialmente alternativa, de una proporción que guarda un respecto del otro, y esa proporción sugiere siempre de elementos como la

armonía, congruencia entre las conductas personales, así como restricciones que impone el orden jurídico (BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE, 2008).

El autor Basave hace referencia a la justicia conmutativa como contraprestación y la justicia distributiva como generalidad y en ese concepto razona los límites de la equidad como procedimientos que llevan a una eficaz realización de la justicia, que es vivenciada en un plano individual, continua en grupos intermedios y alcanza su regulación por el derecho, el que es constituido por un lento y paulatino proceso de vivencias y descubrimientos personales de la justicia vivificada por el amor. (BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE, 2008).

En la obra deGustav Radbruch “ Introducción a la Filosofía del Derecho” considera que la meta de todo legislador es la justicia, es un valor absoluto que descansa en sí mismo y no derivado de otro superior. Para el filósofo, existen diferentes conceptos de justicia (RADBRUCH, 1932):

- Como virtud que es una cualidad personal, subjetiva como propiedad de una relación entre personas.
- Objetiva como expresión de una forma subjetiva.
- La justicia como un derecho anterior y superior a la ley, y:
- La justicia del legislador que es la que interesa a los juristas.

La justicia adopta dos formas que trascienden al orden jurídico como son:

- La conmutativa como forma de contraprestación y:

- La distributiva que tiene como soporte la igualdad y por lo tanto su generalidad.

La idea de justicia es esencialmente formal que supone trato igual para los iguales, y trato desigual para los desiguales, y da un sentido específico a la igualdad para derivar la justicia como un valor que solo puede determinarse por la ley. Para la determinación de la justicia según Radbruch debe recurrirse al principio de la adecuación al fin, es decir, que toda norma jurídica debe tener como fin un postulado de la justicia en el que contribuyan la idea del bien moral en lo individual, como personalidad colectiva en la sociedad, y como obra cultural como conjunto de valores, y es en ese conjunto como se constituye la esencia de los derechos del hombre que tienen un carácter absoluto, porque son necesarios para dar paso a los deberes morales que se logra a través de un formalismo positivo del derecho. (RADBRUCH, 1932):

Por tanto cuando se administre justicia por parte del Estado, se debe tener en cuenta los principios que inspiran la justicia constituye, es decir la esencia de los derechos del hombre que tienen un carácter absoluto, indiscutible, debido a que son necesarios para vivir en una sociedad.

7.6. LA FUNCIÓN DE LOS JUECES FRENTE A LA JUSTICIA Y AL PROCESADO

Todo precepto constitucional contiene principios que destacan el derecho a la justicia, como un derecho de libertad y de igualdad y contempla como obligación, que los órganos del Estado, de acuerdo con las leyes federales y locales

garanticen la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La justicia en México a partir de 1917 tiene una orientación sociológica que permite concebirla como un derecho de libertad unido a un mundo de oportunidades que tienda un máximo desarrollo de control humano, sobre la naturaleza externa o física hecha posible, así como a un máximo de control sobre la naturaleza interna de toda persona (CARNELUTTI, 2010).

La justicia social, es la justicia de la civilización que tiene como ideal utilizar el poder de la sociedad políticamente organizada, para liberar la humanidad de la pobreza, el miedo y la frustración para que, mediante una teoría de valores y una definición de la justicia desarrollada por la razón a prueba por la experiencia, permita avanzar hacia una tarea práctica que permita a los hombres vivir juntos en comunidades políticamente organizadas como sociedad civilizada, con la guía de una idea activa, no como un ideal, sino como razón práctica, lógica o éticamente conveniente.

La función de los jueces en los términos de la constitución, desarrolla todo un procedimiento sobre la administración de justicia como forma de interpretación de la norma de mayor importancia, que obliga al Juez no solo a realizar un proceso cognoscitivo, es decir de conocimiento de la ley que es una conciencia jurídica formal, sino que tiene que estar revestidas de las cualidades necesarias que lo hagan un conocedor de la conciencia jurídica material, como aquella que se vive como valores sociales y pragmáticos que inducen al juez a realizar una corrección respecto del significado de la ley (ALVARADO, 2009).

El juez en su tarea para conseguir la justicia material o real como valor supremo del derecho, tiene a su alcance medios y procedimientos para hacerla eficaz. Uno de esos procedimientos es la interpretación de la norma jurídica que descansa en la argumentación, como un proceso de discusión en el que se manifiestan todos los efectos posibles que están determinados por un número de conceptos y de presupuestos dados por el orden jurídico.

Esa potestad del juez de argumentación, puede concluir con dos formas de interpretación de la norma que son: Una meramente objetiva que se basa exclusivamente en el contenido de la ley, sus expresiones, conexiones, contexto y sus relaciones para obtener lo que es correcto. La otra de carácter subjetiva tiende a promover un proceso de evaluación en la que la voluntad del Juez en base a principios de justicia, acercan la fuerza obligatoria del derecho derivado de la voluntad contenida en las palabras que integran una norma y a su vez el ordenamiento jurídico vigente (ARMENTA DEU, 2004).

Los jueces tienen garantías judiciales conforme a su desempeño que se radican en la independencia e imparcialidad de los órganos de la justicia como de sus integrantes y como consecuencia de sus resoluciones.

El principio de la división de poderes es la primera garantía de independencia que tienen los órganos judiciales; los jueces están sujetos a procesos de designación, estabilidad, remuneración y responsabilidad. La misma constitución encarga al legislador local y federal establecer los medios para garantizar la plena ejecución de las resoluciones de los tribunales, que consisten,

en que las autoridades ejercen un poder coactivo para dar cumplimiento a una resolución como expresión de la justicia material (MELLADO, 1991).

Con el marco conceptual que se describe de naturaleza teórica, filosófica y jurídica, se puede arribar a estimar que la justicia no es un derecho secundario que descansa en los de libertad e igualdad, sino que debe determinarse como un derecho autónomo, con principios propios, fundamental por ser la esencia del propio orden jurídico y es un valor social de toda persona, que consiste en un poder que el orden jurídico constitucional le reconoce para exigir de otro o de cualquier órgano del estado que realice una actividad jurisdiccional, que se de lo que es debido, lo que es de cada quien, lo que le pertenece, lo que le corresponda conforme a lo que establezcan las leyes aplicables en cada caso (ESPARZA LEIBAR, 1995).

El Estado como condición jurídica esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales, tiene el deber de impartir la justicia por tribunales establecidos conforme a las leyes, como un servicio público para toda persona en igualdad, mediante prestaciones materiales, económicas y jurídicas, en forma permanente e uniforme, que permita adecuación a las condiciones siempre cambiantes, que el medio social impone: que sean suficientes, dotados de los mayores avances tecnológicos que permitan su publicidad y conocimiento de sus actuaciones de tipo procedimental con estricto apego a los principios de prontitud, gratuidad, especialidad, que elimine toda posibilidad de venganza privada, y que garanticen la no retroactividad de la ley (ARROYO GUTIÉRREZ, 1998).

Los titulares de los órganos de naturaleza jurisdiccional al impartir justicia, tienen el deber de actuar con plenos conocimientos de la materia que corresponda, e interpretar las leyes conforme a su letra fundamentada en los derechos de libertad e igualdad.

Tienen el deber de actuar con eficiencia, prontitud, especialidad e imparcialidad como modo de actuar que elimine toda posibilidad de sujeción a influencias externas y con responsabilidad legal, honestidad, profesionalismo y lealtad a la institución de la justicia, para que sea completa no solo como derecho fundamental, sino como valor social, y le permitan dar lo que es dado a cada quien, y lo debido por cada persona.

Es deber del estado, fomentar la profesionalización de la impartición de justicia, a través de un sistema de capacitación permanente, con escuelas e institutos que instituyan programas de estudios superiores a la licenciatura, y el acceso de profesionales de la ciencia jurídica para la impartición debe darse en aquellos que además de sus conocimientos tengan la experiencia suficiente en el ejercicio de la profesión, que hayan prestado sus servicios con eficiencia, probidad, honorabilidad y cuenten con antecedentes notorios en el ejercicio de la profesión jurídica, ser egresados de una escuela o instituto de capacitación jurisdiccional, cumplir con la evaluación aceptable para su desempeño y la edad necesaria, para acceder a una primera instancia (COLÍN SÁNCHEZ, 1995).

Para el desempeño jurisdiccional, es deber de todo aspirante haberse desempeñado en la primera instancia por el tiempo que necesariamente se

requiera, para acceder a un grado de mayor rango en los tribunales que impartan el deber de la justicia.

La constitución Federal y las Constituciones de los estados, determinarán el derecho de la justicia.

Las leyes que dicte el Congreso General y las Legislaturas locales establecerán las condiciones para el ingreso, formación y capacitación permanente, así como la permanencia de quienes sirvan en la impartición de justicia. (ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, 1977)

7.7. IMPUTACIÓN CONCRETA

Claro está que al hombre lo rodean, derechos principios, sobre todo la dignidad humana, como ejes centrales de justicia. Todo el aparato del Estado, a menos cuando estamos en un proceso penal, tiene como epicentro la libertad de un ser humano, o la restricción de algunos derechos. Por ello considero que debemos estar seguros o por lo menos exista una imputación mínima o necesaria y además con coexista, medios para su protección. La imputación mínima concreta, es uno de los temas poco desarrollados en la doctrina nacional; sin embargo, la reiterada jurisprudencia de la Suprema Corte ha puesto de relieve su importancia en orden a garantizar el derecho de defensa y el deber de motivación de las resoluciones judiciales; así como, de las disposiciones y requerimientos del ministerio público.

La persona humana es y debe ser el centro primordial de atención del proceso penal, por lo que no puede ser instrumentalizada como un engranaje de la maquinaria penal, lo que exige la ineludible observancia de las exigencias del

principio de imputación necesaria (MONGE GUILLERGUÍA, 1998). La imputación debe entenderse en sentido material o amplio como la atribución, más o menos fundada, a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia (MONTERO AROCA, 1995); es decir, la imputación define con toda precisión cuales son los hechos que se le atribuye haber cometido al imputado, conforme a los tipos legales del Código Penal. La imputación, supone la atribución de un hecho punible fundado en el factum correspondiente, así como en la legis atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables; pero ello en modo alguno significa tolerar una seudocausa probable genérica, gaseosa o carente de fundamento probatorio y jurídico penal. (GONZÁLEZ QUINTANILLA, 1999)

En la doctrina nacional se apunta que la imputación concreta exige casi un esfuerzo por definir ex ante los contornos de la tipicidad de la conducta del sujeto procesado, se exige una suerte de adelantamiento de la futura tipicidad; no se está pidiendo que se determine en el momento postulatorio del proceso, la responsabilidad o irresponsabilidad penal del imputado, sino el delito y los hechos por los cuales será procesado a lo largo de todo el proceso penal. (FREYRE, 1980)

El principio de imputación necesaria, o llamada también concreta, no tiene fundamentos solo desde el punto de vista legal, es decir, desde la legislación

procesal penal, sino que también tiene connotación de orden constitucional, desde que sus componentes estructurales (por ejemplo, la legalidad en la tipificación, la motivación de las resoluciones judiciales o fiscales y la efectiva defensa que debe realizar el imputado (MALO CAMACHO, 1997)

La determinación de la imputación y/o acusación cumple una doble función en el sistema penal, o en general, en el derecho sancionador. En primer lugar, fija el objeto de la investigación o del proceso penal (función de delimitación) que repercute en la precisión de los límites de la cosa juzgada o cosa decidida. En segundo lugar, la existencia de la imputación permite cumplir con la función de información al ciudadano acerca de los cargos que pesan en su contra, con el fin de que pueda diseñar de la manera que crea conveniente su derecho de defensa. El imputado debe saber la clase y las propiedades específicas de la acción que se le atribuye haber cometido (MALO CAMACHO, 1997)

En ese sentido, la imputación necesaria o concreta, es el deber de la carga que tiene el Ministerio Público de imputar a una persona natural, un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal. La imputación concreta debe ser definida y configurada para posibilitar el ejercicio real del derecho de defensa materializando una resistencia idónea. Es el presupuesto necesario de la garantía principio del contradictorio, en efecto, no es posible materializar un contradictorio si no se tiene una imputación concreta. El imputado sólo puede defenderse de una imputación definida.

