

ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO ADVERSARIAL*

VIRGILIO TANÚS NAMNUM**

El propósito de las siguientes líneas es desarrollar un análisis crítico de diversos aspectos controvertidos de la implementación del nuevo Sistema de Justicia Penal. Sin embargo es importante aclarar, que a pesar de las diversas críticas que podemos sostener respecto al nuevo Sistema de Justicia Penal, parece contar con una mejor estructura basada en el respeto a diversos principios que en un primer análisis lo convierten en un mejor Sistema de Justicia que el llamado Sistema Tradicional. Incluso debemos reconocer que resulta difícil, por no decir imposible, defender la permanencia tal cual del Sistema de Justicia Penal que hoy estamos abandonando.¹

Debemos apostar por el éxito del Sistema Acusatorio, aunque lo anterior nos obliga con mucho mayor rigor a ser sumamente críticos durante esta transición, ya que en caso de que este Nuevo Sistema Acusatorio Adversarial fracase, el horizonte de la Justicia Penal en nuestro País entraría en una Terapia Intensiva de pronóstico reservado.

Así las cosas, empecemos por llevar a cabo un análisis crítico de lo que ya ocurrió, y que por lo tanto ya no podemos hacer nada al respecto, y que en mi opinión ocurrió mal, y que es claramente un reflejo de que en ocasiones la forma llega a constituir el fondo de las cosas, y que nos coloca en un escenario mucho más complicado del que hubiésemos tenido si se hubiera llevado a cabo todo de manera correcta desde un inicio.

* Fecha de recepción: Marzo, 2016. Aceptado para su publicación: Junio, 2016.

** Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle (México), Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.

Correo electrónico: tanus@tsbabogados.com.mx

¹ Constantino Rivera, Camilo, *Introducción al Estudio Sistemático del Proceso Penal Acusatorio*, p 2.

Resulta indudable que el llamado Sistema Tradicional no podía subsistir intocado y debía sufrir modificaciones. Por lo que surgen necesariamente diversas interrogantes, como las siguientes:

¿Debimos haber mantenido la esencia de dicho Sistema, simplemente ajustando y reforzando ciertos principios que no se respetaban? O como lo hicimos: ¿debíamos llevar a cabo un cambio de timón de 180°? ¿Este Nuevo Sistema es un Sistema diseñado a nuestra realidad? o bien, ¿es un Sistema impuesto desde el exterior? ¿Podemos modificar sistemas legales esperando que con ello se modifiquen normas sociales y culturales, o debemos primero modificar social y culturalmente para después llevar a cabo los ajustes legales?

Pensemos por un momento: ¿cuál ha sido la imagen de México hacia el exterior? La respuesta es sumamente sencilla. Si consideramos la inseguridad, impunidad, corrupción, altos índices de criminalidad en general, y en específico el aumento indiscriminado de la presencia de delincuencia organizada, simple y sencillamente podríamos enfáticamente establecer que México está reprobado en cualquier escala de medición de seguridad y legalidad.

Lo anterior ha generado entre otros problemas, falta de inversión extranjera, disminución del turismo internacional, fuga de capitales nacionales y extranjeros, y la muy lamentable salida de mexicanos que cuentan con la capacidad económica de emprender una nueva y mejor vida, llevándose consigo sus capacidades y recursos económicos al extranjero.

Reflexionemos sobre las verdaderas causas de los altos índices de criminalidad e inseguridad en nuestro país: ¿Se debe primordialmente a un deficiente sistema de justicia penal? La respuesta es clara, evidentemente no.

Las causas reales de la delincuencia no se deben prioritariamente a deficiencias del sistema de procuración e impartición de justicia penal. Se deben primordialmente a las deficiencias de las políticas públicas en materia de bienestar social. Un país con pésimo acceso a la educación, con un pésimo nivel académico, pésimo sistema de generación de empleos bien remunerados, pésimo sistema de acceso a la vivienda, pésimo sistema de acceso a la salud, y pésimo sistema de servicios públicos en general, no puede aspirar a ser un país de bienestar con mínimos índices de criminalidad.

¿Implementar un Sistema de Justicia Penal similar al de los países más avanzados del mundo es la solución? ¿Por qué dicho Sistema funciona en dichos países? Funciona porque está diseñado para dar respuesta a

determinados conflictos sociales dependiendo de su naturaleza, su estructura y su determinada realidad social.

