

EVIDENCIAS Y PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

*José Luis Eloy Morales Brand**

Introducción

La implementación de los sistemas de justicia penal acusatorios en Latinoamérica, tienen la finalidad de lograr una disminución de las violaciones a derechos humanos en la aplicación de la reacción punitiva, las cuales se dan mayormente en las fases de investigación y ejecución, por parte de autoridades de investigación, acusadores y ejecutores.

A pesar de lo anterior, algunos tribunales de control siguen sin definir claramente sus facultades y atribuciones a partir de audiencias de tutela de garantías, dejando el trabajo para los tribunales de otras instancias, al establecer su falta de competencia en casos de afectación a derechos humanos o fundamen-

* Doctor en derecho y doctor en Ciencias Forenses. Su línea de investigación es la del sistema de justicia penal, derechos humanos y administración de justicia en la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Correo electrónico eloy.morales@edu.aaa.mx

tales, por lo que existen pocas investigaciones relacionadas con tales facultades, sus alcances y la eficacia de protección. En este sentido, uno de los principales fines del sistema penal acusatorio, es que los jueces se conviertan en los tuteladores de los derechos de las personas, siendo las únicas autoridades en las etapas procesales, para garantizar la igualdad y la contradicción, por lo que la audiencia de tutela de garantías o de control judicial, resultan ser herramientas mediante las cuales las partes solicitan al juez la protección de sus derechos humanos y fundamentales.

Explicaré las funciones de control de los jueces del proceso penal acusatorio para proteger los derechos de los involucrados a través de las prohibiciones de evidencias que hayan sido obtenidas con violación a derechos, distinguiendo algunas actividades de los juzgadores, pero coincidiendo en que todos son jueces de control de constitucionalidad y convencionalidad, es decir, de protección de derechos y del logro de su efectividad.

Estos resultados llevarán la posibilidad de que los procedimientos penales, trabajen desde la perspectiva de protección de derechos de los sujetos procesales, sus auxiliares y la misma sociedad, con la finalidad de resolver el conflicto de intereses de la forma más efectiva y menos lesiva para ellos. Parte de este trabajo fue publicado originalmente bajo el título de “Proceso acusatorio, tutela de derechos y medios de comunicación”, en la revista *Perfiles de las Ciencias Sociales*, vol. 8, núm. 16, enero-junio de 2021, México, UJAT.

El Poder Judicial como garantía

Los modelos acusatorios responden a un sistema de justicia penal garantista, es decir, a un modelo criminológico basado en el respeto a los derechos humanos,¹ que se traduce en la tutela

1 Alesandro Baratta es uno de los principales precursores del derecho penal de garantías, en un artículo publicado en los años ochenta, enumeraba una serie de principios que se refieren a criterios políticos y metodológicos para la discrimi-

de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador de los mecanismos de control social formalizados, entre ellos el Sistema de Justicia Penal.²

Ahora bien, en un Estado constitucional de derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la jurisdicción, los tribunales judiciales, ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.³

Siguiendo esta idea, y en virtud de que existen varios sistemas o mecanismos que pretenden reaccionar contra las desviaciones sociales, y algunos se insertan en la estructura del Estado, consecuentemente, será la forma o clase de Estado la que condicione las prácticas de la política criminal,⁴ y en un Estado constitucional de derecho, esos mecanismos se ven sustentados en la protección de los derechos fundamentales de las personas a las que va dirigido,⁵ al someterse a normas de actua-

nalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal actual. Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2005, p. 452.

- 2 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 336.
- 3 *Idem*, p. 584.
- 4 Bergalli, Roberto. “La instancia judicial”, en *El pensamiento criminológico*, vol. II, *Estado y Control*, Colombia, Editorial Temis, 1983, p. 73. En el mismo sentido Santiago Mir Puig, cuando afirma que “todo Derecho Penal responde a una determinada Política Criminal, y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde”. En “Constitución, Derecho penal y Globalización”, en *Nuevas tendencias en política criminal –Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Argentina, Editorial B de F, 2006, p. 116.
- 5 Por ejemplo, para el Estado absoluto, la política criminal buscaba proteger al sistema, reestableciendo el orden jurídico afectado, para el Estado intervencionista, la política criminal pretende la defensa del orden social, pues el infractor era una persona anormal y peligrosa –ejemplos de esta política criminal son los estados autoritarios y dictatoriales, donde el delito se identifica como una traición al jefe

ción diseñadas para asegurar la objetividad de la intervención y el respeto de los individuos involucrados en el conflicto.⁶

En el Sistema de Justicia Penal, una vez que los hechos son investigados, deben ser verificados y reconocidos por la autoridad judicial como actos punibles, para aplicar la consecuencia jurídica. En este sentido, hablamos de un sector jurisdiccional, la autoridad encargada de la aplicación de la norma al caso concreto.

La jurisdicción es una función pública establecida en la Constitución, que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre partes con intereses opuestos, y deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, que decidirá en forma imperativa e imparcial.

El subsector jurisdiccional protege al imputado y la víctima de la actuación de las autoridades; valora los hechos que son puestos a su conocimiento, y es el único subsector que puede declarar a una persona como culpable.⁷ En un Sistema Penal Acusatorio Oral, el acusador y la defensa se encuentran controlados por la jurisdicción, quien es el único que puede dar valor lo que se le presente, que puede autorizar afectación a derechos fundamentales y, por lo tanto, el único que puede declarar la existencia del delito y la culpabilidad de una persona.

La principal garantía procesal es la de jurisdiccionalidad, ya que el proceso se configura como una contienda entre hipótesis en competencia, que el juez tiene la tarea de dirimir, pues la carga de la prueba, en apoyo de la acusación, resulta integrada

de Estado, por lo que hay que defenderlo de esos traidores—, para el Estado de bienestar, el objetivo es obtener el consenso a su sistema de valores, por lo que se trata de reincorporar al consenso al desviado.

6 García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de criminología*, 3a. ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2003, pp. 197 y 198.

7 “La criminalidad, como realidad social, [...] es una cualidad atribuida por los jueces a ciertos individuos, los cuales resultan así seleccionados y luego incluidos en las formas de registro habitual de la criminalidad (estadísticas oficiales)”. Bergalli, Roberto. “La instancia...”, *op. cit.*, p. 79.

por la carga de la contraprueba o refutación de las hipótesis en competencia.⁸

Para que esta garantía sea realmente efectiva, debe de estar dotada de imparcialidad, independencia y naturalidad. La imparcialidad es la ajenidad del juez a los intereses de los sujetos procesales, y exige su separación institucional respecto de la acusación pública; la independencia, es su exterioridad al sistema político, demanda su separación institucional de los otros poderes del Estado; y la naturalidad, implica que la designación y determinación de competencias del juez, sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio, por lo que requiere de separación de autoridades delegantes de cualquier tipo, y la predeterminación, legal y exclusiva, de lo que puede conocer,⁹ para impedir intervenciones instrumentales de carácter individual o general sobre la formación del juez, y la prohibición de los jueces especiales y extraordinarios, con la finalidad de garantizar la igualdad de que todos contamos con el derecho de tener los mismos procesos y juzgadores.

