



UNIVERSIDAD DE QUINTANA ROO

DIVISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO

La historia de las garantías en materia penal en México

TRABAJO: MONOGRAFICO
Para obtener el grado de:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA
Luis González Pacheco Caballero



Chetumal, Quintana Roo, México, enero 2020.



UNIVERSIDAD DE QUINTANA ROO

DIVISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO

La historia de las garantías en materia penal en México

Presenta:

Trabajo Monográfico elaborado bajo supervisión del comité de Asesoría y aprobada como requisito para obtener el grado de:

LICENCIADO EN DERECHO

COMITÉ:

DIRECTORA:

Dra. Yunitzilim Rodríguez Pedraza

SUBDIRECTOR:

Dr. Luis Gerardo Samaniego Santamaria

VOCAL:

Mtro. Guillermo de Jesús López Durán

ASESOR SUPLENTE:

I.c. Juan Felipe Cahuich Borges

ASESOR SUPLENTE:

Dr. Sergio Monroy Aguilar



Chetumal, Quintana Roo, México, enero de 2020

Índice

Justificación.....	3
Introducción.....	6
Capítulo 1.....	8
Garantías en Materia penal en México.....	8
1.1 Doctrina de las garantías en materia penal	9
1.1.1 Jeremy Bentham.....	9
1.1.2 Cesare Beccaria	13
1.1.3. Luigi Ferrajoli	15
1.1.4. Enrique Díaz Aranda	18
1.2 Evolución de la figura de la garantía en materia penal.	19
1.2.1 Constituciones.....	19
1.2.2 Leyes Secundarias.....	27
1.2.3 Jurisprudencia.....	36
Capítulo 2.....	40
Aplicación de las garantías en materia penal en el sistema de justicia adversarial.....	40
2.1. La Garantía en materia penal	41
2.2. Etapa Inicial	41
2.3. Etapa Intermedia	47
2.4. Etapa de Juicio Oral	50
Capítulo 3.....	53
Resultados de las garantías en materia penal en el Sistema Acusatorio Adversarial Oral.....	53
3.1 La implementación	55
3.2 Dificultades	68
3.3 Utilidades	75
Conclusiones.....	93
Conclusión.....	100
Bibliografía.....	101

Justificación.

El descubrimiento de numerosas de sentencias que fueron expedidas de forma inconclusa a través de la historia, significo la necesidad de crear instituciones jurídicas para poder crear un equilibrio entre los dos grupos que se tiene que combatir entre un juez para poder llegar a la verdad procesal. La inocencia se vuelve un concepto importante para cualquier sistema procesal que quiera asegurar los derechos de las víctimas.

La realidad es que estos conceptos como derechos humanos cambian completamente la naturaleza de impartir derecho dentro de nuestras instituciones y los tramites que respectivamente se deben de hacer ante estos casos, ahora ya no se volvió esta actividad en una simple receta que se debe seguir paso a paso, esto se trata de poder crear estrategias para poder lidiar contra ciertos estándares. Por eso, los legisladores poco a poco fueron cediendo ante los reclamos sociales, creando tipificaciones exclusivas de ciertos delitos (leves y graves), para mantener en prisión preventiva a quienes son responsables de haber cometido cierto delitos, sin embargo esta es para el derecho internacional, una "ultima ratio" para lidiar contra la delincuencia, debido a que se olvida de un "derecho humano" denominado "presunción de inocencia", el cual es uno de los más importantes relaciones con el debido proceso.

Elegir el tema de las "garantías penales", no fue fácil debido a que la literatura que aborda el tema, en su mayoría solo dice definiciones y aspectos generales, sin adentrarse en su desarrollo histórico de la materia, pese a esto el interés por el estudio de las normas jurídicas sigue siendo de gran importancia para mi vida cotidiana.

Durante el transcurso del texto, se utilizarán palabras de la asignatura denominada "derecho procesal penal" como: presunción de inocencia, garantía procesal, principio de inmediatez, etcétera. Debido a que se debe establecer normatividad a la hora de fundamentar un escrito de calidad, en especial los que tratan con temas relacionados con la naturaleza de la monografía.

A lo largo del escrito se tomará en cuenta que la información de las bibliotecas y los archivos públicos puede ser comparada debido a que estas instituciones tienen el fin de preservar el conocimiento y protegerlo de problemas tanto causados por el hombre o la naturaleza (desde incendios hasta purgas políticas).

Es necesario que cada ciudadano se preocupe por aprender y enseñar a los demás que tal vez no tienen las posibilidades de llegar al conocimiento de sus derechos humanos como son los grupos vulnerables como los indigentes, los ancianos abandonados, los niños de la calle, y los que viven en comunidades de extrema pobreza y que no tienen el acceso a estos conocimientos.

Esperamos que la investigación jurídica nos lleve a la costumbre jurídica y no permitirles a otras personas hacernos daños, esto con la finalidad que cualquier ciudadano o extranjero este consciente de cómo opera el sistema jurídico mexicano, esto con la finalidad de proteger su integridad de los excesos de las autoridades.

Debe existir una clara sistematización de las múltiples fuentes documentales existentes dentro de este tema, por varios años ha habido un conflicto de terminologías algunos utilizando términos como: “derechos humanos”; “garantías penales o “garantías procesales”. así una de las temáticas, será discriminar de toda la literatura disponible, cuales son fuentes confiables y cuales no lo son.

En el rubro de razonamientos nuevos, se debe de agregar que se va a intentar estudiar el trasfondo filosófico, político y social de los “derechos procesales”, por medio de un estudio mediático de sus concepciones a través de la historia mexicana.

Generar insumos para la teoría, sería complicado debido a que los derechos humanos, al ser una lucha constante contra la inmoralidad, se debería de hacer un análisis muy distinto al tema histórico, y se le tendría que dar un aspecto psicológico.

Respecto al elemento multidisciplinario, se intentará encontrar las intersecciones que tiene esta filosofía, como otras ramas del conocimiento humano, estas siendo: la filosofía, la política, la sociología y la política criminal, cuatro áreas del saber humana que son necesarias para entender el derecho.

Respecto a la filosofía, se debe destacar la ética, debido a que es la piedra fundamental en la cual la mayoría de la legislación positivizada es establecida dentro de nuestro sistema legislativo. También se mencionará brevemente sobre la necesidad de aplicar la filosofía en el derecho práctico.

Se valorará la importancia de los derechos humanos, no importando si estos le pertenecen al “enemigo” o a otro ente que atente contra la dignidad humana, siempre debe de haber una presunción para que un inocente no sufra una condena, la cual no merece.

Se agrega al descubrimiento de teorías novedosas en materia de “derechos humanos”, un ejemplo de esto es, como se sabe si una persona es inocente, cual es la “medida cautelar” correspondiente, hay faltas comunes dentro de nuestro adiestramiento como burócratas que impide que podamos dar un buen servicio a nuestros clientes. Esto será analizado en este trabajo monográfico documental.

En el aspecto ético es necesario saber cuál es el código de conducta que deben ser aseguradas por el Estado para poder regular la sociedad donde se desenvuelve el ser humano.

Debe de haber un “deber ser” detrás de las acciones del ser humano que justifique las acciones por medio de una deontología que permita crear un orden social que

prevalezca utilizando una normatividad positiva que establezca lo que es correcto y lo incorrecto dentro de un marco.

Se debe tener una actitud específica para ejercer la abogacía, se debe tener una posición correcta respecto al uso de la violencia institucional para poder ejercer correctamente el trabajo de funcionario público, estas son cuestiones donde indudablemente la ética y el derecho deben ser estudiadas.

La filosofía y el derecho son dos ramas del conocimiento humano, las cuales se interrelacionan claramente en nuestra vida cotidiana. La filosofía estudia la finalidad de los actos humanos, y en tiempos recientes se encarga de evaluar el conocimiento autoproclamado científico.

Epistemológicamente, los derechos humanos (entre ellos las garantías penales) son temas de discusión, porque se requiere de conceptualizaciones establecidas por la ley para poder llegar a conclusiones sólidas respecto a la efectividad de estos derechos a la hora de establecer una distribución de la justicia.

En lo político y lo jurídico, hay una clara relación, algunas ideologías políticas tienen que mantener ciertas posturas para poder justificar su existencia, desde la preservación de tradiciones, conservar instituciones políticas, reformar un sistema añejo, etcétera. Es por eso que los mecanismos del poder judicial se relacionan con los cambios del poder político.

así hay vertientes que se fundamentan en la costumbre de los pueblos para justificar las acciones de su ideología, hasta escuelas que intentan establecer valores universales para poder justificar los derechos humanos establecidos por las Naciones Unidas.

El aspecto sociológico también tiene importancia debido a que la sociedad es un conjunto de seres que viven dentro de un territorio en particular, significando que debe haber múltiples factores de poder dentro de este. Este poder político debe ser evaluado dentro de parámetros aprobados por la comunidad investigativa.

así el fenómeno sociológico jurídico, se puede evaluar desde múltiples perspectivas, sus objetivos, su contexto histórico y su finalidad como ley. Esto dando una genuina oportunidad para evaluar los derechos humanos desde un marco científico.

Introducción.

El tema de este trabajo es la dignidad humana, que, como veremos, es un principio moral y jurídico. Es ciertamente un principio de la más alta importancia que deberíamos poder reconstruir filosóficamente. Eso trataré de hacer en estos capítulos.

Es un tema al cual podemos llegar a través del derecho (analizando, por ejemplo, los preámbulos de la legislación penal, o interpretando las normas que prohíben los tratos inhumanos y degradantes) o bien podemos tratar, primariamente, como un ideal moral.

Si seguimos el segundo enfoque, que aparece el más natural de adoptar, trataríamos la dignidad como un ideal moral para luego determinar si se ha visto adecuadamente representado en la redacción de leyes, constituciones y convenciones de derechos humanos, o en las decisiones que configuran nuestros precedentes y doctrinas jurídicas. Con este enfoque, antes de acercarnos al derecho se hace necesario desentrañar el sentido que los filósofos morales le dan al concepto de dignidad.

Otra manera como el derecho respeta la dignidad de aquellos a quienes gobierna es proveyendo audiencias en aquellos casos en que una determinación oficial es necesaria. Estos son casos en los que la autoaplicación no es posible o bien donde hay una disputa que requiere una resolución oficial. Por “audiencia” quiero decir eventos formales, como juicios, estructurados procedimentalmente de modo que se haga posible que un tribunal imparcial determine y asigne de forma justa y eficiente los derechos y responsabilidades, luego de escuchar argumentos y observar las pruebas de ambas partes. Aquellos directamente involucrados tienen aquí una oportunidad de presentar argumentos y acompañar evidencia, además de confrontar, examinar y responder a la evidencia, además de confrontar, examinar y responder a la evidencia y los argumentos presentados por la contraparte. No solo eso: ambas partes son escuchadas por un tribunal que está obligado a responder a los argumentos presentados en la fundamentación que entregue para su decisión (Waldron, 2019).

El derecho, podríamos decir, es un modo de ejercer gobierno que reconoce que las personas probablemente tienen una visión o perspectiva propia que aportar, en lo que respecta a la aplicación de una norma social de conducta. Aplicar una norma a un ser humano no es lo mismo que decidir qué hacer con un animal rabioso o una casa en ruinas. Implica tomar en consideración un punto de vista. De esta forma expresa una idea progresista (respetar la dignidad de aquellos a quienes se aplican las normas, en tanto seres capaces de comunicación autónoma).

La naturaleza institucional del derecho hace de este una práctica argumentativa, y esto da cuenta de una contribución adicional a sus diversas manifestaciones de respeto por la dignidad humana. El derecho se presenta a sí mismo como algo de lo que podemos

hacer sentido. Las normas que nuestro sistema jurídico administra pueden parecerse una desagradable serie de órdenes, pero tanto abogados como jueces intentan ver al derecho como un todo unificado; tratan de percibir una suerte de coherencia o un cierto sistema, integrado elementos particulares en una estructura inteligible que tiene sentido. Las personas ordinarias son quienes aprovechan esta aspiración de sistematicidad e integridad al enmarcar sus propios argumentos jurídicos.

Como ya notamos al referirnos a la tesis de los derechos, estos no son solo argumentos sobre cómo el derecho debiera ser (formulados, si se quiere, como lo haría un “lobista”). Son argumentos basados en razones que presentan tesis contrapuestas sobre lo que el derecho es. Inevitablemente, generan una controversia: una de las partes dirá que tal proposición no puede ser derivada del derecho tal y como es; la otra parte responderá que puede derivarse del derecho en la medida en que nos comprometamos, a diferencia de cómo se ha entendido el derecho en el pasado, con una mayor coherencia del sistema. Y así la cuestión de si tal proposición tiene autoridad jurídica será recurrentemente una cuestión abierta a discusión.

De esta forma, entonces, el derecho también concibe a los destinatarios de sus normas como portadores de razón e inteligencia. Son seres pensantes que pueden aprehender y poner en cuestión la lógica del modo en que son gobernados, y pueden asimilar esa lógica, de formas complejas pero inteligibles, a su propia concepción de la relación entre sus acciones y propósitos y las acciones y propósitos del Estado. Esto también rinde tributo a la dignidad humana.

Capítulo 1

Garantías en Materia penal en México

1.1 Doctrina de las garantías en materia penal

Una sociedad necesita del derecho, todos los seres humanos dedican sus actividades para poder realizar una actividad social, sus actividades son reguladas, por lo tanto la ley debe ser regida por principios naturales, sin embargo estos principios (particularmente los de la materia penal surgieron de forma compleja.

La lucha por los derechos humanos no está complementada sin un Estado de Derecho, que proteja a todos los ciudadanos de los excesos cometidos por el ser humano, es por eso que males inmemorables han sido castigados por el “Monopolio de la violencia” utilizando instrumentos jurídicos los cuales superaron su estado bárbarico hasta evolucionar en figuras que aceptaron el progreso humano dentro del paradigma de la modernidad, así justificando su importancia como una defensa de la dignidad humana.

1.1.1 Jeremy Bentham

Uno de los principales precursores de los derechos de los detenidos es Jeremy Bentham, quien nace con el nombre Bentham, el 15 de febrero de 1748 en la calle *Red Lion*, distrito de *Houndsditch*. Londres en cuya vecindad tanto su padre como su abuelo ejercían la abogacía. Respecto a sus planteamientos, el autor Oses J. S. en su obra “Jeremías Bentham y el Derecho Penal” hace los siguientes señalamientos: (Oses, 1967, pág. 41).

Se matriculó en el “*Queen’s College*” de *Oxford*, donde se familiarizo con la Lógica de Sanderson, haciéndose abogado en 1763. Dentro de sus estudios debe entender los antecedentes del derecho contenido en el pensamiento romano y la carta magna inglesa.

Los primeros frutos que se registran de los estudios e imaginación de Bentham son sus "*Fragmentos en Government*", que vieron la luz en 1776 y constituyen un ataque magistral contra los elogios tributados por *Blackstone* al régimen constitucional inglés; aunque se registraron opiniones en sentido de que

procedían de *Lord Mansfield*, de *Lord Camden* o de *Lord Ashburton*; pero sin que estas últimas especies sean precisamente las más consistentes.

Una de sus principales ambiciones fue la creación de Código de justicia para su país, llegando a ofrecerse a tal respecto a algunos gobiernos extranjeros.

Durante un cuarto de siglo anduvo en negociaciones también para llevar a efecto su idea del "*Panóptico*", o sea, según sus propias palabras: "Establecimiento para guardar a los reclusos con la mayor seguridad y economía posibles, realizando al propio tiempo su reforma moral, con métodos nuevos para asegurarse igualmente de su buen comportamiento y proveyendo a la subsistencia de los mismos tras su licenciamiento, o puesta en libertad.

Del concepto de Panóptico, surge una nueva concepción respecto a la estructura de las garantías en materia penal, esto vendría siendo la tesis de *Michel Foucault* donde establece las similitudes entre las prisiones, las fábricas, las escuelas, los cuarteles y los hospitales por medio del concepto de "*panóptico*", el diagrama de un mecanismo de poder referido a su forma ideal; su funcionamiento, abstraído de todo obstáculo, puede ser representado como una figura de la tecnología política que se puede y que se debe desprender de todo uso específico.

Foucault, hace una mayor introducción al pensamiento de Bentham.

Algunas de las aseveraciones que hacía *Foucault* son:

El arte de castigar debe apoyarse, por lo tanto, en toda una tecnología de la representación. La empresa no puede lograrse más que si se inscribe en una mecánica natural. En todo caso, encontrar para un delito el castigo que conviene es encontrar la desventaja cuya idea sea tal que vuelva definitivamente sin seducción la idea de una acción reprobable.

Que la idea del suplico se halle siempre presente en el corazón del hombre débil y domine el sentimiento impulsa al crimen. Estos obstáculos deben constituir el nuevo arsenal de las penas, del mismo modo que las marcas-vindicta

organizaban los antiguos suplicas. Pero para funcionar deben obedecer a varias condiciones.

Ser lo menos arbitrarios posibles. Hay que dar “a la pena toda la conformidad posible con la índole del delito, a fin de que el temor de un castigo aleje el espíritu del camino adonde lo conducía (Foucault, 1997, pág. 108).

Son necesarias unas relaciones exactas entre la naturaleza del delito y la naturaleza del castigo; el que ha sido feroz en su crimen padecerá dolores físicos; el que haya sido holgazán se verá forzado a un trabajo penoso.

Que el castigo derive del crimen; que la ley parezca ser una necesidad de las cosas, y que el poder obre ocultándose bajo la fuerza benigna de la naturaleza (Foucault, 1997, pág. 109).

Este juego de signos debe apoyarse en el mecanismo de las fuerzas: disminuir el deseo que hace atractivo al delito, aumentar el interés en la pena en algo temible; invertir la relación de las intensidades, hacer de modo que la representación de la pena y de sus desventajas sea más viva que la del delito con sus placeres.

Tras de los delitos de vagancia, está la pereza; ésta es la que hay que combatir, para así encontrar el mejor método para castigarlos (Foucault, 1997, pág. 110).

Utilidad por consiguiente de una modulación temporal. La persona transforma, modifica, establece signos, dispone obstáculos.

La duración intervenía efectivamente en el antiguo sistema de las penas: jornadas de picota, años de destierro, horas pasadas en expiar sobre la rueda. Pero era un tiempo de prueba de prueba, no de transformación concertada (Foucault, 1997, pág. 111).

Un precedente en la materia fue Le Peletera, el cual proponía penas de intensidad decreciente a un condenado, dependiendo del crimen. El ideal sería que el condenado apareciera como una especie de propiedad rentable, sería más fácil servirlo al estado, en

lugar de la esclavitud (Foucault, 1997, pág. 112). Así se crea una normatividad que tome en consideración la dignidad humana.

Entonces podrá invertirse en la sociedad el tradicional discurso del delito, sin ninguna problemática alguna. Para cada delito, su ley; para cada criminal, su pena. Pena visible, pena habladora que lo dice todo, que explica, se justifica, convence: carteles, anuncios, avisos simbólicos, textos leídos e impresos, todo esto repite infatigablemente el Código penal francés (Foucault, 1997, pág. 117).

El panóptico de Bentham es la figura arquitectónica de esta composición. Conocido es su principio: en la periferia, una construcción, la cual desde el punto de vista del autor, crea un efecto, inducir en el detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder (Foucault, 1997, pág. 204).

La multitud, masa compacta, lugar de intercambios, lugar de intercambios múltiples dominados por un ámbito colectivo donde arrastran a los individuos, para ser fundada en un colectivo, una colección de individualidades separadas. Des del punto de vista del guardián está remplazada por una multiplicidad e numerable y controlada; desde el punto de vista de los detenidos, por una soledad secuestra y observada. De ahí el efecto mayor del panóptico: inducir en el detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder.

Bentham, para hacer imposible de decidir si el vigilante está presente o ausente, para que los presos, desde sus celdas, no puedan siquiera percibir una sombra o captar un reflejo, no solo eso hay paredes para separar correctamente a los presos. El panóptico es una máquina de dissociar la pareja verse visto: en el anillo periférico, se es totalmente visto, sin ver jamás; en la torre central, se ve todo, sin ser jamás visto (Foucault, 1997, pág. 205).

Dispositivo importante, ya que automatiza a toda la maquinaria. Hay una maquinaria que garantiza la asimetría, el desequilibrio, la diferencia.

El panóptico es una máquina maravillosa que, a partir de los deseos más diferentes, fabrica efectos homogéneos de poder (Foucault, 1997, pág. 206).

La eficacia del poder, su fuerza coactiva, han pasado, en cierto modo, al otro lado de la superficie de aplicación.

En cuanto al aspecto de laboratorio, el Panóptico puede ser utilizado como máquina de hacer experiencias, de modificar comportamiento, de encauzar o reducir la conducta de los individuos (Foucault, 1997, pág. 207). Esto es claramente una propuesta de crear un sistema penitenciario más humano a comparación del anterior.

1.1.2 Cesare Beccaria

Cesare Beccaria, en su libro se manifiesta, toda vez que en un breve espacio de tiempo se publica en múltiples idiomas. En la Francia prerrevolucionaria marcó un antes y después. Sería interesante poder determinar hasta qué punto influyó el Tratado de los delitos y las penas en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, del 26 de agosto de 1789. En los artículos seis, siete y ocho pueden vislumbrarse algunos de los principios y garantías de orden procesal enunciado por Beccaria veinticinco años antes. La influencia no se manifestó solamente en los documentos jurídicos emanados al calor de la Revolución francesa, sino que caló de manera profunda en los hombres que impartían la justicia, y que asumieron una actitud ante el delito y la pena diferente a la sostenida durante siglos. Al respecto, podrían ser interesantes las palabras de uno de ellos: “Todos los jóvenes magistrados de las Cortes, y puedo atestiguarlo porque yo era uno de ellos, juzgan más según los principios de esa obra que según las leyes”. Al respecto, podrían ser interesantes las palabras de uno de ellos: “Todos los Jóvenes magistrados de las Cortes, y puedo atestiguarlo porque yo era uno de ellos, juzgan más según los principios de esa obra que según las leyes” (Estupiñán, 2015, pág. 137). Esto inspirándose en los clásicos romanos donde se establecen los principios fundamentales del derecho romano, los cuales están calificados como posturas fundamentales desde el inicio de la civilización occidental, donde se fundamentan principios como la ley, la individualidad, etcétera. Posturas que se transformaron posteriormente en la ilustración.