No interesa si estamos ante un crimen horrendo, un hecho grave o de si la persona es reincidente o no. Todos los ciudadanos, al margen de sus acciones concretas, gozan de la protección y del derecho mínimo a ser informados de la imputación que hay en su contra. Como explica PORTE PETIT, entre los institutos que protegen al sujeto de no ser manipulados por difusas consideraciones de justicia, se halla el principio de que la imputación contra él debe ser precisa y circunstanciada (PORTE PETIT C. , 1969)

7.8. LOS HECHOS EN LOS LÍMITES MÍNIMOS DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA

La imputación necesaria de contenido constitucional dentro del proceso penal, consiste en una imputación correctamente formulada. Esto es, una atribución clara, precisa, explícita, detallada y circunstanciada de una comunicación con apariencia delictiva concretamente individualizado, a una persona determinada, con un nivel de vinculación ciertamente probable; a efectos de que esta tenga la posibilidad de ejercitar eficazmente su derecho de defensa.

El principio de imputación necesaria implica la referencia obligatoria al derecho de defensa (PORTE PETIT C. , 1969). Es, su punto de partida: la condición para generar la posibilidad de defenderse sobre cada uno de los extremos concretamente atribuidos. “Si no existe imputación o si existiendo no se le informa a la persona acerca del cargo (hecho, calificación y evidencia) que pesa en su contra, simplemente el ejercicio de derecho de defensa será estéril y su valor ridículo desde la perspectiva legal y constitucional, pues no se sabrá nunca a

ciencia cierta del contenido, núcleo o límites de lo que la persona deberá conocer para luego refutar”. En efecto, como queda claro, la imputación necesaria o principio-derecho de imputación correctamente formulada, como señala Julio MAIER, “es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente” (MAIER, 2000).

Pero el derecho del justiciable a ser informado de la imputación correctamente, implica el deber –procesal– del órgano persecutor del Estado, de informar los cargos penales atribuidos adecuadamente. En el proceso penal de todo Estado de Derecho, tanto el justiciable como los demás sujetos procesales tienen una serie de derechos y obligaciones que deben respetar. El ciudadano, por su parte, que se encuentra como investigado o acusado durante el proceso, actúa como persona en Derecho (LUHMANN, 1996), y como tal, en este procedimiento no sólo cuenta con un catálogo de deberes procesales, sino también de derechos procesales. La imputación necesaria es uno de esos derechos. Si el órgano persecutor, por otro lado, no formula adecuadamente la imputación (imputación necesaria), entonces el proceso penal devendrá en ilegítimo; y como tal, podría declararse la nulidad de determinados actos procesales (MAIER, Función Normativa de la Nulidad, 1990). En este sentido, el principio de imputación necesaria al igual que otros principios básicos, parafraseando a Gonzalez Quintanilla, también constituye “una prohibición de desautorizar el proceso” (GONZÁLEZ QUINTANILLA, 1999)

CAPITULO VI

EL ABOGADO FRENTE A LOS DESAFÍOS DEL PRINCIPIO ACUSATORIO

5.1. ACTIVIDAD PROCESAL DEL ABOGADO DEFENSOR

En ocasiones parece obvio que el cliente ha cometido el delito, pero las primeras impresiones pueden ser erróneas. Ha habido casos en que personas inocentes han confesado haber cometido delitos. Ha habido muchos casos en que personas inocentes han sido identificadas equivocadamente por testigos que manifiestan estar seguros al cien por ciento en cuanto a la identificación. A veces personas aparentemente culpables tienen también eximentes válidas legalmente (o en cuanto a los hechos). A veces las personas inocentes mienten porque no confían en que la verdad vaya a ponerlos en libertad, y por consiguiente puede parecer que son culpables⁶⁵.

Es difícil determinar la culpabilidad después de un juicio. En Canadá ha habido varias condenas injustas que han atraído la atención del público incluso después de juicios largos y complejos. En muchos casos del pabellón de los condenados a muerte en los Estados Unidos, ha aparecido nueva información que elimina toda duda sobre la absoluta inocencia de personas que fueron condenadas fuera de toda duda razonable. Si es tan difícil acertar después de un juicio, ¿cómo puede determinarse la culpabilidad con confianza sin un juicio?

⁶⁵ BINDER, Alberto.; Introducción al Derecho Procesal Penal. Pág. 333. Editorial Ad – Hoc. Segunda Edición. Ob. Cit. 2005. Pág. 114.

Incluso si quisieran defender sólo al inocente, los abogados defensores no podrían hacerlo sin intentar primero juzgar quién es inocente y quién culpable. Si todos los abogados empezaran a prejuzgar la culpabilidad de sus clientes, entonces se correría el riesgo de que a los verdaderamente inocentes se les niegue una defensa técnica. La única forma de defender al inocente es defender a todos. El trabajo del abogado no es juzgar a sus clientes; de eso se encargan el Juez o el jurado. El sistema judicial sólo puede proteger al inocente si los que son responsables de administrarlo están preparados para suponer la inocencia.

5.2. ROL DEL ABOGADO DEFENSOR EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Los abogados defensores reconocen que para muchas personas acusadas, un proceso de juicio penal puede equivaler a un laberinto de detalles técnicos inconcebibles y de complejas reglas probatorias. El acusado puede saber poco sobre la ley y el sistema y sin embargo se le enfrenta contra el Estado, el cual es representado por un fiscal calificado. Es injusto poner al acusado en un entorno donde no puede hacer frente y hacer que comparezca solo contra un abogado que conoce el sistema. El acusado se encontraría en seria desventaja contra el Estado, si en realidad fuera ese el caso.

El abogado defensor está ahí para permitir al acusado responder adecuadamente al proceso por el que el Estado busca castigarlo. Todos los acusados poseen derechos, y el abogado defensor está ahí para asegurar que los acusados tengan acceso a esos derechos. Sin embargo, para muchos abogados defensores la paliativa más importante para su conciencia es su comprensión de

que cuando defienden a personas acusadas insistiendo en que los fiscales y los Tribunales sigan la ley, están defendiendo la ley, y al hacerlo, están defendiendo la libertad de la sociedad. Si no hay nadie para asegurar que el Estado respete la ley, entonces la ley se inutiliza.

Si ocurre eso, la ley no puede proteger a nadie. En el sistema acusatorio, la ley insiste en que el Estado no debería castigar a personas a menos que pueda probar su culpabilidad sobre una acusación específica, fuera de toda duda razonable, en un foro abierto y público ante un juzgador neutral de los hechos. Un abogado defensor que permite al acusado ser castigado cuando el Estado no ha cumplido con la carga de la prueba, no sólo le ha fallado al cliente, sino que también ha incumplido su deber para con la sociedad. Si toleramos la condena del aparentemente culpable basándonos en pruebas inferiores a las exigidas por la ley, entonces el inocente se verá desamparado⁶⁶.

Si un abogado defensor no pide al Estado que rinda cuentas por violar los derechos legales del acusado, entonces le ha fallado a la sociedad porque está permitiendo que se haga caso omiso a esas reglas. Si pueden pasarse por alto en un caso, ¿cuándo más puede no tenérselas en cuenta? Los principios acusatorios y los detalles técnicos que existen en el derecho son de carácter general y están concebidos para proteger a todos. El hecho es que el abogado defensor es un defensor de la ley, y en un sentido muy real, un defensor de los derechos humanos y de la libertad. La obligación del abogado defensor de defender la ley y

⁶⁶ ION, Neagu.; Tratado de procedimiento penal. Parte general, edición II revisada y ampliada, Ed. UniversulJuridic, Bucarest. 1999. Pág. 106.

sus principios en la defensa de un cliente (incluso de un cliente culpable) exige que el abogado esté preparado para cuestionar las pruebas del Estado. Ninguna condena debe basarse en pruebas poco fidedignas, y por tanto el abogado defensor se ve obligado a investigar y cuestionar las pruebas y el pleito contra un acusado para asegurarse de que sea fiable.

Los abogados defensores deben buscar los posibles motivos por los que un testigo engaña e identificar y exponer las circunstancias que puedan comprometer la capacidad del testigo para observar, recordar o describir el evento de manera exacta⁶⁷. Es una experiencia horrible para un testigo que está intentando ser honesto y exacto verse desafiado de esta forma, pero a menos que se asuma ese reto en cada caso, no podremos identificar qué testigos están proporcionando información fiable y cuáles no.

Los abogados defensores no pueden hacer esto eficazmente si ellos, o los tribunales ante los que comparecen, parten de la premisa de que el testigo está diciendo la verdad o proporcionando información exacta. Tienen que proceder teniendo en cuenta que el testigo puede estar mintiendo, o si no es así, puede ser poco fiable o sencillamente estar equivocado.

5.3. EL ABOGADO DEFENSOR FRENTE AL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA DEL IMPUTADO

⁶⁷ BINDER, Alberto. (1994) "Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal", en AA.VV. El Ministerio Público. Para una nueva justicia criminal. Santiago – Chile. Ob. Cit. 2001. Pág. 213.

La Corte Suprema de Canadá ha reconocido que la presunción de inocencia es un principio sagrado que es esencial en el derecho penal. Así la presunción de inocencia está consagrada en la Constitución Canadiense y protege la libertad fundamental y la dignidad humana de todas las personas acusadas por el Estado de conducta delictiva. Una persona acusada de una infracción penal se enfrenta a consecuencias sociales y personales graves, incluida la posible pérdida de la libertad física, el sometimiento a estigma social y ostracismo en la comunidad, así como otros daños sociales, psicológicos y económicos.

A la luz de la gravedad de estas consecuencias, la presunción de inocencia es crucial, ya que asegura que hasta que el Estado pruebe la culpabilidad de un acusado fuera de toda duda razonable, aquél es inocente. El sistema judicial canadiense ha declarado que la presunción de inocencia confirma nuestra fe en la humanidad y refleja nuestra creencia en que las personas son miembros de la comunidad decentes y cumplidores de la ley hasta que se demuestre lo contrario. Pese a la existencia de la “presunción de inocencia”, hay casos en los que después de ver las pruebas, resulta imposible para el abogado defensor creer en la inocencia del cliente⁶⁸.

