**Comentarios del Anteproyecto del
Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio
para los Estados de la Federación realizado por
Jueces Penales del Primer Departamento Judicial del Estado y
Magistrado Ricardo de Jesús Ávila Heredia.**

El artículo 1 del anteproyecto del código modelo del proceso penal acusatorio para los Estados de la Federación, debe cambiarse para adecuarlo al artículo 20 Constitucional porque, mientras que el artículo 20 apartado A, como establece como primer principio general, que el proceso penal “tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se repare”, es decir, al enunciar el proceso penal lleva en sí la idea del delito, el artículo 1 del Código Modelo dice que “el proceso penal tiene por objeto determinar si se ha cometido un delito a través del esclarecimiento de los hechos”, es decir, lleva preconcebida la idea de que se cometió el delito, aún cuando se enuncia de forma disyuntiva, así, se ha establecido un proceso penal por el delito (el esclarecimiento de los hechos queda en segundo término) al servicio del delito, es para investigar un delito, no se investigan hechos sino el delito, de esta forma, quedan sin investigar partes importantes de los hechos, como lo pueden ser, las excluyentes de delito, los errores de tipo, los errores de prohibición, esto es, el texto constitucional representa un contexto garantista, mientras que el texto del artículo 1 del anteproyecto del código al que se alude, no es acusatorio sino inquisitivo, porque preconcebe al delito como presupuesto del proceso penal.

Llama la atención la incursión al anteproyecto de disposiciones que corresponde a la ley sustantiva y que se estima que es en ese cuerpo normativo que deben establecerse y no en el adjetivo, como lo es aquellos preceptos contenidos en el invocado anteproyecto del código modelo del proceso penal acusatorio que indican reglas sobre la aplicación e interpretación de las leyes penales.

A ello se suma que en el punto 2 del artículo 14 se dispone que, para la interpretación de las leyes penales, ésta se hará de acuerdo con los Tratados de

derechos humanos aprobados por el Senado de la República, la cuestionante es que se omite la citación de la Constitución y esto resulta de trascendencia porque la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla la procedencia de acción de inconstitucionalidad contra tratados internacionales, esto es, sobre ellos prevalece la Constitución Federal incluso, en la interpretación a al precepto referido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado quienes se encuentran legitimados para promover dicha garantía constitucional según se advierte de la tesis jurisprudencial número P./J. 7/2007, visible en la página 1513, tomo XXV, Mayo de 2007, correspondiente a la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro y texto siguientes:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. QUIÉNES SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA ATENDIENDO AL ÁMBITO DE LA NORMA IMPUGNADA. La fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece de manera limitativa y expresa quiénes son los sujetos legitimados para promover una acción de inconstitucionalidad; sin embargo, no todos ellos pueden plantear ese medio de control constitucional contra cualquier ley, sino que su legitimación varía en función del ámbito de la norma que pretende impugnarse, es decir, si se trata de leyes federales, locales, del Distrito Federal o de tratados internacionales. Así, tratándose de la impugnación de leyes federales, están legitimados: 1. El 33% de los Diputados del Congreso de la Unión; 2. El 33% de los Senadores del Congreso de la Unión; 3. El Procurador General de la República; 4. Los partidos políticos con registro federal, si se trata de leyes de naturaleza electoral; y 5. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, si se trata de leyes que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal. Por su parte, contra leyes locales están legitimados: 1. El 33% de los Diputados de la Legislatura Local que corresponda; 2. El Procurador General de la República; 3. Los partidos políticos con registro federal o aquellos que sólo tengan registro en el Estado de que se trate, siempre y cuando se impugne una ley electoral; y 4. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los órganos estatales protectores de derechos humanos, si se trata de leyes que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal. Cuando la impugnación verse contra leyes del Distrito Federal, tendrán legitimación: 1. El 33% de los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; 2. El Procurador General de la República; 3. Los partidos políticos con registro federal o aquellos que sólo tengan registro ante el Instituto Electoral del Distrito Federal, siempre que se trate de la impugnación de una ley electoral; y 4. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, cuando se trate de leyes que vulneren los consagrados en la Constitución Federal. **Finalmente, tratándose de tratados**

internacionales, pueden impugnarlos: 1. El 33% de los Senadores del Congreso de la Unión; 2. El Procurador General de la República; y 3. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, si se trata de un tratado internacional que vulnere los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal.