Becaria sería un seguidor de las ideas de Montesquieu. Manifestó haber leído sus obras donde se enmarca el pensamiento ilustrado. Así surge una concepción del contrato social, dentro del iusnaturalismo como corriente ideológica y jurídica de finales del siglo XVIII, ha sido retomada una y otra vez para encontrarle justificación, desde otras posiciones a las relaciones entre Estado-Sociedad-Individuo. En el ámbito penal, Beccaria puede ser considerado uno de los precursores de la teoría de la dañosidad social. Si el delito representaba (según Bonesana) un daño a la sociedad, la llamada Escuela de la Defensa Social sin lugar a dudas tiene en él a uno de sus padres fundadores. Si bien puede resultar hoy incorrecta una concepción que afirmaba el origen del Estado y las leyes en obligaciones emanadas de un contrato primigenio, constituía una variante crítica al sistema de las monarquías absolutas (Estupiñán, 2015, págs. 141-144).

De una lectura sosegada de la obra de Beccaria pueden sacarse a la luz los antecedentes de varios principios de las ciencias penales. Muchas de las categorías e instituciones que hoy se manifiestan en la dogmática penal contemporánea parten de dicho pensamiento (Estupiñán, 2015, págs. 141-144).

El debido proceso en materia penal “es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le otorgan la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho” (Estupiñán, 2015, págs. 141-144).

El debido proceso, como mega principio, principio base, ideal de justicia o cualquiera de las múltiples maneras de reconocérsele, tiene lejanos antecedentes. En el Tratado de los Delitos y las Penas pueden identificarse varios de sus postulados. Desde el punto de vista histórico se suelen identificar sus antecedentes en la ya aludida Carta Magna inglesa sancionada por el rey Juan I (Estupiñán, 2015, págs. 141-144).

Con relación al principio de legalidad de los delitos y las penas, puede considerarse a Beccaria uno de sus padres. Si bien es cierto que la mayoría de los autores reconocen su origen en la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215, la amplitud del mismo, desde el ámbito inglés, se reducía a la nobleza. El movimiento revolucionario de la burguesía, fundamentalmente la francesa del siglo XIX, es la que le confiere un carácter más

popular, más general a este principio, llegando a configurarlo como una garantía de primer orden para los acusados ante los excesos del poder absoluto. “Son las leyes únicamente las que pueden decretar penas respecto a los delitos y el juez nunca debe ser habilitado para usurpar la potestad del legislador. Su obra debe ser un silogismo perfecto cuya proposición mayor es la ley, la menor es el hecho que está resolviendo, y la conclusión debe ser la libertad del acusado o la pena” (Estupiñán, 2015, págs. 141-144).

La construcción de un derecho penal mínimo va indisolublemente ligado a la teoría del Garantizo Penal, con Ferrajoli como uno de sus máximos exponentes, pero que también ha calado en la América nuestra de la contemporaneidad en autores tan reconocidos y a la vez auténticos como Eugenio Raúl Zeffaroni (Estupiñán, 2015, págs. 141-144)

Hablar de derecho penal mínimo es llevar a la esfera de aplicación del derecho penal el mínimo de conductas transgresoras. En la evolución del *ius puniendi*, podemos apreciar que no ha sido lineal, pacífica y que, por demás, no apunta a límites concretos. Hay quienes afirman que el Derecho Penal camina hacia su propia tumba y será reemplazado por un nuevo derecho correccional construido sobre bases positivistas (Estupiñán, 2015, págs. 141-145).

1.1.3. Luigi Ferrajoli

Respecto al modelo penal garantista de Luigi Ferrajoli, Herrera, en su obra “Análisis Garantista del Sistema Penitenciario en México, hace diversos análisis:

Luigi Ferrajoli establece que el modelo penal garantista, no obstante que es contemplado por las constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas y policiales. Además, señala que esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles

inferiores comporta el riesgo de hacer de aquel una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto.

En este sentido, se puede mencionar que el garantismo penal nació como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás ordenamientos jurídicos, y lo que acontece en la realidad, en donde los derechos y garantías consagrados por la legislación, en muchas ocasiones, no se cumplen. Esto implica a considerar la teoría del garantismo penal, como una alternativa teórica capaz de reevaluar los vínculos entre el ordenamiento jurídico constitucional y el interés social de tutelar la libertad de los individuos frente a los abusos del poder (Herrera, 2009, págs. 54-56).

Para hacer una descripción correcta, Herrera señala que resulta necesario abordar el análisis de las definiciones de garantismo, propuestas por Ferrajoli conforme a su Teoría del Estado de Derecho:

En una primera acepción, Ferrajoli cimenta que garantismo designa a un modelo normativo de estricta legalidad, propio del Estado de Derecho. Este modelo se caracteriza en el plano epistemológico como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo; mientras que en el plano político, se formula como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad. Por último, en el pleno jurídico se caracteriza como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado, en garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva (Herrera, 2009, págs. 55-60).

Conforme a la definición, en el modelo garantista la validez de las leyes ya no es dogma unido a su mera existencia o validez formal, sino una cualidad contingente ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, ya que la interpretación de la ley es también un juicio de los individuos sobre la propia ley, de la cual jueces y juristas deben elegir únicamente los significados válidos, en cuanto sean compatibles con las normas constitucionales sustanciales, y con los otros derechos fundamentales establecidos por la carta magna de la nación.

En una segunda acepción, Ferrajoli considera que el garantismo designa una teoría jurídica de la validez, así como de la efectividad; entendidas como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la existencia o de la vigencia de las normas. En consecuencia, el término garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el ser y el deber ser en el Derecho. Propone también, como cuestión teórica central, la divergencia existente entre modelos normativos, los cuales son garantistas, y las prácticas operativas, mismas que resultan ser anti-garantistas. Así, esa divergencia se interpreta mediante la sintonía y que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas dentro del contexto del sistema jurídico (Herrera, 2009, págs. 57-58).

En sus presupuestos se destacan tres:

- a) El carácter vinculado del poder público en el Estado de Derecho;
- b) La divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior, y
- c) La distinción entre punto de visto externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico), y la correspondencia divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él.

Con su teoría Ferrajoli recuerda sobre qué bases edificar un modelo de Derecho penal garantista (modelo sólo tendencial y nunca perfectamente satisfactible). Su propuesta se encuentra dirigida a un contenido de verdad fundamentado en los sentidos de la democracia y a través de un ejercicio del poder punitivo pleno de garantías. En este sentido, la propuesta del garantismo penal está expresada en un sistema axiomático, entendido como vía de un proceso de conocimiento que busca la verdad como horizonte de sentido y no como argumento para legitimar la arbitrariedad. El sistema se expresa en los diez axiomas siguientes: (Herrera, 2009, págs. 64-65);

- No puede haber pena sin delito (principio retribucionista o de la sucesividad de la pena con respecto al delito)
- No puede haber delito sin ley (principio de legalidad);
- No puede haber ley (penal) sin necesidad (principio de necesidad o de economía del derecho penal);
- No puede haber necesidad sin injuria (principio de lesividad del acto);
- No puede haber injuria sin acción (principio de materialidad o de exteriorización de la acción);
- No puede haber acción sin culpa (principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal);
- No puede haber culpa sin enjuiciamiento (principio de jurisdiccionalidad);
- No puede haber enjuiciamiento sin acusación (principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación);
- No puede haber acusación sin pruebas (principio de la carga de la prueba o de verificación);
- No puede haber pruebas sin defensa (principio de contradicción o de la defensa o refutación);

1.1.4. Enrique Díaz Aranda

Enrique Díaz Aranda, ilustre jurista de la Universidad Autónoma de México da un resumen breve de sus aportaciones a la ciencia jurídica explicando la naturaleza del derecho penal. (Aranda, 1998, pág. 592).

La Constitución mexicana de 1917 sustentó el procedimiento penal en dos figuras: el cuerpo del delito y la probable responsabilidad (arts. 16 y 19). Al efecto el Ministerio Público, dependiente del poder ejecutivo, es el órgano encargado de realizar todas las investigaciones necesarias para acreditar dichas figuras y, una vez comprobadas, solicitar al juez la orden de aprehensión del presunto responsable de la comisión de un delito. Una vez que el Ministerio Público aprehende o detiene al sujeto cuenta con 48 horas para consignarlo ante el juez. Este término es el mismo en aquellos casos en los cuales el sujeto de

detenido en flagrancia, es decir, en el momento de cometer el delito. A esta etapa del procedimiento penal se le conoce como la ahora derogada “Averiguación previa”.

Lo hasta aquí desarrollado supone que la privación de la libertad de los gobernados solo podía proceder por un acto de autoridad debidamente fundado y motivado, según lo dispuesto en los artículos 16 y 19 de la Constitución.

La presunción antes descrita y la inversión de la carga de la prueba en contra del imputado son característicos del proceso inquisitorial y contrarios al de un Estado de Derecho, por ello era necesario suprimir dicha presunción y de igual forma reestructurar todo el Código Penal para hacerlo acorde a los principios del Estado de Derecho. Con esa orientación se propusieron nuevos proyectos de Código Penal en 1958, 1963, y, el más representativo, en 1980. Aunque este último no pudo convertirse en ley vigente si fue la base de la reforma de 13 de enero de 1984, con la cual se dejó de presumir el dolo y se reformaron diversos preceptos del Código Penal.

1.2 Evolución de la figura de la garantía en materia penal.

Respecto a la evolución de la figura de la garantía en materia penal, en las constituciones de México es posible encontrar múltiples figuras que representan una evolución dentro de la institución jurídica.

1.2.1 Constituciones

Guerrero, en su tesis titulada las garantías individuales en materia penal, lleva a cabo un análisis de la Constitución de Cádiz, remarcando lo siguiente: (Guerrero, 1997, págs. 12-19)

La situación en el país cuando se promulga la Constitución de Cádiz, es caótica, cargada de conflictos sociales; en la Nueva España se respiraba un ambiente de independencia entre los colonos, debido en parte por el dominio de Francia sobre España y por otro, debido a las desigualdades entre peninsulares y criollos.

Bajo estas premisas se dieron la conspiración de Valladolid en 1808 encabezadas por el capitán José Mariano Michelena; la junta de San Miguel el grande en donde Ignacio Allende pone en debate la independencia de la “Nueva España”, lo cual culmina en la conspiración de Querétaro, evento el cual desemboca en la guerra de independencia nacional.

Con esto en consideración, se comprenderá que cuando se promulga la constitución, el 30 de Septiembre de 1812 por el virrey Venegas en la Nueva España, aunque esta nunca la pone en práctica (Guerrero, 1997, págs. 11-16).

En materia penal esta constitución fue rica en derechos del gobernado, por lo que se digna de ser estudiada.

Los derechos del gobernado que en materia penal contiene esta Constitución son:

- A) La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenecen exclusivamente a los tribunales (artículo 242);
- B) Ni las cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni abrir juicios fenecidos (artículo 243);
- C) Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley (artículo 247);
- D) En los negocios comunes civiles y criminales. No habrá más que un solo fuero para toda clase de personas (artículo 248);

- E) Las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal, de manera que el proceso sea formado con brevedad y sin vicios a fin de que los delitos sean prontamente castigados (artículo 286);
- F) Ningún español podrá ser preso sin que proceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y así mismo un mandamiento del juez escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión (artículo 287);
- G) El arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez, siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba declaración; más si esto no pudiere verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido, y el juez le recibirá la declaración dentro de las 24 horas (artículo 290);
- H) La declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio (artículo 291);
- I) En fragancia, todo delincuente puede ser arrestado, y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez; presentado o puesto en custodia se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes (artículo 292);
- J) Si se resolviera que el arrestado se le ponga en la cárcel, o que permanezca en ella en calidad de preso; se proveerá auto motivado, y de él se entregara copia al alcalde, para que la inserta en el libro de presos, sin cuyo requisito admitirá el alcalde a ningún preso en calidad de tal, bajo la más estrecha responsabilidad (artículo 293);
- K) Solo se hará embargo de bienes cuando se proceda por delitos que llevan consigo responsabilidades pecuniaria, y en proporción a la cantidad a que esta pueda extenderse (artículo 294).

- L) No será llevado a la cárcel el que de fiador en los casos en que la ley no prohíban expresamente que se admite la fianza. En cualquier estado de la causa aparezca que no puede imponer al preso pena corporal, este le pondrá libertad dando fianza (artículo 295 y 296);
- M) El juez y el alcalde que faltaren a lo dispuesto en los artículos precedentes serán castigados como reos de detención arbitraria, la que será comprendida como delito en el código criminal (artículo 299);
- N) Dentro de las 24 horas se manifestara el tratado como reo la causa de su prisión y el nombre de acusador si lo hubiere. Al tomar la confesión al tratado como reo, se le leerán íntegramente los documentos y las declaraciones de los testigos con los nombres de estos, y al por ellos no los conociere se le darán cuentas noticias pida para venir en conocimiento de quienes son (artículo 300 y 301);
- O) El proceso de allí en adelante será público en el modo y forma que determinan las leyes (artículo 302);
- P) “No se usará nunca del tormento ni de los apremios”. Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes. Ninguna pena que se imponga por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció (artículo 303, 304 y 305);
- Q) No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado (artículo 306).

Como comentario, En la Constitución de Cádiz, se habla sobre las garantías en materia penal, se destacan la inviolabilidad del domicilio quedó consagrada en el artículo 306, que fue aprobado sin mayor discusión, el que estableció la regla general de que no podría ser allanada la casa de ningún español, excepto cuando concurrieran circunstancias muy concretas en torno al buen orden y seguridad del Estado (Ponte, 1993, pág. 58).

La constitución de Apatzingán de 1814, plasmó los siguientes derechos en materia penal, la cual claramente agregó el principio de igualdad ante la ley (Guerrero, 1997, pág. 19):

- a) Solo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano (artículo 21);
- b) Debe reprimir la ley todo rigor que no se constriña precisamente a asegurar las personas de los acusados (artículo 22);
- c) La ley sólo debe decretar penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad (artículo 23);
- d) Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado (artículo 30);
- e) Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente (artículo 31).

La constitución de 1824 establece los siguientes derechos en la materia penal (Guerrero, 1997, pág. 24):

- a) La pena de infamia no pasara del delincuente que la hubiere merecido según las leyes (artículo 146);
- b) Queda para siempre prohibida la pena de confiscación de bienes (artículo 147);
- c) Queda para siempre prohibido todo juicio por comisión y toda ley retroactiva (artículo 148);
- d) Ninguna autoridad aplicara clase alguna de tormentos, una cual fuera la naturaleza y el estado del proceso (artículo 149);
- e) Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba, o indicio de que es delincuente (artículo 150);
- f) Ninguno será detenido solamente por indicios más de 70 horas (artículo 151);
- g) Ninguna autoridad podrá librar orden para el registrado de las casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República, sí no es en os casos expresamente dispuestos por la ley, y en la forma que esta determine (artículo 152);
- h) A ningún habitante de la República se le tomara juramento sobre hechos propios al declarante en materias criminales (artículo 153);

- i) No se podrá entablar pleito algo en lo civil ni en lo criminal, sobre injurias sin hacer constar haberse intentado legalmente el medio de la conciliación (artículo 155);

La constitución de 1836 contiene los siguientes derechos en materia penal (Guerrero, 1997, págs. 28-29):

- a) No poder ser preso sino por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda por ley. Exceptuase el caso de delito infraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderle, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad pública (Primera Ley artículo 2 fracción primera);
- b) No poder ser detenido más de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, o la autoridad judicial, ni por esta más de diez días, sin prever el auto motivado de prisión (primera ley artículo 2, fracción segunda);
- c) No poder catear casas y sus papeles, si no es en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos por las leyes (pinera ley artículo 2, fracción IV).
- d) No poder ser juzgado ni sentenciado por comisión ni por otros tribunales que los establecidos en virtud de la constitución, otras leyes que las dictadas con anterioridad, al hecho de que se juzga (primera ley, artículo 2, fracción V).

La constitución de 1857 establece precedentes y contenidos en materia de garantías:

En la república mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación puede tener fueros, ni gozar aumentos a lo que se considera como servicio público, salvo en estado de guerra; no se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado; sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley; nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud desmandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive en causa legal; separar la prisión de los ámbitos civiles y el penal; garantías para los presos; y principios para los juicios penales (Guerrero, 1997, págs. 31-40).

La constitución de 1917. Rotó el orden constitucional por el usurpador Victoriano Huerta, quien para hacerse del poder ordenó asesinar al presidente de la República, Francisco I. Madero y al vicepresidente José María Pino Suárez, finalmente, como producto del triunfo de la Revolución mexicana iniciada en 1910, surge la Constitución que rige al país en la actualidad, concebida en sus inicios como una Constitución política, pero que realmente constituyó también la más avanzada Constitución social en su época y tuvo, igualmente, carácter de una verdadera Constitución económica (Ponte, 1993, págs. 127-147).

El texto constitucional compuesto por 136 artículos (más 16 transitorios) distribuidos en nueve títulos, y éstos en capítulos y secciones, a casi cien años de vigencia, ha sufrido más de setecientas reformas para ajustarla a los constantes cambios que muestra la evolución en el reconocimiento jurídico de los derechos humanos, que en el caso de México, se fundamenta en una lucha histórica y política a partir de la gesta independentista hasta nuestro magno movimiento revolucionario de principios del siglo XX (Ponte, 1993, pág. 211).

Esta constitución contiene los siguientes derechos en materia penal: Defensa a la libertad de expresión; “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”; una regulación de los tratados en materia de reos; nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio o posesiones; “nadie puede ser presionado por deudas de carácter puramente civil”; garantías para los reos; la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial; prohibición de las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cuales quiera otras penas inusitadas y trascendentales; Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias y los alcaldes y carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19, contadas desde que aquél esté a disposición de su juez, deberá llamar la atención de éste sobre el particular, en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada, dentro de las tres horas siguientes, lo pondrán en libertad, junto con sanciones contra la autoridad que viole la ley (Guerrero, 1997, págs. 48-56).

Las garantías de seguridad jurídica consagradas por la Constitución están contenidas en los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23. Sus propósitos, pueden expresarse, de manera sintética, como tendentes al aseguramiento de que en nuestro orden jurídico haya vigencia, justicia y eficacia, para beneficio de todos los gobernados (Ponte, 1993, págs. 90-100).

Por lo que establece el artículo 8, el derecho de petición. Ya que esta es una obligación estatal para responder a la misma (ya sea de forma negativa o positiva) y no una responsabilidad de abstenerse de intervenir en la esfera inherente al gobernador, optamos por considerarlo como una garantía de seguridad jurídica.

El artículo 14 contiene tres garantías: la que consagra la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio del gobernador, la de audiencia y la de la legalidad de los actos de autoridad. La primera asegura que no se vean afectados aquellos derechos o situaciones concretas que hayan quedado perfeccionadas durante la vigencia de una ley (Ponte, 1993, pág. 94).

El artículo 15 contiene tres garantías, que se expresan en su texto en forma práctica como dos prohibiciones a las autoridades. La primera proscribía la celebración de tratados o convenios de reos políticos y de cláusulas sobre individuos que de ser extraditados, adquirirán condición de esclavos; la segunda rechaza la celebración de tratados o convenios (Ponte, 1993, pág. 95).

El artículo 16 pone la legalidad constitucional en un juicio. Dentro de su contenido se destaca tanto la libertad del individuo como su seguridad, a partir de exigir la motivación y fundamento jurídico de los actos de autoridad que causen a los gobernados molestias en su persona, papeles, o posesiones. También establece los requisitos necesarios para realizar órdenes de cateo.

Las garantías contenidas en los artículos 19 y 20 de la Carta Magna, por referirse a procedimientos de legalidad en el ámbito penal en favor de quienes son detenidos con motivo de haber indicios de que participaron en algún delito, o de quienes se encuentran sujetos a procesos, es conveniente abordarlas con un enfoque integrador.

1.2.2 Leyes Secundarias

Después de la Segunda guerra Mundial, la cultura jurídica occidental empezó a constitucionalizar el principio de presunción de inocencia, junto con otros derechos humanos de manera expresa en diversas Constituciones nacionales; pero en México no se legisló sobre este principio durante todo el siglo pasado, no fue sino hasta la reforma constitucional del proceso penal, del 18 de junio de 2008, que se incluyó este derecho humano fundamental (Ramírez, 2017, pág. 107).

Los Tratados internacionales, junto con la jurisprudencia, la costumbre y jurisprudencia internacional. Además de las leyes del Congreso de la Unión, el artículo 133 coloca a los tratados internacionales que suscribe México y que ratifica el Senado de la República como ordenamientos que forman parte integrante de la ley suprema de la unión. Cabe aclarar que en este apartado no nos referimos, más que tangencialmente, al importante número de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que no constituyen tratados, sino que son instrumentos declarativos que, por definición, no son obligatorios, pero cuya fuerza “moral” en algunos casos ha sido reconocida por la comunidad internacional, a tal grado que se les considera integrantes de los principios generales de derecho consuetudinario internacional, con fuerza vinculante para los integrantes de la comunidad internacional (Cabezut, 2013, pág. 147).