Lo anterior se traduce en que quienes consideren a las expectativas sobre la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal en el sentido de que será la solución frente a los altos índices delictivos, resulta un grave error.

Es decir, copiar el sistema de justicia penal de países avanzados tendría sentido, siempre y cuando también implementáramos sus políticas públicas de bienestar social. Mas no podemos esperar que con simplemente modificar nuestro sistema de justicia penal sin mejorar nuestra política social, se genere un cambio real.

Debemos adelantar y establecer una de nuestras principales conclusiones de este ensayo. ¡LA POLÍTICA CRIMINAL NO ESTÁ DISEÑADA PARA SUBSANAR LAS DEFICIENCIAS DE LA POLÍTICA SOCIAL! Si en verdad queremos un México sin delincuencia, dejemos de recurrir indiscriminadamente a crear más Política Criminal y más Derecho Penal. En su lugar, generemos más y mejor educación, más y mejores fuentes de empleo bien remunerados, más y mejor acceso a la salud pública, más y mejor acceso a vivienda digna, etc. ¡Las políticas sociales bien implementadas son las verdaderas políticas preventivas del delito!

¡Cuidado si toda esta gran reforma estructural del sistema de justicia penal acaba convirtiéndose en un Derecho Penal Simbólico! Porque las consecuencias serán terribles para la seguridad jurídica de quienes se ven lamentablemente involucrados dentro del denominado “Drama Penal”.

Sin duda tener un sistema de justicia penal eficiente ayudará a dar certeza y seguridad jurídica a quienes lamentablemente se encuentren inmersos cometiendo o sufriendo la comisión de un hecho delictivo. Pero el sistema de justicia penal es tan sólo el último eslabón de una cadena muy larga.

Como resultado de lo anterior podemos advertir que puede ser un acierto la implementación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio en nuestro país, pero la única manera en que éste pueda resultar realmente efectivo será si va acompañado de un verdadero mejoramiento y fortalecimiento de las políticas públicas de bienestar social.

Ahora bien, es importante efectuar un análisis crítico. ¿Este Nuevo Sistema de Justicia Penal ha sido implementado en nuestro país derivado de un convencimiento nacional?, o ¿ha sido implementado por presiones del extranjero? En nuestro caso, ambas situaciones ocurrieron, aunque sin duda el detonador más importante fue la presión extranjera para que nuestro país llevara a cabo la transición hacia su Sistema de Justicia Penal.

Me permito desarrollar una analogía. Si al contraer matrimonio lo hemos verdaderamente convencidos porque en realidad nos amamos y nos conocemos en lo personal, y conocemos con quien formaremos una vida en común, tendremos mucho mayores oportunidades de salir adelante y que esa unión resulte de éxito a pesar de los evidentes problemas y retos que durante el matrimonio se presenten. Por el contrario, si el matrimonio se genera por presiones externas en donde los contrayentes no están convencidos de dicha unión, sin duda los obstáculos que lleguen a presentarse serán mucho más complejos de superar. Algo similar nos está ocurriendo en esta relación de noviazgo a mi entender “forzada” que a partir de 2008 evolucionó y se nos propuso matrimonio, mismo que tuvo verificativo el 18 de junio de 2016.

Esta afirmación puede demostrarse a partir de diversos acontecimientos que se han venido dando en nuestro país, y que son un reflejo de que o no estamos convencidos de implementar un Sistema realmente de corte Acusatorio; o bien, no hemos logrado entender lo que en realidad es un Sistema de esta naturaleza. Ambas posturas resultan sumamente peligrosas. A continuación me permito exponer diversas cuestiones controvertidas de la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal.

I. Entrada en Vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales

En primer término y de manera muy preocupante me refiero a la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales. Como sabemos, en nuestro país desde el 18 de junio de 2008 se publicó la reforma que anunció la transición al Sistema Acusatorio. Dicha reforma estableció que la fecha fatal para la entrada en vigor de dicho Nuevo Sistema de Justicia Penal a nivel nacional tanto en el fuero común como a nivel del fuero federal, sería en ocho años a partir de la reforma, es decir, al 18 de junio de 2016.

Ocho años en un primer contexto pareciera demasiado tiempo, pero derivado de un análisis pormenorizado de todo el cambio estructural, de inversión, y de capacitación que implica dicha entrada en vigor, quizá resultó prudente.