En realidad, hay casos en los que el cliente confesará libremente sus delitos a su abogado. Por consiguiente, la presunción de inocencia en este contexto puede parecer equivocada. Aun así, la función del abogado defensor es defender enérgicamente a dichos clientes dentro de los límites de un código de conducta

⁶⁸ CAROCCA PÉREZ, Alex. El Nuevo Sistema Procesal Penal, Santiago, Editorial Jurídica La Ley. 2003. Pág. 43 Ob. Cit.

profesional y ética aceptado. El papel del abogado defensor es representar a su cliente hasta el máximo alcance de la ley permaneciendo dentro de los límites éticos y profesionales establecidos. Con frecuencia, el abogado debe dejar de lado sus opiniones personales y desechar la tentación de juzgar a sus clientes desde una perspectiva moral. El compromiso de un abogado penalista de respetar y defender la presunción de inocencia que debe imperar frente a las costumbres sociales actuales, las mareas políticas y los casos más formidables. El abogado defensor tiene un deber, dentro de los límites de la conducta ética, de plantear sin miedo cada cuestión, promover cada argumento y hacer todas las preguntas que el abogado crea que ayudarán al caso del cliente.

5.4. EL DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA Y LA ACTIVIDAD PROCESAL DEL ABOGADO DEFENSOR

Establecido desde el periodo de la antigüedad, en el derecho romano, el derecho de defensa se presenta como una garantía pero también como un equilibrio entre los intereses personales y los de la sociedad⁶⁹. El Derecho de defensa esgrime, ante de todos, un atributo fundamental de la persona, encontrado en estrecha relación con la propia condición humana.

Según el Diccionario de Derecho Penal y de Procedimiento Penal, elaborado por los famosos profesores de derecho George Antoniu y Costica Bulai,

⁶⁹ BINDER, Alberto. (1994) "Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal", en AA.VV. El Ministerio Público. Para una nueva justicia criminal. Santiago – Chile. Ob. Cit. 2001. Pág. 212.

el derecho de defensa está representado por *“la totalidad de las prerrogativas, facultades y posibilidades, que, según la ley, tiene cualquier parte en el juicio penal, para sostener su posición en el juicio penal, para hacer las comprobaciones que considere oportunas y para participar en el desarrollo del juicio, siendo, al mismo tiempo, una garantía para la ley”*⁷⁰. Aunque la definición se refiere solo al derecho de defensa en el juicio penal, puede ser aplicada para el derecho de defensa ejercitada en el juicio civil.

Asimismo, Varios son los documentos internacionales que establecen el derecho a la Defensa como derecho humano. Es cierto que suelen reconocerlo en el ámbito del debido proceso, y por lo tanto, parecería que se reconoce sólo en la medida que existe un proceso, pero también se reconoce el derecho a ser asistido previamente⁷¹.

En efecto, el derecho de defensa, debe ser garantizado desde antes que comience el proceso, para permitir que alguien que prevé que pueda resultar implicado, pueda consultar libremente al abogado que mejor le plazca. No se puede vivir en Democracia y garantizar los derechos fundamentales sin un efectivo derecho de defensa, especialmente en donde la libertad de los ciudadanos puede verse afectada. Es un verdadero presupuesto de la Democracia, del Estado de Derecho, y en concreto, del debido proceso.

⁷⁰ GEORGE, Antoniu.; COSTIC Bulai. Diccionario de derecho penal y de procedimiento penal, Ed. Hamangiu, Bucarest. 2011. Pág. 193.

⁷¹ CORREAS, Oscar.; Introducción a la crítica del derecho moderno. Edit. Fontamara. México, 2000. Pág. 172.

Decía GELSI *“el hombre sujeto al proceso penal pone en juego su nombre y su libertad, ambos encomendados al regular funcionamiento del proceso y a la vigilancia y defensa de su abogado”*. Quienes han sido demandados en el proceso penal, saben por propia experiencia, que toda su esperanza se cifra en el defensor. No porque todo lo puede conseguir, como a veces erróneamente se piensa, con lo cual todos los fracasos se le atribuyen, con igual equivocación, sino porque es un elemento indispensable en el sistema de garantías en que el proceso consiste. En el proceso, o una etapa del mismo, en el que se encuentre total o parcialmente ausente el defensor, es un proceso no cumplido subjetivamente, al que algo le falta para serlo íntegramente.

El defensor es la persona en quien el imputado puede volcar todo su problema, con absoluta sinceridad y sabiendo que será comprendido y asistido para lograr la mejor solución que admitan las leyes. Debe *“existir una total confianza y una mutua comprensión que permitan elevar a nivel humano la posición del imputado, no siempre inocente, pero tampoco siempre delincuente. Antes, durante o después del proceso, la presencia del defensor como prójimo del imputado, es ejemplo vivo de la solidaridad entre los hombres que debe necesariamente asegurarse a todos, por ser vínculo realmente humano, de la convivencia en la comunidad”*⁷². También ordenamientos constitucionales como el español, reconocen el derecho fundamental a la Defensa. El reconocimiento constitucional del derecho de defensa como derecho fundamental y, por tanto, su

⁷² GELSI BIDART, Adolfo.; Proceso Penal, Aproximación a los fundamentos, FCU. 1996. Pág. 121.

directa aplicabilidad, exige que haya de ser respetado y promovido por todos los poderes públicos (art. 9.3 CE) y comporta al propio tiempo una especial y privilegiada protección, a través del amparo, tanto ordinario, como constitucional (art. 53.2 CE).

Ahora bien, El derecho a defensa es una manifestación de la garantía del debido proceso y ha sido identificado como una de las instituciones de mayor trascendencia en el Derecho Procesal moderno. En la actualidad se le considera un requisito de validez del proceso. Como manifestaciones concretas del derecho a defensa, cuyo titular es el imputado, se encuentran el derecho a declarar, a rendir prueba, a participar en los actos del procedimiento, y entre otros, el de contar con un defensor, es decir, *“el derecho a contar con un asistente técnico que lo auxilie en su defensa”*⁷³. En este contexto el derecho a defensa técnica constituye una derivación del derecho a defensa material, justificada por la complejidad del proceso penal.

En Chile la garantía del derecho a Defensa y sus manifestaciones esenciales se encuentran consagradas Constitucionalmente en el artículo 19 número 3, incisos 2 y 5. Los principales instrumentos internacionales que se refieren a esta garantía son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 número 3, y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica. Estos

⁷³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo.; Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa, Editorial Juris, Rosario. Ob. Cit. 2006. Pág. 118.

últimos, por su condición de tratados ratificados por Chile y vigentes se incorporan al ordenamiento jurídico nacional con rango constitucional⁷⁴.

En este sentido la legislación Chilena en el artículo 8 inciso 1, 93 letras b y 102 inciso 1 del Código Procesal Penal consagran el derecho a defensa técnica desde la primera actuación del procedimiento dirigido en contra del imputado y hasta la ejecución completa de la sentencia. Es importante destacar que para el Código Procesal Penal, la infracción a las garantías constitucionales o las consagradas en Tratados Internacionales en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, autoriza la interposición de un recurso de nulidad. Por otra parte, el artículo 103 del Código Procesal Penal, prescribe que la ausencia del Defensor en los casos que la Ley establece expresamente su participación acarrea la nulidad. También la Ley 19.178 de la Defensoría Penal Pública se relaciona con la garantía de Defensa ya que regula una modalidad a través de la cual es posible ejercerla, esto es, la defensa penal pública.

Asimismo, la Defensoría Penal Pública ha definido una serie de estándares exigibles en el ejercicio de la prestación de los servicios de Defensa. Finalmente la Ley N° 19.640, Orgánica del Ministerio Público se vincula al derecho de defensa a través del principio de objetividad. Este marco jurídico contiene los principales alcances de la garantía de la defensa técnica, y constituye un primer estándar

⁷⁴ BINDER, Alberto.; "Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal", en AA.VV. El Ministerio Público. Para una nueva justicia criminal. Santiago – Chile. 1994. Pág. 147.

exigible al sistema, y a todos los actores involucrados como condición mínima de su vigencia y ejercicio adecuado.

En resumen, como abogado defensor, su trabajo es garantizar que se respeten tanto los derechos de su cliente y la ley. La ley incluye el requisito de que el Estado no consiga obtener una condena, incluso de una persona que realmente haya cometido un delito, a menos que pueda demostrar la legitimidad de su causa, fuera de toda duda razonable. Para asegurar que el derecho de su cliente a beneficiarse de esta ley sea respetado, debe estar preparado para desafiar las pruebas del Estado.

Debe asegurar que se respeten otras normas jurídicas, incluidas las normas relacionadas con la admisión de pruebas u otras normas jurídicas técnicas que están a disposición de su cliente. Su trabajo no es juzgar la culpabilidad moral de su cliente. De hecho, no debe hacer esto. Su trabajo es asegurarse de que su cliente no sea condenado a menos que sea jurídicamente culpable. La culpabilidad jurídica no se juzga dependiendo de si en realidad el acusado lo hizo. Se juzga dependiendo de si el Estado prueba la culpabilidad del acusado fuera de toda duda razonable, de conformidad con las normas jurídicas, cuando se le pide que se haga porque no ha habido admisión de culpabilidad. En otras palabras, para un abogado defensor, la culpabilidad moral del cliente es necesariamente irrelevante y, con excepción de lo que se describe en el código deontológico, no puede influir en la defensa técnica.

CAPÍTULO VII

EL DERECHO A LA DEFENSA EFICAZ Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO COMO GARANTÍA DE UN PROCESO JUSTO

6.1. DERECHO DE DEFENSA

El artículo 20 fracciones X de la Constitución reconoce federal establece: “desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por si, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le designara un defensor de oficio. también tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera” De la norma antes citada se puede denotar que extiende la protección constitucional a cualquier procedimiento, es decir no sólo en ámbito penal, y, como esta, es reconocida como requisito esencial para la válida constitución de un proceso. JULIO MAIER aclara que este derecho no solo limita a la protección al imputado, pues también alcanza a otras personas que pueden intervenir en él, tales como el abogado de la víctima o el tercero.

Afirma el citado autor que se trata de defender un derecho o interés legítimo frente a la expectativa de una decisión estatal sobre él, sea porque se pretende algo o porque, al contrario, nos oponemos a esa pretensión, requiriendo que ella no prospere. El Ministerio Público, desde esta perspectiva de la defensa como limitación al poder estatal, no tiene derecho de defensa, sino un conjunto de

facultades o armas para cumplir su función persecutoria (MAIER, Fundamentos del Derecho Procesal Penal, 2004).

Por otro lado, limitando el análisis al proceso penal y desde la óptica del imputado, se puede definir al derecho de defensa, como lo hace GIMENO SENDRA como el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano. El autor Sendra, concibe a la defensa como el derecho inviolable, público y subjetivo que tiene toda persona para poder cautelar sus derechos cuando es imputado de un acto delictuoso. Se funda en el principio de la libertad (SENDRA, 1981).

“Es un poder que la ley confiere al hombre para impedir cualquier sanción. Responde a la idea de protección de amparo, frente al ataque que supone la contienda procesal bajo el cual subyace el conflicto de intereses y libertades, que si bien afectan a cuantos intervienen en el mismo, tiene una especial significación respecto del imputado, constituyendo un derecho consagrado constitucionalmente (DEL VALLE RANDICH, 1990)”

El derecho de defensa es un derecho fundamental e imprescindible en un debido proceso. “Es el derecho subjetivo público individual del imputado de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad; constituye una actividad esencial del proceso, integrando el

triángulo formal de la justicia represiva, en cuanto nadie puede ser condenado sin ser oído ni defendido” (BALSEÉIS TOJO, 2003).