En consecuencia, si se pretende enunciar el marco legal en que se debe realizar la interpretación de la ley penal, no debe omitirse la observación de la Constitución en su interpretación.

En el apartado de independencia judicial, se estima que en el punto 2 del artículo 15 debe precisarse la remisión de la forma en que se garantiza la independencia judicial para asegurar la imparcialidad de jueces y tribunales, el sólo enunciamiento sin la remisión al mecanismo de hacerlo efectivo hace carente de contenido dicho dispositivo en ese apartado ya que aunque existe, en el punto 6 de ese mismo numeral, el trámite para la interferencia en el ejercicio de su función, proveniente de otro Poder del Estado, no debe soslayarse que tales órganos no son los únicos medios que pudiesen generar actos tendientes a procurar la afectación de la imparcialidad de un Juzgador.

Si bien la función de todo juzgador puede y/o debe ser motivo de revisión para garantizar la correcta impartición de justicia, esto tendrá que ser de la manera más objetiva posible y sin que el juzgador se encuentre en peligro de ser sancionado por interpretar la causa de manera distinta que el revisor aún cuando dicho juzgador haya expuesto sus razones y fundamentos, toda vez que lo anterior atenta contra la potestad de todo juzgador de impartir justicia

Si como se señala en el punto 4 del artículo 16, habrá inexistencia de motivación, con respecto a medios elementos probatorios de valor decisivo, cuando haya inobservancia a las reglas de la sana crítica, se estima que tales reglas deben ser enunciadas expresamente en el propio ordenamiento.

Se le impone al juzgador resolver sobre las peticiones de los interesados en las propias audiencias en las que se hacen las mismas y, por otro lado, se le requiere la observancia de todas las garantías de las partes en la misma resolución que emita al respecto, sin que pueda suspender la diligencia y, únicamente, “en casos extremos”, tomarse tiempo para “reflexionar” para luego decidir. Si bien lo anterior resulta muy práctico, se advierte complejidad para el cumplimiento de las exigencias debidas de fundamentación y motivación en esos términos.

En relación a los elementos de prueba, la circunstancia que en un apartado denominado “Licitud probatoria” se disponga que éstas sólo tendrán valor si han sido hallados, obtenidos, procesados, trasladados, producidos y reproducidos por medios lícitos y desahogados en el proceso del modo que autoriza el Código, trasciende la importancia de establecer la etapa en que se da inicio a lo que se denomina proceso, porque si dentro de éste no se contempla la etapa de investigación habrá que establecerse aquellas condiciones de pruebas como lo son el acudir a una escena de crimen en la que se hace una descripción de este sitio y se imprimen las imágenes correspondientes, recaban las evidencias halladas, etc. que constituyen datos que ilustran para el objetivo del juicio, pero que su repetición no implicaría las mismas condiciones que las que se tuviera cuando llegase el momento del juicio, porque se podrá retornar al lugar de los hechos pero no a la escena del crimen.

En el artículo 45, por cuestión de precisión debe incursionarse la forma en que se establecerá el interrogatorio tratándose de una persona que únicamente fuese sorda.

Respecto al contenido del artículo 50 en que dispone que un acto procesal puede realizarse por escrito u oralmente y que las audiencias se registrarán en videograbación o audiograbación, no debe pasar desapercibido que si bien el contenido de éstos puede trascender a ser un acto de molestia, independientemente que pueda ser oral, o grabado en video o audio,

necesariamente debe obrar por escrito por cuanto, el primer párrafo del artículo 16 dieciséis establece:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Lo que obliga constitucionalmente a que tales actos se realicen por escrito.

Así verbigracia, a manera ejemplificativa, mas no enunciativa, deberá obrar por escrito un cateo, una orden de aprehensión, el auto de vinculación a proceso, la sentencia, etc.