Lo que claramente no tiene ninguna justificación, fue precisamente la muy tardía publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales ¡hasta marzo de 2014! Prácticamente seis años posteriores a la Reforma Constitucional de 2008. Lo anterior implicó que de los ocho años que dicha Reforma concedió para que todo el País llevara a cabo dicha transi-

ción, durante los primeros seis años ni siquiera teníamos el tan esperado Código sobre el cuál precisamente se desarrollaría dicho nuevo Sistema. ¿Cómo empezar a capacitar a todos los operadores si no teníamos el Código que establecería las reglas del propio Sistema?

Ante la ausencia del Código, algunos Estados no quisieron seguir esperando y llevaron a cabo sus propias reformas en sus Códigos Adjetivos Locales, mientras otros seguían capacitándose con base en las experiencias del extranjero. Sin duda ambos, esfuerzos loables que no debemos ni podemos criticar. Sin embargo implicó destinar tiempo y recursos humanos, materiales y económicos importantes por parte de los Estados y Congresos Locales, para que un par de años después, hoy dejemos de aplicar dichas recientes reformas locales, para ahora aplicar el Código Nacional de Procedimientos Penales con las evidentes diferencias tanto de forma como de fondo que pudiesen existir entre estos.

Lo anterior no sólo impacta en una cuestión de estrictos tiempos legislativos o de entrada en vigor de ordenamientos, sino que va mucho más allá. Contamina el Sistema porque justamente provoca que en la práctica cada Estado genere ciertos usos y costumbres y formas distintas de litigar, que es justamente lo contrario al espíritu del legislador cuando se logró idear, conceptualizar y desarrollar un Derecho Procesal Penal único para todo el territorio nacional. Claramente la finalidad del Sistema es que en todo el país las reglas del juego sean ¡exactamente las mismas! Lamentablemente hoy observamos con preocupación que los criterios en una Entidad Federativa y otra, son en ocasiones sumamente distintos. Ejemplo claro es lo que ocurre en la Ciudad de México a comparación con el Estado de México.

Por supuesto lo deseable hubiese sido contar desde 2008 tanto con la reforma constitucional, así como con el Código Nacional de Procedimientos Penales, lo que hubiese generado un solo referente (bueno o malo pero sólo uno), para todo el territorio nacional. Con ello se habría permitido que las Entidades Federativas contaran con tiempo suficiente para la capacitación, y sobre todo para una capacitación unificada, lo que habría generado en la mayoría de los Estados el tiempo necesario para poner en práctica el nuevo sistema y poder analizar y retroalimentar a nivel nacional sus fortalezas y debilidades sin la presión del reloj legislativo que finalizó el 18 de junio de 2016.

II. Vigencia de los Principios del Nuevo Sistema Penal Acusatorio Adversarial

Derivado de la reforma constitucional, el Artículo 20 establece que el proceso penal será acusatorio y oral, y que se regirá bajo los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Dichos principios se encuentran contenidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales de su Artículo 5 al Artículo 9 respectivamente. Por el vocablo principio debemos entender la base, el origen, la razón, la esencia fundamental que rige algo. Es decir, tendríamos que concluir que estos cinco principios son la esencia fundamental o bien los pilares bajo los que se rige el Sistema Penal Acusatorio.²

Sin duda los cinco principios resultan indispensables para que el Sistema de Justicia Penal logre la transparencia, certeza y credibilidad que ocasionaron el fallecimiento del Sistema Tradicional. Sin embargo, de un análisis crítico del Nuevo Sistema, nos percatamos que dichos principios rigen generalmente a partir de la etapa de judicialización, y en especial en la denominada etapa de Juicio Oral. ¡El problema que ello genera, es que el propio sistema mal llamado de juicios orales, justamente está diseñado para no llegar a la audiencia de juicio oral!

Es decir, los principios que pretenden justificar la vigencia del Sistema Acusatorio Adversarial, podremos realmente apreciarlos hasta la etapa de Audiencias frente al Juez de Control, y en especial ante la Audiencia de Juicio Oral a través de la cual se llevará a cabo el desahogo de pruebas, respetando no sólo la publicidad, contradicción e inmediación, sino también los principios de concentración y continuidad.