Por su parte Sagastumen Marco refiriéndose a la inviolabilidad de la defensa o del derecho de defensa ha establecido: “Es toda actividad encaminada a hacer valer en el proceso, sus derechos e intereses en orden a la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento en su caso o para impedir la según su posición procesal” (SAGASTUMEN GEMMELL, 2006) . Por su parte Caroca Pérez, advierte dos dimensiones del derecho de defensa: a) como derecho subjetivo, y, b) como garantía del proceso.

En lo que respecta a la primera dimensión, es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes del proceso, cuyas notas características son su irrenunciabilidad (la parte no puede decidir que no se le conceda la oportunidad de defenderse) y su inalienabilidad (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle sustraído ni traspasado a terceros). En cuanto a su segunda dimensión, de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del juicio (PÉREZ, 1985).

En el derecho mexicano según la Constitución, se puede interpretar la existencia de un catálogo de derechos también fundamentales, concretándose: a) en el derecho a designar un abogado de su elección o, en su defecto, a uno de oficio; b) en el derecho a comunicarse previamente con él para contestar la imputación o realizar algún acto procesal; y c) en el derecho a conocer en su

integridad los cargos y pruebas existentes en su contra. La ilustración de los cargos por la policía, fiscalía u órgano jurisdiccional, como deber correlativo al derecho de información del imputado, no sólo se circunscribe a la medida cautelar de detención, sino que se extiende, por imperio del art. 14° inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a cualquier acusación, sin interesar la medida cautelar dictada contra el imputado. Es de significar que el acceso a las pruebas sólo podrá denegarse cuando se haya declarado el secreto de las actuaciones de la instrucción.

Por su parte el Código Nacional de Procedimientos Penales, reconoce los mismos lineamientos expresamente reconocidos por la Constitución al afirma en el artículo 17, que a la letra dice: “La defensa es un derecho fundamental e irrenunciable que asiste a todo imputado, no obstante, deberá ejercerlo siempre con la asistencia de su Defensor o a través de éste. El Defensor deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional. Se entenderá por una defensa técnica, la que debe realizar el Defensor particular que el imputado elija libremente o el Defensor público que le corresponda, para que le asista desde su detención y a lo largo de todo el procedimiento, sin perjuicio de los actos de defensa material que el propio imputado pueda llevar a cabo. La víctima u ofendido tendrá derecho a contar con un Asesor jurídico gratuito en cualquier etapa del procedimiento, en los términos de la legislación aplicable.

Corresponde al Órgano jurisdiccional velar sin preferencias ni desigualdades por la defensa adecuada y técnica del imputado”.

Asimismo este derecho tiene relación con los derechos esenciales del hombre, vinculado a los valores de libertad y de seguridad jurídica. Pues, sin libertad de defensa no puede haber juicio propiamente dicho, siendo este uno de los requisitos del debido proceso. En la misma línea de pensamiento, el derecho de la defensa significa para todo habitante la real posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales en demanda de justicia y la facultad de llevar a cabo antes dicho poder todos los actos razonables encaminados a una cabal defensa de su persona o de sus derechos de juicio.

Es posible distinguir con respecto al concepto de defensa dos sentidos que se suponen e implican mutuamente:

a) Sentido amplio: Deriva en forma directa de los fundamentos constitucionales y aparece como manifestación de los valores de libertad individual y seguridad jurídica; se relaciona con el concepto de "debido proceso" y abarca la totalidad de las garantías que rodean al mismo; exige el cumplimiento de los requisitos de legalidad del desenvolvimiento procesal, cuyas principales características analizamos en capítulos precedentes: derecho del imputado a conocer la imputación, derecho a ser oído, o derecho de intervención y audiencia, derecho a ser juzgado por el juez natural, con las debidas formalidades de fondo y forma, derecho al ofrecimiento de prueba y a la discusión de las razones y, finalmente, a sentencia fundada (CUNEO LIBARONA, 1960).

b) Sentido restringido o estricto: Concebido como contestación de la acusación, como contrario de la acción, en tal aspecto, es la actividad ejercida en las oportunidades procesales debidas tendiente a la exposición de las razones en

favor del interés y el derecho del imputado y destinadas al logro de sus posiciones dentro de la causa; se expresa procesalmente a través de actos tales como la declaración indagatoria, las intervenciones pertinentes durante el debate contestando la requisitoria fiscal, el ofrecimiento de pruebas y los recursos. Asimismo, debe señalarse que el derecho de defensa, por su especial índole, surge desde el momento mismo de la imputación, desarrollándose y perfeccionándose a lo largo de todo el proceso; las distintas manifestaciones en las diversas etapas y situaciones, serán analizadas posteriormente (CUNEO LIBARONA, 1960).

6.2. EL PRINCIPIO ACUSATORIO

Uno de los primeros puntos al analizar el principio acusatorio es centrarnos en cuando a su ubicación; en cuanto a ello, debo referir que lo encontramos dentro de los principios relativos a la pretensión y al derecho material subyacente: principios “dispositivo y acusatorio”. Mientras que los principios de contradicción e igualdad se refieren a la propia estructura o naturaleza del proceso el principio dispositivo civil y su correlativo en el proceso penal, el acusatorio, atañen a las facultades de las partes y muy especialmente a la pretensión y el derecho subjetivo material, base o fundamento de la misma (BERNAL CUELLAR, 1992).

El primer aspecto que representan, es el, que no se trata de principios “quimicamente puros” (si cabe el termino), en el sentido de que el proceso civil o el penal hayan de ser totalmente dispositivos o acusatorios, sino que al igual que los demás principios, son más bien modelos dialécticos, claramente enfrentados

con sus opuestos: el proceso necesario y el proceso inquisitivo. En el Proceso Civil la conceptualización del principio dispositivo no plantea problema alguno en tanto se tiene entendido que este se refiere al “sí y sobre que se discute” en el proceso es decir se trata de “un poder de disposición sobre el ejercicio de la acción y el objeto del proceso”, son pues características de este principio dispositivo los siguientes: a.- Poder de disposición sobre el derecho material. b.- Poder de disposición sobre la pretensión, c.-Vinculación del tribunal por las pretensiones de las partes (SENDRA, 1981).

En el Proceso Penal no podemos decir que la conceptualización del principio acusatorio homónimo del principio dispositivo, sean las mismas así la doctrina germana permanece dividida. En tanto que un grupo de autores vienen a identificar al principio acusatorio con la existencia de dos fases en el proceso penal, instrucción y juicio oral, atribuidas a dos distintos órganos jurisdiccionales (Juez de la investigación preparatoria y Juez de juzgamiento y Ministerio Publico), para otro sector de la doctrina el citado principio viene determinado por la concurrencia de las siguientes notas: nemo iudex sine actore, la función de instruir y fallar ha de estar encomendada a dos órganos distintos y el Tribunal no puede extender su conocimiento a hechos o personas distintas a las reflejadas en los respectivos escritos de acusación y defensa. A simple vista el proceso penal mexicano, contenido en el código nacional de procedimientos penales, se ubica en esta segunda postura de la doctrina Alemana. (DEU, 1995). En la doctrina Española la situación también tiene sus divisiones, Así para un primer grupo de juristas el principio acusatorio viene determinado por la máxima nemo iudex sine

actore, o lo que es lo mismo en la doctrina Alemana, sin embargo el sistema jurídico penal española no entendió bien el principio acusatorio y lo identifica con el principio dispositivo, y las practicas (MELLADO, 1991).

No es correcto cuando el autor Gimeno Sendra refiere que si se entiende la máxima “nemo iudex sine actore” como necesidad de que el proceso penal comience por órgano distinto al juez, habría que concluir que nuestro sistema penal es inquisitivo por el hecho de mantener la iniciación de oficio (...) (SENDRA, 1981). Pero que no exista un proceso bajo el sistema acusatorio “puro” no significa que no pueda hablarse del principio acusatorio, en tal sentido puede afirmarse que las notas que configuran este principio acusatorio son las siguientes las mismas que son aplicables para el caso mexicano:

a) Acusación pública popular, monopolio de la acusación por un órgano extrapoder .- Al ejercicio de la acción y el sostenimiento de la pretensión están llamados, por el Ministerio Público, en algunas latitudes como España Ministerio Público Fiscal también lo puede hacer el ofendido e, incluso el ciudadano que, sin ser sujeto pasivo del delito, decidiera convertirse en acusador público.

El Principio ne procedat iudex ex officio y nemo iudex sine actore en el proceso penal debe ser entendido no tanto como prohibición terminante de que pueda el órgano jurisdiccional iniciar un proceso, como cuando le esté vedado sostener la pretensión penal. En el caso mexicano el ejercicio de la acción penal pública lo monopoliza el Ministerio Público, no hay otra forma de inicio de un proceso penal si el Ministerio Público no ejerce acción penal en los delitos perseguibles de oficio.

b.- Atribución de la instrucción y del juicio oral a dos órganos distintos.-

Debido a que la función instructora comporta una labor inquisitiva de descubrimiento del delito y participación de sus autores, a fin de evitar el prejuzgamiento, dicha actividad ha de ser encomendada a un órgano jurisdiccional al que se le ha de impedir expresamente la posibilidad de conocer el juicio oral. (MELLADO, 1991)

c.- Relativa vinculación del tribunal a los hechos y a las pretensiones de las partes.-

La afirmación de que el ius puniendi corresponde exclusivamente al Estado es en el proceso penal acusatorio una verdad que requiere ciertas explicaciones. Es totalmente cierta en cuanto de que el Estado tiene el monopolio de la imposición de penas y que la ejecución penal, a diferencia de la civil es forzosamente necesaria, correspondiendo al Estado su ejecución ex officio. Sin embargo el mismo principio no establece y no puede interpretarse en el sentido de que sea el Estado el dueño absoluto en la aplicación o individualización de la pena, sin que puedan las parte, mediante la determinación de los hechos o mediante sus pretensiones y resistencia establecer unos límites a la actividad decisoria del Tribunal.

Como exigencias del acusatorio dos sistemas se han orbitado al respecto: la vinculación temática y la limitación mediante el ejercicio de las pretensiones. Según la primera de las tesis no puede aplicar el Tribunal una pena por un hecho distinto al aportado por las partes y probado dentro del proceso, pero dentro de este mismo hecho es libre el Tribunal de estimar cualquier calificación jurídica y consecuentemente de aplicar la pena que corresponda. En tanto que conforme al

segundo criterio, el Tribunal queda obligado por la conformidad de las pretensiones de las partes a no imponer una pena superior a la correspondiente al delito objeto de la acusación. En este sentido varios países de la región han adoptado o proyectado un modelo de procedimiento penal que cuenta con ciertas características comunes.

El nuevo modelo que se propone en el proceso de reforma presenta, en general, características marcadamente acusatorias ello porque la experiencia histórica ha demostrado de modo inequívoco la imposibilidad del sistema de enjuiciamiento inquisitivo para garantizar en un grado aceptable el respeto de los derechos humanos de las personas. En consecuencia, la única opción posible, si pretendemos establecer un procedimiento penal que no vulnere las exigencias mínimas del Estado de derecho, consiste en la transformación de las prácticas de la de la justicia penal actual a través de la realización de los principios derivados del sistema acusatorio. Entonces solo a través del proceso penal estructurado sobre estas bases es que resultará posible organizar una política de persecución penal respetuosa de los derechos humanos (MELLADO, 1991).