En el artículo 51 se alude a que la validez y eficacia de un documentos físico original, los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, temáticos o producidos por nuevas tecnologías destinados a la tramitación de procesos, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales, peritajes o informes, siempre y que cumplan con los procedimientos establecidos en la materia, para garantizar su autenticidad, integridad y seguridad, se estima que esos procedimientos deben estar contenidos en el propio código procesal.

Así en el artículo 58 punto 4, se alude que la fundamentación será insuficiente cuando se utilicen formularios afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de hechos o la sola mención de los elementos de prueba, se estima que ello, más que a fundamentación, alude a la motivación y que debe especificar se lo que debe entenderse por afirmaciones dogmáticas y frases rutinarias para efectos del código.

El artículo 70 punto 1 refiere notificaciones por fax y correo electrónico pero no cita requisitos que deban cubrirse al realizarse por estos medios para garantizar que se efectuaron las mismas.

El artículo 78 contempla la notificación vía telefónica, mas no comprende ninguna formalidad que deba cubrir la misma, ya que aún cuando señala que se levantará constancia no dice la forma en que debe efectuarse esa notificación y los requisitos que deberá comprenderse en dicha constancia, lo que genera incertidumbre jurídica.

En el artículo 80 se habla de pago de costas que ocasione la persona cuya presencia sea necesaria en un acto procesal, al respecto habría que establecer el procedimiento para cuantificarlas y hacerlas efectivas.

Del anteproyecto del código que se analiza se advierte que no existe definición sobre lo que debe entenderse por la promoción de la acción penal y ejercicio de la acción penal, esos conceptos tienen trascendencia ya que, en lugares como Chile, donde existen las figuras de acción penal pública, acción penal privada y acción penal pública previa instancia particular a que se hace alusión en el anteproyecto en comento, se hace las distinciones respecto a los conceptos de “promoción” y “ejercicio” de la acción penal los que son diferentes, pues mientras la primera atiende a su inicio, es decir, es entendida como la promoción, mediante la recepción de la notitia criminis, por persona legitimada, en los casos requeridos, ante el ministerio público, para la realización de las investigaciones preliminares tendientes a establecer el delito y la responsabilidad del imputado; la segunda se refiere a su persecución a través de todas las fases del proceso en cumplimiento de su objetivo hasta su terminación por sentencia ejecutoriada.

Así el texto legal de las reformas constitucionales deja la facultad del ejercicio de la acción penal ante los Tribunales al Ministerio Público y, en los casos que determine la Ley, a los particulares, pero la acción privada, de acuerdo al proceso legislativo de la reforma constitucional, debe legislarse en los siguientes términos:

“...El ejercicio de la acción penal en estos supuestos será evidentemente excepcional, sólo en aquellos casos en los que el interés afectado no sea

general...”.

Por lo que se estima debe constreñirse a delitos que protege intereses particulares de los ofendidos, con carácter de exclusividad y no necesariamente todos aquellos de los cuales la ley establezca sean por querrela, por cuanto aún cuando para el ejercicio de la acción privada debe existir previa querrela, no necesariamente los delitos que la ley exija querrela implicarán la facultad de ejercicio de la acción privada.

Esto atiende a una razón, no obstante que en los casos de persecución de un delito de querrela subsiste contemplar la posibilidad que el ofendido se desista de su acción, el conceder la facultad del ejercicio de la acción privada para todos esos delitos de querrela necesaria, podrían conducir al uso arbitrario del mismo pues aún cuando el hecho de estar infundados no darían lugar a un auto de vinculación a proceso, al no requerir del órgano técnico de la acusación para el ejercicio de la acción penal, no estará subordinado a someter su asunto a la revisión de éste ni la de atender a las consideraciones que pueda hacer notar el órgano ministerial sobre la improcedencia de su pretensión, disminuyendo un filtro de estudio técnico y generando condiciones que pueden llevar al abuso de promociones infundadas de particulares ante el Juez de Control, afectando ello en la carga laboral de un Juez de Control con asuntos notoriamente improcedentes, desviando el uso de recursos materiales y humanos del órgano judicial a casos sin base legal.