La imparcialidad es la falta de prevención a favor o en contra de alguien en el procedimiento. Es la justificación del derecho al juez no prevenido o contaminado que se retoma del modelo español,¹⁰ como derecho fundamental incluido al proceso garantista, pues a través de este se pretende evitar, en aras de la imparcialidad del juzgador, la formación en el tribunal sentenciador de cualquier prejuicio a favor o en contra del imputado, que pudiera adquirir internamente de haber participado instrucción.¹¹ En consecuencia, el juez que conocerá del caso en la audiencia de juicio oral, será distinto del que controle la investigación y decrete la vinculación, como igual serán dis-

8 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 152.

9 *Idem.*, p. 580.

10 Sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional Español.

11 En la actualidad, el juez que ha instruido una causa penal, en modo alguno puede juzgarla, no como juez único, ni formando parte de un tribunal. López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de derecho procesal penal*, Navarra, España, Editorial Thomson Aranzadi, 2004, p. 691.

tintos los jueces que preparen el juicio y ejecuten las sanciones. Lo que se busca es que el juzgador no esté contaminado previamente y no tenga prejuicios al momento de resolver.

También la imparcialidad implica que el juez debe adoptar una postura pasiva respecto de la prueba y la participación de los sujetos procesales; es decir, no actuará oficiosamente ni perfeccionará la actuación de las partes en conflicto, sino que sólo atenderá las peticiones que le realicen y las resolverá en los términos que se le hayan planteado, sin suplir la deficiencia de la argumentación.

Por lo anterior, el juez no tendrá la facultad de reclasificar los hechos¹² para girar una orden de aprehensión, dictar un auto de vinculación o emitir una sentencia, lo cual no significa que quedará atado de manos, sino que los sujetos procesales deberán capacitarse ampliamente para proponer adecuadamente sus peticiones.

La imparcialidad es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir en cualquier forma de investigación; e implica, entonces, la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales, sin ningún interés general o particular, en la solución de la controversia que debe resolver, ya que debe decidir cuál de las hipótesis es falsa o verdadera; no debe ser un personaje de representación, puesto que ningún interés o voluntad, que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados, debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, ya que juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, sino para la tutela de la libertad de las minorías.¹³

En síntesis, el Poder Judicial se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contrapoder, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, o la validez de los actos legislativos y administrativos, y la tutela

12 Gómez Colomer, Juan Luis. *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, pp. 91 y 92.

13 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 580.

de los derechos fundamentales de los ciudadanos, frente a las lesiones que pudieran provenir del Estado.¹⁴

Se trata de una búsqueda de seguridad jurídica de la persona, al saber que en caso de que se le impute la comisión de un delito, el Estado observará todos y cada uno de los requisitos y elementos previos, tendentes a generarle una afectación válida en su esfera jurídica; es decir, tendrá la certeza de que será acusado por un órgano distinto aquel que deberá juzgarlo, una vez que haya sido oído en el proceso, y haya aportado los medios de prueba que permitan fortalecer su inocencia. Esto permite una garantía de igualdad de los ciudadanos ante la ley, el aseguramiento de la certeza del derecho penal y, sobre todo, la tutela de las partes ofendidas más débiles.¹⁵

Acceso a la justicia y tutela de derechos

La garantía de acceso a la justicia, implica la posibilidad de que los seres humanos acudan a la administración de justicia, o al conjunto de órganos que componen el poder judicial. En otras palabras, es la posibilidad de dirigirse a un órgano jurisdiccional solicitando su actuación y conlleva la correlativa obligación por parte del órgano jurisdiccional, de recibir cualquier tipo de petición y de responder a ella de acuerdo con el derecho, según los artículos 13, 14 y 17 de la Constitución Federal Mexicana, 8 de la CADH y 14 del PIDC.¹⁶

Relacionado con la tutela judicial, para que esta sea efectiva, aparece el principio de contradicción que esencialmente se traduce en la posibilidad de debatir y controvertir. Por lo

14 *Idem.*, p. 580.

15 *Idem.*, p. 569.

16 Para efectos de este artículo, las iniciales DU se refieren a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948, DA a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año, PIDCP al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de diciembre de 1966, y CA a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969.

anterior, como regla general, las decisiones que puedan afectar derechos humanos o fundamentales, deben tomarse en audiencia pública, previa petición de parte, y dando la oportunidad al posible afectado (imputado, víctima o tercero) de argumentar en contra de la petición, previamente a su afectación. Es decir, la autorización para afectar derechos debe ser previa y tomada en audiencia contradictoria.

Ahora bien, como regla de excepción, en determinadas decisiones que por su naturaleza no sea conveniente su comunicación, y que el orden constitucional expresamente así lo disponga, podrá autorizarse afectación de derechos sin otorgar el derecho a contradicción previa, pero siempre deberá garantizarse su debate posterior. Las disposiciones séptima y décima octava del Conjunto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal (Reglas de Mallorca), establecen que las decisiones que afecten derechos no podrán ser adoptadas sin audiencia previa (regla general). Si ya se tomó la decisión (urgencia y cautela), el juez deberá orile para modificarla, si procediere (igualdad-contradicción).

En este orden de ideas, para garantizar la contradicción en el acceso a la justicia, en el proceso penal acusatorio aparece la tutela o cautela de garantías,¹⁷ que se trata de una petición concreta de protección de derechos que han sido vulnerados por una autoridad o un particular en el procedimiento penal. La puede realizar cualquier persona afectada por actividades del proceso, no sólo las partes o sujetos procesales (por ejemplo, un tercero ajeno al hecho, propietario de un objeto que es asegurado en la investigación).

Sustentada en el derecho al recurso sencillo de revisión de afectaciones, y en el principio de impugnación y maximización de la protección previsto en los artículos 10 y 25 de la CADH, 9 y 14 del PIDCP, y las reglas séptima y décimo octava de las de Mallorca, trata de ser un mecanismo de protección de

17 Morales Brand, José Luis Eloy, *Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación*, México, Troispublient, 2018, p. 222.

derechos humanos y fundamentales, a través de la actuación de un juez que deberá autorizar, validar o rechazar su afectación, o buscará hacerlos efectivos, para permitir el desarrollo igualitario y contradictorio del proceso. Es un pequeño procedimiento sumario de protección constitucional o internacional a nivel causa que se tramita ante jueces de control en investigación, en función de preparación y juicio oral.