Tratados a la vez universales y especiales. México también ha ratificado diversos tratados universales pero especiales, en tanto fueron abiertos a firma para todos los Estados de la comunidad internacional y tienen por objeto algún derecho humano en particular: Convención contra la tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1984 y ratificada por México en 1990 (Cabezut, 2013, pág. 149).

Las reglas mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), es uno de los más importantes aportes del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, es el relativo a la aprobación de las llamadas Reglas de Tokio (Bremauntz, 1998, págs. 141-142).

Este documento modelo, redactado tomando en cuenta tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por el Primer Congreso y otros como la resolución 8 del Sexto Congreso relativa a las medidas cautelares del encarcelamiento, la 16 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, relativa a la reducción de la población penitenciaria, las medidas sustitutiva del encarcelamiento y la integración social de los delincuentes y toda otra norma y resolución relacionada con la ejecución de la pena de prisión y los sustantivos de ésta, propone una serie de principios básicos en esa esfera.

Este documento es producto, como la mayoría de los documentos que presente la ONU en los congresos para su discusión y aprobación en su caso, del trabajo de los institutos regionales, que precisamente con miras a la preparación de los congresos mencionados anteriormente.

En el caso concreto de estas reglas, la maduración y el proyecto definitivo presentado a su aprobación durante el octavo congreso en La Habana, por solicitud del Consejo Económico y Social a la Secretaria General de la Organización de las Naciones Unidas como informe sobre las medidas sustantivas de la prisión.

Se recomienda darles la difusión necesaria principalmente entre aquellos que pudieran ser afectadas por ellas, como funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, abogados, ministerios públicos, jueces, revisores de la libertad condicional, víctimas, delincuentes, servidores sociales y organizaciones gubernamentales interesadas en la aplicación de medidas no privativas de la libertad y también, desde luego, entre los integrantes de los poderes Ejecutivo, Legislativo y público en general.

Ya en su texto, el primer capítulo de principios generales señala como sus objetivos, el establecimiento de una serie de principios básicos para promover la

aplicación de medidas no privativas de la libertad y la salvaguardia de los sujetos a quienes se les apliquen las medidas (regla 1.1).

Resulta interesante el planteamiento contenido en la regla 1.2, que precisa el interés que debe haber en fomentar la participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal (Bremauntz, 1998, pág. 143).

Se comenta que los Estados miembros deben buscar el equilibrio entre los derechos de los delincuentes, los de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad jurídica y la prevención del delito (regla 1.4), respetando los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente (regla 1.5).

En cuanto al alcance de las medidas propuestas por estas normas, se considera que serán aplicables a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal, sin ninguna clase de discriminación respecto a raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, procedencia nacional o social, posición económica, nacimiento u otras circunstancias (regla 2.2).

En seguida se hace referencia a que con la creación de estas medidas se otorga una mayor flexibilidad al juzgador que podrá utilizar una más amplia variedad de medios de readaptación, represión y tratamiento de delincuentes, para adecuar con mayor precisión la sanción al caso concreto y fijar de manera coherente las penas.

Estas medidas no privativas de libertad deberán ser alentadas por el principio de la mínima intervención, pero se supervisarán y evaluarán atentamente, estableciendo criterios claros para su aplicación, tomando en cuenta el tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas, deberán aplicarse por autoridad judicial o autoridad independiente competente, de manera discrecional en todas las fases del procedimiento y de conformidad con la ley, bajo su entera responsabilidad (regla 3.3).

Se fijarán criterios claramente en la ley para que proceda este desistimiento facultándose al fiscal para la imposición de algunas medidas no privativas de la libertad, en casos de delitos leves (Daza, 2016, pág. 144).

La prisión preventiva debe considerarse como un recurso último, tomando en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la víctima y de la sociedad (regla 6.1).

Las medidas sustantivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible, limitando la duración de esta a la obtención de los objetivos que condicionan claramente el desistimiento de los cargos (regla 6.2).

Esta ley también establece los principios para dar una selección correcta en la forma de una pena aplicable, lo hará tomando en consideración las necesidades del delincuente y desde luego de la protección de la sociedad y los intereses de la víctima que deberá ser consultado cuando corresponda (regla 8.2).

Respecto a las Leyes Secundarias, la materia relativa a las faltas de policía y buen gobierno tiene relevancia directa en el área de protección efectiva de los derechos humanos. También tienen incidencia sobre el tema de los derechos humanos, particularmente en cuanto a la libertad de tránsito, los reglamentos que las legislaturas locales pueden expedir en esta materia, así como en materia de servicios de transporte urbano. Respecto del derecho a la vivienda, a la propiedad y sus límites, lo tienen las normas que regulan el desarrollo urbano, las construcciones, el uso de suelo, etcétera (Cabezut, 2013, pág. 153).

En relación con la libertad de expresión, asociación y reunión, las disposiciones en materia de espectáculos públicos son relevantes en la conformación del orden jurídico en esta materia. Lo mismo sucede respecto de la libertad de comercio y de las normas que regulan los establecimientos mercantiles (Cabezut, 2013, pág. 153).

También se debe destacar las leyes y reglamentos que naturalmente regulan los ilícitos civiles (Código civil federal, código civil local de los 32 estados), los ilícitos laborales

(como están plasmado en la Ley Federal del Trabajo), los ilícitos mercantiles (Ley de Quiebras, Ley de Sociedades Mercantiles) y Reglamentos administrativos para sancionar las faltas de los burócratas mexicanos.

La Jurisprudencia es un tema complejo con múltiples variables que se deben de analizar, México tiene un problema al impartir la justicia penal. El problema es tan serio y de tanta gravedad que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos le tuvo que dedicar su recomendación general número 10 (expedida el 17 de noviembre de 2005), referida precisamente a la cuestión de la tortura. Se trata de un documento del mayor interés para comprender el tema de la crisis del sistema penal (Carbonell, 2011, pág. 11)

Un buen ejemplo es la garantía de audiencia en materia administrativa, donde toda ley o reglamento que no otorgue a los quejosos la garantía de audiencia es inconstitucional, de acuerdo con el criterio emanado de la Suprema Corte de Justicia de la nación (Muciño, 2014, págs. 103-111).

En la cual la garantía debe ser consignada según lo consigne los reglamentos de la materia administrativa. También hay otras áreas donde debe de ser aplicada una teoría finalista, para poder acatar las necesidades de nuestro nuevo sistema garantista.

En síntesis se aprecia aunque las garantías en materia penal, claramente son amplias debido a que desde el renacimiento hasta nuestra época contemporánea podemos ver como hay claro progreso social en la forma en que se trata a los criminales, esto no solo se puede observar en los intelectuales del derecho, sino también en la estructura de la sociedad en general. Pudimos ver sobre los elementos del sistema de Bentham, los principios de Beccaria y la lógica que fundamenta el trabajo de Ferrajoli, pero de destaca el contenido dentro de nuestras instituciones jurídicas, particularmente la Constitución como los principales garantes dentro del sistema.

Higuera Bernal señala que a partir de la reforma constitucional del 2008 se debe comprender las razones que hicieron indispensable la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales requiere mirar hacia los motivos que fundamentaron la reforma constitucional en materia pena, medida que se incorporó en forma del procedimiento penal acusatorio en sustitución del procedimiento penal inquisitivo

mixto, conocida como reforma penal 2008, cuyos antecedentes se hayan poco más de una década antes (Bernal, 2017, págs. 15-20).

En efecto, en la década de 1990 se hizo presente la grave crisis en que se encontraba el sistema de justicia penal en México, la cual había quedado al margen de los esfuerzos de política criminal, puesto que la tendencia legislativa nacional se había centrado en continuas reformas de derecho penal.

De allí surgió la convicción de que la reforma más urgente que debía emprenderse tenía que ver con el sistema procesal penal. Al mismo tiempo, América Latina se encontraba en un proceso de mudanza de su sistema jurídico fundado en la tradición de la inquisitiva mixto hacia el modelo acusatorio adversario en fáticamente respetuoso del debido proceso y de los derechos humanos. Por tanto, era claro que México no podía sustraerse más a ese movimiento en el contexto internacional, por lo que se impuso así la necesidad de mirar hacia el procedimiento penal en búsqueda de nuevos sistemas y métodos aplicables en la investigación, persecución y sanción de los delitos.

Desde un inicio se destacó la tendencia de instaurar el sistema acusatorio y adoptar el juicio oral, entre otros mecanismos, para hacer que el sistema de justicia penal fuera más funcional.

El siguiente capítulo va a hablar sobre los elementos fundamentales del sistema penal acusatorio adversarial. Se van a establecer los conceptos de: etapa inicial, etapa intermedia, etapa de juicio oral, acusación, etcétera. Esto con la finalidad de exponer nuestro sistema jurídico como un orden.

El Código Nacional de Procedimientos penales se encuentra organizado en dos libros, cada uno de ellos con títulos, secciones y capítulos, como es habitual en la técnica legislativa nacional. En congruencia con la metódica normativa reciente, cada uno de sus artículos (en total 490 artículos y 13 transitorios) se encuentra antecedido por un concepto (resaltado en negritas) que trata de explicarlo a manera de síntesis.

El libro primero contiene las Disposiciones generales que consta de seis títulos, a saber (Bernal, 2017, pág. 36):

- I. Disposiciones preliminares (artículos 1 al 3);
- II. Principios y derechos en el procedimiento (artículos 4 al 19);
- III. Competencia (artículos 20 al 43);
- IV. Actos procedimentales (artículos 44 al 104);
- V. Sujetos del procedimiento y sus auxiliares (artículos 105 al 136);
- VI. Medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares (artículos 137 al 182);

El libro segundo se refiere al Procedimiento y consta de 13 títulos:

- I. Soluciones alternativas y formas de terminación anticipada (artículos 183 al 210);
- II. Procedimiento ordinario (artículo 211);
- III. Etapa de investigación (artículos 212 al 258);
- IV. De los datos de prueba, medios de prueba y prueba (artículos 259 al 265);
- V. Actos de investigación (artículos 266 al 306);
- VI. Audiencia inicial (artículos 307 al 333);
- VII. Etapa intermedia (artículos 334 al 347);
- VIII. Etapa de juicio (artículos 348 al 413);
- IX. Personas inimputables (artículos 414 al 419);
- X. Procedimientos especiales (artículos 420 al 432);
- XI. Asistencia jurídica internacional en materia penal (artículos 433 al 455);
- XII. Recursos (artículos 456 al 484);
- XIII. Reconocimiento de inocencia del sentenciado y anulación de sentencia (artículos 485 al 490);

El artículo 211 del CNPP, establece las etapas del procedimiento penal, la cual consisten en las siguientes etapas: La de investigación, que comprende la investigación inicial y complementaria; la intermedia o de preparación del juicio y la de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento (Daza, 2016, pág. 479).

Se debe recalcar que todo proceso penal tendrá una duración máxima de tres años contados desde el primer acto del proceso, salvo que el término de prescripción sea menor. Una vez vencido este plazo de oficio, o a petición de parte, se declarará extinguida la acción penal por morosidad judicial (Daza, 2016, pág. 433).

Una vez entendida esta estructura se debe estudiar el tema de interés, los derechos de los detenidos.

Dentro de la vinculación formal al proceso, es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado en presencia del juez competente por la existencia de una investigación en su contra con respecto a uno o más delitos (Salvatierra, 2009, pág. 764).

El Ministerio Público deberá vincular formalmente al imputado al proceso cuando por su investigación requiera la intervención judicial, para la práctica de diligencias de investigación, recepción anticipada de pruebas o medidas cautelares (Salvatierra, 2009, pág. 765).

Cuando el Ministerio Público desee vincular formalmente al proceso a un imputado que no se encuentra detenido, solicitará al juez o tribunal la realización de una audiencia con fecha cercana señalando los datos del inculcado, el o los delitos que se le atribuyen, tiempo de ejecución de los mismos y el grado de participación.

En la etapa preliminar el Ministerio Público debe de ser precavido a la hora de analizar los datos del hecho delictivo, siempre se haya denunciado o cometido en flagrancia (Salvatierra, 2009, pág. 766)

Dentro de las leyes secundarias podemos ver que se resaltan dos figuras primordiales para los asuntos a nivel federal, el código penal del distrito federal y el código penal federal.

El Código Penal, en su título cuarto se ocupa de la ejecución de sentencias. Dicho título está compuesto por cuatro capítulos, titulado el primero: ejecución de sentencias; el segundo: trabajo de los presos, cuyos artículos se encuentran derogados; el tercero:

libertad preparatoria y retención, del cual fueron derogados los artículos 88 y 89 que se referían precisamente a la retención que aún se mantiene en algunos códigos de los estados, y el capítulo cuarto que contempla la condena condicional (Bremauntz, 1998, pág. 234).

En el capítulo tercero se reglamenta el otorgamiento de la libertad preparatoria para los sentenciados, que habiendo cumplido con las tres quintas partes de su condena, en el caso de delitos imprudenciales, siempre y cuando tuvieran buena conducta, presentaran un examen de personalidad y comprometerse a reparar el daño.

Los Códigos de Procedimientos Penales tanto el federal como el del Distrito Federal, incluyen un título, el decimotercero en el caso del federal y el sexto en el Distrito Federal, sobre cuestiones relativas a la ejecución de sentencias sólo en aspectos procesales (Bremauntz, 1998, pág. 235).

En ellos no se hace referencia a los criterios de la ejecución penal, sino que básicamente especifican autoridades responsables respecto al otorgamiento de las figuras que contemplan y que, eso sí, tienen relación con la ejecución penal como la ya comentada libertad preparatoria y otras instituciones jurídicas.

En el Código Federal de Procedimientos Penales se contienen siete capítulos, el título trece ya mencionado, llevando como rubro el primero sobre disposiciones generales, que desde luego se refiere al nombre que lleva el título decimotercero y que es: Ejecución.

Este capítulo ordena que se amoneste al reo respecto a su reincidencia, en los términos del artículo 42 del Código Penal, para en segunda, señalar al Poder Ejecutivo como responsables de la ejecución penal y quien determinará las modalidades y el lugar de ejecución, de acuerdo, desde luego, con los contenidos de la sentencia.

En seguida se precisa la responsabilidad del Ministerio Público respecto a la práctica de diligencias necesarias con el fin de que las sentencias sean estrictamente cumplidas.

Respecto al principio de prohibición de doble enjuiciamiento establecido en el artículo 14 del Código Nacional de Procedimientos Penales, podemos observar que es un fundamento de la sociedad liberal debido a que garantiza la dignidad de cualquier ser humano, esto también se registra en el artículo 18 del código sustantivo federal de la materia, el que dispone que los hechos susceptibles de ser castigados con arreglo a dos o más preceptos se castiguen sólo por uno de ellos, de conformidad a las reglas del concurso de delitos que el mismo cuerpo normativo establece (Daza, 2016, pág. 90).

Según el artículo 30 del Código Nacional de Procedimientos Penales se describen los casos donde hay causas de acumulación y conexidad de delitos. Esto se relaciona con el artículo 18 del Código Penal Federal que establece el concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos (Daza, 2016, pág. 129).

1.2.3 Jurisprudencia

En la jurisprudencia debe destacarse el trabajo de diversos autores.

Bernardino Esparza Martínez nos da una completa sistematización de la jurisprudencia en materia penal en su obra. Explica que una de las garantías más importantes consagradas en el artículo 17 constitucional es el acceso a la impartición de justicia. Los criterios jurisprudenciales con respecto a lo anterior son de varias índoles, pues tanto definen el precepto como establecen cuándo sí y cuándo no se vulnera el mismo. El pondera respecto a la exigencia de que la justicia debe impartirse en los plazos y términos que fijen las leyes en la impartición de justicia. Responde con la tesis jurisprudencial “Acceso a la justicia, la facultad de imponer plazos y términos razonables para el ejercicio de los derechos de acción y defensa ante los tribunales corresponde al legislador” (Martínez, 2017, pág. 409).

La reserva de ley establecida en el artículo 17 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que se previene que la impartición de justicia debe darse en los “plazos y términos que fijen las leyes”, responde a la exigencia razonable de ejercer

la acción en lapsos determinados, de manera que, de no ser respetados, podría entenderse caducada, prescrita o prelucida la facultad de excitar la actuación de los tribunales, lo cual constituye un legítimo presupuesto procesal que no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, la indica de prevención otorga exclusivamente al legislador la facultad para establecer plazos y términos razonables para ejercer los derechos de acción y defensa ante los tribunales (Martínez, 2017, pág. 410).

De conformidad con la tesis jurisprudencial, resulta razonable que sean las leyes las que determinen los lapsos en cuanto a que “de no ser respetados, podría entenderse caducada, prescrita o prelucida la facultad de excitar la actuación de los tribunales”, y por ello, como refiere el texto jurisprudencial, es facultad exclusiva del legislador establecer los plazos y términos.

Derivado del artículo 12 donde se establece el principio de juicio previo y debido proceso, se establece que ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un órgano jurisdiccional (Daza, 2016, pág. 70).

Por lo que respecto al “debido proceso”, es referente el artículo 20 constitucional porque prevé los principios y derechos relativos a la inmediación, concentración, publicidad, contradicción, imparcialidad del juzgador, presunción de inocencia, exclusión de prueba ilícita, no autoincriminación, defensa adecuada y técnica, derecho a ofrecer y desahogar pruebas, y a ser juzgado en un plazo razonable. Debe resaltarse el hecho de que estas garantías están protegidas incluso antes del inicio del procedimiento ante el Juez de Control, tal y como se expresa en la fracción X del apartado A del propio artículo 20. En nuestra jurisprudencia, la Primera Sala de nuestro más alto tribunal ha interpretado este principio, en la tesis de rubro y texto siguiente (Daza, 2016, pág. 71).

«DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Dentro de las garantías del Debido proceso existe un “núcleo duro”, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al “núcleo duro”, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de

naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas

Antes que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, p. 133, de rubro: “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.”, sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza (Daza, 2016, pág. 72).

Los mecanismos alternativos de solución de controversias, en los criterios jurisprudenciales, fundamentales expresa que tiene por fin elaborar convenios para “resolver conflictos sin necesidad de acudir a las vías contenciosas” como lo refería la

tesis de “cosa juzgada”. Tienen esa categoría para efectos de ejecución los convenios y tratados ratificados por el director del Centro Estatal de Justicia Alternativa del respectivo Estado. Así a jurisprudencia establece la naturaleza jurídica del procedimiento. (Martínez, 2017, pág. 434). Esto de gran importancia debido a su utilidad para evitar el procedimiento ordinario y poder crear un sistema para crear justicia en materia de delitos menores.

Con los antecedentes y legislación ya explicada, se debe analizar la complejidad de la estructura legal que significan las “garantías en materia penal”, estos instrumentos jurídicos permiten a los detenidos tener un grado mínimo de dignidad humana y en consecuencia su trato se vuelve una parte fundamental del proceso penal oral acusatorio adversarial. Es por eso que el trabajo deberá enfocarse más en temas como la aplicación de las garantías en materia penal en el sistema de justicia adversarial y los resultados de las garantías en materia penal en el Sistema Acusatorio Adversarial Oral.

Capítulo 2.

Aplicación de las garantías en materia penal en el sistema de justicia adversarial

2.1. La Garantía en materia penal

En principio, el proceso penal acusatorio ha sido estructurado en cinco etapas o fases procesales, las cuales son: etapa de investigación; etapa intermedia; etapa de juzgamiento; etapa de impugnación; etapa de ejecución (Chorres, 2014, págs. 45-46).

Esta estructura obedece a la siguiente secuencia lógica: tomando conocimiento de una noticia criminal, vía denuncia, querrela o de oficio por las autoridades, se debe indagar la existencia de los hechos en que descansa la mencionada noticia y su carácter delictivo, a través de los indicios que se vayan recolectando y de la hipótesis de caso que se haya construido (etapa de investigación); posteriormente, una vez que se haya obtenido e identificado aquellas evidencias útiles que sustentan la hipótesis de caso, tanto del Ministerio Público como de la defensa, las mismas las podrán ofrecer como medios de pruebas a fin que sean admitidas a proceso (etapa intermedia) y de ser admitidas se procederá a su desahogo en la audiencia de debate oral, donde además se dictará la respectiva sentencia (etapa de juzgamiento) y una vez que la decisión judicial haya quedado firme, podrá ejecutarse lo ordenado por la misma (etapa de ejecución).

2.2. Etapa Inicial

La etapa de investigación, es la primera fase procesal y consiste en indagar en torno a la existencia de un hecho denunciado como delito, los datos de identidad de los involucrados, de la víctima u ofendido, así como recolectar aquellos indicios que coadyuven al esclarecimiento de los hechos materia de investigación (Chorres, 2014, pág. 48).

Así mismo, se debe de recordar que los sujetos sometidos a una investigación penal están revestidos de una estricta observancia de los derechos y garantías procesales, por ejemplo, la presunción de inocencia, el debido proceso, el derecho a la defensa, entre otros; por lo que, la hipótesis de caso que se vayan construyendo a lo largo de la investigación y las actividades que por las mismas se desplieguen, deberán respetar los citados derechos y garantías procesales.

Ahora bien, se indicó en el párrafo anterior que al investigarse la probable comisión de un delito, tanto las autoridades de investigación (Ministerio Público y Policía), la coadyuvancia de la víctima u ofendido, así como la defensa, podrán elaborar su propia hipótesis o Teoría del Caso, y de las evidencias que vayan recolectando decidirán si mantienen la misma o la someten a una corrección o modificación (Chorres, 2014, pág. 49).

En ese sentido, no se investiga sin tener una idea en torno a una probable explicación de los hechos; así en el caso de un homicidio, el Ministerio Público podrá dirigir las investigaciones en torno a la hipótesis de un homicidio doloso; y, en su caso la defensa, podrá participar en la investigación postulando en que se está ante un caso de homicidio en legítima defensa. Como se aprecia, no es que existan hechos alternos e infinitos, sino un solo discurso imputativo y su contestación por parte de la defensa.