Acorde a lo anterior, encontramos que el artículo 96 se tiene contemplado los delitos que se consideran sujetos a acción privada que, dada su naturaleza, justifican el uso excepcional del ejercicio de la acción privada y de las que se puede advertir resultan delitos escasos que se permiten con esta atribución.

Es por ello que, bajo el entendido de la incursión de definición de los conceptos

aludidos sobre la acción penal, al artículo 95 implicaría la precisión que, para los delitos de querrela, se establezca que la víctima u ofendido pueden promover, en lugar de cómo se encuentra expresado en su texto de ejercer la acción penal.

En cuanto a la figura del acusador popular, se advierte una figura jurídica que puede dar origen a ser usada como herramienta de presión a los servidores públicos ministerial o judicial, pudiendo estar encaminadas a la afectación de imparcialidad de un órgano judicial.

La extensión territorial que contempla el artículo 103 invade esferas competenciales constitucionales puesto que establece que los tribunales penales pueden examinar las cuestiones civiles y administrativas que se presenten con motivo del conocimiento de los hechos, lo que generará un caos competencial, verbigracia, puede darse el caso de que se conozca un asunto vinculado a una responsabilidad administrativa que constitucionalmente corresponda al Consejo de la Judicatura, sobre lo cual se estima se excluye a un tribunal penal de su examen así, similares consideraciones atiende para asuntos civiles.

En el artículo 113 punto 3 se establece que el tribunal debe pronunciarse sobre la reparación del daño cuando proceda, sin que sea impedimento que se haya emitido sentencia absolutoria, sin señalarse su razón o causales en las que proceda esa situación que diese lugar a estar en aptitud de razonar si se justifica ese dispositivo

En el artículo 136 sólo se contempla como función de la policía la investigación de delitos de la acción pública, pero no obstante que se contemple la acción penal privada, no debe soslayarse que la facultad de investigación de los delitos, de conformidad con el artículo 21 de acuerdo a la reforma constitucional, siempre quedó a cargo del ministerio público y la policía, esto es, no se excluyó que éste

conozca de la investigación de delitos en los que se pueda ejercer acción penal privada, y sobre ello nada alude dicho precepto legal.

En el artículo 185 punto 2 se determinan cuáles son considerados como delitos graves, ello corresponde a la ley sustantiva y el artículo 19 constitucional reformado dice que sean los determinados por la ley, por las que de todas maneras hace una remisión a la ley ordinaria, cuya ubicación debe ser el código sustantivo y no adjetivo, en la que se deberá calificar los delitos que serán grave bajo la perspectiva evidenciada en el proceso legislativo de la reforma constitucional.

Igualmente se menciona como medida cautelar el arraigo, sin tomar en consideración que en la reforma constitucional únicamente se permite tratándose del delito de delincuencia organizada, lo que no es competencia del fuero común en nuestra entidad (artículo 189, inciso f).

Se establece también como medida cautelar la “garantía económica suficiente”, pero no se habla de las consecuencias en caso de que no se deposite, ya que si no existe prisión preventiva para el delito a cuyo efecto se imponga dicha medida, necesariamente se tiene que dejar en libertad al imputado, lo que haría ociosa la imposición de la garantía, ello tomando en consideración que también se especifica que la prisión preventiva no puede dictarse como medida cautelar conjuntamente con alguna otra.

En el artículo 182, punto 2, se dispone que, en caso de flagrancia, cuando en el plazo de cuarenta y ocho horas se conduzca al detenido ante el juez de control se hará sin perjuicio de que pueda fijarle una caución a fin de garantizar su comparecencia ante el juez, al respecto en el contenido del ordenamiento no se advierte cómo se entenderá esta figura dentro del procedimiento penal que se

regula en el anteproyecto del código que se examina y los lineamientos para aplicar esa figura.

