

LIBRO DE LECTURAS DE APOYO

para el estudio y práctica del sistema penal acusatorio
en las escuelas de Derecho en México



Programa
Reforma de Justicia

Colección para el estudio y práctica
del sistema penal acusatorio

Autora
Adriana Quiroz Quiroz

Coordinador
José Rogelio Contreras Melara

SEGOB
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN



SECRETARÍA TÉCNICA
DEL CONSEJO DE COORDINACIÓN
PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL
SISTEMA DE JUSTICIA PENAL



LIBRO DE LECTURAS DE APOYO

El Libro de Lecturas de Apoyo se encuentra bajo una licencia Creative Commons Atribución-No-Comercial-SinDerivadas 3.0 Internacional. Se puede compartir libremente, pero debe reconocerse siempre al CEEAD como autor; no se puede utilizar para fines comerciales y no se puede alterar, transformar o generar una obra derivada sin autorización escrita de ABA ROLI.

Para poder utilizarlo en cualquier curso o capacitación es obligatorio registrarse en la página electrónica del Programa Reforma de Justicia del CEEAD (www.ceed.org.mx). El objetivo de este requisito es ubicar a quienes están utilizando este libro para hacerles llegar actualizaciones, materiales adicionales e invitaciones a eventos relacionados.

El presente documento se creó en el contexto del Programa en México de Apoyo para Facultades de Derecho y Colegios de Abogados ejecutado por la Iniciativa para el Estado de Derecho de la Barra Americana de Abogados (American Bar Association Rule of Law Initiative, en adelante, "ABA ROLI") y su filial ABA ROLI México. Su contenido, sin embargo, es responsabilidad exclusiva de sus autores y no necesariamente representa la opinión de ABA ROLI. Nada de lo incluido en este documento deberá interpretarse como asesoría legal para casos específicos.

La realización de esta obra fue posible gracias al apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (United States Agency for International Development, en adelante, "USAID"). El texto de este documento no necesariamente refleja la opinión de USAID o del gobierno de los Estados Unidos de América.

*Río Sena 108-A Ote.
Col. del Valle
San Pedro Garza García, N.L.
66220 México*

Impreso en México / Printed in Mexico

Presentación

La Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia del 2008 instauró en México un sistema penal acusatorio que exige el desarrollo de nuevos conocimientos, habilidades y destrezas específicas para los operadores del sistema. Hoy día se requiere la formación de profesionistas adecuadamente preparados en el sistema acusatorio, el cual instaura nuevas reglas de operación y un cambio significativo en la cultura jurídica mexicana.

El Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A.C. (CEEAD), centro de investigación académica en México, con el apoyo de la Iniciativa para el Estado de Derecho de la Barra Americana de Abogados (ABA ROLI, por sus siglas en inglés), presenta a la comunidad académica tres libros para el estudio y práctica del sistema penal acusatorio en las escuelas de derecho:

1. Libro Guía del Profesor para el Desarrollo de Competencias Pedagógicas.
2. Libro de Casos.
3. Libro de Lecturas de Apoyo.

Estos libros se vinculan a los tres manuales o libros del profesor creados por el CEEAD, en el 2010, para las materias de 1) Proceso Penal Acusatorio, 2) Técnicas de Litigación Oral y 3) Métodos Alternos a la Solución de Conflictos y Salidas Alternas al Proceso Penal.

Sobre esta colección

El **Libro Guía del Profesor para el Desarrollo de Competencias Pedagógicas** constituye una introducción a nuestro modelo basado en competencias que se sustenta en un enfoque de enseñanza constructivista y de aprendizaje significativo. En la primera parte se expone el estado del arte de la educación jurídica, respecto del sistema penal acusatorio; se explica el modelo pedagógico; se establecen las relaciones con los tres manuales previos del CEEAD; y se explican las distintas técnicas didácticas que pueden utilizarse en las sesiones de clase. La segunda parte contiene un panorama de las competencias pedagógicas que los estudiantes de derecho deberán poseer una vez cursadas las tres asignaturas de nuestra propuesta pedagógica. Las tablas de competencias desglosan las competencias genéricas y específicas por asignatura y sus variables: 1) Competencias específicas, 2) Indicadores de competencias, 3) Actividades de enseñanza-aprendizaje, 4) Técnica didáctica, 5) Evaluación formativa y 6) Evaluación de aprendizaje.

El **Libro de Casos** contiene tres historias hipotéticas que ilustran lo que acontece en el desarrollo de la investigación y el juzgamiento de un hecho delictivo. Con este libro pretendemos que los estudiantes de derecho se aproximen a la realidad y construyan un conocimiento a partir de datos y documentos específicos. Algunos ejemplos de registros utilizados son: 1) Acto de detención, 2) Acto de lectura de derechos, 3) Acto de puesta a disposición, 4) Informe de diligencias de investigación inicial, 5) Entrevistas de personas, 6) Recolección de indicios y 7) Dictamen médico. Los dos primeros casos contienen explicaciones a los referidos ejemplos de registros y todos presentan ejercicios para las tres fases en que usualmente se divide el proceso: investigación, preparación al juicio oral y el juicio oral. En el **Libro de Casos** también hemos incluido ejercicios que buscan desarrollar destrezas vinculadas al control de detención, la formulación de imputación, las medidas cautelares, la investigación formalizada, el examen de testigos, la cadena de custodia, la calificación jurídica del delito y la exclusión de medios de prueba en la etapa intermedia, la teoría del caso, la manera de entrevistar al cliente y la preparación de una estrategia definida de negociación, entre otras.

Por su parte, el **Libro de Lecturas de Apoyo** es un compendio de extractos de textos de autores selectos, organizado con base en las asignaturas que este modelo pedagógico propone a las escuelas de derecho: 1) Proceso Penal Acusatorio, 2) Técnicas de Litigación Oral y 3) Métodos Alternos a la Solución de Conflictos y Salidas Alternas al Proceso Penal. Cada parte se conforma de seis

temas; para cada tema se han transcrito diversas lecturas y se sugieren otras; las lecturas seleccionadas cuentan con una breve introducción y las sugeridas con un comentario explicativo. Algunos de los temas abordados en este libro, sobre el Proceso Penal Acusatorio, son los sistemas de enjuiciamiento penal y reforma penal en México; los principios de la justicia penal, sujetos procesales y otros intervinientes; la investigación formalizada y desformalizada; y los derechos humanos. Con respecto a las Técnicas de Litigación Oral, las lecturas buscan enfatizar el desarrollo de destrezas sobre la teoría del caso, la audiencia inicial, la audiencia intermedia y la de juicio oral. Mientras que sobre Métodos Alternos a la Solución de Conflictos y Salidas Alternas al Proceso Penal se incluyen los temas de formas de solución del conflicto, la justicia restaurativa, las destrezas para la mediación y conciliación, las salidas alternas al proceso penal y algunos más.

Autoría

Los libros fueron elaborados por el Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A.C. (CEEAD). Su contenido fue desarrollado por un equipo multidisciplinario de especialistas bajo la coordinación de José Rogelio Contreras Melara. El **Libro Guía del Profesor para el Desarrollo de Competencias Pedagógicas** fue desarrollado por Rosalba González Ramos; el **Libro de Casos** por Reneé Christián Licona Vázquez y Julio César Balandrán Guajardo; y el **Libro de Lecturas de Apoyo** estuvo a cargo de Adriana Quiroz Quiroz. Se contó con la valiosa retroalimentación de Rubén Cardoza Moyrón, David Fernández Mena, Alonso González Villalobos, Luis Fernando Pérez Hurtado y Carla Pratt Corzo. La edición de los libros corrió a cargo de Carmen Solís Delgado y la colaboración de Guadalupe Chávez Ramírez. Nuestro sincero agradecimiento a los asistentes de investigación que nos apoyaron en diversos momentos: Pedro Misael Castillo Bravo, Ricardo Marroquín González y Jazmín Ríos Hernández.

Sobre el Libro de Lecturas de Apoyo

Esta compilación de lecturas de apoyo tiene por objetivo ofrecer a profesores y estudiantes relevante material de estudio sobre el sistema penal acusatorio, así como distintas referencias sobre el tema. Es necesario que, en el marco del modelo educativo por competencias que proponemos, el alumno realice algunas lecturas previas o posteriores a las sesiones de clase; dichas lecturas facilitarán la comprensión y la participación activa en el proceso de enseñanza - aprendizaje.

En este libro se presentan 78 lecturas de 61 autores de distintos países: México, Centro y Sudamérica, Estados Unidos, España, Inglaterra. Hemos incluido 5 lecturas en inglés y de otros sistemas jurídicos que, si bien pueden representar un reto adicional para los estudiantes, también les permitirán adquirir una visión más global de los temas, una visión más allá de nuestras fronteras.

Esperamos que sea un estímulo para los estudiantes contar con tantos autores y temas en un mismo libro, a su vez invitamos a que profundicen en las fuentes directas -libros, artículos, revistas, etc.-

Por último agradecemos a las editoriales, universidades, instituciones y autores, por los permisos otorgados para incluir una parte de sus obras en esta compilación.

Notas al lector:

1. En las referencias, todos los textos en formato PDF tienen los números de página conforme al documento original y no conforme a la numeración que asigna el formato PDF.
2. Se han corregido errores menores de algunas palabras que no tenían acentos o estaban con letras de más.

Índice

| | |
|---|-----------|
| PARTE 1 Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio | 9 |
| Tema 1: Sistemas de enjuiciamiento penal y Reforma Penal en México | |
| Lecturas Sugeridas | 10 |
| Lectura 1 Modelos procesales penales | 11 |
| Lectura 2 Constitución y nuevo proceso penal mexicano | 13 |
| Lectura 3 Legitimación del nuevo proceso penal | 15 |
| Lectura 4 Análisis de los artículos de la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia de México del 2008 | 17 |
| Lectura 5 Las aportaciones de la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia de México del 2008 | 19 |
| Lecturas Adicionales | 21 |
| Tema 2: Principios de la justicia penal, sujetos procesales y otros intervinientes | |
| Lecturas Sugeridas | 22 |
| Lectura 1 Principios de la persecución penal y garantías individuales | 23 |
| Lectura 2 Principios de la actividad probatoria y del juicio oral | 25 |
| Lectura 3 Sujetos procesales y separación de funciones | 27 |
| Lectura 4 Nuevas actividades de los sujetos procesales | 30 |
| Lectura 5 Sujetos procesales en el juicio oral | 33 |
| Lecturas Adicionales | 35 |
| Tema 3: La investigación. Formalizada y desformalizada | |
| Lecturas Sugeridas | 36 |
| Lectura 1 Etapas de la investigación. Ventajas y desventajas | 37 |
| Lectura 2 Formalización de la investigación, características y efectos | 38 |
| Lectura 3 Actos iniciales en la investigación | 40 |
| Lectura 4 La investigación y las decisiones de la Fiscalía | 42 |
| Lecturas Adicionales | 44 |
| Tema 4: Las medidas cautelares. Naturaleza, tipos y fines | |
| Lecturas Sugeridas | 45 |
| Lectura 1 Coerción procesal | 46 |
| Lectura 2 Análisis de las medidas cautelares de la legislación chilena | 47 |
| Lectura 3 Principios aplicables a las medidas cautelares | 49 |
| Lectura 4 Servicios de evaluación y supervisión de las medidas cautelares | 52 |
| Lecturas Adicionales | 55 |
| Tema 5: Derechos Humanos | |
| Lecturas Sugeridas | 56 |
| Lectura 1 Análisis de la reforma constitucional en materia de derechos Humanos de México del 2011 | 57 |
| Lectura 2 Control de convencionalidad | 60 |
| Lectura 3 Interpretación conforme a los tratados internacionales | 62 |
| Lectura 4 Derechos humanos y derechos subjetivos | 64 |
| Lectura 5 La persona humana y su dignidad razón de los derechos humanos | 66 |
| Lecturas Adicionales | 68 |
| Tema 6: Medios de impugnación y ejecución de sanciones | |
| Lecturas Sugeridas | 69 |
| Lectura 1 El desafío de los recursos en un sistema penal oral | 70 |
| Lectura 2 Recursos y principios del juicio oral | 72 |

| | |
|---|-----|
| Lectura 3 Análisis comparativo de los recursos en los sistemas acusatorios latinoamericanos | 74 |
| Lectura 4 Ejecuciones de sanciones en el derecho comparado y México | 76 |
| Lectura 5 Desafíos de la implementación de jueces de ejecución de sanciones | 78 |
| Lecturas Adicionales | 80 |
| PARTE 2 Técnicas de Litigación Oral | 81 |
| Tema 1: Teoría del caso | |
| Lecturas Sugeridas | 82 |
| Lectura 1 Litigación oral y estrategia | 83 |
| Lectura 2 Importancia de la teoría del caso | 85 |
| Lectura 3 Características de la teoría del caso y destrezas de los abogados | 87 |
| Lectura 4 Teoría del caso como metodología | 89 |
| Lecturas Adicionales | 91 |
| Tema 2: Audiencia inicial | |
| Lecturas Sugeridas | 92 |
| Lectura 1 La audiencia inicial en Colombia | 93 |
| Lectura 2 Audiencias de la etapa de investigación | 95 |
| Lectura 3 Audiencia inicial y sus intervinientes | 96 |
| Lecturas Adicionales | 99 |
| Tema 3: Audiencia intermedia | |
| Lecturas Sugeridas | 100 |
| Lectura 1 Algunas recomendaciones para los abogados | 101 |
| Lectura 2 Audiencia intermedia y sus intervinientes | 103 |
| Lectura 3 Trascendencia de la audiencia intermedia | 106 |
| Lectura 4 Audiencia preliminar en el sistema acusatorio salvadoreño | 109 |
| Lecturas Adicionales | 111 |
| Tema 4: Alegatos iniciales | |
| Lecturas Sugeridas | 112 |
| Lectura 1 Guía para formular el alegato inicial | 113 |
| Lectura 2 Desenvolvimiento durante el alegato de apertura | 116 |
| Lectura 3 Aspectos a considerar al presentar los alegatos iniciales | 118 |
| Lectura 4 Estrategias para abordar contradicciones de la teoría del caso de la contraparte | 120 |
| Lectura 5 Destrezas de los jueces | 122 |
| Lecturas Adicionales | 124 |
| Tema 5: Interrogatorio, contra interrogatorio y objeciones | |
| Lecturas Sugeridas | 125 |
| Lectura 1 Estrategias para el interrogatorio | 126 |
| Lectura 2 Guía para los interrogatorios | 129 |
| Lectura 3 Preparación del conainterrogatorio | 134 |
| Lectura 4 Estrategias en las objeciones | 139 |
| Lecturas Adicionales | 146 |
| Tema 6: Alegatos finales | |
| Lecturas Sugeridas | 147 |
| Lectura 1 Recomendaciones prácticas para el alegato de clausura | 148 |
| Lectura 2 Estrategias para exponer el alegato de clausura | 150 |
| Lectura 3 La interrelación entre las etapas de la audiencia de juicio oral | 153 |
| Lecturas Adicionales | 155 |

| | |
|---|------------|
| PARTE 3 Métodos Alternos a la Solución de Conflictos y Salidas Alternas al Proceso Penal | 156 |
| Tema 1: Formas de solución del conflicto | |
| Lecturas Sugeridas | 157 |
| Lectura 1 Cuáles son las formas de solución del conflicto | 158 |
| Lectura 2 Autocomposición y autodefensa | 160 |
| Lectura 3 Formas e instituciones de resolución de conflictos | 163 |
| Lectura 4 Estrategias y habilidades para la solución de conflictos | 165 |
| Lecturas Adicionales | 168 |
| Tema 2: El conflicto | |
| Lecturas Sugeridas | 169 |
| Lectura 1 Los componentes del conflicto | 170 |
| Lectura 2 El litigio | 175 |
| Lectura 3 Principios, fases y técnicas para mediación | 177 |
| Lectura 4 La expropiación del conflicto por el poder | 181 |
| Lecturas Adicionales | 182 |
| Tema 3: Los métodos alternos a la solución de conflictos | |
| Lecturas Sugeridas | 183 |
| Lectura 1 Naturaleza jurídica y características de los métodos alternos a la solución de conflictos | 184 |
| Lectura 2 Diferentes procesos de resolución alterna de conflictos | 186 |
| Lectura 3 La alternatividad en el proceso penal | 189 |
| Lectura 4 Legitimidad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en México | 191 |
| Lecturas Adicionales | 193 |
| Tema 4: Mediación | |
| Lecturas Sugeridas | 194 |
| Lectura 1 Resolución de conflictos desde la mediación | 195 |
| Lectura 2 Fines y características de la mediación | 196 |
| Lectura 3 Etapas de la mediación y habilidades | 198 |
| Lectura 4 Destrezas para la mediación | 200 |
| Lecturas Adicionales | 204 |
| Tema 5: Justicia Restaurativa | |
| Lecturas Sugeridas | 205 |
| Lectura 1 La víctima y la reconciliación | 206 |
| Lectura 2 Modelos de la justicia restaurativa | 210 |
| Lectura 3 Protagonismo de las víctimas | 215 |
| Lectura 4 Principios, objetivos y postulados de la justicia restaurativa | 217 |
| Lecturas Adicionales | 221 |
| Tema 6: Salidas alternas al proceso penal | |
| Lecturas Sugeridas | 222 |
| Lectura 1 Los mecanismos alternos de solución de controversias en el sistema acusatorio | 223 |
| Lectura 2 Cifras sobre la aplicación de las salidas alternas al proceso penal en México | 225 |
| Lectura 3 El principio de oportunidad procesal penal | 229 |
| Lectura 4 Principios de los acuerdos reparatorios | 232 |
| Lectura 5 Suspensión condicional del procedimiento | 234 |
| Lectura 6 Procedimiento abreviado | 237 |
| Lecturas Adicionales | 239 |

PARTE 1

DERECHO PROCESAL PENAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO

TEMA 1: SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO PENAL Y REFORMA PENAL EN MÉXICO

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Mauricio Duce y Cristian Riego, *Proceso Penal*.
- Lectura 2: Salvador Valencia, "Constitución y Nuevo Proceso Penal".
- Lectura 3: María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I*.
- Lectura 4: Miguel Carbonell, *Los Juicios Orales en México*.
- Lectura 5: Salvador Valencia, "Constitución y Nuevo Proceso Penal".

Lectura 1

Modelos procesales penales

En su libro *Proceso Penal*, Mauricio Duce y Cristian Riego hacen una descripción del nuevo sistema procesal penal en Chile e incluyen un análisis de todas las reglas procesales que forman parte del mismo. El extracto seleccionado hace alusión a los conceptos de los modelos procesales penales, pues es importante conocer el rol de estos modelos en el trabajo de análisis del proceso penal.

1. Modelos o sistemas procesales

Quienes estudian al sistema de justicia criminal suelen crear ciertas categorías genéricas en las cuales se pueden clasificar los distintos sistemas procesales penales. Estas categorías genéricas son las que se suelen denominar como modelos o sistemas procesales. Los modelos consisten en marcos analíticos explicativos de las distintas versiones de un proceso penal. En ellos se identifican algunas características básicas comunes de los distintos sistemas procesales, de manera de agrupar a éstos en grandes familias.

De esta forma, los modelos presentan grandes ventajas para el estudio sistemático del proceso penal, porque, por una parte, nos permiten identificar características del mismo y asociarlos o adscribirlos a un marco analítico más general. Por otra parte, nos entregan también una guía o pauta de observación de los procesos penales que nos ayuda para su comprensión, clasificación y distinción. Estas ventajas suelen ser especialmente indispensables para el trabajo comparativo o de derecho comparado.

Con todo, los modelos también presentan algunos problemas para el trabajo intelectual. Así, ellos son, en una cantidad relevante, estilizaciones de los procesos penales e, incluso, exageraciones de los mismos. Esto hace que en muchas ocasiones la descripción del modelo no sea aplicable en estricto rigor a ningún sistema en específico. Por otro lado, en general, corresponden sólo a la descripción de los sistemas en su dimensión normativa, la que no necesariamente es igual a la realidad de funcionamiento de los mismos en los países respectivos. Así, ya hemos visto que la forma de funcionamiento del proceso depende de varios factores distintos a los normativos, por lo que muchas veces los modelos no constituyen una descripción fidedigna de los sistemas. Como consecuencia de lo anterior, muchas veces será difícil reconocer, en la práctica de un sistema, la descripción teórica del modelo. Hay que agregar, además, que la descripción que se hace se refiere normalmente a modelos más o menos puros, de aquellos que sólo se encuentran en la literatura especializada o en momentos históricos muy particulares. En la práctica, lo normal será encontrarse con procesos penales en los que convivan elementos de distintos modelos o en el que la evolución de los mismos hace mucho más confusa su categorización.

No obstante estos problemas, la construcción de modelos o sistemas paradigmáticos para el análisis del proceso penal y del derecho procesal penal siguen siendo una metodología muy extendida en la dogmática procesal y mantienen un valor pedagógico relevante para efectos de la enseñanza de la disciplina. Por lo mismo, en este libro permanentemente realizaremos referencias a ellos.

2. Sistema Inquisitivo y Sistema Acusatorio

Sin perjuicio de la diversidad de modelos que han sido desarrollados por destacados en la literatura jurídica comparada,²⁶ los dos modelos principales a través de los cuales la doctrina procesal penal occidental ha intentado agrupar a los procesos penales de sus países son el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio.

²⁶ Así, por ejemplo, véase a HERBERT PACKER *Two Models of Criminal Process*, University of Pennsylvania Law Review, 1964, pp. 1 a 68 (quien propone la distinción entre el modelo de debido proceso y el de control del crimen) y a MIRJAN DAMASKA, ob. cit. (en donde propone la distinción entre ideal de coordinación e ideal jerárquico).

Duce, M y Riego, C. (2007). *Proceso Penal*. (pp. 32-33). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Lectura 2

Constitución y nuevo proceso penal mexicano

En su artículo **“Constitución y Nuevo Proceso Penal”**, Salvador Valencia Carmona hace un análisis de la reforma judicial constitucional y sus principales aportaciones, así como del nuevo proceso penal. Este texto hace una relatoría desde la gestación de las iniciativas, hasta la reforma constitucional y sus principales aspectos, pasando por una explicación histórica que fundamenta la necesidad del cambio en el sistema penal mexicano.

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

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

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

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

En tales circunstancias, cuando la norma constitucional declara que el proceso penal será acusatorio y oral, se inserta en la tendencia hacia un derecho penal democrático, iniciada después de la Revolución Francesa y que ha sido un esfuerzo continuado para corregir los excesos del sistema inquisitivo. Esta tendencia aspira a instituir un proceso acusatorio predominantemente oral, público, con intermediación entre los sujetos procesales, concentración de los actos del proceso, y valoración de la prueba conforme a la sana crítica.⁸ Desde luego ello no implica – y precisa insistir – que deje de haber constancia escrita de las diferentes actuaciones judiciales, así como que desaparezcan las pruebas documentales u otros medios de convicción similares.

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

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

⁸ Para valorar o apreciar la prueba existen fundamentalmente dos sistemas, el de apreciación legal o tasada, en el cual la ley fija el valor que se asigna a cada prueba y el de prueba libre, en el cual se valora según la íntima convicción y no hay que motivar, como sucede cuando deciden jueces legos, verbigracia, el jurado; obviamente, existen sistemas mixtos, el más socorrido es el denominado el de la sana crítica o prueba razonada, en el cual se valora de acuerdo con la lógica, la experiencia y se requieren dar las razones que lleven al juzgador a un convicción determinada; además, a este respecto recuérdese que el artículo 16 constitucional exige que todo acto de autoridad debe fundarse y motivarse debidamente. Véase, entre otros, Gómez Lara, Cipriano, *Teoría del proceso*, México, Oxford University Press, 2005, pp. 281 y 282; García Ramírez Sergio, *Derecho procesal penal*, 5ª. Ed, México, Porrúa, 1989, pp. 389 y 390; Ovalle Favela, José, voz "prueba", *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. V, 2002, p. 907.

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

Valencia, S. (2009). Constitución y Nuevo Proceso Penal, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p., s/n. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/refjud/cont/13/pjn/pjn4.htm>

Lectura 3

Legitimación del nuevo proceso penal

María Inés Horvitz en su obra conjunta con Julián Lopez Masle, plantea su visión y análisis sobre el remplazo de un sistema inquisitivo que operaba desde 1906, por un nuevo derecho procesal penal chileno. En el Tomo I, la autora incluye un capítulo sobre los fundamentos de legitimación del nuevo proceso penal y en él profundiza sobre la importancia de distinguir entre producir la decisión definitiva para solucionar un conflicto y lo que la misma decisión producirá.

(...) En este contexto, emergen como principios legitimantes de la decisión judicial todas las garantías del juicio contradictorio, la oralidad, la intermediación, la publicidad de las pruebas que se presentan directamente, son contrastadas entre sí, sometidas a exámenes y controles cruzados por las partes, etc.³⁶ El establecimiento de la "verdad procesal" se satisface mejor y más auténticamente en un proceso de corte acusatorio. Como sabemos, en un proceso inquisitivo como el que estableció el Código de Procedimiento Penal de 1906, las pruebas se practican en secreto y por escrito, en muchos casos delegándose tal función en empleados administrativos, quienes realizan una transcripción de las declaraciones reformulándolas en su lenguaje personal y subjetivo. No existe la posibilidad de contradecir oralmente las pruebas al momento de ser producidas y sólo cabe hacer observaciones o refutaciones por escrito una vez que se tiene acceso a las actas del sumario. El plenario carece, en general, de relevancia en tanto es renunciable la práctica de pruebas durante el mismo (art. 449 CdPP) y las pruebas del sumario son válidas sin necesidad de ratificación de testigos y peritos (arts. 469, 471 CdPP). La sentencia fundada en pruebas así obtenidas no puede resultar vinculante desde la perspectiva del principio de estricta legalidad. En efecto, los "documentos" del expediente que contienen de tal modo mediatizado los hechos jamás podrán superar el estándar impuesto por un modelo de legitimación cognoscitiva de la jurisdicción.

El modelo inquisitivo de enjuiciamiento criminal se aviene mejor con formas de organización política que reconocen el valor de la autoridad y la centralización del poder; en suma, con el régimen político del absolutismo. En cambio, el modelo acusatorio prospera allí donde existe un sistema republicano de ejercicio del poder político, con separación de funciones y aseguramiento de la igualdad de posiciones de las partes.³⁷ Cualquiera sea la estructura del proceso penal, éste persigue dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y la protección o tutela de los inocentes.³⁸ La historia del proceso penal puede ser entendida como la historia del conflicto entre ambas finalidades, o como la relación de tensión entre el interés público a la persecución penal de los delitos y el interés individual de los ciudadanos a que sus derechos se conserven intangibles para el Estado hasta tanto no se afirme la responsabilidad penal a través de una decisión jurisdiccional definitiva.

El método inquisitivo resuelve esa tensión expresando una confianza tendencialmente ilimitada en las cualidades del juez y su capacidad para alcanzar la verdad. En cambio, el método acusatorio se caracteriza por una desconfianza igualmente ilimitada hacia el poder del juez para averiguar dicha verdad. Por ello, ambos modelos expresan dos epistemologías opuestas del juicio: en el primer caso, la relación vertical inquisidor-inquirido, la operación unilateral del juez para el establecimiento de la verdad y el *dictum* de un solo sujeto. En el segundo caso se trata, más bien, de la contienda entre varios sujetos, una relación triádica entre dos partes y un tercero *súper partes*: el juez como tercero separado de la acusación y a quien corresponde la decisión, el actor como parte de la acusación y sobre quien pesa la carga de la prueba, el imputado como parte de defensa con derecho a la

refutación y la verdad procesal surgida de la controversia entre estas distintas partes (epistemología acusatoria o falsacionista).³⁹

La concepción cognoscitiva del proceso penal y del método acusatorio se corresponden, como vimos anteriormente, con el principio de estricta legalidad y el correspondiente proceso de formalización y tipificación de los delitos y las penas. En efecto, sólo la rígida determinación semántica de los presupuestos legales de la pena permite concebir el proceso como juicio basado en la comprobación empírica de hechos predeterminados. Por ello, las sentencias penales se legitiman en la medida que guarden relación con la verdad, en sentido de correspondencia con las proposiciones fácticas de la ley.⁴⁰

En el procedimiento de verificación de la verdad a través del método de prueba y refutación resultan fundamentales las llamadas garantías primarias o epistemológicas del proceso penal acusatorio, a saber: "no hay juicio sin acusación", "la carga de la prueba corresponde al acusador" y "el derecho de defensa del imputado". A las señaladas se añaden otras cuatro que aseguran la observancia de las primeras (garantías secundarias): la *publicidad*, que permite el control interno y externo de toda la actividad procesal; la *oralidad*, que implica la inmediatez y concentración de la actividad probatoria; la *legalidad* del procedimiento, que exige que toda la actividad judicial se desarrolle, bajo pena de nulidad, según un rito legalmente preestablecido, y la *motivación*, que garantiza el carácter cognoscitivo del sistema, esto es, la existencia de fundamentación de la acusación a la luz de las pruebas y contrapruebas.⁴¹

³⁶ LESCH, cit., p. 3.

³⁷ MAIER (J.), *Derecho procesal penal argentino*, 1b Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 206 y ss. Sobre la interesante distinción de Damaska entre los ideales "jerárquico" y "paritario" como formas procesales de los distintos sistemas de administración de justicia, vid. *Las caras de la justicia...*, cit., pp. 85.

³⁸ Estas finalidades pueden verse en CARRARA (F.), *Programa de Derecho Criminal*. Parte General, (trad. J. ORTEGA y J. GUERRERO), tomo II, Temis, Bogotá, 1956, p. 278.

³⁹ FERRAJOLI, cit., pp. 603 y ss.

⁴⁰ FERRAJOLI, cit., p. 605.

⁴¹ FERRAJOLI, cit., p. 606.

Horvitz, M. y López, J (2003). *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I. (pp. 28-30). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Lectura 4

Análisis de los artículos de la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia de México del 2008

En su libro *Los Juicios Orales en México*, Miguel Carbonell detalla los orígenes y el proceso que antecedió a la reforma constitucional más importante que se ha realizado, en materia penal, en nuestro país. En su texto, Carbonell hace una crítica exhaustiva a cada uno de los artículos que conformaron la reforma constitucional y destaca las ventajas o desventajas de la aplicación e interpretación de la misma.

CAPÍTULO PRIMERO ¿POR QUÉ UNA REFORMA EN MATERIA DE JUICIOS ORALES? 1. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 nos suministra la base para realizar una profunda transformación del sistema penal mexicano. Sus disposiciones tocan varios de los ámbitos sustantivos de dicho sistema, dado que abarcan temas como la seguridad pública (cuerpos policiacos y prevención del delito), la procuración de justicia (el trabajo del ministerio público, el monopolio de la acción penal que desaparece al menos en parte), la administración de justicia (a través de la incorporación de elementos del debido proceso legal y de los llamados juicios orales) y la ejecución de las penas privativas de la libertad. Es importante mencionar que algunas de las disposiciones de la citada reforma van mucho más allá de la materia penal y pueden ser proyectadas hacia el conjunto del sistema jurídico mexicano; tal es el caso, por citar un ejemplo evidente, de la reforma al artículo 17 de la Carta Magna que ordena al legislador prever medidas alternativas al proceso, mandato que se aplica no solamente a la materia penal, sino a todas las demás.

Se trata de una de las reformas más importantes de los últimos años; a partir de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* abre una serie de perspectivas y retos que habrá que calibrar con detenimiento, si queremos que no se quede como puro papel mojado, tal como ha sucedido con otras reformas constitucionales recientes.

Aunque se ha debatido con intensidad acerca de su contenido y sobre las ventajas y riesgos que ofrece, lo cierto es que casi todos los que la han comentado reconocen que se trata de una reforma que no solamente era necesaria, sino también urgente.

El procedimiento penal mexicano está en completa bancarrota: es muy caro y no satisface ni garantiza los derechos de las víctimas, de los procesados y de los agentes de la autoridad que intervienen en su desarrollo.¹

Las diferentes etapas que integran el proceso penal, las cuales abarcan desde la prevención de los delitos a cargo de las policías locales principalmente, pasando por la integración de las averiguaciones previas que realizan los ministerios públicos, el desarrollo de la etapa de juicio que corresponde a los jueces penales, y la ejecución de las sentencias privativas de libertad que se lleva a cabo en las cárceles y reclusorios de la República, presentan enormes problemas y, en términos generales, están marcadas por una notable ineficacia: la policía no previene los delitos, los ministerios públicos no saben investigar y en consecuencia integran muy mal las averiguaciones previas, los jueces

son indolentes y casi nunca están presentes en las audiencias, y en los reclusorios lo menos que se hace es atender el mandato constitucional que ordena que se logre la "readaptación social" de los sentenciados.²

En ese contexto, consideramos que la reforma penal se presentaba como una necesidad urgente y su atención por parte de los legisladores está más que justificada. Otra cosa es que el contenido de la reforma haya dejado descontentos a muchos, debido al intento de conciliar los intereses del gobierno para contar con mayores elementos jurídicos en su lucha contra la criminalidad organizada, por un lado, y los propósitos de la sociedad civil por modernizar nuestro sistema penal y hacerlo compatible con las mejores prácticas internacionales, por el otro. No son dos propósitos que puedan convivir pacíficamente, pero los legisladores se las ingeniaron para meterlos juntos en la reforma.

¹ Los datos estadísticos que avalan esta afirmación pueden verse en CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 5a. ed., México. Porrúa, RENACE, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, 2009. capítulo I.

² Como es obvio, el problema no es exclusivo de México. A finales de marzo del 2009 el influyente periódico "The New York Times" dedicaba uno de sus editoriales a pedir apoyo para una iniciativa legislativa que proponía crear una comisión encargada de revisar en profundidad el fracaso monumental del sistema penal en los Estados Unidos ("Reviewing criminal justice", The New York Times, 30 de marzo de 2009; consultable en http://www.nytimes.com/2009/03/30/opinion/30mon1html?_r=1). El periódico citaba, entre otros datos espeluznantes, el siguiente: mientras que el gasto en prisiones había crecido un 127% en las dos últimas décadas, el gasto en educación lo había hecho en un modesto 21%; es decir. el gasto en prisiones había crecido seis veces más que el gasto educativo. Se trata de un dato que dibuja de cuerpo entero las prioridades de una sociedad y de unos gobiernos que han llevado a que uno de cada 100 habitantes del país se encuentre encarcelado, cifra sin paralelo en ningún otro país del mundo (para un análisis detallado de este dato véase más adelante el capítulo dedicado al diagnóstico del sistema penal).

Carbonell, M. (2010). Los Juicios Orales en México. (pp.3-4). México: Porrúa.

Lectura 5

Las aportaciones de la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia de México del 2008

En su artículo **“Constitución y Nuevo Proceso Penal”**, Salvador Valencia Carmona, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, aborda el tema de la reforma judicial explicando su contenido y sus principales aportaciones al sistema jurídico nacional. Este artículo nos presenta una visión clara y concisa de la gestación, el desarrollo y culminación de la reforma que llevó a la implementación del nuevo proceso penal en México.

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

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

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

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

Habrá que estar muy pendientes; sin embargo, de la manera en que se lleve a cabo la reforma, pues como bien apunta Vargas Viancos, en varios de los países latinoamericanos las reformas procesales penales fueron hechas sin prever los cambios organizacionales necesarios para su funcionamiento, su requerimiento de personal, las nuevas condiciones de infraestructura necesaria, sobre todo se careció de una estrategia de implementación que permitiera monitorear el proceso y hacer los ajustes correspondientes; especialmente relevante fue la desatención al cambio cultural que tales reformas entrañan.⁶

⁶Vargas Viancos, Juan Enrique, "Eficiencia en la justicia. Documento preparado por el Centro de estudios de Justicia de las Américas en el marco de la justicia judicial", *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 5, enero – junio de 2005, p. 226.

Valencia, S. (2009). Constitución y Nuevo Proceso Penal, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, (13), p., s/n. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/refjud/cont/13/pjn/pjn4.htm>

LECTURAS ADICIONALES

Las siguientes lecturas se recomiendan pues los distintos autores se refieren a la reforma del sistema de justicia penal mexicano, sus aciertos, errores y los avances que al 2011 habían tenido cinco de los estados que habían implementado el sistema acusatorio.

- García, S. (2008). Reseña Legislativa sobre la Reforma Constitucional de 2007-2008 en materia de Seguridad Pública y Justicia Penal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, (123), septiembre-diciembre, 1557 – 1581. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42712314>
- Solorio, D y Pelayo, C. (2010). La Justicia Penal que viene: El caso Baja California. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, (127), enero – abril, 347 – 357. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42715760011>

TEMA 2: PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA PENAL, SUJETOS PROCESALES Y OTROS INTERVINIENTES

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I*.
- Lectura 2: Hesbert Benavente y Juan David Pastrana, *El juicio oral penal*.
- Lectura 3: Rogelio Rueda, "La actuación de los operadores en el sistema acusatorio adversarial".
- Lectura 4: Sabas Chahuán, *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*.
- Lectura 5: Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*.

Lectura 1

Principios de la persecución penal y garantías individuales

En su libro *Derecho Procesal Chileno, Tomo I*, Horvitz y Masle desarrollan las temáticas sobre los principios, los sujetos procesales, las medidas cautelares y la etapa de investigación de la justicia penal. En particular, el capítulo sugerido hace una distinción entre los principios de la persecución penal y las garantías individuales ante la persecución penal para explicar sus alcances y diferencias.

(...) Lo habitual es que, en este nivel de análisis, la discusión en torno a los principios no involucre juicios valorativos de preferencia, lo que permite que éstos sean presentados de una manera más bien neutra, sin referencia a las limitaciones que imponen a su reconocimiento las garantías individuales reconocidas por el ordenamiento jurídico.⁶

De esta manera, proponer una sistematización de los principios y garantías que informan el proceso penal chileno a partir de la reforma es una tarea de alguna manera nueva en nuestro medio, en la que estamos obligados a servirnos de doctrina extranjera, desarrollada en función a marcos de referencia que no son necesariamente los mismos, ya que obedecen a las declaraciones de derechos incorporadas en sus leyes fundamentales y a la aplicación que les ha dado la jurisprudencia de esos Estados y de los tribunales internacionales de derechos humanos a los que se encuentran vinculados por convenciones internacionales.⁷

Nuestra propuesta se servirá de doctrina extranjera en cuanto ella tiene de universal en la determinación del contenido de principios que son comunes a los diferentes sistemas procesales penales contemporáneos. A partir de allí, propondremos confrontar estas nociones con la forma en que dichos principios aparecen reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, Finalizaremos analizando, en cada caso, la forma en que los respectivos principios o garantías han sido reconocidos por el sistema procesal penal que es producto de la reforma.

Lo anterior significa que sólo ocasionalmente analizaremos los principios expuestos a la luz del antiguo sistema procesal penal chileno. Es cierto que nos encontramos en un momento de coexistencia de dos sistemas procesales distintos.⁸ Sin embargo, nuestro interés no está centrado en una crítica al sistema del CdPP, sino en el estudio de los principios que informan el sistema de la reforma. La pretensión es que, a través de la revisión de los principios y garantías en general, y de su concreción en las leyes procesales penales en particular, logremos una primera aproximación a las características del nuevo sistema procesal penal chileno.

B. PANORAMA

Nuestra propuesta sistemática en esta materia involucra una distinción entre *principios*, por una parte, y *garantías*, por la otra. La distinción parecerá en varios puntos algo forzada porque, en el fondo, el reconocimiento de *garantías* procesales obedece, en buena medida, a lo que se ha llamado la "constitucionalización de los principios procesales penales".⁹ Así, por ejemplo, al considerar como garantía el "derecho a un juicio oral y público" no estamos haciendo más que elevar a rango constitucional los principios de oralidad y publicidad, excluyendo a sus antítesis teóricas (escrituración, secreto) como alternativas válidas para la consolidación de un estado de derecho.

Sin embargo, la distinción que proponemos es válida porque no todos los principios que determinan un sistema procesal penal pueden ser elevados al rango de garantías. Buena parte de ellos obedecen a las necesidades de la organización del poder de persecución penal de un Estado y son, por tanto, opciones políticas que no tienen necesariamente una dimensión garantista.¹⁰ Así sucede, indiscutiblemente, con principios como el de *oficialidad*, *investigación oficial* o *legalidad* y no tan indiscutiblemente con el *principio acusatorio*, que sin embargo incluiremos en esta categoría por no ser en sí mismo una garantía individual sino una forma de organización del proceso que en definitiva facilita la realización de determinadas garantías de ese orden.

Hecha esta distinción entre principios y garantías, clasificaremos estas últimas atendiendo a si ellas aparecen asociadas a la organización judicial o al procedimiento, y dentro de este último distinguiremos las garantías que se aplican al procedimiento penal en su totalidad de aquellas que se aplican solamente a la etapa del juicio.¹¹

La estructura de este capítulo seguirá el siguiente orden:

1. PRINCIPIOS DE LA PERSECUCIÓN PENAL

1.1 Principio de oficialidad.

1.2 Principios de investigación oficial y aportación de parte.

1.3 Principio acusatorio.

1.4 Principios de legalidad y oportunidad.

⁶Vid. por todos MORALES ROBLES (E.), *Explicaciones de derecho procesal*, Santiago, 1987, t. III, pp. 102 a 119 y 216 a 218. Contra esta tendencia y por excepción, véase PEREIRA (H.), *La protección procesal de los derechos humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Editorial Universitaria, Santiago, 1990 y TAVOLARI (R.), "Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal Chileno", en *El proceso en acción*, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, pp. 557 a 582.

⁷ Véase HORVITZ (M.I.), "La influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de sus órganos en el Proceso penal Europeo" en *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección de Estudios N° 1, Santiago, 1994, pp. 373 – 418.

⁸ El sistema procesal penal de la reforma tiene programada una puesta en marcha gradual a lo largo del país. A la fecha de elaboración de este trabajo el nuevo sistema rige plenamente en las regiones II, III, IV, VII y IX. Vid. supra, nota I.

⁹ MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho Jurisdiccional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, t. I, p. 318. En la misma línea, afirma TAVOLARI que "se ha dado a la luz un movimiento de constitucionalización, esto es, de elevación a los estratos superiores del Ordenamiento Jurídico, de las instituciones cautelares de los valores del individuo que, comprobado insuficiente, originó el desarrollo de un proceso de internacionalización de la protección de estos valores". TAVOLARI (R.), ob. cit., p. 557.

¹⁰ En palabras de GOLDSCHMIDT: "los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. 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". Citado por MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, p. 319.

¹¹ Excluiremos de este estudio aquellas garantías que comportan límites formales a la averiguación de la verdad tales como la prohibición de apremios ilegítimos, la inadmisibilidad del imputado como órgano de prueba, el derecho a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Dichos principios serán estudiados en conjunto con los principios que regulan la prueba y las reglas de exclusión, en el tomo II de esta obra.

Lectura 2

Principios de la actividad probatoria y del juicio oral

En su libro *El Juicio Oral Penal, Técnica y Estrategias de Litigación Oral*, Benavente Chorres y Pastrana Berdejo abordan el concepto e importancia del juicio oral como etapa central del proceso penal acusatorio con tendencia adversarial. Particularmente, en el capítulo sugerido analizan detalladamente los principios vinculados con la actividad probatoria y aquellos que se vinculan al desarrollo del juicio oral en sí.

2.4 PRINCIPIOS QUE RIGEN EL JUICIO ORAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Según la doctrina, los principios que rigen el Juicio Oral son: la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor. A continuación se desarrollarán cada uno de estos principios en razón a su agrupamiento en dos ítems: **a)** principios vinculados con la actividad probatoria; y, **b)** principios referidos al desarrollo en sí del Juicio Oral.

2.4.1 Principios Vinculados con la Actividad Probatoria

En primer lugar, resalta un conjunto de principios vinculados con la actividad probatoria que se desarrolla en el Juicio Oral, los cuales son:

A) Principio de oralidad. Se encuentra recogida en varios instrumentos internacionales,⁸⁶ y se le considera como un instrumento o medio facilitador de la esencia de la justicia básica y garantista de los derechos mínimos de sus destinatarios. En efecto, todo lo expuesto o argumentado por las partes o por el juzgador al ser expresados verbalmente (y consignados en las actas de la audiencia)⁸⁷ permite la comunicación durante la audiencia y la actuación de sus intervinientes, incluso se prevé la posibilidad del apoyo de un intérprete o traductor, si así se requiera.

(...)

B) Principio de publicidad. Con referencia a la publicidad, la misma permite la participación de la comunidad,⁹⁰ la que es finalmente la interesada en que la problemática se solucione, observando como los jueces cumplen su función; colocando de manifiesto y censurando los excesos, abusos o, si sucede, la impunidad.⁹¹

(...)

C) Principio de inmediación. En lo que respecta a la inmediación se refiere a la necesidad de que el juez que va a proferir la sentencia aprehenda el conocimiento directo que deviene del acopio probatorio, y así logre formar su convicción frente al caso propuesto. Es aquella posibilidad que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal.⁹³

(...)

D) Principio de contradicción. Con referente a la contradicción, la misma supone la posibilidad que tienen las partes – llámense Ministerio Público y defensa del acusado – para sustentar sus planteamientos mediante la aportación de pruebas, de discusión o debate sobre las mismas y de la argumentación final o alegatos que pudieran sostener previo a la decisión final del juzgador.⁹⁵

(...)

E) Principio de presunción de inocencia. En sus orígenes, la inocencia se tomó como un estado de pureza absoluta; la lectura fue ideológica: se afirma que las personas al nacer llegan al mundo inocentes, y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte. La aplicación en el proceso penal de esta idea se transmite con igual intensidad: sólo la sentencia judicial puede variar el estado de inocencia. Y por eso cuando el juez “absuelve”, declara y confirma dicho estado de inocencia;⁹⁷ mientras que la “condena” es constitutiva, pues a partir de ello nace un estado jurídico nuevo.

⁸⁶ Artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁸⁷ Sin embargo, en el procedimiento escrito – al contrario de lo que ocurre en la audiencia de debate en el juicio oral -, dada la estructura del órgano jurisdiccional (que permite el remplazo de los jueces sin renovación de los actos ya realizados), es menester que las audiencias sean documentadas en actas en las que se vuelque la totalidad de las manifestaciones de los intervinientes, de modo más completo posible, lo que también se impone para los actos de la instrucción (que es escrita) en el sistema con juicio oral. Al respecto, consúltese. CREUS, Carlos, OB. cit. p. 129.

⁹⁰ Salvo las excepciones que la ley pueda señalar.

⁹¹ Este principio tiene la particularidad de no referirse a ninguno de los sujetos procesales que intervienen en el caso, sino, en cambio, a personas distintas de esos sujetos; no se refiere a la posibilidad del conocimiento de los actos por las partes, sino a la publicidad popular. Cfr. BOVINO, ALBERTO. *Principios Políticos del Procedimiento Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 74.

⁹³ Cfr. GUERRERO PERALTA, OSCAR. *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2005. p. 153.

⁹⁵ Indica SANCHEZ VELARDE, que salvo que se manifieste un supuesto de aceptación a la acusación fiscal, las pruebas deben debatirse en el juicio oral pues ello es lo que se espera del esquema acusatorio del juicio para que el juez realizando labor de valoración pueda dictar la sentencia que corresponda. Cfr. SANCHEZ VELARDE, PABLO. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Idemsa, Lima, 2004, p. 569.

⁹⁷ La expresión “estado de inocencia”, es empleada por Gozaini, quien señala que le parece difícil explicar que una persona se presuma inocente cuando se le tiene anticipadamente culpable (por ejemplo, cuando se le dicta el procesamiento –que es un juicio de probabilidad incriminante-) aplicándole una medida cautelar como la prisión preventiva, pareciéndole una contradicción, Cfr. GOZAINI, OSVALDO ALFREDO. *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, p. 227.

Lectura 3

Sujetos procesales y separación de funciones

En el artículo **“La actuación de los operadores en el sistema acusatorio adversarial”** se analiza cómo las reformas penales constitucionales impactan en la actuación de los operadores del sistema de justicia penal y se plantea la separación de funciones, tanto sustantiva como administrativa, para el fortalecimiento de los principios fundamentales del sistema acusatorio y para el buen despacho que generen las instituciones de seguridad y justicia penal

(...) Por tal motivo, es necesario definir el rol que tendrán en este momento los operadores y hacer una clara división de los procesos administrativos de los sustantivos, a fin de fortalecer su servicio público y cumplimiento de funciones bajo un Estado de Derecho efectivo.

En este sentido, sin menoscabo de los demás actores sustantivos que hay en el sistema, mi opinión es que el principal actor, y del cual es menester mejorar mucho más como detonante del proceso de justicia penal en México, es el Ministerio Público, es decir, colocarlo como el administrador de la investigación leal y objetiva de los hechos conocidos en el esclarecimiento de los mismos con el vínculo causal. Bajo esa tesitura del conocimiento de un delito cometido, denuncia o querrela presentada, se accionan los mecanismos de investigación y obtención de pruebas certeras que motivan a generar las estrategias de litigación de juicio oral, por eso mismo, el Ministerio Público actual se vislumbra no como investigador solamente del delito sino como un investigador que construye su teoría del caso para acusar, a fin de propiciar las condiciones que aseguren la impartición de justicia.

Otro aspecto que robustecer dentro de las atribuciones del Ministerio Público es la atención y protección a víctimas del delito. Esta parte ha sido olvidada por las instituciones de procuración de justicia en el país, por tal motivo, en el nuevo sistema acusatorio es de suma importancia garantizar la reparación del daño causado, no solamente material sino moral y psicológico, sobre la afectación causada por delito cometido. También es sustancial que el Ministerio Público proponga una pena al responsable de la comisión del delito y, del mismo modo, sea proporcional a la culpabilidad del imputado, a efecto de que dicha pena confiera resultados de prevención a favor de la sociedad y reinserción para el sentenciado, y la indemnización correspondiente que en su caso proceda sea beneficio de la víctima u ofendido.

Algo innovador en la actuación del Ministerio Público es la facultad que le concede la Constitución de aplicar el *criterio de oportunidad*. Si bien es cierto que es una vía auxiliar al descongestionamiento del procedimiento en delitos de escasa relevancia social y afectación mínima del bien jurídico tutelado, a lo que comúnmente identifican los juristas como *condiciones de bagatela*, es de suma relevancia que cuando el Ministerio Público aplique este principio no debe abusar de él, ya que la víctima podría obtener parcialmente la reparación del daño y, más aún, dejar sin efectos el daño causado, moral o psicológico, que produjo el delito, o bien, que el imputado no logre alcanzar la reinserción social deseada y posteriormente vuelva a delinquir.

(...) Tras la reforma constitucional penal de 2008, cualquier policía que tenga conocimientos de hechos constitutivos de la comisión de un delito se encuentra como corresponsable de investigar y dar un informe detallado de su actuación a la autoridad competente, no así de la formalidad del ejercicio de la acción penal ante el órgano jurisdiccional, que es una facultad propia del Ministe-

rio Público. Entonces, como la redacción del artículo constitucional no nos refiere las características del policía que está obligado a investigar, corresponde interpretar que es todo el estado de fuerza policial del país; ya que la intención del legislador era generalizar el concepto, no hay de otra, independientemente de que sea integrante de una corporación o institución en materia de seguridad pública.

(...)

Con el objeto de cerrar la trilogía de actores responsables en la investigación de hechos delictivos, se encuentra el perito profesional. Actúa en este nuevo sistema acusatorio como auxiliar del Ministerio Público, y ahora también de la policía investigadora. Se amplían sus atribuciones en el estudio y metodología de evidencias turnadas para la comprobación o negación de hipótesis planteadas. También emite aclaraciones de hechos delictivos y aporta elementos confiables versados en pruebas científicas.

Un factor importante que fortalecerá a este operador sustantivo es que las Procuradurías Generales de Justicia decreten la autonomía de servicios periciales. Esto se debe a que ahora la presentación de pruebas científicas en los juicios orales es fundamental para sustentar la acusación. La carga de trabajo aumenta y por consecuencia el servicio también. Esto obliga a la necesidad de movimiento independiente, tanto de gestión como operativa.

(...)

Continuando con la actuación de los operadores del sistema penal acusatorio, comenzaré la referencia del Defensor Público, con lo plasmado en el artículo 20, apartado B, fracción VIII:

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

Para que haya una defensa acorde a las necesidades del sistema acusatorio, es forzoso equilibrar en la misma igualdad de armas al Ministerio Público y a la defensa pública, es decir, buscar equilibrio procesal entre las partes. Otro aspecto que anuncia la Constitución es que:

La Federación, los estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

El primer fortalecimiento que se refleja constitucionalmente es pasar de ser una defensoría de oficio a una defensoría pública; lo segundo es llevar a cabo en la institución un servicio de carrera para los defensores. Ésta se solidifica con la autonomía como institución de defensoría pública, orientada del mismo modo con la igualdad entre las partes que se busca entre Ministerio Público y la defensa: honorarios, servicio de carrera, soporte de investigación y servicios periciales.

Administrativamente también identificamos implantar ciertas innovaciones de la institución de la defensoría pública. En este sentido, hago el siguiente planteamiento:

El proceso de procuración de justicia versa tanto para el Ministerio Público como para la defensoría pública, es decir, el Ministerio Público procura justicia en el ejercicio de acusar, la defensoría pública procura justicia en el ejercicio de defender. Parte esencial de la procuración de justicia es la investigación, el Ministerio Público tiene sus dos brazos operadores: el policía investigador y el perito profesional. En este caso, al defensor público también es necesario fortalecerlo con dos operadores; tal vez no con la misma dimensión que la institución de las Procuradurías Generales de Justicia tiene, pero será necesario fijar en la estructura de defensoría pública un área básica de servicios periciales, como también un área que contemple operadores en la investigación de campo, orientados más con el perfil de investigadores privados. Con lo anterior, estaremos en condiciones para equiparar a las partes en el proceso penal.

(...)

En este caso, el impartidor de dicha justicia es el siguiente operador que tenemos en el sistema acusatorio: el Juez de Control, el Juez de Juicio Oral y el Juez de Ejecución de Sanciones. Cada uno de ellos, dentro de las atribuciones que le confieren la propia Constitución y leyes secundarias, actúan respectivamente en las etapas procedimentales correspondientes (inicial, intermedia, juicio oral), con el objeto de administrar los juicios orales en el amparo de los derechos fundamentales de las partes, tanto de la víctima u ofendido como del imputado. Por eso, en el ámbito judicial hay una clara división de lo que anteriormente había señalado: la división de los procesos administrativos de los sustantivos. Ahora habrá un control administrativo de salas y un control administrativo de causas, en donde el juez de control, el de juicio oral y el de ejecución se van a encargar del ámbito exclusivamente sustantivo.

Asimismo, el juez cumplirá conforme a sus atribuciones el mandato constitucional de que toda persona que sea llevada a juicio sólo puede ser condenada o llevada a medidas de seguridad por *normas procesales definidas en una sentencia, sentencia dictada por un tribunal imparcial, una investigación realizada por un órgano público distinto al juez, una sentencia emanada de un juicio público y oral.*

Rueda León, R. (2011). La actuación de los operadores en el sistema acusatorio adversarial. El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio desde la Perspectiva Constitucional del Consejo de la Judicatura Federal, (1ª edición). 148-150, 152-154.

Lectura 4

Nuevas actividades de los sujetos procesales

En esta lectura del Manual del nuevo procedimiento penal se encontrará una exposición de algunas actuaciones de la víctima y el imputado en el nuevo proceso penal chileno, a causa de la implementación del sistema acusatorio. El autor también se refiere a la querrela, indicando quiénes la pueden interponer.

2.3. El imputado

A. CALIDAD DE IMPUTADO Y DERECHOS

El nuevo procedimiento penal establece una serie de derechos para el imputado. En primer lugar, en el Título I, del Libro Primero del CPP, dentro de los principios básicos, como ya se analizó (*vid. supra* Primera Parte, 1.2.), se señala que todas las facultades, derechos y garantías que la Constitución, el CPP y otras leyes reconocen a la persona a quien se le atribuyere participación en un hecho punible se podrán hacer **valer desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia (art. 7° CPP)**. Y se expresa qué se entiende por primera actuación del procedimiento **cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal en lo criminal, el Ministerio Público o la Policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible y en la que se señale a una persona como participe en aquél**.

En segundo lugar se consagra que (**art. 8° CPP**) el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigida en su contra. Asimismo, se expresa que tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones legales expresas.

Es menester tener presente que, según el **art. 104 CPP**, el defensor podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal.

Debemos recordar también, como ya se analizó (*vid. supra*, Primera parte, 1.2), letra D), que el establecimiento expreso de la presunción de inocencia representa una garantía procesal que se torna insoslayable para todos los participantes en el procedimiento y se relaciona con una serie de normas del nuevo Código, como las ya citadas y otras que se mencionarán (como la que consagra los "derechos del imputado", las normas sobre medidas cautelares personales, las normas sobre declaración del inculcado, etc).

La norma que contiene los "**derechos y garantías del imputado**" es el artículo 93 del CPP que dispone que todo imputado puede hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.

(...)

Siguiendo esta tendencia, en el Código Procesal Penal, en primer lugar, precisa el concepto de Víctima. Así, según el art. 108 CPP, se entenderá que lo es **el (directamente) ofendido con el delito**.

Si el delito tuvo como resultado la muerte del ofendido o si éste no pudiere ejercer los derechos que le otorga el nuevo Código, se considera víctima a diversas personas.

El orden en que se enumeran éstas en el Código determina su preferencia para ser considerada como víctima de manera que, si interviene una o más personas de una categoría en el proceso, queda, inmediatamente, excluida la que le sigue en la enumeración. Las personas y el orden de prelación referidos son:

- a) el o la cónyuge y los hijos;
- b) los ascendientes;
- c) el conviviente (novedad importante en la legislación, atendida la realidad social de gran parte de las personas que se ven arrastradas a un proceso penal);
- d) el o los hermanos, y
- e) el adoptado o adoptante.

B. DERECHOS Y CIERTAS ACTUACIONES

Como se adelantó, en el CPP se reconoce a las víctimas de los delitos una serie de derechos. Sin perjuicio de lo expresado en el artículo 6° del CPP (vid. supra, Cap. III, Primera Parte, 1.2, F), existen dos normas distintas que consagran estos derechos, aunque se repitan algunos conceptos. Dentro de las normas referidas al Ministerio Público está el artículo 78, que impone obligaciones a los fiscales (ya citado) y, dentro del párrafo dedicado a la Víctima, el artículo 109.

(...)

En concreto, el art. 109 CPP dispone:

“La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

- a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
- b) **Presentar querrela;**
- c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;
- d) **Ser oída**, si lo solicitare, **por el fiscal antes** de que éste pidiere o se resolviere la **suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;**
- e) **Ser oída**, si lo solicitare, **por el tribunal antes** de pronunciarse acerca del **sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa**, e
- f) **Impugnar** el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

(...)

B. LA QUERELLA

B.1. TITULARES, OPORTUNIDAD Y REQUISITOS

(arts. 111, 112 y 113 CPP)

a) La querrela puede ser interpuesta por la **Víctima** (incluye, por supuesto, a las personas que, en el caso del art. 108 inciso 2° CPP y en el orden allí establecido, se consideran como víctima), por su **representante legal o su heredero testamentario (éste no aparece en el art. 108**. Sí figuraba en el art. 135 del Proyecto de CPP durante su tramitación en la Cámara de Diputados). Creemos que, obvia y exclusivamente, se refiere al heredero del ofendido directamente con el delito;

(...)

Oportunidad. La querrela se puede presentar en cualquier momento del procedimiento, mientras el fiscal no declare cerrada la investigación. Creemos que, en el evento que la investigación se reabriese (art. 257 CPP), se podría también interponer la querrela, mientras no se declarase, nuevamente, cerrada.

La querrela se debe presentar ante el **Juez de Garantía** quien puede negarse a darle tramitación, como veremos. Si la admite a tramitación, la remitirá al Ministerio Público.

(...)

Si el Juez de Garantía declara inadmisibile la querrela su resolución es apelable, pero no se puede, durante la tramitación del recurso, disponer la suspensión del procedimiento. Por el contrario, **si admite a tramitación** el libelo, su resolución en tal sentido es **inapelable**.

(...)

B.3. DESISTIMIENTO

Oportunidad y efectos. El querellante puede, **en cualquier momento del procedimiento**, desistirse de su querrela. Si lo hace será responsable de las costas propias y, sobre las otras, quedará sujeto a la decisión que el Juez adopte en la materia, una vez finalizado el procedimiento (art. 118 CPP).

No obstante la facultad antedicha, **los efectos** del desistimiento en relación a la continuación del procedimiento serán diversos según la clase de acción penal de que se trate. Así, estando frente a una querrela por un delito de acción privada, salvo que hubiere oposición del querrellado, si hay desistimiento se decretará el **sobreseimiento definitivo** de la causa (art. 401 CPP). Ello no ocurrirá tratándose de otro tipo de delito, como se verá.

Derechos del Querrellado. El desistimiento de la querrela dejará a **salvo el derecho del querrellado** para ejercer, a su vez, la acción penal o civil a que dieren lugar la querrela o acusación calumniosa, y a demandar los perjuicios que le hubiere causado en su persona o bienes y las costas.

Se **exceptúa** el caso en que el querrellado hubiere **aceptado expresamente el desistimiento** del querellante (art. 119 CPP).

B.4. ABANDONO DE LA QUERRELLA

El tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, declarará el abandono de la querrela, si concurren ciertas hipótesis, establecidas en el art. 120 CPP. Estos casos son los siguientes:

- a) Cuando el querellante no adhiriere a la acusación fiscal o no acusare particularmente en la oportunidad que corresponde;
- b) Cuando no asistiere a la audiencia de preparación del juicio oral sin causa debidamente justificada, y
- c) Cuando no concurriere injustificadamente a la audiencia del juicio oral o se ausentare de ella sin autorización del tribunal.

Debemos señalar, además, que la resolución que declara el abandono de la querrela es apelable, sin que en la tramitación del recurso pueda disponerse la suspensión del procedimiento. La resolución que niega lugar al abandono es inapelable.

