

Naturaleza, función y ámbitos de actuación en la etapa intermedia del juez de control*

Miguel Ángel Aguilar López**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Argumento teleológico de la reforma*. III. *El juez de instrucción y el Ministerio Público en el sistema acusatorio*. IV. *Diligencias del Ministerio Público y el juez de control*. V. *El juez de control y su función en la etapa intermedia del juicio oral*. VI. *El juez de control en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Conclusiones

I. Introducción

El sistema acusatorio refleja una determinada escala de valores. Así en la concepción garantista que destaca como filosofía que la pena se reserva sólo para aquellas personas de quienes se haya probado su culpabilidad, esto es, se presumen inocentes hasta en tanto no se acredite plenamente que cometieron el delito imputado, mediante un trámite procesal respetuoso de su dignidad y derechos. En este contexto, los jueces tienen el principal deber de ser guardianes de las garantías individuales, de hacer prevalecer el debido proceso legal, con independencia del sujeto o de la imputación existente.

La concepción clásica del proceso penal lo configura como el único instrumento que los Estados tienen para ejercer su *ius puniendi*, en donde la pena sólo debe ser impuesta por el Estado en el marco de un proceso penal previo, en el que se garantice el debido proceso legal; en una concepción moderna el proceso penal

* Ponencia presentada en la ciudad de Monterrey, Nuevo León, del 27 al 29 de noviembre de 2008, en el Congreso Nacional de Jueces del Poder Judicial de la Federación, sobre la Reforma Constitucional en Materia Penal.

** Magistrado del Sexto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito.

¹ Goldschmidt, James Paul, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 193, p.67.

es también un medio de legitimación democrática. Goldschmidt señalaba que la estructura del proceso penal de una nación es el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su constitución. En los actuales sistemas democráticos sólo se puede hablar de proceso penal si en éste se respetan las garantías procesales y los derechos fundamentales del individuo. La tensión dialéctica que se ha presentado a lo largo de la historia entre el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado y el respeto a los derechos de los ciudadanos, estableció dos tipos de sistemas contrapuestos. El sistema inquisitorio (concepción autoritaria y antidemocrática), pues socava los pilares del Estado de Derecho, donde la arbitrariedad y el autoritarismo se acaban enquistando en las propias estructuras estatales y donde el proceso penal pierde su condición de tal.² Junto a este sistema surgió otro diametralmente opuesto, que se caracteriza por el respeto a la autonomía individual y a la dignidad humana, cuya máxima es que el proceso penal debe estar sujeto a controles y garantías que eviten todo abuso de poder por parte del Estado. Implementa un conjunto de garantías y derechos procesales dentro del proceso penal que limitan los medios a través de los cuales el Estado puede investigar, acusar y condenar a un ciudadano.³

En este panorama, en las últimas décadas los países latinoamericanos se han visto inmersos en un proceso de reforma de sus sistemas de justicia penal. Este fenómeno corre paralelo a la transformación de sus estructuras políticas encaminada a la consolidación de sus sistemas democráticos. Las reformas se caracterizan por un abandono de los modelos inquisitivos o mixtos y su sustitución por modelos de tipo acusatorio, a fin de dar un contexto garantista a sus procesos penales, algunos con características de sistemas europeo-continental (España, Alemania, Italia) y otros inspirados en los modelos adversariales de los sistemas anglosajones (principalmente Inglaterra y Estados Unidos de América).

El diagnóstico del sistema de procuración de justicia en México es desalentador: falta de transparencia y legitimidad democrática; burocratización exasperante y un culto al expediente judicial, vulneración sistemática de derechos fundamentales; desconocimiento del derecho de presunción de inocencia y de defensa ade-

² “...El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso”, véase al respecto Montero Aroca, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 28

³ Con la caída del sistema inquisitivo en el siglo XIX, se redefinió con las conquistas de la Ilustración el principio acusatorio que hoy denominamos formal, pues la acusación penal continuó en manos del Estado, pero se exigió una separación de las funciones requirentes y decisorias que tenía el inquisidor, ahora a cargo de dos órganos estatales diferentes, Ministerio Público y juzgador como consecuencia del respeto a los derechos del inculcado y al principio de imparcialidad del juzgador.

Al respecto véase Bovino, Alberto, *Los principios políticos del procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 39.

cuada; incapacidad de dar respuesta a las demandas de las víctimas u ofendidos del delito; corrupción de los órganos ministeriales y policíacos; falta de control de las autoridades penitenciarias. Todo ello con un trasfondo de desigualdades sociales.

Si la reforma penal pretende contribuir a la legitimación del sistema democrático, no puede realizarse a espaldas de la sociedad. Debe fomentarse su participación a fin de alcanzar altos niveles de cooperación. A final de cuentas los destinatarios y verdaderos beneficiarios de las transformaciones del proceso penal no son ministerios públicos, policías o defensores o jueces, sino los ciudadanos que pueden verse sometidos a un proceso penal. El objetivo es acercar el sistema de justicia y su funcionamiento a la sociedad.

Es posible detectar una serie de anomalías que aquejan el sistema, pero también lo es que la reforma penal no soluciona de manera mágica los problemas de ignorancia y corrupción latentes a nivel del órgano de la acusación. No estamos frente a un cambio legal, porque han existido muchos y los problemas no se acabaron, sino ante un verdadero cambio cultural. La erradicación inquisitiva no desaparece con modificaciones legislativas, sino que requiere ser llevado al plano de la práctica. La promulgación de leyes es un primer e importante paso, pero el más importante es el esfuerzo por tratar de que este sistema respetuoso de los derechos fundamentales sea una realidad, por parte de los actores del proceso, del gobierno y en su conjunto de la ciudadanía que forma este país, a través del fortalecimiento institucional (procuradurías de justicia, Poder judicial, sistema penitenciario, defensorías de oficio). Reporta, por lo tanto, un cambio radical en la forma de pensar y actuar del conglomerado social. De lo contrario, la reforma penal sólo será un intento más, como se ha venido cuestionando en foros nacionales donde la incredulidad y el negativismo son latentes, ya que se piensa que el cambio compete sólo a las autoridades que intervienen en el proceso penal, con lo cual se soslaya que la metamorfosis está en cada uno de nosotros para al final contribuir de manera general a un sistema de justicia penal efectivo. La lucha contra la corrupción empieza en la familia. Los valores y principios que como seres humanos desarrollamos dicen el país que somos y el que queremos heredar a nuestros hijos; socavar *la incultura en contra del derecho y su realización fáctica como justicia social es una tendencia actual del Poder Judicial como órgano controlador de la legalidad del sistema penal*.

Uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho es la efectiva protección de los derechos fundamentales. La actividad del Poder Judicial ha sido la salvaguarda de la vigencia de éste, pero debe ampliarse hacia los demás operadores. Las instituciones deben legitimarse permanentemente ante el ámbito social en el que interactúan para alcanzar respetabilidad. El rol del juzgador es la conducta que

se espera de él en función de la posición que ocupa dentro del sistema. Cada juzgador como parte integrante del Poder Judicial debe actuar con conciencia de que su legitimación pasa por la representatividad que tiene del Estado y que ha llevado a la práctica de forma digna. En ese cometido el juez de control es un guardián de los derechos fundamentales y el mejor representante que el Estado tiene de la observancia de la legalidad en el proceso penal que prepara el camino para aquellos juzgadores que presidirán el juicio oral, de tener la certeza que la acusación ha sido custodiada por un juzgador y se garantizó imparcialmente la seguridad jurídica del inculpado y de la víctima.

II. Argumento teleológico de la reforma

El argumento teleológico expuesto por el legislador en la reforma consistió en que el sistema de justicia actual es preponderantemente inquisitivo, el indiciado es considerado culpable hasta que se demuestre lo contrario. Reconoció que este modelo ha sido superado por la realidad.

Por lo que propuso una reforma integral cuyas características atendieran:

- 1) Un sistema acusatorio, en el que se respeten los derechos tanto de la víctima y ofendido, como del imputado, estableciéndose de manera explícita el principio de presunción de inocencia. El cual se regirá por los principios de *publicidad*, *contradicción*, *concentración*, *continuidad* e *inmediatez*, con la característica *oralidad*.

Lo cual ayudará a *fomentar la transparencia*, *garantizando*, al mismo tiempo, una relación entre el juez y las partes.