Se puede hacer la moción (incidencia-petición) en cualquier momento, mediante audiencia especial o dentro de otra audiencia, mientras subsista la afectación, y en aquellos casos donde no se encuentre previsto un mecanismo de impugnación expreso o directo contra alguna actuación o resolución. Por ejemplo, si un fiscal no quiere permitir que la defensa tenga acceso a la investigación; si un testigo de la defensa no quiere ser entrevistado por el investigador del fiscal; si se asegura un objeto sin seguir los requisitos de ley; si se incomunica a un imputado; si se niega la devolución o entrega de alguna evidencia; se impide la realización de alguna actividad de investigación sin justificación podrá solicitarse una audiencia de tutela de garantías.

La solicitud es simple, pidiendo la audiencia e indicando los datos de identificación de quien la pide, de la persona a la que se le reclama la afectación, y del procedimiento en que se realizó; en forma sintética, y sin entrar a detalles, cuál es el motivo de la tutela, y los demás datos que permitan al juez citar a la contraparte (si esto se realiza en una audiencia que ya está en curso, la petición y exposición será en forma oral). Se citará a una audiencia, en la que comenzará hablando quien la solicitó y expondrá los elementos que sustentan la petición; se escuchará a la contraparte, y luego de réplica y dúplica, el juez resolverá lo procedente.

Además, la garantía de acceso a la justicia, contiene algunos principios¹⁸ como:

18 *Idem*, p. 223.

a) Principio *pro actione*: para interpretar las normas dando el mayor beneficio posible para admitir la solicitud, con el fin de que el derecho sea vea satisfecho en la mayor medida,

Con base a este principio, cuando alguna persona solicite la tutela o protección de sus garantías, el trámite y audiencia debe llevarse a cabo en cualquier momento, estando presentes los interesados, por lo que no se requiere una audiencia especial, sino que en cualquier diligencia puede solicitarse, y el juzgador deberá atender y resolver la petición. Si se diera el supuesto de que el proceso estuviera suspendido, la tutela de garantías es un acto cautelar (pretende disminuir daños o evitar daños futuros), por lo que la atención a la petición nunca se suspende, al ser una circunstancia de tramitación urgente.

b) Derecho al proceso legal: las solicitudes dirigidas a órganos jurisdiccionales, se tramiten y resuelvan eficazmente con normas previamente establecidas (prohibición de leyes privativas).

c) Prohibición de trato desigual: por un lado, el tribunal será imparcial o ajeno a los intereses del acusador, la víctima, el imputado y el defensor; será independiente o ajeno a los intereses del sistema político; en consecuencia, no suplirá la deficiencia de los argumentos ni intervendrá en su producción; y será “natural”, por lo que la creación, designación y determinación de sus competencias es previa a ocurrir los hechos, para evitar tener un juez artificial, creado específicamente para resolver un caso, y en consecuencia, predispuesto a resolverlo (prohibición de tribunales especiales y derecho al juez no prevenido).

d) Defensa cultural y discriminación positiva: las personas deben ser tratadas en un plano de igualdad real, concretamente que los criterios utilizados para resolver el caso tomen en cuenta sus desigualdades, su cultura, sus creencias, su forma de pensar y cómo eso influyó en el hecho.

Estos principios los encontramos en los numerales 14.1, 14.5, 14.6 y 14.7 del PIDCP; 8.1, 8.2 h, 8.4, y 10 de la CADH; 10 de la DU; y XVIII de la DA.

Por lo anterior, el rol del juez en el nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial, es evitar el desbordamiento del poder controlado y garantizar los principios básicos que en una democracia se suponen implícitos o se hallan expresos en su Constitución.¹⁹

Juezas y jueces de control de garantías

¿Por qué las y los jueces que intervienen en procedimiento penal acusatorio son tribunales de control?

Esto se debe a que el “control” no es de las partes o de actos de investigación, sino de todos aquellos eventos o determinaciones que puedan afectar ilegítimamente derechos humanos, fundamentales o garantías. Las y los jueces controlan el orden constitucional e internacional en materia de derechos humanos en el ámbito doméstico, para lograr la maximización de la protección por medio de la autorización, validación o rechazo de la afectación, o el establecimiento de los mecanismos para hacerlos efectivos: proteger a la persona de conductas

El control social de un Estado constitucional de derecho tiene el fin de proteger los derechos humanos y fundamentales de los seres humanos.

los derechos humanos son un concepto político, pues se tratan de criterios de legitimidad política, en la medida que se protejan, y representan una visión moral particular de una sociedad y su realidad;²⁰ son²¹ demandas de abstención o actuación derivadas de la dignidad de la persona, reconocidas como

19 Mejía Escobar, Carlos Eduardo, *El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*, Colombia, USAID y Consejo Superior de la Judicatura, 2005, p. 10

20 Donnelly, Jack. *Derechos humanos universales*, 2a. ed., México, Editorial Gernika, 1998, p. 31.

21 García Manrique, Ricardo y Escobar Roca, Guillermo. “Estado de Derecho”, cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

legítimas por la comunidad internacional, siendo por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado. En síntesis, son demandas de satisfacción de necesidades humanas legitimadas por la comunidad internacional.

Y ¿qué son los derechos fundamentales?, la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 pareciera indicar que el concepto de derechos humanos y el de derechos fundamentales son similares, al precisar en el artículo 1º de la Constitución federal mexicana que todas las personas gozarán de los derechos humanos que dicha norma reconozca; pero el concepto derechos humanos, tal como lo he señalado, es un concepto mayor al de derechos regulados en la Constitución, pues se trata de demandas derivadas de la dignidad humana que buscan una protección jurídica, por lo que generan criterios de interpretación del derecho positivo.

Así, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos del orden jurídico, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. En consecuencia, de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a su efectividad y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.²²

Los derechos fundamentales son importantes en un Estado constitucional de derecho, y en consecuencia son los pilares básicos del ejercicio adecuado de la política criminal, en virtud de que su mera incorporación a una Constitución implica que gozan del mayor nivel de garantía o protección²³ pues vinculan directamente al legislador ordinario al momento

22 Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, del 11 de abril de 1985.

23 García Manrique, Ricardo y Escobar Roca, Guillermo. "Estado de Derecho", cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, dentro del Programa

de realizar las leyes, y al ejecutivo al aplicarlas o tomar decisiones (control de constitucionalidad y no de simple legalidad); su limitación sólo puede darse por motivos realmente serios y racionales expresamente establecidos en la Constitución, y son aplicables por cualquier tribunal, por lo que cuentan con una genérica garantía judicial directa, que no requiere la intermediación del legislador ordinario (control de constitucionalidad).