En este contexto, consideramos que los elementos de este modelo procesal penal se constituyen en un requisito indispensable de dos garantías fundamentales cuyo cumplimiento, hasta hoy, no hemos logrado consolidar. Nos referimos a la exigencia de imparcialidad, por un lado y el respeto al principio de inocencia por el otro. Esta afirmación no implica, de ningún modo, que el modelo acusatorio no represente también, un presupuesto de las demás garantías

procesales del imputado, pero en esta exposición centramos nuestra atención en los principios señalados.

En el marco de un sistema acusatorio material el principio acusatorio significa por un lado que el órgano (estatal) habilitado para tomar la decisión de controversias de carácter penal no puede intervenir en el caso a menos que exista un pedido concreto y particular, cuya actuación se desempeña fuera de cualquier órgano público o dependiente del Estado. Tanto en un sistema de acción privada como en un sistema de acción popular el órgano jurisdiccional llamado a cumplir funciones decisoras necesita de la intervención de un particular que cumpla las funciones de acusador, solicite su pronunciamiento y, a la vez, defina el objeto de la discusión en ese sentido en el caso Peruano la Corte Suprema de Justicia de la República a emitido una sentencia importante a mi juicio para fijar los contenidos en que debe ser concebido el Principio Acusatorio.

Por tanto, este principio indica la distribución de roles y las condiciones en que se debe realizar el enjuiciamiento del objeto procesal penal. En palabras de Baumann, se entiende por principio acusatorio aquel según el cual no ha de ser la misma persona quien realice las averiguaciones y decida después al respecto. Tenemos –continúa explicando- una persecución de oficio del delito, pero con división de roles, lo que es fruto del derecho procesal francés.

Esta división, en primer lugar, impide la parcialidad del juez, pues la función persecutoria -investigación y acusación- se encuentra en el Ministerio Público, que

por lo demás, constituye un órgano público autónomo, separado de la organización judicial ; y, en segundo lugar, suprime la necesaria posición de objeto del acusado en el derecho procesal común (BAUMANN, 1989).

En palabras de Asencio Mellado, señala que el principio acusatorio tiene tres notas esenciales: a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez, así como la exigencia de una acción pública. Rige la máxima ne procedat iudex ex officio. b) La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente, han de ser conferidas a órganos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador. Rige la máxima de la prohibición de la identidad entre instructor y decisor.

c) Relativa vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes, en atención a la acusación fiscal. La vinculación del órgano jurisdiccional es de carácter temático, es decir, al hecho penalmente antijurídico, de suerte que sobre él órgano jurisdiccional tiene facultad para completarlo y resolverlo en toda su extensión. El Juez no está obligado a aceptar el título de condena ni la petición de pena, aunque la desvinculación no alcanza a los hechos imputados, que han de permanecer inmutables, sino a la calificación jurídico-penal siempre que respete el bien o interés jurídico vulnerado (MELLADO, 1991).

Una cuarta nota esencial del principio acusatorio, al decir de Gimeno Sendra, es la prohibición de la “reformatio in peius” o reforma peyorativa, .El Juez revisor, que conoce de un grado concreto, no puede agravar más a un apelante de lo que ya lo estaba por la resolución o sentencia recurrida, salvo que el apelado

impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada. El Juez está vinculado por los límites objetivos y subjetivos de la impugnación, que de rebasarse afectaría irrazonablemente el derecho de defensa (SENDRA, 1981)

Sobre el particular, Cortés Domínguez, sostiene que si el apelante recurre es porque se ve agraviado en su derecho y, por esa misma razón, si el apelado no recurre es porque no encuentra perjuicio en la sentencia que ha sido dictada por el juez; eso quiere decir que la sentencia para el apelado es correcta y debe quedar tal como estaba, de donde se infiere que no puede salir beneficiado por su inactividad procesal; si no ha querido impugnarla es porque consideraba que no le era perjudicial, de ahí que la sentencia dictada en segunda instancia no pueda concederse más de lo que le dio la sentencia de primera instancia ,o , dicho en otras palabras, no cabe empeorar la situación del apelante si es éste el único que recurre. (DOMÍNGUEZ, 1996)

6.3. DEFENSA MATERIAL Y DEFENSA TÉCNICA

La Corte Suprema Colombia en el expediente radicación 26827 al referirse a estas instituciones ha establecido: “el ejercicio del derecho de defensa no se limita a la actividad que debe cumplir el abogado defensor – defensa técnica–, sino que se refiere también a las actividades de autodefensa que corresponden al inculpado – defensa material– las cuales confluyen con la labor desplegada por el abogado con el mismo objetivo: defender al imputado.

Tradicionalmente, se ha distinguido entre la denominada defensa material, que es la ejercida por el mismo imputado, y la defensa formal o, más precisamente, técnica, a cargo de un letrado.

La misma corte se ha manifestado que es flagrante el desconocimiento de la igualdad de armas cuando quien asume la defensa técnica no conoce la dinámica del proceso pues con ello materialmente está impidiendo asegurar el contradictorio. No es suficiente que existan oportunidades procesales sino que debe propiciarse la paridad de los contradictores, de donde la presencia de un abogado en calidad de defensor no es suficiente ni per se determina la existencia de defensa y realización plena del principio contradictorio.

Continúa la Corte afirmando que la defensa que se reclama desde la Constitución es aquella que permita la realización de un orden justo y éste sólo se consigue cuando el Estado garantiza que el derecho tenga realización y ejercicio con plena competencia, capacidad, idoneidad, recursos, disponibilidad de medios, etc., pues la persecución del delito no es posible adelantarla de cualquier modo y sin importar el sacrificio de los derechos fundamentales, toda vez que la dignidad de la persona impone que las sentencias de condena solamente podrán reputarse legítimas cuando el sospechoso fue vencido en un juicio rodeado de garantías, a través del cual el juez tiene que ser el principal patrocinador de las mismas(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 11 de julio de 2007, radicación 26827).

En México la suprema corte ha establecido en cuanto a la defensa técnica que: “En especial, la Corte resalta que la defensa suministrada por el Estado debe

ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas [...]. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo [...]. Sin embargo, el nombrar un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados” AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2886/2012.

Aunado a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de que una defensa adecuada implica la asistencia de un abogado. Así, en los casos Barreto Leyva Vs Venezuela y Cabrera García y Montiel Flores Vs México sostuvo que impedir que un detenido cuente con la asistencia de un abogado implica una limitación severa del derecho a la defensa. Cabe precisar que la sentencia de la mayoría dispone que el criterio sostenido en el segundo de los mencionados asuntos es obligatorio para el Estado Mexicano al haber sido parte condenada.

En tanto en la doctrina se obtiene que el derecho de defensa en sentido material es el que todo hombre en cuanto tal, por ser sujeto de derechos y por

estar éstos normativa y concretamente establecidos en las normas fundamentales, tiene, en primer término, de ser juzgado por sus jueces naturales en proceso legal; también implica su incoercibilidad con miras a declaraciones en su contra y el derecho a ser oído. (CUNEO LIBARONA, 1960)

Es evidente que en el cumplimiento de todos estos requisitos está interesado el Estado (o, al menos, debiera estarlo) en cuanto órgano de la legalidad, ya que en el moderno Estado de Derecho el reconocimiento como valor fundamental y la debida protección de los derechos individuales corresponde, precisamente, a las autoridades públicas.

En tal sentido, el aseguramiento, respeto y otorgamiento de facilidades para la defensa material del imputado en el proceso penal, es una obligación legal estricta que todo ciudadano tiene facultad de reclamar. En los códigos procesales se distinguen netamente como posibilidades la autodefensa del imputado o la efectuada por medio de letrado. Esta facultad del imputado de defenderse por sí mismo se encuentra limitada por los requerimientos y exigencias de la eficacia de la defensa y del normal curso del proceso siendo un supuesto excepcional el de la propia defensa técnica. (CUNEO LIBARONA, 1960)

6.3. LA CONTRADICCIÓN COMO DERECHO ESENCIAL EN LA DEFENSA

El Derecho de Defensa incorpora dentro de sí dos principios fundamentales del proceso penal. El de CONTRADICCIÓN, de carácter estructural al igual que la igualdad, y el ACUSATORIO, vinculado al objeto del proceso al igual que los de

legalidad-oportunidad. Por cuestiones del objetivo que se persigue en esta investigación, se analizará solo al principio de contradicción.

Este principio se construye, en concepto de Gimeno Sendra, sobre la base de aceptar a las partes del proceso penal, acusadora y acusada, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que se fundamentan y su correspondiente práctica de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la condena (SENDRA, 1981).

Por su parte el jurista César San Martín señala que la contradicción exige: a) la imputación; b) la intimación; y, c) el derecho de audiencia. Para que el imputado pueda defenderse es imprescindible la imputación, la cual importa una relación clara, precisa y circunstanciada de un delito formulada por el Ministerio Público. Esta imputación debe ser conocida por el procesado - lo que se denomina intimación-, quien además debe tener el derecho de audiencia. Una necesidad de justicia apremiante para el proceso penal es que nadie sea condenado, sin ser oído y vencido en juicio (SAN MARTÍN CASTRO, 2003).

Por su parte, expresa Maier, en primer lugar, que el derecho a ser oído es una condición previa al pronunciamiento por el órgano jurisdiccional no sólo de sentencias sino, inclusive, de decisiones interlocutorias que conforman la situación del imputado durante el procedimiento. En segundo lugar, que el derecho de audiencia constituye un presupuesto de validez y eficacia de las mismas. Y, en tercer lugar, que este principio se extiende: 1. al respeto a la integridad corporal

del imputado: 2. al rechazo a los tormentos y a todo acto de interrogatorio que propenda al error (preguntas capciosas y sugestivas o amenazas o promesas previas); 3., A la facultad de abstenerse voluntariamente de declarar; y, 4. Al derecho de probar y controlar la prueba, en cuanto necesidad de equiparar las posibilidades del imputado respecto a las del acusador (MAIER, Fundamentos del Derecho Procesal Penal, 2004)

En conclusión, como postula de la Oliva Santos, el derecho de audiencia "trata de impedir que una resolución judicial puede infligir un mal a un sujeto jurídico que no haya tenido, dentro del proceso de que se trate, la oportunidad de decir y hacer en su defensa aquello que sea razonable y oportuno". La misma autora sostiene que la trasgresión al derecho a la defensa se presenta, cuando se imposibilite completamente de actuar al imputado o cuando se impongan limitaciones que sólo permitan una actividad inadecuada a la importancia de lo que ha de decidirse y a los posibles efectos perjudiciales de la decisión (SANTOS, 2003)

Contemporáneamente el principio de contradicción tiene una proyección inusitada y ha sido objeto de una profunda evolución, al punto que se le concibe como base de un nuevo modelo de proceso penal, que superaría la clásica confrontación entre los modelos inquisitivos y acusatorios. Se le entiende conectado a la inmediación, de la que deriva la actividad valorativa y consiguiente resolución judicial, y al principio de igualdad de armas, en cuanto implica la atribución a éstas de derechos y deberes procesales, a fin de prepararlas para la

contienda judicial; y sus manifestaciones clásicas se ha realizado a través del principio de audiencias y el de defensa.