- 2) Prevé la inclusión de jueces de control cuya función será Resolver de manera inmediata las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que así lo requieran, respetando las garantías de las partes y garantizando que la actuación del Ministerio Público como parte acusadora sea apegada a derecho. Y siempre deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones que haya entre jueces y Ministerio Público.

Se regulan también

Un *juez de la causa*. El cual se hará cargo del asunto una vez vinculado a proceso el indiciado hasta la emisión de la sentencia; y
Un *juez ejecutor*. Quien vigilará y controlará la ejecución de la pena.

Otras características:

- 3) Sustitución del auto de formal prisión y el de sujeción a proceso por un auto de vinculación a proceso, a fin de tener congruencia con el nuevo modelo.
- 4) Una nueva regulación respecto de las medidas cautelares entre ellas la prisión preventiva, la cual tendrá el carácter de excepcional cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio.
- 5) Establece mecanismos alternativos de solución de controversias, en el que se procure asegurar la reparación del daño, sujeta a supervisión judicial cuando la ley secundaria lo prevea.
- 6) Se establece un sistema integral de garantías, tanto de la víctima como del imputado, así como una serie de principios generales que deberán regir todo proceso penal.
- 7) Un régimen especial que regirá los procesos penales en tratándose de la delincuencia organizada.
- 8) Eleva a rango constitucional el arraigo.
- 9) Establece las bases sobre las cuales deberá construirse y operar el Sistema Nacional de Seguridad Pública.
- 10) Presenta un régimen de transitoriedad para la implementación del sistema acusatorio, el cual no debe exceder de ocho años (el decreto aprobado fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008).

En síntesis, se consideró establecer un nuevo sistema que responda a la necesidad de llevar a cabo una reforma integral y de fondo (sustantiva) en materia de justicia penal en México. Ello en reconocimiento a que las leyes han sido rebasadas por el fenómeno delictivo; por ende, es necesario adecuarlas y contar con instrumentos jurídicos para combatir con éxito a la delincuencia. Sin embargo, ello no

debe violentar, sino garantizar los derechos fundamentales establecidos en nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales.

Al reconocer que la delincuencia organizada constituye un problema real se establecen mecanismos a través de los cuales el Ministerio Público puede actuar con mayor eficacia y expedituz en sus tareas de investigación, principalmente al establecimiento de medidas cautelares, tales como cateos, decomiso de bienes, arraigos, intervenciones telefónicas.

Los objetivos específicos de la reforma, consisten en

- a) Establecer de manera gradual y viable, al sistema acusatorio, basado en los principios de contradicción, concentración, inmediación, continuidad, presunción de inocencia y que asegure un equilibrio procesal entre la defensa, acusación y ofendidos.
- b) Un sistema eficaz para combatir a la delincuencia organizada.
- c) Un sistema penal que garantice el debido proceso, la presunción de inocencia, asegure los derechos de la víctimas y proteja a los ciudadanos de los abusos de la autoridad. Por lo cual se introduce el principio de proporcionalidad, fortalecimiento de la posición de víctimas y ofendidos en el proceso penal y el establecimiento de un sistema efectivo de defensoría pública.

Lo anterior, justificó, entre otras figuras jurídicas, que en el párrafo décimo tercero del artículo 16 constitucional reformado, se regulara a los jueces de control quienes "...resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, garantizando los derechos de los imputados y de las víctimas y ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes".

Cuatro características destacadas de justificación y de facultades del juez de control se desprenden de la exposición de motivos, y del texto constitucional:

- 1) Abocarse a resolver las medidas provisionales y demás diligencias que requieran control judicial, de manera acelerada y ágil, sin que ello implique dejar de fundar y motivar concretamente sus resoluciones, que podrán ser comunicadas por cualquier medio fehaciente y contengan los datos requeridos. Al respecto debe destacarse que el juez de control:

- a) No se trata del antiguo juez de instrucción que existió en nuestro país hasta 1917, quien tenía facultades para investigar el delito.
 - b) Tampoco corresponde a figura igual en los modelos latinoamericanos, porque a diferencia de éstos, seguirá siendo responsabilidad del Ministerio Público la retención de los detenidos, hasta que sean presentados ante el juez de la causa con motivo de la acusación, caso en el cual éste determinará la legalidad de la detención (la reforma elimina la flagrancia por equiparación al estimar que constituye un exceso por parte del Ministerio Público, al constituirse de elementos subjetivos de aplicación e interpretación) y el mérito necesario para la vinculación al proceso.
- 2) Conocer las impugnaciones de las resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal, el desistimiento y la suspensión de la acción penal, para controlar su legalidad.
 - 3) En todos los casos de su intervención, resguardar los derechos fundamentales (garantías individuales, derechos públicos subjetivos o derechos humanos) de los imputados y las víctimas u ofendidos. Lo cual en el sistema acusatorio le da el carácter de juez de garantías.
 - 4) Podrán ser quienes substancien la audiencia preliminar al juicio y dicten la resolución, en su caso, de vinculación al proceso, a que se refiere el artículo 19 constitucional reformado. En la audiencia preliminar serán garantes de que observen y cumplan los principios generales del proceso acusatorio (publicidad, concentración, continuidad, contradicción y oralidad).

En este tema será importante acotar que en estados de la República, en los cuales exista una alta incidencia delictiva, el establecimiento de jueces de control que sólo se constriñan a

- a) Medidas, providencias y técnicas señaladas (cateos, arraigos, intervenciones de comunicaciones privadas, órdenes de aprehensión y las que requieran de control judicial).
- b) Revisar impugnaciones contra determinaciones del Ministerio Público, por ejemplo: por aplicación del criterio de oportunidad se resuelva el no ejercicio de la acción penal (las cuales deben ser por miles).
- c) Aquellos que substancien el proceso hasta antes del juicio. Incluso, podrían ser aquellos que sustancien el juicio abreviado.

III. El juez de instrucción y el Ministerio Público en el sistema acusatorio

Por sistema acusatorio se puede entender el desdoblamiento de las funciones de perseguir y de juzgar en dos órganos estatales diferentes. El principio acusatorio no sería suficiente para separar los roles persecutorios y decisorios, si no se asegura una efectiva separación entre el Ministerio Público y el poder judicial. Así, aun cuando el Estado es el encargado de la persecución penal, el principio de oficialidad no implica que juez y acusador sean la misma persona.

El defecto del proceso inquisitivo consistía en la fusión de la persona del juez de las actividades persecutoria y judicial. Ello implica una pretensión psicológica excesiva respecto del juez; sólo un ser dotado de una capacidad sobrehumana podría sustraerse al momento de la toma de decisión de los influjos subjetivos de su propia actividad investigadora.

A fin de garantizar la equidad procesal entre las partes contrapuestas, acusador (Ministerio Público) y acusado (imputado), el sistema acusatorio establece una estructura judicial que mediante un control jurisdiccional permita el respeto de los derechos básicos que deben observarse en todo el proceso penal. Esta estructura asegura al juez la independencia necesaria como operador, lo que imprime vigencia de los derechos fundamentales. El proceso penal acusatorio apunta a un balance desde que se inicia la investigación propia de un hecho considerado como delictuoso, por medio de la vigilancia de un tercero imparcial.

Los requerimientos político-criminales del Ministerio Público en el nuevo modelo de enjuiciamiento judicial es liberar al juez de la investigación; el problema central que enfrentaron la mayoría de los países iberoamericanos se centraba no en quién investigaba sino quién controlaba la investigación y tomaba las decisiones netamente jurisdiccionales.

Una de las directrices fundamentales de un sistema de tipo acusatorio es la separación entre actos de investigación y actos de prueba. La separación formal de estas funciones fue necesaria para garantizar la defensa del imputado.

Se reputó imposible su realización sin crear un acusador distinto del juzgador, ya que se evitó de esta forma que el órgano jurisdiccional prejuzgara desde la inicia-

ción del procedimiento.⁴ Por ello, una característica del sistema acusatorio, radica en que los actos de investigación llevados a cabo durante el desarrollo de la fase de investigación preliminar no pueden ser utilizados por el tribunal sentenciador para fundamentar su convicción fáctica, la investigación preparatoria o averiguación previa, como se conoce en México, tiene como finalidad ahora establecer si hay fundamento para someter a juicio a una persona o descartarlo de manera exclusiva sin que se estime que las declaraciones sumariales constituyen pruebas plenas que hacen nugatoria la defensa del acusado, como acontece actualmente.