Lo anterior se encuentra claramente establecido en el artículo 1º constitucional de México (a partir del 10 de junio de 2011), al ordenar a todas las autoridades mexicanas la protección y garantía de estos derechos; es decir, no sólo las autoridades judiciales federales tienen el deber de hacer operativos los derechos constitucionales o internacionales, sino que cualquier autoridad, al momento de realizar un acto u omitir una conducta que tenga relación con personas titulares de derechos, debe tomar en cuenta los derechos constitucionales e internacionales para emitir su acto o dejar de hacerlo, sin poder poner como pretexto que son autoridades que sólo deben aplicar la ley, pues lo que deben de aplicar es la protección directa al derecho fundamental (control de constitucionalidad e interpretación conforme).

Los derechos humanos influyen dentro de la Constitución y los derechos fundamentales²⁴ al determinar su catálogo y abrirlo a través del principio de dignidad de la persona y el derecho internacional, por lo que derechos humanos no reconocidos en la Constitución se convierten en fundamentales,²⁵

de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

24 *Idem*.

25 Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver los casos *Costa-Enel* y *Simmenthal*, determinó que las disposiciones comunitarias prevalecen sobre las nacionales, incluso las constitucionales, si contradice derechos de una norma comunitaria, ya que son de aplicación inmediata a favor de las personas. En Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Fundamentos del derecho penal económico*, México, Ángel Editor, 2004, p. 100.

así como en su interpretación para determinar su contenido y lograr su efectividad.

Los modelos de interpretación que nos muestran que en el proceso penal acusatorio todos los jueces son tribunales de control de derechos y garantías, son los siguientes:

1. Bloque de constitucionalidad: interpretación que reconoce jerarquía constitucional a normas que no están en la Constitución; el actuar de la autoridad y particulares de un Estado, deben encontrarse dentro de los parámetros de constitucionalidad de los derechos humanos; así, ya no se cuenta con una sola Constitución, sino que todas las normas internacionales e internas que garanticen derechos humanos se vuelven normas fundamentales de un Estado (Constitución no codificada o no escrita). Así, los derechos humanos se encontrarán protegidos por acciones de derecho interno.

2. Interpretación conforme: las autoridades deben preferir y aplicar la norma que se encuentre conforme a los derechos humanos reconocidos en Constitución y derecho internacional de los derechos humanos, por lo que en caso de que alguna ley vaya en contra de tales derechos no deberá tomarse en cuenta, y aplicarse directamente la Constitución, el tratado o la norma que realmente proteja y haga efectivo el derecho (control de constitucionalidad y convencionalidad).

3. Principio *pro homine*: en caso de que las normas constitucionales sean contradictorias (concurso aparente de normas), o que de su interpretación o de una norma deriven diversos significados, debe escogerse la interpretación más benéfica para los derechos fundamentales y humanos, tal como lo dispone el segundo párrafo del artículo 1º constitucional (también llamado *pro persona*, a favor *libertatis*, o de benignidad).

4. Criterios de normas duras y normas blandas de DIDH: las normas duras (*hardlaw*), se refiere al derecho duro o positivo de los tratados y convenciones internacionales, que es obligatorio en aplicación. En cambio, las normas blandas (*softlaw*), son los principios y prácticas, aparentemente no vinculantes al

mismo grado del derecho duro, que se encuentran en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones de derecho internacional relacionado con los derechos humanos. En estos supuestos, con base al principio *pro homine*, las normas blandas se vuelven orientadoras y vinculantes de la interpretación a favor de la protección y efectividad de los derechos (ante un conflicto entre principios o reglas, prevalecen los principios que hagan efectivos los derechos).²⁶

Los anteriores criterios nos muestran que las y los jueces no son simples aplicadores de legalidad, sino que deben aplicar la Constitución, el derecho internacional sobre derechos humanos y toda juridicidad que ayude a satisfacerlos derechos de las personas, por lo que su función esencial es la de contralar el orden constitucional e internacional; es decir, controlar que los derechos y garantías de los involucrados sean realmente observados y aplicados.

Las garantías son mecanismos jurídicos específicos de protección de un derecho humano o fundamental, o las técnicas para no restringir indebidamente el goce de ese derecho. Se traducen en las obligaciones o prohibiciones relativas a restringir de manera indebida el goce del derecho y con ello verificar la legitimidad de la intervención. En un Estado constitucional de derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la jurisdicción (tribunales judiciales), ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado y los particulares, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.

26 “SOFT LAW”. LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS. Tesis XXVII.3º.6 CS (10ª), Amparo en revisión 215/2014, el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimoséptimo Circuito

Ahora bien, los derechos no son absolutos, sino que pueden ser restringidos o afectados cuando el propio sistema lo permita. Al hablar de intervenciones a los derechos (afectaciones o restricciones) nos referimos a aquellas conductas, activas u omisivas, realizada por un obligado (particular o público) y que afecta negativa y significativamente a una o más de las inmunidades o facultades que integran su contenido.²⁷

De entrada, los derechos se encuentran limitados por el respeto a los derechos de los demás; los derechos se restringen cuando el hombre deja de ser social, lo que implica que conscientemente agrede o afecta los derechos de los demás.

Si los derechos fundamentales están en la Constitución, sólo en normas del mismo rango podrá encontrarse la justificación de sus límites²⁸, y su intervención debe seguir las siguientes reglas (test o filtro de proporcionalidad de Dworkin):

a) *Adecuación o idoneidad*: el sacrificio del derecho es adecuado para proteger otro derecho. La intervención debe estar establecida en la norma constitucional, por ser adecuada para resolver un conflicto en la sociedad. Es por ello que el artículo 1º constitucional indica que el derecho podrá restringirse sólo en los casos que la misma Carta Magna establezca, de ahí que los derechos no sean absolutos, pero su intervención sólo puede ser permitida por la Constitución, y no por otro tipo de normatividades;

b) *Necesidad o indispensabilidad*: La afectación es necesaria por ser el mecanismo menos dañoso para el derecho intervenido. Cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el menos dañoso para el derecho intervenido; y

27 García Manrique, Ricardo y Escobar Roca, Guillermo, “Estado de Derecho”, cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

28 *Idem*.

c) *Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*: Cuando entran en conflicto los derechos de las personas, debe intentarse, en la medida de lo posible, equilibrio entre ambas (afectar lo menos posible), o en su caso ponderar (dar mayor peso a uno de los derechos y afectar el otro), procurándose el respeto esencial de los intereses enfrentados (lo cual puede llegar a ser un ejercicio subjetivo atribuir mayor o menor peso a cada uno de los intereses en conflicto).²⁹