Lectura 5

Sujetos procesales en el juicio oral

En su libro *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*, Baytelman y Duce plantean una panorámica del nuevo proceso penal. En la lectura sugerida se enfatiza el análisis de las reglas del juicio oral, por lo que se detallan las actividades de los involucrados, a quienes es indispensable conocer si se quiere desarrollar y entender las destrezas que se requieren para un óptimo desarrollo del juicio.

2.1. ACTORES NECESARIOS Y ACTORES EVENTUALES

El juicio oral demanda la presencia necesaria de los siguientes actores:

a) Los jueces que fallarán el caso

El nuevo sistema entrega el conocimiento del juicio oral a un panel de tres jueces profesionales –sin jurado ni escabinos– que forman parte del ‘Tribunal Oral en lo Penal’. Estos tribunales reúnen a un conjunto de jueces, quienes integran salas de tres para conocer los juicios. El número de jueces varía según las necesidades de la jurisdicción. Cada uno de esos ‘grandes tribunales’ cuenta con un ‘juez presidente del Comité de Jueces’ a cargo de la administración del tribunal, junto con la administración profesional. La integración de las salas que componen el tribunal varía según reglas preestablecidas, sea por casos o por períodos. A su vez, cada una de estas salas de tres jueces tiene, para cada juicio, un presidente a cargo de arbitrar el debate.

Ahora bien, una vez que se ha cerrado la investigación y se ha deducido acusación por parte del ministerio público, el juez de garantía confecciona el “auto de apertura del juicio oral”, documento en el cual se contiene la acusación, la defensa y los medios de prueba que se utilizarán en el debate. Recibido el auto de apertura por el juez presidente del tribunal, se fijará fecha para el juicio. Esta fecha no podrá ser antes de quince ni después de sesenta. El juez presidente señalará también la integración precisa de la sala del juicio, de acuerdo con el sistema de distribución de causas previsto en el tribunal. Los jueces en lo penal pueden ser inhabilitados por las partes según las normas generales de impuncias y recusaciones contenidas en el Código Orgánico de tribunales. La ausencia de cualquiera de los jueces en cualquier porción del juicio acarrea la nulidad del mismo. No obstante, el juez presidente del tribunal podrá convocar a un número mayor que los tres jueces requeridos cuando existan circunstancias que permitan presumir que alguno de estos deberá ausentarse del debate. Por supuesto, una vez que un juez se ausenta del debate no puede seguir conociendo ese juicio.

b) El ministerio público

Se trata en este caso de la institución y no de un fiscal en particular. El ministerio público opera bajo el principio de unidad, de manera que cualquier fiscal representa de igual manera a toda la institución. Al tribunal le es indiferente cómo el ministerio público organice su comparecencia a juicio. Habiendo en la sala un fiscal que dice venir a litigar el caso en juicio, la presencia del ministerio público se encuentra satisfecha. La ausencia del ministerio público en cualquier porción del juicio acarrea su nulidad.

c) El acusado con su defensa

Aunque el acusado tiene derecho a presenciar todo el juicio, el Código contempla ciertas hipótesis en que puede ser excluido:

- Cuando el propio acusado así lo solicite.
- Cuando el tribunal ordene que el acusado haga abandono de la sala, porque su comportamiento perturba el orden de la audiencia.

En ambos casos, si el acusado reingresa a la audiencia, el Código dispone que el presidente de la sala le informe de lo ocurrido en su ausencia (ver artículo 285).

En el caso del defensor, su presencia en el juicio es un requisito de validez del mismo (ver artículo 286). El artículo 287 establece sanciones para el abogado que no asistiere o abandonare la audiencia injustificadamente. Esta norma intenta evitar que la no comparecencia al juicio sea utilizada por los abogados como prácticas dilatorias.

Participan también en el juicio el querellante si lo hay, lo mismo que los actores civiles. Sin embargo, aun existiendo dichos actores, su ausencia en el juicio oral –o la de sus representantes– no impide la realización del mismo, acarreado para ellos en cambio el abandono de la instancia (ver artículo 288 y artículo 120 c).

Baytelman, A. y Duce, M. (2004). Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. (pp. 31-32). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

LECTURAS ADICIONALES

Algunos otros autores detallan el contenido y los alcances de los principios del proceso penal; además de las funciones o el papel de quienes en él participan. He aquí algunos autores que también vale la pena consultar:

- Pasará, L. (2009). El papel del Ministerio Público en la reforma procesal penal chilena. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, pp. 193-238. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/13/jec/jec11.pdf>
- Carbonell, M. (2010). *Los Juicios Orales en México*. (p. 200). México: Porrúa.
- Quiñones, H. (2003). *Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño*. (pp. 1-171). El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura.

TEMA 3: LA INVESTIGACIÓN. FORMALIZADA Y DESFORMALIZADA

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Mauricio Duce y Cristian Riego, *Proceso Penal*.
- Lectura 2: María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I*.
- Lectura 3: Miguel Sarre y Tania Luna, *La Reforma de Justicia Penal en México*.
- Lectura 4: Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*.

Lectura 1

Etapas de la investigación. Ventajas y desventajas

En Proceso Penal, Mauricio Duce y Cristian Riego también analizan las características, ventajas y desventajas de las dos etapas en que se divide la investigación. Sugerimos esta lectura pues permite comprender el análisis lógico jurídico que guía al Ministerio Público hacia la decisión de formalizar la investigación.

II. LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Desde el punto de vista de la formalidad del procedimiento, el Código Procesal Penal contempla, una vez que se produce la intervención judicial, un cambio importante en el desarrollo de la etapa de investigación, por eso mismo, es posible distinguir dos subetapas dentro de esta fase del proceso. Como hemos visto, hasta antes de la formalización de la investigación, la actividad del fiscal y de la policía se desarrolla sin apego a formalidades y, por lo general, sin intervención del imputado, quien puede ni siquiera estar enterado del hecho de existir una investigación en su contra. Ésta constituye una primera subetapa de la investigación. Su principal ventaja, como ya señalamos, consiste en la mayor flexibilidad que disponen los órganos de persecución penal para llevar adelante la investigación de los delitos y el carácter reservado, aunque no normativamente, que poseen habitualmente estas actividades. Con todo, el Ministerio Público, por regla general, se encuentra imposibilitado para realizar diligencias o solicitar medidas que puedan afectar los derechos constitucionales de las personas investigadas. Es por eso que cuando esa investigación requiere de la adopción de medidas que significan la afectación de derechos del imputado y que, en consecuencia, suponen la autorización judicial previa, se debe producir una actuación formal, la formalización de la investigación, que tiene como efecto central un cambio en el régimen de la etapa de instrucción. Esta segunda etapa investigativa presenta la ventaja de ofrecerle al Ministerio Público la posibilidad de obtener autorizaciones para diligencias o medidas que significan o pueden significar una restricción importante de derechos para el imputado (prisión preventiva, incautación de bienes, etc.), pero –por otra parte- abre el proceso a un mayor control judicial, del imputado y de su defensor y, eventualmente, de otros intervinientes. En consecuencia, la decisión del Ministerio Público de producir la intervención judicial, por medio de la formalización de la investigación, es fundamentalmente una decisión de carácter estratégico.

Duce, M y Riego, C. (2007). Proceso Penal. (p. 219). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Lectura 2

Formalización de la investigación, características y efectos

En su libro *Derecho Procesal Penal Chileno*, Horvitz Lennon y López Masle plantean que la formalización de la investigación tiene una función garantista y constituye un requisito previo a la obtención de cualquier autorización judicial necesaria para que el Ministerio Público lleve a cabo la práctica de diligencias de investigación que afecten derechos fundamentales. En esta lectura se abordan los conceptos relacionados con la formalización de la investigación, sus características y efectos.

7. FORMALIZACION DE LA INVESTIGACION

7.1. CONCEPTO

Conforme al artículo 229 CPP, la formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

Esta actuación del fiscal cumple una función esencialmente garantista, cual es la de informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra. Con anterioridad a la reforma esta función la cumplía el *auto de procesamiento*, sólo que -sustancial diferencia- a dicha decisión de carácter jurisdiccional iban automáticamente asociadas consecuencias o efectos extremadamente graves para los derechos del imputado, como la prisión preventiva, el arraigo de pleno derecho, la respectiva anotación prontuarial y restricciones al ejercicio de ciertos derechos. En el caso de la formalización de la investigación, esto no es así. Las solicitudes del fiscal que impliquen tal privación o restricción de derechos del imputado deberán ser resueltas por el juez de garantía previo debate de las partes, nunca en forma automática y con posterioridad a la formalización de la investigación.

La formalización de la investigación se plantea, en este sentido, como un requisito previo y necesario a la realización de ciertas actuaciones que exigen que el imputado conozca cabalmente el contenido de la imputación con el fin de ejercer sus medios de defensa. Así, cuando el fiscal deba requerir la intervención judicial para la práctica de diligencias de investigación que afecten derechos fundamentales o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente (artículo 230 CPP). Sólo se exceptúan de esta regla los casos expresamente señalados en la ley.¹⁶⁶

Es importante destacar que la formalización de la investigación es una actuación unilateral del ministerio público que no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez, sin perjuicio de la facultad del imputado para reclamar ante las autoridades del ministerio público cuando considere que ella ha sido arbitraria (art. 232 inciso final CPP).¹⁶⁷

¹⁶⁶ Un caso relevante se regula en el art. 236 CPP, vid. supra, VII.B.5.5.

¹⁶⁷ Véase, infra, el caso especial de la comunicación de la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento y las críticas dirigidas en contra de sus efectos. VII.10.4.3.

Horvitz, M. y López, J (2003). Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. (pp. 540 – 541). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Lectura 3

Actos iniciales en la investigación

En esta lectura sugerida del libro *La Reforma de Justicia Penal en México*, de Miguel Sarre y Tania Luna, se analizan las etapas desformalizada y formalizada de la investigación, precisando los actos que detonan el inicio de cada una y esquematizando las actividades en ellas desarrolladas. Esta lectura facilita la comprensión de la actividad investigadora del Ministerio Público.

La incorporación de la etapa de investigación no está expresamente prevista en la Constitución; sino que obedece a modelos procesales provenientes del derecho comparado en Latinoamérica y de las propias entidades federativas que han adoptado el modelo de justicia penal acusatorio de conformidad con el marco constitucional vigente, en consonancia con directrices aportadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos internacionales. La etapa de investigación comienza con la noticia criminal o *noticia criminis* (denuncia o querrela) que puede ser recibida por un agente de la policía (investigadora o inclusive preventiva, de acuerdo con el artículo 21 constitucional) o bien, por el ministerio público (MP). En todo caso, en nuestro sistema, el MP será quien dicte el respectivo *acuerdo de inicio*. En el supuesto de que sea la policía quien reciba la denuncia, ésta será responsable de dar aviso al MP de inmediato, sin perjuicio de proporcionar auxilio y protección a la víctima y a los testigos, preservar el lugar de los hechos y las evidencias, así como recabar toda la información posible que pueda ser de utilidad para la investigación, incluyendo, en su caso, la detención de la persona sorprendida en flagrancia. Todo lo anterior puede conducir a que el MP dicte el *acuerdo de inicio* y gire las instrucciones pertinentes, según haya o no de continuarse con la investigación. En el otro supuesto, cuando es el MP quien tiene conocimiento de la comisión del hecho, deberá ordenar a la policía las diligencias de investigación iniciales con el fin de determinar si la noticia del delito justifica continuar con el desarrollo de esta etapa.

(...)

Esta etapa se desarrolla en una fase de *investigación desformalizada*, seguida de *una fase de investigación formalizada*. La primera se mantiene reservada (exceptuando a la víctima u ofendido, así como a sus coadyuvantes o representantes legales) para favorecer el éxito de la misma y porque nada amerita hacerla del conocimiento de la persona cuya conducta se investiga, ni de la sociedad en general. La segunda, de carácter *formalizado*, se inicia una vez que se le haya imputado *formalmente* un delito a la persona y que se le haya comunicado la información que hasta ese momento obre en la *carpeta de investigación*⁴ del MP. Esta segunda fase da inicio con la citación judicial a la audiencia pública presidida por el juez de control de garantías en la que el MP comunicará a la persona en cuestión que se le imputan ciertos hechos⁵. A partir de ello, el juez decretará la *vinculación a proceso*, salvo que no comparta la *opinio delicti* del MP, es decir, que los hechos imputados, aun si llegasen a ser probados como ciertos, no serían constitutivos de delito o que los mismos ya hubiesen prescrito o que no sea verosímil la probable participación de la persona imputada. No obstante, es pertinente señalar que para la *formulación de la imputación*, no se requiere un determinado estándar probatorio, puesto que si bien, en este momento se anuncian los *datos de prueba* de los hechos imputados, los mismos todavía no se desahogan. Cabe aclarar que lo anterior es aplicable a las investigaciones que inician *sin detenido*, a diferencia de aquéllas iniciadas *con detenido* en las que por razones obvias, como se abundará más adelante, la investigación se formaliza inmediatamente.

Al final de esta etapa el MP habrá adquirido o no el convencimiento de que cuenta con datos suficientes para acusar a una o varias personas. Ello implica buscar, identificar y localizar los datos de prueba que posteriormente presentará al formular la acusación, si cuenta con elementos suficientes para abrir un proceso penal, en términos del artículo 102, apartado A constitucional (lo que funciona de forma similar al caso del abogado civilista quien antes de intentar la acción reivindicatoria, valora si cuenta con elementos suficientes para intentarla).

De acuerdo con lo anterior esta etapa concluye con la formulación de la acusación o el auto de sobreseimiento, o bien, con alguna de las medidas alternativas o proceso especial, según sea el caso.

⁴ La carpeta de investigación es una bitácora del agente del MP para llevar registro de la investigación que realiza que, a diferencia del expediente en la averiguación previa, como regla general, (antes de ser imputada la persona puede tener conocimiento de la investigación e incluso así poder optar por una salida alternativa) deberá hacerla del conocimiento de la defensa a partir de la citación judicial para la formulación de la imputación, y no se hará entrega de la misma al Juez, puesto que se trata de material propio de una de las partes. El nuevo sistema implica romper con la existencia de material probatorio que se incorpora *automáticamente* al proceso por el solo hecho de agregarse al expediente y correspondiente pliego de consignación. Como se explicará en la etapa relativa al juicio oral, todos los medios probatorios deberán ser incorporados por las partes en la audiencia respectiva.

Cabe apuntar que, en virtud del derecho a la no autoincriminación, el MP no tiene la facultad de conocer la información que haya recabado la defensa, pues ello podría traer como resultado que ésta se utilice en su perjuicio y contribuya a la condena del imputado. Esto es particularmente relevante en aquellas entidades que, como Guanajuato, han incorporado la figura del *investigador de la defensa*. Esta es la misma situación que se presenta cuando el MP identifica medios de prueba que favorecen al imputado y tiene la obligación de hacerlos del conocimiento del imputado y del juez, mientras que si la defensa identifica medios probatorios que lo incriminan, no está obligada a aportarlos.

⁵ Dado que la información de la fase *formalizada* de la etapa de investigación se ventila en una audiencia pública, en esta fase carece de sentido la secrecía de la actual averiguación previa, que sólo permite su acceso al inculpado, su defensor y a la víctima u ofendido o su representante legal.

Sarre, M. y Luna, T. (2011). La Etapa de Investigación, pp. 5-8. Recuperado de <http://www.juiciosorales.org.mx/biblioteca.aspx>

Lectura 4

La investigación y las decisiones de la Fiscalía

Esta lectura sugerida del libro *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*, de Baytelman y Duce, permite conocer más a detalle las decisiones que puede tomar el fiscal durante la investigación, con respecto a la continuación del procedimiento. Las decisiones distintas al ejercicio de la acción penal son necesarias para descongestionar el sistema penal y permitir que sólo los casos más relevantes se resuelvan mediante juicio oral.

1.1. LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

(...) el nuevo modelo de investigación implica la transformación de esta en una etapa puramente preparatoria del juicio criminal, entregada a los fiscales del ministerio público, quienes deberán, con el auxilio de la policía, conducir la investigación de los delitos, realizar las diligencias de investigación y ejercer la acción penal pública. Todo lo anterior bajo la supervisión del juez de garantía, juez unipersonal imparcial distinto de aquel que deberá fallar la causa.

Las modificaciones realizadas a la etapa de investigación fundamentalmente buscan darle a esta una mayor racionalidad, en términos de favorecer métodos más eficientes de investigación de delitos, sobre la base de una colaboración muy directa entre los fiscales y los agentes policiales y demás auxiliares. A la vez, se busca garantizar de mejor forma los derechos del imputado por medio de entregar su custodia a un juez completamente alejado de las tareas de investigación y persecución.

El ejercicio de la acción penal pública corresponde al ministerio público, órgano acusador, de acuerdo con el principio de legalidad. De este modo, el ministerio público deberá investigar y, en su caso, plantear la acusación respecto de todos los delitos que lleguen a su conocimiento. No obstante lo anterior, se reconoce la posibilidad de que el ministerio público no ejercite la acción penal, basado en diversas consideraciones de oportunidad que regula el Código Procesal Penal.¹ Se permite también poner término al proceso por vía de la suspensión condicional del procedimiento, quedando, en todo caso, el imputado obligado a cumplir ciertas condiciones, sin necesidad de reconocimiento de culpabilidad, para aquellos casos en que exista el pronóstico de que, aún llegándose a la condena, deberá aplicarse una medida alternativa a la privación de libertad. Asimismo, se puede poner término al proceso durante la etapa de investigación, aun cuando el ministerio público esté en desacuerdo, en casos en los que el imputado alcance un pleno acuerdo reparatorio con la parte agraviada, tratándose de delitos que afectan a ciertas categorías de bienes jurídicos o de cierta naturaleza.

En los casos en los que el ministerio público decida llevar adelante una investigación, podrá investigar libremente sin limitaciones de tiempo. No obstante, cuando la persecución respecto de una persona determinada pueda importar afeción a sus derechos constitucionales y, en consecuencia, se requiera la intervención judicial, deberá formular cargos precisos en contra del imputado. Esta formulación de cargos se denomina formalización de la investigación y sustituye al auto de procesamiento del sistema inquisitivo: no importa anotación en los antecedentes personales del imputado, no genera en principio ninguna afectación de derechos, ni implica ningún grado de sospecha, al menos judicialmente hablando. La formalización de la investigación tiene por objetivo central dejar en evidencia el hecho de llevarse a cabo una investigación de orden criminal, por un hecho determinado, respecto de una o más personas, también determinadas. La formalización de la investigación tiene el efecto de suspender el curso de la prescripción de la acción y de dar inicio a un plazo máximo de dos años para completar y cerrar dicha investigación.

En esta fase, el juez de garantía tiene fundamentalmente atribuciones de control y resguardo de las garantías constitucionales ligadas al debido proceso y a la libertad personal del imputado. Las actuaciones de la investigación siempre pueden ser examinadas por el imputado, las personas a quienes se haya acordado intervención en el procedimiento, los defensores y los mandatarios, salvo cuando pudiera entorpecerse la investigación, caso en el cual el ministerio público puede disponer la reserva parcial de ellos por decisión de los fiscales y por lapsos determinados. Esta decisión siempre podrá ser revisada, a petición de parte, por el juez de garantía. Por el contrario, la investigación siempre es reservada para los terceros extraños al procedimiento.

¹ Estas facultades son tres: (1) La facultad de no iniciar la investigación para los casos en que el hecho denunciado no sea constitutivo de delito o la responsabilidad penal del autor se encuentre extinguida, (2) el archivo provisional para los casos en los que sobre la base de los antecedentes disponibles es posible proyectar que no se podrán esclarecer, y (3) el principio de oportunidad para los casos que tienen asignadas penas menores y el fiscal considere que no se afectó de manera grave el interés público. Estas facultades están reguladas en los artículos 167 a 170 del Código Procesal Penal.

Baytelman, A. y Duce, M. (2004). Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. (p. s/n). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

LECTURAS ADICIONALES

Otras lecturas también explican de forma muy clara conceptos relacionados con la investigación en el sistema penal acusatorio. En ellas podrán ampliar su información sobre las finalidades y las etapas de la investigación; así como sobre el momento procesal oportuno para realizar la formalización de la investigación, el desarrollo de la audiencia y los efectos de dicha formalización.

- Pedraza, M.A., (2011). Finalidades de la indagación penal en Colombia. *Derecho Penal Online*, p., s/n. (párrafos tercero a quinto). Recuperado de <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,695,0,0,1,0>
- Manual de Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. (2009). *Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional USAID*, 30-32. Colombia.
- Carocca, A. (2005). *Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal*. (pp. 142-147). Santiago de Chile: Lexis Nexis.

TEMA 4: LAS MEDIDAS CAUTELARES. NATURALEZA, TIPOS Y FINES

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: José Cafferata y otros, *Manual de Derecho Procesal Penal*.
- Lectura 2: Mauricio Duce y Cristian Riego, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*.
- Lectura 3: María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I*.
- Lectura 4: Martín Schönreich y Denise Tomasini-Joshi, *Programas de Medidas Cautelares Experiencias para equilibrar la presunción de inocencia y seguridad ciudadana*.

Lectura 1

Coerción procesal

En el libro *Manual de Derecho Procesal Penal*, los autores abordan y definen el concepto de coerción procesal; así como sus objetivos y los tipos de coerciones que pueden imponerse.

1. COERCIÓN PROCESAL

Por coerción procesal se entiende, en general, toda restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso de un proceso penal y tendiente a garantizar el logro de sus fines: el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto (o mejor sería decir, algunos de sus fines, porque la protección de la dignidad personal, los derechos del imputado, la tutela del interés de la víctima y la solución del conflicto entre ambos, expresado en el delito, son también fines del proceso).

Nota típica de la coerción procesal es la posibilidad del empleo de la fuerza pública para la restricción a los derechos. Esta idea comprende tanto su utilización directa (v. gr., la detención del imputado) como la amenaza de aplicarla (v. gr., citación bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública en caso de no comparecer).

La característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino meramente instrumental: sólo se conciben como cautelares y necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva.

Los actos coercitivos afectan por regla general al imputado, a quien se puede restringir en el ejercicio de sus derechos personales (v. gr., allanando su domicilio, abriendo su correspondencia, privándolo de su libertad de locomoción, etc.) o patrimoniales (v. gr., embargando sus bienes). Pero pueden también afectar a terceros, como por ejemplo, al testigo que se ve obligado a comparecer a declarar, la víctima de lesiones que debe someterse a un examen corporal, o el propietario de la cosa hurtada que se ve privado temporalmente de su uso y goce mientras permanece secuestrado con fines probatorios.

Clases

Las medidas de coerción procesal pueden afectar derechos patrimoniales o personales. Esto da lugar a la tradicional distinción entre coerción real y coerción personal. La primera importa una restricción a la libre disposición de una parte del patrimonio; la segunda es una limitación a la libertad ambulatoria de la persona.

Cafferata, J.I., y cols. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal*. (pp.438-439). Buenos Aires, Argentina: Portal Jurídico Legal.

Lectura 2

Análisis de las medidas cautelares de la legislación chilena

En esta lectura, tomada del libro *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Duce y Riego analizan las diversas medidas cautelares aplicables, conforme a la legislación chilena; proporcionan ejemplos y criterios con respecto a la rigidez con que el juez debe valorar la aplicación de estas medidas. En ella también se destaca la importancia de los sistemas institucionales de apoyo que permiten determinar la medida más adecuada y evaluar su cumplimiento.

Otra innovación del proyecto está constituida por la creación de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva que deben ser utilizadas con preferencia a esta, cuando el objetivo perseguido pueda ser cumplido razonablemente con restricciones a la libertad de menos intensidad. De este modo, cuando, por ejemplo, la razón para solicitar una medida cautelar sobre la persona del imputado consista en amenazas que este haya proferido contra la víctima y el temor de que estas puedan concretarse, el juez podrá decretar medidas como la prohibición al imputado de acercarse al domicilio de la víctima o a lugares que esta frecuenta, reservándose la prisión preventiva para casos extremos o para cuando el imputado no respete las restricciones impuestas.

Otras medidas cautelares alternativas contenidas en el proyecto, establecidas en el artículo 155, son: el arresto domiciliario; la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante otra autoridad que se determine; la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares; y la prohibición de comunicarse con ciertas personas, siempre que esto no afecte el derecho a la defensa.

En general, se trata de que el juez construya una combinación de medidas que constituya un cierto marco de restricciones al imputado, que razonablemente permitan cautelar los objetivos procesales que se invoquen entre el momento en que la necesidad surge y el momento en que esta concluye, y que normalmente será el juicio y la sentencia.

De acuerdo con lo dispuesto en el Código Procesal Penal, estas medidas están sujetas a los mismos requisitos y controles que la prisión preventiva³¹. No obstante, creemos que esta regla debe ser aplicada con cierta flexibilidad por los jueces, especialmente en lo que dice relación con la exigencia del supuesto material, esto es, con la existencia de antecedentes que acrediten la existencia del delito y la participación del imputado. Como lo examinamos previamente, esta cláusula debe ser llenada de un nuevo contenido, contenido que depende mucho de las circunstancias del caso, pero también depende de la intensidad de las medidas que se soliciten, es obvio que para un juez no es lo mismo una solicitud de prisión preventiva que una de arraigo o una de prohibición de acercarse a la víctima. Todas las medidas cautelares suponen afectaciones a la presunción de inocencia y, por lo tanto, requieren un fundamento fuerte, no obstante la intensidad de la afectación evidentemente condiciona su propio fundamento. Por lo tanto, es probable que en el caso de medidas de muy baja intensidad, el juez se conforme con un caso menos fuerte y eso nos parece razonable.

(...)

Finalmente, cabe señalar que este conjunto de medidas requiere, para su plena y masiva aplicación, de la implementación de sistemas de apoyo adecuados, tanto para la determinación inicial de cuál o cuáles de ellas son idóneas para la cautela de los diversos objetivos en cada caso concreto, como para la adecuada supervisión de su cumplimiento. Este apoyo profesional puede ser el mismo del que ya hemos hablado al referirnos a la evaluación de las perspectivas de conducta del imputado en cuanto a su futura comparecencia. Se trata, en ambos casos, de apoyar con un conocimiento más específico y sistemático una decisión judicial muy compleja, puesto que recae sobre el comportamiento futuro del imputado.

³¹ El artículo 155 inciso tercero del código establece: "El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado del caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento".

Duce, M. y Riego, C. (2002). Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal. Vol 1. (pp. 270-272). Santiago de Chile, Chile: Jurídica de Chile.

Lectura 3

Principios aplicables a las medidas cautelares

En esta lectura, tomada del libro Derecho Procesal Penal Chileno, Horvitz Lennon y López Masle puntualizan los principios que deben observarse en la aplicación de medidas cautelares.

(...)

Como se observa, entonces, el derecho fundamental afectado por las medidas cautelares es la libertad personal, entendida ésta como libertad ambulatoria. Esta característica restrictiva o privativa de un derecho fundamental tan importante condiciona su aplicación a diversos principios que estudiaremos en el apartado siguiente.

1.4. Principios

1.4.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad consiste en una reserva legal para el reconocimiento de las medidas coercitivas que implican formas de restricción o privación de libertad.

Aparece como tal reconocido en el art. 9.1 PIDCP: "...Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta". En similares términos lo establece el art. 7 de la CADH: "2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios...".

En el derecho interno chileno, el principio tiene reconocimiento constitucional y legal: Así, el art. 19 No 7° letra b) CPR establece: "Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes"; el artículo 5° CPP señala, por su parte, que "No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes".

1.4.2. Principio de jurisdiccionalidad

El principio de jurisdiccionalidad supone que las medidas cautelares personales sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente.¹⁷

Aunque tradicionalmente se han aceptado como excepciones tolerables las autorizaciones concedidas a la policía o a cualquier persona para detener en casos de delito flagrante,¹⁸ lo cierto es que nuestro sistema va mucho más lejos en la erosión del principio, por lo que resulta difícil afirmar que tenga entre nosotros un reconocimiento pleno.

En efecto, aunque el art. 122 inc. 2° CPP exige que las medidas cautelares personales sean siempre decretadas "por medio de resolución judicial fundada", tal disposición aparece contradicha por la facultad que la Constitución y la ley otorgan, a funcionarios públicos distintos del juez, para ordenar la detención de una persona. Así sucede, por ejemplo, con la autorización que concede el art. 13 de la Ley No18.314 de 1984, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, norma que

faculta al Ministro del Interior, los Intendentes Regionales, los Gobernadores Provinciales y los Comandantes de Guarnición para despachar órdenes de detención en contra de los presuntos responsables de un delito terrorista. La facultad se reconoce a estas autoridades cuando recabar el mandato judicial "pudiere frustrar el éxito de la diligencia".

Como hemos dicho, la existencia de estas normas está tolerada, a nivel de principios, por el reconocimiento explícito de una competencia compartida por las autoridades judiciales y administrativas en esta materia. Así, el art. 19 No 7° letra c) CPR, exige que nadie sea arrestado o detenido "sino por orden de *funcionario público expresamente facultado por la ley*". El CPP, no obstante eliminar los casos en que el CdPP de 1906 facultaba para detener a autoridades distintas del juez,¹⁹ no llegó al punto de derogar las normas contenidas en leyes penales especiales que así lo permiten.²⁰ Por esta razón, el art. 125 CPP, referido a la procedencia de la detención, reitera que la detención no puede practicarse "sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley". Durante la tramitación del proyecto de ley que culminó en la aprobación del CPP, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado dejó constancia, en su segundo informe, que aceptaba mantener esta referencia al funcionario público "por tratarse de una norma basada en la carta fundamental, que admite en leyes especiales tal posibilidad."²¹

1.4.3. Principios de excepcionalidad e instrumentalidad

El principio de excepcionalidad afirma que las medidas cautelares no son medidas que necesariamente deban adoptarse dentro del procedimiento, sino que tienen un carácter eventual: deben decretarse sólo cuando resulten indispensables; el principio de instrumentalidad, por su parte, califica dicha excepcionalidad, determinando que ellas no constituyen un fin por sí mismo, sino que son instrumentales: están orientadas a la consecución de fines de carácter procesal.

Estos dos principios aparecen reconocidos conjuntamente en el artículo 122 CPP, conforme al cual, "las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento...".

Por "fines del procedimiento" debemos entender, para estos efectos, el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal. Volveremos sobre este punto.²²

1.4.4. Principio de provisionalidad

El principio de provisionalidad, como natural corolario de los principios de excepcionalidad e instrumentalidad, impone que las medidas cautelares se mantengan sólo mientras subsista la necesidad de su aplicación y permanezca pendiente el procedimiento penal al que instrumentalmente sirven.

La aplicación de este principio significa que las medidas cautelares personales están sometidas a la regla *rebus sic stantibus*, conforme a la cual sólo han de permanecer en tanto subsistan las consideraciones que les sirvieron de fundamento.²³

El principio aparece expresado ya de esta manera en la parte final del art. 122 CPP, conforme al cual, las medidas cautelares "sólo durarán mientras subsistiera la necesidad de su aplicación". En materia de prisión preventiva, se refuerza con la norma que establece que "el tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado" (art. 152 inc. 1° CPP).

El principio de provisionalidad no debe ser confundido con el eventual carácter temporal de las medidas cautelares personales, conforme al cual la terminación de éstas se sujeta a un límite absoluto, constituido por el cumplimiento de un plazo. En nuestro sistema, si bien es temporal la detención, que no puede extenderse más allá del plazo previsto por la ley, no lo es la prisión preventiva, que no se encuentra sometida a plazo.²⁴ La falta de una limitación objetiva para la prisión preventiva no significa, sin embargo, que ella pueda extenderse indefinidamente: el límite prudencial debe construirse a partir del derecho de todo detenido a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.²⁵

1.4.5. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad afirma que las medidas cautelares personales que se adopten en el curso de un proceso penal deben estar en relación proporcional con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga.

La consideración de este principio determina, por ejemplo, la aplicación preferente de las medidas cautelares menos gravosas para la libertad del imputado (arts. 124 y 139 CPP), lo que está en íntima relación con el principio de instrumentalidad, en cuanto éste exige que la medida adoptada sea la "absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento" que se pretende cautelar (art. 122 CPP). Determina, asimismo, la existencia de casos en que las medidas cautelares pueden resultar improcedentes por importar una forma de privación de libertad desproporcionada en relación con la que importaría una eventual sentencia condenatoria, habida consideración de la gravedad del delito que se investiga (arts. 124, 141 y 152 inc. 2° CPP). Finalmente, este principio está en la base de la obligación que tiene el juez de revisar la prisión preventiva decretada cuando su duración hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes (art. 152 inc. 2° CPP).

17 Vid. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 482.

18 Idem nota anterior.

19 El CdPP de 1906 autorizaba en ciertos casos para despachar órdenes de detención a los intendentes regionales y gobernadores provinciales (art. 258 CdPP) e incluso a los alcaldes (art. 259 CdPP). A modo ilustrativo, cabe mencionar que los casos que habilitaban a los primeros incluían, entre otros, los crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado; contra la seguridad interior del Estado; la falsificación de monedas, papel moneda, instrumentos de crédito del Estado, de establecimientos públicos y sociedades anónimas o de bancos e instituciones financieras legalmente autorizadas; los crímenes o simples delitos de tráfico de estupefacientes; los crímenes o simples delitos que la ley tipifique como conductas terroristas; y la sustracción y secuestro de personas (art. 258 CdPP de 1906).

20 Vid. infra, VI A.3.2.1.2.

21 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Boletín 1.630-07, art. 154.

22 Vid. infra, VI.A.1.2.

23 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 483.

24 Vid. infra, VI.A.3.5. y VI.A.4.7.1.

25 Art. 7.5 CADH. Vid. supra, II.C.2.2.2

Horvitz, M. y López, J (2003). *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I. (pp. 349 – 354). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Lectura 4

Servicios de evaluación y supervisión de las medidas cautelares

En esta lectura, tomada de la monografía *Programas de Medidas Cautelares Experiencias para equilibrar la presunción de inocencia y seguridad ciudadana*, los autores describen los beneficios de los servicios de evaluación y supervisión de las medidas cautelares, así como los aspectos positivos que se derivan del uso racional y limitado de la prisión preventiva.

III. BENEFICIOS DE LOS SERVICIOS DE EVALUACIÓN Y SUPERVISIÓN

La experiencia internacional muestra que, por varias razones, la liberación previa al juicio es preferible a la prisión preventiva, de modo que los servicios de evaluación y supervisión significan enormes beneficios para la sociedad que pueden agruparse en tres categorías interrelacionadas: procesales, sociales e institucionales.

Justicia procesal: Hacia una mejora en la eficacia y equidad del sistema judicial

- *Los programas de servicios y supervisión previos al juicio protegen la presunción de inocencia y la garantía de igualdad ante la ley.* Los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran el principio de que todos los imputados gozan de presunción de inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad en un tribunal, conforme a ley. el uso de la prisión preventiva es una forma de castigo previo a la determinación de culpabilidad, lo cual se agrava si, como en México, dicha modalidad de prisión está asociada de manera significativa a la pobreza –la caución se fija en cantidades tan elevadas que los imputados de escasos recursos no tienen la posibilidad real de obtener su libertad por esta vía-, o se aplica automáticamente a las personas acusadas de delitos clasificados como “graves”.

- *Los programas de servicio y supervisión incrementan las posibilidades de que los imputados se sometan a juicio.* En comparación con la supervisión ha demostrado que aumenta la posibilidad de que los acusados regresen al juzgado a enfrentar los cargos.

Beneficios para la sociedad: Contribuir con la rehabilitación y al mantenimiento de lazos con la comunidad

- *Los programas de servicios y supervisión permiten que los imputados continúen trabajando mientras esperan el resultado del juicio.* Consecuentemente, en caso de que se los encuentre culpables, los que tienen empleo estarán en condiciones de compensar a las víctimas. Por el contrario, el estigma asociado al arresto y la prisión preventiva puede complicar sus posibilidades de encontrar un nuevo trabajo. Al propiciar que continúe trabajando mientras espera el resultado del juicio, la supervisión evita que aquel y su familia terminen en la pobreza, viviendo de la caridad y probablemente obligados a cometer delitos contra la propiedad para sobrevivir.

- *Los programas de servicios y supervisión ayudan a impedir la exposición a un entorno carcelario de convivencia con delincuentes.* En la mayoría de las prisiones, las perso-

nas acusadas de delitos menores interactúan con acusados de delitos graves, al tiempo que delincuentes poco peligrosos y ocasionales se mezclan con profesionales. Esta interacción produce que el entorno penitenciario se transforme en “escuela del crimen”, generando un campo fértil para reos peligrosos, en medio del hacinamiento. En vez de readaptar, las cárceles se convirtieron en promotoras del delito. Ante esto, la supervisión desempeña un papel fundamental para prevenir una nueva exposición a delinquir por parte de quienes violan la ley por primera vez.

- *Los programas de servicios y supervisión fomentan la integración familiar.* La prisión preventiva puede traer aparejada la desintegración de la familia y el hogar, al aislar a los sospechosos de su entorno. Al mantenerlos fuera de las cárceles, la supervisión promueve en cambio un enfoque holístico, que toma en cuenta la salud psicológica, emocional y social de los hijos, los cónyuges y otros familiares.

Ventajas institucionales: Reducción del nivel de ocupación en las cárceles y de los costos operativos

- *Los programas de servicios y supervisión reducen el hacinamiento en las cárceles y el costo operativo para el país.*¹⁶ las cifras muestran que la prisión preventiva es mucho más costosa que ofrecer servicios comunitarios de supervisión.

Los programas de servicios y supervisión pueden reducir inversiones y gastos futuros. Las ventajas financieras de las alternativas a la prisión preventiva van mucho más allá de una comparación directa entre gastos e inversiones. Cada peso ahorrado en una actividad económicamente no productiva (como la de encarcelar a personas) puede invertirse en rubros productivos del sistema judicial que rinden mejores resultados en materia de seguridad pública. Al mantener a las personas fuera de las prisiones, los programas de servicios y supervisión les permiten seguir trabajando, pagar impuestos y mantener a sus familias –una carga que, de lo contrario, recae en el Estado o las organizaciones de beneficencia privada-. Asimismo, al impedir que los detenidos experimenten un proceso de especialización delictiva en el hacinado entorno penitenciario, estos programas contribuyen a evitar la actividad delictiva y, en consecuencia, reducen gastos futuros en el sistema de justicia penal.

(...)

En un Estado de derecho la equidad dicta que a las personas sólo puede encontrarse-les culpables mediante proceso, antes de castigárseles por un delito. Al ofrecer a los funcionarios judiciales información confiable sobre los imputados y opciones de supervisión previas al juicio, y al asumir la tarea de impartir servicios de supervisión, los servicios de evaluación y supervisión previos al juicio permiten a los tribunales acercarse a la meta de una justicia equitativa y basada en derecho, sin sacrificar la seguridad pública y mejorando la eficiencia.

El uso racional y limitado de la prisión preventiva puede traer menores niveles de criminalidad e inseguridad pública, al reducirse el hacinamiento en las penitenciarías y aumentar en cambio las probabilidades de rehabilitación de los reos, disminuyendo a las vez los índices de reincidencia. Al mantener fuera del sistema carcelario a los imputados que esperan su proceso judicial se vuelve factible reducir el número de hogares rotos y comunidades afectadas debido al uso indiscriminado de la prisión preventiva. Esto mitiga algunas de las causas subyacentes en la actividad delictiva dentro de ciertas comunidades.

Los servicios de evaluación y supervisión también aseguran que los imputados comparezcan a sus citas y compromisos en el juzgado, y permiten disminuir el grado de discriminación entre ricos y pobres en la etapa previa al juicio⁴². Al mismo tiempo, conllevan mayores facultades para los funcionarios judiciales al proporcionarles información más precisa para la toma de decisiones justas y razonadas sobre liberación o detención.

No todos los servicios de evaluación y supervisión son iguales. Algunos reciben y verifican información, valoran los riesgos, presentan recomendaciones al juzgado y supervisan a los procesados de alto riesgo que han sido liberados bajo caución. Otros, como los de supervisión, sólo desempeñan una o dos de esas funciones. En México, los responsables de las políticas y los profesionales del sistema judicial penal deben decidir qué tipo de servicios se adecuan mejor a sus necesidades, siempre que existan recursos financieros y voluntad política.

(...)

En virtud de que la prisión preventiva puede contribuir al aumento de la delincuencia, por los nocivos efectos del hacinamiento en las penitenciarías y la desintegración familiar, entre otros factores, cualquier intervención que reduzca su uso tiene el potencial de minimizar a futuro las consecuencias de mayor criminalidad. Sólo reducir a la mitad la población nacional de 96,000 detenidos antes del juicio le ahorraría a los mexicanos cientos de millones de pesos cada año. Estos ahorros pueden invertirse en servicios de evaluación y supervisión previos al juicio y otras intervenciones, incluidos programas de reinserción comunitaria, que tienen mayores probabilidades de incrementar la seguridad pública. En otras palabras, esos recursos podrían invertirse en programas y servicios con un auténtico potencial de prevención del delito.

Según la información disponible, los servicios de evaluación y supervisión previos al juicio son viables económicamente y deseables, tomando en consideración su potencial para redistribuir el gasto gubernamental hacia mejores sistemas para resguardar la seguridad. En estados mexicanos donde las reformas al régimen de prisión preventiva están aplicándose, llegó el momento de que los formadores de políticas consideren seriamente el desarrollo de dichos servicios, que pueden implementarse de diversas maneras, sin olvidar que han de ser neutrales, o sea, no deben depender del Ministerio Público ni de los abogados defensores. Cada estado podría incorporarlos a sus propias estructuras, de modo que serían los funcionarios públicos los responsables de desempeñar las labores que en otros casos presta el personal especializado; los servicios de evaluación y supervisión estarían a cargo del gobierno.

O bien, cada estado contrataría a organizaciones sin fines de lucro para ofrecer, en su nombre, esos servicios. Esas mismas organizaciones podrían asimismo recabar donativos privados y solicitar subsidios, en cuyo caso el estado tampoco absorbería la carga financiera que implican los servicios.

¹⁶ Ver, por ejemplo, D. C. Anderson, *Justicia sensata. Alternativas a la prisión*, The New Press, Nueva York, 1998, pp. 38 y 50-51.

⁴² Barry Mahoney et al., *Pretrial Services Programs: Responsibilities and Potential*, U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, Washington DC, marzo 2001, pp 22-34.

Schönteich, M. y Tomasini-Joshi, D. (Eds.). (2010). Programas de Medidas Cautelares [RG1] Experiencias para equilibrar la presunción de inocencia y seguridad ciudadana (Monografía Serie Prisión Preventiva). pp. 21-22, 47-48. Monterrey, N.L. Open Society Justice Initiative.

LECTURAS ADICIONALES

Otros autores también han abordado conceptos de interés con relación a las medidas cautelares. En estas lecturas adicionales se podrá encontrar más información con relación a los presupuestos de autorización de la medida cautelar, los criterios para valorar dicha autorización y las consideraciones jurídicas que deben atenderse conforme al derecho internacional. Por otra parte, conocer los contextos de Honduras y Bolivia le permitirá realizar un análisis comparativo de otros sistemas en los que operan las medidas cautelares.

- Arroyo, J.M. (2009). *Estándares internacionales y su relevancia para la reforma en México*, pp. 27-29. Monterrey, N.L.: Cátedra Estado de Derecho Escuela de Graduados en Política Pública y Administración Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP), Institución RENACE, A.B.P., Open Society Justice Initiative.
- Juárez, E. y Samayoa, O. (2009). *Impacto de la Reforma Procesal Penal respecto a la prisión preventiva en Honduras*. (Monografía). pp. 416-419. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Lorenzo, L. (2009). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina Evaluación y Perspectivas. El Impacto de las Reformas Procesales*. pp. 99-100. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

TEMA 5: DERECHOS HUMANOS

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Miguel Carbonell, "La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades".
- Lectura 2: María Londoño, "El Principio de Legalidad y el Control de Convencionalidad de las Leyes: Confluencias y Perspectivas en el Pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".
- Lectura 3: Rodrigo Brito y Miguel Carbonell, "La globalización y los derechos humanos, a la luz de la reforma constitucional de junio de 2011".
- Lectura 4: Francisco Puy, *Derecho objetivo y derecho subjetivo*.
- Lectura 5: Jorge Adame, *Naturaleza, persona y derechos humanos*.

Lectura 1

Análisis de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de México del 2011

Miguel Carbonell, en su artículo **“La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades”**, realiza una puntual explicación de los aspectos que comprendió la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, ofrece varias novedades importantes, las cuales pueden cambiar de manera profunda la forma de concebir, interpretar y aplicar tales derechos en México.

Las principales novedades, dicho de forma telegráfica, son las siguientes:

1) La denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución cambia, dejando atrás (al menos en parte) el anticuado concepto de “garantías individuales”. A partir de la reforma se llama “De los derechos humanos y sus garantías”. La expresión derechos humanos es mucho más moderna que la de garantías individuales y es la que se suele utilizar en el ámbito del derecho internacional, si bien es cierto que lo más pertinente desde un punto de vista doctrinal hubiera sido adoptar la denominación de “derechos fundamentales”.

2) El artículo primero constitucional, en vez de “otorgar” los derechos, ahora simplemente los “reconoce”. A partir de la reforma se reconoce que toda persona “goza” de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales. La Constitución se abre de forma clara y contundente al derecho internacional de los derechos humanos, demostrando de esa manera una vocación cosmopolita muy apreciable.

3) En el mismo artículo primero constitucional se recoge la figura de la “interpretación conforme”, al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la carta magna, sino también por los tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.

4) Se incorpora en el párrafo segundo del artículo primero constitucional el principio de interpretación “pro personae”, muy conocido en el derecho internacional de los derechos humanos y en la práctica de los tribunales internacionales encargados de la protección y tutela de los mismos derechos. Este principio supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Y también significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que (igualmente) proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.

5) Se señala, en el párrafo tercero del artículo primero, la obligación del Estado mexicano (en todos sus niveles de gobierno, sin excepción) de promover, respetar,

proteger y garantizar los derechos humanos. De esta forma queda claro que todo derecho humano "reconocido" por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas.

6) Las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.

7) El Estado mexicano, señala el artículo 1 constitucional a partir de la reforma, debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

8) Queda prohibida la discriminación por causa de "preferencias sexuales". Antes de la reforma, el texto constitucional se refería simplemente a la prohibición de discriminar por "preferencias", lo que podía generar ciertas ambigüedades sobre el alcance de dicha prohibición. La reforma deja claramente señalado que son las preferencias sexuales las que no pueden ser tomadas en cuenta para efecto de dar un trato diferenciado a las personas o para negarles cualquier derecho.

9) Una de las finalidades de la educación que imparta el Estado mexicano deberá ser el respeto a los derechos humanos, de acuerdo con lo que a partir de la reforma señala el artículo 3 constitucional.

10) Se otorga rango constitucional al asilo para toda persona que sea perseguida por motivos políticos y se reconoce de la misma forma el "derecho de refugio" para toda persona por razones de carácter humanitario. Esto amplía la solidaridad internacional que históricamente ha tenido México hacia las personas que sufren violaciones de derechos en sus países de origen, para quienes deben estar completamente abiertas las puertas del territorio nacional.

11) Se establece, en el artículo 18, que el respeto a los derechos humanos es una de las bases sobre las que se debe organizar el sistema penitenciario nacional, junto con el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte. Mediante este nuevo añadido al párrafo primero del artículo 18 constitucional la reforma del 10 de junio de 2011 subraya que en nuestras cárceles se deben respetar los derechos humanos y que no puede haber un régimen penitenciario compatible con la Constitución que permita la violación de tales derechos. La privación de la libertad de la que son objeto las personas que delinquen, no justifica en modo alguno que se violen sus derechos humanos, ni por acción ni por omisión de las autoridades.

12) Tomando como base lo que señala la Convención Americana de Derechos Humanos, se modifica el tristemente célebre artículo 33 constitucional, para efecto de modular la facultad del Presidente de la República para hacer abandonar el territorio nacional a las personas extranjeras. Anteriormente esa facultad se ejercía de forma totalmente arbitraria, sin que se le diera ningún tipo de derecho de ser oído y vencido en juicio a la persona extranjera afectada. Con la reforma ya se señala que se debe respetar la "previa audiencia" y que la expulsión solamente procede en los términos que señale la ley, siempre que se siga el procedimiento que la misma ley establezca. También será una ley la que deberá determinar el lugar y el tiempo que puede durar la detención de un extranjero para efecto de su posible expulsión del territorio nacional.

13) Se adiciona la fracción X del artículo 89 constitucional para efecto de incorporar como principios de la política exterior del Estado mexicano, la cual corresponde desarrollar al Presidente de la República, "el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos". Esto implica que los derechos humanos se convierten en un eje rector de la diplomacia mexicana y que no se puede seguir siendo neutral frente a sus violaciones. Si se acreditan

violaciones de derechos humanos, México debe sumarse a las condenas internacionales y aplicar las sanciones diplomáticas que correspondan según el ordenamiento jurídico aplicable.

14) Se le quita a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad contenida en el artículo 97 constitucional, la cual pasa a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Lo cierto es que había sido la propia Suprema Corte la que, con toda razón, había pedido que se le quitara este tipo de facultad, que en rigor no era jurisdiccional y que generaba muchos problemas dentro y fuera de la Corte.

15) Se obliga a los servidores públicos que no acepten recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o de las respectivas comisiones estatales a fundar y motivar su negativa, así como a hacerla pública. Toda recomendación debe ser contestada, tanto si es aceptada como si es rechazada. En caso de que alguna autoridad rechace una recomendación, puede ser citada por el Senado o por la Comisión Permanente (si la recomendación proviene de la CNDH) o bien por la legislatura local (si la recomendación fue expedida por una comisión estatal).

16) Las comisiones de derechos humanos podrán conocer, a partir de la reforma, de quejas en materia laboral. Solamente quedan dos materias en las cuales resultan incompetentes las comisiones de derechos humanos: los asuntos electorales y los jurisdiccionales.

17) Se establece un mecanismo de consulta pública y transparente para la elección del titular de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y para los miembros del Consejo Consultivo de la propia Comisión.

18) Se faculta a la CNDH para realizar la investigación de violaciones graves de derechos humanos. El ejercicio de dicha facultad se puede dar cuando así lo considere la Comisión o cuando sea solicitado por el Presidente de la República, el gobernador de un Estado, cualquiera de las cámaras del Congreso de la Unión, las legislaturas locales o el jefe de gobierno del Distrito Federal.

19) En los artículos transitorios, la reforma prevé la expedición de una serie de leyes que la irán complementando en el nivel legislativo. Así, ordena que se emita en el plazo máximo de un año a partir de su entrada en vigor, una ley sobre reparación de las violaciones de derechos humanos, una ley sobre asilo; una ley reglamentaria del artículo 29 en materia de suspensión de derechos; una ley reglamentaria del artículo 33 en materia de expulsión de extranjeros y nuevas leyes (tanto a nivel federal como local) de las comisiones de derechos humanos.

Carbonell, M. (2012). "La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades". Recuperado de <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>

Lectura 2

Control de convencionalidad

En esta lectura, tomada del artículo **“El Principio de Legalidad y el Control de Convencionalidad de las Leyes: Confluencias y Perspectivas en el Pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”**, la autora realiza una clara exposición sobre el control de convencionalidad y analiza la sentencia en la cual la Corte Interamericana plantea por primera vez dicho control a cargo de los jueces nacionales.

En este orden de ideas, un examen de convencionalidad verifica la adecuación de una conducta del Estado con una prescripción internacional establecida. En el contexto del sistema interamericano, los extremos de esta evaluación son, por un lado, el comportamiento de las autoridades públicas de un Estado parte de la Convención y, por otro, el alcance de la obligación contenida en este instrumento, según su texto e interpretación auténtica.⁹⁹ La cuestión es que, de acuerdo con la jurisprudencia reciente de la Corte, ese control de convencionalidad no se ejerce de manera exclusiva por este tribunal, ni debería ser en realidad la primera instancia en la que se apele a este criterio. A partir de los desarrollos introducidos por la Corte en 2006, el control de convencionalidad tiene dos vertientes claras; una primera que hace alusión a la facultad inherente a la Corte Interamericana que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención, de modo que la instancia internacional es una instancia propia y autónoma de control de juridicidad, que no opera como una cuarta instancia de la justicia nacional, ni la sustituye.¹⁰⁰ La segunda vertiente, relativamente más novedosa, identifica el control de convencionalidad como una verdadera obligación jurídica a cargo de los jueces nacionales. A partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte ha venido insistiendo en que es un deber a cargo de los operadores judiciales del nivel interno efectuar un control de convencionalidad en el momento de la aplicación de las leyes a los casos concretos, deber que se deduce de las obligaciones generales del Estado conforme con el Pacto de San José, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado parte.

El indudable interés de esta exhortación, sus posibles efectos, los numerosos desafíos que de allí surgen y su profunda interconexión con el principio de legalidad, tal como se ha expuesto en la primera parte, justifican una revisión más detenida de la jurisprudencia interamericana que adopta esta noción de control de convencionalidad como deber de los jueces nacionales, los alcances que se le han dado en casos concretos, las perspectivas y algunos retos evidentes. Esta segunda parte se articula sobre estos dos ejes centrales: el control de convencionalidad en la tarea judicial interna, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunas reflexiones sobre las implicaciones de un adecuado control de convencionalidad.

1. El control de convencionalidad como tarea judicial en el orden interno

A. El deber de garantía de los derechos humanos en la labor judicial: el contexto del caso *Almonacid Arellano*

La primera oportunidad en la que la Corte expone expresamente la noción de control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales, es en su sentencia *Almonacid Arellano* de septiembre de 2006 cuando advierte:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁰¹

⁹⁹ En relación con el papel de la Corte Interamericana como intérprete auténtica de la Convención, véase, entre otros, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124; caso *La Cantuta vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173.

¹⁰⁰ Cfr. Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 155, párr. 108; caso *Norgueira de Carvalho y otro vs. Brasil*, Excepciones preliminares y fondo, sentencia de 28 de noviembre de 2006, serie C, núm. 161, párr. 80; *Heliodoro Portugal*, cit., nota 96, párr. 203; caso *Ríos y otros vs. Venezuela*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de enero de 2009, serie C, núm. 194, párr. 303; *Perozo y otros* cit., nota 10, párr. 317.

¹⁰¹ *Almonacid Arellano*, cit., nota 99, párr. 124.

Londoño, M.C. (2010). El Principio de Legalidad y el Control de Convencionalidad de las Leyes: Confluencias y Perspectivas en el Pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XLIII, 128, mayo-agosto, 797-799.

Lectura 3

Interpretación conforme a los tratados internacionales

En esta lectura, tomada del artículo **“La globalización y los derechos humanos, a la luz de la reforma constitucional de junio de 2011”**, Brito y Carbonell realizan una clara exposición con respecto al principio de interpretación conforme a los tratados internacionales.

III. LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Otro de los aspectos fundamentales de la reforma constitucional es que con ella se establece que las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Este principio forma parte de muchas constituciones¹⁴ y tiene como finalidad garantizar de forma más efectiva los Derechos Humanos a través de la actuación de las autoridades -sobre todo de los órganos jurisdiccionales internos- que, en muchas ocasiones, no aplicaban ni interpretaban las normas que contenían derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales.¹⁵

Esta interpretación conforme a los tratados internacionales, por tanto, hace que los jueces deban tomar en cuenta el desarrollo que se hace de los derechos en los instrumentos de carácter internacional, por lo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se convierte en un referente obligado que agranda su esfera decisional al momento de resolver una controversia.

Dado que los cambios en la actualidad son tan rápidos y que, en consecuencia, el legislador está materialmente imposibilitado para adecuar el sistema normativo a las circunstancias diarias, la aplicación del derecho es fundamental en la adaptación del marco jurídico y, en esta tarea, la intervención de los jueces es muy importante, pues son ellos los que interpretan las disposiciones jurídicas y las dotan de significados que se reflejan en casos concretos y trascienden el texto legal. La labor de los jueces implica entonces la recreación del derecho en el hecho¹⁶ y, por ende, es un vehículo cardinal en la evolución del sistema normativo, ya que a través de la interpretación que hacen los órganos jurisdiccionales se logra la afirmación del ordenamiento jurídico mediante la resolución de situaciones particulares.

Desde este punto de vista, el hecho de que con la reforma constitucional los jueces deban interpretar las normas relativas a los Derechos Humanos de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales de la materia y que, además, deban favorecer en todo tiempo la interpretación que otorgue a las personas la protección más amplia, puede ser un elemento de suma importancia en la evolución del ordenamiento jurídico mexicano, pues éste podrá recrearse en situaciones concretas logrando una mayor efectividad de las normas relativas a los Derechos Humanos a través de una interpretación que deberá realizarse tomando en cuenta los parámetros establecidos en el texto constitucional.

¹⁴ El artículo 10 de la Constitución española señala, por ejemplo, que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

¹⁵ La inclusión de este párrafo a través de la reforma constitucional da mayor congruencia al ordenamiento jurídico mexicano, pues incluso antes de que ésta se aprobara existían disposiciones en algunos textos legales que ya contemplaban la interpretación conforme a los tratados internacionales. En este sentido, el artículo 6 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación dispone: "La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable". Por su parte, el artículo 7 de este ordenamiento establece: "Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias".

¹⁶ SATTA, Salvatore, "Giurisdizione (nozioni generali)", en *Enciclopedia del Diritto*, t. xix, 1962, pp. 218 y ss.

Brito, R y Carbonell, M. (2012). La globalización y los derechos humanos, a la luz de la reforma constitucional de junio de 2011. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 256, julio-diciembre, 18-19. México.

Lectura 4

Derechos humanos y derechos subjetivos

En esta lectura, tomada de la monografía *Derecho objetivo y derecho subjetivo*, Francisco Puy profundiza en los diversos argumentos en que se sustenta el planteamiento de no considerar los derechos humanos como derechos subjetivos.

No es extraño que la distinción objetivo-subjetivo se aplique directamente al derecho, diciéndose: *derecho objetivo* es la regla o norma protectora de un interés, con carácter general y extrínseco. Y *derecho subjetivo* es la autorización a la voluntad de un sujeto concreto, dada por una norma general, para realizar sus intereses...Se trata de dos definiciones rigurosamente actuales. Pero he aquí otros dos ejemplos de definición también comunes a la generalidad de la actual jurisprudencia: los *derechos objetivos* son el conjunto de las normas, o sea, los ordenamientos jurídicos; y los *derechos subjetivos* son las situaciones individuales protegidas por el orden normativo.

(...)

Pero, ¿qué es, en definitiva, el derecho subjetivo, en la conciencia de nuestro tiempo? *El derecho subjetivo es la facultad jurídica que consiste en un poder individual de regular un cierto comportamiento ajeno, según un orden objetivo.*

Tal es, a mi modo de ver, el concepto universal. En ocasiones, se reduce sin embargo a una visión más concreta. Y entonces se define el derecho subjetivo como la facultad jurídica consistente en el poder individual de exigir un comportamiento conforme al ordenamiento vigente. La primera visión es más amplia, y la segunda es más estricta. Si se prefiere, la primera es la definición iusnaturalista, y la segunda la iuspositivista. Poder individual de regular un cierto comportamiento ajeno, según un orden objetivo. ¿Cuál? Pues p.e., el del derecho natural...Poder individual de exigir un comportamiento conforme al ordenamiento vigente. ¿Cuál? Pues cualquiera de ellos: el ordenamiento mexicano en México, el español en España, etc.

Pero con esto hemos llegado a la última cuestión ha abordar. Se trata de la contradicción observable en ciertas exposiciones actuales, entre las nociones de derecho subjetivo y derecho natural. Con lo cual, además, nos volvemos a introducir en el túnel del tiempo, pero para retornar a nuestro fin de siglo XX, que aunque desagradable es el nuestro y no tenemos otro.

Por lo que acabo de decir resulta claro que no estimo sean incompatibles las nociones de derecho subjetivo y derecho natural. Veamos por qué. Hay un derecho objetivo que es, por así decirlo, heterónimo, porque a cada hombre le llega de fuera. Pero que se canaliza a través de muchos conductos. Primero por divisiones geográficas. Después por ordenamientos jurídicos estatales. Y después por otros, como son los ordenamientos sociales, los consuetudinarios, los internacionales, los eclesiales... y también por el ordenamiento del derecho natural a que nuestro tiempo llama ordenamiento de los derechos humanos. Aquí está el problema. Un problema único, aunque se dice de dos maneras. A saber. Primera: ¿Es concebible el derecho subjetivo natural o el derecho natural subjetivo? Segunda: ¿Son los derechos humanos derechos subjetivos? Oigamos cómo suena la respuesta negativa a ambas preguntas en el magisterio de uno de mis colegas de cátedra en la universidad complutense de Madrid (posición 1976).

El fallo fundamental de las teorías jurídicas del siglo XIX sobre el derecho subjetivo –resumen que están todavía determinadas por la idea esencial del derecho natural y no renuncian por eso a

encontrar en el derecho subjetivo algo distinto e independiente del derecho objetivo. Por el contrario, el derecho objetivo no puede ser otra cosa que la norma jurídica, en su relación con aquella persona, de cuya disposición se hace depender la realización de la voluntad del estado, en ella expresada, de aplicar una consecuencia jurídica en caso de infracción. Por lo tanto, lo que se establece por el derecho es simplemente la protección y la garantía de ciertas conductas: y no puede haber otra cosa en el contenido del derecho subjetivo. Ahí tiene un sentido propio y claramente diferenciado el concepto de derecho subjetivo. Y sería contraproducente enturbiarlo, asociándole con otros conceptos no tan netos, como son los de derechos humanos, e incluso los de derechos fundamentales (derechos humanos constitucionalmente reconocidos). El derecho subjetivo es una creación del ordenamiento jurídico positivo, y como tal existe. No se trata de una entidad más o menos metafísica... No preciso reproducir más.