Sin embargo, estos principios que resultan ser los pilares del Nuevo Sistema y que defendemos como un Sistema sumamente garantista, progresista y respetuoso de la presunción de inocencia y del debido proceso, salvo que se requiera algún supuesto de la intervención del Juez de Control en la fase de investigación, difícilmente se verán aplicados en la fase de investigación por parte de la Procuraduría.

Lo que llama la atención, es que el propio Sistema de Justicia Penal ahora pretende resolver la mayoría de los denominados “conflictos penales” precisamente durante la fase de investigación, sirviendo éste como una especie de filtro, para que solamente lleguen a la fase de juicio oral los asuntos que verdaderamente no encontraron posibilidad de ser resuel-

² Bodes Torres, Jorge, *El Juicio Oral, Doctrina y Experiencias*, pp. 101 y s.

tos previamente mediante los muy cuestionados criterios de oportunidad,³ o bien, los denominados mecanismos o salidas alternas. Ahora el Ministerio Público deja de ser esencialmente ese órgano persecutor en donde todas las investigaciones debían concluir en pliegos de consignación, para ahora convertirse también en un órgano para dirimir y resolver conflictos sociales.

Lo contradictorio de ello se ve aún con mayor claridad en el hecho de que dichos sistemas de solución anticipada, en muchas ocasiones pueden precisamente llegar a ser violatorios del principio de presunción de inocencia.

III. ¿El Nuevo Sistema de Justicia Penal provoca una transición del Derecho Penal de ser eminentemente un Derecho Público hacia un Derecho Privado?

Íntimamente ligado con el punto anterior, surge la tan actual y trascendente discusión respecto a la vigencia del Derecho Penal como un Derecho Público, o si en realidad derivado de estos nuevos mecanismos alternos⁴ o de solución anticipada de conflictos con la finalidad de evitar un juicio penal, empezamos a transitar hacia un Derecho Penal dentro de la esfera del Derecho Privado.

El famoso *ius puniendi* que siempre ha sido la esencia del Derecho Penal, a través del cual se traduce en la facultad persecutora del Estado de las conductas delictivas, viene ahora a reducirse o limitarse de manera por demás importante con motivo de los criterios de oportunidad, acuerdos reparatorios, suspensión condicional del proceso, y procedimiento abreviado.

Pareciera un reconocimiento tácito de que la comisión de las conductas delictivas dejan de afectar a la sociedad en su conjunto, para únicamente preocuparse por la solución del conflicto entre los dos particulares, aspecto esencial del Derecho Civil, al ser claramente parte de la Rama del Derecho Privado.

Un claro ejemplo de ello resulta ser la reforma al Artículo 21 constitucional, en donde a través de este Nuevo Sistema de Justicia Penal podemos afirmar que el Ministerio Público ya no detenta el monopolio del

³ Ramírez Mandujano, Noé, *Reflexiones en torno al Código Nacional de Procedimientos Penales*, pp. 67 y s.

⁴ Véase, Armienta Hernández, Gonzalo, *El Juicio Oral y La Justicia Alternativa en México*, pp. 96 y s.

ejercicio de la acción penal, en concordancia con el Código Nacional de Procedimientos Penales que establece el acción penal por particular.

Ahora los particulares tienen una fuerza y presencia completamente inusual dentro del Sistema Penal. Este Nuevo Sistema de Justicia Penal pareciera abandonar la idea tradicional de que la sociedad en su conjunto tiene un interés legítimo en que las conductas penales sean perseguidas y sancionar a sus autores, para ahora transitar hacia la solución pronta del conflicto. Se entiende que este Nuevo Sistema coloca a la víctima u ofendido del delito, a diferencia del Sistema Tradicional, en una mayor jerarquía e importancia dentro del conflicto. ¿Qué pasa con el resto de la sociedad?, ¿verdaderamente no nos vemos afectados con la realización de las conductas delictivas?

Realmente este Nuevo Sistema de Justicia Penal es un Sistema de muy buena fe. Podemos observarlo claramente con los supuestos de los criterios de oportunidad, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso. Sin embargo para que el Sistema verdaderamente funcione, sus operadores debemos actuar de la misma manera. Desafortunadamente no debemos olvidar que los operadores de este Nuevo Sistema somos en esencia los mismos Abogados, Ministerios Públicos, Peritos, Policías, e incluso Jueces que veníamos operando en el Sistema Tradicional, que era en realidad como la Ley de Selva. Por lo que en lo particular me preocupa de manera importante, que lejos de entender la buena fe del Nuevo Sistema, haya quienes se aprovechen del mismo, haciendo nugatorios sus ideales.