29 RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática. Época: Décima Época. Registro: 160267. Instancia: Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial

Así, las reglas de proporcionalidad para la intervención de un derecho nos pueden dar una definición actual de justicia como la dignificación de los derechos, satisfacción de las necesidades humanas y resolver o aminorar los problemas sociales, al equilibrar y hacer efectivos los derechos humanos y fundamentales. En este sentido, uno de los objetos básicos del proceso acusatorio es el de investigar, procesar, juzgar y ejecutar en materia delictiva, en un marco de respeto a los derechos humanos y fundamentales constitucionales e internacionales, por lo que el principio de legalidad en materia penal (artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7, 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos), implica que las normas, además de precisar el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica o sanción, deben establecer en forma previa y clara los procedimientos y mecanismos para poder intervenir o afectar los derechos de los seres humanos. Para afectar o intervenir un derecho, es necesario que se justifique la intervención y, sobre todo, que el orden jurídico constitucional permita esa restricción. Las garantías de los derechos del ser humano, buscan lograr su efectividad real, y en su caso realizar los procedimientos válidos para su afectación en aquellos casos que sea necesario.

Entonces, el procedimiento penal es una garantía jurídica que se refleja en los requisitos que deben seguirse en la investigación, imputación, acusación, preparación, juzgamiento, imposición y ejecución de sanciones por la comisión de un hecho punible. Para ello, si la autoridad quiere afectar un derecho, debe pasar por los filtros de adecuación o permisión constitucional de la restricción; la necesidad, o menor afectación de la medida, y la proporcionalidad, tratando de equilibrar los derechos que pudieran verse enfrentados con la restricción del derecho, o en su caso ponderar y darle mayor valor a un derecho sobre otro. En estricto sentido el principio “la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le faculte”, se refiere a que el

de la Federación y su Gaceta. Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.). Página: 533.

funcionario sólo puede afectar un derecho si la ley se lo faculta. Por el contrario, si existe el deber de hacer efectivo un derecho constitucional o internacional, y la norma es omisa, incompleta o poco clara, debe de crear el mecanismo necesario para lograr la efectividad y protección desde la primera instancia, sin pretexto de que el legislador no hubiere cumplido con su función o que deba esperarse una declaración de tribunal constitucional, pues los derechos humanos y fundamentales gozan de una garantía de aplicación directa desde la constitución y el derecho internacional, que debe cumplir toda autoridad.

No se puede pasar por alto que México está sometido a un derecho internacional de los derechos humanos, entendido como toda jurisdicción internacional en que se establece el comportamiento y beneficios que el ser humano puede esperar y exigir de los Estados. Los tratados internacionales son una parte de esa jurisdicción internacional, por lo que el sector operativo del sistema de justicia penal acusatorio, no sólo debe basarse en disposiciones constitucionales o de tratados internacionales, sino en todas las reglas internacionales (tratados, convenciones, acuerdos, costumbre, resoluciones generales, opiniones consultivas, jurisprudencia) que prescriben deberes respecto del comportamiento de los Estados, y de las cuales México sea parte. Lo anterior en virtud de que el derecho internacional de los derechos humanos influye dentro del ámbito doméstico al establecer el catálogo de derechos fundamentales (constitucionales), ampliarlos con los establecidos en jurisdicción internacional, e imponer una interpretación *pro homine* para la satisfacción real de los derechos. La interpretación *pro homine* implica que en caso de que varias normas sean aplicables a un mismo supuesto, siempre deberá optarse por aquella que beneficie en mayor medida el derecho; y en caso de que sólo una norma sea aplicable, siempre se interpretará para la aplicación y protección más amplia del derecho humano y fundamental.³⁰

30 Si bien el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana determinó en la contradicción de tesis 293/2011. 18 de marzo de 2014. 20/2014 (10a.), bajo

En síntesis, este esquema acusatorio se caracteriza por el control judicial de todo el procedimiento; el Poder Judicial se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contrapoder, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, o la validez de los actos legislativos y administrativos, y la tutela de los derechos humanos y fundamentales de las personas, frente a las afectaciones ilegítimas que provengan de los particulares o el Estado³¹.

Esta vigilancia se realiza por varios jueces, que aparecen en cada una de las etapas del procedimiento, y que son distintos entre sí. La obligación de que sean diversos jueces se sustenta en el derecho al juez no prevenido o contaminado, que implica garantizar la imparcialidad de los jueces, evitando cualquier prejuicio a favor o en contra de las partes, que se pueda adquirir psi-

el rubro “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”; que “...cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional...”, también lo es que en la misma tesis afirma que “los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídicomexicano...”, con lo que es evidente que se reconoce el peso de los derechos humanos para determinar la validez de las normas y actos de autoridad (bloqueo de constitucionalidad e interpretación conforme); lo cual incluso es reforzado con otro criterio que el propio Pleno de la Corte determinó en esta misma contradicción de tesis, bajo el rubro “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”, donde obliga a los operadores jurídicos a atender: “1. Cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; 2. En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y 3. De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos” (principio pro homine). Con lo que podemos concluir que las restricciones constitucionales no son aplicables a los derechos garantizados por el DIDH y otras normas que los amplíen.

31 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 580.

cológicamente al haber participado en etapas previas en que se hayan tomado resoluciones que impliquen valoraciones y trasciendan a la protección o restricción de derechos fundamentales.

Reglas en materia de evidencia en el proceso penal

La evidencia es el elemento esencial de toda metodología procesal, incluyendo la penal: sin ella no existe materia de declaración judicial. Se trata de todo medio indispensable para llegar a un conocimiento aproximado del hecho, la relación subjetiva con el imputado y la víctima, y el establecimiento de las sanciones, para así poder arribar a la conclusión de si es procedente o no, la pretensión punitiva del acusador.³²

Tanto el fiscal, a través de sus investigadores públicos (policías detectives y peritos), como el imputado, la defensa, la víctima u ofendido, y su asesor jurídico o coadyuvante, podrán recabar evidencias, referenciarlos, ofrecerlos como medios probatorios y producirlos en juicio. Así, podrán obtenerlos a través de sus investigadores o peritos privados, o solicitarle al fiscal que los recabe para lograr que se cumpla el deber de objetividad.

Cadena de custodia

Un elemento esencial en el procedimiento penal es llevar a cabo debidamente la cadena de custodia; es decir, obtener legítimamente las evidencias para no convertirlos en prueba ilícita. La cadena de custodia es un sistema de control y registro que se aplica a los indicios, objetos, instrumentos o productos del hecho, y se integra por todas aquellas medidas necesarias para evitar que sean alterados, ocultados o destruidos, y se garantice su autenticidad para el adecuado examen desde su localización,

32 Morales Brand, José Luis Eloy, *Juicio oral, op. cit.*, p. 302.

descubrimiento, ubicación, aseguramiento, obtención o recolección, traslado, resguardo, incorporación, producción y destino final, con lo que se asegura que esos indicios pertenecen al hecho investigado, sin confusión, adulteración o sustracción, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión o su falta de necesidad. Estos elementos de prueba o indicios deben mantenerse en lugar seguro y protegidos, sin que puedan tener acceso a ellos personas no autorizadas en su manejo.