Cuando concluya la etapa de investigación, ambas partes decidirán si mantienen su hipótesis de caso o si la modifican, en aras de postularla ante el órgano jurisdiccional y demostrar su veracidad en la audiencia del juicio oral.

En la etapa de investigación se indaga la existencia del hecho denunciado, las identidades del involucrado, la víctima u ofendido, la presencia de indicios, así como los intervinientes dirigen sus actos de investigación en torno a la hipótesis o Teoría del Caso que han formulado.

Ahora bien, la etapa de investigación se inicia con la interposición de una denuncia o querrela, o bien cuando la autoridad, de oficio, ha tomado conocimiento de un hecho de probable contenido delictivo (artículo 221 del Código Nacional de Procedimientos Penales).

Posteriormente, se realiza una serie de actos de investigación iniciales, dirigidos por el Ministerio Público, que permitan, a la citada autoridad, tomar una decisión en torno a la situación jurídica del indiciado (artículos 131, 132 y 267 al 303 del Código Nacional) (Chorres, 2014, pág. 50).

En esa inteligencia, si el Ministerio Público decide ejercer acción penal entonces se generará una audiencia pública, la cual será conducida por el juez de Control y en donde asistirán, en forma obligatoria, el Ministerio Público, el indiciado y su abogado defensor. Si se está con imputado detenido, entonces la audiencia iniciará con el control de la detención; si por el contrario, estamos ante un imputado no detenido, la audiencia empezará con la formulación de la imputación (artículos 307 al 321 del Código Nacional).

En ese orden de ideas, en la audiencia antes citada se trabajarán los siguientes temas:

- a) La legalidad de la detención (si hubo flagrancia o caso urgente);
- b) La formulación de la imputación (que es la comunicación que realiza el Ministerio Público al imputado en torno a la existencia de una investigación en contra del último mencionado);
- c) La solicitud de auto de vinculación a proceso (la cual será resuelta en la misma audiencia o dentro del plazo de 72 o 144 horas, según fuese el plazo y computado a partir en que el imputado fue puesto a disposición del juez); y
- d) La solicitud de medida cautelar (la cual será resuelta en la misma audiencia en la que se peticione, aunque si es prisión preventiva o el imputado solicitó la prórroga de las 72 horas, entonces se resolverá primero el tema de la medida cautelar y después la vinculación a proceso, ello de conformidad con el artículo 154 del Código Nacional).

En el entendido que se haya dictado auto de vinculación a proceso, el juez de control fijará un plazo de cierre de la investigación, contado a partir de la vinculación y sin exceder los términos que para este efecto haya señalado la ley.

Al cumplirse el plazo fijado por el juez, el Ministerio Público deberá cerrar la investigación (al ser el director de esta etapa procesal), y en caso que no lo realice, entonces los demás intervinientes podrán comunicar de tal eventualidad al juez de Control quien aperecibirá a la autoridad ministerial cierre la mencionada etapa procesal,

y en caso de continuar su renuencia, entonces será el juez quien de plano ordene el cierre de la investigación (artículo 323 del Código Nacional) (Chorres, 2014, pág. 51).

Gilberto Higuera Bernal, en su libro, titulado, la reforma en materia de justicia penal, el código nacional de procedimientos penales. En términos generales, la investigación es una actividad circular de obtención, análisis y procesamiento de información, cuyos productos esenciales son datos y medios de prueba, por lo que no se interrumpe ni se suspende durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión o durante la víspera de la ejecución de la orden de aprehensión (Bernal, 2017, pág. 49).

Complementa respecto a que el Código Nacional de Procedimientos Penales prevé una investigación de los delitos que es responsabilidad del Ministerio Público y de las policías, siempre bajo su autoridad, en la que aquél será quien dirija la investigación (sin que tenga que estar presente en los actos de investigación, ni mucho menos dé “fe” o participe activamente en los mismos) y éstas serán quienes investiguen de forma material a partir de una metodología científica y de operación y recopilen la información que sustente a la propia investigación (Bernal, 2017, pág. 50).

Asimismo, la reforma prevé tres jueces que conocerán el proceso en sus distintas etapas, Juez de Control, Juez de Tribunal de Enjuiciamiento y Juez de Ejecución de Medidas sancionadoras, el primero que conocerá desde la etapa de investigación formal hasta finalizar la etapa intermedia, conociendo además de las actuaciones del Ministerio Público que requieran autorización judicial, el segundo que conocerá toda la etapa de Juicio hasta el dictado de la sentencia definitiva y el último que se encargará de ejecutar las penas y medidas impuestas por el Juez o Tribunal de Juicio oral (Ayala, 2017, pág. 399).

Como podemos observar, el papel del Juez de control no es de moderador de las peticiones de las partes, pues si bien no puede actuarse officiosamente precisamente dado el corte acusatorio adversarial del nuevo sistema, más sí debe salvaguardar y garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los involucrados, vigilando que se cumplan no solo los establecidos en nuestra Constitución Federal sino en los Tratados internacionales donde México es

parte, además de que se cumplan los principios rectores de este sistema, convirtiéndose en un Juez de garantía.

Esta función que es ejercida por un Juez dependiente del Poder Judicial del Estado o Federal, quien resolverá de manera inmediata las solicitudes urgentes que la realice el Ministerio Público, como son las de medidas cautelares, de control de detención, providencias precautorias, órdenes de aprehensión y técnicas de investigación que requieran control judicial, garantizando en todo momento los derechos de los investigados y de las víctimas u ofendidos, además de ser quien dirige las audiencias y resuelve respecto a lo planteado por las partes dentro o fuera de ellas, garantizando la adecuada impartición de justicia mediante el ejercicio del principio de presunción de inocencia, así como estableciendo los mecanismo idóneos entre las partes respecto de la justicia alternativa y hasta culminar la etapa intermedia o la sentencia en un procedimiento abreviado, que es donde termina su intervención.

Por su parte, una vez concluida la participación del Juez de Control o de garantías, el proceso es turnado a la etapa subsecuente de juicio oral, y conocido por el Juez de Juicio o Enjuiciamiento; es dable hacer notar que en algunos estados existe un Tribunal de Enjuiciamiento conformado por tres Jueces, más en el Estado de Veracruz únicamente es un Juez de Juicio quien conducirá la etapa de Juicio oral.

Esta etapa es decisoria de las cuestiones esenciales del procesal, tal como lo hace referencia Moreno Melo en su libro *Introducción al Proceso Penal Acusatorio*, cuando dice que dicha etapa procesal “se realizará sobre la base de la acusación y asegurará la concreción de los principios de oralidad y asegurará la concreción de los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad, inmediación e igualdad” (Ayala, 2017, pág. 400).

La audiencia inicial en términos del artículo 307 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en la audiencia inicial se informarán al imputado sus derechos constitucionales y legales, si no se le hubiese informado de los mismos con anterioridad o no los recordará, se realizará el control de legalidad de la detención si correspondiere,

se formulará la imputación. El artículo 311 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece el procedimiento para formular la imputación, cuando dispone que una vez que el imputado esté presente en la audiencia inicial, por haberse ordenado su comparecencia, por haberse ejecutado en su contra una orden de aprehensión o ratificado de legal la detención y después de haber verificado el Juez de control que el imputado conoce sus derechos fundamentales dentro del procedimiento penal o, en su caso, después de habérselos dado a conocer, se ofrecerá la palabra al agente del Ministerio Público para que éste exponga al imputado el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su acusador, salvo que, a consideración del Juez de control sea necesario preservar su identidad en los supuestos autorizados por la ley (Ayala, 2017, pág. 404).

Posteriormente, se le hará saber su derecho a elegir en qué momento se va a resolver su situación jurídica, pudiendo elegir entre un plazo de setenta y dos horas, mismo que puede duplicar a ciento cuarenta y cuatro horas o renunciar al mismo a fin de que sea resuelto en esa misma audiencia. Ello dará paso a la siguiente etapa procesal, esto es, en caso de acogerse al plazo de las setenta y dos horas o su ampliación se continuará con el debate de medidas cautelares previa solicitud del Ministerio Público, y se señalará fecha de continuación de la audiencia inicial, donde podrán desahogarse los medios de prueba ofrecidos por la defensa e imputado y previo al vencimiento del término constitucional se abrirá debate de alegatos finales donde el Ministerio Público solicitará la vinculación a proceso del imputado y previo uso de la voz a la defensa e imputado se resolverá por el Juez la situación jurídica.

En caso contrario, es decir cuando renuncie al término constitucional, se escuchará la petición del Fiscal sobre la vinculación a proceso, momento en el cual desahogará los datos de prueba con que cuente dentro de su carpeta de investigación, se escuchará a la defensa e imputado y se resolverá sobre la situación jurídica de este. Y de ser dictado Auto de vinculación a proceso se abrirá debate de solicitud de medidas cautelares.

2.3. Etapa Intermedia

Es la segunda etapa del proceso penal y consiste en el momento en que tiene el Ministerio Público para formular acusación contra el imputado (salvo otra decisión que la citada autoridad opte) y ofrecer sus medios de prueba; igualmente, es la oportunidad que tiene la víctima u ofendido para constituirse en acusador coadyuvante y ofrecer, también, sus medios de prueba; asimismo, es el marco que tiene la defensa para contestar la acusación, y en ese escenario interponer excepciones y ofrecer sus medios probatorios; además, en esta etapa procesal, y en audiencia, el juez de Control decidirá qué medios de prueba ofrecidos por las partes serán admitidos a procesos y cuáles serán los hechos materia de la audiencia de juicio oral (Chorres, 2014, pág. 51).

La etapa que se identifica como intermedia inicia desde que el fiscal presenta la acusación ante el Juez de control. En esta etapa se pueden presentar excepciones, acuerdos probatorios, se admiten o rechazan pruebas, y termina cuando el Juez de control envía el auto de apertura a juicio al Tribunal de Enjuiciamiento (Ayala, 2017, pág. 407).

La etapa intermedia se inicia cuando, una vez cerrada la investigación y dentro de la investigación y dentro del plazo de quince días (artículo 324 del Código Nacional), el Ministerio Público emite un pronunciamiento (formular acusación, solicitar el sobreseimiento o solicitar la suspensión del proceso). En el caso de decidir por plantear acusación, lo deberá hacer por escrito y dirigido al juez de Control, donde, además ofrezca sus medios de prueba y solicite que se le imponga al acusado una determinada sanción (indicando tipo y monto), además de la reparación de los daños (si los hubiese) (Chorres, 2014, pág. 52).

El escrito de acusación es notificado por el juez de Control a los demás intervinientes, teniendo el Ministerio Público cinco días (contados a partir de la citada notificación) para realizar el descubrimiento probatorio a favor de la defensa (artículo 337 del Código Nacional).

Así mismo, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la acusación, la víctima u ofendido, podrán constituirse en acusador coadyuvante, y en ese sentido plantear su acusación coadyuvante, la cual puede contener:

- a) La indicación de errores formales en el escrito de acusación del Ministerio Público;
- b) El ofrecimiento de medios de prueba, y
- c) La cuantificación del monto de la reparación del daño.

Ahora bien, la acusación coadyuvante es presentada por escrito al juez de Control quien la notificará al Ministerio Público; en tal sentido, el Ministerio Público, en el plazo de 24 horas (contados a partir que haya recibido los medios de prueba de la víctima u ofendido), citará al imputado y/o su defensor para que comparezca, en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas, a tomar conocimiento de los mismos y a obtener copia de los tales (artículo 338 del Código Nacional); aunque si leemos de manera profunda el primer párrafo del artículo 340 del Código Nacional, nos dan a entender que entender que dicha notificación también se efectúa al defensor; si ello es así se tornaría innecesario el trámite mencionado al inicio de este párrafo en la agencia del Ministerio Público, dado que, la defensa tomaría conocimiento directo de los medios probatorios del coadyuvante (y ello debería ser así para evitar innecesarias triangulaciones) (Chorres, 2014, pág. 53).

El mismo autor, asegura:

En el caso del acusado, éste podrá contestar la acusación, ya sea por escrito o esperar el inicio de la audiencia intermedia para hacerlo en forma verbal. Así mismo, en su contestación podrá:

- a) Señalar la presencia de errores formales en la acusación del Ministerio Público, para el efecto que se corrijan;
- b) Solicitar la acumulación o separación de acusaciones;
- c) Manifestarse sobre los acuerdos probatorios y, d) ofrecer medios de prueba (artículo 340).

Ahora bien, si decide contestar por escrito, la misma se dará en el plazo de diez días contados a partir de la notificación de la acusación coadyuvante; y si han ofrecido medios de prueba, dentro de diez días más, la defensa los tendrá que descubrir al Ministerio Público (artículo 340); transcurrido el descubrimiento probatorio por parte de la defensa, el juez de Control fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia intermedia (artículo 341). Sin embargo, no se salva de las trabas burocráticas.

Finalmente, la etapa intermedia concluye cuando, al final de la audiencia, el juez de Control emite el respectivo auto de apertura de juicio oral, donde señala los hechos materia de acusación y que serán de conocimiento del Tribunal del Juicio Oral, los acuerdos probatorios que las partes han llegado y los medios de prueba que han sido admitidos a proceso, fijando además la fecha para la celebración de la audiencia de debate oral (artículo 349) (Chorres, 2014, pág. 55).

Hay afirmaciones que escuchamos en conferencias, que leemos en los diarios o en revistas y, en algunos casos, hasta en textos en cuanto a que ahora todos los asuntos que se relacionan con la materia penal se tramitarán con una brevedad nunca antes vista; lo que en algunos casos no siempre se corrobora, como se advierte en el desarrollo del procedimiento penal, en las entidades pioneras en la implementación del nuevo sistema de justicia penal (Villeda, 2016, pág. 124).

Sin ningún ánimo de descalificación, privilegiamos el acudir al contenido del Código Nacional de Procedimientos Penales en vez de secundar algunos asertos que, por una parte, no encuentran sustento, y por otra, se expresan sin el conocimiento de los alcances que aparecieron en el ordenamiento nacional de alusión y acotar las salidas alternas y las formas de terminaciones anticipada no son procedentes ni tiene aplicación en todos los delitos.

Comenzamos por las salidas alternas y las formas de terminación anticipada del proceso por ser las primeras figuras procedimentales que evitarían el trámite de un procedimiento ordinario, en todas sus etapas, como lo expondremos en el capítulo siguiente, sólo que, esos mecanismos deben sujetarse a las reglas de procedencia que establece el dispositivo nacional procesal penal, como a continuación lo referimos.

Entonces, en qué consistirán las salidas alternas y las formas de terminación anticipada del proceso; como lo muestran los artículos 184 y 185 del Código Nacional de Procedimientos Penales (Villeda, 2016, pág. 125).

2.4. Etapa de Juicio Oral

Es la tercera etapa procesal y en la cual se resuelven las cuestiones esenciales del proceso, como por ejemplo, la declaratoria de culpabilidad del imputado o la permanencia de su estado de inocencia (Chorres, 2014, pág. 55).

Así mismo, es la fase por la cual se desahogan los medios de prueba ofrecidos por las partes y admitidos al proceso, con la finalidad de esclarecer los hechos y resolver el conflicto de intereses surgido a consecuencia de la comisión de un ilícito penal (Chorres, 2014, pág. 56).

Ahora bien, la etapa de juzgamiento se inicia cuando, una vez que el juez de Control haya remitido el auto de apertura del juicio oral y demás actuados al Tribunal de Enjuiciamiento competente, éste citara a las partes a la audiencia de debate, respetando la fecha fijada por el juez de Control al dictar el auto de apertura al juicio oral.

En ese orden de ideas, al llegar la fecha señalada se realizará la mencionada audiencia de debate oral, la cual, como escenario de desahogo de las pruebas y del dictado de sentencia, se observarán en toda su plenitud el cumplimiento de los principios de inmediación, oralidad, publicidad, contradicción, concentración y continuidad.

Así mismo, la audiencia del juicio oral se inicia cuando el Presidente del Tribunal identifica a los intervinientes, verifica que los testigos y peritos citados a la audiencia de juicio oral hayan asistido y están esperando a ser llamados en un ambiente contiguo a la sala de audiencia, así como, la presencia de aquellos

documentos y objetos a ser exhibidos durante el debate, para luego declarar foralmente abierta la citada audiencia.

Posteriormente, el Presidente indicará el objeto en que versará el juicio oral, esto es, precisará los términos de la acusación del Ministerio Público, así como, los acuerdos probatorios que las partes han llegado; tomando como referencia el auto de apertura del juicio oral expedido por el juez de Control al final de la audiencia intermedia.

En seguida, se concederá el uso de la palabra al Ministerio Público y al acusador coadyuvante para que expongan sus alegatos de apertura; de igual forma a la defensa, quien, si lo desea, podrá proceder a la exposición de los mencionados alegatos.

Luego, se procederá al desahogo de los medios de prueba admitidos a proceso, empezando por los del Ministerio Público, el acusador coadyuvante y terminando con los de la defensa. En ese sentido, se procederá al desahogo de la prueba personal (el examen de testigos y peritos), de la prueba documental (la exhibición, lectura o reproducción de aquellos documentos públicos y privados admitidos a juicio), de la prueba documental (la exhibición, lectura o reproducción de aquellos documentos públicos y privados admitidos a juicio), de la prueba documentada (que consiste en la exhibición y lectura aquellas actas de diligencias anteriores al juicio oral, que han sido admitidos como medios de prueba, de conformidad con el artículo 386), e la prueba material (esto es, la exhibición de los objetos admitidos a juicio), de otros medios de prueba (inspección judicial, reconstrucción judicial, reconocimiento judicial, claro está si fuese necesario), así como, la prueba superveniente y la de refutación (artículo 390) (Chorres, 2014, pág. 57).

Concluido el momento de desahogo de las pruebas, el Presidente del Tribunal concederá el uso de la palabra al Ministerio Público, al acusador coadyuvante y a la defensa para que expongan sus alegatos de clausura o cierre; asimismo, se le concederá el uso de las respectivas replicas. Posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al acusado para que exponga todo aquello que a su derecho convenga, para luego, el Presidente del Tribunal declare cerrado el debate oral.

Finalmente, y luego de la deliberación respectiva, el Tribunal, por mayoría de votos, emitirá la respectiva sentencia, ya sea en término de absolución o de condena. Si es condenatoria (y construyendo el argumento sobre la base del artículo 406) se establece la posibilidad de realizar una audiencia de individualización de la sanción (artículo 409). Así mismo, si es de absolución, el Tribunal tomará como referencia las causales de atipicidad, justificación o de inculpabilidad establecida en el artículo 405 del Código Nacional; ello origina la siguiente pregunta: ¿y cómo quedan los excluyentes regulados en el Código penal de la federación, de cada entidad federativa? La respuesta es que privilegia la normatividad sustantiva federal, estatal y de la Ciudad de México, según el ámbito de su competencia, dado que, la facultad de legislar fue únicamente en materia procesal.

Según el juez Ricardo Alfonso Morcillo Moguel, en el sistema penal de corte acusatorio, predominantemente oral y substancialmente adversarial, el juez adquiere un rol distinto. Éste se constituye básicamente en un moderador o árbitro. Se vuelve crítico y atento observador de una dramática competencia de litigación entre dos partes que se enfrentan en igualdad de instrumentos procesales, a fin de justificar sus respectivas teorías del caso. El modelo acusatorio establece una separación de roles entre investigar, defender y decidir. Generalmente el juez, dentro del modelo adversarial, no investiga, se erige como garante del debido proceso y, en esa medida, su función se encamina a controlar los plazos en la etapa de investigación, dicta medidas de coerción procesal, controla la acusación y, en la etapa de juzgamiento, dirige el juicio y emite sentencia (Moguel, 2014, pág. 20).

Capítulo 3.

Resultados de las garantías en materia penal en el Sistema Acusatorio Adversarial Oral.

La reforma Constitucional Penal en México significa una ruptura epistemológica y cultural, orientada y sustentada por el realismo y el garantismo jurídico. Después de la publicación de la Reforma Constitucional Penal del 18 de junio de 2008, han transcurrido once años, empero, se aplica la reforma a nivel nacional. Lamentablemente, los obstáculos se identifican en: reticencia al cambio de paradigmas, es decir, conservación de la tradición exegética jurídica formalista a través del sistema penal inquisitorio mixto; falta de infraestructura humana y material. Así configurándose un sistema donde los principios de legalidad e igualdad ante la ley son la piedra angular del proceso penal y en consecuencia las “garantías procesales”.

La introducción del sistema penal acusatorio refiere un nuevo paradigma en el Estado, que aún no es totalmente conocido, ni por el profesional del Derecho ni por el estudiante, de tal suerte, el presente trabajo tuvo como finalidad comprender el nuevo paradigma constitucional en materia penal a través del estudio de la estructura legal del código. Así se establece la postura de que si bien es necesaria la aplicación del proceso, es igual o más importante producir un proceso debido, el cual se entiende como los principios sociales que nos permiten resolver desde el in dubio, para producir equidad, es decir, para equilibrar las fuerzas entre los distintos contendientes en un proceso.

Es importante referir, que aquí no se pretendió criticar la forma en que el sistema ha comenzado a operar, o los diversos criterios emitidos a lo largo de estos ocho años, sino más bien; presentar la información pertinente, para saber cómo funciona en México; de ahí, que se realizó en parte de esta obra, la labor de compilación de jurisprudencia, y la explicación de la misma a partir de la fórmula pregunta-respuesta en las tesis de jurisprudencia analizadas. El propósito de esta fórmula es para identificar de manera rápida el principio constitucional sustentado por el razonamiento jurídico del juez (Martínez, 2017, pág. 955).