Una crítica adicional que viene íntimamente relacionada con esta postura, es el hecho de que este Nuevo Sistema de Justicia Penal pareciera volverse sumamente elitista,⁵ ya que de una u otra forma, los mecanismos y salidas alternas de solución, dependerán en gran medida de las posibilidades económicas del imputado, por lo que en muy pocas ocasiones presenciaremos una audiencia de juicio oral cuando la parte imputada cuente con los recursos económicos para evitar dicho juicio, con las ventajas procesales y de antecedentes penales que ello llegue a implicar. Como ejemplo podemos recordar el lamentable suceso ocurrido en la mañana del día 29 de enero de 2015 en el Hospital Materno de Cuajimalpa en la Ciudad de México, en donde hubo niños y adultos que fallecieron, múltiples personas lesionadas, y altísimos daños materiales. Con motivo de la capacidad económica de la empresa gasera, a pesar de enfrentar delitos de homicidio, se logró evitar llegar a la fase de audiencia de juicio oral. ¿Qué habría pasado si la empresa responsable no hubiese contado con

⁵ Moreno Cruz, Everardo, *El Nuevo Proceso Penal en México y el Código Nacional de Procedimientos Penales*, p. 184.

los recursos económicos?; o más interesante aún, ¿qué hubiese ocurrido si dichos hechos ocurrieran en un hospital privado donde los lesionados y familiares de fallecidos contarán con los recursos económicos para continuar y enfrentar el juicio? Siempre se ha criticado que el Derecho Penal es sumamente elitista. Este Nuevo Sistema de Justicia Penal lo agrava aún más.

IV. Garantía de Defensa durante la Fase de Investigación

Ha surgido discusión interesante respecto al tema de la garantía de defensa del imputado durante la fase de investigación inicial en relación con los llamados delitos de prisión oficiosa. En el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio una vez que el Ministerio Público recibe la denuncia o querrela, no se encuentra obligado a citar a la parte imputada a efecto de hacerle saber el contenido de la denuncia y ejerza su derecho constitucional a la una defensa.

Quienes opinan así, son criticados por los defensores del Nuevo Sistema, argumentando que no se afecta a la parte imputada el hecho de no ser citado durante la fase de investigación inicial, ya que precisamente dicha garantía de audiencia y de defensa le será ampliamente respetada ante el Juez de Control al momento en que el Ministerio Público le haga del conocimiento los hechos materia de investigación durante la Audiencia Inicial en la formulación de imputación.

Lo anterior es cierto, y la polémica deviene de que ambas posturas tienen un soporte importante. La preocupación surge de dos aspectos principalmente. El primero de ellos, tiene su origen simplemente por la influencia que tenemos del Sistema Tradicional en donde el Agente del Ministerio Público debía agotar los citatorios al inculcado durante la fase de investigación, previo al ejercicio de la acción penal, con la finalidad de respetar su garantía de audiencia y debida defensa, y así evitar las llamadas “investigaciones a espaldas” de los inculcados.

El segundo es el que requiere de un mucho mayor análisis. La reforma sobre el Artículo 16 constitucional se ha interpretado mayoritariamente (sin que ello implique que sea acertada), en el sentido de que actualmente el estándar de prueba para que el Ministerio Público ejercite acción penal es menor al estándar de prueba que se exigía en el Sistema Tradicional.⁶ A

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal*, p. 309.

diferencia del Artículo 16 constitucional previo a la reforma, por su parte el Artículo 16 reformado establece en ese aspecto:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la posibilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Por ello la interpretación es que previo a la reforma, es decir, en el Sistema Tradicional, los requisitos constitucionales para el libramiento de una orden de aprehensión lo eran la demostración absoluta del cuerpo del delito y que su participación sea probable. Por su parte, el actual Artículo 16 reformado pareciera que disminuye la exigencia probatoria ya que no exige una demostración plena del cuerpo del delito, sino meros indicios que hagan probable que el hecho ocurrió y que hagan probable la participación del imputado, lo que ha venido a generar una interpretación mayoritaria en el sentido de que en el Nuevo Sistema resulta más sencillo ejercitar acción penal en contra del imputado.⁷