Existe ambigüedad y una probable contradicción en el contenido de los artículos 184 en su punto segundo y 292, ya que el primero se alude a un plazo de 48 horas para que el Ministerio Público conduzca al imputado ante el juez, mientras que en el segundo habla de que a partir de que esté a disposición el imputado cuenta con 24 horas para solicitar la audiencia puntualizando que dentro del mismo plazo pondrá al imputado a disposición del juez competente, con la debida aclaración que ambos se refieren a los casos de detención flagrante.

En el título cuarto que se refiere a las formas anticipadas de terminación del proceso, específicamente en el artículo 116 ciento dieciséis se advierten una serie de condiciones que deben imperar para cumplir en el proceso de prueba, sin embargo no se cita los órganos de los que se valdrá el Juez para auxiliarse en el acatamiento de esos lineamientos, ni la forma en que el Juez podrá concretar que se diese cumplimiento a esas condiciones.

En el diverso numeral 169, en su punto 2, se establece facultad del juzgador del proceso que, ante el abandono por la defensa sin causa justificada, determinará que el responsable pague una suma de dinero equivalente al costo de las audiencias que debieron repetirse o diferirse a causa del abandono y que para ello se tomará en cuenta los salarios de los servidores públicos intervinientes y de los particulares, esa situación permite advertir que atiende a una sanción de multa por no acatar la defensa las determinaciones del juez para el desarrollo de la proceso, implicaciones que conlleva su ausencia en el proceso, de ser así, su aplicación pugna con el artículo 55, punto 2, que establece que para el cumplimiento de sus determinaciones el juez debe emplear los medio probatorios que en el cita numeral se enuncian y que en el inciso a) se cita como medio de apremio la multa entre los cinco y treinta días de salario y no en los términos previstos en el

numeral 169, independientemente de lo anterior, la forma de establecer el monto de sanción a imponer a la defensa resulta indeterminado y confuso de acuerdo a su redacción, pues son vagos los conceptos de servidores públicos intervinientes y de los particulares, esto es, ¿quiénes entrarían en estos concepto?, verbigracia, si se tratase de una audiencia para el desahogo de una testimonial, ¿se incluye el sueldo de éste?, o bien, sólo se refiere, en el caso de particulares a quienes constituyen se partes en el proceso y, en el supuesto de pretender justificar el artículo 169 bajo un tratamiento diverso al que sería un medio de apremio, se estima mas adecuado que la sanción vaya mas inherente del cargo que desempeña la defensa, como lo sería la suspensión para ejercer la abogacía por un tiempo determinado y precisado en la ley.

En cuando a las medidas cautelares enunciadas en el artículo 189, no se cita los órganos que auxiliarán a la autoridad judicial para la aplicación de diversas de las medidas cautelares relacionadas en dicho numeral.

Se sugiere que se efectúe nuevamente una revisión acerca de las actividades que podrán desarrollar los agentes del ministerio público en la etapa de investigación y cuáles serán sus facultades por cuanto no se especifica la diferencia de las atribuciones que se concede a la policía, las que si fueron pormenorizadas en el anteproyecto del código modelo, ello en virtud de que, de acuerdo a la reforma constitucional, las pruebas que serán válidas en sentencia sólo pueden desahogarse ante el juez de juicio oral, con excepción de la prueba anticipada que es ante el Juez de Control.

En el artículo 200 se dispone que la garantía cancelada debe ser devuelta “mas los intereses generados” pero no señala cómo se va a determinar esos intereses y la justificación a ello.

Del artículo 219 al 223 contempla la indemnización al imputado cuando sea absuelto o se le imponga una pena menor en razón de la privación de su libertad o

de inhabilitación sufrida o por el tiempo sufrido en exceso al establecido como pena pero para ello cabe hacer las siguientes acotaciones:

Es menester remitirnos a la reforma constitucional realizada al último párrafo del artículo 113 que dispone:

“...La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

En el proceso legislativo para esta reforma constitucional en el dictamen aprobatorio de la H. Cámara de Diputados obra:

“...Los miembros de estas Comisiones, después de haber hecho los análisis pertinentes y sopesado las consecuencias de las modificaciones legales y constitucionales que se plantean, buscando como primer objetivo el respeto de la justicia en nuestro Estado, consideran conveniente proponer que la responsabilidad patrimonial del Estado se aplique exclusivamente a los actos de la administración pública, por lo siguiente: a) No obstante que el Estado puede causar daños por la actuación de cualquiera de sus órganos, es evidente que la mayor parte de ellos, el sector que requiere de mayor protección, es el que corresponde al órgano ejecutivo, a la actividad de la administración pública; b) La institución de la responsabilidad patrimonial del Estado se ha ubicado y ha avanzado preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo...No se niega que se puedan causar daños por actos legislativos, o incluso judiciales, esta es la razón de que en algunas legislaciones extranjeras se contemple la responsabilidad del Estado por “error judicial”, sin embargo, la naturaleza y caracteres de los actos legislativos y judiciales nos lleva a proponer excluirlos...de la responsabilidad patrimonial...En el caso de los actos judiciales, existe el riesgo de estar creando una instancia mas de revisión, pues el objeto de la acción tendría que ser fondo de la sentencia que cause un daño, toda vez que si la sentencia es conforme a derecho, no se puede considerar que su dictado, ni su ejecución, sean antijurídicas ni dañinas...”.

Siendo así es evidente que el constituyente determinó que los actos judiciales se excluyeran del alcance de responsabilidad patrimonial, por consiguiente si el proceso y las medidas cautelares dictadas en el mismo, en su momento se tuvieron justificaciones legales para su procedencia, no pudiésemos estar ante el caso de una indemnización imputable a actos del Estado a través del órgano

judicial, y habiéndose considerado así para el dispositivo de la Constitución aludida no resulta procedente contemplar la indemnización a que se aluden en el anteproyecto del código.

El artículo 255, en donde se proyectan “otras inspecciones” genera una profunda preocupación, puesto que, con excepción del inciso a), tales intromisiones al domicilio, son ajenas a la autorización judicial previa, lo que implica la “reencarnación” de una de las propuestas de reforma al artículo 16 Constitucional que no fue aprobada por el órgano legislativo.

En efecto, se incluía en el artículo 16 la facultad de las organizaciones policacas para:

“ingresar sin orden judicial a un domicilio cuando exista una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculpado, en los términos del párrafo cuarto de este artículo, debiendo informar de inmediato a la autoridad competente”.

Con lo anterior, se pretendía que dicha atribución quedara excluida del control judicial, pues solamente se informaría de inmediato a la autoridad competente, sin especificar cuál era ésta; o sea, se requería incluir la facultad de entrar primero al domicilio con el pretexto de una amenaza o de flagrancia y luego de rendir un informe. Tal disposición atentaba con el espíritu de un Estado democrático, y por ello no se aprobó.

Ahora, con la redacción del artículo citado en último término, se pretende validar lo que no se consiguió en el Congreso de la Unión, sin considerar siquiera el aviso inmediato a la “autoridad competente”.

Cierto es que, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir la jurisprudencia ja./J21/2007, razonó que:

“Tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 Constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado – como garante de los bienes de la sociedad – debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas por tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial...”.

Como se observa y, contrariamente a lo que se deducía en la exposición de motivos, la jurisprudencia de mérito, no se encuentra validando la intromisión al domicilio sin orden de autoridad judicial, sino que hace referencia al valor que, en su caso, pudiese llegar a tener el cúmulo probatorio obtenido con motivo de esa irrupción de la autoridad policiaca, siempre supeditado al control judicial, acotado que:

“...tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia pues no de acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria...”

Dilucidando lo anterior, el artículo en comento se encuentra validando una franca violación a la privacidad de los hogares y otros sitios de carácter privado, pues pretende legitimar a la policía para que, con base a la simple sospecha se entrometa al domicilio del ciudadano.

De igual forma respecto de la audiencia de vinculación a proceso se propone se analice el hecho que se concede al imputado y al defensor el derecho de solicitar la ampliación por el término de 144 horas para ofrecer nuevos datos de prueba o aportar pruebas de descargo, si dichas pruebas se desahogaran ante el juez de

control para que esté en aptitud de resolver acerca de si vincula a proceso o no al imputado, ya que el artículo 55 en Derechos del imputado, en el inciso d), se señala como derechos del imputado que se le reciban los tetigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca.