Por su parte, la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011 modifica el sistema penal en tanto que establece nuevas vías para la defensa de los derechos humanos y sus garantías que la reforma de 2008 modificó y adicionó. Por esta razón se tuvo en cuenta la importancia de dicha modificación constitucional, en un intento por interpretar ambas reformas 2008 y 2011, en forma sistemática y relacionada, con el objeto de presentar el lector un texto que revisa de manera integral las últimas

grandes transformaciones del sistema mexicano que empezó su estandarización a partir del 2016 (Martínez, 2017, pág. 956).

3.1 La implementación

Respecto al artículo de revista electrónica que proporciona la autora Rangel (desde una perspectiva histórica), habla sobre como los derechos humanos fueron abusados en América latina durante la segunda mitad del siglo XXI, esto dio pauta a una necesidad de reformar el Estado para poder establecer límites para el aparato policial y otras entidades de “ley y orden” (Rangel, 2016, pág. 14).

La década de los 70 puso a América Latina en el centro del mapa en cuanto a la lucha por los Derechos Humanos, la igualdad y la justicia. Decenas de dictaduras en la región fueron, indirectamente, las causantes de que la sociedad se organizara y defendiera derechos elementales de los ciudadanos. La cooperación internacional en los 70 y 80s fue la puerta de entrada a tratados y acuerdos que cambiaron la configuración de las leyes.

De tal suerte que, a finales del siglo XX, poco a poco los países latinoamericanos fueron cambiando sus modelos penales a sistemas en los que la garantía humanista fuera, ante todo, el eje de los procesos y de la impartición de la justicia. El 18 de junio de 2008, casi 30 años después de que los primeros países de la región lo hicieran, México, por fin, promovió cambios a su Constitución para dar el primer paso de un camino arduo y ambicioso: modificar el Sistema de Justicia Penal, con todo lo que implica hacer una Reforma de esta naturaleza.

Existen algunas aseveraciones efectuadas por el IFDP que vale la pena recuperar: (Instituto Federal de Defensoria Pública, 2018, págs. 3-4).

El sistema penal acusatorio se encuentra aún en etapa de consolidación, en cuanto la defensa pública al igual de lo que ocurre en los centros de justicia penal federal y órganos jurisdiccionales. La consolidación de la defensa penal

gratuita en el ámbito federal concluirá precisamente en este año, al iniciar la supervisión y evaluación de los Defensores Públicos que actúan en dicho sistema

Más defensores irán migrando del sistema tradicional al sistema penal acusatorio y, al concluir la presente administración, la mayor parte de los defensores estarán realizando sus funciones.

Los Defensores Públicos han incursionado en el ámbito de Justicia Penal para Adolescentes a pesar de que todavía no existen juzgados o Jueces de Distrito en el material. Y lo vienen haciendo como resultado de un reclamo atendiendo su especialidad en delitos de orden federal.

La defensa pública con todas sus implicaciones seguirá con su presencia en el sistema tradicional y hasta que éste fenezca.

Como operadores en el procedimiento penal acusatorio y oral, a mayo de este año en el Instituto de la Judicatura Federal se cuenta con 113 Defensores Públicos que están adscritos de manera directa a los Centros de Justicia Penal Federal. Ese número corresponde al de Jueces Penales que actúan como órganos jurisdiccionales.

En conjunción con la Unidad de Consolidación del Sistema Penal Acusatorio y, dadas las necesidades del servicio, se ha continuado con la preparación de un documento que se someterá a consideración del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, para que, por cada Juez en funciones de los Centros de Justicia Penal Federal, existan dos defensores públicos adscritos. Lo anterior, con independencia de que participen en el sistema acusatorio otros más si las propias necesidades lo requieren o como preparación y experiencia para los defensores que a futuro queden adscritos a los Centros Federales.

Como un primer paso para el fortalecimiento del Estado de Derecho, este nuevo marco jurídico es relevante; empero no debe dejar de lado el respeto a los derechos humanos de todas las personas involucradas en un proceso penal (Placencia, 2010, pág. 3).

En este sentido es preocupante que en el contexto nacional actual la privación de la libertad siga siendo la respuesta más empleada en el sistema penal, aun cuando ésta es altamente costosa económica y socialmente. En la actualidad la realidad es diferente, la persona humana no tiene derecho a la libertad y es libre, sino que el hombre es libre y, por eso, tiene derecho a la libertad. Se entiende, entonces, que toda persona tiene derecho a que se respete su libertad personal.

Se dice que nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de orden de aprehensión fundada y motivada por autoridad judicial, salvo los casos de flagrancia y urgencia, esto para poder atribuirse un delito y no perjudicar la libertad de terceros.

Desde nuestra perspectiva, podemos entender que, durante el proceso, las medidas cautelares restrictivas de la libertad serán sólo las establecidas en la ley (artículo 153), que tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar (artículo 154) (Murillo, 2019, pág. 123).

Después de un año de la implementación del Sistema Penal Acusatorio (nuevo Sistema de Justicia Penal), los resultados han sido “caóticos”, indicó el diario “The Washington Post” (Vanguardia, 2017).

En el reportaje “Crisis de justicia en México. Cómo un esfuerzo respaldado por los Estados Unidos para reparar el sistema judicial de México provocó disturbios”, el periódico apunta la confusión que genera entre todos los actuantes de la reforma penal, que transitó de un sistema escrito a uno oral.

“La policía se queja de horas perdidas en llenar formas; los fiscales culpan a los jueces por liberar a los delincuentes; los jueces acusan a la policía mal capacitada de cometer errores en las escenas del crimen. Mientras tanto, los poderosos cárteles de la droga están explotando las debilidades en el nuevo sistema y están forzando a las autoridades de amenazas de muerte y sobornos”, indica el reportaje.

Citando a expertos y jueces, la publicación habla de una “crisis judicial y de una seria de deficiencias que afectan la aplicación de un esquema en el que el

Gobierno de Estados Unidos ha invertido más de 300 millones desde 2008, específicamente en equipar a las cortes, las policías y personas legales.

El juez José Ramón Cossío, de la Suprema Corte de la Justicia, señaló en una entrevista: “La reforma va mal. Hay muchos problemas pequeños que, en conjunto, están causando lo que creo es una importante crisis”.

Por su parte, Juan Antonio Gutiérrez, un juez de Jalisco, indica que la implementación del sistema no es posible, que es inoperante. El texto insiste en que los agentes policíacos apenas saben leer y viven en lugares donde hay altos índices de violencia.

“Es difícil enfatizar la importancia de la reestructuración. Busca convertir a las Policías, notoriamente ineficaces, en investigadores profesionales. Fortalece la independencia de los jueces. Proporciona más derechos a los acusados en un país donde se sabe que las autoridades exigen sobornos, obtienen confesiones bajo tortura y evidencia médica”, dice el texto.

Además, un número considerable de sospechosos, precisa, son a menudo liberados por errores cometidos por policías y fiscales mal entrenados, muchas veces errores en el papeleo y porque la cadena de custodia de la evidencia es regularmente violada.

El nuevo Sistema de Justicia Penal en México, señala, proviene de una vieja estructura legal basada en un “sistema inquisitorial”, modelado por el sistema de partido hegemónico que definió a México durante la mayor parte del siglo XX.

En ese contexto, detalla el artículo original, la policía a menudo era vista como un instrumento de control, no de investigación, y se esperaba que los funcionarios judiciales fueran leales al gobernante, en tanto que los jueces raramente estaban en desacuerdo con los casos escritos reunidos por los fiscales.

El periódico norteamericano advierte que los juicios orales también han puesto en mayor riesgo a los jueces, quienes ahora tienen enfrente a los criminales.

“Durante el año más mortífero (...) los políticos echan la culpa cada vez más a los cambios judiciales para vaciar las cárceles y avivar el crimen”, apuntó.

No obstante, estos puntos ya no son compatibles con la realidad debido a que en nuestro presente podemos observar que todos los Estados de la república han podido implementar el nuevo sistema de justicia penal. Por lo tanto, debemos pasar a una obra que nos explica cómo se aplicó el nuevo sistema en todas las entidades federativas en la nación.

Ferrer Mac-Gregor da una excelente retroalimentación sobre las reformas que implementó Enrique Peña Nieto durante su sexenio, nos puede hablar sobre cómo evolucionó el sistema en materia de justicia penal y como este era comparable con el sistema jurídico argentino, respecto a las dificultades que tuvo el aparato estatal para poder llevar a cabo el “debido proceso”, y en consecuencia las “garantías procesales”. Da una excelente explicación sobre la implementación del sistema en la Federación.

Ahora para hablar más a fondo de la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, es una realidad actualmente. La población mexicana vive la aplicación del Sistema de Justicia Penal desarrollado en el Código Nacional de Procedimientos Penales y en las normativas complementarias (Mac-Gregor, 2018, pág. 183).

Sin embargo, los tiempos para su implementación a nivel nacional fueron bastante divergentes a partir de la publicación de la reforma nacional fueron bastantes divergentes: a partir de la publicación de la reforma las entidades federativas tardaron en implementarla un promedio de 56 meses. A nivel federal, fue hasta fines de 2014 que el Código Nacional de Procedimientos Penales entró en vigor en los estados de Puebla y Durango, y con, ello, el nuevo sistema de justicia penal. A partir de ahí, el resto de las entidades federativas iniciaron de manera gradual su implementación, atendiendo las declaratorias que al efecto emitió el órgano legislativo correspondiente.

Esta reforma significó la conversación de un sistema penal con más de un siglo de vida jurídica en el país, de las instituciones de impartición y procuración de justicia, así como de seguridad pública.

La reforma fue transversal a las instituciones que forman el sistema de justicia penal en las 32 entidades federativas y en la federación. Su implementación fue una labor compleja, que implicó un trabajo coordinado entre todos los órganos del Estado. Desde el inicio las instituciones operadoras tuvieron que modificar sus estructuras organizacionales, sus sistemas de gestión e iniciar un proceso de capacitación.

Con el propósito de implementar el sistema de justicia penal a nivel nacional, así como para dar cumplimiento al Decreto de Reforma Constitucional en materia de justicia penal y de seguridad pública del 18 de junio de 2008, se publicó el 13 de octubre de 2008 en el DOF el decreto por el que se crea el Consejo de Coordinación para la Implementación del sistema de justicia penal como una instancia de coordinación para poner en funcionamiento, en los tres órdenes de gobierno, el sistema de justicia en los términos previstos por la Constitución federal (Mac-Gregor, 2018, pág. 184).

Con base en lo anterior, el 5 de agosto de 2009 se publicó en el DOF el acuerdo suscrito por los tres poderes federales, legislativo, Ejecutivo y Judicial, para dar cumplimiento al mandato constitucional de instalar la instancia de coordinación.

La SETEC (Secretaría Técnica para la Implementación del Sistema Penal Acusatorio) fungió como un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, con el carácter de instancia de seguridad nacional, con autonomía administrativa, creada para operar y ejecutar los acuerdos y determinaciones del Consejo de Coordinación, así como para coadyuvar y brindar apoyo a las autoridades locales y federales en el diseño de reformas legales, cambios organizacionales, recursos humanos, etcétera (Mac-Gregor, 2018, pág. 185).

La Secretaría de Gobernación coordinó el programa y, a su vez, participó en la operación del mismo haciendo entrega de los recursos (subsidios) autorizados, de conformidad con las directrices y políticas para la aplicación de recursos destinados a la

implementación de la reforma del sistema de justicia penal (Mac-Gregor, 2018, págs. 186-188).

Los recursos presupuestados en el programa estuvieron destinados a servicios personales, gastos de operación y el otorgamiento de subsidios destinados a la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal en las entidades federativas. Las cuales fueron subsidiadas desde 2010 hasta 2016. En 2010 se utilizó 196, 288,517.00 de pesos mexicanos para financiar la transición del Sistema de Justicia Penal; 443, 424, 000.00 en 2011; 443, 424,000.00 en 2012; 458, 943,840.00 en 2013; 976, 443,840.00 en 2014; 1009, 642,931.00 en 2015; se estima que se utilizaron 713, 145,294.00 de pesos mexicanos apenas en el año 2016 (el último año de que se tiene información).

La ejecución del programa estuvo a cargo de la SETEC durante el periodo 2009-2016 e impactó sólo en el ámbito local.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 transitorio de la reforma constitucional de 2008 y con la finalidad de asignar los recursos presupuestales para la implementación de la reforma al sistema de justicia penal en las entidades federativas, se definieron los siguientes ejes temáticos:

Planeación: eje transversal a todos los demás ejes. Su objetivo consistió en elaborar una metodología de planeación para la implementación del sistema de justicia penal, a fin de ser aplicada gradualmente en las entidades federativas.

Normatividad: consistió en adecuar el cuerpo normativo de las entidades federativas al SJPA previsto en la Constitución Federal, por medio de la creación de nuevas leyes o reformas de las ya existentes, con la finalidad de ajustar el funcionamiento de las instituciones y la actuación de los operadores y usuarios.

Gestión y reorganización institucional: fue un proceso de desarrollo organizacional que tuvieron que realizar las instituciones del SJPA, con el propósito de adecuar, implementar e innovar los procesos, las estructuras y los perfiles de puestos de sus recursos humanos que hicieran posible el

funcionamiento y operación del sistema de justicia acusatorio, así como el cierre gradual del sistema de justicia inquisitivo mixto.

Capacitación: Se caracterizó por el diseño e impartición de los cursos, diplomados, talleres y especialidades encaminados a lograr que los actores, operadores y personal de apoyo del SJPA conocieran a fondo las causas, objetivos, principios y marco jurídico, y a que desarrollaran las habilidades y competencias necesarias para el óptimo desarrollo de sus funciones, así como a la formación de formadores.

Difusión y transparencia: consistió en el diseño de estrategias de información, comunicación y difusión del sistema de justicia penal, de sus avances y de los beneficios que obtendría la población.

Infraestructura: identificó proyectos arquitectónicos para la adecuación o creación de espacios de trabajo y de atención al ciudadano.

Tecnología de la información y equipamiento: este eje contempló la aplicación de herramientas tecnológicas y de comunicaciones que permitieran sistematizar los procesos de las instituciones, además de mejorar la productividad, obtenido servicios efectivos con mayores niveles de calidad y que redundaran en una mayor satisfacción de la ciudadanía.

Seguimiento y evaluación: este eje tuvo como objetivo medir y evaluar los resultados y el impacto de la implementación y operación de la reforma constitucional del SJPA a nivel nacional. La evaluación permitió generar información cualitativa y cuantitativa, confiable, oportuna y de calidad, que apoyara la toma de decisiones y elaboración de recomendaciones de ajuste de la política pública.

Es importante destacar que el eje de planeación dejó de aplicarse en 2014, en virtud de que fue completado por las 32 entidades federativas durante el ejercicio 2013.

El Proceso de implementación a nivel federal.

Procuración de justicia.

El reto particular de la Procuraduría General de la República (PGR) tuvo varias implicaciones, entre las cuales destacan los cambios y adecuaciones a los modelos de gestión y de trabajo de las unidades de investigación y control de procesos; el desarrollo de la profesionalización y competencias necesarias de los operadores sustantivos, sin dejar de lado de lado los ajustes y reacomodos de infraestructura, equipamiento y tecnologías de la información (Mac-Gregor, 2018, págs. 189-194).

Mediante el Acuerdo A/068/12, publicado en el DOF el 17 de abril de 2012, la PGR creó la Unidad para la Implementación del Sistema Procesal Acusatorio (UISPPA) como la instancia responsable de instrumentar la implementación, seguimiento y evaluación de la reforma al sistema de justicia penal al interior de la procuraduría. Esta unidad estaba conformada por agentes del Ministerio Público de la Federación, policías federales ministeriales y peritos, así como por personal de las diversas áreas de la institución como formación en diferentes disciplinas, tales como psicología, pedagogía, administración e ingeniería en sistemas, y su primera tarea fue la elaboración de un Plan Maestro de Implementación del Sistema Acusatorio, para asegurar la implementación gradual y ordenada del nuevo sistema.

En 2014 la UISPPA ideó un Modelo Delegacional de Transición, el cual tenía como propósito crear condiciones en las delegaciones de la Procuraduría General de la República de forma incremental y controlada en los ámbitos de gestión, de personal, equipamiento e infraestructura. Durante parte de 2014, y en particular en 2015 y 2016, el modelo se instrumentó en las 32 delegaciones estatales de la PGR y en las unidades centrales de investigación.

Otro de los objetivos de la reforma penal fue hacer más eficiente el funcionamiento de los tribunales penales mediante la creación de áreas administrativas que apoyarán la función jurisdiccional.

En la esfera del Poder Judicial de la Federación se requirieron acciones en la incorporación de este novedoso sistema de justicia penal y en el juicio de amparo al interactuar este con aquél. Por supuesto que la operación del sistema a nivel federal demandó múltiples esfuerzos coordinados al interior del Poder Judicial de la Federación, particularmente en la definición de los lugares y tiempos de implementación, que se descubrieron con base en medidas que aseguraran la implementación total.

El Poder Judicial de la Federación optó por un modelo de gestión operativa orientado a procesos para la operación del SJPA (Sistema de Justicia Penal Acusatorio), mismo que integraba 12 procesos críticos y 34 subprocesos. Durante 2015 replanteó las estimaciones originales del Plan Maestro. Se bifurcaron las tareas: para implementar (hasta junio de 2016) y para consolidación (hasta diciembre de 2018), con el objetivo de garantizar las capacidades necesarias para su debido cumplimiento. El 16 de marzo de 2015 se continuó con la segunda etapa de implementación, que involucró a los estados de Yucatán y Zacatecas según la declaratoria pública en el DOF el 12 de diciembre de 2014.

El primero de agosto de 2015 inició la tercera etapa de implementación en el ámbito federal en los estados de Baja California Sur, Guanajuato, Querétaro y San Luis Potosí, según dedicatoria publicada en el DOF el 29 de abril de 2015.

Asimismo, el 25 de septiembre de 2015 se publicaron en el DOF dos declaratorias de entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales: aquella que definió la cuarta etapa de implementación mediante el inicio de funciones (el 30 de noviembre del mismo año) en los estados de Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Nayarit, Oaxaca, Sinaloa y Tlaxcala, y la que precisa la quinta etapa de implementación correspondiente a las entidades de Aguascalientes, Colima, Ciudad de México, Estado de México, Hidalgo, Morelos, Nuevo León, Quintana Roo y Tabasco, que inició el 29 de febrero de 2016.

En esta misma fecha el DOF (Diario Oficial de la Federación) publica la declaratoria de entrada en vigor correspondiente a la sexta y séptima etapas de implementación. El 29 de abril de 2016 inició en los estados de Campeche, Michoacán, Sonora y Veracruz, y el 14 de junio del mismo, en las entidades de Baja California, Guerrero, Jalisco y Tamaulipas, así como en el Archipiélago de las Islas Marías y el resto del territorio nacional a que se refieren los artículos 42 y 48 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con la ejecución de la última etapa de implementación, el Poder Judicial de la Federación cumplió cabalmente con el mandato constitucional para incorporar, en la esfera de sus atribuciones, el SJPA (Sistema de Justicia Penal Acusatorio) en el ámbito federal. Después de esta fecha y hasta el 31 de diciembre de 2018 el Consejo de la Judicatura Federal continuará con las acciones necesarias que aseguren el crecimiento de la operación, su desarrollo y consolidación en 44 Centros de Justicia definitivos operando a nivel nacional bajo estándares de calidad, aseguramiento del servicio y satisfacción ciudadana.

Ante la complejidad que implicó poner en aplicación el Código Nacional de Procedimientos Penales y lograr la vigencia del proceso penal acusatorio en nuestro país, tanto para delitos federales como locales, a ocho años de distancia de su inicio, se puede señalar que la implementación se logró de manera satisfactoria. Sin embargo, el proceso no se detiene con la implementación. El resto es consolidar el nuevo sistema de justicia penal, al mismo tiempo que se concluyan los casos en curso del sistema anterior.

Lo anterior requiere trabajar en la mejora de la operación del sistema; las inquietudes se dirigen a encontrar fórmulas eficientes que eviten incurrir en actividades que descien el funcionamiento de la reforma constitucional, para eliminar metodologías de trabajo que, habiendo probado su ineficiencia en el proceso inquisitivo, mixto, se muestran inadecuadas en este nuevo modelo de administración de justicia.

Al respecto, Murillo ha señalado (Murillo, 2019, págs. 47-50):

La apertura de los derechos humanos exige, de un país, una teoría del Estado que abraza una teoría constitucional; esa teoría constitucional predefine abrazar o no totalmente, una teoría de los derechos humanos, en particular, el problema de su fundamento. Si los derechos humanos tiene fundamento en la ley, por ende, son derechos fundamentales; si los derechos humanos tienen fundamento en la religión, su fundamento “sincretista” lo encontramos en los valores y creencias de esa religión; si tiene fundamento en la individualidad de la persona humana, es posible que su fundamento sea la persona individual por encima de la persona social, pero, si el fundamento es la persona social o en su sociabilidad, entonces, por encima de la persona está, en razón de la persona misma, su sociabilidad. Todos estos criterios nos permiten danzar del derecho natural al derecho positivo

Para entender a México desde el debido proceso, no podemos ignorar el cambio radical que han producido todas las reformas constitucionales del siglo XIX, es decir la reforma de derechos humanos (11-06-2011) que cambió, casi radicalmente, la concepción de las garantías de los derechos, para centrarse, ahora, en derechos humanos y sus garantías, como la reforma constitucional que asume el proceso penal acusatorio (18-06-2008), que debe considerar, necesariamente, el principio de alternatividad (artículo 17) y, por ende, la apertura a solucionar los conflictos con o sin la ayuda del órgano jurisdiccional; la reforma del juicio de amparo (06-08-2011), por la cual el recurso de amparo pierde supremacía y da libertad a los jueces a resolver en la justicia ordinaria; la reforma de protección a los datos privados (01-06-2009), por la cual se abren las puertas al hábeas data; la reforma al artículo 17 constitucional (29-07-2010), por la cual se abren pasos las acciones colectivas y, por ende, la acción popular y, lógicamente, la posibilidad de proteger derechos ante la acción del Estado y/o de terceros.