Se trata de un rotundo alegato contra cualquier posible inserción, en el sistema jurídico, de la noción de derecho natural subjetivo o derecho subjetivo natural. La argumentación es tan fuerte, sin embargo, que prueba demasiado. Por eso estoy de acuerdo con ella. Apura tanto la imposibilidad de la noción del derecho subjetivo natural, que alcanza a destruir la noción del derecho subjetivo (sea natural o no lo sea). No es una inferencia mía, que sería legítima. Es, además, confesión de parte, pues el profesor madrileño acaba diciendo, que si el derecho subjetivo es una creación del orden jurídico, su existencia se reduce a la de un simple procedimiento técnico. Y eso quiere decir, añade, que podría suprimirse (...)

Puy, F. (1981). Derecho objetivo y derecho subjetivo. En *Symposia I Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, volumen 5 (pp. 130-135-136). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Lectura 5

La persona humana y su dignidad razón de los derechos humanos

En esta lectura, tomada de la monografía *Naturaleza, persona y derechos humanos*, Jorge Adame Godard analiza la forma en que la centralidad de la persona humana y su dignidad son la razón de la existencia de los derechos humanos.

C. Ley natural y libertad

Considerando conjuntamente las nociones de dignidad de la persona humana y ley natural se manifiesta una paradoja: la dignidad de la persona se manifiesta, por una parte, en la capacidad de ser dueña de sus actos y, por la otra, en el hecho de estar sometida a deberes y prohibiciones que le son impuestos por su propia naturaleza. Con otras palabras, podría decirse que la paradoja consiste en tener la persona, por un lado, una cierta autonomía (ser ella su propia norma, su propio gobierno), y por el otro en estar sometida a una regla o norma heterónoma (a una norma proveniente de otro).

La paradoja es sólo aparente, ya que los deberes o prohibiciones lo son, no porque su cumplimiento beneficie a otro ser que pudiera así servirse de la persona para sus propios fines, es decir que pudiera usarla como medio o instrumento en contradicción con la dignidad ontológica de la persona, sino que beneficia y perfecciona a la misma persona. El propio amor de sí misma, el querer su perfeccionamiento y felicidad es el primer fundamento de la obligatoriedad de tales deberes y prohibiciones. Cumpliéndolos, la persona se beneficia a sí misma, en tanto que esos deberes y prohibiciones corresponden realmente a la verdad sobre el hombre. Además, tales deberes y prohibiciones si bien no dependen de la voluntad de la persona (no es que existan porque ella quiera), se conocen y se reconocen como deberes y prohibiciones por obra de la propia razón: ella es la que percibe la relación que existe entre la realización de ciertas conductas y el perfeccionamiento personal; y en este sentido, los deberes y prohibiciones se presentan no como algo impuesto a la persona, sino como algo descubierto por la propia razón.

Visto lo anterior, ya no resulta paradójico decir que la dignidad de la persona reside en el estar sujeta a deberes y prohibiciones. El mismo amor de sí hace a la persona entender y también amar esos deberes y prohibiciones. Ni tampoco resulta paradójico afirmar que la persona se dignifica cuando obedece la ley que establece unos y otras.

(...)

3. Los derechos fundamentales de la persona humana

El hecho de que la persona humana esté llamada a la realización voluntaria de sus fines naturales, es decir el hecho de que experimente deberes que ha de cumplir para alcanzar su pleno desarrollo, fundamenta su pretensión de que le sea respetado un ámbito de libertad para cumplirlos. Así, el deber de conservar y desarrollar la vida, que es parte del amor a sí misma, fundamenta su pretensión de que los demás respeten su vida e integridad personal; el deber de procurarse los medios de subsistencia, fundamenta la pretensión de libertad para trabajar; el deber de actuar conforme a la verdad conocida y aceptada, es decir conforme a la conciencia, fundamenta la pretensión de tener libertad para obrar conforme a la propia conciencia.

Estas pretensiones de ámbitos de libertad fundadas en los deberes naturales se han denominado derechos porque la persona puede exigir –o debería poder exigir- ante los tribunales establecidos que le sean respetados tales ámbitos de libertad, de modo que pueda obrar el cumplimiento de sus deberes fundamentales sin una coacción externa que anule su libertad. El derecho de libertad de conciencia, por ejemplo, es aquél que garantiza que toda persona pueda obrar libremente conforme a sus convicciones morales y religiosas; es un derecho, porque si alguien sufriera una coacción de parte del Estado o de cualquier otro grupo o persona para que obre contra su conciencia, podría exigir ante los tribunales que cese la coacción y que se castigue a quien la ejerció o se le ordene la reparación de los daños causados con ella.

(...)

El fundamento de estos derechos es doble: el fundamento inmediato y directo son los mismos deberes naturales, es decir las conductas que el hombre percibe como conveniente o necesarias para el cumplimiento de sus fines naturales o, en otras palabras, las conductas percibidas como convenientes o necesarias para alcanzar su realización como persona. Nada más lógico, por ejemplo, si uno percibe el deber de cuidar y conservar la vida, que tenga el derecho de buscar los medios para sustentarse y el de que los otros respeten su vida e integridad corporal; si uno percibe el deber de tener descendencia, que tenga el derecho de casarse y fundar una familia; si uno percibe el deber de amar a Dios, que tenga el derecho de creer y practicar una religión; si uno percibe el deber de contribuir al bien común de la sociedad donde vive, que tenga el derecho de participación en la gestión y decisión de los asuntos comunes, etcétera

(...)

A. *Fundamento*

Los derechos fundamentales tienen como razón de ser el asegurar, por una parte, que toda persona tenga oportunidad y libertad para cumplir sus deberes naturales y, por otra, asegurarle que no será perturbada por conductas que impliquen transgresiones a las prohibiciones naturales o, que en caso de sufrirlas obtendrá una reparación. Esto hace ver que tales derechos no son fines en sí mismos, sino medios al servicio de la existencia y desarrollo de la persona y la sociedad y, en consecuencia, que son derechos naturalmente limitados.

Adame, J. (1996). Naturaleza, persona y derechos humanos. En Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 21. 162-165-171. México: Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte de Constitucionalidad República de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala. México pp. 162-165, 171

LECTURAS ADICIONALES

Otros autores también han abordado conceptos de interés con relación a los derechos humanos. En estas lecturas adicionales se podrá encontrar más información con relación al control de convencionalidad que ejercen tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como los jueces internos; el planteamiento de que los derechos humanos no deben ser considerados como derechos subjetivos; y sobre cómo el criterio de los jueces, mediante el principio de interpretación, se ve enriquecido con las normas establecidas a nivel internacional.

- Ovalle, J. (2012). La Influencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derechos Interno de los Estados Latinoamericanos". *En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, año XLV, 134, 605-608. México.
- Barzotto, L.F. (2012). *Los derechos humanos como derechos subjetivos – De la dogmática jurídica a la ética*. (pp- 44-47). Recuperado de www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/30329/000683586.pdf?sequence=1
- Castañeda, S. (2012). El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la Constitución, pp. 232-233. Recuperado de biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/11.pdf

TEMA 6: MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y EJECUCIÓN DE SANCIONES

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Cristian Riego, "Oralidad y Recursos".
- Lectura 2: Sabas Chahuán, *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*.
- Lectura 3: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, "Los Regímenes Recursivos en los Sistemas Procesales Penales Acusatorios en las Américas".
- Lectura 4: Jorge Ojeda, "Los Jueces de Ejecución de Penas".
- Lectura 5: Juan Olvera, "El Juez de ejecución en materia penal".

Lectura 1

El desafío de los recursos en un sistema penal oral

En su artículo **“Oralidad y Recursos”**, Cristian Riego aborda el gran desafío y problemática que enfrenta un país al establecer un sistema acusatorio que permite, al mismo tiempo, el ejercicio de la oralidad y un amplio derecho a recurrir. Así, esta lectura plantea el complicado panorama ante la posibilidad de recurrir la decisión emanada de un juicio oral.

La teoría tradicional de la oralidad sostiene que su consagración requiere de una reducción drástica de la posibilidad de recurrir. Si las bondades del juicio oral residen en que la prueba será conocida de manera inmediata por el juez y en que las partes podrán confrontarla de manera directa logrando así niveles altos de depuración de la calidad de la información producida, no es entonces concebible que la decisión del juez que se ha basado en esa percepción directa pueda ser modificada por la de otros, la corte de apelaciones, que solo han conocido las actas del juicio. En esta concepción la sentencia emanada del juicio oral solo puede ser recurrida en sus aspectos legales, pero nunca en la cuestión principal de la apreciación de la prueba.

Actualmente esa visión parece insuficiente debido a dos razones principales. Primero porque en nuestra tradición legal existe una muy fuerte valoración de la posibilidad de recurrir que es difícil que vaya a ser superada fácilmente. El fundamento de esa noción probablemente tiene su origen en que durante varios siglos solo conocimos los procedimientos escritos y estos ofrecían muy pocas oportunidades reales de ejercicio de la defensa. Aspectos tales como la delegación de funciones y la falta de acceso directo al juez de la causa hacían que los abogados percibieran, con razón, que la posibilidad de hacer valer sus argumentos estaba constituida fundamentalmente por la posibilidad de recurrir a las cortes superiores.

En segundo lugar, porque desde el derecho constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos se viene desarrollando un claro impulso en favor de la consolidación de lo que se conoce como el derecho a un recurso. Esto es, una garantía individual en favor de los ciudadanos que obliga a los sistemas legales a conceder a quienes han sido derrotados en un proceso judicial a obtener una revisión amplia de la sentencia que los perjudica. Los alcances de este derecho no están completamente definidos pero su vigencia en materia penal es clara y probablemente se irá extendiendo progresivamente hacia otras áreas.

El desafío consiste entonces en cómo establecer un sistema que permita el ejercicio de la oralidad y al mismo tiempo permita un ejercicio amplio del derecho a recurrir, es decir que ambos sistemas puedan operar conjuntamente con el objetivo de favorecer decisiones judiciales de la mejor calidad posible.

Me parece que la respuesta pasa por buscar fórmulas innovadoras que superen los esquemas tradicionales de acuerdo con los cuales la relación entre oralidad y amplitud del recurso es siempre conflictiva.

Me parece que es perfectamente posible imaginar un recurso muy amplio, que permita a las partes agraviadas en un juicio oral pedir a la corte una revisión de todos los aspectos del fallo incluidos en la sentencia, sin excluir la valoración de la prueba realizada en la misma, que no sea contradictoria con el respeto a los principios que fundamentan el método de la oralidad.

La forma de lograr esa compatibilidad consiste en establecer una limitación, no a la amplitud del control, sino a la facultad de la corte que acoge el recurso para dictar una nueva sentencia. Supongamos que se establece un recurso muy amplio que incluye la posibilidad de que la corte revise no solo la aplicación del derecho de fondo y de forma sino también la valoración de la prueba. La limitación planteada supone que si la corte acoge el recurso y su decisión supone modificar la valoración de la prueba realizada por el juez del juicio, la corte debe abstenerse de dictar una nueva decisión y debe en cambio ordenar una nueva audiencia de prueba por parte de un tribunal no implicado. Esta fórmula admite también otra posibilidad que consiste en que la propia corte retenga en caso y realice ella misma la nueva audiencia y su correspondiente sentencia.

Hasta ahora, las reformas que han tenido lugar han seguido caminos diversos, la procesal penal tendió a restringir la amplitud de los recursos con el fin de preservar la oralidad, la procesal familiar optó por preservar la apelación tradicional limitando de manera importante el principio de la oralidad, la procesal laboral, por su parte ha buscado un camino, que ofrece posibilidades interesantes, aunque sus perfiles precisos todavía no se consolidan en una práctica consistente. Me parece que sería importante que en la reforma procesal civil se pudiese incluir una fórmula como la planteada que permite evitar los cuestionamientos descritos y lograr que ambos sistemas de control de la decisión judicial, la oralidad y la revisión por la vía de los recursos operen constructivamente en favor de evitar errores judiciales.

Riego, C. (2012). "Oralidad y Recursos". En el Portal de la Universidad Diego Portales, <http://www.reformasprocesales.udp.cl/2012/01/oralidad-y-recursos/>

Lectura 2

Recursos y principios del juicio oral

Esta lectura forma parte del libro *Manual del Nuevo Procedimiento Penal* de Sabas Chahuán y en ella exponen los diferentes recursos que existen contra la decisión emanada del juicio oral y destaca la disminución del número de recursos, en relación al antiguo procedimiento penal.

QUINTA PARTE LOS RECURSOS

1. BASES DEL NUEVO RÉGIMEN DE RECURSOS²¹¹

Según las normas que regulan los recursos en el nuevo CPP, podemos definir como bases fundamentales del nuevo régimen de recursos, las siguientes.

A. *Se disminuye el número de recursos, en relación al antiguo procedimiento penal (CPP 1906)*

Ello atendido que, entre otras razones, sólo pueden ser compatibles con el Juicio Oral aquellos recursos que no buscan alterar los hechos tal cual han sido establecidos en las audiencias (porque conocer los hechos, con inmediación, por el Tribunal que conoce de la impugnación, implicaría una repetición de lo obrado ante el tribunal recurrido). Por ende, en general, los recursos en el nuevo sistema son de derecho y tienen por objeto velar porque el juicio se haya celebrado respetando las garantías de orden procesal.

(...)

6. RECURSO DE APELACIÓN

En el nuevo CPP todavía podemos definir a este recurso como: aquel que tiene por objeto que el tribunal superior respectivo, conociendo los aspectos de hecho y jurídicos, enmiende, con arreglo a derecho, la resolución pronunciada por el inferior.

(...)

7. EL RECURSO DE NULIDAD

Este recurso es una vía de invalidar todo el Juicio Oral, o sólo la sentencia definitiva pronunciada en éste. Se regula en los arts. 372 a 387 del CPP, normas que analizaremos un poco más adelante.

(...)

B. FINALIDADES

En conformidad con lo someramente expuesto y transcrito, éstas las podríamos resumir en:

l) Procurar el respeto de las garantías y derechos fundamentales. Esta finalidad se deduce del mero examen de las causales que hacen procedente la interposición del recurso y, además, de su relación con el régimen de nulidades procesales, que revisamos en la Segunda Parte de este Capítulo;

II) Obtener sentencias que hagan una acertada interpretación de las normas de derecho. Este es el más tradicional de los fines que se atribuía al recurso de casación. Esta finalidad se deduce del tenor del art. 373, letra b) del nuevo CPP, donde se hace procedente el recurso de nulidad porque la sentencia ha hecho una aplicación errónea del "derecho" (concepto más rico y amplio que el de "infracción de ley" que era el tradicional), que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (esta última entidad de la influencia es un concepto tradicional, lo que permitirá aprovechar la jurisprudencia que, en relación a él, se ha acumulado), y

III) Lograr que la Corte Suprema uniforme la aplicación del Derecho. Finalidad ésta que se deduce expresamente de la historia fidedigna del establecimiento de las normas, según apuntáramos.

(...)

8. REVISIÓN

A esta institución, que técnicamente no es un recurso, nos referiremos en el Capítulo siguiente.

(...)

3. REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

Como sabemos, el "recurso" de revisión se ha definido tradicionalmente en la manualística nacional como "un medio de impugnación extraordinario que la ley concede por las causales y en contra de las resoluciones judiciales firmes que ella misma señala, ganadas injustamente, con el objeto de anularlas en todo o parte...la característica más sobresaliente... la hallamos en que procede en contra de las sentencias firmes".²²⁵

El carácter recursivo que pueda tener la revisión de sentencias judiciales en materia penal es un concepto que puede ser objeto de discusión. En efecto, porque todos los recursos tienen la finalidad de atacar resoluciones dictadas durante un procedimiento en curso, que no están firmes, y que no tienen la autoridad de cosa juzgada, efecto característico de aquéllas. Sin embargo, dicha discusión escapa al objetivo de este manual. Sin embargo, creemos que el carácter de la revisión es el de una acción impugnativa extraordinaria de nulidad, de carácter procesal, más que el de un recurso propiamente tal.

²¹¹ Según las plantea CAROCCA P., Alex. "Recursos en el Nuevo Sistema Procesal Penal". En: *"El Nuevo Proceso Penal"*.

²²⁵ CASARINO V., Mario. *"Manual de Derecho Procesal Civil"* 4a. Edición actualizada. Tomo IV. En el mismo sentido: LÓPEZ L., Osvaldo. *"Derecho Procesal Penal Chileno"*. Op. Cit. Pág. 321.

Lectura 3

Análisis comparativo de los recursos en los sistemas acusatorios latinoamericanos

En esta lectura, extraída del artículo **“Los Regímenes Recursivos en los Sistemas Procesales Penales Acusatorios en las Américas”**, se hace un análisis comparado de las legislaciones nacionales con respecto a los sistemas recursivos adoptados. En ella se describe el régimen de sistemas recursivos o vías de impugnación de las sentencias definitivas penales existentes en los sistemas procesales que cuentan con modelos de carácter acusatorio oral en las Américas.

2.3. Conclusiones

En este trabajo hemos podido observar cómo los sistemas recursivos establecidos en seis países diferentes presentan una enorme diversidad, incluso en aquellos casos en que se presentan con nombres comunes. En buena medida, esto es producto de que en todos los países de la región ha existido una evolución muy importante de sus sistemas procesales. En consecuencia, incluso para los países que partieron de una misma base, como por ejemplo la casación tradicional, las regulaciones actuales reflejan muchos cambios y hacen imposible hacer juicios acerca de esos recursos sólo por su nombre o el punto de partida en el cual se fundan.

Nos parece claro que la evolución experimentada por las legislaciones estudiadas en materia recursiva se ha orientado en la dirección de permitir que los recursos contra las sentencias condenatorias sean lo más abiertos y amplios posible, intentando compatibilizar dicha apertura y amplitud con las exigencias que impone la instauración de un modelo acusatorio oral respetuoso del debido proceso.

Es a partir de estas consideraciones que podemos decir que en realidad la mayor o menor amplitud de las posibilidades de control que se plantean en la casación u otros recursos previstos en las legislaciones estudiadas no pueden ser analizadas de manera abstracta, porque es necesario examinar cuál es la naturaleza del reclamo específico y luego, cuál ha sido la actitud del tribunal frente a ese reclamo. Es decir, para poder establecer si en una situación determinada se ha vulnerado el derecho a recurrir, es necesario establecer con toda claridad cuál es la imputación que el recurrente formula en contra de la condena; luego es necesario verificar si esta imputación -aun en el caso de ser verdadera es suficientemente grave en términos de requerir la revocación del fallo y, finalmente, es necesario determinar si es que la imputación planteada puede o no ser analizada en el marco de revisión establecido en el recurso admitido por la legislación local. Si la respuesta a todas estas cuestiones es positiva y, aun así, el tribunal que conoce del recurso no se pronunció sobre su contenido, entonces estamos frente a un problema de práctica y no a uno de diseño legal. En cambio, si es que la imputación planteada, siendo grave, no puede ser conocida en el marco del recurso entonces sí existe un problema de diseño legal. Pero aún en este caso una posible solución no está en establecer necesariamente un recurso amplio del tipo de la apelación tradicional sino que es posible ampliar las causales de la casación, que como hemos visto pueden llegar incluso a las cuestiones de hecho, o pensar en modelos recursivos más novedosos como ocurre en varios ejemplos analizados en este estudio.

Como puede observarse, una solución general y abstracta que se pronuncie respecto de una mayor amplitud en la revisión de un fallo de un juicio oral no es una cuestión inocua; por el contrario, es

necesaria la existencia de un equilibrio muy delicado entre el derecho al juicio oral que toda persona tiene y el derecho a recurrir de dicha sentencia. Para ello se requiere análisis de los sistemas procesales penales concretos y ver en cada caso si la configuración existente es capaz de resguardar el equilibrio mencionado para la efectiva vigencia de ambas garantías.

Estas ideas quedan claras si echamos una mirada a un aspecto que ha sido largo objeto de debate en la región respecto del recurso de casación tradicional. Un típico problema o debilidad que tenían los sistemas tradicionales de casación en América Latina se producía cuando el recurrente planteaba que la sentencia debe ser anulada como producto de un error del tribunal al apreciar la prueba, típicamente cuando el tribunal daba por probados ciertos hechos relevantes respecto de los cuales la parte recurrente sostenía que la prueba no era suficientemente convincente o no existió del todo. En este tipo de situaciones, se señalaba que la casación presentaba limitaciones estructurales para resolver.

Este tipo de apreciaciones se basaba en un error ya que en un sistema de control por la vía de la casación, incluso en sus versiones tradicionales, no estaba excluido el control del tribunal superior sobre asuntos como los planteados. La doctrina desde antaño sostenía en forma bastante consensuada dicha posibilidad de control.⁹ Si bien en principio la casación en su versión más tradicional estaba restringida a la revisión de los aspectos jurídicos de un fallo, el control sobre el respeto de varias de las regulaciones legales referidas al juicio y la sentencia admitían la posibilidad de un control importante sobre el modo en que el juzgador daba por establecidos los hechos de la condena. Por ejemplo, si la parte condenada considera que la condena había sido errónea por una incorrecta apreciación de la prueba, podía invocar la violación de las reglas que la gobernaban o aquellas que regulaban la fundamentación de la sentencia y que exigían que esta fuera consistente con la lógica. También se podía invocar una violación al estándar probatorio que exigía un cierto nivel de convicción, o directamente una violación a la presunción de inocencia que obligaba al acusador a probar su caso.

Más allá de estas posibilidades, lo que hemos visto en este trabajo es que incluso en aquellos países que mantienen un recurso estructurado a partir de este modelo recursivo, la casación tradicional ha sido superada y ha evolucionado de manera de ampliarse en forma significativa. Por cierto esto ha ocurrido en forma mucho más evidente tratándose de las legislaciones procesales penales que abandonaron la casación como vía de impugnación (vgr. Chile, provincia de Chubut), pero también en aquellas que la han reformulado (vgr. Costa Rica y provincia de Buenos Aires) manteniendo su nombre y contenido general.

⁹ En relación a este tema la doctrina es amplia. Véanse como ejemplos: Enrique Bacigalupo, *La Impugnación de los Hechos Probados en el Recurso de Casación Penal*, Ad-Hoc, primera edición, Buenos Aires, 1994, págs. 55 a 71; Alberto Binder, Op. Cit. págs. 289 y 292; Fernando De la Rúa, *La Casación Penal*, Depalma, Argentina, 1994, págs. 3, 38 y ss.; Enrique Paillas, *El Recurso de Casación*, Tomo I, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1999, págs. 139 y ss.; Daniel Pastor, *La Nueva Imagen de la Casación Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, págs. 134 a 146.

Lectura 4

Ejecuciones de sanciones en el derecho comparado y México

El magistrado Jorge Ojeda Velázquez, en su artículo **"Los jueces de ejecución de penas"**, hace una descripción del derecho comparado con respecto al tema y expone el caso de la legislación en México. La lectura permite analizar una perspectiva de los avances y augurios de la legislación mexicana en torno a la ejecución de penas.

III. Derecho comparado

Que la ejecución de las penas deba ser sometida al control jurisdiccional es una idea relativamente nueva. En efecto, en el desenvolvimiento teórico de la ciencia penitenciaria hemos pasado por las etapas históricas en que a los detenidos-procesados o condenados no les venía reconocido ningún derecho, excepto el de defensa, y generalmente eran sometidos al arbitrio, que a menudo se traducía en abusos y despotismos, por parte de funcionarios de la administración penitenciaria.

Hoy en día y por supuesto estamos hablando de experiencias modernas extranjeras, nada de esto es posible, ya que el derecho de ejecución de penas viene considerado en algunos países europeos como una prosecución del Código de Procedimientos Penales; y esto ha reafirmado la idea de que la ejecución de las penas es en realidad una relación jurídica toda vez que el detenido no pierde por el solo hecho de estar privado de su libertad la calidad de sujeto jurídico.

Como sabemos, en el procedimiento penal se ha procurado siempre comprobar los elementos del delito y la responsabilidad de su autor; y por muchos años, una vez que la pena ha sido pronunciada y la sentencia convertida en definitiva, el poder judicial se ha desentendido de la ejecución del título privativo de la libertad personal y se lo ha encargado al poder ejecutivo que lo ejerce a través del director del reclusorio.

En Europa, de la fase de control y dirección administrativa de la ejecución de las penas, se ha pasado a la fase del control jurisdiccional, cuyas matrices han sido no sólo la lucha, aceptación y reconocimientos de los derechos subjetivos de los detenidos, sino también la manera y forma de garantizarlos, en caso de que vengán violados por la administración penitenciaria. De esta manera, ha nacido el problema del control jurisdiccional de la ejecución de las penas. En todos los ordenamientos jurídicos, por lo general, los derechos subjetivos reconocidos al individuo se asocian a la idea de la protección jurídica de dichos derechos, que vienen siempre garantizados por el poder judicial, toda vez que la autoridad administrativa no juzga jamás los derechos subjetivos, sino que comúnmente, juzga los intereses legítimos en armonía con los intereses sociales; en cambio, la característica de la jurisdicción es precisamente aquélla de tutelar los derechos subjetivos que pertenecen al individuo.

En esta materia, Italia, Francia y España han sido unos de los primeros países que han reconocido la exigencia del control jurisdiccional de la ejecución de las penas para garantizar los derechos subjetivos de los detenidos.

Vale la pena recordar que el principio de la intervención del juez en la ejecución penal fue propugnado por la Escuela Positiva, que partiendo del presupuesto de que la relación de la

ejecución penal representa la prosecución de la relación jurídica entre el Estado y el autor del delito, se hizo propagadora de la intervención del juez en la ejecución penal con las tareas principales de interpretar la sentencia, decidiendo los contrastes que eventualmente surgen entre el Estado que procede a la ejecución y el condenado que la sufre y además la de vigilar la ejecución misma de las penas.

El control jurisdiccional sobre la ejecución de las penas tuvo larga acogida en Italia con los Códigos Penales de 1930 y el Reglamento de los Institutos de Prevención y Pena de 1931. El juez de vigilancia, en este último abrogado Reglamento, tenía las siguientes funciones que podemos resumir así:

- a) Inspectivas.** Que se concretaban en la vigilancia sobre el tratamiento carcelario de los condenados (art. 40 del Reglamento de 1931).
- b) Consultivas.** Concretándose en la formulación de pareceres sobre las peticiones de concesiones de la libertad condicional hechas por los detenidos, y sobre las propuestas de gracia hechas por el Director (art. 633 ex. del Código de Procedimientos Penales Italiano).
- c) Deliberativas.** Concretándose en una serie de decisiones jurídicas concernientes a la asignación de los detenidos a un establecimiento, en particular, la admisión al trabajo fuera del instituto carcelario, a la decisión sobre algunas reclamaciones hechas por el detenido a la administración penitenciaria (ex. art. 634 del Código de Procedimientos Penales).

Ojeda, J. (s/a). Los Jueces de Ejecución de Penas. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. (pp. 224-225).

Lectura 5

Desafíos de la implementación de jueces de ejecución de sanciones

El magistrado Juan José Olvera López, en su artículo **“El juez de ejecución en materia penal”**, expone su opinión al respecto de la potencial problemática que el Poder Judicial de la Federación de nuestro país enfrentaría con la implementación de los jueces especializados en materia de ejecución penal. Esta lectura brinda una perspectiva desde el punto de vista judicial y hace énfasis en la competencia para la ejecución de las sanciones, en caso de que no exista todavía ley reglamentaria para esos efectos.

Además, no debe perderse de vista que la ejecución de las sanciones penales es una etapa dentro del procedimiento penal⁸ —específicamente es la fase final que le sigue a una ejecutoria de condena—, por lo que goza de autonomía procesal a las etapas que le son previas, lo cual no fue modificado por la reforma sino que, incluso, fue reafirmado al trasladar esa competencia que estaba a cargo de la autoridad administrativa a la sede jurisdiccional.

Por ello, la falta de implementación integral del nuevo sistema de justicia penal no es razón para limitar o evitar la instrumentación de las facultades del juez de ejecución; aunque ello no implica, como se explicará más adelante, que no tengan que seguirse los principios generales del sistema acusatorio oral en la etapa de ejecución pues las reglas generales derivadas de ellos informan todo el proceso penal⁹.

(...)

(...) las funciones del juez de ejecución pueden distinguirse en dos apartados principales: a) con el sentenciado en prisión y b) con el sentenciado en libertad. Y de cada una surgirá una distinta forma de ejecutar una sanción.

a) Sentenciado en prisión.

En este caso el juez vigilará y controlará el cumplimiento de la prisión impuesta, hasta el grado de velar por los derechos de los reclusos, sin sobrepasar el límite de administración de las prisiones, que sigue siendo facultad del ejecutivo.

Por tanto, el juez de ejecución tiene una serie de atribuciones, que antes llevaba a cabo el ejecutivo, éste tan sólo conservará las funciones de administración de los centros de reclusión; además, muchas funciones que hoy llevan a cabo los jueces de proceso se reasignarán también a los jueces de ejecución. Esto obliga a poner en claro los casos en los que unos y otros intervienen actualmente y en los que a partir de la entrada en vigor de la reforma serán facultades del juez de ejecución.

b) Sentenciado en libertad.

En este caso el juez vigilará que los sentenciados en libertad, por haberse concedido el beneficio de condena condicional, cumplan con los requisitos respectivos y, en su caso, ordenará su reaprehensión o dará por cumplidas las condiciones para que la pena se tenga por cumplida.

En otros casos, como la libertad derivada de un beneficio distinto (localizador electrónico, libertad anticipada, entre otros), de igual manera le dará seguimiento.

⁸ El actual Código Federal de Procedimientos Penales, que para estos fines será aplicable, dice:

"Artículo 1o. El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

I. El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal;

II. El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar;

III. El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste;

IV. El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el Tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;

V. El de segunda instancia ante el tribunal de apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos;

VI. El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas;

VII. Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacentes o psicotrópicos.

⁹ Para profundizar en los argumentos que consideran la ejecución penal como parte del proceso penal y, por lo tanto, la aplicación de todos los principios del debido proceso a dicha etapa, ver: Sarre, Miguel, *Debido proceso y ejecución penal. Reforma Constitucional de 2008*, México, Octubre de 2010, Documento de trabajo presentado en el marco del Curso Especializado sobre Juez de Ejecución de Sanciones Penales, Instituto de la Judicatura Federal- SETEC, sin fecha de publicación.

Olvera, J.J. (s/a). "El Juez de ejecución en materia penal". Revista del Instituto de la Judicatura Federal. (pp. 233-244).

LECTURAS ADICIONALES

En estas lecturas adicionales se podrá encontrar más información sobre los recursos a considerar en el juicio oral y un análisis de las inconveniencias de no cumplir con los principios de los juicios orales.

- Fuentes, C. (2009). Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios. *Revista CEJIL*, año IV, (5), diciembre, 74-82.
- Horbitz, M.I., y López, J. (2004). *Derecho Procesal Penal Chileno*. (Tomo II). Santiago de Chile, Chile: Jurídica de Chile.
- Benavente, H. (2012). *El Amparo en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*. (p.518). México: Flores Editores.

PARTE 2

TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL

TEMA 1: TEORÍA DEL CASO

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *“Litigación Penal, Juicio Oral y prueba”*.
- Lectura 2: Leonardo Moreno y otros, *“Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal”*.
- Lectura 3: Paola de la Rosa Rodríguez, *“Éxito en el juicio oral”*.
- Lectura 4: David Pastrana y Hesbert Benavente, *“El Juicio Oral Penal Técnica y Estrategias de Litigación Oral”*.

Lectura 1

Litigación oral y estrategia

Al abordar el tema de la teoría de caso, en su libro *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Baytelman y Duce plantean que litigar los juicios orales es un ejercicio profundamente estratégico pues la prueba no habla por sí sola para descubrir la verdad de los hechos, sino que dependerá del relato que cada una de las partes hagan sobre ella.

(...) Todo lo contrario: queremos decir que si ese tribunal tiene alguna chance de dar con lo que realmente ocurrió –de dar con la verdad– ello depende de que las partes puedan presentarle un relato coherente, claro, completo y creíble acerca de los hechos. Decimos que este es el método del sistema acusatorio. Sería una fortuna que pudiéramos contar con mejor información para decidir si una persona cometió o no el delito; sería una fortuna que para cada juicio pudiéramos tener información objetiva, imparcial, completa, una cámara de video que grabe claramente cada delito y el estado mental de todos los participantes en él. Pero no tenemos eso. Lo que tenemos son versiones en competencia. Siendo así, resulta completamente determinante que podamos mostrar al tribunal con toda claridad y credibilidad nuestra versión de los hechos, y eso es una cuestión estratégica en términos de cómo obtener de la prueba la información –real– que la prueba contiene y como estructurar esa información de modo que los jueces obtengan lo que necesitan de ella para fallar correctamente. El abogado es en este sentido un mensajero de cierta información; y no importa qué tan bueno sea el mensaje, ni qué tan significativo: si el mensajero es malo, el mensaje no llega. La información más determinante de un testigo puede naufragar en un mar de datos irrelevantes, superabundancia u hostilidades con el abogado; o, al contrario, este detalle que habría hecho que los jueces se convencieran acerca de la culpabilidad o inocencia, puede pasar completamente desapercibido. Tal vez es posible que el testigo llegue a mencionar dicho detalle, pero para entonces tal vez los jueces ya no estén escuchando.

La labor del abogado es, pues, hacer que llegue el mensaje, y el mecanismo natural de transmisión es el relato. Pero al litigante no le bastará –para ser bueno– tan solo que su historia sea entretenida o interesante, sino que ella deberá transmitir al tribunal que se trata de la versión más fidedigna de los hechos y la interpretación legal más adecuada y justa.

El litigante en el juicio oral, en fin, debe narrar. Narrar y persuadir. Esa será su principal tarea y su más primordial objetivo. Esta tarea no está entregada nada más al talento intuitivo y personal de cada litigante, y demostrar eso será precisamente la labor de las páginas que siguen. Sin duda los juicios orales imponen exigencias fuertes a la intuición del litigante: por muy exhaustiva que sea nuestra preparación, jamás podremos anticipar con precisión lo que ocurrirá durante el juicio, las respuestas inesperadas de los testigos, las maniobras de la contraparte, las observaciones de los jueces o la aparición de nueva evidencia. Sin embargo, la importancia atribuida al instinto y al carácter histriónico de los abogados no se corresponde con lo que comúnmente ocurre en un juicio oral, y más bien contribuye a que descuidemos el imprescindible esfuerzo por una preparación meticulosa. La intuición y el talento escénico de los litigantes está sometido a una larga lista de restricciones que, partiendo con las mismísimas reglas del ritual procesal, pasan por la valoración de la prueba, los esfuerzos competitivos de la contraparte por acusar las carencias o excesos en que uno vaya a incurrir, y los esfuerzos por transmitir a los jueces la idea de que se tiene un verdadero caso y que la información es fidedigna.

Baytelman, A. y Duce, M. (2004). Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. (s/pn). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Lectura 2

Importancia de la teoría del caso

En esta lectura, tomada del libro *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, los autores afirman que una adecuada formulación de la teoría del caso contribuye a la comprensión de los hechos, la recopilación de las evidencias y la presentación; por tanto, dicha formulación se constituye en el eje central de la planificación estratégica para demostrar las hipótesis y proposiciones fácticas en el juicio.

Arribar al juicio oral supone por parte del órgano acusador contar con un relato acompañado de antecedentes que lo respaldan; tales como, declaraciones de testigos o peritos, documentos en los cuales se basa, funda y sostiene el relato de los hechos que alega el acusador, pruebas materiales, etc.

A su turno, la defensa desplegará un relato paralelo que, apoyado igualmente en los antecedentes recopilados durante su investigación o por el propio Ministerio Público, intentará desdibujar el relato de la fiscalía, explicando los hechos desde una óptica diferente. El defensor tendrá que optar por la construcción de un relato alternativo (defensa positiva) o basado en la concentración puntual sobre problemas, inexactitudes o contradicciones de las pruebas de la fiscalía (defensa negativa), o combinar ambas modalidades de un modo coherente y verosímil.

De lo que no cabe duda es que el abogado litigante es un narrador, que recurre ante el tribunal para contarle de manera más persuasiva la historia de su cliente, de modo que se ofrezca una opción razonable al juez como para que la repita al momento de resolver la controversia.

Lo señalado en los párrafos precedentes importa para sostener que las pretensiones de las partes en un proceso penal deben ir premunidas de un elemento fundamental: una idea central o teoría explicativa sobre lo que ocurrió. En definitiva, una idea transformada en relato, que intentará dar cuenta de un hecho, omnicomprendiva, autosuficiente, única y verosímilmente.

Esta teoría central ha sido denominada en la literatura comparada como “teoría del caso” (*theory of the case*¹⁰); expresión que representa la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias a través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados en las distintas audiencias de la fase de investigación y en el juicio oral.

La teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndolos de un lente para dar una lectura intencionada que permita explicar lo sucedido. La teoría del caso corresponde a la *idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica.*

¹⁰ MAUET, Thomas A.: *Trial Techniques*. Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc., Gaithersburg / New York, 5ª edición, 2000. "Una teoría del caso es una clara y simple historia sobre lo que 'realmente sucedió' desde su propio punto de vista. Debe ser consistente con la evidencia no controvertida y con su propia versión de la evidencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo. No sólo debe mostrar qué ocurrió, sino que además debe explicar por qué las personas en la historia actuaron de la manera en que lo hicieron... Debe ser una historia persuasiva que será la base de su evidencia y argumentos durante el juicio. Si Ud. no es capaz de declarar su teoría del caso en uno o dos minutos, entonces se requiere más trabajo.", op. cit., p. 24. Complementar con MAUET, Thomas A.: *Pretrial*. Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc., 4ª edición, 1999, p. 93.

Rojas, H., Moreno, L., Blanco, R., Decap, M. (2005). *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*. (pp. 17-18). Santiago de Chile: Lexis Nexis.

Lectura 3

Características de la teoría del caso y destrezas de los abogados

En esta lectura, extraída del libro *Éxito en el juicio oral* de Paola Iliana De la Rosa Rodríguez, se hace un análisis sencillo y conciso de las características de la teoría del caso, así como de las destrezas que todo abogado precisa desarrollar para lograr resoluciones favorables en sus asuntos sujetos a juicio.

1.1. EL DESARROLLO DE TU CASO

El abogado debe desarrollar algunas responsabilidades importantes con respecto al contenido substancial de la historia o narración de los hechos. Estas se pueden resumir en:

1) Conocer los hechos. El abogado debe de tomar la función de un investigador y realizar una profunda indagación de los acontecimientos que dieron origen a la contienda legal. Algunas veces los hechos pueden ser obvios, otras veces se requerirá tener un pensamiento crítico ya que con la información disponible, se pueden derivar muchas posibilidades de lo que ocurrió y de ellas habrá que considerar algunas y rechazar otras.

2) Buscar material relevante que fortalezca tu planteamiento de los hechos. Se puede hacer una lluvia de ideas para identificar posibles fuentes de información. Por ejemplo, en el caso de un accidente automovilístico, se puede obtener información de los reportes informativos de policía, de los reportes médicos, las fotos del accidente y las declaraciones de testigos. No debemos limitarnos a estas fuentes rutinarias, puede haber fuentes adicionales de información que sean útiles, que podemos obtener del lugar de trabajo de los involucrados, inclusive el internet también es útil al respecto. Al empezar a preparar tu estrategia, es importante tener una lluvia de ideas con colegas acerca de donde localizar información adicional.

3) Reunir y evaluar los materiales disponibles. Antes de presentar el planteamiento de tu caso, es esencial hacer un análisis del material relevante. En los litigios, esto se hace a través del examen del lugar de los hechos, la escena de un accidente o del crimen, el análisis de documentos, declaraciones, las entrevistas a testigos, por solo nombrar algunos. En una sala de juicios orales, la parte con mejor información usualmente gana. Al prepararte para argumentar, asegúrate de que has reunido toda la información relevante, donde quiera que ésta se encuentre. La información es el suministro del planteamiento de tu caso.

4) Seleccionar los materiales que sean más favorables para la parte que representas. Después de que has reunido y analizado la información relevante, debes identificar las normas jurídicas aplicables a los hechos y que favorezcan a los intereses del cliente. Deberás de investigar los códigos y regulaciones que favorezcan a tu representado.

5) Crear un planteamiento original y diseñar y construir argumentos persuasivos con estos materiales. Escribe las razones fundamentales según las cuales debes de ganar tu caso. De la misma forma como el creador de una obra elige los mejores materiales para elaborarlo, así los abogados deben usar su conocimiento, pensamiento y creatividad para diseñar un caso exitoso. La materia prima del abogado la constituyen los hechos y el derecho.

1.2. TEORÍA DEL CASO

Como se ha mencionado previamente, antes de que el abogado pueda empezar a determinar si su caso tendrá éxito, debe analizar el material disponible el cual frecuentemente se encontrará en forma de hechos desestructurados e inferencias que pueden o no ser ciertas. Después de ello, se recomienda que el litigante vislumbre los escenarios que puede presentar al juez y las reglas de derecho aplicables a cada escenario a fin de definir cuál de ellos resulta más conveniente y favorable a su cliente.

Para ello, cada representante legal tendrá que elaborar su teoría del caso. Con el afán de hacer una presentación efectiva, el abogado debe pensar y analizar las posibles teorías que puedan ser desarrolladas con la información disponible. Usualmente el siguiente paso es escoger una teoría:

- a) que sea congruente con los hechos
- b) a la que sea aplicable un precepto legal favorable a la parte que el abogado representa

(...)

La teoría del caso es la explicación de cómo ocurrieron los hechos y la participación que el imputado tuvo en ellos, con la única finalidad de convencer al órgano juzgador de que la versión del que la presenta es la verdadera. También puede ser considerado como aquel planteamiento que hacen los litigantes acerca de lo que ocurrió analizando la información disponible y tomando en cuenta los tres niveles que convergen en la historia: El fáctico, el jurídico y el probatorio.

De la Rosa, P.I. (2012). Éxito en el juicio oral. (pp.3-5). México: Porrúa.

Lectura 4

Teoría del caso como metodología

En esta lectura, tomada del libro *El Juicio Oral Penal. Técnica, estrategias de Litigación Oral*, los autores abordan la temática de la teoría del caso como una estrategia necesaria y metodológica, tanto para el Ministerio Público como para la defensa.

En efecto, la teoría del caso tiene un significado mayor, al dotarle a las partes de un análisis estratégico del proceso; ordenando y clasificando la información; adecuar los hechos al tipo penal y tener los argumentos básicos para tomar decisiones importantes. No se le puede reducir a su fase expositiva, dado que, y como se verá más adelante, la teoría del caso se construye desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos materia de proceso, e implica la articulación de varios elementos, como son lo fáctico, jurídico y probatorio.

Por ende, al referirnos a la construcción y articulación de elementos es que nos acercamos al segundo modelo conceptual de la teoría del caso, que permite hablar de “teoría” y no solamente una historia, *persuasiva*, de lo que ocurrió.

Como indica la Procuraduría General de la República Dominicana¹⁸¹, para que podamos afirmar que estamos frente a un caso es necesario:

1. Contar al menos provisionalmente con un cuadro fáctico posible.
2. Constatar que esos hechos tienen relevancia penal porque son subsumibles dentro de algún norma penal que creemos aplicable.
3. Contrastar esos hechos con la prueba, de modo que cada elemento fáctico sea demostrado por un elemento de convicción.

(...)

Como se aprecia, la teoría del caso no consiste en solamente narrar una historia, desde la óptica de la parte expositiva, con la finalidad de persuadir al juzgador; sino que, es, *por un lado, la herramienta metodológica por excelencia que tienen las partes para poder construir, recolectar, depurar y exponer su posición estratégica frente a los hechos materia de proceso; y por otro lado, es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis: fáctico, jurídico y probatorio*; los cuales, no solamente benefician a las partes (las cuales procuran el amparo de sus pretensiones o intereses en sede de proceso penal), sino también al juez, dado que, se le brindará una carga informativa tal que le permitirá contar con los elementos de juicio y decisión para resolver el conflicto de intereses jurídico – penal al cual ha tomado conocimiento.

Es tal la complejidad de la teoría del caso que escapa del mero alegato o exposición, dado que, si falta alguno de los tres niveles de análisis antes mencionados estaríamos en presencia de un simple relato o historia, pero no frente a un caso penal.

En suma, a la correspondencia de la hipótesis fáctica, la hipótesis jurídica y la hipótesis probatoria se le denomina “teoría del caso”, la cual es elaborada a partir de la prueba y sus inferencias, y a partir del tipo penal que aparece como posible de aplicar. Esta teoría es la que guiará la investigación, se someterá al contradictorio en el Juicio Oral y finalmente se validará o rechazará en la sentencia.

¹⁸¹Cfr. Procuraduría General de la República Dominicana. "Modelo de Gestión de Fiscalías. Procesamiento de Casos". Disponible en: www.procuraduria.gov.do/PGR.NET/modelo.

Pastrana, D. y Benavente, H. (2011). El Juicio Oral Penal Técnica y Estrategias de Litigación Oral. (pp. 154-155). México: Flores Editor.

LECTURAS ADICIONALES

Algunos otros autores también analizan y sugieren estrategias para la preparación y teoría del caso. En estas lecturas adicionales se puede encontrar desde una metodología de capacitación para generar destrezas de litigación; aspectos sobre la importancia de las argumentaciones para legitimar las disposiciones normativas jurídicas; hasta una propuesta institucional de la Defensoría Pública Penal de Guatemala con algunos lineamientos a tomar en cuenta por sus defensores públicos al diseñar estrategias de defensa.

- Baytelman, A y Duce, M. (2004). Materiales para la realización de ejercicios prácticos. (pp.1-40). *En Curso sobre instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral*. Temuco: CEJA.
- Moreno, R. (2012). Argumentación Jurídica Por qué y Para qué. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, 133, enero – abril, 165-192.
- Stalling, B.A. (s/a). Monografía del Instituto de la Defensoría Pública Penal, pp. 22. Guatemala.

TEMA 2: AUDIENCIA INICIAL

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Adriana Villegas, *"El juicio oral en el proceso penal acusatorio"*.
- Lectura 2: Mauricio Duce y Cristián Riego, *"Proceso Penal"*.
- Lectura 3: Sabas Chahuán, *"Manual del Nuevo Procedimiento Penal"*.

Lectura 1

La audiencia inicial en Colombia

Esta lectura, extraída del libro *El juicio oral en el proceso penal acusatorio* de Adriana Villegas Arango, se exponen diversas consideraciones en torno al desarrollo de la audiencia inicial en el contexto colombiano.

1. ESTRUCTURA DEL JUICIO ORAL

La etapa del juicio está integrada por las siguientes audiencias:

- Audiencia de formulación de acusación. Artículo 338 del CPP
- Audiencia preparatoria. Artículo 355 del CPP
- Audiencia de juicio oral. Artículo 366 del CPP
- Incidente de reparación integral y audiencia de individualización de pena y sentencia. Artículo 102 del CPP

(...)

2. AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN: Artículo 338 CPP

¿En qué consiste la audiencia de formulación de acusación?

Es el momento procesal en que la fiscalía acusa formalmente, ante el Juez de conocimiento, al autor o partícipe de la conducta punible.

La fijación de fecha para la celebración de esta audiencia debe ser dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del escrito de acusación. Artículo 338 de la ley 906 de 2004.

2.1. Trámite: Artículo 339 del CPP

Una vez se instala la audiencia por parte del juez, este deberá ordenar el traslado del escrito de acusación a las partes intervinientes, y concederá en primer término, la palabra al representante de la fiscalía, luego al ministerio público y posteriormente a la defensa, para que cada uno manifieste si advierte causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades, adicionalmente expresarán las observaciones que tengan sobre el contenido del escrito de acusación con el fin de que en la misma audiencia, sea aclarado, corregido o adicionado acatando los requisitos establecidos en el artículo 337 del C.P.P.

Superado el trámite anterior, le concederá de nuevo la palabra al representante de la fiscalía, para que formule oralmente la acusación.

Son condiciones necesarias para la validez de este acto procesal: la presencia del fiscal, del defensor y del acusado que se encuentre privado de la libertad mientras sea su voluntad asistir.

La presencia del acusado que se encuentre en libertad no es necesaria para su validez, pero está plenamente facultado para asistir, al igual que los demás intervinientes.

(...)

¿Qué decisiones toma el juez, antes de finalizar la audiencia de formulación de acusación?

- a. Incorporar las correcciones a la acusación.
- b. Aprobar o improbar los acuerdos entre fiscalía y defensa.
- c. Suspender condicionalmente el procedimiento, si hay lugar a ello.

Una vez realizadas estas acciones, el juez deberá fijar fecha, hora y sala para la celebración de la correspondiente audiencia preparatoria, cuyo término no podrá ser inferior a quince (15) días ni superior a los treinta (30) días siguientes a su señalamiento.

2.5. Descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física: Artículos 344 a 347 del CPP

¿Cuándo se inicia el descubrimiento de los elementos materiales probatorios o evidencia física?

Desde la audiencia de formulación de acusación (artículo 344 de la ley 906 de 2004)

Villegas, A. (2008). El juicio oral en el proceso penal acusatorio. (pp.17, 23-24, 26-27). Colombia: Fiscalía General de la Nación.

Lectura 2

Audiencias de la etapa de investigación

En esta lectura, tomada del libro *Proceso Penal*, Duce y Riego desarrollan un análisis y descripción de las audiencias judiciales a las que comparecen, en la etapa de la investigación, los distintos intervinientes para presentar sus peticiones, antecedentes y argumentos.

Para el funcionamiento eficaz del nuevo sistema y para evitar que la investigación se constituya en un cuello de botella en el que se alarguen excesivamente los procesos penales, es necesario que las audiencias de la etapa de instrucción se conciban muy desformalizadas. En ellas, los jueces deben asumir un rol importante en la dirección del debate, el que debe transformarse en un intercambio efectivo de información relevante entre los distintos involucrados y no en una sucesión de discursos formales de cada uno de ellos, discursos o “alegatos” que no se hacen cargo de los puntos debatidos o que no le entregan al juez elementos que le ayuden a decidir lo solicitado. Más que como alegatos, las audiencias de la etapa de la investigación deben ser concebidas como una discusión entre los involucrados, en la que el juez de garantía asume una moderación activa debido a que él es el actor que necesita información para decidir.

Una audiencia típica de la etapa de investigación se inicia cuando el juez de garantía le concede la palabra a la parte que hubiere solicitado la realización de la misma, a efectos de que exponga brevemente su petición y argumentos. En caso de que sea necesario, el juez debe intervenir activamente en esta exposición de diversas formas, como, por ejemplo, solicitándole a la parte que explique mejor los puntos que no son claros, que centre sus argumentos en aquellos aspectos que resulten más polémicos, que resuma sus peticiones para efectos de impedir la extensión innecesaria de la audiencia, solicitarle a la contraparte se pronuncie sobre un punto específico en el que se requiera su opinión, entre otras situaciones que se pueden dar según sea el caso. Finalizada la exposición inicial, el juez debe ofrecer la palabra a la contraparte para efectos que presente sus argumentos, también en una modalidad similar a la anterior. Es decir, la audiencia debe realizarse con bastante interacción entre los distintos actores que están presentes, para que la discusión sea provechosa. Finalizado lo anterior, el juez podría de nuevo entregar la palabra a los involucrados para que se hagan cargo de los nuevos argumentos presentados por su contraparte, todo ello de una manera dinámica que le permita tener una visión clara del conflicto a resolver y de los principales elementos que le permitirán decidir.

En el desarrollo de las audiencias, deben evitarse al máximo los formalismos y ritualismos vacíos. Lo que sí debe resguardar el juez es que en la audiencia se respeten algunos valores centrales del nuevo sistema, como lo son la publicidad, la inmediación, la concentración, la contrariedad y la igualdad de armas. Si el juez exige algunas formas, éstas deben estar orientadas al resguardo de estos valores, que resultan centrales para la legitimidad del sistema y para que se satisfaga el debido proceso.

Duce, M y Riego, C. (2007). *Proceso Penal*. (pp. 238-239). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Lectura 3

Audiencia inicial y sus intervinientes

En esta lectura, Sabas Chahúan se basa en su experiencia como fiscal en el proceso penal chileno para definir y describir la audiencia inicial, el momento procesal en que tiene lugar y las actuaciones que se esperan de los sujetos procesales en su desarrollo.

5. LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

A. GENERALIDADES¹²¹

Como hemos reiterado, la etapa de investigación es “desformalizada”, la actividad del fiscal y de la policía se desarrolla sin sujeción a formalidades preestablecidas, sin orden consecutivo legal y, por ende, sin preclusión de la posibilidad de realizar determinados actos o diligencias. Sin embargo, esta situación cambia cuando se procede a realizar la “Formalización de la Investigación”.

A partir de ese momento la defensa adquiere la posibilidad de intervenir más activamente en la investigación (sin perjuicio que, como sabemos, ha podido actuar desde la primera actuación del procedimiento dirigida en contra del imputado); y el Juez de Garantía, por su parte, asume más intensamente su rol de fiscalizador o controlador de la actividad de los órganos de persecución penal.

(...)

B. CONCEPTO. OPORTUNIDAD. EFECTOS

Según los términos del art. 229 del CPP la formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del Juez de Garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.¹²²

Requiere que se individualice al imputado, que se indique el delito que se le atribuye, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación que se le asigna (art. 231 CPP).

Oportunidad. La formalización de la investigación es una **atribución exclusiva del Ministerio Público** (salvo las facultades de control judicial anterior conferidas al Juez de Garantía, por el art. 186 CPP, excepción más aparente que real, según se explicará). Vale decir, el **Fiscal no está obligado** a formalizar si no lo desea.

Sin perjuicio de ello, si no lo ha realizado previamente, el Fiscal **estará obligado** a formalizar la investigación, salvo las excepciones legales (ej.: art. 236 ya analizado) **cuando:**

- i) Debiera requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación;
- ii) Debiera solicitar la intervención judicial para la recepción anticipada de prueba, o
- iii) Solicitare medidas cautelares.

Efectos de la formalización. Según el art. 233 del CPP, son:

- a) Suspende el curso de la prescripción de la acción penal, según el artículo 96 del Código Penal;
- b) Comienza a correr el plazo para cerrar la investigación (dos años, según el art. 247 del CPP), y
- c) El Ministerio Público pierde la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento. Además de los anteriores, expresamente contemplados en el artículo 233, podemos agregar los siguientes, no referidos en la norma en cuestión:
- d) La defensa del imputado se torna obligatoria.
- e) Con este acto comienza la garantía de la congruencia procesal, que tendrá que manifestarse fácticamente en la acusación y que, posteriormente, bajo sanción de nulidad, deberá respetarse rigurosamente en la sentencia definitiva.

C. LA AUDIENCIA

C.1. Desarrollo. Algunas peticiones posibles

Si el fiscal desea formalizar la investigación, respecto de un imputado que no se encuentre detenido (porque en tal hipótesis se aplica el art. 132 CPP, y la investigación se formalizará en la audiencia de "control de la detención", que se explicará en el acápite referido a las medidas cautelares), solicita al Juez de Garantía la realización de una audiencia en fecha próxima.

A la audiencia señalada se cita al imputado, a su defensor y a los demás intervinientes (art. 231 CPP). El fiscal podría solicitar, ante la ausencia del imputado en la audiencia, su detención.

En la audiencia, el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presenta en contra del imputado y las otras solicitudes que quiera efectuar al tribunal. Enseguida, el imputado (y su defensor) puede manifestar lo que estimare conveniente.

A continuación el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes planteen.

En relación con un eventual abuso del fiscal se concede al imputado la facultad de reclamar ante las autoridades del ministerio público, según lo dispone la ley orgánica constitucional respectiva (LOCMP), de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considere que ésta ha sido arbitraria.

El Ministerio Público puede, en la misma audiencia, formular una serie de otras solicitudes. Entre éstas:

- Una medida cautelar personal o real;
- Autorización para realizar una diligencia de investigación que puede afectar derechos garantizados en la Constitución;
- Anticipación de prueba;
- Resolución del caso mediante el "juicio inmediato" (art. 235 CPP);
- Procedimiento Simplificado;
- La suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio; etc.

C.2. Plazo Judicial para el cierre de la investigación

Cuando el Juez de Garantía, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes y oyendo al ministerio público, lo considere necesario con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes y siempre que las características de la investigación lo permitan, puede fijar en la misma audiencia un plazo para el cierre de la investigación (art. 234, que se debe relacionar con el art. 247 del CPP y que, como se anticipó, constituye –en la práctica– la regla general en materia de plazo de cierre de investigaciones).

¹²¹ Véase: a) GARRIDO MONTT, Mario. "La instrucción penal. Investigación y Formalización de la Instrucción". En: *"El nuevo Proceso Penal Chileno"*. U. De Concepción. 2000. Págs. 127-136; y b) RIEGO Cristián. DUCE Mauricio. "El nuevo sistema de instrucción". *Op. Cit.*

¹²² En este punto, compartimos la crítica a la definición del artículo 229 relativa a que, en estricto rigor, lo que debe comunicarse para efectos de que la formalización cumpla cabalmente su finalidad, son los hechos que se investigan y que pueden ser constitutivos de determinados ilícitos penales, siendo determinante el aspecto fáctico y no el de calificación jurídica en materia de formalización de la investigación. En este sentido: RIEGO, Cristián – DUCE, Mauricio en *"Introducción al nuevo sistema procesal penal"*. Ediciones UDP. Santiago, 2002. Págs. 220 y ss.

Chahuán, S. (2012). *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. (7ª edición). (pp. 228 – 232). Santiago de Chile: Lexis Nexis.

LECTURAS ADICIONALES

Lecturas complementarias aquí sugeridas permitirán profundizar en el tema de la audiencia inicial. Entre ellas está una guía introductoria al nuevo proceso penal colombiano; un análisis de la reforma al artículo 16 constitucional en México, en el que se hace referencia a las atribuciones y encomiendas de los jueces de control dentro del nuevo sistema procesal penal; y una descripción de las destrezas y áreas de oportunidad que debe desarrollar la defensa pública en las audiencias orales.

- Osorio, L.C. (2005). *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. (p. 216). Colombia: Fiscalía General de la Nación.
- Carbonell, M. (s/a). *Sobre el nuevo artículo 16 constitucional*. (p.14). Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sánchez, R. (s/a). *La oralización de las etapas previas*. (pp.199-212). Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

TEMA 3: AUDIENCIA INTERMEDIA

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Leonardo Moreno y otros, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*.
- Lectura 2: Sabas Chahuán, *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*.
- Lectura 3: María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II*.
- Lectura 3: Héctor Quiñones, *Las Técnicas de Litigación oral en el Proceso Penal Salvadoreño*.

Lectura 1

Algunas recomendaciones para los abogados

En el libro *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, los autores hacen una serie de recomendaciones para jueces, fiscales, defensores, abogados y para todo aquel interesado en conocer el nuevo sistema. Ellos realizan un análisis de cada una de las fases y escenarios de un caso penal desde la formalización de la investigación hasta su resolución final, destacando las diferentes audiencias que deberán desarrollarse en el nuevo proceso.

25. AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

Se trata de una audiencia que se desarrolla ante el juez de garantía para determinar la acusación que será objeto de debate en el juicio oral y la fijación de los medios de prueba de que se valdrán los litigantes. Además, en esta audiencia pueden surgir otros debates a instancia de los litigantes o del propio juez de garantía.

a) Características

1. *Control y corrección formal de la acusación.* La aplicación del principio acusatorio formal se traduce en que no es posible para el juez ejercer un control de fondo sobre los fundamentos de la acusación. Sólo corresponde al juez de garantía ejercer un control de carácter formal, depurando en particular las evidencias que pueden constituirse en prueba en el juicio oral.
2. *Contradictoriedad.* Se admite un debate preliminar sobre lo investigado.
3. *Favorece la revisión horizontal de las actuaciones de la investigación.* Queremos decir con esto que los debates de la Audiencia de Preparación de Juicio Oral están entregados fundamentalmente a los intervinientes y no al juez. Son aquéllos los llamados a revelar ante el juez de garantía todos los aspectos de la investigación fiscal que a su juicio deban ser objeto de control por parte del juez.
4. *Se restringe la posibilidad de recurrir de las actuaciones judiciales.* Sólo se admite limitadamente el recurso de apelación, como veremos más adelante.
5. *La defensa es necesaria.* Se establece en el art. 269 C.P.P. que la presencia del fiscal y del defensor del imputado durante la audiencia es un requisito de validez de la misma. La norma también regula que ocurre cuando fiscal o defensor no comparecen a la audiencia.

b) Objetivos

1. Definir el objeto del juicio: Se determina la acusación (o las acusaciones) que debe(n) ser conocida(s) en el juicio oral.
2. Definir el tribunal competente para conocer del juicio oral.
3. Corregir vicios formales.
4. Determinar el contenido de las acciones civiles, cuando procedan.
5. Determinar los medios probatorios que pueden producirse en el juicio oral.
6. Determinar las personas que deben ser citadas a la audiencia del juicio oral.

c) *Principios que rigen la Audiencia de Preparación de Juicio Oral*

1. *Oralidad*. La audiencia se desarrolla oralmente y no se admiten presentaciones escritas de los litigantes (art. 266 C.P.P).
2. *Inmediación*. La audiencia se realiza con la presencia ininterrumpida del juez de garantía, quien la dirige (art. 266 C.P.P).
3. *Continuidad de la audiencia*. La Audiencia de Preparación de Juicio Oral se desarrolla de manera ininterrumpida hasta su culminación, sin perjuicio de los recesos que dentro de la audiencia puedan ser decretados por el juez de garantía. Hacen excepción a esta regla la falta de comparecencia del defensor de oficio del imputado (art. 269 C.P.P.), la existencia de vicios formales insubsanables en la audiencia (art. 270 C.P.P.), o la suspensión de la audiencia para facilitar la presentación de prueba por el acusado (art. 278 C.P.P).
4. *Presencia ininterrumpida de fiscal, defensor y juez de garantía* (arts. 266 y 269 C.P.P.). La presencia en la audiencia del fiscal del Ministerio Público y del defensor del imputado constituye un requisito de validez de la misma. La no comparecencia del fiscal ha de ser subsanada de inmediato por el tribunal, debiendo informar de esta situación al fiscal regional. De no concurrir el defensor, se produce el abandono de la defensa, debiendo el tribunal proceder de inmediato a designar un defensor de oficio, decretando la suspensión de la audiencia hasta por cinco días para permitir que el nuevo defensor conozca los antecedentes. La ausencia o abandono injustificado de la defensa por parte del defensor o del fiscal puede significar que sean sancionados con la suspensión del ejercicio de la profesión hasta por dos meses (art. 287 C.P.P).
5. *Defensa técnica necesaria y efectiva*. La audiencia no sólo exige la presencia de un defensor para que concurra al desarrollo de la audiencia sino que además la efectiva actividad del defensor en la misma, en cautela de los derechos de su representado (arts. 269 y 278 C.P.P).