La función de perseguir penalmente pertenece también al Estado, cuando no es ejercida por particulares en casos específicos,⁵ lo que no se debe confundir con los delitos de querrela que actualmente están regulados en nuestra legislación, ya que, como señala Moisés Moreno Hernández, en estos delitos el Ministerio Público es quien finalmente acusa, bajo el requisito formal de la querrela.⁶ La creación de órganos específicos cuya tarea fundamental es la labor de investigar los delitos perpetrados e identificar a sus autores o partícipes; se señala por ello un monopolio acusatorio del Ministerio Público en el actual sistema vigente,⁷ ya que en la reforma constitucional se ha permitido que junto al Ministerio Público, en ciertos casos los particulares asuman el rol de sujetos procesales más allá de la expectativa reparatoria.

El modelo acusatorio reconoce al querellante particular, al denunciante en los delitos de acción privada que requieren ser formalizados directamente por el agraviado sin necesidad de pasar por la mediación del Representante Social. El proceso

⁴La imparcialidad del juzgador, que es prenda de la igualdad entre acusador y acusado y a su vez del derecho de defensa de éste, se logra mediante la separación de los órganos de la acusación y de juzgamiento, eliminando la figura de un juez que acusa, juzga y hasta defiende, para distribuirlos en diferentes sujetos, Ministerio público, juez y defensor. Cfr. Cafferata Nores, José Ignacio, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normatividad supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto; Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2000, pp. 92-93.

⁵Jorge Clariá señala que en el derecho argentino, el código penal llama acciones privadas a las pretensiones que nacen con los delitos de calumnias, injurias, violación de secretos, incumplimiento de deberes familiares, por lo que la pretensión no comienza de oficio porque el interés individual subordina la realización jurídico-penal, Vid. *Derecho procesal penal*, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, pp. 174-175.

⁶Vid. Moreno Hernández, Moisés, "El proceso penal en México D.F.", en *El Proceso penal. Sistema penal y derechos humanos, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, España*, 2ª ed., Porrúa, México, 2000, p.432.

⁷Teóricamente a la inquisición le bastaba un solo órgano, el inquisidor, para practicar la encuesta (investigación) que permitía decidir sobre la aplicación del poder penal; él concentraba, en sí mismo, todas las funciones diversificadas en el procedimiento penal moderno (perseguir-decidir) e incluía la defensa del imputado, aunque sólo desde la óptica del interés del Estado. Véase Maier, Julio, B. J., *Derecho procesal penal: fundamentos*, tomo I, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 826

penal expresa una nueva visión que reconoce que el enjuiciamiento no debe limitarse a los hechos, olvido de quien los hizo y quien los sufrió, al tratar de humanizar el conflicto en su desarrollo. El *juez de instrucción* aparece carente de imparcialidad, falta de objetividad; inversión de roles y producción de investigaciones repetidas ponían en entredicho su condición mixta de ser juez y parte, al investigar y decidir, lesionando claramente la imparcialidad al resolver.

La figura del juez de instrucción existente en España y Argentina, y que fue heredada del Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, es el claro ejemplo del dudoso respeto a la garantía de imparcialidad del juzgador. Señala Alberto Bovino⁸ que el procedimiento correccional (en el procedimiento federal argentino) que estructura una etapa de investigación a cargo de un juez instructor y una etapa de juicio oral, en la cual interviene el mismo juzgador que realizó la etapa preliminar, fue duramente cuestionada.

En México, a diferencia de lo que aconteció en otros países, no existió un juez de instrucción desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la cual estableció que la investigación y persecución de los delitos estaría a cargo del Ministerio Público. Esto sucedió porque antes los juzgadores eran quienes investigaban de oficio, incorporaban pruebas al sumario, interrogaban testigos y peritos, ejecutaban decisiones respecto de la indagatoria.⁹

⁸ Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 45.

⁹ "Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la Institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos han sido durante el período corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial; ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura. *La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces, que ansiosos de renombre veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes y en otras contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la Ley.* La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará este sistema procesal tan vicioso restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la personalidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la búsqueda de los elementos de convicción, ya que no se hará por procedimientos atentatorios y reprochables la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte, el Ministerio Público, con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los Presidentes Municipales y a la Policía Común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más mérito que su criterio personal (...)". Oronoz Santana, Carlos, *Manual de Derecho procesal penal*, 4ª ed., Noriega editores, México, 2003, pp. 49-50

Distinto fue lo que ocurrió en otros sistemas en los que la fase preliminar se concentró en la figura del juez de instrucción que se creó al lado del fiscal, los cuales prácticamente sólo tienen la encomienda de acusar con base en la investigación preliminar llevada a cabo por los primeros, ya que los jueces de instrucción son los dueños de la investigación preparatoria.¹⁰

Sin embargo, la falta de capacitación y compromiso social ha permitido que la fiscalía en México no sea gobernada por los principios que rigen la actividad jurisdiccional, porque aun cuando las funciones de acusar y juzgar tienen implicaciones diferenciadas en nuestra legislación, ello no es óbice para afirmar que el Ministerio Público no aplica reglas de igualdad y garantías formuladas por el Estado de Derecho. Si su función se contempla como el de guardián de la legalidad, resulta más sencillo entender que su función es la de preservar derechos fundamentales dentro de su investigación y de acusar cuando sea menester hacerlo y no por políticas institucionales o de estadísticas laborales, que ha creado impunidad; regirse por el principio de objetividad rechaza todo interés subjetivo o utilidad política como meta de la actividad realizada por la fiscalía.

En el actual sistema mexicano, se soslaya que el fiscal es la figura central del sistema de justicia penal, y que las cuestiones vinculadas a la manera de cómo toma sus determinaciones son la base para el buen funcionamiento de todo el sistema. El carácter de investigador y acusador del actual Ministerio Público mexicano no ha comprendido que su misión no es la de buscar datos exclusivamente incriminatorias, sino pasar la barrera de incertidumbre jurídica del hecho por descubrir. Psicológicamente la estructura de las Procuradurías de Justicia establece un mecanismo burocrático: el fiscal se aboca no a la tarea de esclarecer los hechos, sino de aportar pruebas, aunque sean insuficientes, con la equívoca convicción de que su misión es la de consignar el caso ante un juez penal para evitar responsabilidad, aun cuando en muchos casos advierta que no hay elementos suficientes para iniciar un proceso penal. Las presiones políticas han desencadenado que cualquier persona desde la fase de la investigación preliminar sea considerada un delincuente, o bien que se

¹⁰ En España rige el sistema basado en el juez de instrucción, lo que implica que la capacidad investigadora está en sus manos, sin perjuicio de que la presentación de la acusación sea hecha por el Ministerio Público. Esto ha ocasionado que el juicio oral sea una repetición del sumario, que se estima realizado en presencia judicial; sin embargo, se mantiene dicha figura por que se cree tiene independencia e inamovilidad, *cfr.* López Barja de Quiroga, Jacobo, *Instituciones de Derecho procesal penal*, Ediciones Akal, Madrid, 1999, pp. 183-186

mantenga en reserva la averiguación previa a sabiendas de que no aparecerán datos incriminatorios en contra de esa persona,¹¹ con la consecuente inseguridad jurídica que implica para un ciudadano que una investigación permanezca abierta hasta que prescriba el delito. Creando un contexto de terror penal se suma a la corrupción lacerante que existe dentro de la estructura de dicho Representante Social.

Así, es un reclamo social que el poder judicial ejerza un control respecto de los actos que integran la fase preliminar, tarea encomendada al juez de control. La imparcialidad judicial es el principio de principios que fundamentan el Estado de Derecho y del que dependerá en gran medida el acatamiento a las garantías fundamentales de un modelo acusatorio, dado que es la esencia de la naturaleza de la función jurisdiccional.

IV. Diligencias del Ministerio Público y el juez de control

En el sistema acusatorio, en la fase preliminar o investigación preparatoria, como nosotros la conocemos, existen cuatro tipos de actividades esenciales que el Ministerio Público practica:

1. Actividades puras de investigación.
2. Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento.
3. Anticipos de prueba, es decir, pruebas que no pueden esperar su producción en el debate.
4. Decisiones o autorizaciones vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales.