Sin valores es posible que muchas de estas reformas constitucionales sean contraproducentes, es decir, pueden desviar los valores por las instituciones y/o desviar las instituciones por los valores; es posible que sin valores, estos cambios puedan ser una simple pantomima, una burla, puesto que pueden producir (como es lógico) una normal resistencia al cambio.

Para muchos, debido proceso es citar normas, hacer una feria de letras, una exhibición de tesis jurisprudenciales y/o precedentes. Algunos suman, al debido proceso, la cita de Tratados Internacionales, puesto que se ha hecho costumbre hacer referencia a jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y otros pocos, más atrevidos, ya citan la Corte Europea de Derechos Humanos, como si al citar se lograra decisiones más justas. De hecho, muchos jueces “esconden” la injusticia en la repetición de normas nacionales e internacionales, para negar la libertad, para producir la intromisión del Estado en la vida de los ciudadanos, para limitar los derechos de imputados sometidos a proceso, etcétera. Sin embargo, una característica del proceso es la sencillez, y, del debido proceso, la simplicidad.

¿Qué nos ha llevado a complicar las cosas?, ¿por qué citamos tantas normas?, ¿por qué citamos normas sin que se utilicen para decidir? Sujeto sólo a la Constitución y a la ley, el juez se ha convertido en un “maniacó” coleccionista de normas que propicia un confuso control difuso, por un falso criterio de fundar y motivar, para justificar con la norma, como si se tratara de un argumento de autoridad lo que se debe decir en sentencia, y para demostrar que se sabe lo que se decide y lo que se decide dentro de la sentencia.

Lo dicho es, por sí, problemático, ya que, además, a esta cantidad de citas sin razón, se suman las guías, flujos, macroflujos, microflujos y protocolos. Desde el debido proceso, los jueces están sujetos a la Constitución y a la ley; sin embargo, con esas dos, los sujetamos a disposiciones y acuerdos que carecen de fuerza de ley y resultan, luego, obligatorios y/o aplicación supletoria o vinculante.

Un positivismo extraño, sujetos al formato, hemos saltado del legalismo positivista al positivismo sin legalidad. El “formalismo” ha creado un apego enfermizo a la norma, sin importar si esa ésta es o no es ley. Entonces, ¿qué es lo importante? En estos casos, lo importante es que la norma sea conocida y utilizada por todos, aunque no sea ley; pero, en ese sentido, el proceso es (para ellos) contra todo proceso debido, forma que uniforma, jueces que actúan de la misma manera con la misma forma, en algunos casos actúan conforme un guion

(oral o escrito) que los jueces del lugar manejan, aunque no sea coherente con las leyes vigentes.

3.2 Dificultades

En el Decreto de reformas a la Constitución Política Mexicana de junio de 2008, en sus artículos primero y segundo transitorios, se hace referencia a las fechas en que entrarán en vigor dichos cambios

Es también interesante reflexionar sobre los comentarios de servidores públicos, operadores del servicio del sistema penal inquisitorio al que se han dedicado gran parte de la vida laboral, en el sentido de que no sea funcional el nuevo sistema penal acusatorio, ya porque no somos una sociedad apta para todo tipo de sistema, ya porque no se tiene la estructura y los gastos para el ensamblaje son de alto costo.

En suman se dice que la reforma no prosperará y que lo más factible es que se presente una contrarreforma, aunque esto aún es un porvenir.

Se observaba una gran apatía a la reforma y en el Distrito Federal aún no se inician los trabajos de la Reforma. Sin embargo, en el presente se ha llegado a una homologación de la ley procesal penal en todo el país. : (Cervantes, 2011, págs. 118-119).

Ferrer Mac-Gregor nos habla sobre las dificultades que han tenido países del cono sur (Argentina) para implementar este nuevo sistema de justicia y efectivamente afirma que la policía y el establecimiento del Ministerio Público no están equipados para poder aplicar esta modalidad.

Al decir el maestro Jorge A. Claría Olmedo, “el ministerio fiscal es una corporación de funcionarios públicos, instituida en general para la defensa de los intereses colectivos”, tuvo que tomar en consideración como surge esta institución, en un marco histórico. Néstor Pedro Sagúes le dio un carácter de “extra poder” (Mac-Gregor, 2018, pág. 230).

Entrando al análisis del lugar que se le ha dado al Ministerio Público en el nuevo ordenamiento, no es menor (por lo menos para los juristas) que el mismo se encuentre antes cronológicamente que los policías y los jueces, cuestión que no hemos podido lograr por estos lados, toda vez que los jueces y sus facultades comienzan en el artículo 131 del Código Nacional de Procedimientos Penales (Mac-Gregor, 2018, pág. 235).

He aquí el punto interesante a destacar: si bien el inciso 18 del artículo 131 obliga al Ministerio Público a promover estas prácticas, entiendo que resulta muy acotado el artículo 187 respecto de los acuerdos reparatorios, ya que, por lo menos en la experiencia austral, cuanta más amplitud se tiene en relación con los delitos que pueden ser sometidos a dicho instituto, más satisfacción encuentra el ciudadano en llevar sus problemas al ámbito penal. No es una crítica destructiva en cuanto a qué delitos deben o no ser contenidos dentro de la norma, sino respecto de lo referenciado con las expectativas y la posibilidad de que el servicio de justicia (con los debidos controles) brinde una solución rápida y efectiva a los intereses del damnificado (Mac-Gregor, 2018, pág. 238).

La suspensión del proceso a pruebas es otro punto destacable del nuevo procedimiento, que resulta sin lugar a dudas un instituto bifronte al decir de De Olazábal, pues, por una parte, tiene capacidad extintiva de la acción penal y, por otra, se instaura como un principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones; así, la cuestión en relación con el artículo 192, donde la misma parece habilitada a una amplia franja, de delitos restringida únicamente por un monto de pena, me lleva a compartirla ampliamente.

Se habla sobre la cuestión de que los policías no están debidamente capacitados, lo que ha traído varios inconvenientes no sólo por su falta para que el Ministerio Público pueda ejercer bien su labor, sino porque esa falta ha propiciado el uso indiscriminado tanto de la policía de seguridad como de la ministerial, con los consabidos problemas que ello acarrea (Mac-Gregor, 2018, pág. 239).

Todos compartimos la idea de que, para que un sistema acusatorio funcione de manera eficiente, resulta por demás necesario que el mismo tenga por objetivo

de decisión estatal profesionalizar las investigaciones penales, para con ello potenciar la lucha contra el crimen organizado, el narcotráfico y las redes delictivas y dar al Ministerio Público herramientas autónomas con el fin de ejercer con plenitud la dirección de la investigación. Dicha profesionalización se puede lograr con una policía judicial o ministerial a la altura de las circunstancias, que además depende directamente del Ministerio Público.

Se ha señalado que “la actividad coercitiva se integra por una variedad de actos independientes regulados por la ley procesal, que tienden a asegurar la efectiva satisfacción del resultado del proceso en cada una de sus fases fundamentales, evitando el daño jurídico que podría sobrevenir si no se alcanzan los fines perseguidos (MacGregor, 2018, págs. 241-243).

Existen varias diferencias en cuanto a las medidas cautelares (en especial las de coerción personal), no sólo respecto a su dictado, sino también a los motivos por los cuales pueden disponerse, con lo que se repara en que la participación de la víctima resulta un elemento muy interesante en ellas. Tan importante resulta la participación de la víctima en el proceso penal que una de las causales, a diferencia del ordenamiento provincial argentino, por las cuales el Ministerio Público puede solicitar al juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario es “la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad”.

Dicha incorporación en un texto procesal no sólo abre el paraguas protector del Estado para asegurar la presencia del imputado al momento del juicio oral (fin último de una medida cautelar), sino que, además, dentro del contexto de aseguramiento y protección se preocupa tanto de los derechos del imputado, al fijar los plazos para su vencimiento, como de los de la víctima y la comunidad, al ocuparse de su protección.

Cabe resaltar que la idea de que del sufrimiento de una parte (sospechoso) nace la protección de la otra (víctima o comunidad); simplemente se busca al mismo tiempo, y sin que esto genere conflicto de intereses o derechos, el aseguramiento del proceso y la protección de quien no eligió erigirse en víctima de un proceso

penal. Esto respecto a la naturaleza de la prisión preventiva dentro del artículo 156.

Esto lleva a pensar que, si se dicta sentencia en un proceso al año y 10 meses, y si la prolongación del mismo se debe al ejercicio del derecho de defensa del imputado (en este caso recursos), éste podrá continuar cautelado por el tiempo que haya demandado aquel ejercicio, obviamente sin certeza temporal.

Se entiende que jamás el derecho de defensa puede contribuir a que continúe detenido, porque, de ser así, se obliga en casos puntuales a tener que decidir entre la libertad y el ejercicio del derecho. Por ello no es posible exigir a una persona que sufra esfuerzos repetidos e interminables del Estado tendientes a demostrar su culpabilidad, ya que las medidas cautelares (y también el proceso en toda su extensión) deben tener necesariamente un límite.

El juicio o procedimiento abreviado ha sido criticado en relación con su validez constitucional empleando argumentos por demás interesantes. Pese a ello, en el ámbito bonarense ha soportado los golpes y se ha confirmado su constitucionalidad, aun con críticas tan importantes como la del jurista Cafferate Nores, cuando refiere que afecta el debido proceso (Mac-Gregor, 2018, pág. 247).

Resulta importante que el procedimiento abreviado se realice de forma oral en audiencia pública y con términos acotados, situación no contemplada en Argentina desde que el mismo reglamento en forma escrita y su veredicto y sentencia también.

Una gran diferencia que se advierte en ambos procedimientos es la admisión de responsabilidad del encausado respecto de los hechos y la renuncia expresa de llevar adelante el juicio oral. Esto no sucede en el ordenamiento procesal de la provincia (en el caso de Argentina).

En Argentina, el juicio oral represento una gran problemática respecto a su implementación material. Adentrados en la etapa oral resulta importante destacar los principios procesales que la gobiernan y, sobre todo, el principio de igualdad que obliga

al más poderos, en este caso el Ministerio Público, a mostrar todas las pruebas a la parte contraria para evitar sorpresa de aquéllos (imputado y defensor) al momento de enfrentar el juicio oral (Mac-Gregor, 2018, págs. 248-252).

Contar con jueces no contaminados con la investigación al momento de llevar adelante la audiencia resulta una muestra cabal del ejercicio imparcial de aquéllos, al tener que conocer en ese momento los adelantos probatorios que se conviertan de “dato de prueba” a “prueba” conforme a los principios del derecho procesal penal. Fundar en derecho y motivar los hechos es la exigencia constitucional exigida a los magistrados al dictar sus decisiones: la valoración debe ser fundamentada en la lógica jurídica, contando las partes junto con los debidos requisitos de fondo y forma para presentar las pruebas y sus cargas.

En el procedimiento único federal mexicano existen jueces unipersonales para ciertos tipos de delitos, como así suceden en la provincia argentina. Este aspecto del juez unipersonal en delitos cuya pena no exceda los 15 años de prisión generó pleitos, circunstancia no contemplada en el ordenamiento procesal mexicano (aunque, de cumplirse los términos allí establecidos, quizás no tenga sentido operativo dicha incorporación).

Respecto de la incorporación de prueba al juicio resulte acertada su valoración en la etapa previa, para que el tribunal sentenciante no tenga contacto alguno con ella hasta el momento del debate y para evitar de esta forma cualquier tipo de contaminación intelectual.

Se excluye, y es acertado también, la incorporación automática de toda la documentación necesaria en el expediente, pero se permite en algunos casos por vía de excepción. Aplicarlo a la inversa lesiona las garantías del debido proceso, fundamentalmente porque se veda, tanto al justiciable como a su defensa, la posibilidad de controlar dicha prueba y confrontar los elementos producidos en una etapa anterior del proceso, en la cual su intervención se encuentra sumamente restringida, por lo menos en nuestro ordenamiento. Se parte de la base de que es técnicamente incorrecto hablar de “prueba” cuando no traspasa la oralidad.

Así como la regla es que nada puede incorporarse por lectura al juicio, todo puede incorporarse utilizando las técnicas de litigación correctas; el gran problema es que los operadores del sistema deben prepararse para este nuevo paradigma: olvidarse de la tranquilidad de pasar de una etapa a otra de manera automática, para ocuparse en preparar una teoría del caso que deberán defender en el debate oral.

Otro aspecto interesante a destacar es la lectura de apoyo que resultaría necesaria en algunos casos, sin perjuicio de entender que faltaría la frase “nunca lo escrito puede suplantar o convertirse en prueba por sobre lo oral”. Ello para evitar ideas y venidas en las declaraciones en juicio oral, como pasa en la práctica cuando el testigo advierte por sí contradicciones anteriores en declaraciones o intervenciones que quizás no tuvieron el debido control judicial.

Por último, corresponde abocarse brevemente a los medios de impugnación que nacen del mecanismo procesal que permite controlar la legalidad de una resolución jurídica. Se verifican dos casos, la revocatoria y la apelación, que posibilitan a todos los participantes del proceso quejarse ante lo que se crea una decisión contraria a sus pretensiones.

Es interesante la posibilidad que da este nuevo sistema en cuanto a que la víctima u ofendido, aunque no se haya constituido como coadyuvante, podrá impugnar por sí o mediante el Ministerio Público resoluciones puntuales. Esta situación genera confianza social desde el punto de vista de que aquellos que no actúen activamente en el proceso en cualquiera de sus etapas siempre tienen la posibilidad de recurrir a la decisión que eventualmente ponga fin al proceso.

Queda claro, entonces, que el ordenamiento establece distintos tipos de audiencia: una inicial, una intermedia y la propiamente dicha de juicio, para, luego de llegar a un veredicto condenatorio, pasar a una audiencia. El Código Único especifica las etapas de un juicio oral, como son los alegatos de apertura, la presentación de pruebas, los alegatos de clausura, la deliberación y el fallo, de

manera que cumple así con las exigencias constitucionales y de pactos internacionales, además de que recepta el adversarial adecuado.

Una vez entendido el trasfondo de la teoría se debe hablar de las nociones de “garantías del debido proceso”. Debemos interpretar el artículo 14 constitucional, sistemáticamente, con el artículo 17, cuando dispone que “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para la imparcialidad en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”, donde, “las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes”, para lo cual, entre otros principios, se exige que “las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones” (Murillo, 2019, pág. 79).

Con la reforma constitucional, el artículo 17 garantiza, además, “un servicio de defensoría pública de calidad para la población”, y, a su vez, debe asegurar “las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores”, ya que “todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso” (artículo 19); que “para los efectos de la sentencia, sólo se consideraran como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio” (artículo 20, A, II); que el juicio se celebre “ante un juez que no haya conocido del caso previamente” de modo que la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral” y que “la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora” (artículo 20, A, III); con la advertencia de “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula” (artículo 20, A, IX); las partes tengan “igualdad procesal para sostener la acusación y la defensa, respectivamente” (artículo 20, A, IV); y, en protección de esos derechos, “ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción (artículo 20, A, VI).

México ha señalado dentro del debido proceso, y con el acceso a la justicia conforme al artículo 17, los derechos a fundar y motivar (artículo 16); a un juicio previo y, en especial, a un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las expedidas con anterioridad al hecho (artículo 14); de hecho, para muchos constitucionalistas, el artículo 14 constitucional es el que resume el debido proceso en México.

3.3 Utilidades

En el nuevo sistema de justicia penal se comisionó a 64 y habilitó a un número de 439 Defensores Públicos que pertenecen al sistema tradicional. Estos Defensores están adscritos a Agencias del Ministerio Público de la Federación, Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de Circuito, y actúan eventualmente en el nuevo sistema. Esta habilitación considera las necesidades del servicio y las diversas circunstancias que exigen presencia de la defensa pública: tal es el caso de conflicto de intereses, tareas fuera del Centro de Justicia y la asignación consideró a los que ya cuentan con la capacitación en el sistema acusatorio Esta habilitación considera las necesidades del servicio y las diversas circunstancias que exigen presencia de la defensa pública: tal es el caso de conflicto de intereses, tareas fuera del Centro de Justicia y la asignación de defensores mediante el sistema informático para el desarrollo de las audiencias. La comisión y la habilitación consideraron a los que ya cuentan con la capacitación en el sistema acusatorio y oral. Por otra parte, no sólo debemos tener presentes a los Defensores Públicos adscritos a los Centros de Justicia, sino también a quienes intervienen en un inicio ante el Ministerio Público de la Federación. Finalmente han de considerarse a los que actúan ante Tribunales Unitarios de Circuito como órganos de aceleración en el sistema acusatorio (Instituto Federal de Defensoria Pública, 2018, pág. 5).

En esta etapa de consolidación del nuevo sistema de justicia penal, existe la estimación de que han de existir como mínimo dos defensores adscritos directamente por cada Juez de Distrito en funciones. Lo anterior lo sustenta la experiencia, además de que el Ministerio Público de la Federación actúa generalmente con dos o más Agentes en las audiencias iniciales, las de la etapa intermedia o las de juicio, y debe existir igualdad y equilibrio en la defensa;

además, el trabajo conjunto y la unión de ideas y conocimientos representa y materializa de mejor forma la defensa adecuada.

En cuanto al servicio, se da cuenta con las siguientes cifras: 24,011 defensas en etapa de investigación inicial, 12,638 en complementaria o judicializada y 2,536 defensas en etapa intermedia (en 3500 casos las partes optaron por procedimiento abreviado); 278 defensas en etapa de juicio; 2,147 defensas en apelación y 6,986 casos en ejecución, para un total de 48,596 acciones de defensa. En 3,209 asuntos se dictó suspensión condicional o acuerdo reparatorio y en 1,866 resoluciones de sobreseimiento; se llevaron a cabo 65,519 visitas y entrevistas. Se promovieron 1,792 apelaciones en las cuales 886 tuvieron una resolución a favor (Instituto Federal de Defensoria Pública, 2018, pág. 6).

Los servicios de defensa que se han mencionado tuvieron como destinatarios a un número de 33,725 personas (Instituto Federal de Defensoria Pública, 2018, pág. 7).

En los infogramas que se integran a los anexos se asientan datos relevantes de la actuación de los Defensores Públicos, como son los casos en que se calificó o no de legal detención, resoluciones de vinculación o no vinculación a proceso, casos con prisión preventiva o medida distinta a ésta, casos con formulación de acusación o sin ella, procesos finalizados por acuerdo reparatorio, por abreviación o suspensión condicional, etcétera.

En el sistema acusatorio se ha dado la defensa a 334 personas indígenas, de las cuales 325 eran monolingües. Se llevaron a cabo 869 juicios de amparo, se promovieron 1,792 apelaciones en las cuales 886 tuvieron una resolución a favor.

Los delitos materia de los procedimientos por orden de cantidad máxima fueron: portación de arma de fuego sin licencia, portación de arma de fuego reservada, contra la salud, robo de hidrocarburo y uso de documento falso, además de otro grupo de delitos federales (Instituto Federal de Defensoria Pública, 2018, pág. 8).

Un análisis cuantitativo demuestra que los Estados en que hubo mayor participación de Defensores Públicos lo fue en Jalisco, Ciudad de Jalisco, Ciudad de México, Baja California y Sonora, y en los que menos se dio fue en Yucatán y Campeche, entre otras.

La actuación de los Defensores Públicos en el nuevo sistema de justicia penal ha sido, es y seguirá siendo de calidad, gracias a las acciones de capacitación que en su momento se implementaron dentro del propio Instituto, las que genera la Escuela Judicial y las que de manera personal asumen ellos mismos.

En el tópico de la defensa en materia de justicia penal para adolescentes, este servicio se proporcionó a partir del 27 de noviembre de 2017 en todo el territorio nacional a través de 66 Defensores Públicos quienes comprometidos y velando por el cumplimiento de los derechos de este sector de la sociedad, han impartido 179 defensas; las cuales se encuentran divididas en las diferentes etapas, de suerte tal que se han brindado 138 servicios en investigación complementaria, 3 defensas en etapa intermedia, 1 defensa en etapa de juicio, 1 defensa en apelación y 13 defensas en ejecución (Instituto Federal de Defensoría Pública, 2018, pág. 18).

Es compromiso del Instituto Federal de Defensoría Pública, continuar con la capacitación y especialización de los Defensores Públicos que intervienen en estos asuntos, velando en todo momento por brindar una defensa adecuada y técnica.

Este nuevo sistema tiene ventajas como se observa en el amplio desarrollo de la técnica jurídica detrás de los derechos otorgados a las partes del juicio. Concentrándonos en el aspecto de las “garantías individuales, hoy llamadas “derechos humanos”, se debe entender como “el conjunto de principios del proceso; al ser principios son importantes e influyen en todos los demás derechos procesales, pero, ello no quiere decir que sean derechos humanos” (Murillo, 2019, págs. 29-34).

No podemos admitir al debido proceso como normas que crean “debido proceso” o normas que te otorgan y restringen derechos. El debido proceso es el comportamiento normal (ético) de los funcionarios públicos (en particular, de aquellos llamados a administrar justicia) y de los órganos del Estado, no la

excepción. El debido proceso es una constante, un modo (casi espontáneo) de actuar en la solución de conflictos y, por ende, no requiere de más norma que la deontología, que nos exige actuar en protección de los derechos y las personas. En ese sentido, es, en mucho, una razón moral que nos mueve a la justicia, es decir, a que dar a cada uno lo suyo sea una constante y perpetúe la voluntad de dar, parafraseando a Ulpiano.