Así, los investigadores (públicos o privados), recabarán los elementos materiales de prueba o indicios, y dejarán constancia en el acta o registro de la diligencia que corresponda, haciendo la descripción completa y discriminada, registrando su naturaleza, lugar exacto de donde fue removido o tomado y quien lo obtuvo (lo mismo harán todos aquellos que tengan contacto con los indicios o evidencias del hecho).

En consecuencia, el contenido de la cadena de custodia se refiere a una materia de pasos científicos que cada ciencia auxiliar debe observar para la ubicación o localización, aseguramiento, embalaje, traslado, estudio y presentación de una evidencia; pero tales reglas no pueden ejecutarse afectando derechos humanos y fundamentales de los involucrados en el procedimiento penal. Es por ello que, si bien cada organización de investigación (detectives o peritos), de acuerdo con la naturaleza de su especialidad o ciencia auxiliar, así como la del objeto y el tipo de manejo, podrán llevar sus protocolos de actuación en la indagación y recolección de indicios y datos de prueba (pues las técnicas de operación de métodos científicos no pueden regularse en actos administrativos, ni imponerse con carácter de obligatorios, ya que se atiende a la naturaleza de la ciencia aplicable); también lo es que el Código Nacional Procesal en México, establece en su artículo 227 que la cadena de custodia se aplicará tomando en cuenta la identidad del objeto, su estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; registrándose su

nombre e identificación de personas que tuvieron contacto con el elemento, lo cual orientará a las policías de investigación y peritos de todo el país, al indicárseles un catálogo mínimo de lo que debe incluir la cadena de custodia, para evitar su alteración e impugnación en el proceso.

Cuando se solicite un análisis técnico o científico del indicio, la recolección la debe de efectuar personal calificado, capacitado o entrenado para ello. En consecuencia, toda transferencia de custodia debe quedar registrada, indicando fecha, hora, nombre, firma de quien recibe y de quien entrega, descripción del elemento material, y el lugar donde habrá de depositarse.

Con lo anterior podemos distinguir un par de registros esenciales en la actividad de investigación:

a) El registro de aseguramiento, que contendrá como mínimo la fecha, hora, descripción completa del objeto, lugar o persona, naturaleza del indicio, lugar exacto de donde fue removido o tomado, quién y cómo lo obtuvo, estableciendo el nombre y firma, y el carácter de personal especializado para el aseguramiento o recolección; y

b) El registro de traslado, que contará como mínimo con la fecha, hora, nombre y firma de quien lo recibe, traslada, entrega y de quien recibe, descripción detallada del elemento, y el lugar de depósito.

El registro de cadena de custodia original quedará anexo al indicio (tanto el de aseguramiento como el de traslado son un documento único), y cada persona que haya tenido contacto con él, resguardará una copia del registro que contará con el último contacto que aquel tuvo con la evidencia. Cuando la evidencia sea llevada a la audiencia de juicio, el registro se llenará estableciendo la entrega, quién lo recibe, el lugar a donde se lleva; y si en el desahogo de la prueba, es necesario que el perito o testigo tenga contacto con el objeto, se registrarán los datos de contacto, fecha y hora, y si se solicita “el rompimiento de la

cadena de custodia”,³³ también se hará el registro correspondiente hasta que el objeto regrese a la bodega de evidencia, pues debe continuar con la certeza de la no adulteración del indicio, ya que posteriormente podrá ser revisado en apelación, juicio de amparo, o reconocimiento de inocencia, o hasta que ya no se necesite.

Una vez que se tenga conocimiento del hecho, los investigadores deberán proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas y testigos, además de evitar que el hecho se siga cometiendo; impedir que se pierdan, destruyan o alteren los indicios, objetos, instrumentos o productos del hecho; pedir información y recabar los datos de identificación a las personas que se encuentren en el lugar de los hechos o del hallazgo; e impedir que se dificulte la investigación, procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de hecho flagrante. Para ello, informarán al fiscal que han iniciado la investigación, para que los vigile y dirija técnicamente (otorgue autorización para realizar actos de investigación). También le informarán del registro de la preservación y el procesamiento de todos los indicios. La información obtenida por los investigadores, que no se entregue al fiscal, no se integre al registro de la investigación ni se haga del conocimiento de las partes, no ni podrá tomarse en cuenta para afectar al imputado en el procedimiento.

El fiscal deberá cerciorarse de que se han seguido los procedimientos adecuados para preservar los indicios; en caso de no seguirse tales procedimientos, deberá asentarlos en los registros de la investigación, y no emplear tales datos de prueba. La preservación de los indicios es responsabilidad directa de las personas e investigadores que entren en contacto con ellos;

33 Si para efectos de realizar técnica demostrativa con algún testigo o perito, se requiere que tenga contacto directo con el indicio (por ejemplo, mostrar dónde se encontró una huella en la cachá de un arma de fuego) se solicita al juez que permita que el objeto sea sacado de su embalaje, para efecto de hacer la maniobra correspondiente. El juez podrá autorizarlo siempre y cuando se tomen las debidas precauciones para efecto de no contaminar el objeto, y se haga el llenado correspondiente en las cadenas de custodia.

por lo anterior, además de emplearse mecanismos necesarios para su conservación, podrá emplearse la fotografía, video o cualquier otro medio que permita la certeza del estado en que fueron encontrados.

De manera desafortunada, el artículo 228 del Código Nacional Procesal refiere que en el supuesto de que la cadena de custodia sea alterada, no perderá su valor, a menos de que la autoridad verifique que ha sido modificada de forma tal que pierda su eficacia para acreditar el hecho. Pero esta disposición es inaplicable, pues además de que es contraria a los principios constitucionales de verificación, presunción de inocencia y acceso a la justicia, una regla científica natural no puede ser modificada por una norma jurídica, pues un elemento de prueba alterado, al no seguirse pasos científicos para su obtención, estudio, análisis y valoración, no da certeza de sus resultados. Además, el propio código en sus numerales 263 y 264, establecen la regla de licitud probatoria, en el sentido de que los datos de prueba deben ser obtenidos, incorporados y producidos en forma lícita, es decir, respetando las normas de cadena de custodia y de protección de derechos fundamentales en la tarea investigadora, por lo que toda actividad que no respete esos pasos y derechos será nula, y la prueba excluida, lo que podrá hacerse valer en cualquier etapa del procedimiento. De ahí que toda actividad de investigadores, acusadores, defensores o asesores jurídicos, que violente derechos fundamentales, y con ello se obtenga, incorpore o desahogue una prueba, no podrá ser tomada en cuenta por los juzgadores. Por lo anterior, si la duda favorece al imputado, y el acceso a la justicia protege también los derechos de la víctima, todo elemento de cadena de custodia que sea alterado, genera duda de su autenticidad y resultados.