Sin embargo debemos precisar que en el Nuevo Sistema Acusatorio el Juez de Control deberá obsequiar las órdenes de aprehensión únicamente cuando a través de un citatorio u orden de comparecencia no pueda hacerse efectiva la presencia del imputado ante el Juez cuando advierta una necesidad de cautela (Arts. 141-145). Es decir, en el Nuevo Sistema de Justicia Penal ya no aplica la regla del Sistema Tradicional que con el simple hecho de que la pena prevista fuese cuando menos privativa de la libertad, habría lugar al libramiento de las órdenes de aprehensión.

Por su parte en el Nuevo Sistema, si bien es cierto por regla general se requiere que el delito contemple pena privativa de la libertad, ello no implica que ahora en todos los supuestos deba obsequiarse dicha orden de captura. Ahora a pesar de cumplir con los requisitos establecidos por el Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece un requisito adicional, y que resulta indispensable establecer con datos de prueba a efecto de obtener la orden de captura, esto es, el razonamiento para justificar dicha orden se basará también en la denominada “necesidad de cautela”. Entendiendo por ello que exista un riesgo para la víctima u ofendido, riesgo de sustraerse a la acción de la justicia, o bien, riesgo de impedir u obstaculizar su propia investigación.

Dichos riesgos deben ser objetivos, es decir, debemos alejarnos de los lamentables criterios por demás subjetivos y que constituyen meras

⁷ García Silva, Gerardo, *El Nuevo Sistema de Justicia Penal*, p. 179.

especulaciones, y que comúnmente desarrollan las Fiscalías para pretender establecer la denominada necesidad de cautela. Ejemplos de ello lo constituyen argumentos como los siguientes:

- a) El imputado no tiene familia en la entidad federativa en donde se sigue el proceso, por lo que se presume el riesgo de sustracción.
- b) El imputado no ha contraído matrimonio, y no tiene hijos, por lo que existe el riesgo de sustracción.

Debemos alejarnos de tan lamentables argumentaciones puramente subjetivas, y demostrarlo por ejemplo a través de la existencia de otras órdenes de aprehensión pendientes de ejecutar; o bien, de antecedentes de amenazas a la víctima u ofendido, entre otros supuestos.

Por lo anterior, si no se aprecia una necesidad de cautela, a pesar de que el delito amerite cuando menos una pena privativa de la libertad, el Juez de Control en principio debería garantizar la presencia del imputado a través de mecanismos menos lesivos, como lo son el citatorio y la orden de comparecencia judicial.

Lo anterior es así, ya que incluso en el propio Código Nacional de Procedimientos Penales se establece que una vez ejecutada la orden de aprehensión, el imputado deberá ser puesto a disposición del Juez de Control en lugar distinto de aquél destinado para la prisión preventiva o para las sanciones privativas de la libertad.

Lo anterior se traduce en que actualmente las órdenes de aprehensión si bien mantienen como finalidad poner al imputado a disposición del Juez de Control, toda vez que éstas no tendrían por qué concluir en el interior del Reclusorio, quizá hubiese sido acertado modificar la denominación de dichos mandamientos judiciales, para no contaminarse con el Sistema Tradicional.

Si sumamos dichos aspectos, surge una de las primeras y principales preocupaciones. Se está generalizando el concepto de que en el Nuevo Sistema Acusatorio por una parte el Ministerio Público no me va a citar como imputado durante la fase de investigación inicial. Aunado a ello, los requisitos para ejercitar acción penal resultan menos complejos probatoriamente, por lo que se vislumbra que ejercitar acción penal resultará mucho más sencillo y accesible para los Ministerios Públicos que en el Sistema Tradicional. Ello que en primer plano pareciera en agravio de la defensa del imputado, pretendemos equilibrarlo con el hecho de que si bien es cierto será relativamente fácil judicializar una carpeta de investigación, por otra parte difícilmente el Juez de Control obsequiara una orden de aprehensión, y en su lugar dará prioridad a citatorios u órdenes de comparecencia sin que impliquen una efectiva privación de libertad. Incluso como

lo señalábamos anteriormente, para el supuesto de que efectivamente se obsequiara una orden de aprehensión, ésta no debiera tener el efecto de colocar al detenido al interior del Reclusorio respectivo, sino estrictamente ponerlo a disposición del Juez de Control a efecto de dar inicio a la Audiencia respectiva.