Rojas, H., Moreno, L., Blanco, R., Decap, M. (2005). Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. (pp. 114-116). Santiago de Chile: Lexis Nexis.

Lectura 2

Audiencia intermedia y sus intervinientes

En esta lectura, Sabas Chahuán analiza la etapa intermedia del proceso penal chileno; propone un concepto de acusación y plantea la necesidad de la presencia de todos los sujetos procesales durante la audiencia intermedia; de igual manera señala los temas que se debaten en dicha audiencia.

TERCERA PARTE ETAPA INTERMEDIA O DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL 1. GENERALIDADES

(...)

En primer lugar, desde el punto de vista expuesto, son presupuestos necesarios de esta etapa, la formalización de la investigación, el cierre de ésta y la acusación. El referirse a la formalización como antecedente ineludible de esta fase no es gratuito, sino que deriva del hecho que, al igual que en el anterior CdPP (1906) que exigía congruencia entre el auto de procesamiento, el auto acusatorio y la sentencia, en el procedimiento penal vigente, es menester que haya tal congruencia entre la formalización, la acusación y la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, como veremos.

(...)

Suponiendo que el Ministerio Público decide acusar, el nuevo procedimiento penal chileno, no permite que el Juez de Garantía ejerza control sobre el mérito de dicha actuación, ni aun a petición de la defensa [control que se justificaría porque “el Estado de derecho no puede permitir la realización de un juicio público sin comprobar, preliminarmente, si existe cierta probabilidad de que la imputación tenga suficiente mérito como para, eventualmente, provocar una condena” ¹⁵⁹]

2. LA ACUSACIÓN. CONTENIDO. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Para efectos del nuevo procedimiento podemos definir, en forma sencilla, a la acusación como **“el requerimiento de apertura del juicio, fundado y formal, formulado por el Fiscal que precisa, desde su posición, el objeto del juicio, lo califica jurídicamente y esgrime los medios de prueba pertinentes”**.

Debe contener, en forma clara y precisa:

- a) La individualización de el o los acusados y de su defensor;
- b) La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;
- c) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren, aun subsidiariamente de la petición principal;
- d) La participación que se atribuye al acusado;
- e) La expresión de los preceptos legales aplicables;
- f) El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público piensa valerse en el juicio;
- g) La pena cuya aplicación se solicita, y
- h) En su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado.

Si el fiscal ofrece rendir prueba de testigos, debe presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo el caso del inciso segundo del artículo 307 (cuando existe motivo para temer que la indicación pública de su domicilio puede implicar peligro para

el testigo u otra persona). En tal caso, además, debe señalar los puntos sobre los que han de recaer las declaraciones. En el mismo escrito debe individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicite, indicando sus títulos o calidades.

Asimismo, de acuerdo al art. 312, inciso 4° CPP, el Fiscal debe señalar en la acusación el nombre de los testigos a quienes debe pagarse y el monto aproximado de ese pago.

(...)

4. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL A. NOCIÓN PREVIA

Esta audiencia, como todas las audiencias importantes del sistema vigente, en especial la de formalización de la investigación y la de Juicio Oral, exige la presencia de todos los sujetos procesales necesarios. Ellos son, obviamente, el tribunal, el Fiscal y el imputado con su defensor. En principio, no es posible llevar a cabo ninguna de estas audiencias si no se encuentra presente el defensor, bajo pena de nulidad de la realización de todas ellas. Sin perjuicio de lo afirmado, e interpretando diversas normas del CPP –en especial el artículo 104–, existe abundante jurisprudencia que ha consentido en realizar la Audiencia de Preparación sin que el imputado esté presente, pero sí su abogado defensor, cuando los asuntos que se debatan o las peticiones que se formulen, lo hagan procedente. Por ejemplo, si se discute la adopción de un procedimiento abreviado, por su propia regulación, es imposible hacer la audiencia sin el perseguido criminalmente.

Para fines didácticos, diremos que, en esta audiencia, **se pueden discutir** fundamentalmente **tres tipos de cuestiones**. En primer lugar, como antes se detalló, se pueden conocer ciertas excepciones de previo y especial pronunciamiento, que haya deducido el imputado. A continuación, se deben definir los hechos que serán objeto del debate a plantearse en el Juicio Oral.

Tal como hemos expresado anteriormente, “debe existir congruencia entre la acusación y la formalización de la investigación. Pero no sólo debe existir congruencia; también debe existir una descripción suficiente. Esto es, cuando el Fiscal presente su acusación debe exponer, claramente y con precisión, cuáles son los hechos que serán materia del juicio, ello con el objeto de garantizar la contradictoriedad..., para que la defensa pueda prepararlo adecuadamente.

Y, desde este punto de vista, el artículo 259 del Código exige, en lo particular en sus letras b), c) y d), que en la acusación se contengan en forma clara y precisa la relación circunstanciada de él o los hechos atribuidos y su calificación jurídica, de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad que concurrieren y de la participación que se atribuyere al acusado. Tanto así como que, si la acusación no contiene, en los términos de la ley, con suficiente claridad esta información que permita delimitar la discusión objeto del juicio, el imputado puede plantear la existencia de vicios formales, es decir, la insuficiencia de la descripción de los hechos, de las circunstancias modificatorias o de la participación en la acusación.

Si el imputado llega a plantear la existencia de algunos de estos vicios formales, el objeto de la audiencia de preparación del juicio oral será, entre otros, que el juez disponga eventualmente que el fiscal aclare o complete su acusación. Una hipótesis posible –y de allí la importancia de esta materia– es v.gr., que la acusación del fiscal infrinja la exigencia de congruencia entre la formalización de la investigación y la acusación e incluya hechos que no hayan sido previamente objeto de formalización, caso en el cual el juez puede excluir aquellos hechos.

Este es, entonces, el segundo de los temas centrales que se pueden llegar a discutir en la preparación del juicio oral”.¹⁶²

Finalmente, la tercera de las cuestiones a discutirse es, probablemente, la más importante de todas, cual es la de la preparación de la prueba a rendir en el juicio.

¹⁵⁹ ÁLVAREZ, Alejandro E. "El Control de la Acusación." En: *"Pena y Estado"* N° 2. Buenos Aires. 1997. Op. Cit.

¹⁶² BOFILL G., Jorge. *"Preparación del Juicio Oral y Juicio Oral"*. Charla en Seminario Colegio de Abogados. 12 de octubre de 2000.

Chahuán, S. (2012). *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. (7ª edición). (pp. 299 – 301, 305 – 306). Santiago de Chile: Lexis Nexis.

Lectura 3

Trascendencia de la audiencia intermedia

En esta lectura, tomada del libro *Derecho Procesal Penal Chileno*, Horvitz Lennon y López Masle resaltan la trascendencia de la audiencia intermedia para evitar juicios inútiles por defectos de la acusación.

2. LA ETAPA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

La finalidad principal de la investigación preparatoria en el sistema de enjuiciamiento criminal adoptado en Chile consiste en recoger evidencia probatoria suficiente que permita fundar una acusación en contra de una persona por un hecho constitutivo de delito. Sin embargo, cuando ello ocurre, no se pasa automáticamente al juicio. Se contempla en forma expresa, en el Código Procesal Penal, una fase intermedia que separa la investigación preparatoria de la realización del juicio. Dicha etapa comienza con la formulación de la acusación y culmina con la resolución jurisdiccional de apertura del juicio oral. Pero a diferencia de la gran mayoría de los sistemas del mismo ámbito jurídico – cultural, la etapa intermedia no cumple con la función de control negativo de la acusación que habitualmente se le asigna en la legislación comparada. En efecto, el control de la acusación es meramente formal y no sobre su mérito. Solo abarca la corrección de los vicios formales de que ella pudiera adolecer, así como la resolución de todas aquellas incidencias que pudieran dilatar la realización ininterrumpida del juicio.

(...)

2.2. FUNCIONES

Como hemos señalado repetidamente, el procedimiento intermedio³⁴ o etapa de preparación del juicio oral no cumple la función de control *negativo* de la acusación. Esto significa que el juez de garantía carece del poder para rechazar la apertura del juicio oral, ya sea por razones fácticas o jurídicas,³⁵ situación que no deja de plantear algunos problemas, como veremos más adelante.³⁶ Por otro lado, carece de la función de integración o revisión del resultado de la instrucción que constituye el sustento fáctico de la acusación, como sucede en Alemania o España.³⁷ Como hemos dicho, el Código Procesal Penal chileno se aparta en este punto del modelo alemán, pero vuelve a él en el caso del control *positivo* sobre la formulación de la acusación.³⁸

Función principal de esta etapa en nuestro sistema es la delimitación precisa del objeto del juicio respecto de los hechos que serán debatidos y las pruebas que se presentarán para acreditarlos, es decir, todos aquellos aspectos de la controversia jurídico – penal que serán discutidos en el juicio y servirán de fundamento a la sentencia definitiva. Presupuesto indispensable para el logro de este objetivo es el ejercicio de la acción penal *strictu sensu*, es decir, la formulación de la acusación, sin la cual no puede haber juicio.³⁹

Los hechos y circunstancias que serán materia del juicio son aquellos contenidos en el escrito de acusación, eventualmente depurada de vicios formales. La posibilidad de discutir nuevos hechos en el juicio, estos es, hechos que no hayan sido incluidos en el escrito de acusación, se encuentra proscrita no sólo por la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia,⁴⁰ sino también por la prohibición de sorpresa o prohibición de indefensión, garantías estrechamente vinculadas entre sí.⁴¹

Las pruebas que se rendirán en el curso del juicio sólo podrán ser aquellas ofrecidas por los intervinientes en la fase escrita del procedimiento intermedio o por el acusado, al inicio de la audiencia de preparación del juicio oral. Ningún interviniente podría, por ejemplo, presentar pruebas en el juicio oral que no hubiesen sido previamente ofrecidas y admitidas por el tribunal, salvo la situación excepcional contemplada en el artículo 336 CPP.⁴² El fundamento de esta prohibición es el mismo que el invocado respecto de los hechos.

Asimismo, en esta etapa corresponde plantear las exclusiones probatorias que autoriza el Código, incidencias que revisten particular importancia cuando afectan al ministerio público, al pesar sobre él la carga de la prueba.⁴³ Es decir, en esta etapa el tribunal resolverá sobre las solicitudes encaminadas a excluir del debate principal aquella evidencia reunida en el curso de la investigación en cuya obtención se haya incurrido en algún defecto de forma que acarree su nulidad o sea ilícita por violación de garantías constitucionales, o se ofrezca para probar hechos impertinentes o que constituyan hechos públicos o notorios, o se haya ofrecido con fines puramente dilatorios. Especial importancia reviste el estudio de la llamada *prueba ilícita o prohibiciones de prueba*, teoría que ha tenido un desarrollo notable en Estado Unidos de Norteamérica a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país en la segunda mitad del siglo XX, así como en numerosos países europeos, como Alemania, Italia y España.⁴⁴

Por otro lado, esta fase cumple también por función liberar al juicio oral de eventuales incidencias que pudieran entorpecer su normal desenvolvimiento, como la corrección de vicios formales de la acusación (control *formal* de la acusación), la resolución de excepciones que requieran un pronunciamiento previo del tribunal, o la posible conciliación sobre la acción civil ejercida en el procedimiento penal.

Por último, el ministerio público puede solicitar, en su escrito de acusación, que el caso se resuelva conforme a las reglas del procedimiento abreviado. Si el acusado acepta la propuesta, dicho procedimiento especial debe ser tramitado y fallado en la audiencia de preparación del juicio oral.⁴⁵ Asimismo, esta audiencia constituye la última oportunidad para decretar la suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio (art. 245 inciso final CPP).

En suma, la etapa de preparación del juicio oral constituye la instancia en que los intervinientes toman conocimiento recíproco de las pretensiones jurídicas que harán valer en el juicio oral y de su sustento probatorio, permitiéndoles preparar con la debida antelación la estrategia de acusación o defensa a seguir en el mismo.⁴⁶ Excepcionalmente, puede dar lugar a salidas alternativas del procedimiento o la sustanciación y fallo del caso de conformidad al procedimiento abreviado, cuya característica principal es la resolución del conflicto jurídico-penal sin un juicio previo, circunstancia que concentra la mayor parte de las críticas que se le dirigen.

³⁴ Esta era la denominación del Título de este Libro del Código en el Proyecto del Ejecutivo, tomado del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, siendo modificado durante la tramitación parlamentaria del Proyecto por la Cámara de Diputados.

³⁵ A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el caso alemán, en que el tribunal puede rechazar la apertura del juicio oral cuando, por motivos de hecho o de derecho, sea esperable una sentencia absolutoria; cuando existan impedimentos procesales definitivos o el hecho imputado en la acusación no sea constitutivo de delito. Asimismo, puede decidir el sobreseimiento temporal de la causa por rebeldía u otros obstáculos procesales temporales (cfr. ROXIN, cit., pp. 283-285). En el Código Procesal Penal, las solicitudes de sobreseimiento definitivo y temporal deben plantarse después de cerrada la investigación y antes del inicio de la etapa de preparación del juicio oral (cfr. T. 1, cap. VII, B.10.4).

³⁶ Vid. infra 2.4.6.4.

³⁷ Parágrafos 201 y 202 de la Ordenanza Procesal Penal alemana y art. 790.2 I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

³⁸ Nos estamos refiriendo a la posibilidad de forzamiento de la acusación, en que el querellante tiene un importante poder sobre el ministerio público ya sea para obligarlo a acusar o para que el juez lo faculte para acusar él mismo (vid. t. I, cap. VII, B.10.6).

³⁹ Sobre este concepto, vid. t. I, cap. III, A.2.3.1.2.

⁴⁰ Que emana del principio de correlación entre imputación y fallo o principio de congruencia, vid. infra cap. X, 3.10.1.

⁴¹ La prohibición de indefensión ha sido expresamente reconocida por el Tribunal Constitucional de España vinculada al principio de correlación entre acusación y fallo (cfr. STC 77/1986, donde la vinculación y consiguiente correlación se configura como consecuencia de la interrelación de los derechos a la tutela judicial efectiva, a conocer de la acusación y no sufrir indefensión, y STC 205/1989, que infiere la necesidad de correlación entre acusación y sentencia "del complejo sistema de garantías íntimamente vinculadas entre sí: principio acusatorio y de contradicción y defensa y prohibición de indefensión").

⁴² Vid. infra capítulo X, 3.4.2.8.2.

⁴³ Vid. infra 2.4.3.8 y 2.4.6.3.

⁴⁴ Vid. infra capítulo IX, C. 4.

⁴⁵ Vid. infra capítulo XII, B.

⁴⁶ Ello tiene especial importancia para la defensa del imputado, en el caso de que no hubiera tenido acceso previamente a todos los antecedentes de la investigación fiscal. En Estados Unidos, esta garantía se resguarda a través del mecanismo denominado "discovery", que, fundado en el principio de evitar juzgamientos sorpresivos ("trial by surprise"), permite indagar, incluso por medios compulsivos, la evidencia en poder de la otra parte, tanto de cargo como de descargo (vid. ISRAEL/KAMISAR/LA FAVE, *Criminal procedure and the Constitution* (Leading Supreme Court cases and introductory text), West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1995, pp. 514 y ss.; HENDLER (E.), *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 189-190).

Horvitz, M. y López, J (2004). Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. (pp. 15, 20, 21, 22 – 23). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Lectura 4

Audiencia preliminar en el sistema acusatorio salvadoreño

En esta lectura, tomada del libro *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño* de Héctor Quiñones Vargas, se exponen aspectos relacionados con la audiencia preliminar en la legislación salvadoreña.

La audiencia preliminar y la etapa de instrucción

Desde la óptica de un sistema acusatorio adversativo no existe, a mi modo de ver, gran diferencia entre la audiencia inicial y la etapa de instrucción y su audiencia preliminar. Como ya hemos señalado, el juez de instrucción sigue teniendo funciones y atribuciones de un sistema inquisitivo al mantener control sobre la investigación del delito.

Es en la etapa de instrucción que el fiscal debe completar la investigación y recopilar la prueba para probar el ilícito. Este período dura unos seis meses con posibilidad de que sea extendido a un año. Mientras ello ocurre, el imputado, en la mayoría de las ocasiones, está privado de su libertad mientras se “investiga el hecho” y se “recopila la prueba”.

No exagero si digo que es muy común que cuando se realiza la audiencia preliminar el fiscal le presenta al juez de instrucción lo mismo que le fue presentado al juez de paz cuando fue sometido el caso. En muy pocas audiencias preliminares se presenta, por parte de la FGR, información adicional de la que ya fue presentada en la audiencia inicial.

La lectura del requerimiento fiscal

En muchas audiencias preliminares se repite la situación de las audiencias iniciales donde el secretario da lectura al requerimiento. El juez de instrucción le concede la palabra al fiscal para exponer sus argumentos y éste expresa la información que consta en el mismo. Entiendo que ya en esta etapa el acusado debe saber de memoria las imputaciones que se le hacen.

La ausencia de testigos y el derecho a la contradicción

En la audiencia preliminar, al igual que como ocurre en la audiencia inicial, está ausente el principio de contradicción. Los testigos presenciales del ilícito no declaran ante el juez de instrucción. Las partes no pueden interrogarlos ni contra interrogarlos. Los documentos que se presentan son admitidos sin más. No se cuestiona su procedencia, su autenticidad, su forma de preparación.

El imputado, por medio de su representación legal, no tiene oportunidad de confrontar la prueba en su contra antes de que la misma sea admitida. Ello es de suma importancia, pues la prueba que se admita en esta etapa es la que será valorada por el tribunal de sentencia posteriormente en la vista pública.

La etapa de instrucción y el sistema acusatorio

En el sistema acusatorio anglosajón no existe el concepto de la etapa de instrucción tal como se conoce en El Salvador. Hay que recordar que en aquel sistema el caso no es sometido al Órgano Judicial hasta que haya sido investigado por el fiscal y éste cuente con la prueba necesaria para probar

el ilícito. En ocasiones, quedan algunos detalles pendientes de afinar y recolectar. Pero lo sustancial de la prueba ya está en manos del fiscal al momento en que somete la imputación.

El juez de la audiencia preliminar escucha a los testigos presenciales del hecho delictivo y examina la prueba que el fiscal entiende que es suficiente para demostrarle al juez que hay probabilidades de que se cometió el delito y que el mismo pudo ser cometido por el imputado. Pero para ello, en dicho sistema, no es suficiente lo que diga el fiscal a base de un requerimiento o de una investigación que sólo a él le consta. El juez analiza directamente y de primera mano la prueba que posee el Estado para ello. En esta etapa el fiscal tiene que presentarle al juez prueba de cada uno de los elementos del delito y prueba que relacione esos elementos con el imputado.

Quiñones, H. (2003). Las Técnicas de Litigación oral en el Proceso Penal Salvadoreño. (pp. 96-98). San Salvador: Maya.

LECTURAS ADICIONALES

Las lecturas complementarias aquí sugeridas permitirán profundizar en el tema de la audiencia intermedia, pues en ellas se abordan los requisitos del nuevo sistema procesal que deben colmarse en esa audiencia y se hace un análisis de la actuación del juez de control como guardián de los derechos fundamentales y como representante del Estado en la observancia de la legalidad en el proceso penal.

- Carocca, A. (1999). Etapa intermedia o de preparación del juicio oral en el nuevo proceso penal chileno. *Revista Ius et Praxis*. Año 5 (2), 6-7. Santiago de Chile.
- Aguilar, M.A. Naturaleza, función y ámbitos de acusación en la etapa intermedia del juez de control. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, (29), 29.
- Tavorari, R. (2005). *Instituciones del Nuevo Proceso Penal*. (pp. 257-258). Santiago de Chile: Jurídica de Chile

TEMA 4: ALEGATOS INICIALES

LECTURAS SUGERIDAS

- Tema 1: Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*.
- Tema 2: Leonardo Moreno y otros, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*.
- Tema 3: Roger Haydoc y John Sonsteng, *Trial: theories, tactics, technique*.
- Tema 4: Larry Pozner y Roger Dodd, *Cross-Examination: Science and Techniques*.
- Lectura 5: Andrés Baytelman y Juan Enrique Vargas, *Habilidades y Destrezas de los Jueces en la conducción y resolución de los juicios orales*.

Lectura 1

Guía para formular el alegato inicial

En esta lectura, tomada del libro *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba* de Andrés Baytelman y Mauricio Duce, se propone una guía de temas que deben ser abordados al formular el alegato inicial.

Nos parece que la lista que sigue puede servir como guía para el litigante, de forma de revisar que su alegato no deje fuera elementos importantes que deben ser conocidos por el tribunal al inicio del juicio. Pero volvemos a repetir, si este se toma como un esquema-tipo, el resultado normalmente será un alegato rígido y poco efectivo. Lo que queremos es darle al lector ideas para construir su alegato.

5.1. INTRODUCCIÓN

Los primeros momentos del alegato de apertura resultan fundamentales para fijar en la mente de los juzgadores una primera impresión acerca de nuestra teoría del caso. En estos momentos puede ser conveniente realizar una introducción del caso que contenga la información esencial que nos interesa sea conocida y comprendida por los jueces. Esta información esencial está constituida en general por la presentación de nuestra teoría del caso de manera clara, así como los temas que éste involucra.

5.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES INTERVINIENTES EN EL CASO

La identificación de los intervinientes resulta muy útil porque permite a los abogados personalizar y humanizar un conflicto que hasta ese momento los jueces solo conocen en abstracto. En la medida en que los juzgadores logren identificar a una determinada persona, se habrá obtenido un gran avance.

En este sentido, las personas tienen nombres, apellidos, características y atributos concretos. Toda la gracia de estos atributos es que permiten identificar a las personas y distinguir las unas de otras. En este sentido, si el defensor quiere estar permanentemente recordándole al tribunal que su cliente es “una persona acusada de homicidio”, no tiene más que referirse a él como “el acusado”; si quiere enfatizar que tiene un contrato de prestación de servicios profesionales, puede seguir llamándolo “mi representado”. Pero, si lo que quiere es personalizar el conflicto, en juicio, probablemente valga la pena que se refiera a él como “Jorge Maldonado”.

Cuidado con hacer de esta individualización una larga lista de nombres y datos más allá de lo que el tribunal esté en condiciones de digerir a esta altura del juicio. Esto incluye aquellas identificaciones que son irrelevantes para efectos de la identificación al servicio de la historia (por ejemplo, el tribunal no necesita saber dos nombres y dos apellidos, tal vez incluso con el puro nombre de pila o el puro apellido baste).

La identificación puede cubrir no solo aspectos formales como el nombre, sino también algunos elementos que permitan ubicar a la persona en el relato (“Gloria, la hermana de la víctima”) e, incluso, algunos que puedan iniciar predisposiciones mentales para la valoración posterior de credibilidad (solo a nivel de anuncio, recordemos).

Ejemplo:

Tratándose del fiscal en un caso de lesiones: “Señores jueces, vamos a oír a don Martín

Ramírez, un profesional y padre de cinco hijos de entre 3 y 12 años. Don Martín antes del accidente era una persona completamente saludable, que solía practicar deportes como el fútbol y el tenis con sus amigos e hijos. Hoy día, producto del accidente del 7 de agosto de 2004, se encuentra con su pierna izquierda paralizada por completo, impidiéndole realizar cualquier actividad deportiva y teniendo dificultades incluso para caminar”.

En este ejemplo presentamos a la víctima, pero no de manera formal (nombre, domicilio, cédula de identidad y profesión), sino desde el punto de vista de quién era antes de ser víctima y del impacto que ha tenido el cuasidelito en su contra. Ello le permite al tribunal desde el inicio saber de qué se trata este caso para esta persona, que deja de ser una “víctima de lesiones” y se convierte en una persona de carne y hueso, respecto de quien el hecho ha producido efectos importantes.

5.3. ESCENA

En una cantidad importante de casos, tener una descripción clara del lugar donde ocurrieron los hechos es clave para sustentar nuestra teoría del caso y para tener una adecuada comprensión de cómo ellos ocurrieron. Por lo mismo, resulta conveniente en el alegato de apertura construir una imagen del lugar en que el delito fue cometido. De nuevo, esta descripción no debe ser asumida como una pura formalidad, sino ser puesta al servicio de la historia. Lo mismo que en todo el resto del alegato, hay que cuidar también el exceso de detalles que distraigan la atención del tribunal, confundan la foto general, o hagan promesas de prueba que no serán cumplidas.

5.4. BASES PARA LA ABSOLUCIÓN O CONDENA: EL DERECHO

Muchos alegatos de apertura incluyen un resumen de los elementos jurídicos que están en juego. No se trata de sacar conclusiones ni adelantar el razonamiento que los jueces deberán realizar, sino simplemente remarcar la concurrencia de los elementos necesarios para declarar la absolución o la condena del acusado.

Si se desea hacer esto, sin embargo, hay que procurar ponerle a estos anuncios “valor agregado” respecto del caso concreto. De otra manera, los litigantes se encontrarán repitiendo un formato general que –los jueces saben– es su rol recitar. Mientras más ocurra esto, menos útil el alegato en esta parte. Revisemos un par de ejemplos:

El abogado defensor señala: “Al final de este juicio, los señores magistrados podrán apreciar que no ha concurrido el ánimo de lucro de mi representado en la supuesta sustracción que se le imputa...”. Aunque el alegato anuncia que la teoría del caso es la falta de ánimo de lucro (y no, en cambio, la negación de la conducta), se gana todavía más si el anuncio es concreto:

“Al final de este juicio, los señores magistrados habrán escuchado a dos testigos que declararán haber escuchado al señor Galdames (el acusado) decir que la señora María (la víctima) le había prestado el auto, y que se lo devolvería al día siguiente. Además, el video de una cámara de seguridad mostrará que al día siguiente de hecho el Sr. Galdames estuvo durante media hora tocando el timbre de la casa de la Sra. María, con el auto estacionado al frente de la misma...”. Como muestra el ejemplo, no solo le decimos al tribunal “en el caso no concurre el ánimo de lucro”, sino que le anunciamos la versión concreta en que ello ocurre, unido al anuncio de la prueba que dará cuenta de esto.

Al concluir esta parte, normalmente vendrá la solicitud concreta de absolución o condena de parte del litigante. Si se trata de una condena (fiscal), se deberá señalar cuál es la pena cuya aplicación se solicita para el caso.

Es en esta parte en que se abre el espacio para que los abogados planteen cuestiones de derecho y recurran a la dogmática. Debe tenerse presente, sin embargo, que este ejercicio debe limitarse estrictamente a las discusiones jurídicas que realmente valga la pena tener. En este sentido, tres observaciones:

- La verdad es que en una buena mayoría de los casos penales el derecho está bastante claro, y lo que realmente determina el caso es el establecimiento de los hechos.
- No es imprescindible que el alegato de apertura incluya aspectos jurídicos. Ser buen abogado no exige hacer despliegues de conocimiento dogmático.
- El derecho que es conocido por los jueces es pura repetición inútil (“los elementos del homicidio son...”).

Baytelman, A. y Duce, M. (2004). Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. Cap. IX. (p., s/n.).
Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Lectura 2

Desenvolvimiento durante el alegato de apertura

En esta lectura, extraída del libro *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, los autores proporcionan útiles sugerencias para el desenvolvimiento de las partes durante la presentación del discurso de apertura.

a) Recomendaciones prácticas

A continuación se ofrecen al lector las principales recomendaciones formales que se han podido detectar a partir de los ejercicios de simulación y análisis de casos reales, las que podrán o no ser consideradas dependiendo del estilo particular del litigante y de las características del caso:

1. *Sea breve.* En efecto, la capacidad que poseen las personas para recordar hechos y detalles de los mismos es muy limitada, razón por la cual el discurso de apertura no debe ahondar en detalles (que sólo contribuirían en generar confusión en los jueces)¹⁸⁵. De lo que se trata más bien es de seleccionar lo más relevante de la historia que se intentará acreditar, a fin de generar una plantilla fácil de manipular y utilizable frente a cada evidencia que se presente en el juicio, de modo de conectar cada prueba con el contexto de la historia general, dándole coherencia y comprensión a cada una de las miles de partes que componen cada juicio.

2. *Utilice un lenguaje comprensible para todo espectador.* Resulta aconsejable que al narrar la historia el litigante utilice un lenguaje que pueda ser entendido por cualquier ciudadano, evitando el empleo de terminología técnica o científica, que lo único que hace es generar dudas en el tribunal.

3. *Emplear palabras que logren ser asociadas a sentimientos, sensaciones o ideas de carácter general y colectivo.* Por ejemplo, no es lo mismo decir que el acusado conducía un vehículo a 100 kms. por hora, que decir que el acusado conducía un Porsche rojo deportivo a 100 kms. por hora, pues lo normal es que se asocie al conductor con una personalidad arriesgada, temeraria. Al estar insertos en una cultura de la cual hemos aprendido códigos culturales y asociaciones de imágenes y estereotipos, nuestras reacciones suelen estar condicionadas a la formación recibida. La relevancia de lo señalado se relaciona básicamente con la necesidad de encontrar y seleccionar para el discurso de apertura no sólo un relato, sino palabras que logren provocar en el destinatario aquellas ideas, imágenes o sensaciones que deseamos configurar, para luego predisponer al tribunal hacia una orientación particular de la historia.

4. *Observar el comportamiento del tribunal.* El litigante se dará cuenta si su relato ha resultado ser consistente y creíble a partir de los gestos que los propios tribunales expresen¹⁸⁶. Por ejemplo, el hecho que un juez esté tomando nota sobre ciertos puntos formulados durante el alegato de apertura refleja que ha prestado atención, y por lo cual es conveniente hacer una pausa o volver a repetir la misma idea con otras palabras.

De la misma forma debe tenerse en consideración que si los jueces no están anotando los puntos que consideramos de especial significancia en el caso, puede deducirse que hay problemas o inconsistencias en la estructura de nuestro discurso o en los énfasis de la estrategia que hemos adoptado. Debe recordarse que si bien existe un registro de audio del juicio, que logra grabar todo lo que en él se diga por parte de los litigantes, jueces, testigos y peritos, pudiendo ser consultado en cualquier momento por el tribunal, no es menos cierto que tal registro sólo es consultado de modo

excepcional, pues cada juez escribe aquellos puntos que considera relevantes, siendo esa la base sobre la que posteriormente se construye el fallo del tribunal.

5. *Claridad.* El discurso de apertura puede ser ordenado cronológica o temáticamente, pero siempre de una manera lógica, razonable, repetible y efectiva¹⁸⁷.

6. *Anticipar debilidades.* Si el litigante conoce algún aspecto que la contraparte va a utilizar durante su relato, en el examen directo, o incluso en el discurso de clausura, bien vale la pena evaluar si es conveniente o no explicar tales debilidades en la apertura del juicio¹⁸⁸.

7. *Dejar las conclusiones para el discurso de clausura.* No es este el momento en que uno le explica al tribunal las conclusiones a las cuales debe llegar una vez conocidos los hechos, a lo más se puede reiterar la petición concreta que se formula¹⁸⁹.

8. *Sólo si es necesario, utilice materiales que puedan servir de apoyo visual.* Por ejemplo, si se trata de un delito económico en el cual han participado diversas personas, pertenecientes a numerosas instituciones, es probable que el tribunal no logre captar los traspasos monetarios y las figuras comerciales entre unos y otros, y un diagrama de flujos bien podría ser útil para aclarar la teoría del caso y la visión panorámica de los hechos.

9. *Y a modo de comentario final, sea profesional y demuestre que ha trabajado seriamente en el caso.* Por favor no lea, no aburra, no confunda, no utilice muletillas, no sea prepotente, vanidoso, frenético, nervioso, desordenado, soberbio, irónico... y si lo es, disimúlelo.¹⁹⁰

¹⁸⁵ Actualizando un clásico ejemplo de Quintiliano (*Instituciones Oratorias*, IV, 2) en vez de decir "llegó al puerto, observó un barco, consultó el precio del pasaje, adquirió un pasaje, subió al barco, el capitán ordenó levantar anclas, luego navegaron", basta consignar ante el tribunal que tal persona "se embarcó" tal día y en tal lugar. Además véase el manual Corax (466 a.C.), el tercer libro de la *Retórica* de ARISTÓTELES, los dos primeros libros de la *Retórica a Herenio* de CICERÓN, y el libro tercero de las *Instituciones Oratorias* de QUÍNTILIANO. Si en Roma los alegatos de apertura podían durar varias horas, la verdad es que el tiempo usual en los alegatos de apertura es de diez minutos.

¹⁸⁶ F. Lee Bailey destaca que para aprender a escuchar y comprender con el máximo de eficiencia al interlocutor, es necesario mantener contacto visual permanentemente con él, porque los gestos y ademanes revelan más que las palabras. BAILEY, F. Lee: *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*. Editorial Limusa, México, 2000, pp. 53 y ss. (las personas que están siempre ocupadas tomando notas mientras alguien habla, no logran captar los mensajes transmitidos a través del lenguaje corporal).

¹⁸⁷ El hecho que un caso sea más complejo no implica que el alegato de apertura requiera aumentar de sofisticación. La clave sigue siendo la misma: sencillez y brevedad. Tal como lo indica SPENCE, Gerry: "How to make a complex case alive for a jury", en *ABA Journal*, *American Bar Association Journal*, núm. 72, 1986, pp. 62-66 (respecto de la necesaria eliminación de la "basura" y exceso de información proporcionada en la apertura).

¹⁸⁸ MAUET, Trial..., p. 70.

¹⁸⁹ MAUET, Trial..., p. 68.

¹⁹⁰ Véanse los materiales de clases de los profesores. J. Patrick Hazle (Escuela de Derecho de la Universidad de Texas) y James P. Carey (Escuela de Derecho de la Universidad de Loyola - Chicago).

Rojas, H., Moreno, L., Blanco, R., Decap, M. (2005). *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*. (pp. 162-165). Santiago de Chile: Lexis Nexis.

Lectura 3

Aspectos a considerar al presentar los alegatos iniciales

En esta lectura, extraída del libro *Trial: theories, tactics, technique* de Roger Haydoc y John Sonsteng, se exponen una serie de factores a tomar en cuenta en el momento de presentar el alegato inicial. Dado las diferencias de sistema, se sugiere que cuando los autores se refieran al jurado, se considere que en el sistema mexicano la referencia es el juez.

7.6 PRESENTATION AND DELIVERY

The manner in which the attorney delivers the opening statement affects the jurors' understanding of the facts of the case, significantly influences their initial impression of the attorney and the strengths and weaknesses of the client's case, and shapes their perspective of the entire trial. The following factors are matters that will affect the quality of the opening presentation. These factors supplement the considerations relating to presentation and delivery explained in section 2.5.

A. Location of the Presentation

The attorney is usually more effective standing in front of the jury box and not behind a lectern or table. This stance usually holds the juror's attention more than if the attorney hides behind a lectern. This is not to say that an effective opening cannot be presented using a lectern, but a lectern may unnecessarily interfere with an attorney establishing an effective presence with the jury.

In some courts, local courts rules require that the attorney stand behind a lectern when presenting the opening statement. In these situations, the attorney should ask permission of the court to stand away from the lectern in order to make a more effective presentation. If the attorney must remain at a lectern, visual aids or trial exhibits may be used to emphasize points and to provide some opportunity for movement away from the lectern.

B. Movement

Some movement is useful, particularly if the opening is long. Movement and stance should be orchestrated so as not to be distracting. An attorney may use movement as a transition or to provide emphasis. Movement that appears purposeless is usually distracting and should be avoided.

C. Distance from jurors

The attorney must maintain an appropriate distance from the jurors. This distance should neither be so far away that personal contact is lost nor so close that the jurors feel uncomfortable. The exact distance depends upon the number of jurors; the size, energy, and presence of the attorney; the size, shape, and acoustics of the courtroom; and the content of the opening statement. A distance of between five and eight feet can be used as an appropriate guide, but the optimum distance varies in different circumstances. An attorney should observe the jurors' reaction and move close when appropriate and stand further away when necessary to avoid making the jurors uneasy. For example, when the attorney approaches the jury box, the attorney may

stand in front of jurors in the front row, speak with lower voice, and make primary eye contact with jurors in the second row.

D. Gestures

The attorney should use gestures that are appropriate to the content of the opening statement and that appear natural to the attorney. Gestures should be made even if the attorney stands behind the lectern. Jurors will become bored with a talking head, which is all that they might see if the attorney stands behind a lectern without using any gestures, movement, or visual aids.

E. Eye contact

One of the most effective ways to establish credibility and sincerity is to look directly at the jurors during the opening statement. Good eye contact also helps hold the attention of the jurors and allows the attorney to observe their reactions. Eye contact should be made with all the jurors and not just a few selected jurors. Eye contact does not mean staring. The eye contact must be varied, sufficiently long to establish a contact but not so long that it makes jurors uncomfortable.

F. Transitions

The opening statement is more effective if the attorney employs transitions in the presentation. Prefatory remarks, silence, a louder voice, a softer voice, visual aids, movement, and gestures are all devices which can signal a transition.

G. Observing the Juror's Reactions

The attorney must observe the jurors' reactions during the opening statement and adjust the presentation to their reactions when necessary. Some jurors express reactions regarding the facts of the case during the opening statement. The initial impressions displayed by a jury during the opening statement will also be useful in determining how the evidence is later presented and what might be an effective closing argument position. However, it is difficult to determine accurately what people are thinking just by watching them during a presentation. Care must be taken not to overreact, not to change an approach completely because of a perceived reaction, and not to focus on one or two jurors because they seem to be responding positively or avoid others because of a perceived negative reaction.

H. Notes and Outlines

When notes are used, the attorney should not pretend not to use them to try to sneak a peek. An obvious use of notes done openly can be effective. Jurors, most of whom would be very uncomfortable in a public speaking situation, understand the need to use notes.

Prepared outlines can be effectively employed in an opening conducted with the use of visual aids. A prepared diagram, blackboard, whiteboard, easel paper, or an overhead transparency may contain an outline of the opening which highlights important matters for the jurors and assists the attorney in explaining the facts.

Haydoc, R. y Sonsteng, J. (1990). Trial: theories, tactics, technique. (pp. 325-327). St Paul: West Publishing Company.

"These excerpts are from Trial: Theories, Tactics, Techniques. © by West Academic Publishing (<http://www.westacademic.com>). All rights reserved. Use by permission."

Lectura 4

Estrategias para abordar contradicciones de la teoría del caso de la contraparte

En esta lectura, extraída del libro *Cross-Examination: Science and Techniques* de Larry S. Pozner y Roger J. Dodd, se plantean estrategias para abordar, en el alegato inicial, las contradicciones en la teoría de la contraparte. De igual manera se incluye un análisis de los beneficios de dichas estrategias.

Reveal Opponent's Inconsistencies in Opening

When an important part of the strategy of the lawyer is the exploitation of inconsistencies in the opponent's case, there are sound tactical reasons to reveal those inconsistencies in the opening statement. A preemptive strike at opening statement is important, as a trial lawyer should expect even a moderately skillful opponent to have anticipated the inconsistencies. There is not much the opponent can do, however, about inconsistencies already contained within a witness's pre-trial statements.

The lawyer prepared with cross-examination chapters built around solid inconsistencies, should reveal the inconsistencies, in opening statement in order to fully exploit their persuasive potential. Lawyers ordinarily explore inconsistencies as a method of attacking the credibility of the witness. Telling the fact finder about the important inconsistencies will serve to weaken the credibility of that witness before the witness even takes the stand. If the statement will allow the opponent to remedy the problems, she will have bypassed the opportunity to weaken the opponent's case.

A lawyer hesitates to air the inconsistencies in her opening statement because she fears the opposing lawyer will alert the witness to an inconsistency and thereby encourage the witness to change his story. If the opponent rises to the bait, inconsistency is not lost but multiplied. A documented contradiction does not disappear when a witness changes his story a second, third, or fourth time. All that the witness has done is add an additional inconsistency, and so a changed story favors the impeaching party, not the party being impeached. Furthermore, by changing his story during trial, the witness opens a new line of impeachment on the fact that he is changing his story (again) during trial. This will seldom prove reassuring to the jurors, who judge the witness's credibility.

The trial lawyer must expose the inconsistency up front, during the opening statement. In such a situation, the opponent is forced to deal with the trial lawyer's theory, and this distracts the opponent from advancing his own theory. Every time an opponent spends part of his opening statement explaining why the inconsistencies exist, he is using precious time and energy talking about the trial lawyer's theory of the case. He is arguing with the jury that they should not be persuaded by your case, but in so doing, he is not advancing his own case. Armed with demonstrably inconsistent statements that will be used in cross-examination, the lawyer must exploit them in detail in opening statement.

Example:

Within minutes of the robbery, Mrs. Eidlestein told the police that the defendant had light brown hair "that was kind of long." Within two hours of that statement, the police brought Tommy James back to Mrs. Eidlestein's store. Mrs. Eidlestein will tell you that he was "bald as a cue ball", but that he was the robber. She will tell you that she has seen cue balls. She will tell you that she knows that

they are smooth, glossy, with absolutely no hair on them and certainly not light brown hair “that was kind of long.”

Further, as a result of having heard in opening statement that the witness has changed her story on one or more facts, the fact finder will likely be more cautious in accepting other uncontradicted parts of the witness's testimony. The witness then takes the stand as “damaged goods,” having been tainted by these contradictions and inconsistent statements that damage credibility. Additionally, by revealing in opening statement prepared cross-examination chapters on motive, interest, prejudice, and bias, the lawyer has preconditioned the jury to be skeptical of the opponent's direct examination, long before the cross-examiner has had her turn to cross-examine on these issues.

Pozner, L. y Dodd, R. (2004). *Cross-Examination: Science and Techniques* (pp.13-28). United States: Lexis Nexis.

“Reprinted from *Cross-Examination: Science and Techniques* with permission. Copyright 2004 Matthew Bender & Company, Inc., a part of LexisNexis. All rights reserved.”

Lectura 5

Destrezas de los jueces

En esta lectura, extraída de la monografía *Habilidades y Destrezas de los Jueces en la conducción y resolución de los juicios orales*, los autores describen y analizan las habilidades y destrezas con que deberán contar los jueces orales de lo penal para desempeñar su rol en el nuevo proceso.

(...) El CPP le confiere al Juez Presidente el rol de director del debate, entregándole la conducción del mismo, el manejo de la disciplina y la resolución de los incidentes y solicitudes que formulen las partes. De más está decir que nada obsta –y todo aconseja– que la resolución de los aspectos más complejos las adopte el Juez Presidente previa consulta a sus pares.

2.1 Ordenación y administración del debate.

Este tema es posible abordarlo en función de lo que el tribunal debe hacer al interior de cada juicio de que está conociendo para su correcto desenvolvimiento. Pero también es posible observarlo desde una perspectiva más amplia, ya que al tribunal no le interesa solamente que sea manejable y llegue a buen puerto cada uno de los juicios concretos en que debe intervenir. Tiene, a la vez, una misión mucho más amplia consistente en conseguir que un vasto conjunto de asuntos que están a la espera de ser resueltos en un juicio oral, puedan tener cabida dentro del sistema en un tiempo razonablemente breve. Más allá de los auxilios administrativos que reciba el tribunal para manejar de la manera técnicamente más adecuada su agenda, no hay dudas que es ésta una responsabilidad que antes que nadie recae en los propios jueces y, fundamentalmente, en los Jueces Presidentes.

Así, las decisiones en torno a la forma de desarrollo del debate que se adopten en su transcurso, deben fundarse no sólo en las exigencias específicas del caso de que se trate, sino también en la disponibilidad material y física con que cuenta el tribunal y, lo más importante, sopesando las consecuencias que ellas habrán de tener en otros casos que debe ver la misma sala.

El tribunal deberá desarrollar una gran habilidad para predecir –y ajustar a dicha predicción– la duración de los juicios. Como se sabe, los principios de continuidad y concentración exigen que el juicio se desarrolle sin interrupciones y en audiencias sucesivas, si se hace necesario, hasta llegar a su conclusión. Por ello la duración que se le asigne ex antes al juicio será determinante para agendar otros juicios con posterioridad. Si el Tribunal yerra en su predicción se dará una de dos situaciones, ambas muy nocivas para el funcionamiento general del sistema: si el juicio se alarga más de lo presupuestado, se superpondrá con otro agendado para la misma sala, con lo que deberá suspenderse el segundo ya que resulta imposible que se lleven paralelamente dos juicios o, si el juicio dura menos de lo preceptuado, se generará un tiempo muerto en que quedarán ociosos los recursos del tribunal.

(...)

El compromiso de los jueces con el éxito del nuevo sistema exige que ellos en todo momento persigan minimizar los tiempos empleados en las audiencias, así como los tiempos muertos que se generan entre ellas. Como es obvio, la gran restricción en este sentido la constituyen los derechos que asisten a cada parte y los principios que informan al juicio oral. Sin embargo, la vigencia de tales derechos y la aplicación de esos principios siempre deja un margen para decisiones más o menos eficientes, para juicios más o menos largos.

Los tribunales, a partir de la experiencia que vayan acumulando y con el apoyo del equipo administrativo con que contarán, podrán ir construyendo estándares de duración de los juicios que permitan minimizar los márgenes de error en cada caso. Discriminando en atención al tipo de delitos; impacto de los mismos; número de imputados y víctimas; existencia o no de querellantes; naturaleza de la defensa, y cantidad de testigos, peritos y prueba material que se rendirá en el juicio - antecedentes todos que serán conocidos con anterioridad por el tribunal-, se podrán anticipar con bastante certeza la duración probable del juicio.

Baytelman, A. y Vargas, J.E. (s/a). Habilidades y Destrezas de los Jueces en la conducción y resolución de los juicios orales. (Monografía). (pp. 8-9).

LECTURAS ADICIONALES

Lecturas complementarias aquí sugeridas permitirán profundizar en el tema de los alegatos iniciales; en ellas se explican conceptos de interés relacionados con la importancia de la persuasión al presentar el alegato inicial, sugerencias para lograr un mayor impacto en la declaración inicial del caso y las habilidades necesarias para desempeñar una exitosa la litigación oral.

- Nataren, C y Ramírez, B. (2012). *Litigación oral y práctica forense penal*. (pp. 99-105). México: Oxford University Press.
- Villegas, A. (2008). *El Juicio Oral en el Proceso Penal Acusatorio*. (pp. 40-44). Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Quiñones, H. (2003). *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*. Cap. VI. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID.

TEMA 5: INTERROGATORIO, CONTRA INTERROGATORIO Y OBJECIONES

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*.
- Lectura 2: Leonardo Moreno y otros, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*.
- Lectura 3: Roger Haydoc y John Sonsteng, *Trial: theories, tactics, technique*.
- Lectura 4: Héctor Quiñones, *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*.

Lectura 1

Estrategias para el interrogatorio

En esta lectura, tomada del libro *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*, Baytelman y Duce plantean la importancia de transmitir al juez la información probatoria del caso de la forma más detallada, completa, concreta, precisa y comprensible posible. Los autores sugieren y ejemplifican algunas estrategias para alcanzar ese objetivo y plantean una metodología para obtener dicha información durante el interrogatorio.

4. Características de un examen directo efectivo

Comúnmente, ciertas características se repiten en cuanto a aumentar la efectividad del examen directo, tanto en su parte destinada a la acreditación del testigo como en la parte destinada al relato de fondo. Estas características podrían caracterizarse como: cine y dieta.

4.1. CINE

Recordemos, una vez más, que los jueces no conocen el caso y no tienen a su disposición ningún expediente. Esta es la primera vez que escuchan los hechos. Se enteran de ellos a través de la prueba. Y solo sobre la base de dicha prueba van a tener que tomar la decisión que puede significar mandar a un inocente a la cárcel o liberar a un peligroso asesino. Este es un escenario muy exigente para el juez: el juez necesita imperiosamente saber qué fue lo que ocurrió. Y eso no se satisface con relatos vagos y generales (“Pedro apuñaló a Juan”), ni con fórmulas conceptuales abstractas (“Él me violó”). Esto lo sabemos bien, porque en todos los demás relatos relevantes de nuestras vidas respecto de los cuales debemos adoptar decisiones trascendentes, exigimos historias completas, claras, creíbles. No nos basta simplemente que alguien venga y nos diga “tu pareja te está engañando con otra persona”.

Necesitamos poder producir una verdadera imagen mental antes de decidir si es cierto o no, cómo se produjo, cuándo, por cuánto tiempo, por qué, cuánto de responsabilidad le es imputable. El relato de un delito, para jueces que deben resolver en un entorno de libre valoración de la prueba, funciona exactamente igual.

El examen directo, entonces, debe poder instalar la película en la mente del juzgador, con ese nivel de precisión y realismo; reconstruir la fotografía, las imágenes, los movimientos, las secuencias, aproximando la cámara a los rincones relevantes del relato, los gestos, los guiños, dándole a la escena una interpretación, insertándola en el relato general. Así como en el cine, el examen directo debe ser capaz de ofrecerle a los jueces una película –no un acta– de lo que el testigo dice.

Para esto, el examen directo debe ser completo y preciso. Debe obtener del testigo todas las proposiciones fácticas que el testigo pueda acreditar, y hacerlo de manera que llene cada una de dichas proposiciones fácticas con contenido y credibilidad. Un error común que se observa en los litigantes es que no se dan cuenta que “mencionar un tema” no es lo mismo que “acreditar un tema”. El título del cuento no es el cuento. Y no basta que el testigo mencione la proposición fáctica para que el litigante pueda darla por acreditada.

Veamos el siguiente ejemplo. Está declarando el dependiente del negocio asaltado. Ha dicho que un hombre entró, le apuntó con una pistola, le pidió el dinero de la caja, luego le disparó al guardia que venía entrando, salió corriendo, se subió a un auto con un conductor que lo estaba esperando y huyó. A continuación el examen directo siguió así:

Fiscal: ¿Y entonces, qué pasó?

Testigo: Bueno, yo fui a ver si el guardia estaba muerto, y entonces vi que el acusado se subía a un auto que lo pasó a buscar, y entonces huyeron precipitadamente.

Fiscal: ¿Pudo ver quién conducía el auto?

Testigo: Sí, era la misma mujer que había entrado al negocio aproximadamente media hora antes.

Fiscal: ¿Y usted pudo reconocerla bien?

Testigo: Sí, estoy seguro de que era ella.

Fiscal: ¿Y pudo reconocer el auto?

Testigo: Sí, era un Fiat Uno, azul.

Fiscal: ¿Y pudo distinguir la patente de ese auto?

Testigo: Bueno, me acuerdo que empezaba con las letras KH

Fiscal: Gracias, no tengo más preguntas su señoría.

En el ejemplo, el fiscal recorre los temas, los menciona, pero no los acredita realmente. No los trabaja. No los explota. Son los puros títulos. ¿Cuánto se demoró el testigo en reaccionar y salir de detrás del mesón? ¿Cómo se sale de detrás del mesón? La puerta del mesón, ¿tiene cerrojo? ¿Estaba abierto el cerrojo? Y si estaba cerrado, ¿cómo se abre y cuánto se demoró en hacer eso? ¿Y cómo es que salió persiguiendo al hombre armado que acababa de asaltarlo? ¿No es más creíble pensar que se puso a darle gracias a Dios por haberlo salvado en lugar de ir hacia donde estaba el riesgo? Y si fue a ayudar al guardia, ¿no estaba su atención puesta en eso y no en mirar hacia el auto? ¿Qué hizo para ayudarlo? ¿Cuánto tiempo le tomó hacer eso que hizo? ¿Cuándo fue que su atención fue capturada por el auto, el conductor y el asaltante? ¿Cómo era su visión del auto? ¿En qué ángulo? ¿En qué ángulo quedó el conductor respecto de él? ¿A qué distancia? Si él estaba arrodillado auxiliando al guardia, ¿no lo obstaculizaba la puerta del local? ¿El árbol? ¿El farol? ¿El reflejo en los vidrios del auto? ¿Estaban las ventanas arriba o abajo? ¿Cuánto tiempo vio a la conductora? ¿Lo miró ella a él? En fin, podríamos llenar páginas con preguntas como estas.

Un buen examen directo, entonces, ofrece la precisión de la fotografía, y la comprensión del cine. Retrata las imágenes, ofrece los detalles, reconstruye la realidad en la mente del juzgador, lo lleva a la escena y trae la escena a él. Hace que la escena completa se reproduzca en su imaginación, y que se reproduzca completa, con todos los elementos que tendríamos si la estuviéramos presenciando en la realidad. Como el espectador de una película, hacemos que el juzgador comprenda las circunstancias, se explique la secuencia de los hechos. No hacemos que escuche al testigo; hacemos que presencie lo que el testigo presenció.

4.2. DIETA

Por supuesto, la completitud del examen directo tiene que ver con qué proposiciones fácticas este testigo puede acreditar y, en ese sentido, hay que discriminar información. Igual que las dietas: no se trata tanto de cuánto comer, como de comer bien. Los litigantes suelen tratar de obtener del testigo la prueba completa de sus teorías del caso, más allá de lo que el testigo realmente puede responder. Esto diluye la información útil, su impacto, y la atención del tribunal. Queremos que el testigo introduzca toda la información relevante y valiosa que tenga, y ojalá solo esa. De vuelta con lo que decíamos en el Capítulo II, esto es lo que hace al juicio un ejercicio fundamentalmente estratégico: la necesidad de seleccionar información.

Esto es cierto incluso respecto de la información que el testigo sí posee: por lo general, la necesidad de “comprimir” el relato de un testigo es una dificultad práctica que el litigante debe abordar, y con frecuencia resulta necesario –de toda la información con que cuenta un testigo– seleccionar aquella más relevante y valiosa para fortalecer y probar su teoría del caso. La omisión

de determinados aspectos no equivale necesariamente a una falta a la verdad; puede haber muy legítimas razones para hacer esta discriminación: no llenar al tribunal de información distractiva del núcleo central debatido, perdiendo la información valiosa en un mar de detalles insignificantes; dejar de lado antecedentes que puedan ser objetados por la defensa; proteger la credibilidad del testigo de prejuicios irrelevantes, etc. El control natural de la legitimidad de las omisiones es el contraexamen: el contraexaminador se preocupará de revelar aquellas que equivalgan a falsedades o distorsiones de información. Y desde luego, el examen directo debe prepararse sabiendo que eso va a venir.

La rigurosidad en el tratamiento de los temas, pues, no consiste en guiar al testigo para que diga todo lo que sabe, sino, más bien, para que diga todo lo que sirve y, desde el punto de vista del litigante, esto es todo aquello que fortalece su teoría del caso o debilita la de la contraparte.

En este sentido, hay que conseguir un equilibrio en la producción de detalles. Por una parte, son los detalles los que producen la película. Además, juegan un rol en la credibilidad: la experiencia nos dice que si una persona efectivamente participó de un evento, puede ofrecer ciertos detalles acerca de él. Pero, por otro lado, el exceso puede comenzar a ser un distractor que desvía la atención de las proposiciones fácticas centrales (los jueces son seres humanos, y también, en ocasiones, se aburren y dejan de prestar atención). A su turno, la experiencia también nos enseña que la memoria de las personas tiene límites, y que Funes el memorión solo existe en la obra de Borges. Si un testigo recuerda incluso los más insignificantes detalles, tal vez sea razonable creer que no los está recordando, sino que se los instalaron en la mente antes del juicio (preparación ilegítima). En este sentido, los detalles pueden ser considerados un arma de doble filo. Los necesitamos, pero los excesos son peligrosos. El litigante debe tener en cuenta ambos extremos y el examen directo deberá conseguir un equilibrio entre ellos de manera de asentar la credibilidad del testigo. Así, si este, en efecto, recuerda abundantes detalles acerca de los sucesos, el abogado deberá desplegar un esfuerzo por explicar por qué la supermemoria resulta, en este caso, creíble.

Es a propósito de esta característica del examen directo que surge un buen argumento para justificar la metodología de producción del testimonio de los sistemas adversariales, es decir, que la declaración se produce a través de las preguntas que le formula el abogado que los presenta. Nuestro Código Procesal Penal recoge esta idea en el artículo 329. Todavía existen muchos códigos en la Región (por ejemplo, Ecuador) en las que el método de declaración de los testigos es que ellos la presten en forma espontánea y, luego, se sometan al examen y contraexamen de las partes. En dicho escenario, cuando el testigo declara en forma autónoma y sin la guía del examen directo de su abogado, lo que suele ocurrir es que ese testigo se salte elementos relevantes para el caso o, por el contrario, que profundice en aspectos irrelevantes que distraen la atención del juzgador de aquello que realmente importa. En ambos casos se crean serios problemas para la presentación de la información y luego, para cuando llega el momento del examen directo, puede resultar imposible reconstruir o dar coherencia lógica a los hechos relevantes en el relato de nuestro caso. Pero, atención, no se trata de que esto solo nos beneficie como partes interesadas: es del mayor interés para el sistema en su conjunto, y para la justicia del sistema y sus valores, que los jueces puedan obtener la información más completa, organizada y clara posible, de manera de poder decidir un caso respecto del cual no tienen más información que esta prueba. Lo que decimos, entonces, es que es la parte en el examen directo quien está en mejores condiciones de ofrecer esto a los jueces (y la que tiene más incentivos para hacer rigurosamente este trabajo).

Baytelman, A. y Duce, M. (2004). *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*. Cap. III. (p.,s/n). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Lectura 2

Guía para los interrogatorios

En esta lectura, extraída del libro *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, los autores plantean y ejemplifican temas como el interrogatorio de testigos, propuestas para guiar los interrogatorios y sugerencias para estructurar y ordenar las preguntas, conforme al tipo de información que se obtenga de ellas.

4. Análisis de la estructura y preguntas a realizar durante el examen directo de testigos

c) Tipos de examen directo

Todo examen directo debe ser analizado y preparado de modo de facilitar la declaración al testigo y la comprensión al tribunal²⁰⁰. Interesa que quien aporte la información del caso pueda hacerlo cómodamente y exento de presiones y que, a su vez, el tribunal logre entenderlo y apreciarlo como un testigo veraz.

Visto lo anterior, debe definirse la fórmula a través de la cual se realizarán las preguntas para hacer el relato lo más sencillo posible y entendible para terceros.

1. Examen cronológico

Una primera fórmula aconsejable es solicitar al testigo que narre los hechos de manera cronológica. En efecto, existen secuencias de hechos que resultan más fáciles de transmitir en la medida que son realizados respetando el orden temporal de los hechos, esto es, reproduciéndolos en una secuencia que se ajuste a los tiempos en los que los sucesos se desarrollaron, sin alterar el orden temporal de tales acontecimientos.

Lo anterior puede resultar más sencillo para estructurar el relato del testigo y para que el tribunal logre entender detalles que de otro modo resultarían poco claros o ilógicos.

2. Examen temático

Una segunda fórmula a tener en consideración es la de tipo temática, la cual descarta una aproximación temporal, para privilegiar los grandes temas o hechos que se desea que el testigo narre, consultándole sobre los mismos en un orden dado por la relevancia del tema a tratar.

d) Estructura de las preguntas

El esquema utilizado de forma más habitual y que resulta ordenador y clarificador para el tribunal es el siguiente: 1) preguntas introductorias; 2) preguntas de legitimación; 3) preguntas directas sobre el conocimiento de los hechos que posee el testigo; 4) preguntas finales.

Esta estructura puede variar según el caso y el testigo, pudiendo en ocasiones intercalarse preguntas de legitimación con preguntas sobre el conocimiento de los hechos. También pudieran dejarse aspectos relacionados con la legitimación del testigo para la fase final del interrogatorio, con el objeto de aumentar la credibilidad del testigo ante el tribunal en la fase final del examen.

Debe recordarse que el sentido de todo juicio es aportar información para acreditar la versión del caso que presenta el litigante. Tal información proviene de la evidencia que cada parte presenta y que resulta de los testimonios aportados por los testigos y peritos y por los documentos y otros medios de prueba que posee. La información aportada por las evidencias de cada parte, y especialmente en el caso de testigos, debe ser realizada de tal forma que se asegure que la información la aportará el testigo y no el litigante. Dicho de otra forma, el litigante, para estos efectos examinador del testigo, debe extraer del testigo los antecedentes que éste posee de un modo que sea este último el que señale lo que sabe, sin que le sea sugerido por el examinador.

Esta exigencia resulta de toda lógica si lo que se pretende es convencer al juez que la información que se anhela presentar para fundar la resolución del tribunal oral es evidencia de buena calidad, confiable y aportada por la parte que señala conocerla.

Esto último se ve refrendado por las normas sobre métodos prohibidos de examinación del art. 330 C.P.P., que prohíbe realizar preguntas sugestivas durante el examen directo, sea de testigos o de peritos. Esta regla resulta ser la más importante a tener en consideración para no deslegitimar frente al tribunal a un testigo durante su interrogatorio, y será asimismo la regla más relevante a considerar por el litigante contrario, para evitar que al testigo de la contraparte le sea aportada indebidamente la información que se desea escuchar de él.