En el siglo XXI, pensar en debido proceso desde la Constitución y, posteriormente, desde la ley para “confiar” en que “por fin” tendremos un derecho justo, es volver a pensar en la justicia para entender, de nuevo, el derecho. En alguna oportunidad afirmé que hemos sacado al derecho penal del “juego” de relaciones de justicia conmutativa y distributiva para entenderlo como simple derecho resarcitorio, vindicativo:

Ésta ha sido la mayor tragedia del derecho continental moderno (dirá Paolo Grossi), ser identificado con la dimensión patológica de la convivencia civil, con un mecanismo ligado a la violación del orden constituido. ¡Pobres de nosotros!, el derecho más cruda y severamente sancionador, el penal, parece elevarse como modelo de la juridicidad precisamente por consistir en la expresión plena de la potestad punitiva.

Lo que se persigue con el debido proceso “es, sin duda alguna, positivo; pero ¿basta?”, se preguntaba *Albin Esser*, quien aclara que “esta pregunta se formula no tanto con la pretensión de engrosar aún más el listado de derechos humanos, sino más bien a fin de cuestionar si el tipo de enfoque que subyace a aquéllos es realmente el adecuado”, y es que:

Si se entienden los derechos humanos exclusivamente como limitadores de un proceso previamente dado, entonces es éste el que se presupone como primordial, imponiéndosele posteriormente una serie de limitación externas, que precisan de la correspondiente legitimación. Desde este punto de vista la funcionalidad del proceso penal (y con ello el interés del Estado) se manifiesta nítidamente como algo previo, superior, conforme a la regla, mientras que, los derechos humanos, por el contrario, se entendería únicamente como restricciones

excepcionales del interés estatal por la persecución penal y debería buscarse su justificación en este sentido.

Para distinguir entre debido proceso y derechos humanos es necesario desglosar qué entendemos por proceso debido y clasificar, en ese proceso, cuáles procedimientos son derechos humanos y cuáles no. Para no confundir el derecho humano con el debido proceso, la Convención Americana los llama garantías judiciales, tal como se entendía en México, en el Título I de la Constitución Federal, al producir garantías que protegen derechos, es decir, el proceso (garantías) del derecho (derechos humanos, derechos fundamentales, derechos constitucionales, etcétera).

Así, pues, las siguientes garantías conforman el debido proceso:

- 1 Detención conforme a derecho: Por autoridad legítima; Con o sin orden judicial; En casos previamente limitados y Conociendo de previo los cargos.
- 2 Limitación de la medida cautelar de prisión preventiva: Peligro de fuga; peligro de obstaculización; peligro de continuidad de la acción delictiva; peligro para la víctima, ofendidos, testigos o parte.
- 3 Control judicial de los registros domiciliarios;
- 4 Control judicial de las intervenciones de comunicaciones por teléfono o entre presente;
- 5 Control judicial de los documentos y datos privados;
- 6 Derecho de defensa: defensa letrado por abogado; defensa técnica por experto; defensa material como conocimiento y contradicción de la prueba de cargo y ofrecimiento de prueba de descargo;
- 7 Derecho a un proceso público.
- 8 Derecho de celeridad evitando dilaciones indebidas.
- 9 Derecho a la presunción de inocencia.
- 10 Derecho a la legalidad de los delitos y las penas.
- 11 Derecho a una pena o sanción proporcional: Qué impide la pena de muerte; Que excluye los trabajos forzados.; Que prohíbe las penas crueles, degradantes e inhumanas y Función reeducadora de la pena.

- 12 Derecho a que no haya suspensión de derechos humanos.
- 13 Derecho a la limitación constitucional de los derechos humanos.
- 14 Derecho al amparo penal y/o al habeas corpus y el hábeas data.
- 15 Derecho de impugnar ante un tribunal ad quem las decisiones del tribunal a quo.
- 16 Derecho de abstención: Del propio imputado; prohibición de auto inculpativo o auto inculpación; prohibición de entrevista o declaración sin patrocinio letrado; derecho de abstención de sus familiares y derecho de abstención por ministros de culto o profesionales obligados al secreto profesional.

Luego entonces, ¿todas estas garantías son derechos humanos? No. Por ejemplo, la detención legítima de una persona se realiza, en cualquier parte del mundo, por causa probable; en México se exige flagrancia. La flagrancia se utiliza, en la mayoría de los países, con procesos acusatorio para el proceso simplificado y/o abreviado. En muchos países no hace falta control judicial de los datos de prueba; en otros se exige control cuando se requiere la presencia del imputado porque se procede con relación a él, por ejemplo, en el reconocimiento de personas, en la inspección corporal, etcétera; en algunos países, el juez ordena, a solicitud del Ministerio Público, el cateo, y, posteriormente, éste lo ejecuta y controla; en otros, incluido México, el juez delega la diligencia al fiscal, y, asimismo, se delega el reconocimiento de personas, la inspección corporal, la intervención de comunicaciones, el aseguramiento de documentos privados. Pero, entonces, ¿qué y cuándo es derecho humano?, en respuesta el debido proceso penal, es primero, una actitud ante las personas sean delincuentes o víctimas, es comprender la razón de justicia en las relaciones interpersonales y procurar, con fortaleza, la realización del derecho. Así el debido proceso, por lo general, es una norma secundaria que da paso la norma principal, un derecho adjetivo que sirve para la realización de un derecho sustantivo.

Así un sistema jurídico penal se compone de un conjunto de normas, instituciones y principios, los cuáles, están encaminados a armonizar a la sociedad en un determinado tiempo y espacio. A través de los años, atendiendo a la necesidad de los integrantes de la sociedad en un determinado contexto histórico. A través de los años, atendiendo a la

necesidad de los integrantes de la sociedad, los sistemas jurídicos han estado en constante evolución, ya que el Derecho, por su naturaleza intrínseca de forma parte de las Ciencias sociales, está en constante cambio, y con ello, nuevos sistemas jurídicos imperan en la búsqueda de la justicia (Alamilla, 2016, pág. 65).

En la materia procesal, se analiza que, con el paso del tiempo, nuevos elementos e integran al sistema procesal de impartición de justicia, y con la reforma del 18 de junio del 2008, se da cambio al paradigma de impartición de justicia en materia penal con el sistema acusatorio oral, y con ello, se ofrece respuesta a la sociedad con la exigencia al respeto a los principios procesal que van en función a la defensa de los derechos humanos.

Desde mi perspectiva, el cambio de paradigma en el sistema procesal penal sólo es un paso más en la preservación de la búsqueda de justicia, el devenir histórico del hombre ha dejado claro que los ideales apostados en todo sistema jurídico es cultivar la justicia en cada de decisión y darle a cada quién lo que le corresponde, sin embargo, cada sistema llega a un punto de declive en el que, sus ideales no van con la necesidad de la sociedad y es que el Derecho es ello, debe buscar cumplir las exigencias y se ve obligado a adecuarse para cumplir este cometido. Se espera que la implementación de este sistema cumpla la exigencia de liberar a quién es inocente y de no sólo condenar, sino repara el daño ocasionado a la víctima de un delito.

Muchos se preguntarán ¿Cómo se relaciona una reforma con la política criminal?, sin embargo, tiene que ver mucho, más de lo que pensamos (Pérez, 2012, pág. 46).

El debido proceso es “para los que creemos en la persona como fuente de derecho de derecho y en el estado democrático como organización para “interpretar” esa fuente (el conjunto de principios del proceso; al ser principios son importantes e influyen en todos los demás derechos procesales, pero, ello no quiere decir que sean derechos humanos. Así no podemos admitir al debido proceso como normas que crean “debido proceso” o normas que te otorgan y restringen derechos. Una vez superando las limitaciones del sistema penal anterior; el debido proceso es el comportamiento normal (ético) de los funcionarios públicos (en particular, de aquellos llamados a administrar justicia y los

órganos del Estado, no la excepción. El debido proceso es una constante, un modo (casi espontáneo) de actuar en la solución de los conflictos y, por ende, no requiere de más norma que la deontología, que no exige actuar en protección de los derechos y las personas (Murillo, 2019, pág. 29)

Primeramente, la política criminal es la que deberá delimitar y hacer las consideraciones pertinentes para determinar si una reforma legal y constitucional en materia de derecho penal es viable, pertinente y adecuada; así también, será la que con posterioridad a la reforma y una vez vigente, trabajara para que lo pretendido en dicho cambio sea eficaz y eficiente, de esta manera, debemos considerar que gran parte de la reforma en materia de justicia penal en México gira en rededor del tipo de política criminal que se tenga en el país.

Desafortunadamente, no sólo en México sino también en los países de América Latina la política criminal se ha reducido únicamente a la pena de prisión como forma de respuesta al fenómeno social de la delincuencia, debido al exceso de poder delegado al poder ejecutivo en la materia que nos ocupa, lo que ha tenido como resultado políticas autoritarias.

Una política criminal de carácter preventivo deberá ser siempre preponderantemente social, esto quiere decir, será una forma predilecta en la contención y disminución del fenómeno social del delito. Para ello la política criminal preventiva deberá valerse de una adecuada política social incluyente que tenga como base la aplicación de un derecho social, esto es, el derecho a la cultura, el arte, etcétera (Pérez, 2012, pág. 47).

Por otra parte, la política criminal represiva se entiende y se manifiesta en la actualidad como aquella forma excepcional de creación e implementación de medidas y programas represivos, transgresores de la dignidad humana, que tienen como finalidad castigar el delito. Sin embargo, a pesar de esta situación la política criminal de carácter represivo puede adquirir un perfil encaminado al respeto de los derechos humanos y la dignidad humana, esto a través de acciones encaminadas a la contención, limitación y desaparición de la violencia punitiva y el poder punitivo. Así, para lograr esto deberemos seguir el siguiente proceso:

- 1.- Para una contención, se debe hacer uso alternativo del derecho;
- 2.- Para una limitación, se debe disminuir y a la vez mejorar la pena de prisión;
- 3.- Para una desaparición, se debe hacer uso de penas alternativas a la prisión y se deben despenalizar las conductas delictivas;

Desafortunadamente, para la reforma constitucional del año 2008 en materia de justicia penal que implemento en México un sistema penal acusatorio no se hizo uso de una política criminal preventiva y mucho menos de una política criminal represiva orientada al respeto de los derechos humanos y la dignidad personal; por el contrario tuvo sustento en una política criminal represiva con la única finalidad de castigar el delito y carente de todo beneficio social.

Es por problemáticas así que surge el derecho penal del enemigo, el cual consiste en un régimen de excepción para la gente catalogada como enemigo del Estado.

Así surge un régimen penal de excepción, considerando que, al tiempo de la vigencia del derecho penal del enemigo se encuentra un derecho penal “para el ciudadano” que de igual forma es vigente en un mismo tiempo y territorio.

Cuanto menos, lo que la sociedad quiere (y espera) del Ministerio Público y de los órganos jurisdiccionales fue receptada por el Código Nacional de Procedimientos Penales; esto es un proceso eficaz y eficiente, claro y entendible, tanto para los técnicos que participan del mismo como para cualquier ciudadanos (Mac-Gregor, 2018, págs. 252-253).

El sistema acusatorio elegido con activa participación de la víctima u ofendido en etapas claves del proceso brinda la posibilidad de la controversia y la sustanciación con el control, en las primeras etapas, de un juez distinto a aquel que, a la vista de las pruebas ofrecidas, dictará un veredicto.

Desde el estudio sistemático del Código Único, y sin adentrarme en las cuestiones sociales y la idiosincrasia propia de México, desde un punto de vista técnico, pero con los matices de quien escribe y con las comparaciones realizadas, entiendo que el procedimiento penal mexicano logra ese equilibrio entre eficacia y garantía, no sólo porque protege los derechos del imputado al fijar límites a la arbitrariedad del Estado con principios infranqueables para los órganos de poder, sino también porque da relevancia a la víctima como parte importante del proceso y garantiza los papeles y términos procesales.

El desafío está planteado. La sociedad toda (operadores del sistema incluidos) deberá tomar y acunar el nuevo procedimiento, defendiéndolo de sus detractores si los tiene, sosteniéndolo, aceptando posibles reformas que la práctica demuestre necesarias, pero sin perder de vista los preceptos que lo han acuñado y a los que me referí en estas páginas.

El camino es difícil, se los aseguro, pero tranquilidad para todos los mexicanos de un nuevo sistema de justicia, con las características encontradas, permitirá creer nuevamente en el sistema judicial y, por ende, en la República.

Para poder ver los beneficios debemos comparar el nuevo sistema con el del pasado. La prisión preventiva, representa un grave problema y se trata de la privación de la libertad previa a la sentencia.

Entonces la prisión preventiva, es una medida precautoria de índole personal que crea al individuo en el cual recae un estado más o menos permanente de prevención de su libertad física soportada en un establecimiento público destinado al efecto y que es decretada por un juez competente en el curso de una causa contra el sindicado como partícipe en la comisión de un delito reprimido con pena privativa de la libertad con el único objeto de asegurar su presencia a juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena (Alejandro, 2013, págs. 104-106).

En el Sistema Penal Mixto que México adoptaba en años anteriores a la reforma en materia penal de 2008, la prisión era considerada como una medida de seguridad, ya que no pretendía cumplir funciones de retribución o de prevención

general y sólo se aplicaba a personas que se suponían inocentes, en tanto no existía sentencia en su contra.

Es entonces que en la prisión preventiva no existe un reproche moral hecho al sujeto para cuestionar la desviación en su conducta, tampoco se pretende intimidar e incluso no hay determinación, pues persiste solo lo que dura el juicio, si no se basa tan solo en una presunta peligrosidad ante la sospecha de que el sujeto cometió un delito.

Los principales objetivos que tenía la prisión preventiva eran los siguientes: Impedir la fuga; asegurar la presencia a juicio; asegurar las pruebas; proteger a los testigos; evitar el ocultamiento o uso del producto de un delito; garantizar la ejecución de la pena; proteger al acusado de sus cómplices; proteger al criminal de sus víctimas; evitar que se concluya el delito; prevenir la reincidencia; garantizar la reparación del daño y proteger a las víctimas del criminal y sus cómplices.

Sin embargo, a pesar de los objetivos planteados para la prisión preventiva, cabe mencionar que todos ellos pueden ser sustituidos por otras medidas dejando la privación de la libertad como excepcional para otras situaciones en las que los delincuentes sean de alta peligrosidad y no haya otra opción para asegurar al sujeto.

La privación de la libertad de un probable responsable siempre debe ser la última instancia y en casos muy extremos en los que se necesite tener la certeza de que el imputado se presente al juicio y se resguarde la seguridad de las víctimas.

El sistema acusatorio tiene la característica esencial respecto a la positivización de los derechos de las personas privadas de su libertad. El primer derecho que se ha de ofrecer, al imputado, es el de no estar detenido. Sin embargo, es claro que los derechos de los imputados, protegidos por la Constitución Política, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 20, apartado B, determina todas las exigencias de un derecho adjetivo que procura el debido proceso, dentro de las actuaciones del órgano jurisdiccional. (Murillo, 2019, pág. 126).

De igual manera, se han hecho algunas aseveraciones, como las siguientes: (Alejandro, 2013, págs. 107-109).

Con las reformas de 2008, se llevó a cabo una transición del Sistema Penal Mixto al Sistema Penal Acusatorio y en él encontramos cuales son las medidas cautelares personales que se pueden aplicar al imputado, unas más gravosas que otras, ya que algunas pueden afectar la libertad personal, por otro lado también debe tomarse en cuenta que la medida cautelar que se pretenda solicitar, dependerá del momento en que se peticione

En materia de medidas cautelares el acto procesal conocido como comunicación de la imputación que se actualiza en la etapa preliminar desempeña un papel trascendental para solicitar la medida idónea. Dicho acto se convierte en un parteaguas verdadero, al servir de parámetro orientador para determinar qué tipo de medida cautelar personal debe solicitarse. Luego, se reconoce que existe medidas cautelares personales que se aplican de manera previa a la comunicación de la imputación, y otras que se aplican posteriormente a dicha comunicación.

Las otras medidas que pueden aplicarse después de la comunicación de la imputación, pueden ser; la presentación periódica del imputado, la presentación de una garantía económica, la prohibición de salir de cierta localidad o del país, la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada la colocación de localizadores, la separación inmediata del cargo profesional u oficio cuando se atribuya un delito cometido con motivo de estos, así como la prisión preventiva.

Pero como ya se explicó en líneas anteriores, la prisión preventiva es la medida cautelar personal más compleja que se aplica debido a que priva de libertad al imputado en un espacio carcelaria y su aplicación es compatible con todas y cada una de las causales que justifican la necesidad de cautela.

A pesar de que se sostiene que, dentro del Sistema Acusatorio, a diferencia del Mixto, es una medida que sólo se puede aplicar de manera posterior a la comunicación de la imputación, debe notarse que la misma puede ser solicitada antes de la vinculación a proceso o posteriormente a dicha resolución, dándose hipótesis distintas en cuanto a su imposición.

La regla general será que se solicite una vez dictado el auto de vinculación a proceso, a fin de dar por sentado objetivamente el juicio de valor sobre el fondo del asunto y colmar así la apariencia del buen derecho, pero también puede suceder que sea solicitada de manera anterior a dicha determinación, lo cual es igualmente válido, con la precisión de que en este caso el juicio de valor sobre el fondo del asunto será de manera subjetiva, es decir, no la expresará en la resolución de la imposición de la medida.

Existe otra diferencia entre el primero y el segundo caso, ya que en que este último la duración de la medida será indeterminada en tanto cambien las condiciones que dieron lugar a su imposición, sin que puede exceder del plazo legal, mientras que en el primero, su duración es efímera, pues está condicionada a la duración del término constitucional, extinguiéndose los efectos de la medida cuando sea resuelta la situación jurídica del imputado, con la independencia de que sea impuesta la misma medida al retirar la petición alguna de las partes; pues en ese caso el fundamento de la apariencia del buen derecho resulta ser, ya no la imputación inicial, sino la vinculación a proceso.

Oralidad en el Sistema Penal Acusatorio

Respecto a la oralidad, se han emitido varias posturas como las siguientes: (Alejandro, 2013, págs. 115-117).

La oralidad, es un principio, que para muchos autores es de suma importancia para un Estado de derecho, al imponer que todos los actos del proceso sean desarrollados mediante la palabra hablada, ya sea en cuanto a los argumentos de las partes o al desahogo de las pruebas

Si los juristas hubieran demostrado, conforme a la Ley Suprema, que la oralidad facilita la prontitud de la justicia, el proceso hubiera sido oral, desde que fue establecido. Sin embargo, las garantías de “audiencia” que se consagran en el artículo 14 de la Constitución; la fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento, según el artículo 16 del mismo ordenamiento, así como los autos, sentencias y demás providencias, han exigido interpretar que la escritura prevalece sobre la oralidad. Es la desconfianza la que ha hecho que se acuda, al documento escrito (Alejandro, 2013, pág. 116).

Como ya se advirtió, la oralidad no será aplicada en todas las fases del proceso, esto de acuerdo a la división que hace el constituyente entre la indagatoria y el proceso, en el artículo 20, apartado B, segundo párrafo, de la Constitución, en donde se establece que “El imputado y su defensor tendrá acceso a los Registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle” y por obviedad estos registros serán escritos.

Se encuentran otras excepciones a la propia reforma de 2008, que establece el principio de oralidad, como es la expuesta en el artículo 20, fracción VII, del apartado A, al preverse la posibilidad de renunciar al principio en comento, al actualizarse la terminación anticipada en audiencia de sentencia, siempre y cuando el imputado reconozca su participación en el delito y existan medios de convicción para corroborar la imputación, consecuentemente en tales casos no será necesario la producción oral de la prueba sino bastará los registros de la investigación para fundar la sentencia.

Otra excepción es en materia de delincuencia organizada, pues para que se tenga éxito en la investigación, se establece la posibilidad en que en aquellos casos en que no se pueda reproducir la prueba en el juicio de manera oral se estará a las actuaciones practicadas durante la indagatoria. Esta es una característica distintiva de los sistemas inquisitivos, lo que establece una dualidad de sistemas, por un lado, garantista para la delincuencia común; por otro apoyándose en el derecho penal del enemigo, tratándose de delincuencia organizada.

Por último, la fracción III del apartado A del mismo artículo 20 Constitucional, establece la figura de la prueba anticipada, cuya realización en el juicio, no es de manera oral, esto es, el testimonio no se desahoga materialmente en el juicio, sino que su dicho se introduce a través de la lectura de un acta, en la que consta la declaración de testigo. Igualmente encontramos al lado de esta prueba, los documentos que por su propia y especial naturaleza no pueden ser desahogados o reproducidos de manera oral, sino que lo serán en todos los casos a través de la lectura.

Con todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que si bien la reforma en materia penal que se llevó a cabo en 2008, propone utilizar el principio de oralidad en los juicios, no en todas las diligencias se aplica, ya que muchas de las actuaciones tiene que ser registradas de forma escrita.

Más adelante, el mismo autor asegura: (Alejandro, 2013, págs. 144-147).

Después de la reforma penal en el año 2008, el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableció uno de los principios torales del Sistema Procesal Acusatorio el cual es la oralidad

Es de suma importancia que el proceso se lleve de manera oral y que las participaciones de los sujetos procesales sean así porque la metodología por la cual se pretende llevar es de audiencias, no así de expedientes, llevándonos entonces a cumplir con otro par de principios como es el de publicidad e inmediación.