6.4. GARANTÍAS DEL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa configura una amplia gama de garantías que cuenta el imputado o acusado en materia penal. Estas se pueden sintetizar en las siguientes:

6.4.1. DERECHO AL CONOCIMIENTO DE LA IMPUTACIÓN

De la detención de una persona por las autoridades competentes, surge la necesidad de éste de ejercer su derecho de defensa, de allí que la constitución política en el artículo 139 inciso 15 prescriba “el principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las razones o causas de su detención.

La razón o causa de la detención debe consistir en una noticia íntegra, clara, precisa, circunstanciada y oportuna del hecho concreto que se atribuye al imputado. Vélez Mariconde, afirma que, “Si resultara que sólo se da cumplimiento del deber de comunicación de la imputación, obviando alguno de estos requisitos, no se estará cumpliendo con la totalidad de elementos que caracterizan jurídicamente a la imputación, se estaría provocando la privación de ser oído y, con ello la facultad de influir eficientemente por esa vía, en la decisión respectiva” (MARICONDE, 2003)

Hay dos aspectos que merecen ser destacados: a) El alcance y las características de la información que se deben otorgar al acusado; y, b) La prontitud con que se le debe proporcionar dicha información. El derecho de defensa implica el derecho a conocer los hechos que se le imputan, tanto antes de la primera declaración, como al plantearse la acusación y al iniciarse el debate, para que de esta manera pueda defenderse sobre los mismos. El respeto a este principio genera la obligatoria correlación entre acusación y sentencia, por el cual no se puede condenar por hechos por los que no se ha acusado (MARICONDE, 2003).

Lo anterior se refiere al conocimiento efectivo que debe de tener el imputado del hecho que se le atribuye, el cual debe de comprender la calificación jurídica y la relación histórica del hecho, con indicación de las circunstancias de tiempo, lugar y modo. Así se posibilita el ejercicio del derecho de defensa. Esta información debe ser previa o sin demora, es decir, realizarse antes de cualquier acto procesal. Nadie puede defenderse de algo que no conoce.

Es por ello que el próximo paso, a fin de garantizar el derecho al imputado a ser oído, consiste en ponerlo en conocimiento de la imputación correctamente deducida; darle a conocer al imputado aquello que se le atribuye. Es por ello; a decir de Vélez Mariconde en primer lugar, para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como imputación. (MARICONDE, 2003). La imputación correctamente formulada es la llave que abre

la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico penal a la que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o a reducirla.

6.4.2. DERECHO AL TIEMPO Y FACILIDADES NECESARIAS PARA LA DEFENSA

Como se puede ver de esta garantía se desprenden dos aspectos: a) La consideración del tiempo necesario para la preparación de la defensa; y, b) La facilitación de los medios necesarios para la preparación de la defensa. a) tiempo necesario para la preparación de la defensa: Mientras que la parte acusadora puede con frecuencia haber estado preparando un caso durante un largo periodo antes del comienzo del proceso, la defensa deberá confrontar la evidencia acumulada por la acusación, encontrar testigos, presentar sus propios medios de prueba y examinar y rebatir los argumentos jurídicos de la parte acusadora en el lapso sustancial más breve (GIMENO SENDRA, 2001).

Qué tiempo es el "adecuado" o el "necesario" para la preparación de la defensa. Dependerá de la gravedad del delito, las dificultades para obtener evidencias a favor de la defensa, el número de personas acusadas en el mismo proceso, la novedad u originalidad de los problemas jurídicos que se requiere examinar, etc. b) medios adecuados para preparar la defensa: Esta garantía implica el derecho del acusado a comunicarse privadamente, sin censuras ni interferencias de ninguna especie, con quien le asista en la preparación de su

defensa. Sin embargo, esta garantía también incluye el derecho a comunicarse con otras personas distintas del defensor. También implica el acceso a documentos necesarios para la preparación de la misma, y muy especialmente a aquellos que han sido sometidos a la consideración de los juzgados o salas penales y que forman parte del proceso. (GIMENO SENDRA, 2001)

6.4.3. LA ASISTENCIA DEL IMPUTADO POR UN ABOGADO DEFENSOR

Establecido desde el periodo de la antigüedad, en el derecho romano, el derecho de defensa se presenta como una garantía pero también como un equilibrio entre los intereses personales y los de la sociedad (BINDER A. , Introducción al Derecho procesal penal, 1993). El Derecho de defensa esgrime, ante de todos, un atributo fundamental de la persona, encontrado en estrecha relación con la propia dignidad humana.

Según el Diccionario de Derecho Penal y de Procedimiento Penal, elaborado por los famosos profesores de derecho George Antoniu y Costica Bulai, el derecho de defensa está representado por “la totalidad de las prerrogativas, facultades y posibilidades, que, según la ley, tiene cualquier parte en el juicio penal, para sostener su posición en el juicio penal, para hacer las comprobaciones que considere oportunas y para participar en el desarrollo del juicio, siendo, al mismo tiempo, una garantía para la ley” (GEORGE, 2011). Aunque la definición se refiere solo al derecho de defensa en el juicio penal, puede ser aplicada para el derecho de defensa ejercitada en el juicio civil.

Asimismo, varios son los documentos internacionales que establecen el derecho a la Defensa como derecho humano. Es cierto que suelen reconocerlo en el ámbito del debido proceso, y por lo tanto, parecería que se reconoce sólo en la medida que existe un proceso, pero también se reconoce el derecho a ser asistido previamente (CORREAS, 2000). En efecto, el derecho de defensa, debe ser garantizado desde antes que comience el proceso, para permitir que alguien que prevé que pueda resultar implicado, pueda consultar libremente al abogado que mejor le plazca. No se puede vivir en Democracia y garantizar los derechos fundamentales sin un efectivo derecho de defensa, especialmente en donde la libertad de los ciudadanos puede verse afectada. Es un verdadero presupuesto de la Democracia, del Estado de Derecho, y en concreto, del debido proceso.

En mención de Gelsi “el hombre sujeto al proceso penal pone en juego su nombre y su libertad, ambos encomendados al regular funcionamiento del proceso y a la vigilancia y defensa de su abogado”. Quienes han sido demandados en el proceso penal, saben por propia experiencia, que toda su esperanza se cifra en el defensor. No porque todo lo puede conseguir, como a veces erróneamente se piensa, con lo cual todos los fracasos se le atribuyen, con igual equivocación, sino porque es un elemento indispensable en el sistema de garantías en que el proceso consiste. En el proceso, o una etapa del mismo, en el que se encuentre total o parcialmente ausente el defensor, es un proceso no cumplido subjetivamente, al que algo le falta para serlo íntegramente.

El defensor es la persona en quien el imputado puede volcar todo su problema, con absoluta sinceridad y sabiendo que será comprendido y asistido

para lograr la mejor solución que admitan las leyes. Debe “existir una total confianza y una mutua comprensión que permitan elevar a nivel humano la posición del imputado, no siempre inocente, pero tampoco siempre delincuente. Antes, durante o después del proceso, la presencia del defensor como prójimo del imputado, es ejemplo vivo de la solidaridad entre los hombres que debe necesariamente asegurarse a todos, por ser vínculo realmente humano, de la convivencia en la comunidad” (GELSI BIDART, 1996). El reconocimiento constitucional del derecho de defensa como derecho fundamental y, por tanto, su directa aplicabilidad, exige que haya de ser respetado y promovido por todos los poderes públicos y comporta al propio tiempo una especial y privilegiada protección, a través del amparo, tanto ordinario, como constitucional.

Ahora bien, El derecho a defensa es una manifestación de la garantía del debido proceso y ha sido identificado como una de las instituciones de mayor trascendencia en el derecho procesal moderno. En la actualidad se le considera un requisito de validez del proceso. Como manifestaciones concretas del derecho a defensa, cuyo titular es el imputado, se encuentran el derecho a declarar, a rendir prueba, a participar en los actos del procedimiento, y entre otros, el de contar con un defensor, es decir, “el derecho a contar con un asistente técnico que lo auxilie en su defensa” (ALVARADO, 2009). En este contexto el derecho a defensa técnica constituye una derivación del derecho a defensa material, justificada por la complejidad del proceso penal.

En el sistema de justicia penal de Chile, por ejemplo, la garantía del derecho a Defensa y sus manifestaciones esenciales se encuentran consagradas

Constitucionalmente en el artículo 19 número 3, incisos 2 y 5. Los principales instrumentos internacionales que se refieren a esta garantía son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 número 3, y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica. Estos últimos, por su condición de tratados ratificados por Chile y vigentes se incorporan al ordenamiento jurídico nacional con rango constitucional.

En este sentido la legislación Chilena en el artículo 8 inciso 1, 93 letras b y 102 inciso 1 del Código Procesal Penal consagran el derecho a defensa técnica desde la primera actuación del procedimiento dirigido en contra del imputado y hasta la ejecución completa de la sentencia. Es importante destacar que para el Código Procesal Penal, la infracción a las garantías constitucionales o las consagradas en Tratados Internacionales en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, autoriza la interposición de un recurso de nulidad. Por otra parte, el artículo 103 del Código Procesal Penal, prescribe que la ausencia del Defensor en los casos que la Ley establece expresamente su participación acarrea la nulidad. También la Ley 19.178 de la Defensoría Penal Pública se relaciona con la garantía de Defensa ya que regula una modalidad a través de la cual es posible ejercerla, esto es, la defensa penal pública.

Asimismo, la Defensoría Penal Pública ha definido una serie de estándares exigibles en el ejercicio de la prestación de los servicios de Defensa. Finalmente la Ley N° 19.640, Orgánica del Ministerio Público se vincula al derecho de defensa a través del principio de objetividad. Este marco jurídico contiene los principales

alcances de la garantía de la defensa técnica, y constituye un primer estándar exigible al sistema, y a todos los actores involucrados como condición mínima de su vigencia y ejercicio adecuado.

Todo abogado en su trabajo es garantizar que se respeten tanto los derechos de su cliente y la ley. La ley incluye el requisito de que el Estado no consiga obtener una condena, incluso de una persona que realmente haya cometido un delito, a menos que pueda demostrar la legitimidad de su causa, fuera de toda duda razonable. Para asegurar que el derecho de su cliente a beneficiarse de esta ley sea respetado, debe estar preparado para desafiar las pruebas del Estado.

Debe asegurar que se respeten otras normas jurídicas, incluidas las normas relacionadas con la admisión de pruebas u otras normas jurídicas técnicas que están a disposición de su cliente. Su trabajo no es juzgar la culpabilidad moral de su cliente. De hecho, no debe hacer esto. Su trabajo es asegurarse de que su cliente no sea condenado a menos que sea jurídicamente culpable. La culpabilidad jurídica no se juzga dependiendo de si en realidad el acusado lo hizo. Se juzga dependiendo de si el Estado prueba la culpabilidad del acusado fuera de toda duda razonable, de conformidad con las normas jurídicas, cuando se le pide que se haga porque no ha habido admisión de culpabilidad. En otras palabras, para un abogado defensor, la culpabilidad moral del cliente es necesariamente irrelevante y, con excepción de lo que se describe en el código deontológico, no puede influir en la defensa técnica.

Ya en la doctrina contar con un abogado defensor, está referida a aquella defensa ejercida generalmente por un abogado y sólo en algunas otras legislaciones, por excepción, al propio imputado; se ejerce mediante instancias, argumentaciones, alegaciones u observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal.