En los sistemas en que existe el juez de instrucción, estas cuatro actividades están concentradas en su figura, lo que hace incompatible la tarea de juzgar y acusar, ya que debe ser guardián de sí mismo. Por lo tanto, la función de acusar quedará en manos del director del sumario que se constituye en la figura del Ministerio Público, en tanto que era menester introducir una figura que se constituyera en guardián de la Constitución.

¹¹ En los sistemas acusatorios existe el sobreseimiento provisional, que implica la interrupción temporal de la tramitación del proceso, cuando el tribunal estime que no se encuentra justificada la acusación, pero en nada impide removidas o modificadas las causas que justificaron su adopción, que el proceso penal pueda ser reabierto, al respecto véase Gimeno Sendra, Vicente, Cándido Conde-Pumpido Taurón y José Garberí Llobregat, *Los procesos penales. Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con fórmulas y jurisprudencia*, tomo IV, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 614.

En algunos modelos, los fiscales se encargan de la investigación y es un juez el encargado de autorizar la toma de decisiones que haya efectuado el órgano de la acusación. Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales, y en la práctica ha resultado ser más eficaz, tanto para profundizar la acusación como para preservar las garantías del imputado y de la propia víctima u ofendido del delito.

El sistema acusatorio de tipo adversarial propone una investigación preliminar que garantice los derechos fundamentales de los imputados y la transparencia del ejercicio de la acción penal; ello sin soslayar que la etapa preliminar no es eminentemente contradictoria como el propio juicio oral, pero pugna por que se mantengan las mismas posibilidades de defensa entre las partes; ello supone la posibilidad de proponer diligencias, participar en los actos, plantear incidentes e interponer los recursos correspondientes.

También significa que la publicidad que debe observarse en el juicio oral respecto a la participación ciudadana, si bien acotada en algunos supuestos para garantizar el éxito de la investigación, deje de ser secreta para los sujetos procesales; contrariamente a lo que acontece en la actualidad, debe permitirse el acceso al querellante, al defensor al desarrollo de la investigación. Para ello, la legislación secundaria deberá señalar lo conducente.

La investigación preparatoria tiene actuaciones trascendentales que se relacionan directamente con diligencias que pueden violentar derechos fundamentales y no menos importantes actos conclusivos que se relacionen con ellos.

1. *La prueba anticipada*

La premisa del sistema acusatorio en materia probatoria señala que sólo los medios de prueba practicados en juicio oral, con respeto a las garantías de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción son aptos para fundamentar el juicio fáctico. No obstante, el principio tiene excepciones, como la representada por la llamada prueba anticipada, la cual se actualiza cuando concurre una causa que impida la práctica de la prueba en el acto del juicio oral o se trate de diligencias irreproducibles que permita en la fase de investigación preliminar el anticipo de la prueba; éstas son las únicas pruebas que actúa el fiscal y debe solicitar autorización al juez de control.

Es importante distinguir entre prueba anticipada y prueba preconstituida. Teresa Armenta Deu señala que la primera se practica en fase de instrucción, en un momento previo al que le corresponde legalmente, debido a que, por razones ajenas de las partes, se prevé que no podrá realizarse en la audiencia oral (por ejemplo

por enfermedad del testigo, o residencia en el extranjero). Por su parte, la prueba preconstituida nace para evitar la impunidad y con el fin de la búsqueda de la verdad material, ante la utilización de pruebas de imposible reproducción que se han desarrollado en la etapa preliminar y sin observar muchas de las garantías de una actividad encaminada a enervar el principio de presunción de inocencia, así pruebas como aprehensión de drogas que deben destruirse, el resultado de un video de vigilancia, la entrada y registro de un domicilio, el momento de la detención.¹²

El elemento común a dichas excepciones probatorias es la irrepetibilidad de las actuaciones. La diferencia consustancial es que las pruebas anticipadas pueden desahogarse ante el juez de control y por ende gozar de las garantías de la etapa del juicio oral en presencia del imputado y su defensor, con independencia de que sean objetadas en audiencia oral, aunado a que se puede documentar la diligencia en soporte apto para la grabación y reproducción de sonido o imagen. En cambio, las pruebas preconstituidas en atención a la urgencia de las diligencias hacen más complejo que los principios de oralidad, inmediación y sobre todo de contradicción se puedan verificar en su práctica; de ahí la importancia de que el Ministerio Público y los elementos policíacos realicen su función con respeto a los derechos fundamentales.¹³

La prueba anticipada tiene una connotación más garantista, en razón de que el Ministerio Público ha previsto que ciertas pruebas no podrán reproducirse en el juicio oral y puedan lograr su suspensión, por lo que solicita al juez de control la práctica de las mismas bajo aspectos de contradicción; los dos supuestos que provocan la anticipación de una prueba son que las pruebas no serán disponibles por alguna razón al momento de las sesiones del juicio oral, y que la anticipación puede originarse con el objeto de evitar la suspensión del juicio oral.

¹²Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 171 y 172.

¹³Juan Joseph Queralt señala que hablar de la función policial en un Estado de Derecho supone que los derechos reconocidos de los ciudadanos deben estar presentes en todo momento y gozar de materialización efectiva, por lo que este cúmulo de derechos subjetivos no debe verse como un obstáculo para la actividad estatal, pues ésta tiene como función precisamente la custodia y fomento de derechos fundamentales. Aun cuando no se hiciera referencia alguna a los derechos fundamentales en la ley, ello no implicaría que la policía no debería llevar a cabo su protección y garantía como en el caso de una detención en donde se le informara sus derechos y las razones de su detención para evitar que ésta se tome ilegal. *Vid. Introducción a la policía judicial*, 3ª. J. M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 46.

Por otra parte, la prueba preconstituida tiene como objeto dejar constancia, a efectos de su utilización futura, de la existencia de un hecho, acto, negocio o relación jurídica; es el medio para conocer algo que aconteció en el pasado mediante su consignación por escrito para asentarla de manera fidedigna.¹⁴

En ese contexto, cuando la celeridad de tales fuentes probatorias impide su reproducción, se hace necesario que el juez de control proceda al aseguramiento o custodia de la fuente de prueba (prueba preconstituida), o la práctica del acto de prueba bajo su intermediación y mediante el respeto de una serie de garantías individuales (prueba anticipada). Estas probanzas son importantes en la medida en que tratarán de desvirtuar la garantía de presunción de inocencia, ya que su introducción permitirán al tribunal decidor fundamentar su resolución.

Esto es importante, porque en un sistema acusatorio, donde rige la oralidad, se distingue entre los actos de la investigación sumarial y los actos de prueba. Los primeros son datos que obtiene el Ministerio Público durante su investigación, pero que no se convierten automáticamente en actos de prueba; es menester confrontarlos en audiencia oral ante el tribunal sentenciador, ya que la sentencia dictada sólo puede fundarse en las pruebas practicadas en el juicio oral, practicadas bajo los principios de contradicción, intermediación y publicidad.

2. Criterios de oportunidad

Dentro de las nuevas funciones asignadas al Ministerio Público, se encuentra la facultad de aplicar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal,¹⁵ siempre dentro de los supuestos que prevea la propia ley secundaria (oportunidad reglada). En el sistema actual, la decisión de oficializar la persecución penal es prácticamente obligatoria; no se contempla prescindir de la acusación porque el delito cometido sea calificado como una infracción menor o porque se llegue a

¹⁴ Esto sucede por la urgencia de asegurar que el objeto, huella, vestigio que ha de ser llevado al juicio oral permanezca disponible e inalterado respecto del estado original en que fue encontrado, aunque a veces la ley ordena que ciertos objetos como drogas se destruyan; Cfr. Guzmán Fluja, Vicente C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 266-294.

¹⁵ "Oportunidad significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivo de utilidad social o razones político-criminales". *Op. cit.*, Maier Julio, B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*, tomo I, p. 836.

un acuerdo reparatorio con el inculcado. El Ministerio Público, una vez que hace la consignación, no puede retractarse; una vez que la acusación se ha formalizado ante el juez natural se erige como parte acusadora, aunque la averiguación previa termine en el archivo u opere la prescripción.

Lo anterior, a pesar de que existen diversas razones legales conforme al sistema mexicano en las que el Ministerio Público puede optar por no acusar:

- a) cuando los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito;
- b) si una vez agotadas todas las diligencias y de los medios de prueba correspondientes, no se acredite la probable responsabilidad del indiciado;
- c) si la acción penal se extinguió;
- d) de las diligencias practicadas se desprenda la existencia de una causa de exclusión del delito o resulte imposible la prueba de la existencia de los hechos constitutivos de delito.