También se sugiere se precise las reglas de valoración de los datos de prueba para el libramiento de la orden de aprehensión y para el auto de vinculación a proceso ya que en el anteproyecto del código modelo, respecto del valor que debe otorgarse a los medios de prueba (desahogados ante el juez del juicio oral), señala que se efectuará a la luz de la sana crítica, resultando necesaria dicha precisión en virtud de que el dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez.

Asimismo, se debe examinar el hecho que de conformidad con lo preceptuado en el anteproyecto del código modelo, la orden de aprehensión se librará cuando se presente denuncia o querrela de un hecho sancionado con pena privativa de libertad, ello de conformidad con la reforma constitucional en la que se suprimió el requisito consistente en que el hcho que la ley señale como delito sea sancionado cuando menos con pena privativa de libertad fue sustituido por el que sea “sancionado con pena privativa de libertad”, esto es, fue modificada la exigencia que, para la emisión de la orden de aprehensión, se tuviera como mínimo la pena privativa de la libertad, en cuyos términos se puede colegir que dicha omisión conduce a que, en los delitos que la ley penal establezca una pena alternativa (con sanción privativa de libertad o pena pecuniaria indistintamente), se colmase ese requisito simplemente por tener entre una de sus opciones la pena privativa de libertad, a pesar de que no necesariamente, en caso de haber condena, se daba imponer ese tipo de pena, por contemplarse la opción de imponer una pena pecuniaria, por lo que importante es que se precise que la orden de aprehensión proceda cuando el delito tenga pena privativa de libertad sin otra alterna a ésta, acorde con el objetivo del nuevo sistema penal de ser de corte garantista.

Se estima que debe efectuarse un análisis respecto a los requisitos señalados en los incisos a) y b) para el libramiento de la orden de aprehensión que establece el numeral 186 de cuya interpretación se advierte que no bastará la existencia de una denuncia o querrela de un hecho que el código señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad para decretar la orden de captura sino que además será requisito acreditar que la comparecencia del imputado pudiera verse demorada o dificultada.

Adicionalmente, debe estudiarse nuevamente lo establecido en el artículo 187 respecto a la forma en la que debe resolverse sobre la orden de aprehensión solicitada por el ministerio público, esto es, en una audiencia privada, ya que se contrapone a lo dispuesto en el artículo 16 Constitucional que establece:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

De donde se advierte que subsiste el requisito que la orden de aprehensión tenga que ser escrita para cumplir con el principio de legalidad en su emisión, así como que su legitimidad esté subordinada a que, quien la emite, esté expresamente facultado por la ley para su dictado, aunado a que, en la parte considerativa de la resolución, la autoridad competente funde y motive esa determinación, por lo que se estima que el plazo de 24 horas para resolver la petición no es idóneo.

En el artículo 297, que atañe a la declaración del imputado, se dispone que debe proporcionar el domicilio de sus padres, sin que se advierta justificación o motivación legal alguna para tal requerimiento, cuando no se trata de un menor de edad.

También debe incursionarse un apartado conducente en el que subsiste aquellos requisitos de procedencia que actualmente contempla el código procesal del estado, en el que se determina que los Jueces de Primera Instancia, los

Jueces de Paz, los integrantes de los Ayuntamientos, con excepción de los Presidentes Municipales, en los delitos oficiales que cometieren, requerirán para quedar sujetos a la jurisdicción ordinaria, del diverso requisito de procedibilidad, consistente en la declaración del Tribunal Superior de Justicia del Estado, en pleno, de haber lugar a la formación de causa y los Servidores Públicos que se relacionan en el párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución Política del Estado requerirán, para quedar sujetos a la jurisdicción ordinaria, por los delitos oficiales o comunes que cometan, del previo cumplimiento del requisito de procedibilidad que se menciona en la parte final del referido párrafo Constitucional.