De la misma manera está prohibido en el examen directo realizar preguntas capciosas, confusas, vagas, compuestas, repetitivas, coactivas, etc. Sin embargo este tipo de reglas posee un nivel de relevancia menor, pues resulta obvio estimar que el examinador directo intentará evitar preguntas que puedan confundir o intimidar a su propio testigo, razón por la que resultará igualmente absurdo que el litigante contrario objete una pregunta del examinador directo por estimar que confunde al testigo.

e) Tipos de Preguntas del Examen Directo²⁰¹

Hemos dicho con anterioridad que durante el examen directo deben formularse cuatro tipos de preguntas, las que a continuación se revisan con más detalle:

1. Preguntas destinadas a generar confianza en el testigo o preguntas introductorias

La declaración de cualquier ciudadano está sujeta a un conjunto de dificultades que dicen relación con el miedo a recibir represalias por el hecho de aportar información, por nerviosismo, por temor a equivocarse, por temor al ridículo, por pánico a presentarse en público, o por la natural presión que ejerce respecto de cualquier persona el tener que someterse a un interrogatorio en sede penal ante tres jueces, fiscales y defensores, y seguramente ante personas que no conoce y que asisten a la audiencia.

Cualquiera sea la razón, debe ser tenida en consideración por el litigante que presentará al respectivo testigo, con el objeto de poder manejar eventuales situaciones complejas, intentando hacer sentir al testigo lo más confortable posible, antes y durante su declaración.

Es aconsejable que las primeras preguntas de un examen directo estén dirigidas a temáticas que el testigo maneja con facilidad, introducidas de forma incluso coloquial y que no estén referidas directamente al fondo del asunto. De esta forma el litigante puede comenzar con preguntas tales como: "¿Es este su primer juicio?", o explicaciones tales como: "Señor..., voy a formularle algunas preguntas y usted puede tomarse el tiempo necesario para contestarlas". Otra fórmula utilizable consiste en solicitar al testigo que repita su nombre y su profesión.

Otra recomendación que resulta útil para favorecer el posterior interrogatorio de un testigo es llevarlo a la sala del tribunal en los días previos al juicio para que conozca el lugar donde realizará su declaración.

2. Preguntas de legitimación o llamadas a validar personalmente al testigo

Una vez que hemos logrado que el testigo hable y se sienta cómodo, resulta necesario legitimarlo, con el objeto que el contenido de su versión resulte aceptable y creíble para el tribunal.

Con este objetivo en mente debemos dirigir preguntas que permitan alcanzar un conocimiento general del testigo, lo cual nos lleva a temáticas tales como: profesión u oficio, número de años en el mismo trabajo, otros trabajos desempeñados, cargos de responsabilidad, labores de caridad o beneficencia, su familia, sus actividades familiares y sociales.

Luego deben explorarse otras temáticas de legitimación relacionadas con la mayor o menor cercanía con alguno de los intervinientes en el juicio, especialmente con la víctima o el acusado. Deben tomarse especialmente en consideración vínculos de parentesco, amistad, o laborales. Este tipo de relaciones puede acrecentar la confiabilidad del testigo o debilitarla, según el caso. En este último evento, el hecho de preguntar sobre el punto persigue anticipar una debilidad, especialmente cuando el dato a revelar posee, por su nivel de publicidad, altas posibilidades de ser conocido y utilizado por la contraparte.

En tercer lugar, debe tenerse presente que la legitimación intenta aportar datos que permitan al tribunal estimar que un determinado testigo —y en relación a ese caso concreto- es digno de confianza, siendo necesario, fuera de las aproximaciones generales descritas precedentemente, aportar información que demuestre una especial disposición, conocimiento o aproximación del testigo interrogado con el caso de que se trata. Pueden ser aprovechados para legitimar un testigo los siguientes temas: conocimientos especiales del testigo en relación a la materia que será objeto de la examinación²⁰²; premios obtenidos durante su desempeño laboral u otros reconocimientos; cargos de representación ciudadana que ha ejercido, tales como presidente de una junta de vecinos u otro similar; relevamiento acerca de la carencia de antecedentes penales pretéritos; lugar donde vive o trabaja y cercanía con el lugar donde observó el hecho delictivo, para poder explicar las razones por las que en un determinado momento se encontraba precisamente en el lugar donde ocurrieron los hechos, etc.

Una secuencia de preguntas que puede graficar lo señalado en un caso de delito sexual ocurrido dentro del hogar de la víctima, es la siguiente:

Fiscal: "Señor policía, ¿cuál es su grado en la institución?", "¿desde cuándo trabaja en la Policía?", "¿qué cursos de formación y entrenamiento en delitos sexuales ha recibido?", "¿cuántos procedimientos por delitos sexuales le ha correspondido atender en sus años como policía?", "¿puede describir conforme a su experiencia dónde ocurren con más frecuencia atentados sexuales?", "conforme a su conocimiento práctico y teórico, ¿qué relaciones previas unen a víctimas y victimarios en esos atentados sexuales?", "¿podría describir el comportamiento que han tenido las víctimas por usted atendidas?", "¿podría describir el comportamiento de los victimarios por usted atendidos?", "¿Cuál de esos comportamientos observó usted en este caso?"

Este procedimiento de interrogatorio o examen directo, si bien debe responder en principio a las mismas exigencias generales de todo examen directo, esto es, que no pueden utilizarse fórmulas sugestivas, en la práctica y dado que la legitimación es una parte en la que el testigo simplemente relata lo que sabe producto de su calificación personal, se ha estimado en ocasiones que no resulta recomendable o incluso aceptable realizar o acoger una objeción por sugestividad en esta fase inicial de la examinación directa de testigos.

Cuestión distinta a la anterior es que el examinador formule conclusiones a partir de tal conocimiento del testigo o intente validar de forma sugestiva determinadas conclusiones técnicas sobre la base del conocimiento que el testigo dice poseer.

La acreditación cumple otro objetivo desde una perspectiva estratégica: nos permite incorporar una razón más al tribunal para privilegiar el testimonio de nuestros testigos por sobre los de la contraparte, en el evento que ambos testimonios sean equivalentes en contenido.

3. Preguntas abiertas o narrativas y cerradas, destinadas a permitir al testigo aportar la información que posee de los hechos del caso

Una vez que el testigo ha quedado legitimado, corresponde formular preguntas destinadas a extraer del testigo la información que posee en relación al caso concreto.

Para estos efectos resulta conveniente que el testigo pueda declarar lo más libremente posible, razón por la cual es recomendable utilizar preguntas abiertas que permitan al testigo explayarse sobre lo que desea aportar. Ejemplos de lo anterior son las siguientes fórmulas:

"Señor..., ¿podría contarle al tribunal lo que pudo observar el día de los hechos?".

"Señor..., ¿podría contarle al tribunal lo que sabe sobre los hechos que motivan este juicio?".

Este tipo de preguntas, que tienden a invitar al testigo a realizar un relato extendido sobre la información que posee, resultan posibles y útiles en la medida que el testigo que tenemos al frente sea capaz de hilar un relato comprensible y lógico, razón por la cual el litigante debe conocer el tipo de testigo que tiene para definir la estructura y tipo de preguntas del interrogatorio que realizará.

De esta forma aparecen las siguientes consideraciones a tener en cuenta:

1. Existen testigos que por el nerviosismo o por incapacidad o desorden mental, no pueden realizar un relato extendido en forma autónoma. En estos casos es aconsejable guiar de forma más precisa el interrogatorio, realizando preguntas cerradas que busquen extraer porciones muy precisas de información del testigo y continuar con esta fórmula hasta el final del examen. Por ejemplo:

Fiscal: "¿Cuéntenos si conoce al acusado?", "¿Por qué lo conoce?", "¿Qué más sabe de él?", "¿Qué observó el día...?", "¿Quién estaba presente ese día?", "Ud. ha dicho que el acusado estaba presente, ¿qué hizo en ese momento el acusado?".

2. Es preciso anotar asimismo que aunque el testigo que tengamos al frente sea capaz de hilar un relato coherente y claro, el litigante debe en todo momento estar atento a lo que declarará, con el objeto de especificar detalles que resulten importantes para la teoría del caso y que puedan aparecer diluidos en medio del total de la declaración.

En efecto, el conductor del interrogatorio y el profesional encargado de revelar los aspectos que lograrán acreditar la teoría del caso es el examinador y no el testigo, razón por la cual se sugieren las siguientes recomendaciones:

a) Interrumpir delicadamente el relato del testigo para solicitar una aclaración o revelar un aspecto central del mismo, para lo cual utilizaremos preguntas cerradas que focalicen su declaración. Una vez que hemos interrumpido y luego obtenido la respuesta deseada, es tarea del examinador recordar al testigo cuál fue la última idea, frase o hechos que nos relataba para que pueda retomar ordenadamente su relato. Por ejemplo:

1. *"Usted nos señaló, antes de que yo lo interrumpiera, que el día de los hechos había visto al acusado en la casa de su vecina. ¿Pudo observar lo que hacía el acusado?"*.

2. *"Ud. nos señaló, antes de que yo lo interrumpiera, que el día... observó al acusado en la casa de la víctima. ¿Qué más recuerda?"*.

b) Otra fórmula posible es dejar que el testigo termine de responder, y luego formular la solicitud de aclaración de aquellas partes que nos parecen insuficientemente abordadas en su relato.

3. En resumen, es posible identificar las siguientes fórmulas: a) pregunta abierta seguida de preguntas cerradas intercaladas; b) pregunta abierta seguida de varias preguntas cerradas; c) pregunta cerrada de inicio, seguida de varias preguntas cerradas.

4. Un último aspecto a tomar en consideración al momento de examinar un testigo tiene que ver con el carácter del mismo. No únicamente referido a su mayor o menor nivel de nerviosismo, sino a la forma en la que los testigos logran estructurar su relato. En efecto, los examinadores se encontrarán con testigos que se aproximan a la narración de un hecho de modo general y resumido, habiendo otros cuyas aproximaciones a un relato responden a secuencialidad y detalle.

De esta forma, se cometería un error si se intentan preguntas destinadas a la generalidad y al resumen frente a un testigo secuencialista, pues tenderemos a incomodar y hasta confundir a un testigo, forzando su modo de ser y de relatar un hecho.

Lo mismo se puede decir respecto de personas que privilegian el razonamiento concreto y práctico en vez de los razonamientos abstractos. Es el examinador quien debe acomodar sus preguntas al estilo y particularidades del examinado.

4. Preguntas finales para redondear el interrogatorio y terminar con una impresión positiva por parte del tribunal

Un buen examen directo concluye con un set de preguntas cuyas respuestas sean relevantes para la teoría del caso. Esto permite dejar una buena impresión y dejar al testigo confiado para enfrentar al contraexaminador.

Vale insistir diciendo que la relevancia y el tipo de preguntas finales dependerá de cada caso y testigo, y sobre todo de la estructura del examen de testigo que se haya seguido.

Bajo las ideas de primacía y relevancia, siempre debemos iniciar y terminar nuestros interrogatorios centrándonos en las proposiciones fácticas centrales del caso, más que en consideraciones u opiniones personales del testigo. Considérese que en los bloques de información que se presenten en el medio de la declaración del testigo, trataremos estas opiniones u apreciaciones si fueren pertinentes y aquellas proposiciones fácticas que no sean centrales o no dependan de manera fundamental del testimonio del declarante.

²⁰⁰ MAUET, Trial..., pp. 96-97, sobre la sencillez y el orden lógico de las preguntas.

²⁰¹ Esta sección corresponde a una adaptación de las sugerencias de Paul BERGMAN, op. cit.

²⁰² Este aspecto resulta especialmente claro cuando el testigo es un policía que posee conocimientos sobre el sector donde efectúa rondas, el modus operandi utilizado para determinados delitos, o el conocimiento que posee sobre las víctimas en otros casos similares.

Lectura 3

Preparación del contrainterrogatorio

En esta lectura, tomada del libro *Trial: theories, tactics, technique*, Haydoc y Sosteng advierten sobre diversos aspectos a considerar cuando se realiza la preparación del contrainterrogatorio. Dado las diferencias de sistema, el lector debe recordar que cuando el autor plantea referencias hechas hacia la figura del jurado, en el sistema mexicano las referencias se dirigen al juez.

10.2 PREPARATION

A. Planning

The preparation of a cross-examination begins during pretrial preparation. Witnesses are interviewed, witnesses' statements are taken, and depositions are completed. The responses obtained from these discovery sources provide information useful for cross-examination. Before trial, the different areas of cross-examination are reconsidered and specific questions are planned. Preparation continues until the moment cross-examination begins during trial. The cross-examiner listens carefully to the answers the witness gives on direct examination and adds, deletes or modifies questions to be asked during cross.

After the witness has testified on direct, the cross-examiner is usually able to ask a high percentage of the prepared questions. This occurs because the well-prepared cross-examiner already knows what the witness knows and does not know. Modifications may be necessary, but the number of revisions can be reduced by through planning.

Adjustments may also be necessary during the cross-examination itself. The witness may not respond as anticipated, or may give unresponsive or rambling answers. The attorney must listen carefully during the cross and flexibly adapt to the responses by asking follow-up questions that produce the desired responses.

(...)

B. Should There be a Cross-Examination?

The decision to cross-examine must be made both before trial and again during trial, immediately after the witness has testified. Whether cross-examination should be conducted as planned, or whether any cross-examination should be conducted at all, are questions that must be finally resolved after the witness has completed direct examination. The following factors should be considered in determining whether a witness should be cross-examined:

- Has the witness damaged the case? If the witness has not provided any evidence which damages the case, the cross-examination may not be necessary. A witness who did not appear credible, or whose story is not credible, or who has been contradicted by other evidence may not need to be cross-examined.
- Is the witness important to the other side? The more significant a witness is to the opposing side, the more likely it is that cross-examination will be necessary.
- Will the jury expect cross-examination? Many jurors expect witnesses to be cross-examined, and the attorney may need to comply with that expectation to avoid

negative reactions from the jury. Witnesses who have provided damaging information or who are important to the other side will probably need to be cross-examined to avoid the jury misperceiving the decision not to cross-examine and to prevent opposing counsel from commenting on such failure during summation.

- Did the witness omit important adverse information on direct examination? If the witness left something significant out on direct examination, cross-examination regarding that information may be unwise as that information may then be disclosed for the first time on cross or redirect examination. Occasionally, an opposing attorney may intentionally withhold evidence during the direct examination of a witness anticipating the evidence will be disclosed on cross-examination or redirect. If there is no cross-examination regarding this evidence, this information may never be disclosed. Some experienced lawyers set this trap for the inexperienced cross-examiner.
- Will cross-examination unavoidably bring out information that is harmful information than helpful information, it may be best not to cross-examine.
- Are questions being asked only for the sake of asking questions? If the cross-examination will serve no better purpose, than it ought not to be conducted.
- Does this witness present any difficulties that may cause substantial problems? If a witness is very difficult to control or some other problema exists, the decisión to cross-examine should be reconsidered.

The vast majority of witnesses merit some cross-examination questioning. Application of the preceding seven factors immediately after the witness testifies on direct examination may reveal that some planned areas ought not be explored and some prepared questions ought not be asked.

C. Full and Fair Opportunity to Cross-Examine

A party has right fully and fairly to cross-examine a witness. Unusual situations may arise when a witness who has testified on direct examination cannot be cross-examined. These situations include: (1) the assertion of a privilege by the witness which properly permits the witness to refuse to answer questions, (2) a witness becoming ill or otherwise incapacitated before or during cross-examination, and (3) the refusal of a witness to answer a question which the judge orders the witness to answer. In these situations, the cross-examiner may request that the direct examination testimony of the witness relating to the cross-examination topics be stricken because no opportunity exists to cross-examine the witness regarding those matters.

D. Scope of Cross-Examination

The scope of cross-examination is usually limited to the following two areas: the subject matter of direct examination and matters affecting credibility issues. The law in most jurisdictions, including the federal system, limits cross to the scope of the direct and to matters that discredit the witness or the case. See Fed.R.Evid. 611. Trial judges, however, have discretion to permit inquires into additional matters. The law in most jurisdictions provides the judge with liberal discretion to allow broad cross-examination. Most judges provide cross-examiners with reasonable latitude to explore relevant areas which affect the case or the credibility of a witness. While the rules of a given jurisdiction may appear to restrict the scope of cross-examination, actual trial practice often permits broad inquires. Some judges may strictly enforce the rules, however, and sustain an objection that the cross exceeds the scope of the direct. The cross-examiner should then advise the judge that the questions apply to a credibility issue that may prompt the judge to allow the examination.

If an area of inquiry on cross exceeds the scope of the direct examination and does not involve credibility issues, the cross-examiner has several options. First, the questions may be asked and the opponent may not object. Second, the question may be asked, the opponent may object, and the judge may overrule the objection, permitting the answer. Third, the cross-examiner can seek permission from the judge to allow a broader cross-examination. In this case, the attorney may advise the judge that the witness could be called back later to testify, and it would be more efficient if the examination was completed at one time. Fourth, if the judge refuses to allow the questions to be

asked, the attorney can subsequently call the witness during the cross-examiner's next opportunity to introduce affirmative evidence.

E. Preparing Topics and Written Questions in Advance

Cross-examination is most effective when topics and questions are prepared in advance. Experienced lawyers may be able to effectively cross-examine by relying solely on a list of topics. Many lawyers, however, especially inexperienced trial advocates, need to write out questions to be most effective. The extent to which written questions should be prepared depends upon the nature of the question, the significance of the topic, the type of witness, and the abilities of the trial attorney. Effective cross-examination often demands that the attorney ask precise questions containing particular words. In these situations the attorney, particularly the novice cross-examiner, is well advised to write out the questions. Most prepared questions will not need to be altered significantly during the trial, but an attorney must adapt the questions to changing circumstances. The attorney should avoid simply reading prepared questions and must pay attention to the witness' verbal and nonverbal responses in order to ask follow-up, clarifying or additional questions.

F. Structure

Cross-examination questions ought to be asked in an order that makes the cross-examination most effective, interesting, persuasive, and memorable. An effective way to determine and select the sequence of cross-examination points is to:

- List all the points expected to be made.
- Divide the points into the two broad categories of cross-examination: supportive cross and discrediting cross.
- Within these categories, Rank each point from most to least important.
- Of the more important points, decide which should begin and which should end the cross-examination segment.
- Organize the other points in a sequence that best serves the needs of the particular cross-examination.
- Select and structure any subtopics under the main points.
- Review all the listed points and determine whether the initial assessment of their rank, order, and sequence appears to be the most effective.

G. Order

If both categories of cross-examination questions—supportive and discrediting cross—are to be asked, the supportive cross-examination questions ought to be asked first for a number of reasons. These questions elicit helpful information and will be emphasized by being asked at the beginning of the cross-examination. These questions follow the pattern of questions asked on direct examination, which was just completed. The witness will be more likely to be more cooperative at the beginning of such a cross-examination. The credibility of the witness has not yet been attacked and the jurors may perceive the witness to be more believable.

The order of the supportive cross-examination questions should follow a prepared structure, with important questions beginning and ending the line of questioning, and with the other points asked in the middle. The final point of supportive cross-examination should also serve as a transition into the discrediting category of cross-examination.

The shift from supportive to discrediting cross-examination may cause a problem. The cross-examiner wants the jurors to believe the admissions elicited during the supportive cross-examination and to disbelieve the witness during discrediting cross-examination. With some witnesses, it might be advisable to omit or restrict the scope of the discrediting cross-examination to avoid the witness from being entirely discredited. The transition questions that begin

the discrediting cross-examination should be selected to reduce this problem. With other witnesses, the discrediting cross-examination may render testimony so unbelievable that the jurors will not believe the supportive cross-examination answers. In these situations, it may be better to avoid asking supportive cross-examination questions altogether, unless there is no other source for this information.

The order of the discrediting cross-examination questions should also follow a prepared structure. Important points should be made at the beginning and the end of this category of questions, with other points interspersed in the middle.

An alternative to a logical sequence of planned questions is to probe areas in a random fashion. This “jumping around” or “hop and skip” approach has the advantage of causing problems for witnesses who may be fabricating their responses. Such a witness, if asked questions in a logical or chronological order, may be able to maintain the fabrication, but if asked questions in a random order may be more likely to testify inconsistently. This approach has some disadvantages. The cross-examiner may have difficulty in remembering what has been asked, and the judge or jurors may find it difficult to follow an unstructured cross-examination. To be effective, this approach requires a lot of practice or experience.

H. Concluding Questions

The concluding questions of a cross-examination should share the following characteristics: the questions should conclude the examination on a high note by making an effective point, should not be objectionable because sustained objections disrupt the conclusion, and should be of the type the witness will respond to favorably. Questions designed to satisfy these criteria will effectively conclude the cross-examination. If the cross-examiner has a doubt regarding whether the questions are effective, perhaps “safe” questions ought to be used for the conclusion, and risky questions asked earlier.

I. Recross Examination

The scope of recross examination is limited to the subject matter of the redirect examination. The purpose of conducting a recross is the same as conducting a cross-examination: is there any information this witness has that is needed for summation? Recross examinations questions usually refer to the previous redirect answers of the witness and compare these responses to contradictory evidence: “During the redirect examination by your attorney, you stated that . . . ; however, it is true that . . . ; If no recross is necessary, the cross-examiner can say to the court: “Your Honor, there is no reason for any further questions.” There often is no need to conduct a recross, and a recross should not be conducted merely because redirect questions were asked. Recross questions should not be asked if the redirect was ineffective or if the examination of the witness has been overly lengthy, and the judge and jury cannot absorb more information from this witness.

J. Location and Movement

The cross-examiner should be visible to the jurors during the examination. The cross-examiner asks the questions containing the evidence the jurors need to hear. Unlike direct examination, when the direct examiner may be inconspicuous, the cross-examiner should be conspicuous.

The cross-examiner may have an option whether to sit or stand. Many jurisdictions require the cross-examiner to stand behind a lectern and not move about the courtroom. Other jurisdictions require the attorney remain seated behind counsel table. Typically, cross-examiners may approach the witness when showing the witness an exhibit or using a visual aid, and are typically allowed to be close to a witness who has a hearing impairment or other disability that makes communications difficult. Some judges permit the attorney to vary from local practice upon request.

In jurisdictions where counsel has an option to stand and move around the courtroom, the cross-examiner should determine what location is best. This will depend upon the nature of the questions asked and the demeanor and responses of the witnesses. If the cross-examiner wants the jurors to be able to observe the witness displaying guilt or uncertainty, the cross-examiner should stand in a location which requires the witness to look in the direction of the jurors and which permits the jurors easily to see both the witness and the attorney. If the cross-examiner wants to prevent the jurors seeing a confident and credible witness respond, the cross-examiner should stand at a spot that focuses attention on the attorney and away from the witness.

If the cross-examiner can move during cross-examination, movement should be made with a purpose and should not be random. It may be effective to move closer to the witness during impeachment or when significant questions are asked to control the response of the witness. Further, the closer the cross-examiner is to the witness, the more likely the witness will become uncomfortable and appear anxious and not credible. The cross-examiner cannot stand too close or "crowd" a witness. Opposing counsel will probably object, and the judge will ask the cross-examiner to move away from the witness to a suitable distance.

K. Confident Demeanor

The focus of cross-examination is usually on the attorney because the attorney makes the substantive statements while witnesses merely agree. An attorney who appears confident and composed will make the cross-examination more effective and persuasive. Further, if the witness perceives that the cross-examiner is confident, the witness is more likely to be agreeable and less evasive.

The most effective demeanor for a cross-examiner is to be firm, yet sensitive. This is especially true during the beginning of a cross-examination attempting to elicit supportive evidence. A "friendly" cross-examiner is more likely to elicit favorable information. Some witnesses deserve special treatment, including sympathetic witnesses such as young children, a victim of a crime, or a bereaved spouse.

Other situations may require more assertiveness on the part of the attorney, particularly during impeachment efforts or when controlling an evasive or rambling witness. The cross-examiner should avoid becoming combative with the witness and avoid displays of anger. Such conduct makes thinking difficult and will likely draw objections.

Haydoc, R y Sonsteng, J. (1990). Trial: theories, tactics, technique. (pp. 517-518, 520-524). St Paul: West Publishing Company.

"These excerpts are from Trial: Theories, Tactics, Techniques. © by West Academic Publishing (<http://www.westacademic.com>). All rights reserved. Use by permission."

Lectura 4

Estrategias en las objeciones

En esta lectura, tomada del libro *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, Héctor Quiñones Vargas analiza los tipos de objeciones que pueden formular las partes, sugiere estrategias para un buen desempeño y refiere diversos ejemplos que facilitan la comprensión del tema

En el sistema acusatorio anglosajón no existe como tal un catálogo enumerado de objeciones, ya que el fundamento jurídico de éstas surge de la reglamentación probatoria aplicable. Es por ello que difícilmente encontrará una sección como ésta en algún texto escrito para ese sistema. Pero debido a que en El Salvador el sistema oral está en sus inicios y no existe un código probatorio ni la tradición ni la práctica de interponer objeciones, expondremos una lista de las más invocadas por los litigantes en el sistema acusatorio anglosajón, con el propósito que pueda servir de guía persuasiva en el proceso local y pueda servir a los litigantes para intentar persuadir a los jueces que apliquen las mismas, utilizando el razonamiento que en cada una de ellas se expone. Algunas de ellas, como se observará, están ya expresamente reglamentadas en el CPP.

(...)

EN RELACIÓN CON LAS PREGUNTAS DE LAS PARTES Y LAS RESPUESTAS DEL TESTIGO

La pregunta solicita información impertinente

Como norma general toda prueba impertinente debe ser inadmisibles en el proceso penal y, por tanto, susceptible de ser objetada. La objeción basada en la impertinencia de la prueba encuentra su fundamento jurídico en el art. 162 del CPP, donde dice que es pertinente todo aquello que se refiera directa o indirectamente al objeto de la averiguación y sea útil para el descubrimiento de la verdad. Igualmente, la prueba impertinente queda expresamente prohibida en el art. 348 del CPP.

Todas las pruebas que se admitan en un proceso penal deben ser pertinentes a la causa que se juzga. Ahora bien, no debemos confundir el concepto de *pertinencia* con el de *relevancia*. Determinado asunto puede ser muy relevante, es decir, de mucha importancia, pero si carece de pertinencia a la causa que se juzga no debe permitirse que se incorpore al proceso. Por otro lado, un asunto puede ser poco relevante, pero sí muy pertinente al proceso. Por ejemplo, el que se haya adoptado el *Euro* como moneda única en gran parte de Europa Occidental ciertamente constituye un hecho o acontecimiento muy relevante, pero a su vez impertinente en un proceso donde se esté juzgando a un ciudadano por el homicidio de una persona en San Salvador. Por el contrario, una lata de cerveza tirada en el suelo de una habitación es un hecho totalmente irrelevante. Sin embargo, en ese mismo caso de homicidio esa lata de cerveza podría ser muy pertinente al proceso puesto que la misma pudiese tener impregnadas las huellas del autor del ilícito.

La pregunta es sugestiva

La pregunta sugestiva es aquella pregunta que sugiere al testigo la respuesta deseada por la parte que lo interroga. Es decir, aquella que además de buscar una respuesta incluye la misma en la pregunta. Este tipo de pregunta queda expresamente prohibida, en los interrogatorios directos, por el art. 348 del CPP, salvo las excepciones allí señaladas en este último. Por tanto, esta objeción sólo procede cuando la pregunta sugestiva se hace en el interrogatorio directo del testigo.⁴⁷

La razón de ser de esta prohibición es que en el interrogatorio directo quien está testificando es el testigo ofrecido por la parte que lo interroga y sus respuestas deben surgir de forma espontánea y no inducidas por la parte que lo presenta. En el contra interrogatorio, por el contrario, el que formula las preguntas es la parte adversa y su propósito, como norma general, es confrontar a ese testigo y destruir o minar su credibilidad siendo la sugestividad el método más efectivo para lograrlo.

Por último, recomiendo que se objeten sólo aquellas preguntas sugestivas en las cuales la sugestividad esté relacionada con la médula o aspectos cruciales del caso. Si la sugestividad es sobre temas introductorios, triviales, o asuntos que no habrá duda que serán establecidos posteriormente de cualquier manera, no se debe estar interrumpiendo el proceso continuamente aun cuando la parte adversa esté siendo sugestiva. No agote sus "municiones" objetando trivialidades. Resérvelas para cuando sea realmente necesario. Si objeta por todo, cuando objete por algo verdaderamente importante el juzgador no le prestará atención con seriedad a su petición.

La pregunta es repetitiva

Si la pregunta formulada es respondida por el testigo, no debe permitirse que se siga repitiendo la pregunta una y otra vez, pues sería la de nunca acabar. Además, se prestaría para que una parte haga énfasis impropio en un punto en específico. No quiere esto decir que no se pueda repetir una pregunta. Lo que se pretende es que no se continúe con el mismo asunto si el mismo ya fue respondido apropiadamente.

La pregunta repetitiva no se refiere a que una parte no pueda hacer una pregunta que haya sido formulada ya por la parte contraria en su turno de interrogatorio, es decir, sobre hechos ya acreditados. Para esa parte sería la primera vez que formula la pregunta aunque ya la haya hecho la parte adversa en su turno de preguntas. Tampoco debe objetarse una pregunta por el simple hecho que ya se haya formulado con anterioridad por la misma parte que la hace. Esta objeción es para evitar que una parte continúe preguntando sobre el mismo asunto una y otra vez.

La pregunta es compuesta

Las preguntas deben ser hechas de forma clara y precisa para que tanto el testigo como el juzgador no se confundan. Las preguntas compuestas, es decir, dos o más preguntas en una, tienden a confundir y en los procesos de naturaleza penal eso es lo menos aconsejable, aunque algunos abogados defensores son de la opinión, sin estar muy lejos de la realidad, que la mejor táctica para lograr la absolución de su representado es precisamente crear confusión en el juzgador.

Sin embargo, lo correcto es hacer una pregunta a la vez, pues el testigo debe tener la oportunidad de aceptar una y negar otra. Por ejemplo, si se le pregunta al testigo si entró o no en el restaurante y almorzó, el testigo debe tener la oportunidad de negar cualquiera de los dos elementos de la pregunta.

La pregunta asume hechos no acreditados

En una pregunta no se pueden asumir hechos sobre los cuales el testigo no ha declarado con anterioridad, puesto que de ser así quien estaría declarando es la parte que formula la pregunta. Cuando así se hace, el interrogador lo que busca es que el testigo dé por cierto un hecho que no ha sido acreditado por éste con anterioridad. Por ejemplo, sería objetable bajo esta premisa que una de las partes le pregunte a un testigo: "¿En dónde se encontraba su carro azul cuando llegó al lugar de los hechos?", si el testigo, aunque hubiese declarado que llegó al lugar en su carro, en ningún momento de su testimonio mencionó el color del mismo.

De permitirse esto ya estaría en las actas del proceso y en el recuerdo del juzgador, especialmente cuando se trata de un jurado, que el carro era azul aún cuando el testigo nunca mencionó ese dato y fue la parte en la formulación de la pregunta quien lo mencionó por primera vez.

También sería objetable si se le preguntara al testigo: “¿Qué hizo inmediatamente después de salir de la tienda?”, en el caso en que éste no haya testificado que estaba en la tienda y ello constituye un hecho en controversia.

Esta táctica se utiliza mucho por fiscales y abogados defensores que no logran probar algún aspecto crucial en beneficio de su causa y ponen palabras en boca de los testigos con dicho objetivo. Si no se está atento a estos detalles, y se objeta oportunamente cuando ello ocurra, la parte que interroga logrará su propósito.

La pregunta es especulativa

La pregunta especulativa es aquella que supone hechos no ocurridos en la realidad e incita al testigo a presumir, imaginar, suponer, y a emitir su particular opinión sobre hechos ficticios e irreales. Ejemplo de ello sería, que una parte, en un caso de un accidente de tránsito ocurrido en un día lluvioso, le preguntara al testigo: “¿Cree que si no hubiese estado lloviendo ese día, el accidente hubiese ocurrido de la misma forma en que sucedió?” Es especulativa, pues supone hechos que no corresponden a la realidad de lo que supuestamente ocurrió.

Si se permitieran las preguntas especulativas en un proceso acusatorio podría estar días y meses haciéndolas. Es decir, podría preguntar todo aquello que se le ocurriera en cuanto a qué hubiese pasado si tal o cual cosa hubiese o no ocurrido.

Este tipo de pregunta también podría ser objetable por ser pregunta impertinente (arts. 162 y 348 del CPP), pues en nada ayuda a la búsqueda de la verdad el hecho supuesto en la pregunta. Esto es así, ya que si lo que se cuestiona en la misma no es sobre lo que ocurrió en realidad, es decir, sobre el objeto de la averiguación, no sería pertinente para el descubrimiento la verdad del hecho como lo requiere el art. 162 del CPP.

La pregunta es capciosa

Las preguntas capciosas, prohibidas por los artículos 263 y 348 del CPP, son aquellas que, basadas en el artificio o el engaño, se hacen con el propósito de obtener conclusiones favorables a la tesis de aquel que formula la pregunta. Son aquellas que encierran engaño o pueden provocar confusión.

El ejemplo clásico de la pregunta capciosa es cuando se le pregunta en forma aseverativa al testigo: “Lo cierto es que ya usted dejó de pegarle a su esposa”. Como quiera que responda, ya sea afirmativa o negativamente, estará reconociendo que le ha pegado a su esposa.

Puede considerarse una pregunta capciosa además, aquella que una de las partes, en su turno de contra interrogatorio, le formula al testigo en forma afirmativa: Ej. “¿Lo cierto es que usted le dijo al policía, en el lugar del hecho, que Pedro llegó allí como a la media hora de haber ocurrido el incidente?” Si la parte que pregunta no tiene evidencia independiente de ese hecho el testigo le podrá responder que nunca dijo eso, pero ya quedó en la mente del juzgador ese dato, por ende: la duda.

Este tipo de preguntas la utilizan mucho los litigantes con el propósito de hacerle llegar prueba al juzgador por medio de la pregunta formulada y no por la respuesta del testigo.

En ese caso debe solicitar que la parte que interroga haga una *oferta de prueba*, es decir, que demuestre que tiene prueba independiente para probar que eso fue así independientemente de lo que responda el testigo. En el ejemplo anterior, ésta prueba podría ser: que el policía esté disponible para declarar en ese sentido, o que tenga disponible un testigo que declare que lo escuchó porque estuvo presente cuando eso ocurrió. De lo contrario, se estaría permitiendo que dicha parte hiciera una pregunta con datos o hechos de los cuales aún no se ha desfilado prueba para sustentar su alegación, o con datos falsos inventados por ésta. Otro ejemplo sería, que el abogado defensor, en su turno de contra interrogatorio, pregunte a la víctima del ilícito, en forma afirmativa y sin tener prueba

para sustentar la afirmación: “¿Lo cierto es que usted dijo en la plaza pública que tenía dudas sobre quién realmente lo había asaltado?” El problema con esta pregunta es que a menos que el que la formule tenga prueba independiente a esos efectos, al igual que en el ejemplo anterior, la pregunta de por sí transmite un hecho falso y tal situación deja en desventaja a la parte contraria al no poder ésta estar preparada para rebatirla.

Ante un juicio por jurado este tipo de estrategia no es permisible. Se debe objetar y solicitar que en ese instante se haga una oferta de prueba, en ausencia del jurado y del testigo, para demostrar que se tiene prueba independiente sobre ese hecho. Si no puede producir tal prueba, la parte adversa a la que está interrogando, debe solicitar al juez que no permita la pregunta e imparta una instrucción al jurado a los efectos que no pueden tomar lo afirmado en la pregunta como un hecho acreditado.

La pregunta o la respuesta es de carácter referencial
(PRUEBA DE REFERENCIA)

En el proceso acusatorio adversativo es principio cardinal el que las partes tengan la oportunidad de confrontarse con las pruebas del contrario, especialmente cuando de la prueba contra el acusado se trata. Es lo que en El Salvador se le ha denominado el *derecho a la contradicción*. La prueba de carácter referencial, también conocida como prueba de oídas, como norma general, no permite que se le dé cumplimiento a dicho principio.

Para los fines de este trabajo entiéndase como prueba de carácter referencial o testimonio de referencia, aquel en que un testigo suministra información que no le consta de propio y personal conocimiento, sino que la supo por referencia de otro, en otras palabras, porque otra persona se lo contó.⁴⁸

El siguiente ejemplo explicará la situación: Supongamos que en un caso de asesinato un testigo declara que su vecino, el cual no testificará en la vista pública, le dijo que fue al acusado a quien él vio matando al occiso. Si esta declaración se permitiera en el proceso se estaría dejando huérfano al acusado para poder confrontar esa aseveración, ya que quien la hizo, con supuesto conocimiento personal, no está presente en la vista para poder ser confrontado. Es decir, la credibilidad que está en controversia es la de una persona que no está presente en el juicio y su comportamiento y forma de declarar no podrán ser observados por el juzgador.⁴⁹

Lo mismo ocurriría cuando un testigo de defensa declara algo que constituye prueba de carácter referencial, ya que se le estaría privando al fiscal de contra interrogar a la persona que realmente tiene el conocimiento directo de la aseveración que se pretende introducir como prueba en el caso.

Hay que aclarar, que de acuerdo al derecho probatorio del sistema anglosajón, para que lo manifestado sea considerado como testimonio de referencia, y por tanto inadmisibles a menos que caiga bajo alguna de las excepciones estipuladas en el Código Probatorio (Reglas de Evidencia), la manifestación *debe tener algún contenido que pueda ser cierto o falso*, y que dicha manifestación, al ser transmitida al tribunal por el testigo que la oyó, *se produzca para probar la verdad o la falsedad de lo manifestado*. Es decir, tiene que ser una aseveración: sea ésta positiva o negativa. Una oración interrogativa, es decir, una pregunta (Ej. ¿Qué día es hoy?), no es verdadera ni falsa. Lo mismo que una orden o mandato (Ej. ¡Coloca esas cajas en la bodega!). Por tanto, no serían consideradas prueba referencial.

Esto es importante tenerlo claro, ya que jueces, fiscales y abogados defensores, pueden inclinarse a considerar que todo lo que un testigo exprese que alguien le haya dicho es prueba de carácter referencial. Basta que el testigo diga “*Fulano me dijo...*” para que se produzca de inmediato una objeción, y enseguida el pronunciamiento del juez: “*Con lugar*”.

Veamos como el TSPR, utilizando unos ejemplos sencillos, aclaró el concepto básico de la prueba de carácter referencial.

El testigo declara: *"Juan me dijo que me fuera para mi casa"*. Esa manifestación de Juan no implica la expresión de algo cierto o de algo falso, y no es por tanto, al ser relatada por el testigo, prueba de referencia.

El testigo declara: *"Juan me dijo que Pedro hurtó el dinero"*. Lo manifestado por Juan -Pedro hurtó el dinero- puede ser cierto o puede ser falso. Ahora bien, debe determinarse con qué propósito se reproduce esa manifestación ante el tribunal, pues de ello dependerá si es o no prueba de referencia. Si lo que se trata de probar es quién hurtó el dinero, sería prueba de referencia, y por tanto, inadmisibile. Pero si sólo se quiere probar que Juan hizo esa manifestación -no si lo dicho por Juan es o no cierto- no es prueba de referencia.

Dos ejemplos ilustran este punto: Supongamos, en primer lugar, que se le celebra juicio a Pedro por haber agredido a Juan. El fiscal presenta un testigo que declara haber visto cuando Pedro agredió a Juan. Se le pregunta: *"¿En qué momento agredió Pedro a Juan?"* El testigo responde: *"Cuando Juan dijo que Pedro hurtó el dinero"*. Mediante ese testimonio se establece el móvil de la agresión, a saber, la imputación hecha por Juan a Pedro. Lo manifestado por Juan no es, en ese primer supuesto, prueba referencial, pues no se presenta para probar que Pedro hurtó el dinero.

Tampoco lo es en el siguiente supuesto: Pedro está acusado de haber hurtado determinado dinero. Un policía que investigó el hurto entrevistó a Juan y éste le dijo que Pedro hurtó el dinero, y que lo sabe porque él lo vio. En la audiencia, el fiscal llama a declarar a Juan para que testifique lo que dijo al policía, pero Juan dice no saber quién hurtó el dinero. El testimonio del policía no es en ese momento presentado al tribunal para probar que Pedro hurtó el dinero, ya que sería inadmisibile para ese propósito. Sería admisible únicamente para desacreditar a Juan, es decir, demostrar que Juan mintió cuando declaró como testigo y dijo no saber quién hurtó el dinero. El testimonio del policía a este efecto no es prueba de referencia. Es prueba de un hecho: que Juan le dijo que Pedro hurtó el dinero.

En resumen, para que la manifestación que se pretende introducir como prueba se considere prueba de carácter referencial o testimonio de referencia, debe tener algún contenido que pueda ser cierto o falso, y que la misma se reproduzca para probar la verdad o falsedad de lo aseverado o manifestado.

La pregunta es argumentativa

La pregunta argumentativa es aquella que se refiere esencialmente a discutir con el testigo sugiriendo falsedad por parte de éste.

Si la respuesta que le ofrece el testigo a la parte que lo interroga no es la que ésta esperaba o deseaba puede formular otras preguntas para aclarar la situación, pero no puede entrar en argumentaciones o discutir con el testigo. La parte litigante pregunta y el testigo responde, esas y no otras son sus funciones en cuanto a los interrogatorios se refiere.

El testigo no responde lo que se le pregunta

Esta objeción puede fundamentarse en el art. 348 del CPP, donde se dispone que *las respuestas de los testigos deben ser directas y concretas a las preguntas que se le formulen*.

El testigo está en el proceso para responder a las preguntas que se le formulen y no para lo que él desee expresar. Por tanto, su respuesta debe limitarse a lo que en específico se le preguntó y no más. Esta objeción puede ser invocada por la parte que no está formulando el interrogatorio. Es decir, cuando la pregunta la hace la parte contraria y el testigo no responde lo que se le pregunta. Pero también puede ser formulada por el que está contra interrogando al testigo y éste responde algo distinto a lo que se le pregunta. En ese caso, se puede solicitar el auxilio al tribunal para que oriente y ordene al testigo a responder lo que se le pregunta.

Si el que no responde en propiedad es el testigo de la propia parte que está formulando el interrogatorio directo, en ese momento el interrogador debe interrumpirlo, y cortésmente, indicarle que no está respondiendo a su pregunta, y procede a formularla nuevamente.

La pregunta es ambigua

La pregunta ambigua es aquella que no es clara, que no se entiende o que puede estar sujeta a varias interpretaciones por parte del testigo. ¿Cómo puede exigirse o pretenderse una respuesta directa y concreta (art. 348 del CPP) si la pregunta resulta confusa de su exposición?

El testigo responde más de lo que se le pregunta

Esta objeción se hace cuando el testigo responde correctamente la pregunta, pero continúa declarando sobre aspectos que no se le formularon en la misma. Tan pronto el testigo responde lo que se le preguntó ahí debe terminar. Si continúa declarando sobre algo que no fue parte de la pregunta se debe objetar inmediatamente, a no ser que lo que continúe declarando no afecte el caso de ninguna de las partes, y éstas por cuestiones de estrategia, decidan no ejercer su derecho a objetar.

El testigo emite opinión y no es perito

Los testigos, excepto aquellos cualificados como peritos, sólo pueden declarar sobre los hechos que le consten de propio y personal conocimiento. Únicamente los testigos cualificados como peritos pueden emitir opiniones sobre su campo de especialización. Por tanto, cuando un testigo que no haya sido acreditado como perito emite su opinión personal sobre determinado asunto puede ser objetado.

El testigo emite conclusión valorativa

La función de los testigos es responder las preguntas que le sean formuladas. No están para emitir conclusiones o juicios de valor a lo observado por ellos ni para hacer suposiciones o interpretaciones personales de lo que haya sucedido. Por tanto, su función es describir lo observado u oído por ellos y es el juzgador, con base en esa información, el que debe hacer las conclusiones correspondientes. Un ejemplo muy común es cuando un testigo afirma algo como lo siguiente: "*Pedro salió corriendo porque me vio.*" Ello es una valoración y conclusión muy personal del testigo, puesto que quién únicamente podría declarar si Pedro salió corriendo *porque lo vio*, con firmeza y conocimiento, es precisamente la persona que salió corriendo (Pedro) y no el testigo que así lo percibió. Nadie podría dar fe por lo que vio otro, ni de que ello fuera la razón para actuar como lo hizo. Sólo se podría permitir que declare que Pedro salió corriendo, pues de ello si puede dar fe.

Otra conclusión valorativa muy común es cuando el testigo al responder la pregunta *supone*, por ejemplo, que tal cosa ocurrió por determinada razón. Si fuera cuestión de suponer todos podrían suponer algo distinto y no es de eso que se trata el proceso. El testigo sólo puede declarar lo que le consta de propio y personal conocimiento. Las suposiciones de los testigos no tienen cabida en el sistema acusatorio.

Se podrían permitir aquellas inferencias del testigo basadas en sus percepciones, como por ejemplo, que un testigo declare que en el estadio se estaba jugando fútbol, sin que se le requiera que describa lo que hacían los jugadores, es decir, que iban pasándose el balón unos a otros, etc. También se permitiría aquella inferencia en la cual el testigo exprese que "*el vehículo iba regateando con otro*", pero no sería permisible que expresara que el conductor de ese vehículo "*conducía negligentemente*", ya que eso sería una determinación del juzgador de acuerdo a toda la prueba que se presente en el proceso.

La pregunta se refiere a materia privilegiada

Ésta se refiere a aquella información que, aunque pertinente, se excluye por ser materia confidencial, secreto profesional, estatal o de seguridad de Estado, relación entre cónyuges, relación

abogado-cliente, etc. Todo depende de las materias privilegiadas expresamente legisladas en el CPP para poder invocar la objeción. Estos privilegios deben ser interpretados de forma restrictiva.

⁴⁷ El art. 263 del CPP también prohíbe que se le formulen preguntas sugestivas al acusado cuando éste decide declarar. Por tanto, el fiscal en el contra interrogatorio tampoco podrá formularle preguntas sugestivas.

⁴⁸ En el derecho anglosajón el concepto de prueba de referencia es mucho más abarcador y cubre aspectos más allá que el mero testimonio de oídas. En este trabajo sólo nos limitaremos a la prueba de carácter referencial vía testimonio, es decir, a la prueba de oídas.

⁴⁹ Ver Capítulo II

Quiñones, H. (2003). Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño. Cap. VIII. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID.

LECTURAS ADICIONALES

Lecturas complementarias aquí sugeridas permitirán profundizar en los temas sobre interrogatorio, conainterrogatorio y objeciones. En ellas se abordan conceptos de interés; estrategias para que los jueces registren datos relevantes de forma eficiente, al tiempo que reciben la información durante el interrogatorio; y un análisis de las reacciones físicas de quienes mienten, herramienta que resulta de gran utilidad para el conainterrogatorio.

- Riego, C. *Confesión y nuevo sistema de justicia*. (2011, 27 de enero). El Mercurio.
- Baytelman, A. y Vargas, J.E. (s/a). *Habilidades y Destrezas de los Jueces en la conducción y resolución de los juicios orales*. (Monografía). (pp.41-44).
- *Manual Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. (2009). (pp.130-134). Colombia: Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID.

TEMA 6: ALEGATOS FINALES

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Leonardo Moreno y otros, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*.
- Lectura 2: Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*.
- Lectura 3: Roger Haydoc y John Sonsteng, *Trial: theories, tactics, technique*.

Lectura 1

Recomendaciones prácticas para el alegato de clausura

En esta lectura, extraída del libro *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, los autores desarrollan una serie de características y recomendaciones prácticas que las partes pueden aplicar en su alegato de clausura.

d) Características y recomendaciones prácticas

No se reproducen en esta sección aquellos puntos formales que fueron sugeridos al revisar las recomendaciones del alegato de apertura, y que puedan ser replicables en la clausura. A continuación se formula una síntesis de consideraciones estratégicas que es posible sugerir:

1. El alegato de clausura es una exposición en la que se dan a conocer las conclusiones sobre las pruebas rendidas en la audiencia de juicio oral. El litigante se esfuerza en proporcionarle argumentos al tribunal para que tenga por acreditada la teoría del caso que le ha sido presentada, hilando cada uno de los detalles y cabos sueltos que fueron abriéndose durante la recepción de la prueba.

2. Se trata de mostrarle al tribunal que, desde una perspectiva lógica, solamente hay una sentencia posible. Por tanto, ha de aprovecharse este momento para efectuar el “diseño” de la sentencia buscada, indicándole al tribunal, considerando por considerando, cómo es que la prueba presentada sirve al efecto de acreditar cada uno de los hechos controvertidos, y cómo es que se debe desechar la prueba de la parte contraria, dado el descrédito que sufrió durante el curso del juicio.

3. Se debe incorporar un análisis de la prueba rendida, mostrándole al tribunal por qué la línea argumental expuesta ha de ser considerada correcta y, por ende, exitosa.

4. Es el momento de explicarle al tribunal la ligazón entre la prueba rendida y las proposiciones fácticas esenciales para sostener la teoría jurídica. De allí que sea tan importante trabajar con la teoría del caso, ya que en este momento se reparará nuevamente la conexión existente entre el relato de hechos, la teoría jurídica y las proposiciones fácticas; de manera que el esquema que liga cada elemento de la teoría jurídica con las proposiciones fácticas y la prueba rendida tendrá su máxima expresión en la clausura. El tribunal debe formarse el convencimiento que las proposiciones fácticas han sido comprobadas a través de los medios de prueba presentados.

5. Dentro de los argumentos, preocuparse que éstos no atenten contra el sentido común del buen ciudadano. Dejar la sensación al terminar la clausura que todos los trozos que configuran el caso, y que pueden ser interpretados en el sentido que se desea mostrar, han sido suficientes como para tener la imagen completa de lo sucedido, más allá de toda duda razonable.

6. Recordemos que el tribunal valorará la prueba de acuerdo a las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados (art. 297 del C.P.P.). De allí que se sugiera facilitarle al tribunal la tarea de elaboración del fallo, ofreciéndole una mirada de la prueba que sea plausible para dictar sentencia a favor de la versión que se ha formulado (haciendo un esfuerzo final que sea útil para el tribunal). A esas alturas los jueces realmente esperan una intervención que sea un aporte concreto para el tribunal. Ese aporte estará dado entonces por la explicación de todos los cabos sueltos que fueron quedando a través de la presentación de la prueba, de manera que se le irá

explicando al tribunal los aspectos principales de la apertura, la presencia de los testigos y peritos, quienes declararon ciertos hechos, que unidos entre sí permiten llegar a tales conclusiones, etc., no habiendo dudas sobre el particular. Desde luego, tales inferencias deben ser suficientemente fuertes para lograr dejar establecidas las conclusiones principales.

7. Y todo lo anterior tiene que ver básicamente con el trabajo previo, con lo efectuado en la etapa de preparación del juicio, puesto que el alegato de clausura no es más que la conclusión de todo un trabajo anterior. Como señala Bergman, en el cierre el litigante debe proceder con la misma intensidad con que ha intervenido en el caso, definiendo sus puntos principales, contemplando la posibilidad de extenderse en puntos pendientes, sin explayarse más allá de lo conveniente²⁴⁴.

8. Tomarse el tiempo para hacerse cargo de analizar la prueba propia y la de la contraparte, sin dejar fuera ningún elemento relevante para el fallo, mostrando la exactitud y pertinencia de las proposiciones fácticas.

9. Esta es la oportunidad para entregarle a los jueces los argumentos jurídicos que permiten mirar los hechos desde una perspectiva que les resulte cómoda al aproximarse a la revisión de las pruebas que han conocido en la audiencia. En este punto los jueces esperan agudos argumentos de derecho, capaces de dar una explicación sobre la (in)suficiencia de la prueba rendida para dar por establecidos ciertos hechos, y ello puede implicar hacer referencias a la doctrina, a los textos legales, a la jurisprudencia, a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a la historia fidedigna del establecimiento del nuevo C.P.P., a las normas adecuatorias, etc.

Por ejemplo, es el momento en que la defensa intentará mostrarle al tribunal cómo es que la fiscalía, teniendo cinco testigos, dentro de los cuales se encontraba la víctima, no fue capaz de acreditar la existencia del delito de robo con violencia. Y para ello planteará que el Ministerio Público no fue capaz de identificar con exactitud las especies aparentemente sustraídas, ya que la víctima -por sus precariedades culturales y/o mala técnica de interrogatorio- no logró explicar con nitidez qué fue lo que le habría sido sustraído, cayéndose con ello el elemento ajenidad de la cosa, y explayarse en argumentaciones doctrinarias relativas al punto. O argumentar que la violencia no tiene la entidad suficiente como para entender que se ha derribado la esfera de protección propia, etc.

10. Por último, la argumentación del alegato de clausura es esencialmente una cuestión de estilo personal. Lo importante es que el litigante sepa conocer con antelación y sinceridad su propio estilo, evitando sobreactuar o imitar, pues de lo contrario afecta la naturalidad, gestualidad y espontaneidad que se espera de un buen orador.

²⁴⁴ BERGMAN, op. cit., p. 259.

Lectura 2

Estrategias para exponer el alegato de clausura

En esta lectura, tomada del libro *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*, Baytelman y Duce sugieren estrategias para la exposición del alegato de conclusión; en particular los autores enfatizan la distinción entre las pruebas directas o indiciarias, con las que se pretende acreditar determinado hecho de la teoría del caso.

c) Prueba indiciaria y prueba directa

Un área principal de trabajo para las conclusiones está constituida por la prueba indiciaria (por oposición a prueba directa).

La prueba es directa cuando no exige proceso de razonamiento alguno para concluir, desde ella, la proposición fáctica: si el juzgador cree en la autenticidad de la prueba, la proposición resulta probada sin más. Este es el caso, por ejemplo, del video que muestra a un sujeto igual al acusado entrando al banco con un M-16 en la mano. Si el juez cree que el video es auténtico, entonces no requiere de razonamiento alguno para dar por acreditada la proposición fáctica “una persona igual al acusado entró al banco con un M-16”. Por supuesto, eso deja a salvo otras proposiciones fácticas que este video no alcanza a probar de manera directa y de las que, sin embargo, podrá ser prueba indiciaria: “el banco fue efectivamente robado”, “la fecha del robo fue ...”, “el acusado robó el banco”, “el M-16 era un arma verdadera”, “el acusado fue quien robó el banco y no su hermano gemelo”. Pero, respecto de la proposición fáctica “una persona igual al acusado entró al banco con un M- 16”, el video constituye prueba directa: si el tribunal cree en la autenticidad del video, entonces la proposición fáctica resulta acreditada de manera automática.

Respecto de la prueba directa, entonces, no tendremos que sugerir al juzgador ningún razonamiento a través del cual llegar a la conclusión que proponemos, pero sí tendremos que preocuparnos de asentar la autenticidad y credibilidad de dicha prueba.

La prueba indiciaria (o circunstancial, o indirecta) es aquella que, para demostrar una proposición fáctica, no le basta dar por auténtica la pieza probatoria, sino que requiere la mediación de razonamiento judicial, por lo general bajo la forma de una inferencia lógica. Así ocurre, por ejemplo, cuando acreditamos que la huella dactilar del acusado está en el arma homicida: el juez todavía requiere inferir la conclusión de que “entonces el acusado lo hizo”, y justificar dicha inferencia.

De esta suerte, el carácter persuasivo de la prueba indiciaria depende no solo de su credibilidad, sino también de la fuerza de la inferencia. Volvamos al caso del Dalí, que revisábamos a propósito del capítulo de teoría del caso: el testimonio de don Agustín en el sentido de que Martita le dijo “este cuadro es original” constituye prueba directa de la proposición fáctica “ella pronunció esas palabras”: si el juzgador cree al testigo (don Agustín) respecto de este punto, la proposición fáctica resulta acreditada. No obstante, respecto de otras proposiciones fácticas –por ejemplo “Martita engañó a don Agustín”– es, en el mejor de los casos, prueba indiciaria: el juez tiene que intercalar una inferencia que le permita extraer dicha conclusión. Esta inferencia, en este caso, tal vez requiera ser construida con auxilio de otras proposiciones fácticas a su turno acreditadas (todas las cuales, seguramente, van a constituir indicios de esta misma conclusión. Por ejemplo: “Martita sabía que era falso”, “Martita le comentó a su contador lo fácil que sería vender esa reproducción como un original”, etc.).

El peritaje que dice que US\$20.000 es lo que valdría ese Dalí original y no la reproducción solo es prueba directa de la proposición fáctica “este Dalí original vale US\$20.000”. Sin embargo, respecto de la proposición fáctica “don Agustín creía estar pagando un Dalí original” es puramente indiciaria: para que el juez la dé por acreditada debe intercalar una inferencia lógica del tipo “si don Agustín pagó ese precio es porque creía estar comprando el original”; esa inferencia (conclusión), requiere echar mano de una premisa intermedia del mundo del sentido común, del tipo “las personas solo están dispuestas a pagar aquello que creen vale el precio”.

Ambos casos ilustran el punto: la fuerza de la prueba indiciaria no solo depende de la credibilidad de la prueba, sino de la calidad de la inferencia. En el caso de la prueba indiciaria, esta solo acredita la proposición fáctica que sirve de premisa al silogismo; pero todavía si el proceso deductivo o inductivo es débil, el razonamiento en su conjunto cae. Como la prueba indiciaria exige que el razonamiento construya –y justifique– una premisa intermedia que casi siempre pertenece al mundo de las máximas de la experiencia o del sentido común, una de las más típicas debilidades de la argumentación en torno a la prueba indiciaria está, precisamente, en esa premisa intermedia: la pretensión de que cierta premisa pertenece a dichas máximas de la experiencia o que es exigida por el sentido común.

Volvamos a los ejemplos que dábamos. Veamos el silogismo en el primer caso:

- Premisa 1: Martita le dijo a don Agustín “este cuadro es original”.
- Premisa 2: Es de sentido común suponer que, si ella era dueña de la galería, debió haber sabido que el cuadro era falso.
- Conclusión: Martita engañó a don Agustín acerca de la autenticidad del cuadro.

Sin embargo, ¿es cierto que “es de sentido común suponer que, si ella era dueña de la galería, debió haber sabido que el cuadro era falso”? Tal vez Martita debió haber sabido, tal vez no. La pregunta es si es cierto que esa proposición pertenece al mundo del sentido común y no, en cambio, que en el mundo de las galerías de arte sea posible ver de todo: dueños de galerías que son expertos en arte, dueños que son completamente ignorantes; algunos que pasan todo el día trabajando en la galería, otros que tienen un administrador y se aparecen por allí de vez en cuando; dueños que son devotos de Dalí y dueños que serían incapaces de distinguirlo de la Rana René; dueños que tienen la galería por un genuino interés y dueños que la tienen por estatus social; dueños que la tienen hace décadas y dueños que se acaban de iniciar en el rubro. Tal vez Martita, por dueña de la galería que haya sido, pensaba ella misma que el cuadro era genuino; tal vez ella había pagado una cantidad muy cercana apenas un par de meses antes. En fin, la pregunta es si la proposición en cuestión “ella era dueña de la galería y, por lo tanto, debió haber sabido que el cuadro era falso” es de sentido común. No quiere decir que no sea verdadera. No quiere decir que, cuanto más la ponemos en relación con otras proposiciones fácticas, más se fortalece el sentido común. La única cuestión que preguntamos es si ella, por sí sola, pertenece al sentido común o si, en cambio, cuando se dice ello, todo lo que se quiere decir es más bien: “yo creo que ella lo estaba engañando”. Agreguemos más proposiciones fácticas como premisas a ese mismo razonamiento:

- Premisa 1: Martita le dijo a don Agustín “este cuadro es original”.
- Premisa 2: La galería de arte de Martita tenía una deuda de US\$20.000.
- Premisa 3: Martita le comentó a su contador la semana anterior que podían conseguir fondos para cubrir la deuda vendiendo una de las réplicas como original.
- Premisa 4: Si Martita había concebido esa posibilidad justo una semana antes, y de hecho vendió una réplica como un original por la cantidad de dinero que debía, es de sentido común suponer que lo hizo a sabiendas.
- Conclusión: Martita engañó a don Agustín acerca de la autenticidad del cuadro.

En este caso, la premisa de sentido común (premisa 4) parece ser más poderosa que en el caso anterior.

Una inmensa porción de los casos penales se determina por prueba puramente indiciaria. El hecho de que la prueba sea puramente indiciaria, en sí mismo, no disminuye un ápice su fuerza

probatoria. La prueba directa no es necesariamente, por ser directa, más fuerte que la prueba indiciaria. Y el hecho de que una prueba sea indirecta o indiciaria no quiere decir, de ninguna manera, que su fuerza probatoria sea per se menor. Los testigos oculares, por ejemplo, suelen configurar prueba directa, y hoy en día abundante investigación empírica muestra que el grado de certeza que un testigo exhibe en sus afirmaciones no encuentra correlato con el hecho de que ellas sean verdaderas (en otras palabras, el hecho de que un testigo esté muy seguro de haber visto lo que dice haber visto no significa en absoluto que, de hecho, ello haya sido así).

Y, por otro lado, buena parte del conocimiento que guía nuestras vidas hoy en día, de lo que la ciencia sabe y de las decisiones más relevantes de nuestra vida, se deben a pruebas indirectas: cuando el médico nos dice que tenemos diabetes estamos dispuestos a cambiar radicalmente nuestras vidas, aun cuando el médico haya descubierto esa enfermedad por prueba puramente indiciaria (el nivel de azúcar en la sangre, por ejemplo). Cuando llegamos a nuestra casa y vemos la ropa de nuestra señora desparramada por el suelo, lo mismo que un traje de hombre que no reconocemos, y la encontramos a ella durmiendo en la cama mientras una voz de hombre se escucha desde la ducha, ¿acaso estaríamos dispuestos a que alguien nos dijera “no puedes sacar conclusiones, tienes prueba puramente indiciaria...”?

Prueba directa y prueba indiciaria imponen exigencias distintas a la argumentación en el alegato final, pero cuidado con esas típicas frases que se suelen escuchar de “la fiscalía tiene prueba puramente indiciaria”, porque nadie ha dicho que el estándar probatorio – culpable más allá de toda duda razonable– no pueda ser alcanzado, superado y completamente avasallado por la fuerza de prueba puramente indiciaria.