En estos casos, el procurador o los subprocuradores resolverán que el agente del Ministerio Público proponga el no ejercicio de la acción penal, determinación que la víctima puede combatir.

En la práctica, la mayoría de esas circunstancias no son utilizadas. De ello se desprende que, conforme al sistema actual, no se tiene el problema de los sistemas inquisitivos, en los que el fiscal debe perseguir todos los casos penales que llegaran a su conocimiento, y se impide que las decisiones de no ejercicio de la acción penal o desistimiento de ésta carezcan de influencia por el órgano que revisa dicha determinación (juez de instrucción).¹⁶ La justificación de la vigencia del principio de legalidad, que proscribía criterios para retirar la acusación, deriva de la concepción de la pena estatal que legitima el castigo por el mal inferido como una retribución, propia

¹⁶ En el sistema anglo-americano impera el principio de disponibilidad de la acción penal, que permite desistir discrecionalmente de la acción penal, en cambio en los países europeo-continetales permea la posibilidad del principio de legalidad y otros mantienen el principio de oportunidad reglado. Vid. "La tercera vía para la resolución de los conflictos" en *Congreso Internacional de las Ciencias Penales en el siglo XXI*, INACIPE, México, 2004, p. 334.

de las teorías absolutas de la pena;¹⁷ sin embargo, aun en sistemas judiciales donde se preconiza el principio de legalidad, la práctica conlleva a ejercitar criterios de oportunidad que van ganando la batalla como el nuevo eje de la persecución penal ante la imposibilidad de procesar todos los casos penales que se denuncian, por ello.

La afirmación ciega del principio de legalidad que vuelve la espalda a la realidad sin intentar dominarla o encauzarla, mediante la afirmación de criterios de oportunidad por vía legislativa y la atribución de la responsabilidad política y jurídica al órgano encargado de definir y aplicar esos criterios, provoca graves disfunciones en el sistema, a más de las ya naturales en él derivadas de los distintos sectores que lo operan: la selección se oculta o se disfraza, por el peso de la regla de legalidad; carece por lo tanto de transparencia y encubre, algunas veces actos deshonestos y otras, un trato desigual del sistema a quienes lo sufren, contrario al Estado de derecho.¹⁸

No se debe pensar que la potestad del Ministerio Público de no formular acusación se contrapone con el principio de legalidad, sino que la limitación de los criterios de oportunidad pueden contribuir a la solución de problemas actuales en el sistema penal,¹⁹ mediante la descriminalización de conductas donde otras formas de reacción del Derecho funcionan mejor y se limite su intervención cuando sea indispensable castigar el delito cometido, en atención a que el sistema de justicia tiene entre otras finalidades el resarcimiento del daño ocasionado a la víctima; en algunos casos esto es más útil que seguir un proceso penal que termine en una pena de prisión.

¹⁷ Señala Alberto David Granara que los fundamentos que sean expuestos para sostener el principio de legalidad lo estriban en el concepto de pena entendida como retribución y en la igualdad ante la ley, ya que son los órganos de justicia quienes determinan cuándo un sujeto ha de ser sometido a sanción penal y no razones subjetivas de quienes lo aplican, pero si estamos incursionando paulatinamente en la imposición del sistema acusatorio, es lógico que de la misma manera se incorporen características propias de él, siendo una de ellas la práctica del criterio de oportunidad en la resolución de los casos que merecen persecución pública, exceptuándola por motivos de utilidad social y razones político-criminales, al respecto véase su obra *Derecho procesal penal*, tomo I, Nova Tesis, Buenos Aires, 2003, p.51.

¹⁸ Maier, Julio B.J, *Derecho procesal penal: fundamentos*, tomo I. 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 835.

¹⁹ Elías Neuman señala que el excesivo volumen de causas penales, las carencias presupuestarias, el escaso acceso de la víctimas, el exceso de la prisión preventiva, representan ejemplos de que el principio de legalidad sobre la obligatoriedad de la acción penal está superado, al ignorar la realidad social. Véase *La mediación penal y la justicia restaurativa*, México, Porrúa, 2005, p. 87.

Por otro lado, el proceso penal no debe tener como derrotero en el sistema acusatorio la búsqueda de la verdad material, pues sería tanto como afirmar que el inquisidor era un defensor del proceso penal porque buscaba la verdad, aunque pasara por encima de los derechos elementales del acusado.²⁰

En la actualidad, en el sistema legal estadounidense, ejemplo del sistema adversarial, se establece un régimen discrecional de la acción penal por parte de los fiscales, cuya estructura fundamental lo es el criterio de oportunidad como regla general y absoluta.²¹

Comienza a relativizarse el principio de legalidad defendido a ultranza, para dejar atrás la idea de inviolabilidad de la ley penal y desobediencia al mandato de la autoridad, para atender otros aspectos como los intereses de la víctima y la solución del conflicto penal.

El principio de oportunidad surge como una opción de política criminal, de no iniciar el ejercicio de la acción penal o de suspenderlo en base a ciertos criterios racionales que tienden a liberar el saturado sistema de justicia penal. Actualmente, en vez de concentrar el mayor número de recursos y atención en delitos de delincuencia organizada, el sistema judicial destina la mayor parte de sus recursos al tratamiento de los delitos menores. Estos pueden combatirse mediante convenios judiciales para resolver con mayor celeridad el conflicto, obtener información de otros delitos de mayor gravedad o evitar la punición de ciertos delitos, cuando se trate de delincuentes primarios, de delitos menores, en cuyo caso la reparación de la víctima es suficiente, o tratar de resocializar al imputado cuando tenga alguna adicción.

Ello implica que los criterios adoptados sean admitidos como tolerables, de manera que no sean privilegios de que gocen ciertos sujetos por actos de corrupción al interior del Ministerio Público, sino que se tenga como finalidad lograr los fines de la prevención general y especial y satisfacer el interés de la víctima. Lo importante es que la incapacidad del sistema judicial de procesar a todos los casos que se presentan lleva a utilizar criterios subjetivos o monetarios que no tienen fundamento en alguna medida político criminal establecida.

²⁰ Señala Jacobo López Barja de Quiroga “no creemos que la verdad sea un valor absoluto, ni que la investigación a ultranza y en todo caso de la verdad sea un valor absoluto, ni por supuesto que en todos los hechos delictivos se descubra la verdad, por ello los principios del Estado de derecho han de prevalecer”, *Op. cit.*, p. 281.

²¹ La imposibilidad material de respetar el principio de legalidad procesal, la crisis por la que atraviesa su justificación, la incorporación de excepciones a la legalidad, el establecimiento de nuevas respuestas reparatorias no punitivas y de otros mecanismos novedosos, no sólo han transformado el derecho procesal penal sino que al mismo tiempo, han aumentado las posibilidades del fiscal de organizar más rápido su trabajo. *Vid.*, Bovino, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 214.

En principio se debe reconocer que el titular de la acción penal (hasta ahora monopólica) debe contar con herramientas que le permitan tener criterios que detengan su pretensión punitiva, que sin riesgo de trastocar la garantía de imparcialidad del juez de control, tenga una decisión judicial, basándose siempre en los supuestos de ley (adoptar la discrecionalidad sin límites del derecho norteamericano sería riesgosa), pero es inconcuso también que el deber de promover la persecución penal en todos los casos coloca al imputado en el juego penal de todos contra uno, sin advertir que no se debe aplicar el Derecho penal en todos los casos por igual ni que el proceso penal deba desembocar siempre en la aplicación de una sanción.

En los sistemas de tipo adversarial, existe la figura de *plea bargaining*, y en el sistema europeo-continental lo que se conoce como juicio abreviado (que en los sistemas acusatorios como el chileno es llevada a cabo por el juez de control), esto es, el reconocimiento de un acuerdo entre el fiscal y el acusado, quien haya confesado su culpabilidad y por tanto renunciado a la celebración del juicio oral, al fundarse la sentencia en las fuentes de prueba existentes en la investigación preliminar, sin que se pueda imponer una pena mayor a la exigida por el órgano acusador. Ello implica la introducción expresa de soluciones consensuales del conflicto penal, no para imponer una pena, sino sustituirla por la reparación, con fines utilitarios, con lo cual, es evidente que el sistema acusatorio tiende a formar acuerdos reparatorios en lugar de sancionar con penas de prisión.