Así las cosas pareciera que se logra cierto contrapeso o equilibrio, por una parte se ejercita acción penal con mayor facilidad; y por la otra, el imputado no será privado de su libertad, y tendrá hasta por seis meses la fase de carpeta o investigación judicializada para ejercer debidamente su derecho de defensa, gozando de libertad.

Lo anterior, tendría cierta lógica y un buen sustento argumentativo de defensa. Sin embargo, ¿qué pasa con los tan peligrosos y controvertidos delitos de prisión oficiosa? Uno de los grandes pilares de este Nuevo Sistema de Justicia Penal lo es sin duda el respeto al principio de Presunción de Inocencia, por lo que en el Sistema Acusatorio nos sentimos muy orgullosos de haber superado la tan lamentable regla general de la prisión preventiva, para ahora sí constituirse estrictamente en la excepción de la regla. Ahora hemos abandonado la vieja regla de que los delitos que no admiten libertad provisional son todos aquellos cuya media aritmética es superior a los cinco años de prisión, que en realidad son un porcentaje muy elevado del catálogo de delitos contenidos en el Código Penal.

La Constitución ahora establece cuáles deben ser esos delitos de prisión oficiosa, mismos que contempla en su Artículo 19, siendo los siguientes: Delincuencia Organizada, Homicidio Doloso, Violación, Secuestro, Trata de Personas, Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, Delitos graves que determine la Ley en contra de la seguridad de la Nación, Delitos graves contra el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Es decir, Estos son los únicos nueve supuestos en los que la Constitución permite restringir la libertad personal oficiosamente.

Lo controvertido de estos supuestos resulta de asumir que:

1. El Ministerio Público llevará legalmente su investigación inicial sin citar al imputado, por lo que llevará acabo su investigación sin su conocimiento.
2. Al Ministerio Público le será más sencillo cumplir los requisitos para ejercitar acción penal en contra de la parte imputada.
3. Al tratarse de delitos de prisión oficiosa resultará evidente la necesidad de cautela, por lo que el Juez de Control autorizará en audiencia privada el libramiento de una orden de aprehensión en contra de la parte imputada.

Lo anterior genera polémica porque en un sistema que se enorgullece tanto de ser respetuoso de los principios de Presunción de Inocencia y el Debido Proceso, a través del mecanismo anteriormente descrito, quienes sean investigados por estos delitos, resultará muy sencillo ser objeto de investigación sin tener conocimiento de ello, ejercitar acción penal en su contra y lograr su judicialización, detención, y auto de vinculación, sin el derecho a gozar de libertad.

Una vez dictado el Auto de Vinculación, dará inicio la fase de carpeta o investigación judicializada, misma que puede tener una duración de hasta seis meses. Tiempo en el cual el imputado estará físicamente privado de su libertad. Lamentablemente ahora sí se cumple con tan despreciable frase de “detener para investigar”, cuando lo correcto de acuerdo al principio de presunción de inocencia, debiera ser lo contrario. Por lo que en este supuesto pareciera incluso un retroceso a lo que teníamos en el Sistema Tradicional que hoy presumimos haber superado. Finalmente en el Sistema Tradicional los delitos graves impedían gozar de libertad provisional pero ya se encuentra el inculpado sujeto a un proceso jurisdiccional. En el Nuevo Sistema Acusatorio, cuando se trate de delitos de prisión oficiosa, el sujeto activo estará privado de su libertad al interior de un Centro Penitenciario sin que su juicio haya siquiera iniciado, y estará detenido hasta por medio año simplemente para que el Ministerio Público continúe y perfeccione su investigación, para una vez concluida ésta, demos inicio a la Fase Intermedia y posteriormente al tan esperado Juicio Oral.

Se ha generado discusión por el hecho de que el propio Código Nacional de Procedimientos Penales ha venido a ampliar el catálogo de los delitos de prisión oficiosa establecidos a nivel constitucional.

A este respecto debemos señalar que si bien es cierto el Código Nacional de Procedimientos Penales en su Artículo 167 establece los supuestos de delitos de prisión oficiosa, siendo ahora once fracciones, éstas guardan estrecha relación con los supuestos establecidos a nivel constitucional, por lo que en mi opinión no habría una contradicción con la norma constitucional.