Especialmente cuando nuestro caso cuenta con prueba indiciaria, resulta frecuente que el razonamiento lógico que sub-yace a dicha prueba se sirva de múltiples premisas, contenidas en variadas proposiciones fácticas, desperdigadas en igualmente diversas pruebas (lo que dice este certificado, más una frase obtenida en este contraexamen, más otra frase obtenida en ese examen directo...). El litigante ha concebido desde el comienzo una cierta teoría del caso y una específica estrategia para probarla, parte de la cual puede no haberse hecho explícita sino hasta este momento, el alegato final, en que va a armar el rompecabezas. Por lo tanto, el abogado –que ha tenido siempre en mente esta teoría del caso y su estrategia– seguramente le ha hecho a los testigos muchas preguntas cuyas respuestas pueden no haber iluminado al tribunal en su momento –aisladamente consideradas– pero que en el alegato final, puestas en relación con otras o mediadas por un argumento, deben adquirir sentido dentro del caso: transformar esos pedazos de prueba indiciaria en premisas de la inducción o la deducción cuya conclusión –vamos a argumentar– viene exigida por el sentido común, las máximas de la experiencia o el conocimiento técnico.

Así, por ejemplo, si el defensor ha examinado al acusado acerca de su condición de zurdo y luego, más adelante en el juicio, pone en el estrado al médico forense, quien explica que el cuchillo penetró el cuerpo de la víctima de derecha a izquierda; en el alegato final, entonces, el abogado defensor podrá relacionar ambos trozos de información, mostrándole al juzgador que quien haya enterrado el cuchillo a la víctima lo hizo con la mano derecha, en circunstancias de que su representado es zurdo.

Esto es lo que ocurre también cuando, no habiendo testigos oculares del homicidio mismo, un testigo señala que vio al acusado alejarse corriendo del lugar. Otro señala haber visto en la escena del crimen un auto estacionado que corresponde al del acusado. Otro, en fin, testifica haber oído al acusado amenazar de muerte a la víctima el día anterior. Ninguno de estos testimonios prueba por sí mismo, ni de manera directa, la culpabilidad del acusado, pero puestos en relación pueden dar lugar a procesos deductivos o inductivos a través de los cuales generar convicción en el tribunal. Pocas labores son más valiosas que ésta en el alegato final.

Lectura 3

La interrelación entre las etapas de la audiencia de juicio oral

En esta lectura, tomada del libro *Trial: theories, tactics, technique* de Roger Haydoc y John Sonsteng, se analiza la interrelación entre las distintas etapas de la audiencia del juicio, pues se sugiere que el alegato de cierre sirva como guía para la preparación de los actos previos a la audiencia; eso garantiza que los hechos que en el cierre se argumenten como demostrados, hayan sido efectivamente considerados durante la etapa probatoria.

The process of planning the case for trial is as important as the presentation of the case itself. The initial planning for a trial actually begins with the first client interview. The gathering of facts, the researching of the law, the development of the pleadings, the completion of discovery, and the resolution of motions all must be finished before the planning of the trial is complete. The effort that goes into preparing the case determines whether its presentation will be successful.

Analyzing the planning process is critical for several reasons. First, the process reflects how trial attorneys, and in fact all attorneys, accomplish a task. Lawyers determine the objectives of the task and then plan how those objectives will be achieved. Trial attorneys first plan their closing argument and then decide on strategies, tactics and techniques necessary to fulfill the objectives of the closing argument. This goal-oriented approach, requires that a plan be prepared to reach the objective.

(...)

A. Beginning at the End

Trial lawyers begin at the end. The closing argument is the final destination of the case, and its composition is the first step of trial preparation. The preparation of a closing argument precedes the planning of all other facets of a trial. The outline and content of the closing argument provides a form and structure for the presentation of the case. The closing argument contains an explanation of the facts, law, inferences, reasons, and arguments that support a winning verdict and judgement. This in turn forms the basis for the final selection of case theories, (...) how the opening should be presented, the evidence that should be introduced, (...). If a fact must be established to support a statement made during the closing argument, the attorney can plan to introduce that evidence through direct or cross-examination. If a closing argument does not require certain facts, the attorney need not plan to present that evidence during trial. This interrelationship reflects the comprehensive and integrated nature of the trial: no individual part of the trial or case can stand alone.

A closing argument developed early in case preparation will undoubtedly undergo some change as that preparation proceeds and as the trial progresses. The actual jury instructions and evidence presented may require that alterations be made in the closing argument (...).

Haydoc, R y Sonsteng, J. (1990). Trial: theories, tactics, technique. (pp. 66-67). St Paul: West Publishing Company.

"These excerpts are from Trial: Theories, Tactics, Techniques. © by West Academic Publishing (<http://www.westacademic.com>). All rights reserved. Use by permission."

LECTURAS ADICIONALES

Las lecturas complementarias aquí sugeridas permitirán profundizar en el tema de los alegatos finales. En ellas se abordan conceptos de interés como el objetivo y dinámica de esta etapa del juicio oral; la presentación de los alegatos de clausura y el análisis de una situación en la que el fiscal solicite la absolución del acusado; así como los detalles en los que debe enfocarse un fiscal al presentar sus argumentos conclusivos.

- Cafferata J.I., y cols. (2012). *Manual de Derecho Procesal Penal*. (pp. 695-700).
- Horbitz, M.I., y López, J. (2004). *Derecho Procesal Penal Chileno*. (Tomo II, pp.327-330). Santiago de Chile, Chile: Jurídica de Chile.
- Nataren, C y Ramírez, B. (2012). *Litigación oral y práctica forense penal*. (pp.105-106). México: Oxford University Press.

PARTE 3

MÉTODOS ALTERNOS A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y SALIDAS ALTERNAS AL PROCESO PENAL

TEMA 1: FORMAS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso.*
- Lectura 2: Universidad Nacional Autónoma de México, *Enciclopedia Jurídica Mexicana I.*
- Lectura 3: Osvaldo Gozaíni, *Instituciones No Jurisdiccionales para la Resolución de Conflictos.*
- Lectura 4: María Fuquen, "Los conflictos y las formas alternativas de resolución".

Lectura 1

Cuáles son las formas de solución del conflicto

En esta lectura, tomada del libro *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Contribución al estudio de los fines del proceso, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo expone los conceptos de autodefensa, autocomposición y proceso que permiten comprender las formas de solución de un conflicto.

29) La autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (trátase de persona individual, asociación obrera o patronal, consorcio económico, partido político oficial, profesión o cuerpo, Estado nacional, etcétera), y aun a veces los dos, como en el duelo o en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción *directa*, en lugar de servirse de la acción *dirigida* hacia el Estado a través del proceso (AD. a). de ahí que la autodefensa brinde una solución parcial (como obra de una o de ambas partes) y egoísta (lo que no significa que forzosamente sea injusta) del litigio, según expusimos en el primer capítulo (cfr. *supra*, núm. 2). Se exceptúa de esas características la *legítima defensa del tercero*, que cuando se ejerce en provecho de persona desvinculada de su ocasional defensor, es la modalidad de autodefensa que más se aproxima, sin duda, al proceso, tal como en esquema lo mostramos en la conferencia anterior: no sólo es justa y altruista, sino que se realiza por un sujeto imparcial e irrecusable, hasta el extremo de que, abstracción hecha del aspecto formal, casi podría decirse que aquél se conduce como juzgador, si bien instantáneo o circunstancial y no permanente⁵⁷ (AD. b). en todo caso, esta legítima defensa de terceros cumple una importantísima función social, de remplazo de órganos estatales (policía, e incluso tribunales, cuando no llegue a ser homologada), y en tal sentido representa la forma más intensa de cooperación ciudadana a la lucha contra el crimen, como igualmente lo son, ya sean requeridas o espontáneas, la deducción de una denuncia, la prestación del testimonio, la facultad de aprehender a presuntos culpables que en ciertos casos se confiere a particulares, así como la acción popular en los países que admiten dicha especie de acusación penal.⁵⁸

(...)

45) Pocas aclaraciones exige el *significado* de la palabra autocomposición. Al igual que autodefensa, la integran dos vocablos: el prefijo *auto*, como es natural, con idéntico significado que en aquélla, y el sustantivo *composición*, que dentro de la concepción carneltuttiana, equivale a solución, resolución o decisión del litigio, en ella obtenida por obra de los litigantes, a diferencia de la que tras el proceso decreta el juez. En este sentido, la propia autodefensa podría incluirse en una noción amplia de autocomposición, y para deslindarlas, habría que fijarse en la actitud *egoísta* o *altruista* de la parte que hubiese decidido el conflicto. Además, en la autodefensa suele haber, aunque no siempre, empleo directo de la fuerza, que, en cambio, es ajena al carácter renunciativo y reflexivo de la autocomposición.

Antes de seguir adelante, recordemos que, como se dijo en el número 2 de la lección 1ª, la autocomposición, lo mismo que la autodefensa, puede ser tanto *unilateral*, como *bilateral*, con la particularidad de que su manifestación más importante y mejor estudiada, o sea la transacción, tiene precisamente este carácter. Agreguemos aún que si bien por predominar en ellos el principio dispositivo (AD.), los procesos, o mejor dicho, los litigios civiles son más propicios que cualesquiera otros para el florecimiento de la autocomposición, ésta se manifiesta asimismo en los demás órdenes del enjuiciamiento, según vamos a ver dentro de poco.

(...)

b) El proceso aparecería así como un medio jurídico para la dilucidación jurisdiccional de una pretensión litigiosa, fórmula esta mediante la que se elude la controvertida cuestión acerca de si sirve para la realización del *derecho objetivo* o para la del *derecho subjetivo*. Desde un punto de vista no tanto teleológico-objetivo, como estructural-subjetivo, constituye, a su vez, un estado de antagonismo entre unas partes que piden y un juzgador que decide, a reserva de ciertas excepciones o derogaciones a la regla ahora sentada: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas*, en "Scritti giuridici in memoria de Piero Calamandrei", vol. I. (Padova, 1958; págs. 1-78), págs. 5-12 *passim*. Huelga casi añadir que ambos enfoques han de completarse con la eventualidad ejecutiva, cuando por la índole del pronunciamiento recaído, semejante derivación sea necesaria.

⁵⁷ Por tanto, en esta hipótesis, quizás fuese más exacto hablar de legítimo juzgamiento o *decisión* que no de legítima *defensa*: cfr. nuestras *Enseñanzas acerca de la acción*, cit., nota 36.

Adición: Con ligeros cambios, el pasaje que en el texto precede a la llamada 57, así como la nota 36 de *Enseñanzas acerca de la acción*, cit., provienen de mi *Derecho Proc. Pen.*, cit., tomo I, pág. 9, nota 7. Más tarde, en *Legítima defensa y proceso*, (supra, Ad. al núm. 29), pág. 3, nota 12, he sostenido que *defensa justificada*, acaso sea denominación más exacta que "legítima", tanto porque ha de ser cumplidamente probada, como porque pertenece al catálogo de las *causas de justificación*.

⁵⁸ Cfr. nuestro *Derecho procesal penal*, vol. III, págs. 24, 77-9 y 83. En México, tanto el código de procedimientos penales federal (arts. 136 y 141), como el del Distrito (arts. 2-3), consagran el monopolio acusador estatal.

Alcalá-Zamora, N. (2000). Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso. (pp. 50-51,77-112). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Lectura 2

Autocomposición y autodefensa

Esta lectura, extraída de la Enciclopedia Jurídica Mexicana, se analizan los conceptos de autocomposición y autodefensa como mecanismos de solución del conflicto penal.

AUTOCOMPOSICIÓN. I. Es un vocablo que difunde el genio del autor italiano Francesco Carnelutti, al que le da dos connotaciones. "Autocomposición", en sentido lato, es la solución que al conflicto de intereses (litigio, caracterizado por la pretensión de una de las partes, frente a la resistencia de la contraparte) proporciona uno o los dos contendientes; dicho de otra manera, es el arreglo al pleito proveniente de las *mismas* partes que tienen disposición de su derecho material.

La autocomposición genérica (a que personalmente para evitar duplicidad y confusiones prefiero denominar también por razones didácticas *autosolución*) se subdivide en autodefensa y autocomposición; ahora se usa el término en *sentido restringido*, y es la solución a la controversia propuesta (no impuesta violentamente) por uno o por ambos elementos subjetivos parciales (partes) sacrificando su interés jurídico propio: *arreglo* que es aceptado por la otra parte (algunos autores por eso conciben a la autocomposición como un acuerdo de las partes interesadas para resolver privadamente un pleito, prescindiendo o excluyendo el caso del conocimiento o resolución judicial).

La autocomposición ha sido considerada también una forma anormal de dar terminación al procedimiento (Rosenberg) (la normal es la sentencia), o como forma de dar fin al proceso de conocimiento (Alcalá-Zamora y Castillo).

II. La autocomposición se califica por algunos como una actitud parcial (de parte interesada) y altruista: del atacante en el caso de la renuncia de la acción (pretensión) procesal; o del atacado, en la hipótesis del allanamiento, o de ambas partes, en la situación de la transacción. Por ellos se habla de autocomposición *unilateral* (en la renuncia de la acción y en el allanamiento) y de *bilateral* (en la transacción).

Empero, cabe examinar cada una de esas figuras típicas autocompositivas y determinar si el sacrificio del interés propio es con un ánimo de dar un fin pacífico al litigio y de favorecer a la contraparte o bien pueden ser empleadas para esconder maniobras inconfesables.

a) *La renuncia o desistimiento de la acción procesal* debe producirse en el periodo probatorio (claro está, antes de dictada la sentencia de fondo), sin requerir el consentimiento del demandado; al que ha de resarcir de los daños y perjuicios y costas procesales provocados por el actor; ya no podrá volver a intentar nuevo proceso contra el demandado, pues así se ha extinguido de manera permanente la fuerza del ataque (a. 34, CPC).

Cabe meditar, no obstante, que en el desistimiento pueden mediar móviles diversos del altruismo, como el temor a una reacción extraprocesal del demandado por su poderío físico, económico, político, etc.

Asimismo, es conveniente separar a la renuncia de la acción procesal de otros institutos que no realizan la tarea autocompositiva, como la renuncia de la instancia y el desistimiento de la demanda, en los que no termina el pleito.

b) Otra forma de autocomposición es el *allanamiento*, entendido como la actitud del demandado en que se extingue de manera total la resistencia al admitir los hechos, el derecho y la pretensión de la demanda del actor. Por lo que hay que distinguir al allanamiento de otras figuras que no concluyen el litigio, como la confesión, el reconocimiento y la sumisión.

Por ello resulta acertada y de buena técnica legislativa la reforma del 10 de enero de 1986, que en el a. 274 del CPC cambió el antiguo texto que hablaba de "confesión" por el actual contenido de: "Cuando el demandado se allane a la demanda en todas sus partes o manifestado el actor su conformidad con la contestación de ella se citará para sentencia, previa ratificación del escrito correspondiente ante el juez de los autos si se trata de juicios de divorcio, sin perjuicio de lo previsto en la parte final del a. 271".

Así también es sensato reflexionar en circunstancias fácticas que se alejan de la cordialidad y el desinterés del allanamiento al que se acude con una simulación jurídica, para ocultar propósitos hasta desleales tras la pantalla jurídica de esta autocomposición.

III. En el contrato de *transacción* (a. 2944, CC), que es una fórmula autocompositiva bilateral, ambas partes se hacen concesiones recíprocas para dirimir una controversia presente o para prevenir una futura. Por desgracia, no siempre es el puro desinterés altruista el que encamina las intenciones del arreglo, sino como ocurre, *verbi gratia*, en materia laboral, donde en varios asuntos son sacrificados los legítimos derechos de los trabajadores que no resisten por mucho tiempo las presiones de los poderosos y se ven obligados a ceder en una mala transacción.

(...)

AUTODEFENSA.

I. Es la manera más primitiva de zanjar las dificultades entre los hombres. Se trata de una manifestación reiterada a lo largo de los siglos de que las pugnas de intereses se resuelven con la victoria del más fuerte, del más poderoso, del más violento, hábil o inteligente; pero, adviértase que no hemos empleado ningún concepto valorativo o jurídico de que el vencedor sea el que tenga la razón o la justicia.

Ello no supone que esa estimativa y legalidad se excluyan; en efecto, ocasionalmente podrá solucionarse el litigio (controversia de intereses, o como de modo magistral y condensado la concibe Carnelutti: *pretensión resistida*) favoreciendo al justo o al que el derecho otorga la razón; más no será lo frecuente, sino lo excepcional, recuérdese cómo hasta dentro de los intentos de definición de la justicia aparece el de la ley del más fuerte; y, así, "hacerse justicia por propia mano", o la "tutela arbitraria de los propios derechos", son en repetidas ocasiones venganzas, signos de rencor y violencia, que conducen no a una solución, sino a un "remedio" peor que la enfermedad que se trataba de aliviar.

II. De ahí que la autodefensa haya sido paulatinamente proscrita de las reglamentaciones jurídicas, por representar una fórmula agresiva y peligrosa que impone el sacrificio del interés ajeno y que fuese calificada de *solución económica*, materialista, con el germen de la disgregación que se realiza a través de la fuerza, a la que fácilmente recurre uno u otro de los interesados, o ambos a la vez, para hacer que prevalezca el interés propio sobre los otros. Cuando se emplea con tal finalidad, es justo dar a la fuerza el nombre de violencia (Carnelutti, pp. 41 y 42)

También se ha tildado a la autodefensa de solución *parcial* (de partes interesadas) y *egoísta*. Variando la óptica se le clasifica en *unilateral* (legítima defensa) y *bilateral* (el duelo o la brutal guerra), según provenga la imposición del sacrificio del interés ajeno de uno o de ambos litigantes.

Pasando a detalles semánticos, asimismo se le denomina como *autotutela* (Couture).

III. En México, la prohibición de la venganza privada o autodefensa se ha elevado al rango constitucional, según reza el a. 17 de nuestra carta magna: *Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho* (las cursivas son nuestras).

Espléndida norma que muestra el avance humanista del derecho sobre las caducas tradiciones y la funesta autodefensa, otorgando a los justiciables, el derecho subjetivo público a una administración de justicia pronta y gratuita.

a) A pesar de esta tajante exclusión constitucional, todavía se conservan (reglamentados legalmente) “algunos polvos de aquellos lodos” autodefensivos. Tal es el caso de la legítima defensa penal (a. 15, fr. IV, CP); del aborto por causa de violación y el aborto terapéutico (aa. 333 y 334, CP); del robo de famélico (a. 379, CP). Se discute si el estado de necesidad debería involucrarse en este corto catálogo de soluciones autodefensivas en materia penal (a. 15, fr. V, CP).

Enciclopedia Jurídica Mexicana I. (2002). (pp. 433-436). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Mé- xico: Universidad Nacional Autónoma de México.

Lectura 3

Formas e instituciones de resolución de conflictos

Oswaldo Alfredo Gozaíni, en su libro *Instituciones No Jurisdiccionales para la Resolución de Conflictos*, desarrolla una explicación de las primeras formas e instituciones de resolución de conflictos.

I. INTRODUCCIÓN

La historia indica que las primeras formas asumidas para la resolución de conflictos entre hombres fueron producto de sus propias decisiones. Ya, porque aplicaban la ley del más fuerte, o bien, porque convenían una pauta de acercamiento que evitaba profundizar la crisis.

En ambos casos se partía del enfrentamiento individual, no existían terceros involucrados, y si eventualmente estaban en realidad compartían el interés de uno de los contradictores.

La misma "ley del talión" fue un avance en estos ejercicios, al impedir que sólo la fuerza bruta fuera la causa motivante de la justicia, logrando una satisfacción equivalente al perjuicio sufrido, aun cuando sea cierto que permanecía la idea de utilizar la bestialidad como vía generadora de pacificaciones.

(..)

Pero si la paz y concordia no podía obtenerse, era natural que la causa o motivo de la contienda fuera sometido al juicio de un tercero que, según su leal saber y entender (*ex aequo et bono*), perseguía resolver la diferencia.

(..)

Hoy día, a nadie escapa la crisis que padece el proceso como vía pacífica de resolución de controversias entre los hombres. Concurren para ello experiencias notables tales como la lentitud intrínseca en el sistema y la onerosidad que a diario aumenta la dificultad en el acceso.

Además, se hace evidente cierta desconfianza hacia los hombres de la justicia que perjudica la imagen y desacredita la instancia trascendente que la jurisdicción propone. Hasta podría afirmarse que el regreso a la mesa de deliberación de fórmulas otrora aplicadas son efecto de la desconfianza mencionada.

Es verdad que la constatación no es una realidad presente, sino producto de una evolución en los desatinos que, persiguiendo afianzar el sistema, lo llevaron a extremos de improbable rectificación si el cambio no es absoluto. En este sentido, el aumento geométrico de las causas, la pobreza presupuestaria que particulariza la asignación de recursos, la plétora profesional cada vez más inquietante por su número y calidad resultante, entre distintos registros de variada preocupación, ponen el acento en las alternativas pensadas para lograr la misma seguridad y eficacia que la vía jurisdiccional promete.

Renacen así institutos como el arbitraje, la mediación y los conciliadores, sin olvidar otros carriles de igual motivación descongestiva como son los incentivos económicos (arreglos que se

propician entre las partes con el riesgo de asumir grandes costos causídicos si fuesen rechazados para obtener un resultado similar en sede judicial), o las quejas planteadas ante organismos institucionalizados que asumen la defensa del interés.

Lo común es que estas alternativas jueguen indiferentes al proceso judicial, es decir, son remedios de soslayo, tienden a evitar el curso de las solemnidades procesales.³

Lo curioso de este fenómeno se da en que de alguna manera significa una regresión a la justicia primitiva. Al no trascender la sustentación del derecho en el mandato provisto de jurisdiccionalidad, interesa solamente solucionar el conflicto.

³ Conviene tener presente que el curso dispuesto en estas vías de respuesta optativas no desacreditan la opción que la *litis* propicia, porque ésta tiene la ventaja de una elaborada preparación doctrinaria y la síntesis depurativa que el paso del tiempo consigue. El correr del procedimentalismo sirvió también para consagrar las reglas técnicas que hacen al método.

Gozaíni, O.A. (1994). *Instituciones No Jurisdiccionales para la Resolución de Conflictos*. (pp. 957-960). Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Lectura 4

Estrategias y habilidades para la solución de conflictos

Esta lectura, tomada del artículo **“Los conflictos y las formas alternativas de resolución”** de María Fuquen Alvarado, es un referente para intervenir en un proceso de resolución de conflictos, ya que aborda desde las características, los componentes, los tipos, los niveles y los efectos del conflicto mismo; así como las estrategias y habilidades necesarias de quien pretende ayudar en su resolución.

Formas alternativas de resolución de conflicto

Las formas alternativas corresponden a mecanismos no formales y solidarios que brindan un elemento fundamental en la humanización del conflicto, con la presencia de una tercera persona que actúa como facilitadora especialista en resolución o prevención del conflicto. Las formas alternativas son una debida opción cuando la convivencia diaria, familiar y comunitaria han sido transgredidas de manera intencional y repetitiva con perjuicios a nivel emocional, social, físico o legal de una persona. Las figuras alternativas también permiten a los individuos ser gestores de cambios pro-positivos y pro-activos que faciliten el bienestar mutuo, así como la satisfacción y el beneficio de los actores involucrados.

La Constitución Política colombiana de 1991 reconoce la posibilidad que tienen los particulares de ejercer funciones de árbitros o conciliadores que definan fallos sobre los diversos problemas en los cuales se pueden ver involucradas las personas, grupos y comunidades. El profesional en Trabajo Social está capacitado para actuar en el manejo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos por la formación holística que comparte con la mayoría de las ciencias sociales como la sociología, la economía, la antropología y la psicología. Ejerce un rol educativo que busca no sólo reforzar comportamientos sino capacitar a los actores que intervienen en lo referente al manejo de habilidades, buscando potencializar las capacidades para manejar, enfrentar y resolver el problema en forma eficiente. Tal formación posibilita la comunicación y la relación entre las partes, y clarifica el origen y la estructura del conflicto; facilita, además, el proceso de negociación y la identificación y análisis de alternativas, así como permite que los actores aprendan del conflicto y lo conciban realmente como una oportunidad de aprendizaje. El trabajador social desarrolla este proceso determinando unas fases, objetivos y estrategias que le permiten manejar técnicas y tácticas propias de la intervención profesional, a través de las cuales intenta comprender y explicar lo que sucede, qué sienten las personas, qué hacen y por qué hacen lo que hacen, fortaleciendo así las acciones educativas.

Dentro de las formas alternativas de resolución de conflictos se encuentran la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Negociación

Es el proceso a través del cual los actores o partes involucradas llegan a un acuerdo. Se trata de un modo de resolución pacífica, manejado a través de la comunicación, que facilita el intercambio para satisfacer objetivos sin usar la violencia. La negociación «es una habilidad que consiste en comunicarse bien, escuchar, entender, recibir feedback, buscando una solución que

beneficie a todos. Cuando la gente usa la violencia, a veces las cuestiones se complican, se “pudre todo”, y no hay retorno» (Rozenblum de Horowitz, 1998: 31). Las partes involucradas negocian fundamentadas en el respeto y la consideración; los intereses corresponden a lo que dificulta la negociación; lo que las partes reclaman y lo que se busca satisfacer son las necesidades, deseos o cuestiones materiales.

En la revista *Desarrollo y Cooperación* de Alemania, la negociación es considerada como la relación que logra equilibrar intereses opuestos, articular diversidad de oposiciones y conciliar diferencias a través de pactos concebidos, neutralizando divergencias y puntos de vista concebidos como antagónicos por los actores vinculados. Esta actividad lleva implícitos procesos de aprendizaje y fortalece una cultura democrática caracterizada por el debate, el escrutinio y la crítica abierta de las ideas, intereses y proyectos que integran la comunidad. La negociación implica el buen manejo de los procedimientos para cada una de las partes involucradas, es decir, exige un manejo sistemático mediante el cual se legitima un acuerdo en el que se comprometen los actores. Por lo tanto, es necesario planificar el proceso, tener claros los objetivos propios y los de la contraparte, clarificar los intereses particulares, saber sobre qué aspectos se está dispuesto a ceder y diseñar estrategias para el logro de los objetivos propuestos.

Mediación

Consiste en un proceso en el que una persona imparcial, el mediador, coopera con los interesados para encontrar una solución al conflicto. Se trata de un sistema de negociación facilitada, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto, preferiblemente asistidas por sus abogados, intentan resolverlo, con la ayuda de un tercero imparcial (el mediador), quien actúa como conductor de la sesión ayudando a las personas que participan en la mediación a encontrar una solución que les sea satisfactoria. El mediador escucha a las partes involucradas para determinar los intereses y facilitar un camino que permita encontrar soluciones equitativas para los participantes en la controversia. El acuerdo no produce efectos jurídicos, salvo que las partes acuerden formalizarlo en una notaría o centro de conciliación.

La mediación es de gran utilidad en el ámbito de lo general viabilizando la comunicación entre los actores. Allí el mediador es fundamental, pues de alguna forma contribuye a la resolución del conflicto, brinda una orientación cooperativa y competitiva procurando el beneficio de las partes, y busca eliminar o reducir la conducta conflictiva. El conjunto implícito de normas y valores proporciona el fundamento del marco de la mediación, guiando las expectativas de los actores, y está relacionado con la capacidad de hacer concesiones, tanto al mediador — qué contribución puede hacer para llegar a un acuerdo— como a las partes o actores —capacidad de los actores para reunir apoyo para hacer concesiones o modificar sus posiciones originales y alcanzar un acuerdo—. Finalmente, la mediación se basa en la adopción de premisas normativas referidas al poder, la confianza y la capacidad de hacer concesiones.

Conciliación

Se trata de un proceso o conjunto de actividades a través del cual las personas o partes involucradas en un conflicto pueden resolverlo mediante un acuerdo satisfactorio. Adicional a las partes, interviene una persona imparcial denominada conciliador, que actúa con el consentimiento de las partes o por mandato de la ley, para ayudar a los actores a llegar a un acuerdo que los beneficie. «Este proceso busca complementar el sistema tradicional de justicia, mediante un procedimiento breve en el cual una autoridad judicial o administrativa interviene como un tercero para lograr posibles soluciones a un problema que involucra a dos o más personas en controversia» (CENASEL, 1998: 50).

La conciliación es un proceso de civilidad porque los acuerdos son el resultado del ejercicio pacífico y democrático del derecho a la controversia, en el cual se involucra de manera directa a los actores interesados en arreglar las diferencias, procurando acuerdos recíprocos y satisfactorios sin que se presenten vencidos ni vencedores, activando la comunicación, reduciendo y aliviando las

tensiones, y evitando la escalada del conflicto. Por lo tanto, es necesario comprender acertadamente el conflicto para verlo como una totalidad y una fuente de transformaciones que contribuyen al crecimiento y evolución de los diferentes grupos sociales —entre ellos, el sistema familiar—, permitiendo relaciones más gratificantes y no la dominación y la imposición, así como la visión «tú pierdes, yo gano». Como acto democrático, se fundamenta en la capacidad de los ciudadanos y ciudadanas para ser autores del conflicto y generadores de soluciones, asunto en el cual se determina la igualdad entre las partes, la legitimidad de sus intereses y la voluntad para negociar y concertar acuerdos, sintetizando el ejercicio de la democracia.

El proceso democrático de la conciliación se desarrolla a través de varias fases: a) la fase inicial, en la cual se define el contexto de la conciliación; b) la fase de intercambio de historias, donde se definen los puntos de vista de cada uno de los actores, los hechos y sentimientos; c) la fase de situación del conflicto, es decir, donde se concretan los puntos a tratar y se enfatiza en lo conciliable; d) la fase donde se generan soluciones, promoviendo su búsqueda y su selección; y e) la fase en la cual se establecen los acuerdos y el cierre que se especifican en un acta.

Arbitramento

Se trata de un proceso mediante el cual un tercero, que es un particular, decide sobre el caso que se le presenta y las partes o actores aceptan la decisión. Se parece a un juicio donde el árbitro es elegido por las partes, en procura de la conciliación. En este proceso, la decisión del tribunal de arbitramento se asimila a la sentencia de un juez y es denominada «laudo arbitral». El árbitro actúa como auxiliar de la justicia, buscando que esta se haga más clara para que los actores interesados puedan determinar las reglas de procedimiento y se convierta en un instrumento comunitario.

Alvarado, M. (2003). "Los conflictos y las formas alternativas de resolución". Revista Tabula Rasa. N° 1, enero – diciembre, 274 a 277. Colombia.

LECTURAS ADICIONALES

Las lecturas complementarias aquí sugeridas permitirán profundizar en el tema de las formas de solución al conflicto. En ellas se abordan conceptos de interés como las diferentes formas de resolución de litigios; un análisis que objeta la solución penal al conflicto y promueve las alternativas a la prisión y la justicia restauradora; y la explicación de los diversos procedimientos a considerar en la búsqueda del más adecuado para la solución del conflicto.

- Vado, L.O. (s/a). Medios alternativos de resolución de conflictos. (pp.369-389). Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Cid, J. (2009). Medios Alternativos de Solución de Conflictos y Derecho Penal. *Revista de Estudios de la Justicia*. N° 11, 111 - 130. Chile.
- Carocca, A. (2005). *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. (pp. 179-180). Santiago de Chile: Lexis Nexis.

TEMA 2: EL CONFLICTO

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Juan Pablo Lederach, *¿Cómo entrar? El análisis del conflicto*.
- Lectura 2: Luis Octavio Vado Grajales, "Medios alternativos de resolución de conflictos".
- Lectura 3: Universidad Externado de Colombia y la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la Alcaldía Mayor de Bogotá, *Proceso de Mediación y Habilidades del Mediador*.
- Lectura 4: Elías Neuman, *La mediación penal y la justicia restaurativa*.

Lectura 1

Los componentes del conflicto

En esta lectura, tomada del libro *¿Cómo entrar? El análisis del conflicto* de Juan Pablo Lederach, se describen las partes presentes en un conflicto y sugieren estrategias para abordarlas con el objetivo de lograr una solución.

(...) Me parece que la visión popular ha identificado varias facetas que forman la estructura del conflicto, las cuales nos ayudan a realizar un análisis adecuado: las personas, el proceso, y el problema.

Las personas

1. Comprender la magnitud del problema

Lo primero que hay que hacer, al analizar un conflicto, es comprender la magnitud del problema. Hay que conocer a los involucrados y afectados. Luego, hay que ver qué papel desempeñan, cómo se relacionan, y qué influencia tienen. Un pleito casi nunca se limita a dos personas. Rápidamente, otros se involucran. Aquí volvemos a la imagen del enredo, de los nudos y relaciones. Tenemos que recordar que la persona afectada a menudo se apoya en otros. Esta dinámica del pleito creciente representa un obstáculo, pero al mismo tiempo representa también la posibilidad de solucionar el problema. Es un obstáculo, porque cada vez hay más gente involucrada, y la situación se complica. Pero es también una posibilidad, porque siempre es posible encontrar a personas de confianza que ayuden a tender el puente en las relaciones quebrantadas, para salir del problema.

2. La dinámica del "encerrarse en sí mismo"

En segundo lugar, un análisis debe comprender la dinámica del "encerrarse en sí mismo". Esto quiere decir, que las personas directamente implicadas a menudo se limitan a exigir las soluciones que a ellas les convienen, y no quieren escuchar las preocupaciones y razones del otro. Suelen asumir una actitud intransigente e inflexible, basada en su propia solución.

"Quiero que Juan me pague 200 pesos..."

"Si este pastor sigue predicando, yo me salgo de la iglesia".

Por una parte, tenemos que reconocer la legitimidad de los sentimientos agrios que han radicalizado el problema. Pero, por otra parte, debemos traer a la luz las verdaderas preocupaciones y las necesidades de fondo de la gente. Es decir, la gente suele mezclar sus sentimientos y sus necesidades de fondo con los hechos ocurridos. Esto hace que el enredo se vea un tanto confuso. El análisis debe contribuir a separar estos puntos, y a aclarar los diferentes puntos de vista.

Así, cuando hablamos de la faceta "personas", nos referimos al aspecto netamente humano de un conflicto. Siempre hay que tomar en cuenta las emociones y sentimientos, la necesidad humana de justificarse y desahogarse, la necesidad de respeto, y las distintas perspectivas de un problema. El aspecto personal tiene que ver con los elementos psicológicos y subjetivos legítimamente experimentados por cada persona. Quizás tenga que ver con la estima propia, más que con cualquier otra cosa.

Al encontrarnos cuestionados y metidos de lleno en un buen pleito, tenemos que hacer una evaluación personal. De manera consciente o inconsciente, es natural que nos preguntemos:

- a. ¿Cómo responderé?
- b. ¿Qué pensarán los demás?
- c. ¿Mantendré mi dignidad?

Esta reacción, que todos tenemos, nos lleva a hacer del conflicto una cuestión personal. En otras palabras, respondemos a la persona que nos "desafía", y no a las cuestiones esenciales que nos separan. Esto siempre intensifica y polariza el conflicto, lo que hace que las posturas de las personas sean cada vez más extremistas. En su libro *El laberinto de la soledad*, Octavio Paz habla de la norma mexicana (que también se sigue en otros lugares del mundo hispano): no hay que rajarse. Este fenómeno es precisamente una de las consecuencias de la dinámica del conflicto social. Una vez iniciado el proceso, no se puede perder, no se puede permitir que otro gane. El resultado es que, para defendernos, solemos atacar al otro, poniendo en tela de juicio su persona e integridad. Sin embargo, llevar el conflicto al terreno de lo personal no hace más que confundir el problema.

Reconocemos, con todo, que mantener la dignidad es un valor importante en la cultura hispana. ¡Y con buena razón! Queremos esforzarnos por mantener la dignidad de todos. El error se manifiesta cuando pensamos que sólo venciendo al otro mantenemos nuestra dignidad. Pero hay una alternativa: se puede mantener la dignidad y, a la vez, hacer frente al conflicto, sin llevarlo al terreno personal.

La única manera de lograrlo es hacer una clara distinción entre la persona y el problema, y evitar el juzgar o menospreciar a las personas. Para nosotros el problema debe concebirse como algo que demanda una solución, y no como una batalla que se debe ganar.

En resumen, un conflicto no se regula constructivamente si las personas conciben la situación como un apuro, en el que hay que defender del otro. Si se le concibe así, no hay más que dos posibles resultados: perder o ganar. Y así, la confrontación se ve desde una perspectiva personal, y no como problemas concretos que hay que resolver, por lo que suelen mezclarse los sentimientos y emociones con los hechos (señal de que está de por medio el amor propio), y casi siempre se toma una sola postura en cuanto a la posible solución.

El Proceso

Con el término "proceso" queremos referirnos al modo en que un conflicto se desarrolla, y sobre todo, a la manera en que la gente trata de resolverlo. Aquí entra la faceta de poder, de quién influye, y de quién tiene o no tiene voz para tomar las decisiones. Muy a menudo los conflictos sociales hallan su origen en la falta de participación activa y directa de aquellos que son afectados por las decisiones y soluciones tomadas.

Un análisis del proceso siempre toma en cuenta la cuestión del poder, y la mutua influencia y dependencia. Podemos señalar varias bases de esta influencia:

- nivel económico, educativo, o social
- acceso a los recursos materiales
- acceso a las fuentes de información
- capacidad de controlar o de manipular lo que el otro desea

La igualdad de influencia siempre afecta directamente el proceso y el resultado del conflicto. Por ejemplo, un desequilibrio de poder muy marcado, prácticamente imposibilita el negociar un proceso para resolver el conflicto: el que tenga más recursos, pocas veces negociará con quien no esté a su nivel. Una de las pautas a seguir al intervenir en un conflicto es la de buscar nivelar el desequilibrio de influencia entre los contrarios. Cuanto más equilibrado sea el poder de una relación, más estable y productiva será ésta, a la larga.

En muchos casos el problema no radica en el mismo desequilibrio de poder, sino en que la gente desconoce sus propias bases de poder sobre los demás. En un caso dado, el deber del intermediario es el de ayudarles a reflexionar sobre estas bases. Regularmente, se recurre a la amenaza como único modo de influir en otros. Hecho que sólo sirve para aumentar la tensión y empeorar la comunicación. La amenaza sola no es suficiente para producir un cambio en otros, y resulta poco productiva. En lo posible, hay que buscar influir de manera positiva; siempre es mejor ofrecer, como base de un posible cambio, algo que mejore su situación (que no la amenace), pero pocas veces se hace porque es necesario reflexionar desde la perspectiva del otro. De todos modos, es muy importante averiguar la influencia que cada una de las partes ejerce sobre la otra.

1. La transformación social del conflicto

El análisis del proceso también tiene que ver con la transformación y "crecimiento" del conflicto. Podemos imaginarlo como una espiral que sigue ciertos cambios típicos, que transforman las relaciones y dinámicas de intercambio. Aquí explico el proceso en cinco pasos (estos corresponden a los siete niveles de la Figura I), que van desarrollándose y ampliándose.

a. El desacuerdo responsable

En el primer nivel tenemos lo que llamo un desacuerdo responsable. A este nivel, los involucrados no se ven como enemigos, sino como colaboradores que tienen un problema por resolver. Se esfuerzan en atacar el problema, no a la persona. El problema es de ambos, y comparten la responsabilidad de solucionarlo.

b. El antagonismo personal

La primera transformación ocurre cuando pasamos de los desacuerdos a los roces. Es decir, se origina un antagonismo personal. En vez de compartir el problema entre sí, empiezan a decir que el problema es del otro, ya no se centran en soluciones mutuas; más bien surgen las acusaciones, y se inicia el fenómeno de tildarse mutuamente de "comunista", "mentiroso", "embustero" y otros epítetos. Se dedican a ver quién tiene la culpa, y no quién tiene la razón. Atacan más a la persona que al problema que los separa.

c. La situación confusa

En el tercer nivel, la gente se ve enredada, metida en un lío. La situación se ve confusa. Se añaden más y más acusaciones. En vez de un problema, hay varios, y más gente involucrada. La imagen es la de una "camisa de once varas". La situación se ha complicado con muchas otras cuestiones. Nos sentimos perdidos. Empieza a hablarse en forma generalizada: "Es que así son".

d. Los chismes, bolas e indirectas

En el cuarto nivel, el chisme gana un lugar importante. El chisme es un medio de comunicación indirecta, con base en información parcial y a menudo incorrecta. Los que tienen el problema ya no se hablan mucho. En vez de hablar con la persona con quien se tiene el problema, se habla con otros acerca de la "persona problemática". Por consiguiente, la comunicación se deteriora.

e. Se responde a la reacción del otro y no a los problemas de fondo

De los niveles 5-7 se implanta la dinámica de "ojo por ojo". Es decir, se responde a la última reacción del otro y no a los problemas de fondo. Esto crea una espiral. De pronto, se pasa del enojo a la hostilidad abierta, y la violencia es inminente. Esto cambia también la organización social, y a menudo crea dos campos. Suele entonces decirse: "O estás con nosotros o con ellos". No hay espacio para el diálogo. Las posiciones se radicalizan.

En este proceso vemos un movimiento que va del diálogo constructivo a los intercambios

y las expresiones de conflicto destructivas. Al subir de tono, la espiral incrementa la violencia, y disminuyen la confianza, la comunicación clara y el contacto directo. No obstante, en cada paso hay respuestas e ideas que pueden transformar lo negativo en expresiones de conflicto más positivas, pero esto requiere de paciencia, claridad, y habilidad.

(...)

2. Sugerencias para transformar el conflicto, encaminándolo en una dirección positiva

a. Mantener el diálogo como disciplina

Esto significa ver el problema como algo que hay que resolver; ver a la persona como un ser humano que merece respeto, ser escuchado y tomado en serio, incluso cuando nos cuestiona. También significa que, a nivel conceptual, logremos distinguir entre la persona y el problema, centrándonos en atacar el problema, y respetando a la persona.

b. Delinear y especificar los problemas a resolver

La dinámica típica es la de generalizar y mezclar las soluciones preferidas con las preocupaciones y necesidades de base. En vez de permitir la generalización vaga y la mezcla confusa debemos esforzarnos en delinear cuáles son los problemas concretos a tratar, y las preocupaciones que motivan a la gente.

c. Hablar directamente y aclarar la comunicación

A medida que se caldean los ánimos, la comunicación tiende a empeorarse. Tenemos que hacer un doble esfuerzo por comprendernos mutuamente. Debemos escuchar y asegurarnos de que hemos entendido lo que se ha dicho. En lo posible, busquemos hablar con las personas con quienes tenemos el problema, en vez de hablar de ellas con los demás.

d. Abrir un espacio para el diálogo

Cuando el pleito se pone feo, y sobre todo cuando intervienen reacciones fuertes y la hostilidad abierta, la polarización se radicaliza. La gente ya no se ve ni se habla. En tales casos, hay que buscar abrir, poco a poco, canales de diálogo. Esto se logra, sobre todo, por medio de personas que cuenten con la confianza de ambas partes.

El problema

"Problema" es una palabra muy común en el lenguaje popular. Todo conflicto, por grande o pequeño que sea, se concibe como un "problema". En nuestro esquema el "problema" se refiere a las diferencias esenciales que separan a las personas lo que podríamos llamar el conflicto como tal. Podemos decir que el conflicto innecesario tiene como componentes:

- ✓ la mala comunicación
 - ✓ los estereotipos
 - ✓ la desinformación
 - ✓ la percepción equivocada del propósito o proceso
- En cambio, la parte genuina de un conflicto se basa en las diferencias esenciales, en cuestiones y puntos concretos de incompatibilidad, como por ejemplo:
- ✓ los distintos intereses, necesidades y deseos de cada uno
 - ✓ las diferencias de opinión sobre el camino a seguir
 - ◆ el criterio para tomar una decisión
 - ◆ a quién corresponde qué, a la hora de repartir los recursos, o bienes materiales
 - ◆ las diferencias de valores
 - ◆ las cuestiones concretas de dinero, tiempo, tierra, derechos, compensación, etc.

La comprensión de un conflicto se facilita si estas diferentes facetas se distinguen. Por ejemplo, las diferentes áreas de discrepancia o de incompatibilidad que se han de tratar para solucionar el problema, son los asuntos. En cambio, los intereses son la razón por que cada uno de estos asuntos importa a la persona. Las necesidades son lo indispensable, lo mínimo que hace falta para satisfacer a una persona, en cuanto a lo substantivo, lo psicológico y el proceso seguido para resolver el problema. Cuando una persona expresa su posición, o su solución para resolver el conflicto, esto no explica los asuntos a tratar, ni sus intereses, ni sus necesidades básicas. Para arreglar bien el conflicto, hemos de penetrar en las posiciones y llegar a la base del problema.

Estructura del conflicto

En este proceso hemos profundizado sobre la cuestión de cómo analizar un conflicto. Notamos que el lenguaje cotidiano mismo nos da ya varias pistas para entenderlo. Sugerimos, además, el esquema de las tres p's para el análisis: la persona, el proceso y el problema (...)

1. Personas - Tomar en cuenta

- ✓ las emociones, y los sentimientos
- ✓ la necesidad humana de dar explicaciones, de justificarse, desahogarse, de ser respetados y mantener la dignidad
- ✓ las percepciones del problema
- ✓ la forma en que lo sucedido afecta a las personas

2. Proceso -Tomar en cuenta

- ✓ el proceso que el conflicto haya seguido hasta el momento
- ✓ la necesidad de un proceso que parezca justo a todos los involucrados
- ✓ la comunicación, y el lenguaje con que se expresan
- ✓ lo que hace falta para establecer un diálogo constructivo

3. Problema - Tomar en cuenta

- ✓ los intereses y las necesidades de cada uno
- ✓ las diferencias y valores esenciales que los separan
- ✓ las diferencias de cada uno en cuanto al procedimiento a seguir

Este esquema sugiere por lo menos tres facetas de trabajo en cualquier enredo.

1. Aclarar el origen, la estructura y la magnitud del problema

- ✓ establecer quién está involucrado, y quién puede influir en el resultado del proceso
- ✓ concretar los asuntos más importantes a tratar
- ✓ distinguir y separar los intereses y las necesidades de cada uno

2. Facilitar y mejorar la comunicación

- ✓ controlar la dinámica destructiva de hacer generalizaciones, de aumentar los problemas, y de hacer estereotipos de las personas
- ✓ crear un ambiente de diálogo para buscar soluciones verdaderas y constructivas

3. Trabajar sobre los problemas concretos que tienen las partes en conflicto

- ✓ distinguir entre personas y problemas, e impedir que se llegue a lo personal
- ✓ centrarse, primeramente, en las preocupaciones y necesidades de cada uno, no en las soluciones
- ✓ establecer un ambiente de negociación, y evaluar así las bases de mutua influencia y, en lo posible, igualarlas. También ayudar a cada uno a reflexionar sobre la situación y el alcance de su propio poder.

Lederach, J. (1992). Enredos, pleitos y problemas una guía práctica para ayudar a resolver conflictos. (pp. 20-34). Guatemala: Ediciones Clara Semilla.

Lectura 2

El litigio

Luis Octavio Vado Grajales, en su artículo **“Medios alternativos de resolución de conflictos”**, expone la definición del litigio como preámbulo para entender las diversas formas de resolución y los medios alternativos para solucionar los conflictos.

I. DEFINICIÓN DE LITIGIO

Los medios alternativos de resolución de conflictos se han convertido en un tema relativamente común en el mundo jurídico mexicano. Se constituyen como una visión novedosa y distinta de la tradicional atención de litigios exclusivamente por medio del proceso judicial.

Se han publicado interesantes textos e investigaciones al respecto, que han abundado sobre la ya importante doctrina extranjera (norteamericana, española, argentina, mexicana, entre otras) al respecto, y se han empezado a vivir experiencias prácticas en varias entidades, como Querétaro, Quintana Roo, Estado de México, Nuevo León, Sonora, etcétera.

Nuestra intención con este trabajo es presentar algunas definiciones básicas que orienten a quienes se introducen por primera vez en el estudio de los medios alternativos. Debemos partir de la base de que dichos medios son una forma de resolver conflictos humanos, un tema que tiene tanto que ver con el derecho como con la psicología, sociología y economía, entre otras ciencias.

Ha sido un ejercicio constante de los juristas el determinar qué conflictos tienen una característica jurídica, que haga exigible la participación del derecho para su resolución. Así, se ha hablado de controversia, juicio, litigio, etcétera.

Aunque no existe un término universalmente aceptado, el que cuenta con el mayor uso y con un respaldo teórico más importante es el de litigio. Proveniente del latín *litis*, que se utilizaba como sinónimo de pleito demanda, lucha e incluso certamen.¹ Su significado original alude a una disputa. Se ha utilizado en el derecho desde antiguo, en frases tales como litiscontestación, *litis* abierta, *litis* cerrada, *litisconsorcio*, *cuotalitis*, etcétera.

Se debe a Francesco Carnelutti la elaboración teórica del concepto de litigio, definiéndolo como “el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro”.² La definición anterior fue complementada por el procesalista español Niceto Alcalá – Zamora, para quien el conflicto debe ser jurídicamente trascendente, esto es, susceptible de solución mediante la aplicación del derecho.³ Desmenecemos esta definición.

En primer lugar, cuenta con dos elementos subjetivos: una persona que pretende y otra que resiste. En segundo lugar, tenemos un elemento objetivo, que es el bien jurídico⁴ sobre el que versan la pretensión y la resistencia.

El litigio no nace con el proceso judicial. De hecho, el proceso es distinto y posterior al litigio, aunque, como veremos, es una de las formas posibles de resolverlo. El litigio nace desde el momento en que alguien formula una pretensión, esto es, exige una subordinación del interés ajeno al propio, y frente al mismo se presenta una resistencia de aquel contra quien se pretende.

¹ Steinsel, O., *Diccionario latín – español, español – latín*, Madrid, Cía. Bibliográfica Española, 1958, pp. 196 y 197.

² Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 4ª. Ed., México, Oxford University Press, 1998.

³ Alcalá – Zamora Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 18.

⁴ Si no se trata de un bien jurídico, entonces no podemos hablar de litigio. Ejemplos serían una dilución sobre los méritos artísticos de un autor, o las habilidades de un deportista.

Vado, L.O. (s/a). "Medios alternativos de resolución de conflictos". (pp. 369-370). Universidad Autónoma de Nuevo León.

Lectura 3

Principios, fases y técnicas para mediación

Esta lectura, tomada de la monografía *Proceso de Mediación y Habilidades del Mediador*, es un cuadernillo que formó parte de la capacitación a funcionarios y formación de ciudadanos de Bogotá como mediadores comunitarios y aborda, el concepto del conflicto desde varias perspectivas, sus fases, las actitudes que genera el conflicto y como desde la mediación, se ha llegado además a diferenciar entre gestión, resolución y transformación del conflicto.

CARACTER INTERACCIONAL DEL CONFLICTO

Aunque hay diversas acepciones de conflicto, en general esta palabra tiene connotaciones negativas y por lo tanto muchos intentan evitarlo, pues se asocia con sentimientos desagradables y con una atmósfera negativa. Esta perspectiva, supone que el enfoque más eficiente para afrontar el conflicto es la eliminación de las fuentes que lo originan, lo cual significaría que si el conflicto surge por la sensación de escasez o de injusticia, la solución sería darle a cada parte lo que cree justo. Esta visión se torna utópica, pues como bien se sabe, cada quien tiene su propia concepción de justicia y nunca ha habido suficiente para todos.

Una segunda perspectiva, considera inevitable el conflicto, teniendo en cuenta las diferencias de personalidad, intereses, necesidades, valores, etc. Desde este supuesto, las estrategias para afrontar el conflicto se centran en reconocerlo cuando aflora y en abordarlo identificando las diferencias para llegar a acuerdos.

Una tercera perspectiva no sólo considera que el conflicto es inevitable sino que en ocasiones es necesario fomentarlo con el fin de que surjan nuevas ideas y fuerzas positivas que generen innovación y cambio. Por esto, no se evalúa el conflicto como bueno o malo sino como funcional, adecuado o productivo.

Independientemente de su connotación, se entiende que el conflicto es un proceso interaccional complejo que se da entre dos o más partes, donde predominan las interacciones antagónicas sobre las de atracción y colaboración; se da siempre en un contexto espacio-temporal en cuanto tiene un comienzo, un desarrollo y un desenlace, feliz o desafortunado según la medida en que hayan escalado el malestar y las diferencias entre los involucrados. No obstante, más allá de las circunstancias en que surja, el conflicto sigue una secuencia identificable:

En la primera fase, el conflicto está latente; ninguna de las partes lo percibe, pero las diferencias individuales, de grupo o las estructuras organizacionales o sociales han creado el terreno potencial para el conflicto. Cuando una o más de las partes interesadas perciben el conflicto potencial, se entra a la segunda fase, en la cual los individuos toman conciencia de las diferencias y viven una reacción emocional, asociada generalmente al enojo, la frustración, la hostilidad, la ansiedad o el dolor.

Durante la tercera fase, el conflicto pasa de la conciencia cognitiva y emocional a la acción, y por lo tanto se hace evidente. En este momento los individuos optan por resolverlo o por intensificarlo. Ese escalamiento del conflicto se hace a través de actuaciones de agresividad, dirigidas a impedir en forma intencional que el otro logre sus objetivos, o de actuaciones que buscan alianzas con terceros

para acrecentar la lucha contra la otra parte. La cuarta fase del conflicto se centra en sus resultados y consecuencias. Las decisiones tomadas durante la segunda fase determinarán si los resultados serán funcionales o inadecuados. Los funcionales implican una mejor comprensión de los temas causantes del conflicto, una mejor calidad de las decisiones, mayor creatividad para resolver los problemas y una visión positiva de los involucrados. Los resultados inadecuados incluyen la continuación de la hostilidad, la reducción de la comunicación y la destrucción del espíritu de convivencia, todo lo cual favorece el efecto de bola de nieve, propiciador de nuevos conflictos, cada vez más difíciles de resolver.

Puede establecerse una diferencia entre conflicto y problema: el **conflicto** sería la presencia o el encuentro, en un mismo momento, de dos o más sentimientos, motivos o intereses contrarios que se oponen; sugiere por lo tanto oposición y desacuerdos. El **problema** sería una situación que al generar incomodidad o malestar a una persona o a un grupo, requiere solución; sugiere por lo tanto algo difícil, duro o incomprensible.

Un problema puede generar un conflicto cuando en su solución se ponen diferentes intereses en juego y un conflicto no resuelto es un problema para quienes están involucrados en él. La solución de problemas puede basarse en la colaboración y es no conflictiva, o puede basarse en la competencia y la rivalidad y se vuelve conflictiva. Tanto el problema como el conflicto generan malestar: el problema por carencia de algo y el conflicto por diferencias acerca de cómo solucionar el problema.

También se puede establecer un contraste entre **controversia y conflicto de intereses**. Una *controversia* sería una discusión, debate o disputa en la cual chocan opiniones encontradas de miembros de un grupo, donde están involucradas tanto las ideas como las emociones. Las controversias pueden considerarse como parte de un proceso de toma de decisiones, pues gracias a la controversia se llega a un determinado curso de acción.

Los *conflictos de intereses* serían por el contrario actividades incompatibles, deseadas por diferentes miembros del grupo y surgirían cuando: 1) hay diferencias en necesidades, valores y metas; 2) hay escasez de ciertos recursos tales como poder, influencia, dinero, tiempo, espacio y posición; 3) hay competencia o rivalidad entre los miembros del grupo.

Generalmente, los conflictos de intereses generan prevención, bloqueo, interferencia e inefectividad, son más difíciles de manejar que las controversias y se resuelven por negociación.

Frente al conflicto, sea cual sea su naturaleza, hay una multiplicidad de posibilidades de reacción, tanto a nivel individual como colectivo, dándose las siguientes actitudes, según se acepte, evite o niegue el conflicto (Vincent Fisas):

- Superación: se reconoce su existencia y hay voluntad de superarlo.
- Ventaja: se reconoce su existencia y se procura sacar provecho del mismo.
- Negación: se evita reconocer su existencia.
- Evasión: se reconoce su existencia, pero sin deseos de enfrentarse a él.
- Acomodación: se reconoce su existencia, pero se opta por no darle respuesta alguna.
- Arrogancia: se reconoce su existencia, pero se asume que la otra parte debe ceder.
- Agresividad: se combate con una respuesta hostil, violenta y/o militar.

La elección de una u otra modalidad al inicio del conflicto y los cambios de posición o actitud posterior, determinarán el proceso del conflicto y sus posibilidades de gestión o transformación. Cuando hay un reconocimiento del mismo por las partes implicadas, siempre será más fácil entrar en una vía negociadora, mientras que la actitud elusiva da pie a que se produzca un agravamiento de las tensiones latentes y, con ello, una escalada del conflicto. La acomodación puede suponer un aplazamiento de las hostilidades, pero no una resolución de las mismas. La arrogancia y la actitud belicista, por supuesto, desprecian cualquier posibilidad inicial de llegar a un diálogo que conduzca a un cese de las hostilidades.

En el terreno de la mediación, se ha llegado además a diferenciar entre gestión, resolución y transformación del conflicto. Lederach (1996, citado por Fisas) resume así el significado de cada término:

- ♦ **Resolución de conflictos:** Este concepto indica la necesidad de entender cómo el conflicto empieza y termina, y busca una convergencia de los intereses de los actores, entendiendo que se logra afrontar y, por decirlo así, erradicar el conflicto; esto sin embargo no es viable en todos los casos, ni tampoco el camino para llegar a esa resolución es en general tan despejado, pues en la búsqueda de las soluciones hay que atravesar por crisis acompañadas de diversas emociones que no permiten llegar directamente a decisiones definitivas.
- ♦ **Gestión de conflictos:** Es un concepto que reconoce que el conflicto no puede resolverse en el sentido de librarse de él, y que pone el acento en limitar las consecuencias destructivas del conflicto. Hace referencia a una aproximación de tipo práctico y de control, por la cual se intenta contener o mantener el conflicto dentro de límites aceptables, intentando realinear las divergencias.
- ♦ **Transformación de conflictos:** Pone el acento en la naturaleza dialéctica del conflicto, reconociéndolo como un fenómeno que forma parte natural de las relaciones humanas. El conflicto es un elemento necesario de la construcción y reconstrucción de las realidades sociales, cuyos patrones destructivos pueden ser canalizados hacia una expresión constructiva. La transformación es un concepto descriptivo de la dinámica del conflicto, al tiempo que es prescriptivo de todos los propósitos que persigue la construcción de soluciones; sugiere una comprensión dinámica del conflicto, en el sentido de que puede moverse en direcciones constructivas o destructivas, e implica reconocer que, con frecuencia, el conflicto no va a desaparecer ni a ser completamente resuelto, pues el proceso de solución no está sujeto a un tiempo específico ni puede ser controlado como quisieran las personas o los grupos; por el contrario, al estar inmerso en una relación, el conflicto es un proceso vivo e imprevisible. Por esto mismo, el conflicto puede ser transformado en algo antes impensado y se convierte entonces en una parte de la vida y no en asunto que debe ser eliminado por ser destructivo e indeseable.

Vistos así, tanto los conflictos como las soluciones son una construcción de los participantes y por lo tanto existe la posibilidad de cambio y de conciliación, la cual depende en buena medida de la actitud y de las habilidades personales y grupales, para asumir la responsabilidad y las decisiones con respecto al procesamiento de las diferencias en su vida y para usar en consecuencia métodos que favorezcan la transformación a través de las dificultades.

El objetivo de la resolución, la gestión y la transformación es producir los cambios de actitudes necesarias en las partes implicadas para que el conflicto aflore, sea reconocido, no discurra por un callejón sin salida y se sitúe en un camino donde haya posibilidades de cambio y, por tanto, de transformación.

El mapa del conflicto

Los mediadores necesitan un mapa de las vías conceptuales, o “mapa del conflicto” implícito en la discrepancia, en el que deben detallar al menos lo siguiente:

- Los motivos que han dado pie al conflicto.
- Los problemas de relación entre las partes.
- Las discrepancias en la interpretación de los hechos.
- Los intereses incompatibles.
- Las diferencias de valores.
- Los obstáculos que se oponen al arreglo.
- Los procedimientos destinados a encauzar o resolver la disputa.
- Los factores individuales o estructurales que podrían mejorar la relación.
- Los puntos de coincidencia y los valores comunes.

La mediación es normalmente un proceso a corto plazo que trata de aislar temporalmente los problemas en disputa con el fin de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. Está más relacionada con el presente y el futuro que con el pasado, y está más orientada hacia la forma en que las partes pueden resolver el conflicto y crear un plan, que a las historias personales. La mediación interviene más sobre las conductas de los actores que sobre la estructura del conflicto, pero los cambios psicológicos y conductuales que logra la mediación pueden capacitar a los actores para abordar mejor el tratamiento estructural del conflicto.

Proceso de Mediación y Habilidades del Mediador Universidad. (2002). (Monografía). Externado de Colombia y la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la Alcaldía Mayor de Bogotá, 19-23.

Lectura 4

La expropiación del conflicto por el poder

En esta lectura, extraída del libro *La mediación penal y la justicia restaurativa*, Elías Neuman reflexiona sobre la manera en que el poder expropia el conflicto penal y monopoliza la facultad del derecho a castigar, lo cual conlleva a la búsqueda de soluciones rápidas e informales en las que se salvaguarden los derechos de los actores involucrados en el drama penal.

(...) Ya en la moderna construcción de los Estados, se sitúa en los dos últimos decenios del siglo XVIII, el momento político y social en que desde el poder, se expropia el conflicto penal de sus cabales protagonistas y se sancionan leyes penales y de procedimiento para juzgar. En un principio, al Estado le interesa el delito y se incauta de su autor por la ofensa inferida a Dios, que se deberá restañar para renovar la armonía con la Infinitud y sus mandatos. Más tarde, con el pacto social, el delincuente deberá enfrentarse con la sociedad ofendida por su actividad o acción disvaliosa. La víctima, entretanto, resulta ignorada.

El poder punitivo estatal pasa a ser un elemento insustituible para el control social y así se ejercerá ese control para la dominación: el Estado, que no es más que una ficción que reemplaza a los reyes despóticos, utilizará la función punitiva que se reserva en forma oficial convirtiéndola en un instrumento de coacción y de control del poder.