Exige lógicamente conocimientos jurídicos de que el imputado en la mayoría de casos carece; sin ellos, él no podría defender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución. El defensor tiene la función de incidir en los hechos materia de autos, pero fundamentalmente en el derecho (DEL VALLE RANDICH, 1990). El defensor un auxiliar de la justicia pero no como órgano imparcial que procura el triunfo de la verdad aunque traicione a su cliente, sino como engranaje ineludible del marco instrumental que el derecho predispone para la garantía del individuo y de la sociedad. Es importante remarcar que la defensa tiene tres características fundamentales: pública, libre y profesional: así, es pública porque cumple una función de este orden, si bien es cierto que el defensor defiende los intereses privados del proceso, pero su accionar va encaminado a una finalidad de orden social; es libre porque no admite restricción alguna salvo lo establecido por la ley; y es profesional porque es solicitada por determinada persona especialmente en derecho.

Por ser un tema que desarrollaremos en un capítulo especial, se ha creído conveniente solo hacer mención a la figura del abogado.

6.4.4. DERECHO A CONFRONTAR LA EVIDENCIA PRESENTADA POR LA ACUSACIÓN

Este derecho le permite examinar -personalmente o por medio de su defensor- las pruebas acumuladas en su contra, descalificarlas, criticarlas o incluso en su propio favor. Admitir que el acusado pueda ser condenado en virtud de documentos que no ha tenido ocasión de conocer, o de testimonios que no ha podido refutar, sería aceptar un procedimiento viciado desde un comienzo y diseñado para condenar. Si el propósito de todo proceso criminal es hacer justicia, y sin un principio fundamental del derecho a un juicio justo es el derecho del acusado a defenderse, para que tal defensa sea efectiva deben ponerse a disposición del inculcado todos los medios indispensables para la preparación de la defensa (FAÚNDEZ LEDESMA, 1991).

6.4.5. EL DERECHO A NO SER OBLIGADO O INDUCIDO A DECLARAR CONTRA SÍ MISMO O A DECLARARSE CULPABLE

Este derecho es una de las manifestaciones del derecho de defensa, y en particular corresponde al deber que impone la norma de no emplear ciertas formas de coerción, para privar al imputado de su libertad de decisión como informante (transmisor de conocimientos) en su propio caso; reside, por último, en evitar que una declaración coactada del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo.

6.6. LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD DEL JUEZ EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Una de las principales características del proceso penal acusatorio lo constituye el hecho de que las funciones de acusación y enjuiciamiento están divididas en órganos separados, siendo esencial entonces dentro de esta tesitura la idea de separación de las funciones de investigación y de enjuiciamiento por parte del juez. En el caso del juez, dentro de los rasgos que resalta su identidad están la probidad y la rectitud, mismas que sólo pueden ser alcanzadas a través de dicha separación, garantizándose de esta manera la necesaria imparcialidad.

Tal idea de separación de las funciones de acusación y enjuiciamiento es de vieja data, deviene de la época de la Ilustración, en donde surgen las ideas contrarias al poder absoluto ejercido por el Rey, quien concentraba el poder punitivo en la figura del Inquisidor, caracterizándose de esta manera el proceso inquisitivo por concentrar en una sola persona las funciones de perseguir, acusar, juzgar y penar. En el sistema inquisitivo diversas facultades estaban concentradas en las manos del juez, contando además, a su haber, con facultades irrestrictas en el desarrollo del debate. (ÁLVAREZ, 1996)

Por el contrario, en el proceso acusatorio se distingue claramente quien acusa y quien juzga, caracterizándose éste último por su imparcialidad, algo que sólo puede asegurarse si se le desvincula de la investigación. La imparcialidad del juez conforma un desinterés subjetivo; es decir, una apatía de dicha autoridad frente al resultado del proceso, que le permite encontrar el punto de equilibrio justo para decidir el caso, con base en las pruebas y argumentaciones que le ofrecen a

éste las partes adversas. Esta posición de neutralidad implica un compromiso de respeto hacia las partes, por lo que crear desajustes durante el proceso que inclinen la balanza a favor o en contra del imputado resultaría una grave violación a esta responsabilidad y desnaturalizaría la esencia del rol del Juez, parte imparcial de una tríada de intereses contrapuestos, a quien corresponde develar la verdad con base en los medios de prueba que las partes han ofrecido y debatido. Se trata de resguardar la imparcialidad objetiva y subjetiva, y en caso de que suceda lo contrario deberá recurrirse a las causales de recusación e inhibitoria que la ley prevé (MELLADO, 1991).

La exigencia expresa de "imparcialidad" ha permitido redescubrir que su principal (y verdadera) misión no es la de investigar ni la de perseguir el delito, sino la de juzgar acerca de él, por lo que no se admiten (o no debe admitirse) como funciones del juez penal las de investigar de oficio, intervenir en la preparación o formulación de la acusación, o procurar por su propia iniciativa los datos probatorios sobre el caso a fin de obtener el conocimiento necesario para basar su decisión sobre el fundamento de aquella" (CASTILLO ALVA, 2008).

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que "La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice, y se compone de elementos subjetivos y objetivos. La imparcialidad subjetiva del Juez en el caso concreto se presume mientras no se prueba lo contrario. A diferencia, la imparcialidad objetiva requiere que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso".

Cafferata Nores señala que "La imparcialidad es la condición de tercero desinteresado del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni tener prejuicios a favor o en contra, ni estar involucrado con los intereses del acusado ni del acusador o de la víctima, ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con estos (es el "tercero en discordia"). Se manifestará en la actitud de mantener durante todo el proceso la misma neutralidad respecto de la hipótesis acusatoria que respecto de la hipótesis defensiva (sin colaborar con alguna) hasta el momento de elaborar la sentencia"

Por ende el Juez penal emite el fallo, juzga, y conforme al modelo adoptado por el sistema de justicia adoptado después de la reforma constitucional del año 2008, el Juez asume ese importante rol, debiendo su actuación ser imparcial, IMPARCIALIDAD conceptuada como "Un criterio de justicia que sostiene que las decisiones deben tomarse en base a criterios objetivos, sin influencias de sesgos, prejuiciosos tratos diferenciados por razones inapropiadas (CAFFERATA NORES, 2000).

La imparcialidad sostiene que, para todas las personas, ese criterio imparcial se aplica en forma homogénea, esto es, se asigna la función de investigación al Ministerio Público y la de Juzgamiento a los órganos jurisdiccionales. A la tendencia del proceso penal, se entiende o se debe entender que la justicia penal se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable, esto es que el Juez debe ser efectivamente un tercero no contaminado por alguna de las partes procesales, ni involucrado con

alguna de ellas en el conflicto procesal, constituyendo el eje central de la balanza que sopesa a las partes en igualdad de armas (RUBIANES, 2000).

El resultado del actuar del juez que mantiene su lugar de tercero omitiendo la realización de actividades propias de las partes y resiste las presiones que intentan influenciarlo en su deber de dirección será la obtención de igualdad de oportunidades en el proceso. Igualdad en el desarrollo e igualdad frente al acto de resolver, frente al proceso de valoración y adquisición de convicción por el juzgador, lo que sólo es posible en estado puro cuando ningún traspaso de roles se verifica o se pone en riesgo de existir (HENKE, 1999).

Desde este punto de vista la imparcialidad es el reverso de la igualdad de oportunidades ya que el Juez imparcial es aquel que asegura la igualdad de partes en el juicio manteniéndose en una posición equidistante. Por lo tanto al juez del proceso penal acusatorio si corresponden en todo momento los deberes de imparcialidad y objetividad, y conforme a ello debe actuar sin interés alguno en el resultado del asunto y apegado estrictamente al principio de legalidad. Por ello la preferencia por desprender al Juez de la responsabilidad de la instrucción, garantizándose así la escisión que se requiere en el modelo acusatorio, otorgándole a dicho juez únicamente las funciones de vigilante –imparcial y objetivo– de la labor de investigación desempeñada por el órgano acusador, constituyéndose así en contralor y garante de los derechos de las partes.

BIBLIOGRAFIA

ABREGÚ, M. (1994). *Tutela judicial del derecho a la verdad en Argentina*. Buenos Aires .

AIER, J. (1992). *Democracia y administración de justicia penal en Latinoamérica*. España.

ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, N. (1977). *Derecho Procesal mexicano*. México : Purrúa.

ALCALÁ-ZAMORA, N. (1970). *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

ALCALA-ZAMORA, N. (1974). *Estudios de teoría general e historia del proceso*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

ALEXY, R. (1995). *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*. España.

ALMEYRA, M. (1999). *El Debido Proceso y Algunas Cuestiones Conexas en el Denominado Juicio Abreviado*. Buenos Aires: Doctrina Extranjera.

ALVARADO VELLOSO, A. (2006). *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*. Barcelona : Juris.

ALVARADO, A. (2009). *Sistema Procesal. Garantía de Libertad*. Argentina .

ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, F. (1995). *La actividad probatoria en el proceso penal costarricense*. Costa Rica .

- ÁLVAREZ, A. E. (1996). *El principio acusatorio: garantía de imparcialidad*.
Argentina : Del Puerto.
- ÁLVAREZ, G. (1998). *Mediación para resolver conflictos*. Argentina: Editorial Ad-
Hoc.
- AÑÓN, M. J. (2006). *Derecho y Sociedad* . La Habana .
- ARELLANO GARCÍA, C. (2006). *Teoría General del Proceso* . México : Porrúa.
- ARELLANO, C. (2012). *Teoría general del proceso*. México: Editorial Porrúa.
- ARILLA BAS, F. (2004). *El Procedimiento Penal en México*. Mexico : Porrúa .
- ARMENTA DEU, T. (2004). *Lecciones de Derecho Procesal Pena*. Madrid .
- ARROYO GUTIÉRREZ, J. M. (1998). *Verdad jurídico-penal*. San Jose .
- ARTEAGA, E. (2008). *Derecho constitucional*. México: Oxford University Press.
- ATIENZA Manuel , & RUIZ MANERO Juan. (2004). *Las piezas del derecho*.
Barcelona
- BACON, F. (1974). *Ensayos sobre Moral y Política*. México: UANL .
- BACRE, A. (1992). *Teoría general del proceso*. Argentina : Juris .
- BADIA, J. F. (1985). *Estudios de ciencia política*. Madrid : Tecnos S.A.
- BALSEÉIS TOJO, E. A. (2003). *Principios Constitucionales del Debido Proceso*.
Madrid.
- BAÑUELOS, J. (1995). *Práctica Civil Forense*. México: Cárdenas, Editor y
Distribuidor.

- BARDALES LAZCANO, E. (2010). *Guía para el estudio de la reforma penal en México*. México .
- BARONA Vilar, S. (2011). *Mediación Penal, Fundamento, Fines y Régimen Jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BASAVE FERNÁNDEZ, A. (2005). *Estructura y Sentido de la Judicatura, Función y misión del juez*. Monterrey : UANL.
- BAUMANN, J. (1989). *Conceptos Fundamentales y Principios Procesales*. Argentina : De Palma.
- BELLOZO MARTÍN, N. (1999). *Poder Punitivo y Justicia. Hacia una filosofía de la Pena*. En: "persona y derecho. Homenaje al Prof J. Hervada". Universidad Navarra No. 41, Vol. II.
- BENABENTOS, O. (2005). *Teoría general del proceso*. Rosario. Argentina : Juris .
- BERLOTINO, B. J. (1990). *La verdad jurídica objetiva*. Buenos Aires : Palma.
- BERNAL CUELLAR, J. (1992). *El proceso penal*. Colombia.
- BERTALANFFY, L. (1968). *Teoría General de los Sistemas* . México.
- BERTOLINO, P. J. (1990). *La verdad jurídica objetiva*. Buenos Aires : DePalma.
- BINDER, A. (1993). *Introducción al Derecho procesal penal*. Argentina.
- BINDER, A. (1994). *Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal*. Chile: Fundacion Paz Ciudadana y escuela de Derecho Universidad Diego Portales.