En conclusión, las carpetas de investigación y sus antecedentes son los registros de todas las cadenas de custodia realizadas por los investigadores (públicos o privados) el acusador, la defensa o el asesor jurídico, desde la denuncia o querrela, o detención del imputado, hasta la presentación del caso ante los

jueces, que da certeza sobre la validez de la actividad probatoria, o permite cuestionar su licitud.

Reglas en materia de prueba

En el proceso penal acusatorio existe la libertad probatoria, lo que implica que se permite ofrecer y desahogar cualquier medio de prueba, mientras no sea ilícita.³⁴ Es decir, los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso, podrán evidenciarse mediante cualquier prueba que no esté prohibida.

La evidencia debe ser pertinente y útil, es decir, referirse directa o indirectamente, al objeto de la investigación, o idónea y conducente, por lo que deben tener relación con el hecho investigado y no traducirse en repeticiones innecesarias.

Por lo anterior, los jueces podrán limitar y excluir los datos, medios de prueba y pruebas cuando sean prohibidas por ser:

1. Impertinentes: no tengan relación directa o indirecta con lo que se pretende demostrar (hechos de la teoría del caso, credibilidad del testigo, etc.).

2. Inútiles: su naturaleza no es la idónea o adecuada para esclarecer los hechos o el tema del debate.

3. Dilatorias: retrasan el trámite normal del procedimiento por ser sobreabundantes (varios medios de prueba del mismo tipo, que acrediten el mismo hecho), donde el juez pedirá a las partes que reduzca los medios y decida cuáles quiere llevar a juicio.

4. Innecesarias: pretendan comprobar hechos públicos y notorios (no están sujetos a prueba, al tratarse de un dato u opinión común indiscutible, no por el número de personas que conocen ese hecho, sino por la notoriedad, accesibilidad, aceptación e imparcialidad de este conocimiento: que hay luz a las 12:00 horas en un día de primavera, o quién es el presidente de un país al momento de ocurrir el hecho) o de acuerdos probato-

34 Morales Brand, José Luis Eloy, *Juicio oral...*, *op. cit.*, p. 311.

rios (hechos no controvertidos o sujetos a debate, que explicaré cuando hablemos de la fase de preparación).

5. Inadmisibles por nulidad o ilicitud: que hayan sido originadas, ubicadas, descubiertas, aseguradas, obtenidas, fijadas, trasladadas, resguardadas, referidas, incorporadas, admitidas, producidas y reproducidas por medios que violenten derechos humanos y fundamentales.

En consecuencia, cualquier evidencia obtenida con violación de los derechos humanos y fundamentales será nulo, así como las pruebas ilícitas reflejas, mediatas, por derivación o por conexión de ilicitud (doctrina del árbol venenoso). En caso de que el dato provenga de una fuente independiente, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se puede llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre estas, será válida para tomar decisiones.

En materia probatoria, se aplica la regla de exclusión entendida como la inadmisibilidad, en la etapa de juicio, de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contrarias a las garantías constitucionales, extendiéndose a aquella cuyo origen está vinculado estrechamente con esta, conocida, a partir del asunto *Silverthorne Lumbre Co. vs. United States* como doctrina del árbol venenoso o *fruits of the poisonou tree*.³⁵ En los casos *Mapp vs. Ohio*, y *Chimel vs. California*³⁶, de la Corte Suprema de Estados Unidos, se sigue desarrollando la doctrina del árbol venenoso³⁷ que implica la invalidez de la prueba obtenida como consecuencia de la violación de un derecho fundamental o garantía constitucional. Esta invalidez comprende tanto la prueba obtenida del acto ilícito, como aquellas que derivan de la primera ilegalidad. De esta manera existe la prueba

35 Avella Franco, Pedro. *Estructura del proceso penal acusatorio*, Colombia, Fiscalía General de la Nación, 2007, p. 37.

36 Guzmán, Guillermo, *Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América*, México, SCJN, 2000, p. 29.

37 Si las raíces de un árbol están podridas o envenenadas, necesariamente sus frutos heredarán esas características.

ilícita que comprende dos modalidades:³⁸ la regla de exclusión probatoria, que considera inaprovechable la prueba que es consecuencia directa de la primera ilegalidad, y la proyección de esa invalidez a la prueba derivada del acto ilegal inicial.

Es importante destacar que si los investigadores quieren realizar una técnica de investigación sobre una persona, requerirán su consentimiento informado, y su asesoría previa con representante legal; y en particular la víctima y el imputado, pues en un esquema procesal penal acusatorio, dejan de ser simples medios de prueba, para convertirse en sujetos del proceso con derechos, con base a su dignidad humana, que prohíbe degradarlos a la calidad de un objeto. En este sentido, si la víctima e imputado consienten que se realice alguna actividad de investigación sobre su persona, que los pueda convertir en objeto de prueba, requieren previa entrevista con su asesor jurídico y defensor, para que los oriente en el alcance de su decisión y la consecuencia del acto; por lo que el consentimiento debe ser informado, ya que de lo contrario nos encontramos ante una incomunicación, que no orienta ni permite comprender el alcance de lo que se quiere hacer, y ninguna persona puede ser sometida a esta actividad para obtener prueba, pues de lo contrario el consentimiento está viciado y no es libre. Una vez asesorados por sus representantes jurídicos, si se niegan a otorgar consentimiento, los investigadores podrán acudir ante el fiscal o defensor, para que soliciten la intervención judicial, con la finalidad de que valore el otorgar autorización para ejecución de la técnica. Lo anterior, siempre y cuando la Constitución federal y el derecho internacional de los derechos humanos permita la intervención en actividades específicas, y también tomando en consideración de que si el sistema normativo permite que la víctima se niegue a someterse a determinadas actividades de investigación o jurisdiccionales para su protección, esa misma protección debe existir para el imputado, con la finalidad de no

38 Edwards, Carlos. *La prueba ilegal en el proceso penal*, Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora, 2000, p. 90.

quebrantar el equilibrio y la igualdad, y para no generar una discriminación negativa no permitida por el orden constitucional en sus numerales 1º, 14 y 16.