(...)

La expropiación por el Estado echa raíces y sobreviene la minuciosa enumeración de bienes jurídicos que el delito vulnera. Las leyes deben ser técnicamente perfectas y se olvida que tanto tecnicismo conlleva a la deshumanización de la justicia y de los problemas de carnadura humana: no es la prolija aplicación de las leyes lo que sólo importa sino el destino de víctimas y victimarios.

(...)

(...) La crítica que se formula al derecho penal y a la política criminal conduce de modo inexcusable a la reapropiación del conflicto. Al Estado, le resta apreciar que hoy, actuar en el nombre presunto de la comunidad ofendida debe transformarse, en primer término, en actuar en nombre de la víctima dándole el adecuado protagonismo. La pena que resulte, no puede dejar de recoger y hacerse cargo de las necesidades y problemas de la víctima.

Neuman, E. (2005). *La mediación penal y la justicia restaurativa*. (pp. 3, 5 y 8). México: Porrúa.

LECTURAS ADICIONALES

Las lecturas complementarias aquí sugeridas permitirán profundizar en el tema del conflicto desde la perspectiva general hasta la jurídica; sus elementos, orígenes y significado etimológico, entre otros

- Fairén, V. (1994). Justicia y Sociedad, Figuras extraprocesales de arreglo de conflictos: la conciliación, la mediación, el ombudsman. (pp. 859-806). *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México: Universidad Autónoma de México.
- Onfray, A.F. (s/a). Una aproximación desde el conflicto: el elemento pendiente en el análisis de la reforma a la justicia civil en Chile. *Revista de Derecho*, No. 14, 73-103. Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Muldoon, B. (1998). *El corazón del conflicto*. Barcelona: Paidós.

TEMA 3: LOS MÉTODOS ALTERNOS A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: José Rodríguez, “Los Métodos Alternativos de Resolución de Controversias”.
- Lectura 2: Corte Suprema de Justicia de Paraguay, *Manual de mediación: Nociones para la resolución pacífica de los conflictos*.
- Lectura 3: Mauricio Duce y Cristián Riego, *Proceso Penal*.
- Lectura 4: Miguel Carbonell, *Los Juicios Orales en México*.

Lectura 1

Naturaleza jurídica y características de los métodos alternos a la solución de conflictos

En esta lectura, tomada del artículo **“Los Métodos Alternativos de Resolución de Controversias”**, José A. Rodríguez Márquez analiza la naturaleza jurídica y las características generales de los métodos alternos de resolución de controversias.

I.- Naturaleza jurídica y características generales de los métodos alternos de resolución de controversias

De manera general, frente a la resistencia de una de las partes a satisfacer la pretensión de otra, los seres humanos han optado por resolver sus diferencias a través de diversos medios. Los métodos que tradicionalmente se utilizan, en un extremo es la guerra y en el otro está la actividad jurisdiccional. Frente a los dos extremos antes indicados, existen otros medios que en la práctica internacional se conocen como métodos alternos de resolución de controversias.

El desarrollo de otras formas de resolver las controversias entre los seres humanos no es nuevo. El antecedente inmediato de estos medios se encuentra en los Estados Unidos de América. En 1976, Warren E. Burger, Presidente de la Suprema Corte de Justicia, convocó en aquel país a la *“Conferencia Roscoe E. Pound”* para analizar las causas del descontento popular con la administración de justicia.

Burger invitó a una mezcla inusual y diversa de especialistas, pues había miembros del Poder Judicial, abogados, activistas de derechos humanos, ambientalistas, y académicos, unidos por el propósito común de encontrar mejores soluciones a los problemas sociales y científicos, cada vez más complejos. A raíz de la Conferencia *Pound*, la proliferación de técnicas conciliatorias y la aparición de nuevos profesionales e instituciones dispuestos a usarlas han constituido el mayor fenómeno de cambio social.

Poco a poco, los métodos alternos de resolución de controversias han ido adquiriendo su carta de naturalización en la resolución de los conflictos, tanto entre particulares, como entre Estados, y entre gobernados y los mismos Estados. Los tratados de libre comercio, y aquellos encaminados a evitar la doble tributación, contienen cláusulas expresas sobre métodos para la resolución de controversias.

El análisis de la naturaleza jurídica de los métodos alternos de resolución de controversias, se puede realizar contrastando los diversos elementos que los forman. Existen métodos autocompositivos y heterocompositivos, según la resolución del conflicto se origine por las mismas partes, o el problema sea resuelto por resolución de un tercero. Existen métodos cuya resolución tiene un carácter vinculante, obligatorio para las partes, y otros métodos que carecen de esta característica. Finalmente, pero de manera principal, todos los métodos alternos de resolución de controversias comparten su carácter voluntario, su esencia contractual, su origen en la autonomía de la voluntad de las partes.

Rodríguez, J.A. (2012). "Los Métodos Alternativos de Resolución de Controversias". 22 de noviembre, 321-323. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/247/pr/pr9.pdf>

Lectura 2

Diferentes procesos de resolución alterna de conflictos

Esta lectura, extraída del libro *Manual de mediación. Nociones para la resolución pacífica de los conflictos*, plantea un análisis actual de la judicialización para resolver conflictos y la manera en que se da cabida a los diferentes procesos de resolución alternativa que favorecen el diálogo y los acuerdos entre las partes, al tiempo que eliminan los elevados costos de los litigios judiciales.

PROCESOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTA METODOS - (RAD)

1. LOS DENOMINADOS PROCESOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS (R.A.D.)

Los procesos de Resolución Alternativa de Disputas (R.A.D.) también se denominan métodos de Resolución Alternativa de Disputas, entre los que se incluyen a las diversas vías que funcionan fuera del ámbito jurisdiccional para resolver los conflictos. Algunos autores consideran que la terminología correcta sería métodos "adecuados", en razón de que para cada conflicto puede existir un camino para su administración o resolución. Este movimiento, pensado originariamente como una alternativa al juicio para resolver los conflictos, actualmente se ha extendido a otros ámbitos de aplicación como el empresarial, laboral, escolar, y otros, ampliando su perspectiva en el sentido de obtener una adecuada gestión de los mismos, entendiéndolo por ello no sólo su resolución sino también su prevención y administración. Los mecanismos R.A.D. pueden ser herramientas útiles en el marco de los conflictos suscitados en diversos ámbitos.

Es necesario encontrar caminos para que la comunidad recupere la credibilidad en el sistema jurídico y asimismo, tenga sensación de suficiente seguridad y confianza en la aptitud de convivencia; pero los caminos deben ser nuevos y no constituir siempre más de lo mismo, especialmente si los resultados existentes demuestran importantes fracasos. De ahí que la mera recurrencia a la solución penal como única manera de enfrentar los conflictos sociales no aparece como respuesta válida a esta altura de los tiempos y hay que pensar en algo polifacético y distinto¹.

2. ¿PORQUÉ SURGE ESTE MOVIMIENTO?

El movimiento R.A.D. surge en la búsqueda de un sistema menos costoso, más conveniente y participativo comparándolo con el proceso judicial, en el afán de resolver los conflictos, en forma más rápida, permitiendo mantener el control sobre el resultado no arriesgándose a una decisión toda-nada que implica una resolución judicial. Hoy día, a nadie escapa la crisis que padece el proceso como vía pacífica de resolución de controversias entre los hombres. Concurren para ello experiencias notables, como la lentitud intrínseca en el sistema y la onerosidad que a diario aumenta la dificultad en el acceso. Además, se hace evidente cierta desconfianza a los hombres de la justicia que perjudica la imagen y desacredita la instancia trascendente que la jurisdicción propone. Hasta se podría afirmar que el regreso a la mesa de deliberación de fórmulas otrora aplicadas son efecto de la desconfianza mencionada².

3. DIVERSOS MECANISMOS R.A.D.

Dentro de los mecanismos R.A.D. se incluyen, entre otros:

- **Negociación:** Es un procedimiento por el cual las partes intentan resolver sus conflictos sin la intervención de un tercero.
- **Mediación:** Es un procedimiento en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a resolver sus conflictos- Es una Negociación asistida por un tercero.
- **Conciliación:** La conciliación está prevista en los Códigos Procesales y se realiza ante el Juez. Existe otra acepción de esta palabra en el sentido de un procedimiento similar al de la mediación en el que el conciliador puede proponer fórmulas de arreglo conservando las partes el poder de aceptarlas o no.
- **Arbitraje:** Es un procedimiento en el cual la decisión de la disputa se delega en un tercero (árbitro). Las partes plantean sus posiciones, se puede producir pruebas o no y se dicta un laudo. De alguna manera comparte similitudes con el juicio aunque permite una resolución más rápida y se da en el campo privado.

Existen además otras formas R.A.D como ser cláusulas MED/ARB, Mini Juicio, Previa evaluación neutral, Ombudsman (Defensor del Pueblo) y otros mecanismos de solución de conflictos.

4. ¿EN QUÉ DIFIERE LA MEDIACIÓN DEL ARBITRAJE?

Las diferencias entre la mediación y el arbitraje surgen del hecho de que, en una mediación, las partes conservan la responsabilidad y el control respecto de la controversia y no transfieren el poder de toma de decisiones al mediador. En términos concretos, ello tiene dos principales consecuencias:

En el arbitraje, el resultado se determina de conformidad con una norma objetiva, la ley aplicable. En la mediación, cualquier resultado se determina por voluntad de las partes. Por consiguiente, al decidir acerca de un resultado, las partes pueden tomar en cuenta una serie más amplia de normas, y en particular, sus intereses comerciales respectivos. Por ello, se dice con frecuencia que la mediación es un procedimiento basado en intereses, mientras que el arbitraje es un procedimiento basado en derechos. El hecho de tener en cuenta los intereses comerciales también significa que las partes pueden decidir del resultado por referencia a su futura relación más bien que únicamente por referencia a su conducta pasada.

Una parte debe convencer al tribunal de arbitraje de lo justificado de su causa. Dirige sus argumentos al tribunal y no a la otra parte. En una mediación, puesto que el resultado debe ser aceptado por ambas partes y no decidido por el mediador, una parte debe convencer a la otra o negociar con ella. Se dirige a la otra parte y no al mediador, aun cuando el mediador pueda ser el conducto de las comunicaciones de una parte a la otra.

Naturalmente, en vista de estas diferencias, la mediación es un procedimiento más informal que el arbitraje.

Se puede combinar la mediación con el arbitraje. En este caso, primero se somete la controversia a mediación. Acto seguido, si no se encuentra una solución dentro del plazo definido (se recomienda que las partes dispongan de 60 ó 90 días), o si una parte se niega a participar o a continuar participando en la mediación, se podría remitir si es voluntad de las partes la controversia a arbitraje para que se dicte una decisión obligatoria o un Laudo Arbitral.

La ventaja del procedimiento combinado reside en que estimula el compromiso de buena fe de ambas partes para proceder a un procedimiento de mediación, puesto que la consecuencia de no alcanzar una solución acordada implicará la aportación de un mayor compromiso financiero y administrativo en el procedimiento arbitral subsiguiente.

¹ HIGHTON, Elena I., ÁLVAREZ, Gladys S. y GREGORIO, Carlos G.; *Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal*, 1ra. Ed., AD-HOC, Buenos Aires, 1998, pág. 18.

² GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo; *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 4.

Manual de mediación. Nociones para la resolución pacífica de los conflictos. (2005).
División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios
Judiciales. (pp. 3-6). Corte Suprema de Justicia de Paraguay.

Lectura 3

La alternatividad en el proceso penal

En esta lectura, tomada del libro *Proceso Penal* de Mauricio Duce J. y Cristián Riego, se presentan algunos conceptos y consideraciones de la alternatividad en torno a la estructuración de un sistema penal moderno y garantista.

En efecto, la discusión acerca de la “alternatividad” surge casi en forma paralela al fuerte cuestionamiento de que ha sido objeto el sistema penal,¹ que puede resumirse en la idea de que éste no sólo no ha resultado ser un instrumento idóneo para resolver el problema de la criminalidad, sino que también porque él mismo ha sido considerado un factor reproductor de ésta, y, además, porque se ha constatado que en su operativa concreta distribuye de manera desigual su aplicación, afectando en grado más fuerte a los sectores socialmente más vulnerables.²

En este contexto, es posible constatar cómo se plantea en forma creciente, especialmente en el ámbito del derecho y la doctrina comparados, la necesidad de estudiar la introducción de nuevas formas de resolución de los conflictos penales o de alternativas distintas a las ya existentes que, por un lado, permitan superar de manera efectiva los innumerables efectos negativos derivados de la utilización del sistema penal, en especial de las penas de encierro, y que, por el otro, se constituyan en una respuesta socialmente más satisfactoria para la comunidad, para la víctima del delito y para el sujeto responsable del mismo.³

La diversificación de respuestas del sistema penal se ha explorado en las distintas etapas que lo componen. Así, por ejemplo, a nivel de criminalización primaria, es posible observar una tendencia creciente hacia la descriminalización de un número importante de delitos, especialmente de la delincuencia denominada bagatelaria,⁴ y el establecimiento de mecanismos conciliatorios prejudiciales anteriores a la intervención formal de las agencias estatales de persecución penal.⁵ Esta tendencia también se ha manifestado en la introducción de alternativas en el procedimiento penal, a través de una serie de instituciones, tales como la posibilidad de acuerdos reparatorios entre autor y víctima y las soluciones de negociación entre el fiscal y el imputado, entre otras.⁶ Finalmente, es posible constatar la introducción de mecanismos alternativos al momento de aplicación de las penas, como lo constituyen las medidas alternativas a las penas privativas de libertad⁷ o la introducción de la reparación como una tercera vía sancionatoria a nivel del derecho penal material.⁸

¹ Un ejemplo de lo anterior, a propósito de la crítica a la pena privativa de libertad y la necesidad de sustituirla por otros mecanismos como la reparación de la víctima, puede verse en Julio Maier, “El Ingreso de la Reparación del Daño como Tercera Vía del Derecho Penal Argentino”, en *El Derecho Penal Hoy*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 27 a 52, especialmente ver p. 46.

² Ilustrativos al respecto son los análisis y propuestas realizados por el movimiento abolicionista y por la criminología crítica. En la corriente abolicionista, ver Louk Hulsman, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Editorial Ariel S. A. Barcelona, 1984. En materia de criminología crítica puede revisarse el trabajo de Alessandro Baratta, *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*, Editorial Siglo XXI, México, 1986.

³ Un claro ejemplo de esta tendencia a nivel de doctrina comparada puede encontrarse en las opiniones vertidas en una entrevista al diario *El Mercurio*, por Claus Roxin. Véase “Los Desafíos de la Reforma procesal Penal”, *El Mercurio*, 8 de septiembre de 1996, pp. E 14 y E 15. También puede apreciarse la misma idea reforzada con abundantes citas bibliográficas en Miguel Soto, “Ministerio Público y Política Criminal”, en *El Ministerio Público para una Nueva Justicia Criminal*, Fundación Paz Ciudadana, Universidad Diego Portales y Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1994, pp. 135 a 157, especialmente pp. 137 a 139.

⁴ Véase Consejo de Europa, *Descriminalización: Informe del Consejo Europeo sobre Problemas de la Criminalidad*, Estrasburgo, 1980, Ediar, Buenos Aires, 1987. Véase también Teresa Armenta Deu, *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*, Editorial PPU, Barcelona, 1991, pp. 25 a 27.

⁵ Véase Myriam Herrera Moreno, *La Hora de la Víctima, Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 241 y siguientes. En Latinoamérica véase Miguel Langón Cuñarro, "Mediación Penal: una Alternativa a la Violencia", en *Revista de Ciencias Penales* N° 2, Montevideo, 1996, pp. 267 a 270.

⁶ Sin perjuicio que este tema será el desarrollo central del presente trabajo, puede verse una visión panorámica de algunos de estos mecanismos consagrados a nivel comparado en Edmundo Hendler, "Justicia Alternativa no Penal: Procedimientos de 'Diversión'", en *Revista de Ciencias Penales* N°2, Montevideo, 1996, pp. 83 a 88, y María Inés Horvitz, "Algunas Formas de Acuerdo o Negociación en el proceso Penal: Tendencias de Derecho Comparado", en *Revista de Ciencias Penales*, tomo XL, N° 2, Santiago, 1994, pp. 27 a 40. Para una visión de este tema en Europa recomendamos revisar Hans Albrecht, *Settlements out of Court: A Comparative Study of European Criminal Justice Systems*, South African Law Commission Research Paper N° 19, 2001, 56 pp.

⁷ Al respecto véase VV.AA. "Acerca de la Cárcel", *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 24, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1993.

⁸ Véase el interesante debate acerca de la introducción de la reparación como tercera vía sancionatoria del derecho penal entre Claus Roxin, "La Reparación en el Sistema de los Fines de la Pena", y Hans Joachim Hairsh, "La Reparación del Daño en el Marco del Derecho Penal Material", ambos en *De los Delitos y de las Víctimas*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1993. También puede revisarse el trabajo de Julio Maier, ob. Cit., cita 1.

Duce, M y Riego, C. Proceso Penal. (pp. 283-284). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Lectura 4

Legitimidad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en México

En esta lectura, extraída del libro *Los Juicios Orales*, Miguel Carbonell analiza los alcances de la reforma constitucional con relación a la legitimidad de la incorporación de mecanismos alternativos en la solución de controversias.

1. MECANISMOS ALTERNATIVOS

La reforma de junio de 2008 incorporó al artículo 17 un párrafo que señala lo siguiente: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

Aunque el texto constitucional no lo señala, los mecanismos que menciona el nuevo párrafo tercero del artículo 17 constitucional son alternativos *al proceso judicial*. Es decir, de lo que se trata es de evitar, por un lado, que los particulares tengan que recorrer la ruta a veces tortuosa y no muy barata de los procesos ante las autoridades judiciales. Desde luego, los particulares tienen derecho a que se les administre justicia por parte de los tribunales, de acuerdo a lo que señala el artículo 17 párrafo segundo de la misma Constitución, que establece el derecho a la tutela judicial efectiva.⁹⁴ Pero el Estado puede y debe proveerles de soluciones que sean más eficaces para resolver sus problemas. Adicionalmente, el nuevo párrafo tercero también tiene por objetivo “descongestionar” el servicio público de administración de justicia, que se encuentra – desde hace décadas – al borde del colapso por sobre-saturación de trabajo de los órganos encargados de su administración.

En materia penal el problema es especialmente grave, ya que existe un porcentaje importante de personas que siguen su proceso en régimen de prisión preventiva, y cualquier dilación en el tiempo les resulta muy gravosa.

Dadas las anteriores premisas, cabe saludar la introducción del párrafo que estamos comentando a nivel constitucional. Al dar tan importante paso México se sitúa en la misma línea de otros países en donde se le han ofrecido a sus ciudadanos soluciones más baratas y veloces que la del proceso judicial, para que las utilicen – si lo estiman pertinente – conforme mejor convenga a sus intereses. Debemos recalcar que los mecanismos alternativos no pueden ser impuestos en contra de la voluntad de los titulares de los derechos que están en juego. Si así fuera, tales mecanismos supondrían una severa regresión en el funcionamiento del Estado de derecho.

Ahora bien, la Constitución precisa claramente algunas obligaciones a cargo del legislador, a fin de hacer efectiva la posibilidad de acudir a medios alternativos: a) por un lado, se deberá regular la aplicación de los medios alternativos (esto se logra, en primer lugar, definiendo qué medios en concreto son aceptados en México, así como las hipótesis concretas en que cada uno de ellos podrá ser aplicado;); b) además, se deberá asegurar la reparación del daño en favor de la víctima; y c) finalmente, el legislador deberá prever en qué casos se requiere supervisión judicial (dicha supervisión deberá darse tanto en el momento de evaluar la procedencia del medio alternativo, como en la fase de su ejecución o puesta en práctica: se trata de una actuación continuada por parte de los jueces).

(...)

Cabe destacar, en añadidura a lo señalado, que las medidas alternativas al proceso pueden y deben funcionar en materias distintas a lo penal. Esto se desprende del mandato que claramente recoge la primera frase del párrafo tercero del artículo 17 constitucional, que no se refiere en exclusiva a las cuestiones de relevancia penal, como sí lo hace la segunda frase del mismo párrafo. Por lo tanto, el legislador en materias como la civil, familiar, mercantil, laboral, administrativa, fiscal; agraria, etcétera, deberá darse a la tarea de crear mecanismos alternativos o mejorar los que ya existan, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Carta Magna.

(...)

Para lograr ese objetivo se debe permitir, como lo hace adecuadamente el artículo 17 de nuestra Carta Magna, que dentro del procedimiento penal existan salidas alternativas que permitan tutelar con prontitud los intereses de las partes involucradas. La experiencia comparada demuestra que en otros países se permiten salidas como la suspensión a prueba del procedimiento, el acuerdo reparatorio, la conciliación y la mediación. La presencia de estos elementos es una constante en todos los países de América Latina que han transitado a un sistema acusatorio.⁹⁶

⁹⁴ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 721 y ss.

⁹⁶ RIEGO, Cristian, "Reformas procesales penales en América Latina: una visión comparada acerca de la implementación y experiencias de innovación", *Actualidad judicial. Revista del poder judicial del Estado de Zacatecas*, año 1, núm. 1, Zacatecas, septiembre de 2007, p. 29.

Carbonell, M. (2010). *Los Juicios Orales en México*. (pp.83-86). México: Porrúa.

LECTURAS ADICIONALES

Las lecturas complementarias aquí sugeridas permitirán profundizar en conceptos vinculados a los métodos alternos a la solución de conflictos. En ellas se abordan conceptos de interés como los desafíos prácticos e institucionales que la mediación penal ha planteado en Chile; los rasgos centrales del concepto de mediación no desde el punto de vista penal, sino de manera genérica; así como la forma en que se han implementado los medios alternativos previstos por la legislación mexicana en contraste con su aplicación en España, Portugal e Inglaterra.

- Díaz Gude, A. *La mediación penal y los acuerdos reparatorios: potencialidades de aplicación y principios involucrados*. Ponencia sobre justicia restaurativa (mediación penal), III Encuentro de Resolución Pacífica de Conflictos, CEJA – JSCA. Santiago de Chile. pp. 1 -16.
- Caram, M.E. (s/a). *Hacia la mediación penal*. (p. 9). Recuperado de www.justiciarestaurativa.org/aroundla/argentina/hacia/at_download/file
- Cuadra, J.G. (s/a). *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos como Solución Complementaria de Administración de Justicia*. (pp. 1-23). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

TEMA 4: MEDIACIÓN

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Christopher Moore, libro *El proceso de mediación*.
- Lectura 2: Elías Neuman, "Una alternativa a la pena de prisión: la mediación penal".
- Lectura 3: Universidad Externado de Colombia y Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., *Capacitación a funcionarios xy formación de ciudadanos de Bogotá como mediadores comunitarios para el Distrito Capital*.
- Tema 4: Yolanda Muñoz y Ma. Eugenia Ramos, "Mediación, escuelas, herramientas, técnicas".

Lectura 1

Resolución de conflictos desde la mediación

Christopher Moore, en su libro *El proceso de mediación*, integra su experiencia personal y su trabajo de investigación para hacer un análisis detallado tanto del proceso mediador como facilitador en la resolución de las diferencias, así como de las actuaciones de los mediadores en su afán de ayudar a las personas en conflictos.

Los conflictos implican luchas entre dos o más personas acerca de los valores, o la competencia por el estatus y los recursos (Coser, 1967). Los mediadores participan en diferentes niveles de conflicto -latentes, emergentes y manifiestos- de acuerdo con su nivel de organización e intensidad. Los *conflictos latentes* se caracterizan por las tensiones básicas que no se han desarrollado por completo y no se han convertido en un conflicto muy polarizado. A menudo, una o más partes quizá ni siquiera tengan conciencia de que exista un conflicto, o de la posibilidad del mismo (Curle, 1971). Los cambios en las relaciones personales en que una parte no tiene conciencia de la gravedad que alcanzó una ruptura, de las futuras reducciones de personal, de los planes que no fueron anunciados con respecto a la sede de una instalación que puede asumir carácter polémico (por ejemplo, una mina o un depósito de desechos), o de los cambios en la política pública que pueden ser impopulares, constituyen ejemplos de conflictos latentes.

Los mediadores (o los facilitadores) que trabajan en la resolución de disputas latentes ayudan a los participantes a identificar a las personas que se verán afectadas por un cambio o las que pueden preocuparse en relación con el problema futuro, y ayudan a desarrollar un proceso de educación mutua acerca de las cuestiones y los intereses en juego, y a colaborar con los participantes para diseñar y quizá aplicar un procedimiento de resolución de problemas.

Los *conflictos emergentes* son disputas en que se identifica a las partes, éstas reconocen que hay una discrepancia, y la mayoría de los problemas son evidentes, pero no se ha procedido a desarrollar una negociación viable o un proceso de resolución de problemas. Los conflictos emergentes encierran cierto potencial de escalada si no se aplica un procedimiento orientado hacia la resolución. Muchas disputas entre colaboradores, las empresas y los gobiernos ilustran este tipo de conflicto. Ambas partes reconocen que hay una disputa, y que puede haber un áspero intercambio verbal, pero nadie sabe cómo afrontar el problema. En este caso, el mediador ayuda a instaurar el proceso de negociación y ayuda a las partes a comenzar la comunicación y el regateo.

Los *conflictos manifiestos* son aquellos en que las partes se comprometen en una disputa dinámica, y pueden haber comenzado a negociar, y quizá incluso llegaron a un callejón sin salida. El compromiso del mediador en los conflictos manifiestos a menudo implica modificar el proceso de negociación o intervención para superar una paralización específica. Los mediadores en las cuestiones laborales, que intervienen en las negociaciones antes de la fecha fijada para iniciar una huelga, trabajan con el fin de resolver conflictos manifiestos. También los mediadores en materia de custodia de hijos en un divorcio generalmente intervienen en disputas totalmente manifiestas.

Moore, CH. (1995). (pp. 47-49). *El proceso de mediación*. Barcelona: Granica.

Lectura 2

Fines y características de la mediación

Esta lectura, tomada del artículo **“Una alternativa a la pena de prisión: la mediación penal”** de Elías Neuman, se exponen los fines y características de la mediación y el perfil necesario en los mediadores; de igual forma, se analiza cómo la mediación permite mejorar la calidad humana de las personas involucradas y llega a constituir una verdadera readaptación social.

VII. MEDIACIÓN PENAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA

La mediación penal constituye un claro ejemplo de lo que alienta y pretende la justicia restaurativa fincada en la armonía entre los hombres y un cabal saneamiento de las desgarraduras que produce el delito en el entramado social. Se propone una formulación alternativa del proceso penal y de la pena sobre la base del reconocimiento de la víctima en nivel protagónico. En el caso concreto de la mediación penal, se trata de que las partes retomen o reasuman el conflicto de pleno acuerdo y sin agresión. De ahí que el mediador debe ser una persona de acendrado equilibrio y vocación, al margen de las disciplinas sociales y técnicas que debe conocer.

No es sencillo recomponer las relaciones sociales o entablar nuevas entre las partes del conflicto, pero tampoco imposible. Las partes que aceptan la mediación deben estar imbuidas de efectuar una conciliación o arreglo que puede ser sólo resarcitorio o ir aún más allá, ingresando en la justicia restaurativa, formulando explicaciones que implican un avance en el logro de la comprensión de lo ocurrido y, acaso, constituyan pasos para la reconciliación, en casos en que el victimario solicita o la víctima ofrece, el perdón.

Resulta axiológico a la justicia restaurativa el interés por el otro. Es la vuelta, el regreso, a lo solidario, aunque constituya una respuesta no abordada en estos tiempos. Una suerte de *paideia* griega traducida en la voluntad estatal de promover los valores de los máximos derechos humanos: vida y dignidad.

El conflicto asume notable vitalidad con el tratamiento directo por las partes. Es imprescindible contar, vale insistir una y otra vez, con buena planificación y mediadores de gran calibre humano y formación técnica, capaces de asegurar a cada paso un especial e indispensable equilibrio que se acerque y, al fin, arribe, a lo justo sin coerciones, con respecto a los partícipes de la mediación... Es que una de las matrices de la mediación penal y la justicia restaurativa reside en que quien resultó damnificado sea resarcido y que el victimario descubra los abrumadores efectos de su acto ilícito. Si el victimario no tuviese dinero, la reparación podría efectuarse en trabajos para la víctima o bien –si esta presta acuerdo- para la comunidad. Se ha constatado que la víctima no siempre desea un resarcimiento material y en dinero, sino que se le pida perdón y la promesa o el compromiso de no reincidencia.

(...)

Para la justicia restaurativa tan sólo la circunstancia de que se reconozcan los hechos –no ya el arrepentimiento- puede ser el origen de un nuevo camino. La alternativa de la mediación penal y la posible conciliación entre las partes, imprime nuevos bríos a la readaptación social que deja de ser una estéril repetición de principios.

La aproximación y el reconocimiento de su "víctima" da al infractor la posibilidad, de sentir pulsiones humanas que lleven a la reflexión; de manifestarse con autonomía, circunstancia que lo ubica en un plano propicio para asumir su obligación, desde que ha aceptado participar en la mediación (...) Es que esa aceptación implica un reconocimiento tácito de la ocurrencia de los hechos. De lo contrario no la aceptaría...

Ese acercamiento y la adhesión que ha prestado al resarcimiento material o simbólico, resulta mucho más importante que un tratamiento carcelario. La conciencia del perjuicio, al religarse en un diálogo con su víctima suele producir, según las experiencias recogidas en varios países, una suerte de inquietud y consternación profunda, al margen del resarcimiento que deba prestar. Y, cabe repetir: no hay readaptación sin un profundo arrepentimiento. Es un procedimiento que, con ligeras variantes, se encuentra en el dogma o la doctrina social de las religiones hebrea y católica.

No se buscan conductas estelares, sólo dar la posibilidad de que el nexo que se establece con la víctima, devuelva a las partes la oportunidad de recrear vínculos de humanidad. Tampoco en la mediación se juzga la culpabilidad ni se acopian pruebas...de ahí que el victimario no se siente marginado sino incluido dentro del espíritu de la mediación y tal circunstancia la sitúa como una formulación de prevención del delito pues se entiende que conocer los efectos abrumadores de hechos penales debería conducir a no reiterarlos. Los actores del drama penal, por propia decisión, deben superar el horror causado y soportado.

Se ha dicho que cuando se arriba a la conciliación, las partes crecen. Dar la cara en problemas interpersonales o intersubjetivos, implica demostrar la capacidad de cooperar, de solucionar y suprimir conflictos. Desandar lo vivido enseña a escuchar y descubrir al otro. La oportunidad de reconstruir la trama permite proyectar un mejor entendimiento pero también dan la posibilidad de que se religuen lazos en niveles impensados. Se reanudan, se atraen, se robustecen vínculos, se descubren errores, se corporizan hallazgos, las ganas del otro, que definen, al fin, a la estirpe humana.

Se cierran círculos de aproximación a la justicia. A la verdadera justicia, más humana, más preservadora y reparadora que cualquier contienda tribunalicia. Es que la mediación penal se inscribe en las ideas del derecho penal mínimo pues entraña la desjudicialización que implica el retorno del conflicto a las partes que lo protagonizaron.

Neuman, E. (2007). Una alternativa a la pena de prisión: la mediación penal. Temas penales diversos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal. Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 22-24, 31-32.

Lectura 3

Etapas de la mediación y habilidades

En esta lectura, extraída del manual Capacitación a funcionarios y formación de ciudadanos de Bogotá como mediadores comunitarios para el Distrito Capital. Proceso de mediación y habilidades del mediador, se presenta un esquema que relaciona las etapas del proceso de mediación, las tareas del mediador en cada una de ellas y las habilidades que debe poseer el mediador para el éxito de dicho proceso.

| EL PROCESO DE MEDIACIÓN | TAREAS DEL MEDIADOR | HABILIDADES DEL MEDIADOR |
|---|---|---|
| 1. Preparación de la sesión de mediación: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Decisiones sobre cuándo, dónde y quienes participarán ▪ Hipótesis acerca del caso con base en la información disponible | <ul style="list-style-type: none"> ◆ Planear la sesión de mediación ◆ Visualizar hipotéticamente el caso ◆ Decidir a quiénes convoca, cuándo, dónde y para qué. | <ul style="list-style-type: none"> ✓ Darse cuenta de los propios sentimientos, prejuicios, ideas y actitudes ✓ Expresar y controlar sus emociones ✓ Diferenciar sus propias creencias y deseos de los de los demás ✓ Ser prudente |
| 2. Sesión de mediación: <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Conocimiento de los participantes y establecimiento de contacto: Apertura 2.2. Definición del contexto de mediación 2.3. Acuerdos entre los participantes para entrar al proceso 2.4. Presentación del conflicto por las partes 2.5. Análisis del conflicto 2.6. Análisis de las soluciones intentadas, deseadas y viables 2.7. Elección de soluciones, acuerdos y compromisos 2.8. Cierre pedagógico | <ul style="list-style-type: none"> ◆ Establecer contacto interpersonal y abrir la comunicación ◆ Proponer las condiciones del contexto ◆ Generar acuerdos sobre condiciones para la sesión de mediación ◆ Preguntar e intervenir para obtener información relevante ◆ Formular nuevas versiones sobre el conflicto y las soluciones ◆ Proponer soluciones y acuerdos a consideración de las partes ◆ Dar reconocimiento y connotar positivamente | <ul style="list-style-type: none"> ✓ Observar el lenguaje verbal y no verbal ✓ Observar procesos interaccionales ✓ Diferenciar el contenido del proceso interaccional ✓ Hacer lecturas interaccionales del conflicto y de las situaciones dentro de las sesiones ✓ Generar ambiente de confianza, escucha y aceptación del otro ✓ Recibir y contener las emociones de los demás ✓ Dar reconocimiento ✓ Connotar positivamente los problemas ✓ Definir el contexto de la relación: "encuadre" ✓ Formular preguntas lineales y circulares, directas, indirectas ✓ Expresar sus ideas con precisión |

| | | |
|--|--|--|
| <p>3. Seguimiento y evaluación de los efectos de la mediación: cierre del caso, reapertura, continuación</p> | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Evaluar el cumplimiento y los efectos de los acuerdos ▪ Repetir el proceso anterior según las necesidades | <ul style="list-style-type: none"> ✓ Formular hipótesis contextuales sobre el conflicto y sobre las soluciones intentadas y viables ✓ Resumir ✓ Comunicar en diversas formas un mismo mensaje ✓ Usar metáforas acerca de las personas, las situaciones y las relaciones ✓ Recontextualizar ✓ Visualizar escenarios propicios para la solución y el cambio. |
|--|--|--|

Manual Capacitación a funcionarios y formación de ciudadanos de Bogotá como mediadores comunitarios para el Distrito Capital. Proceso de mediación y habilidades del mediador. (pp. 24-25). Universidad Externado de Colombia y Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Lectura 4

Destrezas para la mediación

En este artículo, Yolanda Muñoz Hernán y Ma. Eugenia Ramos Pérez plantean las habilidades necesarias en un mediador para que el proceso de mediación sea exitoso. Las autoras destacan la importancia de la empatía, la escucha activa, algunos tipos de preguntas que buscan la solución del conflicto y la conversión de las posiciones por los intereses y necesidades.

Funciones, habilidades y técnicas de la persona mediadora

Una parte del éxito del proceso de mediación descansa en las habilidades y herramientas que maneje la persona mediadora.

A continuación se recogen las más significativas.

Empatía

La empatía se define como la habilidad para captar los sentimientos y necesidades de la otra persona. Se suele definir como "ponerse en los zapatos ajenos / en la piel del otro". Lo contrario a la empatía es la invalidación, que es lo que sucede cuando se manifiesta un sentimiento y se rechaza, corrige o bien se niega la posibilidad de sentirse así "no deberías estar triste".

Una cuestión clave de la empatía es la escucha, realizar una buena escucha activa, "escuchar con todos los poros de la piel".

La empatía se muestra con la mirada, invitando al dialogo a través del contacto visual. Haciendo sentir a la persona escuchada, con gestos de asentimiento etc... Concentrándonos en lo que está diciendo, y escuchar, evitando dar nuestra opinión, para ello liberar la mente y centrarnos en lo que dice. Mostrando cercanía física sin ser invasiva. Parfraseando (en el siguiente punto se desarrolla este concepto).

(...)

Escucha Activa

La escucha activa resulta fundamental para la creación de la relación, de la confianza y transmitir a la otra persona interés y empatía. Esta escucha se caracteriza por definir adecuadamente el marco (contexto) en el que se va a propiciar la relación (clarificando tipo de rol de cada persona) y por tanto la comunicación.

La esencia de la misma es el interés que muestran ambas partes por ir construyendo un intercambio eficaz y creativo a partir de lo que aporta a la relación, obliga a cada uno a ponerse en la posición del otro y por tanto a incorporar nuevos puntos de vista.

(...)

Observación directa: Atención a la comunicación no verbal.

Toda comunicación se podría desmembrar en comunicación digital (lenguaje verbal) y comunicación analógica (lenguaje o comunicación no verbal). Y la comunicación analógica, a su vez, en lenguaje corporal (gestos, expresiones faciales, miradas, distancia, proximidad corporal...) y en meta o paralenguaje (todo aquello que se realiza con la voz, ritmo, entonación, cadencia...).

La comunicación analógica es mucho más arcaica y más irracional, resulta más complejo intentar controlar lo que se transmite por esta vía.

Identificar este lenguaje corporal y la información que envía tanto al equipo mediador como a la otra parte, así como las incongruencias (diferencias o contradicciones entre la comunicación verbal y no verbal) proporcionarán puntos clave para el proceso y será un termómetro sobre los bloqueos o actitudes en torno al desarrollo del proceso.

Legitimizar.

Siguiendo a Díaz y Tapia (1999), entendemos por legitimación, crear un contexto de confianza en mediación para que las personas puedan acceder a la participación y reconocer sus derechos.

(...)

Secuencia de la legitimación en mediación.

Las personas mediadoras tenemos que comenzar legitimando, Díez y Tapia (1999) nos proponen comenzar.

Legitimar para nosotros mismos a cada persona: legitimación interna que realiza la persona mediadora, si no hacemos el esfuerzo de legitimar a cada una de las partes, creernos que tienen la legitimidad, difícilmente podremos seguir adelante con el proceso, a lo largo del mismo se evidenciará lo que pensamos.

Legitimar a cada persona frente a sí misma Empowerment⁶ también denominado empoderamiento, solo de este empowerment nacerá la:

Legitimación entre las partes (reconocimiento), reconocer a la otra parte.

Generar Confianza

El proceso de mediación tiene entre sus objetivos generar confianza en el proceso, en la figura del mediador o mediadora, en la otra parte y en sí mismos, de forma que las partes continúen apostando e involucrándose en el proceso.

(...)

Imparcialidad-Neutralidad- Deneutralidad

Una de las características de la mediación es la imparcialidad, neutralidad o deneutralidad. En líneas generales se emplean estos tres términos que han ido evolucionando conforme lo ha ido haciendo la disciplina. Algunos autores y autoras los emplean como sinónimos otras, en cambio, reclaman ser estrictos con el término.

(...)

Preguntar en Mediación: Tipos de Preguntas

Preguntas abiertas

En la pregunta abierta se le da la posibilidad a la interlocutora de responder en forma amplia, sin restricciones. Las preguntas abiertas comienzan por palabras como quién, qué, para qué, por qué, cuándo, dónde, cuál, cómo.

Ejemplos: ¿qué es lo que no satisface? ¿Qué quieres lograr? ¿A qué atribuyes la situación que describes? ¿Cuáles son las causas?

(...)

Preguntas cerradas

La pregunta cerrada restringe al interlocutor a responder sí o no. Ejemplos: ¿Vas a comprar? ¿Quieres ir? ¿Te gusta ir al monte?

Por la misma razón que la pregunta abierta tiende a crear relación, la pregunta cerrada tiende a romperla, pues sólo da dos opciones, bloqueando que emerja toda la información que la persona interlocutora tiene disponible.

(...)

Preguntas circulares

Las preguntas circulares, nacen de la teoría sistémica e implican que no hay causa efecto, sino que las causas y efectos se encuentran "circularmente unidos". Es una forma de conectar las acciones como parte de una historia o de una narración. Entre sus efectos, liberar de la culpa y promocionan la relación.

(...)

Preguntas descriptivas circulares: Se utilizan para explorar comportamientos. Por ejemplo:

¿Qué hace Ana mientras los chavales están en la plaza?
¿Qué hace su familia mientras Maider y tú discutís por los ruidos en la escalera?

Preguntas reflexivas circulares: Estas preguntas producen una "interacción facilitadora", su efecto sería generativo y creativo.

¿Qué crees que a Luis le ayudaría a ver qué quieres solucionar el tema?
¿Cómo crees que esta situación está afectando a Aitor?

Preguntas circulares que abren nuevas vías:

¿Qué piensas que es lo que la otra parte no puede escuchar de lo que estás diciendo?
¿Qué piensas que es lo que la otra parte te ha estado queriendo decir y que tú no has podido escuchar?

Reformular, Reencuadrar y Connotación Positiva

Todas estas técnicas provienen de distintas teorías, narrativas, construccionismo social, teoría sistémica etc... en función de la formación de base se denominará de una manera o de otra.

En esencia son lo mismo, aunque tenga pequeños matices:

Reencuadrar: Como su nombre indica, mostrar la realidad desde otro marco, mirarlo desde otra perspectiva, tanto los hechos, como el contexto en el que se desarrolla y/o los protagonistas.

Reformular: Formular los hechos buscando los conectores (elementos que unen a las partes en conflicto) y también las diferencias.

Connotación positiva: tratar de ayudar a que se vea que detrás de algunos hechos u acciones

puede haber una voluntad positiva. Teniendo cuidado de no querer mostrar un “cuadro rosa” donde no lo hay, ni de quitar hierro o importancia a acciones que para la otra parte tienen gran importancia. En esta connotación positiva no perder de vista los valores de cada una de las partes.

Pasar de posiciones a intereses – necesidades – valores

Las partes al proceso de mediación suelen traer el discurso de las posiciones, que normalmente es el lenguaje que se maneja en los conflictos, transformar este lenguaje de posiciones a intereses, necesidades y/o valores es una de las primeras acciones que el equipo mediador tendrá que realizar.

El objetivo al pasar el discurso a intereses es abrirlo, que cada parte (incluso en algunos casos, ellas mismas) puedan verlo desde otra perspectiva y porque además, en el discurso de los intereses pueden verse satisfechas todas las partes mientras que el de las posiciones difícilmente se podrá realizar puesto que suelen ser excluyentes.

(...)

Manejo del silencio

El silencio puede ser considerado como un elemento comunicativo⁸ más, que proporciona datos. Sin embargo también puede ser considerado un fuerte estresor. Transformar esta fuente de estrés en una herramienta transformadora pasa por preguntarnos:

Cómo me sitúo yo frente a los silencios:

Es algo que me incomoda y rápidamente pienso en que tengo que buscar un tema de conversación porque... O bien,

¿En qué momentos me sucede? ¿Con qué lo relaciono?

Qué ha motivado el silencio:

Están pensando

Se ha producido una autocensura ¿frente a qué tema?

Ha habido una orden secundaria que manda callar ¿de quién y frente a qué tema?

⁶ En mediación se habla de Empowerment o de empoderamiento como la capacidad individual de cada persona para “hacerse cargo de su vida”. Este término importado del mundo anglosajón no tiene un término equivalente en castellano y se traduce como empoderamiento, es una mezcla de autoestima, asertividad e independencia.

⁸ Primer axioma de la comunicación humana.

“No es posible no comunicarse”: Toda conducta (verbal, postural, tonal, etc.) es comunicación.

No hay nada que sea lo contrario de la conducta. Silencios, inactividad, ausencia de atención etc., son conductas y por lo tanto COMUNICACIÓN, es decir, influyen en los demás.

Muñoz, Y. y Ramos, M. (2010). Mediación, escuelas, herramientas, técnicas. España: Gizagune Fundazioa. (pp. 27, 29 – 34). Recuperado de:
<http://www.fundacion.gizagune.net/uploads/material/42ff4b80435ab217de7118527ccf51fd.pdf>

LECTURAS ADICIONALES

Las lecturas complementarias aquí sugeridas permitirán profundizar el tema de las destrezas para la mediación y la conciliación. En ellas se abordan conceptos de interés como la terminología, peculiaridades, principios y atributos de la conciliación y la mediación como medios alternativos de solución de conflictos; las figuras de la conciliación y del arbitraje en Guatemala; y un análisis de la vía de la alternatividad en la solución del conflicto penal.

- Rivero Ortiz, I. (2011). *Conciliación y mediación penal; mecanismos alternos de solución de conflictos*. El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional. (pp. 211-233). México: Consejo de la Judicatura Federal.
- Chacón, M. R. (1994). *Instituciones No Jurisdiccionales Conciliación, Arbitraje y Ombudsman*. (pp. 907-931). *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Universidad Autónoma de México.
- Olvera, J.J. (2011). *Alternatividad y Oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio*. *Revista del Consejo de la Judicatura Federal*, México, pp.185 - 209.

TEMA 5: JUSTICIA RESTAURATIVA

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Louk Hulsman y Jacqueline Bernat, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*.
- Lectura 2: Howard Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*.
- Lectura 3: Antonio Beristain, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*.
- Lectura 4: Tony Marshall, *Restorative Justice An Overview*.

Lectura 1

La víctima y la reconciliación

En la parte que se transcribe del libro de referencia, sus autores comentan la importancia de recurrir y fomentar prácticas que respondan a la necesidad que tiene la víctima, para que de forma pacífica se le dé una respuesta satisfactoria al daño sufrido y logre recuperar la paz. De igual forma, ejemplifican cómo algunas sociedades “primitivas” acostumbran afrontar los delitos, para que sin requerir la intervención de una autoridad, se logre la recuperación de la víctima y la reconciliación social.

46. LAS VÍCTIMAS: SUS EXPECTATIVAS

Desde junio de 1980 funciona en el Tribunal de París un servicio de recepción para las víctimas y los testigos, el cual ofrece un campo de observación muy característico sobre el comportamiento corriente de las «víctimas».

En primer lugar, los responsables de este servicio se percataron de que los consultantes no hacían diferencias entre un asunto civil y un asunto penal. El servicio está concebido, en principio, para las víctimas de un *delito*. Tal es su razón de ser. Pues bien, a él acuden espontáneamente muchas personas que no tienen siquiera la idea de *perseguir* a quien sea, aunque se estimen *víctimas* de toda clase de hechos, malas acciones, comportamientos o situaciones que encuentran insoportables. Este servicio ha demostrado, sin proponérselo, que el público no se reconoce en las distinciones puramente jurídicas del sistema. Y esto se comprende. ¿Cómo saber si, en relación con un perjuicio dado, la ley sólo da la posibilidad de dirigirse a un juez civil para reclamar la indemnización correspondiente o si aquélla *permite* además ejercer el derecho de *hacer castigar* al responsable de este perjuicio? Ni siquiera el criterio de gravedad, por lo menos de acuerdo con el sentido común, sirve para distinguir. Cuando, por ejemplo, un gran supermercado es «víctima» del hurto de mercancías que se exhiben en las estanterías, se trata de un asunto *penal*. Pero cuando un asalariado es víctima de una rescisión abusiva del contrato de trabajo, sólo existe un asunto *civil*. Sin embargo, ¿no es acaso el segundo el acto que ha tenido consecuencias más graves en la vida de ciertas personas? ¡Vaya usted a reconocer cuándo corresponde hablar de delito!

De hecho, aquello de que se quejan las personas que vienen a consultar a dicho servicio no implica generalmente comportamientos previstos en el código penal. Son situaciones cuya solución, si debe tener lugar por intermedio de una instancia exterior a los interesados, es referida por la ley a la competencia de los tribunales civiles.¹⁹ Se ven desfilar en este servicio, por ejemplo, a personas que se consideran víctimas de la incompetencia de su dentista, de la negligencia de su abogado, de exigencias ilegales de su arrendador, de un deudor insolvente o de un corredor de propiedades poco honrado, de la lentitud de la justicia, de la voracidad de un recaudador de contribuciones, de un patrono que no les paga una indemnización debida, etc. A veces, raramente, ciertos hechos admiten una calificación penal que no es siempre percibida o subrayada por el consultante, cuyas explicaciones son, en ocasiones, sorprendentes, como las de aquel habitante de una villa en un barrio residencial de París a quien le robaron durante las vacaciones y se quejaba menos del robo que de lo que él llamaba «el desinterés del comisario por su asunto».

Segunda observación: Las personas que vienen a este servicio no tienen nada especialmente agresivo. No exteriorizan un ánimo vengativo. Han venido a hablar del perjuicio que sufrieron, simplemente con la esperanza de hacer cesar la situación que experimentan y recobrar, si procede, su dinero. Lo que quieren estas víctimas es obtener reparación y volver a encontrar la paz. Es también hallar a alguien que los escuche con paciencia y simpatía.

Ésta es, tal vez, la revelación más inesperada de este tipo de experiencias. La gente en dificultades y que sufre un pesar tiene necesidad, antes que nada, *de alguien que la escuche*. Cuando personas comprensivas y amistosas les permiten expresarse largamente y situarse mejor en sus conflictos, algo de su problema ha sido ya resuelto.

47. LA DIMENSIÓN SIMBÓLICA DE LA PENA

Es muy grave la afirmación, en el plano de los *principios*, de que el delincuente debe ser castigado para que la víctima recobre la paz. Se aborda aquí un asunto metafísico que puede unirse a otras preguntas tales como: ¿Es el hombre, por naturaleza, bueno o malo? ¿Tiene el hombre necesidad de vengarse, de responder a la violencia con la violencia? Si así fuera, los procedimientos pacíficos correrían el riesgo de no alcanzar el éxito o de ser desbordados. En un momento dado resurgiría la violencia.

No quiero entrar en una discusión teórica. A cada uno corresponde responder por sí mismo a las cuestiones de naturaleza filosófica. Pero lo que sí afirmo es que, *si se apuesta a la posibilidad de detener el encadenamiento del mal indefinidamente reproducido, todas las renovaciones son posibles*. Digo que, *si el espíritu de venganza tiene que expresarse necesariamente, puede ser canalizado de manera distinta que la propia del sistema punitivo*.

En el *nivel medio* o en el *nivel micro* de las relaciones sociales, en que las personas viven sus expectativas más personales, pueden hallarse formas punitivas *humanas* en la medida en que sean comprendidas y aceptadas por las personas en cuestión. Y si, en ciertos casos, los interesados quieren apelar a una justicia *macroestatal*, que funciona al modo *civil*, las molestias, las mortificaciones, las soluciones pecuniarias apremiantes que ese tipo de procedimientos supone, así como sus secuelas, *pueden* tomar ante los ojos del demandante una significación retributiva satisfactoria.

Cuando se pretende legitimar el sistema penal mediante la afirmación de que ejercita la venganza colectiva, se olvida que este sistema sólo representa una expresión histórica, muy circunscrita en el tiempo y el espacio, de su supuesta necesidad. En la Edad Media y hasta el siglo XIII, la mayor parte de los conflictos entre las personas se resolvían en el marco compensatorio. En la medida en que la gente quería vengarse, lo hacía dentro de ese sistema.²⁰

Contrariamente a lo que determinada lectura de la historia hace creer, no se observa una progresión lineal en el tiempo hacia formas más benignas de reacción. Ésta se ha hecho más cruel cuando los poderes se han centralizado. Aparece sin vinculación con el llamado deseo de venganza, que no explica en absoluto las variaciones o los grados de la respuesta social. La historia y la antropología señalan claramente que la evolución de la «práctica del castigo» en un contexto estatal (que es la definición misma del sistema penal) se apoya en realidad en factores muy diversos de la necesidad de venganza de la víctima, y que esta evolución se ha justificado principalmente a través de otro tipo de legitimaciones. Ellas permiten también afirmar que no es la duración o el horror del sufrimiento infligido lo que calma al que eventualmente reclama venganza, sino la dimensión *simbólica* de la pena, es decir, el sentido que se le atribuye en cuanto reprobación social del hecho.

(...)

51. LOS CAMINOS DE LA CONCORDIA

Se considera demasiado a menudo a las sociedades llamadas primitivas como si fueran subcivilizaciones, sociedades que no han llegado aún a nuestros niveles occidentales. Sería mucho más

exacto situarlas en un orden distinto del nuestro en que las estructuras, las ideologías fundamentales y las mentalidades están animadas por otros principios. Y deberíamos pensar, por ende, que estas sociedades no constituyen formas de transición en una marcha evolutiva hacia nosotros. Así, en lugar de mirarlas con conmisericordia y de tratar de hacerlas entrar en nuestros sistemas, podríamos aprender o reaprender de ellas ciertas dimensiones de la convivencia que marcan a nuestras sociedades de hoy.

Un antropólogo, Michel Alliot, explicaba un día que *nuestra* noción de «crimen» es, en verdad, desconocida en las civilizaciones primitivas. Daba dos ejemplos, uno tomado de las sociedades africanas y el otro de los esquimales de Quebec. En la mentalidad bantú -decía-, lo que importa cuando alguien ha matado no es que él mismo sea matado a su vez, o castigado, sino que efectúe una reparación trabajando para la familia de la víctima. Las consecuencias de un homicidio son civiles, no penales, y la concordia no viene del castigo, sino de la reparación.

En la parte del globo situada cerca del polo norte, entre los *inuits*, ¿qué pasa cuando un conflicto no es arreglado directamente por los afectados, incluso cuando se produce la muerte de un hombre? Las personas o las familias interesadas organizan entre ellas un *duelo de cantos*. Cada día, cuando llega el invierno, un grupo apostrofa al otro con cantos satíricos, y el segundo responde del mismo modo. Los asistentes anotan los puntos. Pierde el grupo que no halla nada que replicar. Pero entonces se produce la reconciliación, que se celebra con una comida en común. Esta costumbre, extraña para nuestras mentalidades europeas, es psicológicamente sana, comprobaba el antropólogo, ya que permite descargar fácilmente la agresividad de los dos grupos.

Hablaba también de las sociedades del Magreb, en que los asuntos se discuten sin fin «en el vientre del pueblo», hasta que la unanimidad se logre sobre la mejor manera de arreglar el conflicto. Pues bien, hacía notar él, estas modalidades de arreglo del conflicto no son enteramente desconocidas entre nosotros. Cuando se hace la arqueología de una sociedad occidental, se encuentra en ella viviente y escondida bajo las instituciones estatales, que centralizan y uniforman, una especie de dinamismo original de arreglo de los conflictos que se asemeja al de las sociedades «naturales».

Entre nosotros, el «vientre del pueblo» es el barrio, el comité de padres de alumnos del colegio de educación secundaria, el consejo de una empresa, una asociación de pescadores con caña, la unión local de consumidores, tal club deportivo, etc., en el seno de los cuales hallan muchos conflictos, de hecho, un arreglo definitivo. No hay que desear la desaparición de estas prácticas, sino, por el contrario, hay que favorecerlas poniendo a disposición de los interesados las vías que permitan recurrir a ellas.²³

¹⁹ La gran división jurídica que distingue el ámbito penal del civil sitúa en este último los asuntos de la competencia administrativa, del trabajo, etc.

²⁰ Aferrado a la idea de que es preciso «vengar a las víctimas del delito», el discurso oficial descuida a menudo una expectativa más urgente: el mantenimiento a distancia de aquellos cuyo comportamiento produce inquietud.

²³ La perspectiva que aquí se indica no aporta, por cierto, una solución elaborada para el problema de las *desigualdades en las relaciones de fuerza* entre los que se encuentran implicados en un conflicto. Habría que observar que lo que corresponde no es hablar, simplemente, de «desigualdad», sino de «desigualdad en las relaciones de fuerza». En efecto, si se admite que la desigualdad profunda de los seres, es decir, su diversidad y su singularidad, constituye el germen mismo de la vida, toda vida social que se quiera rica y no enajenada debe ser construida a base del principio de esta desigualdad. Pero la desigualdad, fecunda en este sentido, puede ser pervertida por una *desigualdad en las relaciones de fuerza* entre los que se encuentran implicados en un conflicto.

El marco institucional está parcialmente legitimado, en nuestras sociedades, por la idea de que este marco permite igualar las diferencias en las relaciones de fuerza. En lo que respecta al sistema penal, tal visión es completamente falsa. Todas las investigaciones indican que, por el contrario, este sistema refuerza considerablemente las desigualdades en las relaciones de fuerza existentes. Así pues, puede afirmarse que es imposible remediar esta situación en el marco de dicho sistema y que su abolición, en cambio, traería consigo un mejoramiento. Las diferencias en las relaciones de fuerza son menores, en efecto, cuando la gente se enfrenta cara a cara porque las desigualdades verificadas no son absolutas y sólo conciernen a algunos aspectos de estas relaciones de fuerza. También determinadas desventajas resultan anuladas en una situación cara a cara.

No se pretende, sin embargo, que el mejoramiento que debe acarrear la abolición autorice para decir que la relación cara a cara constituye la respuesta al problema solicitado cuando se trata de sociedades muy estratificadas. Las vías a que puede recurrirse, arriba mencionadas, pueden tal vez, en combinación con otros factores, influir en la buena dirección. Tal es el sentido de lo que aquí se postula.

Hulsman, L. y Bernat, J. (1994). Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa. (pp. 107 – 110, 116 – 118). Barcelona: Ariel.

Lectura 2

Modelos de la justicia restaurativa

En esta lectura, extraída de *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Howard Zher refiere tres modelos que predominan para la práctica de la justicia restaurativa y señala los principios fundamentales que permiten comprender de forma integral dicha práctica

Los principales modelos a menudo incluyen un encuentro entre las partes

Hay tres modelos diferentes que han tendido a dominar la práctica de la justicia restaurativa: las conferencias víctima-ofensor, las conferencias familiares y los círculos. Sin embargo, estos modelos se han ido entremezclando cada vez más. Por ejemplo, las conferencias familiares pueden valerse de la técnica del círculo, al tiempo que se están desarrollando nuevas formas que incluyen elementos de los tres modelos para su aplicación en ciertas circunstancias particulares. También es posible que se usen varios modelos para un solo caso o situación. Por ejemplo, se puede realizar un encuentro víctima-ofensor como paso preparatorio para un círculo en el cual se fijará la sentencia.

Sin embargo, todos estos modelos tienen importantes elementos en común. Debido a estas similitudes, a veces se les clasifica como tipos diferentes de conferencia restaurativa.

Cada uno de estos modelos incluye un encuentro entre las principales partes involucradas, víctima y ofensor como mínimo, y tal vez con otros miembros de la comunidad y del sistema judicial también. A veces, si resulta imposible o inapropiado realizar un encuentro entre una víctima específica y su ofensor, se puede usar representantes o sustitutos. A veces se usan cartas o grabaciones de video a modo de preparación para un encuentro directo o como una forma de reemplazarlo. No obstante, todos estos modelos contemplan algún tipo de encuentro; de preferencia, uno que sea cara a cara.

Estos encuentros se realizan bajo la dirección de facilitadores que guían y supervisan el proceso, buscando siempre el equilibrio entre los intereses de las distintas partes. A diferencia de los árbitros, los facilitadores de las conferencias y círculos no imponen acuerdos. Cada modelo le brinda a los participantes la oportunidad de explorar hechos, sentimientos y resoluciones. Se les anima a compartir sus historias, hacer preguntas, expresar sus sentimientos y esforzarse por lograr resultados aceptables para todos.

(...)

Conferencias Víctima-Ofensor

Las conferencias víctima-ofensor involucran principalmente a las víctimas y a los ofensores. Después de remitido el caso, se trabaja individualmente con cada una de las partes. Luego, una vez obtenido su consentimiento, se reúnen en una conferencia. Un facilitador capacitado organiza y dirige la reunión y guía el proceso de manera equitativa.

Muchas veces se logra la firma de un acuerdo de restitución, pero esto no es tan frecuente en casos graves de violencia. También es posible que participen los familiares de víctimas y ofensores; pero por lo general se considera que tienen un rol secundario, simplemente de apoyo. Algunos representantes de la comunidad pueden servir como facilitadores y/o supervisores del programa acordado, pero generalmente no participan en las reuniones.

Conferencias familiares

Las conferencias familiares amplían el círculo de participantes, incluyendo a familiares u otras personas que sean importantes para las partes directamente involucradas. Como se ha tendido a usar este modelo para ayudar a los ofensores a asumir la responsabilidad por sus acciones y a cambiar su comportamiento, los familiares del ofensor son particularmente importantes, al igual que otros miembros relevantes de la comunidad. Sin embargo, la familia de la víctima también es invitada a participar. En algunos casos, y especialmente cuando las conferencias tienen la posibilidad de influir en el fallo final del caso, también puede estar presente un representante de la justicia penal (un oficial de policía, por ejemplo).

(...)

Al igual que el mediador de una conferencia víctima-ofensor, el coordinador de una conferencia familiar debe tratar de ser imparcial, manteniendo siempre el equilibrio entre las inquietudes e intereses de ambas partes. Sin embargo, él tiene la responsabilidad adicional de asegurar el desarrollo de un plan que se ocupe tanto de las causas como de la reparación de la ofensa, que establezca adecuadamente la responsabilidad del ofensor y que sea realista en cuanto a su ejecución.

Aunque la comunidad no está incluida de manera explícita, estas conferencias son más incluyentes que las del modelo víctima-ofensor. Los miembros de la familia del ofensor son esenciales y tienen roles muy importantes en las conferencias familiares (de hecho, se le considera como un modelo de potenciación de la familia). Las víctimas pueden traer a sus familiares o a alguien que defienda sus derechos. También puede estar presente un abogado especial o un defensor de menores, al igual que otras personas que puedan apoyar a los involucrados. Además, dado que en Nueva Zelanda la policía desempeña el rol de la fiscalía, sus representantes deben estar presentes también.

(...)