V. Población Penitenciaria con motivo de Delitos Graves del Sistema Tradicional

Uno de los temas que deseo establecer en el presente documento y que han causado polémica es el referente a lo que ocurrirá a nivel del Sistema Penitenciario con la entrada en vigor del Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio.

La polémica se centra en el hecho de que considerando que en el Nuevo Sistema serán menos los delitos que deban implicar prisión preventiva oficiosa que aquellos que eran considerados como delitos graves en el Sistema Tradicional, ¿qué es lo que va a ocurrir con las personas privadas de su libertad en el sistema tradicional que están enfrentado un proceso, que bajo la vigencia del Sistema Penal Acusatorio no ameritan una privación de libertad?

En un primer análisis de la lectura de los artículos transitorios del Código Nacional de Procedimientos Penales pareciera resuelta la polémica. En específico el Artículo Tercero transitorio establece:

Abrogación. El Código Federal de Procedimientos Penales publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de Agosto de 1934, y los de las respectivas entidades federativas vigentes a la entrada en vigor del presente decreto, para efectos de su aplicación en los procedimientos penales iniciados por hechos que ocurran a partir de la entrada en vigor del presente Código, quedarán abrogados, sin embargo respecto a los procedimientos penales que a la entrada en vigor del presente ordenamiento se encuentren en trámite, continuarán su sustanciación de conformidad con la legislación aplicable en el momento del inicio de los mismos.

De dicha lectura resultaría sencillo resolver que quienes actualmente se encuentren privados de su libertad por enfrentar procesos por delitos considerados como graves, estos debieran permanecer privados de su libertad, ya que a pesar de la entrada en vigor del Nuevo Sistema Penal, los procesos que dieron inicio previo a su entrada en vigor, continuarán rigiéndose bajo los Códigos de Procedimientos Penales de la entidad federativa respectiva.

Sin embargo, la propia norma constitucional en su Artículo primero, párrafo segundo, establece:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Si hacemos un análisis de mayor profundidad bajo los principios de Convencionalidad, Control Difuso y Pro persona,⁸ mismos que de acuerdo a dicho precepto resultan ser de aplicación obligatoria en el Nuevo Sistema, podríamos válidamente sostener la tesis de que los delitos que antes eran considerados como graves y que ahora no son considerados de prisión oficiosa, quienes se encuentren privados de su libertad con motivo

⁸ Véase, Benavente Chorres, Hesbert, *El Juez de Control en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*, pp. 190 y s.

de dichos ilícitos, deberían recibir por parte de sus respectivos Jueces el beneficio de la libertad.

Partiendo de dicha premisa, debieran ser miles las personas que a nivel nacional, que legalmente tendrían que obtener su libertad oficiosamente en junio de 2016.

¿Los poderes ejecutivo y judicial están listos para una salida masiva de miles de personas a nivel nacional para junio de este año? ¡Jurídicamente deberíamos estarlo, pero políticamente no será así!

Esperemos no tener la necesidad de agotar la instancias internacionales para tal efecto, y que pronto nuestro máximo tribunal, en cumplimiento a los principios de control difuso, convencionalidad en relación con el principio Pro Persona, dispongan acertadamente la liberación de quienes hoy se encuentran privados de su libertad como consecuencia del Sistema Tradicional.

Bibliografía

ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, *El Juicio Oral y la justicia alternativa en México*, México, Editorial Porrúa, 2011.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *El Juez de Control en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2012.

BODES TORRES, Jorge, *El Juicio Oral Doctrina y Experiencias*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.

CARREÓN HERRERA, José Héctor, (Coordinador), *Reflexiones en torno al Código Nacional de Procedimientos Penales*, Instituto de Estudios del Proceso Penal Acusatorio, A.C. México, 2015.

CONSTANTINO RIVERA, Camilo, *Introducción al Estudio Sistemático del Proceso Penal Acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2014.

GARCÍA SILVA, GERARDO, *El Nuevo Sistema de Justicia Penal*, México, Editorial Porrúa, 2014.

MORENO CRUZ, Everardo, *El Nuevo Proceso Penal en México y el Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Editorial Porrúa, 2014.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal*, Mesas Redondas, México, 2008.