- BINDER, A. (1996). Diez tesis sobre la reforma de la Justicia Penal en América Latina núm.3. *Revista Cubana*.
- BINDER, A. (2004). Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal. Chile.
- BULYGIN, E. (1991). *Dogmática jurídica y sistematización del derecho*. Madrid .
- BURGOA ORIHUELA, I. (1999). *El Simulador del Derecho*. México : Porrúa .
- CAROCCA PÉREZ, A. (2003). *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Chile: Juridica la Ley.
- Castro, L. (1990). Proceso penal y publicidad. *Jueces para la democracia*, 37-44.
- CHIAVARIO, M. (2009). *La normativa sobre las pruebas en el proceso penal italiano*. Argentina .
- CISNEROS FARIAS, G. (1999). *TEORÍA DEL DERECHO*. México : Trillas .
- CLARÍA OLMEDO, J. (2000). *Derecho procesal penal* . Argentina .
- COLÍN SÁNCHEZ, G. (1995). *Derecho mexicano de procedimientos penales*. México : Porrúa .
- CONTRERAS VACA, F. J. (2009). *Derecho procesal. Teoría y práctica*. México : Oxford .
- CORREAS, O. (2000). *Introducción a la crítica del derecho moderno*. México .
- CORTÉS ORTEGA, L. A. (s.f.). La Mediación en la Impartición de Justicia. *Ponencia II Congreso Nacional de Mediación*.
- CRUZ BARNEY, O. (2004). *Historia del Derecho Mexicano* . México : Oxford.

- CRUZ PARRA, J. A. (2014). *La Mediación Penal: Problemática y Soluciones*.
España: Autopublicacionlibros.com.
- CUNEO LIBARONA, M. (1960). *Defensa penal Sentencia (nulidades) en La Ley*”.
Buenos Aires .
- DAVID, R. (1973). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid :
Aguilar .
- DAZA GÓMEZ, C. (2006). *Procesal Penal* . México : Purrúa .
- DE BERNARDIS, L. M. (1995). *Las Garantias del Debido Proceso* . Lima : Cuzco.
- DEL VALLE RANDICH, L. (1990). *Derecho procesal penal*. Madrid .
- DI IORIO, A. J. (1985). *Temas de derecho procesal*. Argentina .
- DOMINGUEZ, V. (2003). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid .
- DOSTOIEVSKI, F. (2008). *Un Hombre Ridículo* . Berlin.
- DWORKIN, R. (1990). *Los derechos en serio*. Buenos Aires: DePalma.
- FERNANDEZ ENTRALGO, J. (1988). *El compromiso del juez penal con la tutela
de los derechos y libertades fundamentales*. España.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razon*. Madrid: Trota.
- FIX-ZAMUDIO, H. (2002). *Función Constitucional del Ministerio Público*. México :
UNAM .
- FLORIAN, E. (2002). *Elementos de Derecho procesal penal*. Mexico .
- FRANKFURT, H. G. (2007). *Sobre la Verdad*. Barcelona : Paidós.

- FRIEDRICH, C. (1988). *La filosofía del derecho*. México .
- GARCIA FIGUEROA, A. (2003). *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*. España.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (2002). *Poder Judicial y Ministerio Público*. México :
Porrúa.
- Gatica, S. (2005). La clausura como conclusión de la actuación del abogado en el juicio oral. *Revista de Derecho Valparaiso*, 379-384.
- GELSI BIDART, A. (1996). *Proceso Penal, Aproximación a los fundamentos*.
- GEORGE, A. (2011). *Diccionario de derecho penal y de procedimiento penal*.
Bucarest .
- GHIRARDI, O. (1982). *Lecciones de lógica del derecho*. Argentina .
- GIMENO SENDRA, V. (2001). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid:
Colex .
- Gobernación, S. d. (2013). *Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional*.
México.
- GÓMEZ LARA, C. (1981). *Teoría General del Proceso* . Mexico : Porrúa .
- GONZÁLEZ CASANOVA, J. (1980). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional* .
Barcelona : Vicens-Vives.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, J. A. (1999). *Derecho Penal mexicano*. México :
Porrúa.

- GONZÁLEZ, M. E. (1999). *Temas de filosofía del derecho*. México : UIA-Oxford .
- GRANERIS, G. (1973). *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Buenos Aires.
- GUASTINI, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México : Fontomara .
- GUIER ESQUIVEL, J. E. (1989). *Historia del derecho*. Costa Rica .
- Gutierrez, N. & Rosario, N. (2011). *Formulario de Procedimientos de Derecho Procesal Penal para el Sistema Acusatorio Adversarial en México*. México: A.C. Division.
- HARDCASTLE, R. (2006). *Bullshit and Philosophy*. Chicago .
- HENKE, H.-E. (1999). *La cuestión de hecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- HERNÁNDEZ DE LA TORRE, R. (21 de julio de 2005). *Poder judicial y justicia*. Obtenido de <http://www.tsjnay.gob.mx/tribunal//revistas/revista5.pdf>.
- HERNÁNDEZ VALLE, R. (1993). *El Derecho de la Constitución*. Costa Rica : Juricentro.
- HERNÁNDEZ, A., & Castañeda, D. (2009). *Curso de filosofía del derecho*. México: Oxford University Press.
- HESSEN, J. (1990). *Teoría del conocimiento*. México: Editores Mexicanos Unidos S.A.
- HORVITZ LENNON, M. I. (2005). *Derecho Procesal Penal Chileno*. Chile.

- IRIARTE CARRASCO, H. (2005). *Glosario Jurídico Fiscal Penal, Colección glosarios jurídicos temáticos en materia fiscal*. México : IURE.
- JELLINEK, G. (1997). *Teoría general del Estado*. México, D.F.: Editorial Pedagógica Iberoamericana.
- JIMÉNES CAMPO, J. (1999). *Derechos fundamentales Concepto y garantías*. Madrid: Trotta.
- Jiménez, J. (2008). *Filosofía del Derecho*. México: Angel Editor.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Mexico, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- LAPORTA, F. (1987). *Sobre el concepto de derechos humanos*. Alicata: Doxa.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2001). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. España.
- LOPEZ MEDINA, D. E. (2008). *El Derecho de lo de los Andes y Legis*, . Bogotá.
- LORCA, A. (2003). El derecho procesal como sistema de garantías. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 535.
- LÖSING, S. y. (1998). *El Proceso Penal, principios cusatorios y oralidad de Alemania*. Alemania: Aires.
- LUIGI, F. (2001). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Trotta.
- LUNA CASTRO, J. N. (2010). *La Aplicación de las Penas en México*. México: Porrúa.

- MACHORRO NARVÁEZ, P. (1941). *El Ministerio Público, la intervención de tercero en el procedimiento penal y la obligación de consignar según la Constitución*. México .
- MAIER, J. (2004). *Fundamentos del Derecho Procesal Penal*. Del Puerto .
- MALO CAMACHO, G. (1997). *Derecho penal mexicano*. México : Porrúa .
- MARICONDE, V. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Barcelona .
- MELLADO, A. (1991). *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Madrid .
- Méndez, J. E. (2014). *Informe sobre la Situación de las Personas Privadas de su Libertad*. México.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona : Bosch .
- MONTERO AROCA, J. (1997). *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia .
- MONTERO AROCA, J. (2008). *Proceso penal y la libertad* . España: Thomson.
- MORALES MARTÍNEZ, R. (2006). *Diccionario Jurídico General*. México : IURE.
- MORELLO, A. (1994). *El Proceso Justo*. Argentina : Abeledo-Perrot.
- MORENO CATENA, V. (1997). *Introducción al Derecho procesal*. Madrid .
- MUÑOZ SABATÉ, L. (1997). *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Bogotá.

- NAVARRO, P. (2008). *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho*. México .
- Ortuño, P. (2013). La mediación civil en el espacio judicial europeo. En F. Gorjón, & A. López, *Estado del Arte de la Mediación* (págs. 267-290). España: Editorial Aranzadi, Sociedad Anónima.
- OSPINA, Q. (1992). *Lecciones de Procedimiento Penal Colombiano*. bogotá.
- Pascual Rodríguez, E. (2012). *La mediación en el sistema penal*. Universidad Complutense de Madrid. Obtenido de <http://eprints.ucm.es/16592/1/T33979.pdf>
- Peñaranda, H. (2009). Principio de equidad procesal. *Nómadas* (21).
- Peñaranda, H., Quintero, O., & Peñaranda, M. (2011). Sobre el Derecho Procesal en el Siglo XXI. *Nómadas*, 30.
- PERELMAN, C. (2000). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Barcelona .
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2002). *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Bogotá.
- PÉREZ VALERA, V. M. (2005). *Deontología Jurídica*. Oxford.
- Picker, B. G. (2001). *Guía práctica para la mediación. Manual para la resolución de conflictos comerciales*. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- PIETRO CASTRO, L. (1947). *Cuestiones de Derecho Procesal* . Madrid : Reus .

- PORTE PETIT, C. (1969). *Apuntamientos de la parte general del derecho pena*.
México: Jurídica Mexicana.
- PRIETO SANCHIS, L. (2005). *Interpretación Jurídica y creación judicial del Derecho*. Bogotaá: Palestra .
- RADBRUCH, G. (1932). *Rechtsphilosophie*. Madrid .
- RAWLS, J. (2001). *La justicia como equidad*. Madrid : Paidós.
- ROXIN. (2003). *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho procesal penal* . Buenos Aires .
- RUBIANES, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Palma.
- SAGASTUMEN GEMMELL, M. A. (2006). *Las voces del Pueblo*. Barcelona .
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Editora Jurídica Grijley.
- SANTOS, L. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Editorial Universitaria Ramon Areces.
- Santos, H. (2000). *Teoría General del Proceso*. México: McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V.
- SCHÖNBOHM, H. y. (1998). *El Proceso Penal, principio acusatorio y oralidad en Alemania* . Alemania.
- SENDRA, G. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal Penal*. Madrid: Civitas.

- Silva Sánchez, J. (2010). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo 2da Edición*. B de F (Buenos Aires- Montevideo).
- STAMMLER, R. (2006). *La génesis del Derecho*. Comares : Granada .
- TAMAYO y SALMORÁN, R. (2004). *El Derecho y la Ciencia del Derecho* . Mexico : UNAM.
- TORRES DIAZ, L. (1987). *Teoría General del Proceso* . México: Porrúa .
- VELAYOS MARTÍNEZ, M. I. (1998). *El Testigo de referencia en el proceso penal*. Valencia .
- VERAPINTO MARQUEZ, O. S. (2010). *La tutela de derechos del imputado en el nuevo Código Procesal penal*.
- VON IHERING, R. (1998). *El espíritu del Derecho romano*. Granda : Comares .
- ZAFFARONI, E. R. (2000). *Derecho penal*. Buenos Aires : Sociedad Anónima Editora.
- ZAGREBELSKY, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* . Madrid : Trotta.