En algunas legislaciones, se cuenta con la figura de “suspensión de juicio a prueba”, para delincuentes primarios y delitos leves, como sistema alternativo de tratamiento para el delincuente (por ejemplo en el código penal argentino, se prevé para aquellos sujetos cuya pena impuesta no exceda de tres años, y se haya reparado a la víctima y no se vuelva a delinquir).

V. El juez de control y su función en la etapa intermedia del juicio oral

La investigación que se ha llevado a lo largo de la etapa preliminar consiste en un conjunto de información que servirá para determinar si es posible someter a una persona a un juicio. No pasa directamente a la instrucción del juicio; existe entre ambas una etapa intermedia que cumple funciones torales.

Esta fase se fundamenta en la idea de que los juicios deben ser preparados adecuadamente y llegar a ellos después de una actividad responsable que determine al juicio oral como ineludiblemente necesario, por más que en juicio oral se respeten

las formalidades del justo juicio, éste contrae irreparablemente diversos problemas como el descrédito y el costo estatal. Por ello, la decisión de someter al imputado al mismo no debe ser apresurada ni arbitraria. El proceso penal en México se ha convertido en una forma de persecución y revancha de un mecanismo institucionalizado para someter al delincuente.

Uno de los aspectos más importantes de las reformas instauradas a los sistemas judiciales iberoamericanos es precisamente el establecimiento de la función del *juez de control o de garantías*, el cual encabeza a los jueces de primera instancia u ordinarios en materia penal.²² Ello implica que se incrementará la función jurisdiccional, pero permitirá sanamente que sean esos jueces los que decidan cuestiones torales del proceso penal, en el marco de la legalidad. Este juez retoma una función que estaba dispersa, y que muchas veces era pretexto para la arbitrariedad, y hacía nugatorios el respeto al debido proceso legal y sobre todo del respecto de los derechos fundamentales.

Al procurar conferir el más alto grado de garantismo, se ha delineado la creación y actuación de un juez de garantías que esté presente a lo largo de toda la etapa de investigación penal preparatoria, como custodio de las reglas del debido proceso y preservando la garantía de defensa adecuada de las personas sometidas a una acusación penal, que aparece al lado del Ministerio Público.

En la medida en que el juez de garantías viene a ser “custodio” del debido proceso, y siendo ésta una garantía englobante de los derechos fundamentales que el sistema penal tiene a disposición del imputado y la víctima, el juez de control resultará, por consecuencia, custodio también de todas y cada una de las garantías constitucionales particulares que puedan y deban operar en el enjuiciamiento penal.²³

El juez de control no interviene en la investigación ministerial; es convocado a dar legalidad de las actuaciones que en dicha etapa deben practicarse a fin de evitar violaciones a derechos fundamentales por parte del órgano acusador.

El juez de control que se propone en un sistema acusatorio es un funcionario que ejerce y responde por controlar y vigilar las garantías necesarias para hacer efectivo el derecho de defensa de las partes, tanto del inculcado como de la víctima

²² “No es lo mismo que una causa propia la decida un fiscal instructor, obsesionado en el recaudo de la prueba, a que la decida razonadamente el juez de la República”. Vid. León Parada, Víctor, *El ABC del nuevo sistema acusatorio penal, el juicio oral*, Ecoe ediciones, Bogotá, 2005, p 374.

²³ Bertolino, Pedro J., *El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p.126.

u ofendido, asegurando que en la fase de investigación los actores gocen de las garantías necesarias para defender sus intereses.

Lo anterior no quiere decir que el fiscal no aplique en sus propias actuaciones un control de la legalidad, pero es menester introducir la imparcialidad de un juzgador para cerciorarse de que así sea.

En algunos sistemas acusatorios como el colombiano, las audiencias preliminares al juicio oral son llevadas a cabo ante el juez de control de garantías, cuya actuación no es oficiosa sino mediante requerimiento del Ministerio Público, cuya formalidad exige la presencia del imputado o su defensor, y, en cuyo caso, el examen y valoración que realiza el juez de garantías no sólo es de legalidad sino de respeto a los derechos fundamentales del imputado, al ponderar no la oportunidad de practicar alguna medida restrictiva de las garantías individuales del acusado, sino la necesidad de que en ellas se respeten los derechos constitucionales del inculpado.

En dichas audiencias preliminares, las partes pueden hacer valer sus pretensiones sobre el descubrimiento de elementos probatorios o inadmisibilidad de los medios de prueba; se toman decisiones respecto de las peticiones y actuaciones de las partes, como son diligencias de cateos, intervención de comunicaciones privadas, arraigos, muestras de ADN, decomisos, embargos, prueba anticipada, exclusión de la prueba ilícita, incluyendo la formulación de la imputación, el sobreseimiento o bien respecto de la aplicación de un principio de oportunidad. Los principios de oportunidad en el Derecho penal colombiano, no podrán aplicarse cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, así como delitos de narcotráfico y terrorismo.

En Francia existen aún jueces de instrucción, quienes llevan la investigación para establecer si existen contra el inculpado cargos suficientemente serios que justifiquen su remisión a un tribunal competente para su juicio, figura que proviene del Código napoleónico de 1808. En el año 2000, una reforma suprimió sus facultades de disponer sobre el encarcelamiento preventivo, para asignar dicha determinación a un magistrado superior. El juez de instrucción sólo interviene en caso de investigación de delitos muy graves; en caso contrario, corresponde a un tribunal correccional conocer del asunto.

En Inglaterra, es diferente. Los jueces de paz asumieron la tarea de aprehender a los delincuentes y recopilar las pruebas de cargo. Con el transcurso del tiempo, estas funciones fueron asignadas a la policía, y los jueces de paz, denominados *Magistrates*, funcionarios de menor jerarquía siguen siendo quienes se ocupan del trámite previo en el proceso de toda clase de delitos, autorizan el arresto, medidas

de coerción y deciden los asuntos que deben enviarse a los tribunales de la corona para ser juzgados, además de intervenir en los juicios sumarios. Estos jueces no sólo fungen como jueces de control, sino que juzgan en caso de delitos menores, aunque en ambos sistemas, el juicio por jurados ha disminuido gracias a figuras autocompositivas, el juicio oral se reserva para hechos de particular gravedad.²⁴

Por ello, la actividad del juez de control está íntimamente vinculada con la función del fiscal o Ministerio Público, si su investigación busca sostener y dar valor probatorio a las indagatorias iniciadas de un hecho que se estima constituye delito y la imputación respecto de una persona en su intervención, debe buscar fuentes probatorias que hagan verosímil dicha acusación. El fiscal es la conexión directa entre todo lo actuado en la investigación preliminar y el juez de control, para el caso de solicitar medidas preventivas, para la salvaguarda de derechos fundamentales y la actuación dentro del marco previsto para su protección específica; asimismo, debe valorar que el acervo probatorio recaudado tenga el mérito jurídico para que ejerza acción penal, o de lo contrario precluir lo actuado.

El juez de control es imprescindible para el logro del equilibrio entre lo individual, lo social y lo colectivo; asegura que el proceso no se frustre, al decretar para el efecto medidas cautelares, y, tratando de realizar las diligencias en presencia del imputado, sobre todo aquellos actos que tuvieran por finalidad la incorporación de pruebas y realización de diligencias que se consideren irreproducibles o definitivas, actividad que para el juicio oral es preponderante, porque se trata de actos que no pueden ser repetidos y en atención a esa calidad de irrepetibles, deben de ser practicadas bajo los principios de contradicción, intermediación y oralidad, de ahí la importancia de la etapa intermedia, pues adquieren valor definitivo en la etapa de juicio. Se dice que es un órgano de control, porque se ha sostenido que constituye un requisito indispensable de la función jurisdiccional el control del procedimiento penal aun de oficio respecto de los actos del Ministerio Público. El imputado no está sólo, está protegido por el propio Estado.

Un ejemplo medular donde interviene el juez de control es la nulidad probatoria de cara al juicio, pues si bien en el curso de la investigación preparatoria debe regir el principio de mínima intervención, en relación con la declaración de nulidades, debe circunscribir su intervención a los supuestos en que exista una clara violación a normas que consagren la sanción de nulidad, a los supuestos en que el acto pretendidamente viciado sea un elemento de juicio en el cual se sustente una

²⁴ Cfr., Hendler, Edmundo S., *El juicio por jurados, significados, genealogías, incógnitas*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 27, 28 -31

decisión que importe la violación de algún derecho fundamental del imputado y que repercute en el juicio oral. Su cometido específico *es la tutela judicial efectiva*.