En síntesis, los tribunales judiciales, en su obligación de garantizar los derechos de los seres humanos, no podrán tomar en cuenta evidencias que hayan sido obtenidas, incorporadas o producidas en el proceso con violación a derechos humanos y fundamentales, pues en estos casos, la evidencia es nula y carecerá de valor, ya que los derechos de las personas adquirirán mayor valor que un interés genérico o colectivo de administrar justicia a cualquier precio.

Conclusiones

La reasignación de facultades de los intervinientes en el Sistema Penal Acusatorio nos evidencia que la esencia de la reforma es el control judicial del procedimiento penal, la igualdad de los sujetos procesales, y sobre todo el control de las violaciones a los derechos fundamentales.

Esa reasignación se obtiene a partir de la definición implícita del juez como tercero ajeno al conflicto que sólo acude a su solución en cuanto sea convocado por las partes involucradas en el mismo. Si el juez asume como opción una hipótesis propia y encauza el juzgamiento hacia allá, subjetiviza la verdad y la justicia hacia sus propias orientaciones y desvirtúa aquello que le plantean las partes. Además, termina interfiriendo en las investigaciones hechas por esas partes o desplazando el eje del juicio hacia sus propias conjeturas³⁹. De esa manera se le impide cualquier iniciativa en el conocimiento del asunto y se le otorgan mayormente poderes negativos, esto es de control, no de acción. Excluye, rechaza, invalida.⁴⁰

39 Mejía Escobar, Carlos Eduardo. *El rol de jueces...*, *op. cit.*, p. 11.

40 *Idem.*

En consecuencia, una verdadera política criminal democrática, que tenga como límites los derechos humanos y fundamentales de las personas, será aquella que construya un mecanismo de control social penal que tienda a la protección de los seres humanos, afectándolos lo menos posible. Esta visión influye en el derecho penal, para desarrollar el principio de intervención mínima o última ratio de la reacción penal: frente a un conflicto social, el Estado constitucional de derecho debe, antes que nada, desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, en último término, pero sólo en último término, optar por definirlo como criminal. Cuando así lo hace está ejercitando entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal en tanto que está referida a la criminalización del conflicto.⁴¹

Es aquí donde aparece la tutela de derechos por el poder judicial, pues no se trata simplemente de un organismo que compone al Estado. El poder de jurisdicción (decir el derecho) es una garantía por sí misma. Si comprendemos que las garantías son los mecanismos que protegen los derechos de las personas y que ayudan a que se ejerzan adecuadamente, el Poder Judicial no es sólo un poder, es el poder para proteger a los seres humanos de autoritarismos del Estado y los particulares.

El Poder Judicial es el de máxima importancia en un Estado constitucional de derecho. Si bien los demás poderes tienen una función relevante para el adecuado funcionamiento de la institución estatal, creando las normas, ejecutándolas, o vigilando la función electoral y administrativa, el Poder Judicial es quien aplica y mantiene el orden jurídico para tener una sociedad armónica, humana, justa y libre.

En el proceso penal acusatorio existe la libertad probatoria, lo que implica que se permite ofrecer y desahogar cualquier medio de prueba, mientras no sea ilícita. Por lo anterior, los

41 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 580.

jueces podrán limitar y excluir los datos, medios de prueba y pruebas cuando sean prohibidas por ser violatorias de derechos humanos y fundamentales.

Los tribunales judiciales, en su obligación de garantizar los derechos de los seres humanos, no pueden tomar en cuenta evidencias que hayan sido obtenidas, incorporadas o producidas en el proceso con violación a derechos humanos y fundamentales, pues en estos casos, la evidencia es nula y carecerá de valor, ya que los derechos de las personas adquirirán mayor valor que un interés genérico o colectivo de administrar justicia a cualquier precio.

En consecuencia, la sociedad y Estado actuales requieren poderes judiciales que interpreten las normas no sólo en el sentido propio de sus palabras, los antecedentes sociales y legislativos, sino también con base a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la justicia en la resolución de los problemas de la colectividad, puesto que el objeto del derecho punitivo deben dirigirse necesariamente a las conductas humanas en situación.

Bibliografía

- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2005.
- Armenta Deu, Teresa. “Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español”, *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación*, vol. IV, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Bergalli, Roberto. “La instancia judicial”, en *El pensamiento criminológico*, vol. II, *Estado y Control*, Colombia, Editorial Temis, 1983.
- Binder, Alberto. *Justicia penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2004.

- Bustos Ramírez, Juan, “Los medios de comunicación de masas” en *El pensamiento criminológico*, vol. II, *Estado y control*, Bogotá, Editorial Temis, 1983.
- Cárdenas Rioseco, Raúl, *La presunción de inocencia*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 2006.
- Escobar Roca, Guillermo, “Medios de Comunicación”, cátedra dentro del curso *Democracia y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- García, Luis, *Juicio oral y medios de prensa*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1995.
- García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.
- Gómez Colomer, Juan Luis, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008.
- Hassemer, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, México, Editorial INACIPE-Bosch, 2018.
- Horvitz Lennon, María Inés, *Derecho procesal penal chileno*, t. I, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Llambias, Jorge, *Código civil anotado*, Argentina, Abeledo Perrot, 1998.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de derecho procesal penal*, Navarra, España, Editorial Thomson Aranzadi, 2004.
- Mejía Escobar, Carlos Eduardo, *El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*, Colombia, USAID y Consejo Superior de la Judicatura, 2005.
- Mir Puig, Santiago, “Constitución, derecho penal y globalización”, en *Nuevas tendencias en política criminal—Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Argentina, Editorial B de F, 2006.

- Morales Brand, José Luis Eloy, “Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación”, México, Editorial Troispublient, 2018.
- Morales Brand, José Luis Eloy, *La declaración del imputado*, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2006.
- Morales Brand, José Luis Eloy, “Proceso acusatorio, tutela de derechos y medios de comunicación”, *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, vol. 8, núm. 16, enero-junio de 2021, México, UJAT.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2017.
- Pastrana Berdejo, Juan David y Benavente Chorres, Hesbert, *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.
- Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, México, Ediciones Didot, 2019.
- Schneider, Hans Joachim, *La criminalidad en los medios de comunicación de masas*, Dykinson, España, Cuadernos de Política Criminal, 1989.
- Sentencias 53/1985, 96/1987, 145/1988 y 187/1999 del Tribunal Constitucional Español (TCE).
- Slokar, Alejandro, *Publicidad de juicio y libertad informativa*, Argentina, Jurisprudencia Argentina, 1994.
- VV. AA., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 15a. ed., México, Editorial Porrúa, 2000.
- Zamora Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, México, Editorial Porrúa, 2003.
- Zavala de González, Matilde, *El derecho a la intimidad*, Argentina, Abeledo Perrot, 1982.