Podemos decir, entonces, que las conferencias familiares amplían el círculo de participantes, incluyendo a familiares u otras personas clave para los involucrados, y tal vez a funcionarios del sistema de justicia. Por lo menos en el modelo neocelandés, una conferencia puede incluir un consejo familiar, mientras que el facilitador puede ejercer un rol más amplio y tal vez menos —"neutral" que en una conferencia víctima-ofensor. Las conferencias familiares, también conocidas a veces como conferencias comunitarias o conferencias de responsabilidad, se encuentran en etapa de experimentación y adaptación en varios países.

Círculos

La práctica de los círculos surgió originalmente en las naciones aborígenes de Canadá. La corte del juez Barry Stuart fue la primera en reconocer a un círculo en un fallo oficial. El juez Barry ha preferido describir esta práctica con la expresión "Círculos de Paz". Hoy en día, los círculos se usan para diversos fines. Además de los círculos de sentencia, usados para fijar sentencia en casos criminales, hay círculos de sanación (usados a veces como preparación previa para un círculo de sentencia), círculos para resolver conflictos laborales e, incluso, círculos diseñados para promover el diálogo comunitario.

En este proceso, los participantes se ubican en un círculo. Luego se van pasando un objeto conocido como —"pieza para hablar" para asegurarse de que todas las personas hablen, una a la vez, siguiendo el orden del círculo.

Como parte del proceso, muchas veces se enuncia una lista de valores, o incluso una filosofía, que enfatice el respeto, el valor de cada participante, la integridad, la importancia de hablar de corazón y otros aspectos más.

Uno o dos “guardianes del círculo” offician como facilitadores del proceso. En las comunidades indígenas, los ancianos asumen un rol importante, dirigiendo el círculo o impartiendo consejos y sabiduría.

Los círculos pretenden ampliar al máximo el espacio de participación, que junto con incluir a víctimas, ofensores y familiares, a veces comprende a funcionarios del sistema judicial. Además, los otros miembros de la comunidad también constituyen una parte esencial del proceso. A veces se les invita debido a su interés en el caso o por la relación o interés que puedan tener en la ofensa, la víctima y/o el ofensor; otras veces, participan como parte de un círculo permanente de voluntarios de la comunidad.

Como la comunidad está involucrada, las discusiones realizadas en los círculos generalmente son más abarcadoras en cuanto a su contenido en comparación con las de otros modelos de justicia restaurativa. Los participantes pueden hablar de las situaciones que están engendrando el crimen dentro de la comunidad, la necesidad de apoyo que tienen las víctimas y los ofensores, las obligaciones que la comunidad pueda tener, las normas comunitarias y otros asuntos relacionados con la comunidad.

Aunque los círculos surgieron originalmente en comunidades pequeñas y homogéneas, hoy se implementan en una variedad de comunidades de diferentes tipos, inclusive en grandes zonas urbanas, y en una gran variedad de situaciones, además de los casos criminales.

(...)

Principios Fundamentales de la Justicia Restaurativa

1 El crimen es básicamente una ofensa contra las personas y las relaciones interpersonales.

1.1 Las víctimas y la comunidad han sufrido daños y necesitan una restauración.

1.1.1 Las víctimas principales son aquellas personas que han sido afectadas más directamente por la ofensa; pero hay otras personas que también son víctimas, entre ellos, los familiares de víctimas y ofensores, los testigos y los miembros de la comunidad afectada.

1.1.2 Las relaciones afectadas (y reflejadas) por el crimen deben ser tratadas.

1.1.3 La restauración es un continuo de respuestas a los diversos daños y necesidades experimentados por las víctimas, los ofensores y la comunidad.

1.2 Las víctimas, los ofensores y las comunidades afectadas son las partes principales en este proceso de justicia.

1.2.1 Un proceso de justicia restaurativa maximiza los aportes y la participación de las partes –pero especialmente de las víctimas y de los ofensores– en la búsqueda de la restauración, la sanación, la responsabilidad y la prevención.

1.2.2 Los roles que desempeñan las partes variarán de acuerdo con la naturaleza de la ofensa, y también según las capacidades y preferencias de las respectivas partes.

1.2.3 El estado cumple roles bien delimitados, como los de investigar los hechos, gestionar el proceso y velar por la seguridad, pero no asume el rol de víctima principal.

2 Las ofensas dan origen a obligaciones y responsabilidades.

2.1 Las obligaciones de los ofensores consisten en enmendar el daño en la medida de lo posible.

2.1.1 Como la obligación principal es hacia las víctimas, el proceso de justicia restaurativa las habilita para participar efectivamente en la definición de las obligaciones del ofensor.

2.1.2 Los ofensores cuentan con las oportunidades y la motivación para comprender el daño que le han ocasionado a las víctimas y a la comunidad y para desarrollar planes para asumir la responsabilidad correspondiente.

2.1.3 Se maximiza la participación voluntaria de los ofensores; se minimiza la coerción y la

exclusión. Sin embargo, se le puede exigir a los ofensores que acepten sus obligaciones si no lo hacen voluntariamente.

2.1.4 Las obligaciones generadas por el mal causado deben estar orientadas a enmendar este daño.

2.1.5 Las obligaciones pueden percibirse como difíciles y hasta dolorosas, pero su propósito no es causar dolor ni buscar venganza.

2.1.6 Las obligaciones hacia las víctimas, como la restitución, asumen prioridad por sobre otras sanciones y obligaciones hacia el estado, tales como las multas.

2.1.7 Los ofensores tienen la obligación de participar activamente en las iniciativas destinadas a atender sus propias necesidades.

2.2 Las obligaciones de la comunidad son hacia las víctimas y los ofensores, y en pro del bienestar general de sus miembros.

2.2.1 La comunidad tiene la responsabilidad de apoyar y ayudar a las víctimas de un crimen en la atención de sus necesidades.

2.2.2 La comunidad es responsable por el bienestar de sus miembros y por las condiciones y relaciones sociales que engendran tanto el crimen como la paz en la comunidad.

2.2.3 La comunidad tiene la responsabilidad de apoyar las iniciativas para reintegrar a los ofensores, involucrarse activamente en la definición de las obligaciones del ofensor y asegurarse de que el ofensor cuente con las oportunidades para enmendar los daños causados.

3 La justicia restaurativa busca subsanar y enmendar los daños.

3.1 Las necesidades de la víctima (necesidades de información, validación, reivindicación, restitución, testimonio, seguridad y apoyo) son los puntos de partida para la justicia.

3.1.1 La seguridad de las víctimas es una prioridad inmediata.

3.1.2 El proceso de justicia aporta un marco para facilitar la recuperación y la sanación que en última instancia le competen a la víctima como individuo.

3.1.3 Las víctimas adquieren mayor capacidad de decisión al maximizar sus aportes y su participación en la definición de las necesidades y de los resultados deseados.

3.1.4 Los ofensores participan personalmente, hasta donde sea posible, en la reparación del daño.

3.2 La justicia como proceso maximiza las oportunidades para el intercambio de información, la participación, el diálogo y el acuerdo mutuo entre la víctima y el ofensor.

3.2.1 Los encuentros directos son apropiados en algunos casos, pero en otros es preferible usar formas alternativas de intercambio.

3.2.2 Las víctimas tienen el rol principal en la definición de las pautas y condiciones del intercambio.

3.2.3 El acuerdo mutuo prima por sobre los resultados impuestos.

3.2.4 Se ofrecen oportunidades para expresar remordimiento y buscar el perdón y la reconciliación.

3.3 Se toman en consideración las necesidades y capacidades del ofensor.

3.3.1 Al reconocer que muchas veces los propios ofensores también han sido dañados, cobra importancia la sanación de los ofensores y su integración a la comunidad.

3.3.2 Los ofensores reciben apoyo y son tratados respetuosamente en el proceso de justicia.

3.3.3 Se reducen al mínimo las restricciones para el ofensor y su aislamiento de la comunidad.

3.3.4 La justicia valora más el cambio personal que el comportamiento sumiso.

3.4 El proceso de justicia le pertenece a la comunidad

3.4.1 Los miembros de la comunidad están involucrados activamente en la tarea de hacer justicia.

3.4.2 El proceso de justicia aprovecha los recursos de la comunidad y, a su vez, contribuye al desarrollo y fortalecimiento de ésta.

3.4.3 El proceso de justicia pretende promover cambios en la comunidad, los que están orientados a prevenir que otros sufran daños similares y a fomentar una intervención oportuna para atender las necesidades de las víctimas y buscar la responsabilidad activa de los ofensores.

3.5 La justicia está atenta a las consecuencias, tanto esperadas como inesperadas, de sus respuestas ante el crimen y la victimización.

3.5.1 La justicia supervisa e insta a llevar el proceso hasta su término, ya que el cumplimiento de los compromisos maximiza la sanación, la recuperación, la responsabilidad activa y el cambio.

3.5.2 La equidad se alcanza, no por una uniformidad en los resultados, sino al aportar a todas las partes el apoyo y las oportunidades que necesitan y al evitar las discriminaciones según raza, clase social y género.

3.5.3 Los acuerdos o resultados que son predominantemente disuasivos o restrictivos deben usarse sólo como último recurso, interviniéndose de la manera menos restrictiva posible mientras se busca la restauración de las partes involucradas.

3.5.4 Es importante contrarrestar las consecuencias inesperadas de la implementación de la justicia restaurativa, tales como el uso de los procesos restaurativos para fines coercitivos o punitivos, la orientación desmedida hacia el ofensor o la expansión del alcance de los medios de control social.

Zher, H. (2007). El pequeño libro de Justicia Restaurativa. (pp. 31-36 y 45-48). Los pequeños libros de justicia y construcción de paz.

"These excerpts are from El pequeño Libro de Justicia Restaurativa. © by Good Books (www.GoodBooks.com). All rights reserved. Use by permission."

Lectura 3

Protagonismo de las víctimas

En esta lectura, tomada del libro *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Antonio Beristain plantea la necesidad de dar un rol más participativo a las víctimas. También refiere la posibilidad de que, aún en las situaciones más desastrosas, las personas puedan encontrar oportunidades de mejora personal.

En el proceso ha de concederse mayor protagonismo a las víctimas. Para ello, ayudará que se introduzca la división del proceso en dos fases (...) En la segunda fase, la *sentencing*, se determina la sanción. Por desgracia en muchos países es breve y llevada a cabo por las mismas personas, por los mismos jueces. El juez le impone al delincuente la pena que señala el Código penal.

La Victimología pide que en esta segunda fase se trabaje muy pausada y cuidadosamente; en ella las víctimas deben contar con la ayuda de especialistas criminólogos, médicos forenses, psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales, que les escuchen a ellas y dialoguen con el juez, no para copiar la sanción que tiene ya escrita el Código penal, sino para *elaborar*, para crear, la respuesta individual, personal que más convenga a las víctimas y al delincuente del caso concreto, que no puede estar exactamente descrito en el Código penal. Se trata de renovar la vida y las relaciones sociales de las víctimas y del delincuente. La Política criminal de *sentencing*, a la luz de la Victimología, debe cambiar radicalmente.

La respuesta al crimen debe mirar ante todo a las víctimas, más que al delincuente. No debe ahondar en el antagonismo, ni imponer sanciones vindicativas (como exige el Derecho penal); ni sanciones reeducadoras (como dice la Criminología); sino buscar la mediación, la conciliación e incluso la reconciliación.

En la Política criminal jurídico-penal a los tribunales compete sancionar, en el sentido de imponer una sanción vindicativa, no ilimitada-irracional deducida lógicamente (ciegamente) del código. En la Política criminal criminológica, los operadores multidisciplinares de la justicia deben formular-crear respuestas que entiendan, atiendan y tengan atenciones, ante todo y sobre todo, con las víctimas. A éstas, más que a los delincuentes, les debemos brindar todo lo que el delito les ha arrebatado. Darles una respuesta completamente repersonalizadora resulta generalmente imposible. Pero es fácil hacer y lograr más de lo que actualmente se intenta.

Las ciencias victimológicas tienen aquí un amplio campo de trabajo. En concreto, con imaginación y con ilusión fraterna pueden llegar a descubrir, por ejemplo, los valores que subyacen en las situaciones límite e incluso en el crimen. Las víctimas pueden llegar a comprender algo muy difícil: la superación gratificante de las "situaciones límite", en formulación de Karl JASPERS. O sea, de la muerte, del delito, del sufrimiento, de la culpa. Schumacher, en su famoso libro *Small is beautiful*, traducido al castellano *Lo pequeño es hermoso*, muestra convincentemente que los conflictos graves, divergentes, lógicamente no tienen salida, pero en realidad la tienen y "buena".

Los múltiples Cursos y Congresos de Victimología que se están celebrando en todo el mundo desde los años 70 insisten sobre la paradoja de que la victimación esconde una peculiar potencia creadora; de que los conflictos-límite, con sus aporías, enseñan a salir victorioso. Algunos especialistas afirman que difícilmente una persona llega a su desarrollo pleno si no ha sufrido antes alguna situación límite (...)

Beristain, A. (2005). Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético. pp. 128-129. Valencia: Tirant lo Blach.

Lectura 4

Principios, objetivos y postulados de la justicia restaurativa

En esta lectura, extraída del libro *Restorative Justice. An Overview*, Tony F. Marshall plantea una definición del concepto 'justicia restaurativa' y proporciona antecedentes, principios, objetivos, postulados y límites del tema.

What is Restorative Justice?

Restorative Justice is a problem-solving approach to crime which involves the parties themselves, and the community generally, in an active relationship with statutory agencies.

It is not any particular practice, but a set of *principles* which may orientate the general practice of any agency or group in relation to crime.

These *principles* are:

- making room for the personal involvement of those mainly concerned (particularly the offender and the victim, but also their families and communities)
- seeing crime problems in their social context
- a forward-looking (or preventative) problem-solving orientation
- flexibility of practice (creativity)

Restorative Justice may be seen as criminal justice embedded in its social context, with the stress on its relationship to the other components, rather than a closed system in isolation (see diagram below).

A commonly accepted definition used internationally is: *Restorative Justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future.*

(...)

What is Restorative Justice for?

The primary *objectives* of Restorative Justice are:

- to attend fully to *victims' needs* – material, financial, emotional and social (including those personally close to the victim who may be similarly affected)
- to prevent re-offending by *reintegrating offenders* into the community
- to enable offenders to assume active *responsibility* for their actions
- to recreate a *working community* that supports the rehabilitation of offenders and victims and is active in preventing crime
- to provide a means of *avoiding escalation* of legal justice and the associated costs and delays

These might all be objectives of the current criminal justice system, and although primacy has been given in the new Crime and Disorder Act to the prevention of offending as the statutory aim of youth justice, the system only partially and haphazardly achieves this, or any other aim. It is not

centrally concerned with victims and does not address most of their needs. Only limited action is taken to encourage the reintegration of offenders, and the evidence shows that this is largely unsuccessful. It requires only the passive acquiescence of offenders, who are not expected to take the initiative in making good what they have done but only to suffer their punishment. It is distant from the community and does little to encourage any role for it in the prevention of crime. Despite various programmes intended to divert offences from the full process and reduce costs and delays, their use without parallel attention to victims' needs and future prevention has sometimes led to the criticism that much crime is not taken sufficiently seriously. (The new Crime and Disorder Act seeks to deal with this last point by eliminating the use of multiple cautions and instituting opportunities for victim consultation and preventive measures, an approach which is in accord with Restorative Justice.)

Restorative Justice is based on the following *assumptions*:

- that crime has its origins in social conditions and relationships in the community.
- that crime-prevention is dependent on communities taking some responsibility (along with local and central governments' responsibility for general social policy) for remedying those conditions that cause crime.
- that the aftermath of crime cannot be fully resolved for the parties themselves without facilitating their personal involvement.
- that justice measures must be flexible enough to respond to the particular exigencies, personal needs and potential for action in each case.
- that partnership and common objectives among justice agencies, and between them and the community, are essential to optimal effectiveness and efficiency.
- that justice consists of a balanced approach in which a single objective is not allowed to dominate the others.

Why is it called Restorative Justice?

Restorative Justice is centrally concerned with *restoratori*, restoration of the victim, restoration of the offender to a law-abiding life, restoration of the damage caused by crime to the community. Restoration is not solely backward-looking; it is equally, if not more, concerned with the construction of a better society in the present and the future.

Other terms have been used to refer to basically identical ideas (see Marshall, 1997 for a discussion of these). The Relationships Foundation (previously the Jubilee Policy Group) has used the term Relational Justice to emphasise the fact that this kind of justice is more concerned with the creation of positive relationships than traditional justice processes. Positive Justice was used by an eponymous group that advocated the same ideas as a means of moving away from the negative emphasis on punishment for its own sake to a more constructive approach to justice. Reintegrative Justice has also been used, both as a synonym for restorative and to refer more specifically to Braithwaite's (1989) theory of reintegrative shaming (see below, Theories of Restorative Justice).

The term Restorative Justice is not inherently better than any of the alternatives, but it has the longest history, is the internationally accepted term, and is the most commonly known in this country.

How did the idea of Restorative Justice arise?

The first use of the term is generally ascribed to Barnett (1977) referring to certain principles arising out of early experiments in America using mediation between victims and offenders (see Wright, 1991, for more on the early history of the idea). These principles have been developed further over time, as commentators have thought them through and as other innovative practices have been taken into account, but their basic justification is still grounded in practical experience. Innovation in criminal justice has mainly been in response to frustrations that many practitioners have felt with the limitations, as they perceived them, of traditional approaches. In the course of their normal work these practitioners started to experiment with new ways of dealing with crime problems. Practice developed through experience of what worked in terms of impact on offenders, satisfaction

of victims, and public acceptability. In particular, it was realised that the needs of victims, offenders and the community generally were not independent and that justice agencies had to engage actively with all three in order to make any impact. For instance, public demands for severe punishment, which those working to reform offenders found to be counter-productive, could only be relieved if attention was paid to *victims' needs* and healing the community, so that offender-rehabilitation could only occur in parallel with the satisfaction of other objectives. Similarly, the overloading of courts and other justice agencies was due to the increasing lack of capacity of local communities to manage their indigenous crime problems, so that escalating costs could only be prevented by agencies working in partnership with communities to reconstruct their resources for crime-prevention and social control.

Restorative Justice is not, therefore, a single academic theory of crime or justice, but represents, in a more or less eclectic way, the accretion of actual experience in working successfully with particular crime problems. Although contributing practice has been extremely varied (including victim-support, mediation, conferencing, problem-oriented policing and both community- and institution-based rehabilitation programs), all these innovations were based on recognition of the need for engagement between two or more of the various parties represented in the diagram on page 5. Coming from very different directions, innovating practitioners found themselves homing in on the same underlying principles (personal participation, community involvement, problem-solving and flexibility). As practice is refined, so is the concept of Restorative Justice.

In the course of this development there has been much inspiration from examples of community justice still in use (or recently so) among other non-Western cultures, particularly the indigenous populations of such new world countries as North America (Native American sentencing circles) and New Zealand (Maori justice). These practices have particularly contributed to the development of family (or community) group conferencing (see below), and were effective in moving Restorative Justice ideas away from the relative individualism of victim/offender mediation practice, providing a new community-oriented focus. (A communitarian theme, however, was evident in the early development of mediation in the form of Victim Offender Reconciliation Projects, VORPs, which represented an attempt by close-knit religious communities in North America to decrease reliance on formal justice.)

(...)

Limitations of Restorative Justice

Restorative Justice practices rely in large part upon voluntary cooperation (but see the discussion on voluntariness below). If one party is not willing to participate, the range of options is reduced. If neither party is willing, there is no option but to let formal justice take its usual course. There is therefore no prospect of justice being wholly restorative and of formal justice being wholly replaced. Traditional justice forms will remain to deal with cases where Restorative Justice is inapplicable because of the circumstances, or fails through lack of cooperation or through failure to come to a mutually acceptable resolution.

This might seem a major drawback to Restorative Justice. Experience has indicated, however, that the majority of individuals offered a chance to participate would like to do so, and the rate of agreements is also high. Later failures to carry out agreements are, moreover, much lower than failures to pay fines or compensation ordered by the courts. Restorative practices are, by their nature, more accessible and attractive to individuals because they provide them with flexibility for manoeuvre and are more easily understood than legal procedures. They also offer benefits that the formal system offers less certainly or not at all.

Another limitation to any practice which attempts to involve communities is the available level of resources and skills. Communities are not as integrated as they once were. There is a greater emphasis on individual privacy and autonomy, and major social division occur between cultures and age groups. Greater community involvement would inevitably mean increased educa-

tion, training and practical resources, more in some areas than in others, (see Community under Major Issues, below). A third, related, limitation for Restorative Justice is the existence of social injustice and inequality in and between communities. While problems such as these continue the degree to which communities can be supportive, caring and controlling is restricted. Social divisions also make voluntary participation less likely or less effective. If Restorative Justice involves the community as a major player, there needs to be a community. The degree to which effective communities exist depends largely on other social policies apart from criminal justice. There are implications for education, housing, community development, employment opportunities, welfare, health and environmental services.

The last two limitations are, of course, equally barriers to the success of crime-control by any system, retributive or restorative, and are therefore not reasons for not proceeding in a restorative direction, if this offers benefits in terms of victims' needs and the quality of justice.

Some people may conceive of Restorative Justice as applicable only to minor offences, which, if it were so, would be a major limitation. Again, practice has shown that there may be even more to gain by working in this way with serious crimes, especially in terms of victim benefits, but also in terms of prevention. Such practice would normally take place alongside criminal justice rather than as a replacement for it. Just as there are lower-order legal procedures for minor offences, so one may have to conceive of lower-order Restorative Justice practices for the same offences or for minor offenders in order to prioritise the cases where more effort may have a greater pay-off. This issue of parsimony and the danger of marginalising Restorative Justice practice is discussed further below (see Major Issues).

Marshall, T. (1999). Restorative Justice An Overview. (pp. 5-8). Londres: Home Office, Information & Publications Group, Research Development and Statistics Directorate.

"These excerpts are from Restorative Justice An Overview. © by Crown. Contains public sector information licensed under the Open Government Licence v2.0.

(<http://www.nationalarchives.gov.uk/doc/open-government-licence/version/2/>)."

LECTURAS ADICIONALES

Las lecturas complementarias aquí sugeridas permitirán profundizar en conceptos vinculados a la justicia restaurativa. En ellas se abordan conceptos de interés como el debilitamiento de la víctima, generado a partir de la separación que el sistema penal realiza entre los autores del delito y las víctimas, concentrándose únicamente en el incidente criminal en concreto y en el cumplimiento de los requerimientos del proceso penal para la imposición de la pena. En ellas se enfatiza la justicia restaurativa y su relación con diversos aspectos del sistema penal, la normatividad, el cambio cultural, sus alcances y límites, las técnicas aplicables, y el monitoreo y evaluación del servicio; así como los principios de la justicia restaurativa en el marco internacional.

- Hulsman, L. (2012). *Themes and concepts in an abolitionist approach to criminal justice*. Recuperado de [//www.loukhulsman.org/Publication/](http://www.loukhulsman.org/Publication/). 28 de noviembre de 2012. pp. 5-7.
- Kemelmajer, A. (2005). En búsqueda de la tercera vía. La llamada "Justicia Restaurativa", "Reparativa", "Reintegrativa" o "Restitutiva". Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados I. Derecho Penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, *Serie Doctrina Jurídica* No. 258, 310-324.
- Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal.

TEMA 6: SALIDAS ALTERNAS AL PROCESO PENAL

LECTURAS SUGERIDAS

- Lectura 1: Catarino García, "Una aproximación a los mecanismos alternos de solución de controversias en el sistema acusatorio y juicio oral penal".
- Lectura 2: Guillermo Zepeda, *Seguimiento del proceso de implementación de la reforma penal en México estados de Chihuahua, estado de México, Morelos, Oaxaca y Zacatecas, 2007-2011*.
- Lectura 3: José Cafferata y otros, *Manual de Derecho Procesal Penal*.
- Lectura 4: Rubén Vasconcelos, *Principio de oportunidad y salidas alternativas en el nuevo proceso penal mexicano*.
- Lectura 5: María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I*.
- Lectura 6: Sabas Chahuán, *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*.

Lectura 1

Los mecanismos alternos de solución de controversias en el sistema acusatorio

En esta lectura, Catarino García Herrera analiza cómo se posicionaron los medios alternos en el contexto jurídico latinoamericano y posteriormente en el mexicano; también explica qué debemos entender por medios alternos de solución de controversias.

UNA APROXIMACIÓN A LOS MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL SISTEMA ACUSATORIO Y JUICIO ORAL PENAL

Introducción.

Uno de los temas centrales de la reforma procesal penal latinoamericana, se produjo en el ámbito de los medios alternos y procedimientos simplificados a fin de ofrecer otras soluciones del conflicto penal y emplear mecanismos de descongestión del trabajo judicial y del Ministerio Público. El tema es vinculante porque en la medida en que resulten eficaces estos mecanismos, lo será también la reforma penal y en particular el juicio oral que ha generado grandes expectativas sociales. Los métodos alternos de solución de controversias corren en paralelo en este proceso de cambio y se constituyen como detonantes necesarios para la aplicación eficiente del sistema acusatorio y procedimiento oral.

(...)

En efecto, la reforma al artículo 17 de la constitución federal, entre otros, precedida en México de un paciente y prolongado proceso de gestación, da entrada a los mecanismos alternos de solución de controversias, de amplia cobertura y con énfasis especial en los casos de índole penal. Abre los espacios para la implementación y desarrollo formal de la llamada justicia restaurativa con todo el contenido renovador de la cuestión de la reparación del daño como una consecuencia jurídico-penal que va más allá de la compensación del daño material y busca a través de un procedimiento desformalizado, en ciertos casos, el acercamiento voluntario del delincuente y la víctima para que en forma conjunta participen activamente en la solución de la relaciones entre ambos y con la sociedad.

Se traduce para el ciudadano, en la opción de acceder a los métodos alternos, para la solución pacífica de sus conflictos, antes de recurrir a la vía judicial. Pero también significa el deber del Estado, de crear la infraestructura necesaria para que se haga efectivo ese derecho fundamental. El desafío es modificar notablemente aspectos de índole cultural y de aplicación concreta de nuestro derecho patrio.

(...)

2. BREVE REFERENCIA CONCEPTUAL

El concepto de métodos, mecanismos o salidas alternas de solución de controversias se ha utilizado por la doctrina y en el contexto de la reforma procesal penal latinoamericana, de un modo diverso y amplio para designar prácticamente cualquier otra forma de terminación de un conflicto que no sea la vía jurisdiccional. Tres expresiones institucionales se han venido desarrollando en torno a los mecanismos alternos:

- a) Las facultades discrecionales de desestimación de casos, que en aplicación del llamado principio de oportunidad se confieren ordinariamente al órgano persecutor que tiene el fiat de la persecución penal;
- b) Los mecanismos de simplificación procesal en los que reduce el rito procesal, pero culminan con la sentencia tradicional; y
- c) La diversificación de soluciones al conflicto de fondo, en las que se ubican a la mediación y conciliación.

Los mecanismos alternos de solución de controversias son los procedimientos que, salvaguardando las garantías constitucionales, generan los espacios y condiciones necesarias para que se sean los protagonistas del conflicto quienes, auxiliados por terceros profesionales, encuentren la solución consensuada a su controversia, privilegiado el diálogo, la interacción empática, la colaboración y el reconocimiento de las diferencias.⁸

Con enfoque más práctico se le define también como el tramite convencional y voluntario que permite prevenir conflictos o en su caso, lograr soluciones a los mismos, sin necesidad de la intervención de los órganos jurisdiccionales, salvo para elevar a cosa juzgada o en su caso a sentencia ejecutoriada el convenio adoptado por los participantes y para el cumplimiento forzoso del mismo. Definición de la Ley.⁹

⁸ *Memorias del II Congreso Nacional de Mediación. Hacia una mediación en sede judicial*, Organizado por el Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial de la ciudad de México, Distrito Federal. Concepto vertido por el C. Presidente, Lic. Juan Luis González A. Carranca, editadas en colaboración con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, página 50.

⁹ Ley de Métodos Alternos de Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León, artículo 1 fracción I. Esta ley publicada según decreto número 221, en el Periódico Oficial del Estado de fecha 14 de enero de 2005.

Gorjón, F., y cols. (2009). *Mediación y Arbitraje: Leyes comentadas y concordadas del estado de Nuevo León*. (pp. 283-286). México: Porrúa.

Lectura 2

Cifras sobre la aplicación de las salidas alternas al proceso penal en México

En esta lectura, tomada del informe (2007 – 2011) sobre la situación del sistema acusatorio en las entidades federativas mexicanas que lo han implementado, el investigador Guillermo Zepeda Lecuona presenta datos y estadísticas sobre el uso que se ha dado a las facultades discrecionales y a la Justicia Alternativa. El autor destaca que el procedimiento abreviado es la forma predominante para sentenciar los casos y analiza aspectos victimológicos y de política criminal con respecto a la actual regulación de las soluciones alternas.

5. Hallazgos en el ámbito de prácticas de trabajo en el Ministerio Público

(...)

5.2 Utilización de facultades discrecionales

(...) Con la excepción de Zacatecas en facultad de abstenerse de investigar, el Ministerio Público subutiliza las facultades discrecionales con las que cuenta (criterios de oportunidad y facultad de abstenerse de investigar), especialmente en el caso de los criterios de oportunidad. De los cinco estados estudiados en esta primera fase del estudio, el Estado que más ha utilizado los criterios de oportunidad es Chihuahua con apenas un 2.4% de los casos, mientras que estados como Morelos apenas han utilizado esta facultad para desestimar casos en un 0.04 % de las ocasiones.

En el Estado de México se señala que estos mecanismos son muy poco utilizados, en virtud de que, de acuerdo con los funcionarios entrevistados, "...se considera que su ejercicio extendido se entendería como promoción de la impunidad" (Estado de México: 45).

5.3 Justicia alternativa

A los mecanismos de justicia alternativa han sido canalizados entre 2007 y 2011 más de 60 mil casos, de los que se han resuelto al menos 40 mil a través de acuerdos reparatorios, lo que representa entre 17% y 20% de los asuntos ingresados a los sistemas penales de los cinco estados estudiados.

En Oaxaca hay un Centro de Mediación de la Procuraduría en la Ciudad de Oaxaca que tiene una amplia cobertura. En las regiones en las que opera el SAA (Istmo y Mixteca) existe en cada sede una mesa de justicia restaurativa operada por un ministerio público (Oaxaca: 67). La práctica que se ha desarrollado es que muchos casos en los que es procedente la aplicación de un mecanismo de justicia alternativa y se propone una conciliación, son judicializados (Oaxaca: 71), "...a fin de que sea en sede judicial donde las partes se comprometan a cumplir el acuerdo conciliatorio, muchas veces, dicen, porque la misma víctima así lo pide que sea ante el juez de garantías el arreglo y no ante sede ministerial, (a través de la figura que corresponda)". De los casos concluidos en los juzgados de garantías de Oaxaca, 57% corresponde a conciliaciones (ídem: 38).

Tabla 5.
Asuntos conciliados o resueltos por acuerdo reparatorio

| Lecturas | Asuntos conciliados o resueltos por acuerdo reparatorio |
|------------------|---|
| Chihuahua | 28,476 |
| Estado de México | 1,000 |
| Morelos | 4,810 |
| Oaxaca | 3,175 |
| Zacatecas | 3,965 |
| Total | 41,426 |

FUENTES. CHIHUAHUA: periodo: 2007- octubre de 2010, Centro de Mediación (Chihuahua: 56). ESTADO DE MÉXICO: periodo: 1° de octubre de 2009 al 12 de septiembre de 2011, información proporcionada por la PGJE (Estado de México: 14). MORELOS: periodo: 30 de octubre de 2008 a marzo de 2011, PGJE (Morelos: 29). OAXACA: periodo: septiembre de 2007 a mayo de 2011, PGJE y Supremo Tribunal de Justicia del Estado (Oaxaca: 33-37 y 61). ZACATECAS: periodo: 2009 a mayo de 2011, PGJE (Zacatecas: 66).

(...)

6. Hallazgos en el ámbito de prácticas de trabajo en los tribunales

(...)

6.6 Procedimiento abreviado.

Como se ha señalado, con la excepción de Morelos, en los estados con reforma el procedimiento abreviado es la forma predominante de llegar a sentencia (ver tabla 8).

En general es concebido como un instrumento de política criminal de la procuraduría; sin embargo, en el Estado de México se presenta como un derecho del imputado⁶⁰ recibir de manera automática la sanción mínima menos un tercio con el solo reconocimiento de los hechos, lo que había generado problemas de percepción de impunidad (por ejemplo la extorsión se sanciona con pena de uno a ocho años de prisión). En septiembre de 2011 se hicieron reformas en esa entidad para establecer ciertos delitos en los que no puede operar el procedimiento abreviado (Estado de México: 66).

Como se ha referido, en Chihuahua la unidad jurídica de la Fiscalía General ha recibido la atribución de supervisar y autorizar los procedimientos abreviados para evitar anomalías y cerciorarse de que se está planteando el procedimiento abreviado siguiendo las directrices y lineamientos emitidos por la fiscalía (Chihuahua, p. 27). También esta decisión se derivó de señalamientos de corrupción y de mala fundamentación de estos procedimientos pues se registraron absoluciones en procedimientos abreviados⁶¹ (Chihuahua: 57).

Tabla 8.
Asuntos resueltos por sentencia

| Estado | Iniciados | Proced. Abrev. | P.A. Condenas | P.A. Absoluciones | Juicios Orales | J. O. Condenatorias | J.O. Absolutorias | Total de sentencias |
|------------------|-----------|-------------------|---------------|-------------------|----------------|---------------------|-------------------|---------------------|
| Chihuahua | 5,741 | 1,223 | 1,202 | 21 | 70 | 60 | 10 | 1,239 (23.5%) |
| Estado de México | 3,658 | 1,432 | N.D. | N.D. | 144 | N.D. | N.D. | 1,576 (30.7%) |
| Morelos | 910 | 173 | N.D. | N.D. | 122 | N.D. | N.D. | 295 (32.4%) |
| Oaxaca | 1,714 | 96 | N.D. | N.D. | 88 | 77 | 11 | 184 (10.7%) |
| Zacatecas | 496 | 104 | N.D. | N.D. | 21 | N.D. | N.D. | 125 (25.2%) |
| Total | 12,519 | 3,028 (21.32%) | 1,202 | 21 | 445 (3.43%) | 137 | 21 | 3,473 (24.75%) |

FUENTES. CHIHUAHUA: periodo: 2010, Poder Judicial (Chihuahua: 34). ESTADO DE MÉXICO: periodo: 1° de octubre de 2009 al 12 de septiembre de 2011, información proporcionada por la PGJE (Estado de México: 32). MORELOS: periodo: 30 de octubre de 2008 a marzo de 2011, Supremo Tribunal de Justicia del Estado (Morelos: 34). La PGJE de Morelos refiere 161 juicios orales, 146 con sentencia condenatoria (91%) y 15 con absolución. Se toma la información del Tribunal por ser la fuente más confiable para esta variable. OAXACA: periodo: septiembre de 2007 a mayo de 2011, Supremo Tribunal de Justicia del Estado (Oaxaca: 33-37 y 61). ZACATECAS: periodo: 2009 a mayo de 2011, Supremo Tribunal de Justicia del Estado (Zacatecas: 57).

(...)

8. Hallazgos en las prácticas respecto de los derechos de la víctima.

(...)

8.5 Considerar aspectos victimológicos al definir criterios de política criminal y selección de casos para soluciones alternativas y procedimientos abreviados.

En los diversos estados se detectaron algunas inconsistencias entre la legislación y la política criminológica y victimológica. Por ejemplo, en algunos casos los criterios para que sea posible recurrir a la justicia alternativa dependen de la sanción prevista para la conducta y no de la naturaleza del conflicto (como en Chihuahua), lo que puede desnaturalizar el mecanismo (los informes señalan algunos ejemplos); en otros casos, la procedencia se da a través del listado de conductas que sí consideran aspectos victimológicos para que proceda la justicia alternativa, suspensión del procedimiento a prueba y el procedimiento abreviado. Así mismo, algunas procuradurías (expresamente referido en el informe Chihuahua) han emitido directrices de política criminal para la aplicación de criterios de oportunidad, suspensión del procedimiento a prueba y procedimientos abreviados, buscando la protección y reparación del daño para las víctimas.

⁶⁰ En los avances de la segunda fase de este estudio se ha localizado este mismo diseño institucional en Durango.

⁶¹ Fueron 14 absoluciones en 1,076 procedimientos abreviados, pero es inquietante que a pesar del reconocimiento y aceptación del imputado, la investigación no aporte lo suficiente para fundar la sentencia condenatoria.

Zepeda, G. (2012). Seguimiento del proceso de implementación de la reforma penal en México estados de Chihuahua, estado de México, Morelos, Oaxaca y Zacatecas, 2007-2011. (1ª Ed.) (pp. 39-59, 66 - 67, 81 y 84). Distrito Federal, México.

Lectura 3

El principio de oportunidad procesal penal

En esta lectura, extraída del libro *Manual de Derecho Procesal Penal*, los autores analizan el principio de oportunidad, su noción, criterios para su aplicación, ventajas y algunas acciones adicionales que la autoridad deberá tomar en cuenta para que este principio alcance los efectos esperados.

II. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Lo contrario al principio de legalidad procesal, precedentemente desarrollado, es el principio de disponibilidad, más conocido como principio de oportunidad.

Noción

El principio de oportunidad (disponibilidad) puede expresarse como la posibilidad que la ley acuerde a los órganos encargados de la persecución penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la persecución o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva (sólo a algunos delitos o a algunos autores y no a todos), o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para "perseguir y castigar"; o la autorización de aplicar penas inferiores a la escala penal fijada para el delito por la ley, o eximirlos de ella a quien lo cometió.

Oportunidad reglada

Las atribuciones propias del principio de oportunidad (precedentemente sintetizadas) pueden ser dejadas por el orden jurídico exclusivamente en manos de los órganos de la acusación, para que las ejerciten discrecionalmente (lo que se conoce como oportunidad libre) cuando lo crean conveniente, o bien pueden ser prefijadas por la ley, como una excepción al principio de legalidad.

Noción

La oportunidad reglada significa entonces que, sobre la base de la vigencia general del principio de legalidad, se admiten excepciones por las razones de oportunidad que se encuentren previstas como tales en la ley penal, tanto en sus motivos (causas de procedencia) como en sus alcances (en qué consiste).

La aplicación de un criterio de oportunidad en el caso concreto debe realizarse bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, requiriendo generalmente el consentimiento del imputado y a veces también el de la víctima, y sometido al control del órgano jurisdiccional sobre si el caso es de los que la ley autoriza abstractamente a tratar con algún criterio de oportunidad (y con cuál), y sobre si amerita concretamente dicho tratamiento. Véase punto III de esta Bolilla.

Criterios de aplicación.

Los criterios de oportunidad priorizan otras soluciones por sobre la aplicación de la pena, sobre todo en delitos de poca y hasta mediana gravedad, autores primarios, o mínima culpabilidad o participación, o cuando el bien lesionado por el delito sea disponible, o cuando sea el modo más

equitativo de armonizar el conflicto entre víctima y autor, según los casos. Se encuentran dentro de estas soluciones alternativas, la reparación de la víctima que hoy se plantea como el tercer fin del derecho penal (al lado de la pena y la medida de seguridad, –Véase punto V de esta Bolilla– , o la "resocialización" del autor (prevención especial) por tratamientos alternativos (v. gr., cumplimiento de las condiciones de la suspensión del juicio a prueba, art. 76 bis, CP), o su rehabilitación (v. gr., tratamiento de recuperación del adicto acusado de tenencia de droga para consumo personal, art. 18, ley 23.737), o la pérdida del interés de castigar (v. gr., delito que en sí mismo o en su consecuencia infringe un daño al autor superior a la pena –"pena natural"–); o cuando la pena impuesta por otros delitos (v. gr., prisión perpetua) hace irrelevante perseguir el nuevo; o cuando concurre la misma razón por la gran cantidad de hechos imputados, entre otras propuestas. También se proponen excepciones por razones utilitarias (v. gr., colaboración con la investigación, art. 29 ter, ley 23.737; art. 2 y 3 ley 25.241), o como un modo de armonizar el conflicto penal de una manera más conveniente a los intereses de la víctima (v. gr., el avenimiento, art. 132, CP, texto según ley 25.087)

Ventajas

Como ventaja de la oportunidad reglada se ha señalado que ella permitirá, por un lado, canalizar la enorme selectividad intrínseca de la persecución penal, evitando desigualdades en contra de los más débiles, ajustándola a criterios predeterminados y racionales, y asignándole controles. Y por otro, satisfacer la necesidad de descongestionar el saturado sistema judicial (sobresaturado "por la inflación" legislativa penal), para así evitar los irracionales efectos que en la práctica suele provocar el abarrotamiento de causas (v. gr., una priorización de su tratamiento, inverso a su importancia; primero lo más leve que suele ser más sencillo; después –y por lo tanto muchas veces nunca– lo grave y complicado).

Propuestas

Para que esta propuesta traiga las ventajas prácticas que se esperan de ella, además de las necesarias reformas legislativas serán necesarias otras acciones prácticas que realizar, a saber:

Redistribución de recursos

Desde lo operativo, esto exigirá un prolijo inventario de todos los recursos humanos y materiales afectados a la persecución penal del Estado para luego redistribuirlos con un criterio más racional, de modo que su mayor concentración se destine a aquellos delitos cuya investigación, juzgamiento y castigo se considere más importante por su gravedad, por la forma organizada de su comisión, por el abuso de la función pública del autor, por la peligrosidad evidenciada por éste, etc. El resto se asignará a aquellos delitos de mediana o mínima gravedad, los que podrán ser tratados mediante las alternativas a la pena que autoricen los criterios de oportunidad, que favorezcan la "resocialización" (efecto de prevención especial sobre el agente, concebida como probabilidad de que éste no vuelva a incurrir en el campo del derecho penal) teniendo prevalentemente en cuenta los intereses de la víctima, cuya reparación (que también tiene efecto de prevención general) puede considerarse, no ya una simple cuestión civil, sino el tercer fin del derecho penal, al lado de la pena y las medidas de seguridad. Véase punto V de esta Bolilla.

Políticas de persecución penal

El desarrollo de lo precedentemente expuesto exigirá desde lo orgánico–funcional, que haya alguien que se ocupe de fijar criterios (políticas) al respecto, es decir, que pueda fijar objetivos y tras ellos orientar procedimientos idóneos para alcanzarlos, dentro del marco que las leyes autoricen.

Éste deberá ser la cabeza de un Ministerio Público Fiscal independiente, estructurado jerárquicamente, cuya tarea se puede llevar a cabo en la práctica orientando a los de inferior rango mediante criterios uniformes para la aplicación (en procesos concretos) de las excepciones al principio de legalidad que ya existen en la legislación penal (v. gr., suspensión del juicio a prueba), y las nuevas que habría que incorporar. También podrá disponer la priorización de tratamiento de los casos

penales, porque la realidad indica que cuando no existe la posibilidad material de investigar todo, y desde la cabeza del Ministerio Público Fiscal se ordena empezar a hacerlo primero por ciertos delitos, el resultado práctico será que éstos recibirán atención por haber sido priorizados, y el resto serán tratados más adelante, o sencillamente nunca, porque habrá menos o ninguna posibilidad material para hacerlo, desde el punto de vista de los recursos.

Cafferata J.I., y cols. (2012). Manual de Derecho Procesal Penal. (pp.75-80).

Lectura 4

Principios de los acuerdos reparatorios

En esta lectura, Rubén Vasconcelos expone algunos de los principios que rigen los acuerdos reparatorios y su regulación en los códigos procesales penales dentro del sistema acusatorio; además analiza cómo dichos principios inciden para alcanzar los acuerdos reparatorios y cuáles son sus consecuencias jurídicas.

4.- Los principios o ejes rectores de los acuerdos reparatorios

Los mecanismos alternativos están sujetos a ciertos principios expresamente consagrados en varios de los Códigos procesales recientemente dictados, entre estos están los siguientes: voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.²¹² Me referiré a continuación a algunos de ellos.

(...)

Consagrar expresamente el principio de confidencialidad tiene varios objetivos, entre otros, incentivar que las partes participen en los procedimientos y que los mismos se desarrollen en un entorno de franqueza y confianza, para que se produzca un diálogo fluido, como lo requieren estos mecanismos de resolución de disputas. Para conseguir esto, las partes deben tener la confianza y seguridad de que la información que se obtenga durante el procedimiento no será utilizada dentro del proceso penal en caso de que fracase el acuerdo y el juicio prosiga y, es más, que los sujetos que contribuyeron a los acuerdos o participaron en el procedimiento no serán llamados como testigos y obligados a declarar, protegiéndose así cualquier efecto negativo para sus derechos e intereses.

Los nuevos Códigos Procesales han establecido salvaguardias para garantizar este principio. Así, han prohibido utilizar la información que provenga de un procedimiento alternativo en caso de que no se llegue a un acuerdo o bien que llegándose a éste se incumplan sus términos y regrese el caso a sede judicial. Por ejemplo, el artículo 380 del CPP de Oaxaca dice: "Prohibición de incorporación de antecedentes vinculados con formas anticipadas o abreviadas. No se podrá invocar, dar lectura, ni incorporar como medio de prueba al debate ningún antecedente que tenga relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión del proceso a prueba, de un acuerdo de conciliación o de la tramitación de un procedimiento abreviado".

(...)

c) Flexibilidad. El procedimiento que se utilice para llegar a un acuerdo no debe estar sujeto a formas estrictas, ni a solemnidades, ni a reglas o trámites engorrosos. Los mecanismos alternativos deben ser ágiles, flexibles, no costosos ni complejos. Como hemos dicho antes, lo importante es llegar al acuerdo y que se produzcan formas de comunicación entre los participantes que permitan personalizar el conflicto. La estructura del procedimiento y el modo en que se lleve a cabo, se subordinarán a estos objetivos. Por ello, cuestiones tales como el número de sesiones, el lugar donde se efectuarán, la duración de las mismas, los sujetos involucrados, etc., podrán ser variables. En aquellas legislaciones en las que se han establecido plazos máximos de duración del procedimiento, estos no son rígidos, pueden extenderse si fuera necesario a juicio de quien lo realiza y dirige y hay conformidad de las partes.

Lo anterior no significa que no estén vigentes y tengan que respetarse ciertas normas, principalmente, los derechos de las personas. Flexibilidad no significa violación de normas ni actuación sin límites. En otras palabras, ausencia de formalidades no significa ausencia de garantías²¹⁹. Como hemos dicho antes, estos procedimientos deben estar regulados en la ley y su aplicación efectuarse conforme a la misma. La Recomendación (99) 19 del Consejo de Europa sobre Mediación en materia criminal es enfática al respecto: "La Mediación tiene un carácter menos formal que los procedimientos de justicia criminal, con el objeto de permitir una forma más personal y comprensiva de aproximación al conflicto. Estos procesos, no pueden, ni deben, ser regulados en detalle. Sin embargo, hay derechos y salvaguardas procesales de los individuos en el proceso criminal que no pueden ser descartados en una sociedad gobernada por el estado de derecho".

(...)

e) Imparcialidad. Debe garantizarse que quien realiza el procedimiento actúe con objetividad frente al conflicto. Por ello algunas leyes estatales regulan supuestos específicos en que existen conflictos de intereses para que el facilitador pueda llevar a cabo un proceso concediendo la posibilidad a quien está en esa posición de excusarse de conocerlos, y al mismo tiempo, otorgan a las partes la posibilidad de recusar a quien consideran que no es confiable para efectuarlo (más adelante señalaremos que algunos Códigos han prohibido efectuar el procedimiento a los agentes del ministerio público ya que se ha considerado que estos no garantizan la resolución imparcial del mismo).

f) Equidad. Durante el procedimiento deben considerarse las posiciones de ambas partes a fin de mantenerlas equilibradas y el acuerdo final debe ser justo, proporcional a los daños causados.²²⁰

²¹² Sobre el significado de estos principios puede verse GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA, "Apuntes sobre la mediación como medio alternativo de solución de conflictos: el contexto español y el mexicano", en la obra "Derecho Internacional privado- derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos en memoria de Tatiana B. de Maekelt", CEDE- ASADIP, Paraguay, s/f, pp. 621 y ss.

²¹⁹ SILVESTRI, ELISABETTA, "Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de controversias", op. Cit., p. 53.

²²⁰ Uno de los principios que rigen las actuaciones que se realicen en los procedimientos de justicia alternativa en el Estado de Morelos es el de protección a los más vulnerables. Dice la Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal (2008) que "Los convenios finales se suscribirán observando adicionalmente los derechos de las niñas, niños, adolescentes, incapaces, adultos mayores e indígenas, según sea el caso" (art. 25 fracción X).

Vasconcelos, R. (2012). Principio de oportunidad y salidas alternativas en el Nuevo proceso penal mexicano. (pp. 136-139 y 143). Distrito Federal, México: Flores Editor y Distribuidor.

Lectura 5

Suspensión condicional del procedimiento

En esta lectura, extraída del libro *Derecho Procesal Penal Chileno*, los autores definen en qué consiste la suspensión condicional del procedimiento, señalan sus efectos, los casos en que procede y la necesidad de que se cuente con el consentimiento del imputado y la asesoría legal de la defensa.

8. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO

8.1. CONCEPTO

La suspensión condicional del procedimiento es un mecanismo procesal que permite a los fiscales del ministerio público, con el acuerdo del imputado y con la aprobación del juez de garantía, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplen ciertos requisitos previstos en la ley y se satisfacen determinadas condiciones fijadas por el juez, que permiten suponer que el imputado no volverá a ser imputado de un delito. Esta institución constituye una manifestación de la tendencia comparada a buscar soluciones alternativas a las tradicionales del sistema penal, que presenta ventajas prácticas para todas las partes involucradas en el proceso penal, algunas de las cuales ya fueron señaladas en otra parte de este trabajo.¹⁸³ En efecto, la suspensión condicional del procedimiento representa:

- a) Economía de tiempo y recursos para el ministerio público, en el marco de un programa de priorización de tareas en la persecución penal;
- b) Evitación de los efectos nocivos inherentes a un proceso criminal y de la eventual imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad en la sentencia definitiva, y
- c) La satisfacción de variados intereses a través de la imposición de condiciones que el imputado deberá cumplir durante el lapso de observación, para la víctima.

Se le critica, sin embargo, que constituye una respuesta de carácter sancionatorio impuesta a una persona que no ha sido todavía declarada culpable con todas las garantías del debido proceso, cuestión de la que nos haremos cargo en el siguiente apartado.

8.2. IMPORTANCIA POLÍTICO-CRIMINAL Y CASOS EN QUE PROCEDE

La suspensión condicional del procedimiento permite resolver en forma alternativa aquellos casos que, en general, consisten en la imputación de delitos que no representen un atentado grave o relevante para el interés público respecto de sujetos sin condenas previas. Su fundamento político-criminal consiste en evitar oportunamente los efectos criminógenos del procedimiento penal y la prisión preventiva respecto de imputados por delitos menores y con bajo o inexistente compromiso delictual previo.

Sin embargo, no hay que olvidar que nos encontramos frente a una salida procesal que impone cargas con contenido sancionatorio al imputado, cuyo incumplimiento puede significar un retorno al *statu quo* ante. En efecto, a la restricción de derechos que supone el cumplimiento de condiciones por un cierto lapso se añaden la amenaza de revocación de la suspensión del procedimiento y la posibilidad de la imposición de una pena tras la dictación de la sentencia definitiva. Por tanto, siendo el consentimiento del imputado el único fundamento de legitimación para esta reacción sancionatoria, adquiere esencial importancia el que aquél haya sido prestado de modo

libre, consciente e informado, con conocimiento de sus efectos y de la renuncia de garantías que ella implica. Por lo mismo, es fundamental que el juez de garantía verifique rigurosamente estos aspectos en la respectiva audiencia.

A nuestro juicio, esta salida alternativa no debe utilizarse cuando sean procedentes otros institutos procesales menos aflictivos o, incluso, reacciones punitivas menos gravosas para el imputado. Su propósito fundamental es impedir la privación de libertad que proceda tanto al nivel procesal (prisión preventiva) como al nivel de ejecución de pena (pena de presidio o reclusión), y no sustituir mecanismos del sistema que impliquen la renuncia a la persecución penal o que constituyan respuestas sancionatorias de menor contenido aflictivo, como sucedería, por ejemplo, si fuere aplicable al caso el principio de oportunidad o sólo la imposición de una pena de multa (como pena única o alternativa a una pena privativa de libertad) en un procedimiento monitorio o simplificado. Como hemos destacado, la imposición de condiciones durante un lapso que puede ser de hasta tres años y la circunstancia que la eventual revocación de la salida alternativa implica la reanudación del procedimiento penal son elementos que necesariamente deben ser tenidos en consideración a la hora de ponderar la conveniencia o no de optar por esta institución procesal.

(...)

8.7. ACUERDO DEL IMPUTADO Y DEFENSA NECESARIA

Como señaláramos anteriormente, para que el juez de garantía apruebe esta salida alternativa es indispensable el acuerdo del imputado,¹⁸⁶ quien necesariamente deberá ser asesorado por un defensor por las importantes consecuencias que su decisión puede acarrearle. La presencia del defensor en la respectiva audiencia es requisito de validez de la misma (art. 237 inciso 3º. CPP).

A la existencia de esta cautela legal prevista a favor de los intereses del imputado, se suma el control que debe ejercer el juez de garantía en orden a verificar la voluntariedad del acuerdo prestado por el imputado y el conocimiento pleno de sus efectos, especialmente en lo que dice relación con la renuncia a su derecho al juicio oral y a su situación procesal en caso de revocación de la salida.

En efecto, la suspensión condicional del procedimiento es una salida alternativa con evidente contenido aflictivo para el imputado aunque mitigado con relación a la pena que hubiere podido corresponderle de ser declarado culpable tras el juicio oral.¹⁸⁷ Además, en caso de revocación, el procedimiento debe continuar en el mismo punto en que se encontraba al momento de su concesión, lo que significa una prolongación de los efectos negativos que produce el propio proceso penal. Siendo equivalente a una sanción de carácter punitivo, pero aplicable sin la existencia previa del debido proceso a una persona que debe ser presumida inocente, la verificación del consentimiento libre e informado por parte del imputado constituye un requisito indispensable de legitimidad de esta salida alternativa.

¹⁸³ Vid. supra, VII.B.1.2.

¹⁸⁶ La Cámara de Diputados modificó el proyecto del Ejecutivo, estableciendo que la aceptación de la suspensión condicional del procedimiento importaba para el imputado aceptación de los hechos materia de la persecución penal y de los antecedentes de la instrucción por la sola disposición de la ley y su revocación implicaba, en forma automática, la decisión del caso mediante procedimiento abreviado en base a dichos hechos y antecedentes. Se criticó que la suspensión presupondría derechamente la confesión del imputado y la posibilidad de su condena inmediata por procedimiento abreviado en caso de revocación de la misma. El Senado eliminó la enmienda de la Cámara fundamentalmente por razones de eficiencia, en el entendido que la existencia de trabas excesivas desincentivaría la utilización de la institución (cfr. PFEFFER, cit., p. 252).

¹⁸⁷ Incluso con relación a una medida alternativa a las penas privativas o restrictivas de libertad contenidas en la Ley 18.216, pues en su caso ha existido la imposición de una pena y la amenaza de su ejecución opera con mayor intensidad aflictiva que durante el procedimiento.

Horvitz, M. y López, J (2003). Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. (pp. 552 – 554, 557 – 558). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Lectura 6

Procedimiento abreviado

En la parte que se transcribe del libro en cuestión, su autor comenta en qué consiste el procedimiento abreviado, sus efectos, ámbito de aplicación, el momento procesal oportuno para solicitarlo, requisitos para que proceda y desarrollo de su trámite.

H. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

En la Audiencia de Preparación del Juicio Oral se puede también debatir, como se verá, acerca de la solicitud de proceder de acuerdo al Procedimiento Abreviado, de los arts. 406 y siguientes del CPP. Dicha solicitud la puede exponer el Fiscal en su escrito de acusación o en forma verbal al inicio de esta audiencia, como asimismo en cualquier etapa del procedimiento después de la formalización de la investigación, en una audiencia citada especialmente al efecto, o en otra en que se plantee el asunto (posibilidad, como antes se dijo, introducida por la ley 20.074). Evidentemente, si se acoge utilizar el procedimiento abreviado, en éste no se rinde prueba para fundamentar la acusación y, la Audiencia de Preparación, no termina por la dictación del auto de apertura del juicio oral.

(...)

Este procedimiento es una eficaz herramienta con que cuenta el sistema para abreviar la tramitación de los asuntos penales que ingresan. Permite precipitar una decisión judicial sobre la absolución o condena de una persona, directamente por parte del Juez de Garantía, sin necesidad de acudir a un juicio ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

(...)

Con todo, y aun a riesgo de repeticiones majaderas, recalamos que, utilizar este procedimiento abreviado, **implica la renuncia al Juicio Oral, no la renuncia a un juicio (en el sentido de un proceso que termina por una sentencia definitiva)**, como erróneamente, pudiera pensarse. En esta hipótesis existe juicio, dicho juicio termina por una sentencia y dicha resolución puede ser absolutoria o condenatoria (aunque, como se verá, lo más probable es que sea de este último tipo).

5.1. Presupuestos de procedencia

En conformidad al texto actual del artículo 406 del CPP (modificado por la ley N° 19.806 y la ley N° 20.074), dos son tales supuestos:

a) Que, en la acusación (sea que se haga por escrito o verbalmente), el Fiscal ha solicitado respecto de los hechos materia de la investigación, la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas (ej.: cinco años de presidio menor en su grado máximo y multa de 40 UTM), y

b) Que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundan, **los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.**

(...)

5.2. Oportunidad para solicitar el procedimiento abreviado

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley N° 20.074, la solicitud del Fiscal podía ser planteada al Juez de Garantía por escrito, en la oportunidad que señala el art. 248 CPP (es decir, cerrada la investigación, dentro de 10 días se acusa y la petición va incluida en el libelo) o verbalmente, en la misma audiencia de preparación del juicio oral. Sin embargo, la modificación legal amplió las ocasiones para solicitar el procedimiento, pues dichas oportunidades no quedan circunscritas sólo a las que hemos dicho sino que, además, se puede solicitar una vez formalizada la investigación, en la misma audiencia que se convoque para esos efectos (o en otra citada para tal fin), y hasta en la audiencia de preparación del juicio oral, manteniéndose la posibilidad de modificar las acusaciones, escritas o verbales, y las penas requeridas por el fiscal y el acusador particular, a fin de permitir la tramitación del procedimiento conforme a las normas de este Título.

(...)

5.3. Oposición del querellante

El querellante sólo puede oponerse al procedimiento abreviado cuando en su acusación particular haya efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido una forma de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal diferentes de las esgrimidas por el Fiscal en su acusación y, como consecuencia de ello, la pena solicitada exceda el límite antes señalado (art. 408, en relación al art. 406 CPP).

5.4. Resolución sobre la solicitud

El Juez de Garantía aceptará la solicitud del fiscal y del imputado cuando:

- a) los antecedentes de la investigación sean suficientes para proceder de conformidad a las normas del procedimiento abreviado (arts. 406 a 415 del CPP);
- b) la pena solicitada por el fiscal se conforme a los parámetros del inciso primero del art. 406, y
- c) verifique que el acuerdo del acusado haya sido prestado con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente.

(...)

5.5. Tramitación

Una vez aceptado el procedimiento abreviado, el juez abre el debate, otorga la palabra al fiscal, quien debe efectuar una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y diligencias de la investigación que la fundamenten.

En seguida, se da la palabra a los demás intervinientes. En todo caso, la exposición final corresponde siempre al acusado.

5.6. Fallo

Cerrado el debate, el juez **dicta sentencia**. Existen dos **límites absolutos para la eventual sentencia condenatoria**, a saber: no **puede imponer una pena superior ni más desfavorable** a la requerida por el Fiscal o el querellante, según el caso; y no puede emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado.

LECTURAS ADICIONALES

Las lecturas complementarias aquí sugeridas permitirán profundizar el tema de las salidas alternas al proceso penal. En ellas se abordan conceptos de interés como los criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado, los acuerdos reparatorios y la suspensión del proceso a prueba; se detalla el concepto de los acuerdos reparatorios, detallando su concepto, su justificación político-criminal, los casos en que proceden, los tipos de acuerdos a los que se puede llegar, el trámite para su aprobación y sus efectos; y se analiza el marco constitucional de los mecanismos alternos para la solución de conflictos.

- Natarén, C. (2008). Las "salidas alternas" en el diseño del nuevo proceso penal Breves notas desde la experiencia de la reforma en las entidades de la Federación. *Revista Mexicana de Justicia*, No. 11, 100-107. México.
- Horbitz, M.I., y López, J. (2004). *Derecho Procesal Penal Chileno*. (Tomo I, pp. 568-576). Santiago de Chile, Chile: Jurídica de Chile.
- Carbonell, M. (2010). *Los Juicios Orales en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. (pp. 83-86). México: Universidad Nacional Autónoma de México.



Centro de Estudios sobre la Enseñanza
y el Aprendizaje del **Derecho**, A.C.

Río Sena 108-A Ote.
Col. del Valle
San Pedro Garza García, N.L.
66220 México
informacion@ceedad.org.mx
www.ceedad.org.mx

CEEAD

Centro de Estudios sobre la Enseñanza
y el Aprendizaje del Derecho, A.C.

El *Libro de lecturas de apoyo* es un material que complementa los cursos universitarios de Derecho procesal penal en el sistema acusatorio, Técnicas de litigación oral y Métodos alternos de solución de controversias y salidas alternativas al proceso penal.

El texto forma parte de la Colección para el estudio y práctica del sistema penal acusatorio, diseñada por el Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A.C. (CEEAD), un centro de investigación independiente, sin fines de lucro, que tiene como misión transformar la enseñanza del Derecho en México.

Conoce más sobre el CEEAD y sus programas en: www.ceedad.org.mx



www.ceedad.org.mx

 [ceedad](https://www.facebook.com/ceedad)
 [@ceedad](https://twitter.com/ceedad)