El juez de garantías tiene dentro de sus atribuciones en la mayoría de los sistemas acusatorios conocer de la imputación y cambio de clasificación jurídica, así como resolver su procedencia. En algunos sistemas judiciales, si no existe oposición de la imputación hecha por el fiscal, se eleva automáticamente a juicio. No existe violación al principio acusatorio si el juez de garantías reclasifica por el delito si respeta los mismos hechos materia de la acusación, esto es, no puede perseguirse ni condenarse por hechos distintos de los investigados ni a personas distintas de las acusadas.

En relación con la determinación del archivo, en caso de que a juicio del fiscal no hubiere prueba suficiente sobre la existencia del hecho o la autoría del inculpado, podría proceder el archivo de las actuaciones, comunicando su determinación al juez de garantías, sin dejar de lado los derechos de la víctima (podrá objetar dicha determinación, y el tribunal de apelación, resolverá en forma definitiva). En Argentina, existe una Cámara de Apelación y Garantías, que conoce del recurso interpuesto por el Ministerio Público o la víctima en relación con las fases conclusivas de la fase preliminar o de la instrucción. Vigila y supervisa que el plazo para integrar la averiguación sea prudente, de manera que no violente la garantía de tiempo razonable y de la tutela judicial efectiva, en cuyo caso se ha propuesto sobreseer o elevar la propuesta a juicio, pero si rige la garantía de presunción de inocencia. Si la acusación, el sobreseimiento o la utilización de un principio de oportunidad no se presenta después de haber agotado los medios tendientes, *in bonam parte* habría que estar a lo más favorable al inculpado.

En algunas legislaciones, la declaración del imputado debe ser siempre ante la presencia del juez de garantías cuando aquél lo solicite, con lo que salvaguarda su derecho de defensa adecuada, donde el juez de control sólo se limitara a vigilar la legalidad del acto.

Las fases en las que interviene el juez de garantías, la preparatoria y la intermedia, son anteriores al juicio oral; sin embargo, su intervención es letal, si advertimos que su actuación respecto de la realización de actos definitivos e irreproducibles, o la exclusión de fuentes de prueba practicadas mediante violación a garantías individuales del imputado (prueba ilícita) tendrán a la postre repercusiones en el juicio oral o en la etapa de debate, de manera indirecta, y su actividad contribuye en mucho a la transparencia del proceso y a la toma de decisión concretada por los órganos que vayan a juzgar. En el caso de la prueba anticipada, tendrá como misión no una actividad decisoria sino el resguardo de las condiciones necesarias para su eventual incorporación al debate oral.

VI. El juez de control en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La reforma al sistema de justicia penal en México colocó a la oralidad como el eje rector del proceso penal, lo cual no significa que todas las actuaciones serán mediante el uso de la palabra, sin que exista constancia escrita. Algunas actuaciones como decretar medidas cautelares o girar órdenes de detención serán por escrito, sin que con ello se quiebren los principios del sistema garantista, lo importante es mantener la oralidad en la producción de la prueba como el caso de la llamada “anticipada”. La creación de un juez de garantías responde a la necesidad de adecuar el procedimiento penal al sistema acusatorio, en donde las funciones de investigar y de perseguir, de juzgar o decidir, están deslindadas.²⁵

El juez de control, como se ha señalado, es un órgano controlador de las actuaciones del Ministerio público y de los derechos de las personas sometidas a una investigación. Pero, además, en la mayoría de los sistemas judiciales analizará si existe una causa fundada para imputar a una persona el hecho punible investigado, con base en los actos practicados en el procedimiento preparatorio

Hoy se discute sobre cuál es el papel que tiene el órgano de control jurisdiccional frente al ejercicio de estos actos conclusivos de la averiguación previa, esto es, si la decisión ministerial es vinculante para el juez de garantías, al tener potestad éste para revisarlos o rechazarlos.

La investigación concluye con un pedimento, que puede consistir en una acusación, en un sobreseimiento. También se puede solicitar el archivo o el sobreseimiento provisional; esos pedimentos pueden ser controlados de manera necesaria u optativa, según sea el sistema adoptado. El sobreseimiento o la acusación podrían contener errores o vicios que deben ser corregidos para que la decisión judicial no sea inválida, y en su caso los sujetos procesales estarán interesados en que se corrijan los vicios; el juzgador también tendrá interés en que la decisión esté libre de errores o se traspasen a la etapa del juicio.

La etapa intermedia es un conjunto de actos procesales cuyo objetivo consiste en la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación, de ahí la importancia del juez de control.

²⁵ En Alemania la fase de la investigación está a cargo del Ministerio Fiscal. Claus Roxin señala que el señoría del procedimiento preliminar es del fiscal, pero hay ciertas medidas que no pueden ser tomadas por él y que son decisivas, mismas que se reservan al juez de instrucción, *Vid., Derecho procesal penal*, trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, 25ª ed., Editores del Puerto, 1998.

Pero la fase intermedia no agota su función en el control formal; sirve para realizar un control sustancial sobre el fondo de esos actos conclusivos. Por ello se dice que la fase intermedia constituye una discusión preliminar al juicio oral que incide de manera fundamental sobre la realización del mismo y puede fungir como un sistema de control vertical, como señala Alberto Binder, limita las posibilidades de apelación, pero otorga una nueva posibilidad de revisar las actuaciones del Ministerio Público. Por ello funge como modelo de control horizontal, que permite salvaguardar el principio de progresividad del proceso penal, para evitar dilaciones indebidas; sin embargo, los mecanismos procesales varían según la intensidad de la fase intermedia y de la intensidad del carácter acusatorio del sistema, ya que si es acusatorio extremo, la sola acusación del Ministerio Público será suficiente para aperturar el juicio oral; si es acusatorio pero de modo mitigado, el juez de control podrá admitir o rechazar la acusación, cuando estime que existen razones para señalar que no ha lugar la acusación; más aún, si el sistema es acusatorio en sentido amplio, esto es, si incorpora activamente a la víctima, el juez puede decidir si ésta acusará en lugar del Ministerio Público.²⁶

Sin embargo, es conveniente en aras de salvaguardar la imparcialidad del juez de control que las determinaciones respecto de los actos conclusivos, sea procedente el recurso de apelación, para que sea un tribunal jerárquicamente superior, quien se pronuncie sobre la legalidad de lo que resuelva el juez de control.

En este contexto, la introducción del juez de control en la Constitución Federal mediante las reformas publicadas en al *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de junio de 2008, de conformidad con el artículo 16, párrafo décimo tercero, es una función muy reducida; que sólo permite su intervención en caso de diligencias en las que sea factible que puedan violentarse los derechos fundamentales del imputado o de la víctima, en específico medidas cautelares. Así dispone:

Artículo 16. [...]

Los Poderes Judiciales contarán con *jueces de control* que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes [...] [énfasis añadido].

²⁶ Binder, Alberto M. *Introducción al Derecho procesal penal*, 2ª ed., AD-HOC, Buenos Aires, 2000, pp.250-251.

Como se advierte, en comparación con las atribuciones que tiene el juez de control en otros sistemas judiciales acusatorios, su participación está limitada. El juez de control combina lo que representa en nuestro sistema un juez de proceso y un juez de amparo. El objetivo de un sistema procesal penal eficaz es combatir la criminalidad pero con observancia de los derechos de las personas. Por ello, el juez de control es un custodio de dichos derechos y se convierte en una bisagra insustituible de la maquinaria jurisdiccional, sobre todo en un sistema como el nuestro, donde el trámite del juicio de amparo y su conformación, hace que en la mayoría de los casos el respeto a los derechos fundamentales nugatorio. En ciertos sistemas, si el inculcado solicita la presencia del juez de control, éste estará presente al momento de recepcionar su declaración ministerial, con lo cual se acabarían las denuncias de intimidación y corrupción al interior del órgano de la acusación y sobre todo legitima las pruebas que se desahoguen en la fase preliminar y que pueden sustentar el juicio oral.²⁷

De las diligencias probatorias que impliquen la posibilidad de violación de los derechos fundamentales, como cateos, registros telefónicos, órdenes de aprehensión o de comparecencia, arraigos, se debe ocupar el juez de control, pero la práctica de prueba anticipada, la detección de prueba ilícita y el control de la fase conclusiva de la averiguación preliminar traería múltiples beneficios para dar legalidad de los actos que se practiquen en la etapa preliminar, los límites del ejercicio del *ius puniendi* y la razonable duración de los procedimientos, el tiempo estimado como prudente para mantener una indagatoria en el archivo. La realización de actuaciones que pueden practicarse en la indagatoria y que el representante social se niega a practicar con violación de los derechos de la víctima; los efectos del sobreseimiento y un auto de apertura a juicio fundado, que muestre la imperiosa necesidad de un juicio oral.

La actividad conservadora del juez de garantías debe verificarse tanto antes como después de la formación de la investigación, continuando su vigencia hasta la etapa intermedia que sirve de filtro legal para determinar el curso del proceso. Por lo tanto, la ley secundaria podría implementar este tipo de funciones y reorganizar a los juzgados de instancia para adecuar las funciones que debe observar un juez de control.

²⁷ Dentro de las actividades de los jueces de garantías ejercen control respecto de todas las determinaciones acerca de las medidas de coerción, allanamiento de morada, apertura de correspondencia, etc., los que habilitan distintas personas en el proceso (el actor civil, el querellante) y las decisiones que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal. *Cfr.*, Bertolino, Pedro J., *El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p 126.

El juez de control asegura el valor seguridad al custodiar el debido proceso, básicamente en su perfil legal, en la medida en que la existencia de una previa reglamentación jurídica sea un factor de seguridad jurídica para los que intervienen en el procedimiento penal, aunado a que la sola existencia de un juez de garantías que vigile la etapa preliminar garantiza los eventuales desbordes de derechos fundamentales fomentados por el Ministerio Público.²⁸

Conclusiones

PRIMERA. Del argumento teleológico planteado por el legislador en la reforma constitucional, se puede concluir que éste tendrá las siguientes facultades:

- a) Resolver de manera inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que así lo requiera.
- b) Ser garante del respeto irrestricto a los derechos fundamentales del imputado, de la víctima y del ofendido del delito.
- c) Celebrar la audiencia preliminar y dictar la resolución correspondiente a la vinculación o no del imputado al proceso.
- d) Conocer de las impugnaciones de las resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal, el desistimiento y la suspensión de la acción penal, para controlar la legalidad de las actuaciones del Ministerio Público. Por ende, que la actuación del Ministerio Público, como parte acusadora, sea apegada a Derecho.
- e) Podrán substanciar el juicio abreviado.

SEGUNDA. Dentro de un sistema acusatorio de tipo adversarial, es necesario que el poder judicial ejerza un control respecto de los actos o diligencias practicadas por el Ministerio Público dentro de la fase preliminar del juicio oral. La imparcialidad judicial que tiene todo juzgador, al ser la esencia misma de la naturaleza de su función, permitirá que dentro de la averiguación previa observe de manera integral el

²⁸ En el sistema judicial chileno, el juez de garantías tiene toda la potencialidad de la jurisdicción, vale decir, juzga, resuelve y hace ejecutar lo juzgado. Esta actividad la realiza principalmente en los procedimientos simplificados, cuando el imputado no admita su responsabilidad en donde se trata de un verdadero juicio oral, con las cualidades de simpleza y brevedad; también conoce y juzga en procedimientos abreviados donde existe admisión de responsabilidad. *Vid.*, Cerda San Martín, Rodrigo, *El juicio oral*, Editorial Metropolitana, Chile, 2003, p. 23.

debido proceso legal. Ello supone la posibilidad de proponer diligencias, participar en los actos, plantear incidentes e interponer los recursos correspondientes; por lo que al ejercer una vigilancia en el sumario asegura la transparencia del ejercicio de la acción penal. Se dice que es un órgano de control porque se constituye un requisito indispensable de la función jurisdiccional, el control del procedimiento penal aún de oficio respecto de los actos del Ministerio Público.

TERCERA. La etapa intermedia constituye un conjunto de actos procesales cuyo objetivo consiste en la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación, de ahí la importancia del juez de control. La fase intermedia no agota su función en el control formal, sino realiza un control sobre el fondo de esos actos conclusivos. Por ello se dice que la fase intermedia constituye una discusión preliminar al juicio oral que incide de manera fundamental sobre la realización del mismo y puede fungir como un sistema de control vertical.

CUARTA. La etapa intermedia del juicio oral está presidida por el *juez de control* el cual encabeza a los jueces de primera instancia en materia penal con la finalidad de procurar conferir el más alto grado de garantismo; está presente a lo largo de toda la etapa de investigación preparatoria, ya que está investido de todas las facultades y potestades para valorar y avalar jurídicamente los actos de la indagatoria que puedan menoscabar garantías individuales y que, además, resultan torales para resolver la situación jurídica del imputado. El juez de control es convocado a dar legalidad a las actuaciones practicadas en la investigación ministerial; califica la pertinencia y la necesidad de practicar alguna medida restrictiva de las garantías individuales del acusado, a fin de evitar arbitrariedades. Procura que la declaración del imputado sea siempre ante la presencia del juez de garantías, cuando aquél lo solicite, con lo que salvaguarda su derecho de defensa adecuada, donde el juez de control sólo se limitará a vigilar la legalidad del acto y se evitarán situaciones de coacción para declarar ante el Ministerio Público.

QUINTA. El juez de control es imprescindible para el logro del equilibrio entre lo individual, lo social y lo colectivo. Asegura que el proceso no se frustre al decretar para el efecto medidas cautelares, y, tratando de realizar las diligencias en presencia del imputado, sobre todo aquellos actos que tuvieran por finalidad la incorporación de pruebas, como lo es su propia declaración y realización de diligencias que se consideren irreproducibles o definitivas. Actividad que para el juicio oral es preponderante, porque se trata de actos que no pueden ser repetidos y, en atención a esa calidad de irrepetibles, deben ser practicados bajo los principios de contradicción, intermediación y oralidad, de ahí la importancia de la etapa intermedia, pues adquieren valor definitivo en la etapa de juicio.

SEXTA. La introducción del juez de control del párrafo décimo tercero del artículo 16 de la Constitución Federal, con motivo de las reformas publicadas el dieciocho de junio de este año, constituye un avance importante en la conformación del sistema de justicia penal mexicano; sin embargo, se estima es limitada, al señalarse que sólo se encargará de la autorización de medidas precautorias, cuando en otros modelos acusatorios el juez de control autoriza las fases conclusivas del Ministerio Público. Si la introducción de un juez en la etapa intermedia se fundamenta en la idea de que los juicios deben ser preparados adecuadamente y llegar a ellos después de una actividad responsable que determine al juicio oral como necesario, al existir mecanismos de autocomposición y juicios preliminares, es correcto que el juez de control intervenga sobre diligencias ministeriales que puedan violentar las garantías individuales del imputado (cateos, intervención de comunicaciones privadas, arraigos, muestras de ADN, decomisos, etc), pero también es menester que dicho juzgador intervenga en audiencias preliminares, cuando existe confesión del inculpado y la detención sea en flagrancia. El juez de control puede valorar las fuentes de prueba obtenidas en averiguación previa y recepcionar las pretensiones sobre el descubrimiento de elementos probatorios o inadmisibilidad de éstos, incluso pronunciarse sobre la exclusión de aquellos que se estimen conforman prueba ilícita; y sobre todo respecto de los actos conclusivos del representante social: ejercicio o inejercicio de la acción penal, sobreseimiento, reserva o la aplicación de algún criterio de oportunidad; ante lo cual, debe valorar que el acervo probatorio recaudado tenga el mérito jurídico para que ejerza acción penal, o de lo contrario precluir lo actuado; determinaciones que pueden ser revisadas por un tribunal de apelación para salvaguardar su imparcialidad y objetividad.

Ello conlleva a la necesidad de redistribuir la competencia entre los jueces de distrito de procesos penales federales y los jueces de distrito de amparo, ya que el juez de control es un juez de garantías al mismo tiempo; por lo cual, los jueces de procesos podrían llevar a cabo la fase intermedia y sus resoluciones ser revisadas por un tribunal unitario tanto en apelación como al interponer el juicio de amparo correspondiente, ya que es inconcuso que los jueces del juicio oral deben ser diferentes a fin de preservar la garantía de imparcialidad.