Las etapas que deben llevarse a cabo dentro del Sistema Procesal Penal Acusatorio, es la de investigación, en donde lo que se pretende es esclarecer los hechos para así comenzar a reunir las pruebas necesarias que apoyen al Ministerio Público a demostrar la culpabilidad o inocencia del probable responsable de la comisión de un delito. Esta etapa comienza con la audiencia o querrela de la posible comisión de hechos delictuosos, sin embargo, la etapa de

investigación en este nuevo proceso no solo le compete al Ministerio Público, sino también coadyuvan con él, los agentes de la policía y los peritos.

El objetivo primordial de la etapa de investigación es determinar si existe o no fundamento para abrir un juicio penal contra una o varias personas.

Después de ocurrida la etapa de investigación, se lleva a cabo la Audiencia de Formulación de Imputación, en la cual el agente del Ministerio Público hace del conocimiento del imputado dentro del Sistema Acusatorio es que se conserve la libertad de las personas en tanto no se compruebe su culpabilidad, respetándose también con ello el principio de presunción de inocencia.

Después dentro de la misma audiencia de formulación de imputación el juez debe señalar la fecha para la audiencia de vinculación a proceso, sin embargo el imputado puede renunciar al plazo otorgado por nuestra constitución pedir que se resuelva en esa misma audiencia su vinculación.

Es así que durante la etapa intermedia se admiten los medios de prueba que se presentaran durante el juicio, esta tiene dos fases una oral y otra escrita, esta última se compone por la acusación y la primera por la reparación del juicio oral.

Una vez que se lleva a cabo todo lo anterior la última etapa del proceso es la de juicio oral, a esta no se llega en todos los casos que se plantean, según el nuevo procedimiento acusatorio, sin embargo si el conflicto penal se resolverá hasta el juicio oral se pone total atención para que la resolución que dicte el juez sea justa e imparcial.

Esta nueva forma de impartición de justicia de manera oral tiene entre otras ventajas el resolver más rápido los conflictos en materia penal, si es que no se ha llegado a una solución con un medio alterno.

Dentro del juicio oral se presentan los alegatos de apertura que es donde ambas partes hacen del conocimiento del juez los hechos por medio de un relato oral, para después pasar al desahogo de pruebas, ya sean testimoniales,

interrogatorios, contrainterrogatorios, periciales o documentales, para pasar a los alegatos de clausura en donde se dan las conclusiones argumentadas sobre el caso. Después de que se han agotado las etapas correspondientes al juicio oral el Juez tiene que dictar la sentencia, la cual es la decisión que pone fin al proceso y puede ser condenatoria o absolutoria.

El Sistema Penal Acusatorio, que se adoptó en nuestra legislación después de las reformas del año 2008, presenta en su procedimiento ciertas ventajas siendo la más importante la rapidez en el proceso, ya que como bien lo establece la Constitución de la Justicia debe ser pronta y expedita.

Con las reformas al Sistema Penal Procesal, cambio el sentido que tenía la prisión preventiva ya que antes en el Sistema Mixto, esta tenía como objeto la seguridad y no una retribución o prevención general, como hoy en día, es decir antes de las reformas de 2008, lo que se pretendía con la prisión preventiva era impedir la fuga, asegurar la presencia del probable responsable de la comisión del delito en juicio, así como proteger a los testigos y víctimas

Sin embargo a lo largo del tiempo se ha abusado de la prisión preventiva y esta ha perdido su principal objetivo de vista, es así que en la actualidad enfrentamos problemas de sobrepoblación y hacinamiento en los centros penitenciarios, situaciones que con el nuevo sistema penal se desean cambiar, tomando en cuenta que se debe respetar el principio de inocencia y el derecho a la libertad de los individuos.

Como ya se había tratado en líneas anteriores, dentro del capítulo quinto, se retoma la oralidad en el sistema procesal mixto, se pretende que las cinco etapas del proceso, es decir, en la preparatoria, intermedia, de juicio, de impugnación y de ejecución, se supere el proceso escrito y todo sea llevado a cabo de manera oral, sin embargo de algunas actuaciones se deben dejar registros tanto en audio como en video, y en algunas ocasiones por escrito.

En la actualidad los juicios orales ya se han implementado en todos los Estados de la República Mexicana, desde Nuevo León hasta Quintana Roo, así surge la

infraestructura necesaria para que en el resto de la República se pueda impartir justicia de esta manera, que basada en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe ser pronta y expedita.

Ahora bien, el acceso a la justicia (artículo 17 constitucional) no es, únicamente, acceso a la jurisdicción, sino a la protección de ese derecho por las vías adecuadas, por lo cual, dentro del sistema procesal penal acusatorio, confluyen dos principios especialmente importantes: el principio de jurisdicción y el de alternatividad. En razón de estos principios, la administración de justicia comprende que ésta se adquiere por decisión del órgano jurisdiccional o por decisión de un tercero (arbitro, negociador, conciliador, mediador, etcétera), que pueda dirimir los conflictos y resolver, en definitiva. Por eso se debe ser crítico de la estructura del proceso penal, como lo es la importancia de desahogo de pruebas; pero, por el contrario, hemos admitido como el principal principio rector del sistema acusatorio, además del principio acusatorio, el de alternatividad, porque el imputado, la víctima y el ofendido han atraído, a la justicia, a la meda de las “negociaciones”.

El Estado, entonces, “renuncia” al “monopolio” de la administración de justicia, sin abandonar, claro está, a la jurisdicción, así se entiende el estudio del artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando dispone que “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias” limitando, en materia penal, “su aplicación” y exigiendo que se asegure “la reparación del daño” y, consecuentemente, “los casos en los que se requerirá supervisión judicial” (Murillo, 2019, pág. 85).

El Sistema Procesal Acusatorio, como bien se ha dicho, trae consigo muchas ventajas, entre las cuales se tienen los medios de solución de controversias alternos al juicio oral y se pretende que con negociaciones que se lleven cabo antes del proceso, se pueda evitar que se llegue al juicio y se puedan otorgar beneficios cuando el probable responsable de la comisión del delito esté dispuesto a cooperar con las autoridades.

Conclusiones

1. Durante la historia del pensamiento jurídico de occidente surgen figuras como Bentham y Beccaria que pugnan por un sistema penitenciario radicalmente diferente al impuesto por las autoridades políticas, buscan un sistema que se orienta más en las necesidades del delincuente que en su castigo. Foucault lleva a otro nivel este pensamiento estableciendo la necesidad de crear un sistema donde se rehabilite al delincuente, en contraste con los penalistas del pasado, estas ideas sobre la “dignidad” del ser humano, posteriormente inspiraron a juristas como Ferrajoli para poder crear un sistema más complejo que justificaría las actuaciones de los tribunales desde una perspectiva más humanista.
2. Durante mucho tiempo nuestro derecho procesal penal se rigió por los caprichos de la burocracia mexicana debido a la preponderancia de lo “escrito” sobre lo “oral”, así no se implemento un proceso “abreviado” y todo se regía conforme al derecho positivo y los dictámenes del Código Penal. Este procedimiento no contaba con las formalidades y oralidad que otros países del mundo (Chile, Argentina) habían desarrollado. Hay pruebas empíricas que muestra claramente que un sistema fundamentado en la actuación oral y no en el papeleo es más ágil y menos costoso. Así demostrando un claro progreso en la distribución de justicia.
3. Una de las más fuertes críticas del garantismo penal desarrollado por Ferrajoli es que no castiga debidamente al “criminal”, ya que crea “agujeros” dentro de la ley, donde al policía se le puede “criticar” por un uso indebido de la fuerza contra el “imputado”. Así abogando por un sistema de justicia donde el policía tenga más libertades. No obstante, los derechos humanos deben significar una defensa al principio de “presunción de inocencia”. Por lo tanto, se puede abogar por un “punto medio” entre estas dos posturas. Ahora Ferrajoli no es ajeno a los problemas que acarrea y que se amontonan con la aplicación de los criterios de oportunidad. Afirma que el sistema se introdujo subrepticamente en Italia bajo la modalidad de “negociaciones” sobre la pena o sobre el procedimiento. Dedicó un amplísimo apartado el examen de la negociación derivada de sus principios y sus diferentes figuras: no niega la ventaja de la máxima eficacia, ventaja que

puede elevarse hasta 90% de los casos. Sin embargo, “esta ventaja se obtiene al precio de una pesada connotación policial y burocrática del grueso de la justicia penal y de una evidente discriminación en perjuicio de cuantos, por su situación económica, son obligados a renunciar, no sólo como entre nosotros, a una defensa adecuada, sino incluso, a un justo proceso como si se tratase de un lujo inaccesible”. No exagera. En este sistema, el imputado queda expuesto a coacciones y amenazas, aunque también, desde otro ángulo, a la oferta de recompensas.

4. En la Constitución de 1857, se consagra los derechos del hombre y por primera vez se considera el derecho a la defensa para los inculpados, sin embargo, esta garantía tuvo deficiencias notorias al no estar debidamente especificadas las facultades, las finalidades y competencias de la defensa, posteriormente en la Constitución de 1917, se le da una verdadera importancia al derecho de la defensa gratuita otorgada por el Estado a la vez de considerarla obligatoria en las causas penales, para no ver mutilada la garantía de la defensa por falta de medios económicos; de ahí que tanto el Juez como el Agente del Ministerio Público tienen la obligación de proporcionar y cuidar que al acusado no le falte la asistencia jurídica en ningún acto procesal.
5. Además, con las reformas del 18 de junio de 2008, el derecho de defensa cobra mayor importancia y se reforma de una manera excelente, desde mi punto de vista el artículo 20 constitucional en lo que corresponde al tema central del presente trabajo, eliminando como ya quedó estableciendo lo que es una “garantía procesal” (hoy, parte de los derechos humanos), lo cual significa que habría dignidad ante la ley para ambas partes del proceso.
6. México es un país con una diversidad cultural significativa, eso significa que su sistema legal debe reflejar la identidad nacional de todas las culturas en su totalidad. Así surge la necesidad de poder crear un sistema para poder distribuir justicia entre grupos marginados y hegemónicos. Esto se ha demostrado con los procesos históricos que justificaron los conceptos de “justicia social” contenidos en la constitución de 1917 y sus posteriores reformas durante las últimas tres décadas recientes.

7. La esencia de la conceptualización es un tema importante, en primer lugar, el nuevo proceso penal no es completamente oral, sino (más bien) mixto; en este sentido, reincide en la práctica burocrática de contemplar diligencias y constancias orales y escritas. Así antes de que inicie una audiencia se debe tener lista la documentación justificada en la carpeta de investigación.
8. El artículo 40 (Código Nacional de Procedimiento Penales), que se refiere a la oralidad de las actuaciones, sostiene: “La recusación debe interponerse ante el propio Juez o Magistrado recusado, por escrito y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que se tuvo conocimiento del impedimento...”.
9. En la percepción popular y no pocas veces en las apreciaciones de los estudiosos, hay un abuso en la caracterización del nuevo sistema como sistema oral. Se trata de un fenómeno que, por un lado, introduce confusión y vaguedad y, por el otro, ausencia de claridad en la doctrina. Por eso algunos comentarios sobre esta cuestión no sólo son repetitivos, sino un tanto grotescos, ya que remiten a una experiencia fallida de cambio; el paso del sistema impropio llamado inquisitivo al sistema oral, experiencia de cambio que, hasta ahora, no ha dado buenos frutos en América Latina.
10. El segundo punto destaca que el triángulo procesal: juez, ministerio público y defensa, no está ni equilibrado ni delimitado al subsistir viejas fallas en la averiguación previa, ahora nombrada “investigación inicial”. Se trata de una fase procedimental que, con o sin detenido, es desahogada bajo la autoridad del ministerio público -ahora fiscal- que por la inercia y por el peso de nuestros vicios puede actuar de modo sesgado y discrecional, contando, además, con la participación de las corporaciones policiales y de las fuerzas armadas, según la práctica anticonstitucional establecida en la administración de Felipe Calderón.
11. De persistir esta práctica (discrecionalidad del Ministerio Público en la “investigación inicial”) el nuevo sistema penal puede poner un primer plano y privilegiar peligrosamente el modelo de justicia restaurativa o justicia reparadora, paradigma en países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra y

otros, con altos índices de ingreso per-capital, y propiciar un tipo de justicia que se reduce a la reparación del agravio. Modelo que es inviable en México, país donde hay un gran rezago económico, social y cultural, y arrastra bruscos contrastes y una gran desigualdad en la distribución del ingreso nacional. Así se puede justificar que nuestro sistema tenga cierto interés por los jueces kelsenianos que buscan la justicia “tradicional” conforme a nuestra idiosincrasia nacional.

12. El imprescindible principio de presunción de inocencia *pro homine*, puede ser vulnerado en la “investigación inicial”, fase que registra resabios inquisitivos en la discutible medida cautelar del arraigo, subrepticamente contemplada en México fuera del Código Procesal Penal, en otro ordenamiento.
13. El arraigo a pesar de su carácter de excepción a la garantía de libertad personales una cuestión de hoy, a nivel internacional, está en debate, se trata de una anomalía que, si bien va en contra de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, también protege a los imputados y ofendidos.
14. Artificialmente, de forma arbitraria el ordenamiento cambia la terminología del procedimiento penal. Veamos, en vez de averiguación previa, la etapa ahora se llama “investigación inicial”. En vez de expediente o acta, ahora se le denomina carpeta de investigación. En vez de cuerpo del delito y de presunta responsabilidad del imputado, el artículo 19 constitucional reformado concluye su primer párrafo con los términos siguientes: “Los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”. Así las categorías técnicas “cuerpo del delito” y “presunta responsabilidad del imputado” son substituidas por una descripción que engloba sus contenidos.
15. Cabe destacar que el nuevo ordenamiento incorpora a la legislación algunas posibilidades que, derivadas de los avances tecnológicos, pueden contribuir a mejorar el procedimiento penal en aras de una justicia ágil y expedita, como las notificaciones por fax o por correo electrónico; el empleo de la firma digital; las

llamadas “audiencias a distancia”; las videoconferencias; y, finalmente, el uso de localizadores electrónicos.

16. Hay frases de proclama. No podemos ignorar que la del “debido proceso” es una bandera con la que quieren desfilar muchos que, espero, lleguen a respetar los derechos de las personas. Pero ¿es el debido proceso un derecho humano? Cuando respondo que no, lo hago con base en una gran mayoría de autores que parten del debido proceso como derecho humano, pues, estos juristas definen al debido proceso de modo negativo, es decir, cuando se viola un derecho procesal se viola el debido proceso.
17. En la era de los derechos humanos es conveniente saber qué es un derecho humano. En definitiva, todos los derechos son de las personas y, desde el principio pro-persona, es fácil concebir al derecho teniendo a la persona como fuente de estos; pero, esta era se enfrenta a una concepción y segmentación de la persona humana equivocada, puesto que ahora los derechos humanos, desde los años 70, han perdido fuerza en su realidad jurídica por la debilidad del nuevo paradigma. En efecto, los derechos humanos se observan desde la perspectiva personal de cada persona (de la libre personalidad) y desde ahí se pretende definir lo que es y lo que no es discriminación; pero, no admitir los derechos de la perspectiva personal es discriminar.
18. Los derechos humanos son derechos de todos y cada una de las personas humanas. Cuando empezamos a producir derechos para ciertas personas, como el debido proceso, entonces dejan de ser derechos de todos para convertirse en derechos de unos pocos, es lo que está ocurriendo con el debido proceso que, necesario para la justicia en la aplicación del proceso (especialmente ante el organismo jurisdiccional), lo hemos hecho derechos de todos cuando sólo es derecho de aquellos sometidos a proceso.
19. Sin ignorar la filosofía del sistema procesal, no podemos negar que todo proceso puede llegar a ser arbitrario, y eso es lo que impide hablar de derechos humanos desde el proceso, en todo caso, los únicos derechos procesales que podemos considerar como derechos humanos son el acceso a la justicia que se concreta;

de audiencia (derecho a ser escuchado) y de defensa (derecho a ser defendido técnica, letrada y materialmente); y, por ende, derecho a conocer la acusación (si ha sido acusado); la prueba con que se comprueba esa acusación; poder rebatir la acusación con prueba de descargo, con la ayuda de un abogado defensor (derecho de defensa); a ser escuchado por un juez en audiencia; y a impugnar las decisiones cuando causan perjuicio; es decir, la suma de derechos que producen un proceso debido.

20. Se debe concluir con una cuestión general: es importante subrayar que, en el sentido amplio del término, la reforma constitucional de 2008 afectó, al mismo tiempo, a la ley fundamental y al ordenamiento adjetivo penal. En ambos niveles quebrantó el principio de legalidad. Si vemos con cuidado las cosas, advertimos que la “importación” del criterio de oportunidad introduce elementos contradictorios en los artículos 14 y 21 constitucionales, elementos que se reiteran en el nuevo Código. En efecto, el párrafo tercero del artículo 21 constitucional ordena: “La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”. Quisiera poner un énfasis especial en la expresión: “son propias y exclusivas de la autoridad judicial”. Por su parte, el párrafo tercero del artículo 14 constitucional establece: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. Las prescripciones constitucionales contenidas en estos párrafos se contraponen con el párrafo séptimo del artículo 21 constitucional, que la letra dice: “El ministro público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”. A su vez, el Código en el artículo 256 establece los límites y los alcances de los criterios de oportunidad, criterios que permiten el Ministerio Público, discrecionalmente, asumir funciones propias de los jueces.
21. El artículo 20 constitucional en su apartado B. De los derechos de toda persona imputada, fracción segunda, ordena: A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se la habrá saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio el cual no podrán ser utilizado en su perjuicio. Queda

prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.

22. El texto de la ley fundamental es tan claro que la fracción tercera del artículo 113 del Código adjetivo se limitó a copiarlo. No sucede lo mismo con el párrafo cuarto del artículo 129, un verdadero desacierto gramatical y legislativo. Lo transcribo íntegro: “El Ministerio Público podrá, con pleno respeto a los derechos que lo amparan y en presencia del Defensor, solicitar la comparecencia del imputado y/u ordenar su declaración, cuando considere que es relevante para esclarecer la existencia del hecho delictivo y la probable participación o intervención”. El verbo ordenar tiene, entre otras connotaciones, la de mandar que se haga una cosa; en este sentido, mandar significa, sin otra interpretación posible, dar una orden, imponer una acción. De esta manera, la inconstitucionalidad del párrafo cuarto se opone a la carta fundamental no sólo por el hecho de que contradice la garantía que protege cualquier persona imputada para declarar o guardar silencio, sino porque deja a favor del Ministerio Público la posibilidad de intimidar al acusado, amenaza que la ley penal toda incomunicación, intimidación o tortura. Si tomamos en cuenta las denuncias permanentes sobre el autoritarismo, la prepotencia y la corrupción de las autoridades ministeriales, se pone de relieve el despropósito que representa la redacción del párrafo cuarto del artículo 129, redacción que descansa sobre el verbo ordenar, toda la fuerza intimidatoria que el texto constitucional impide.

23. El artículo 335 (Código Nacional de Procedimientos Penales) en la fracción segunda y en el último párrafo contempla medidas que no encuentran justificación ni siquiera en el sentido común y que, para vergüenza del legislador, chocan con lo que el artículo 14 constitucional ordena. La fracción II contempla multas de 200 a 5000 salarios mínimos y el último párrafo del numeral establece la privación de la libertad a testigos y a peritos hasta por quince días. Por último, el dispositivo 381, ignorando lo prescrito en el artículo 17 constitucional, ordena que, en determinados casos, los medios de prueba contenidos en un soporte tecnológico los debe proporcionar o facilitar el oferente.

Conclusión.

Ferrajoli señala que las fuentes de legitimidad de la jurisdicción es la consciencia del proceso de conocimiento del juez (su apego a la legalidad y a la motivación conforme a un papel garante de los derechos). Esto último implica que las decisiones de los jueces se legitiman cuando son independientes, lo que exige es un sistemático respeto de las garantías penales y procesales (más allá de la voluntad o el consenso de cualquiera) y, así estas son esencialmente garantías de los derechos de libertad y de inmunidad de la persona contra el arbitrio policiaco y judicial.

A lo largo de esta obra he demostrado en qué consiste el carácter moral del procedimiento acusatorio y oral, y también sostuve que una de sus teleologías es incrementar los niveles de confianza, es decir, de legitimidad, del sistema de justicia penal. Una de estas exigencias es que el juez decida no con base en intuiciones o de manera subjetiva, sino a partir de un método dialéctico de contrastación de los hechos en el que se demuestre la que tiene un grado más elevado de probabilidad lógica, esto es, la que lógicamente logra confirmarse: el instrumento fundamental es el de la probabilidad lógica o de la confirmación lógica de la “verdad probatoria” con base en los elementos de prueba disponibles que, además, es el esquema fundamental del razonamiento probatorio.

Y además de la confirmación de “hipótesis”, es fundamental el diseño procedimental que lo permita: si un procedimiento concede excesivas ventajas a quien acusa para generar un estado de indefensión al imputado, genera un procedimiento con fallas epistémicas tan solo por el hecho de que el juez se convence no por lo que ve y escucha directamente de las fuentes de información, sino por lo que lee a partir de escritos redactados por sus auxiliares.

Pero si el procedimiento está diseñado para mantener el equilibrio procesal, en donde el juez es el tercero ajeno al conflicto que le corresponde decidir y se convence a partir de lo que las partes logran demostrarle directamente, se trata de un procedimiento ecuánime que genera una decisión justa y, por ende, con una verdad legal sostenible, por tener correspondencia con lo acaecido durante el proceso. Lo justo debe ser una casualidad tanto del procedimiento como de sus resultados y también está dado por el tipo de pruebas que se introducen al juicio, es decir, que sea prueba válida: obtenida con respeto a derechos fundamentales y desahogada con las formalidades de la ley, donde sosteniendo que la verdad de la sentencia, si tiene correspondencia con los hechos y la

prueba, es la verdad que debe prevalecer conforme a la correspondencia de los hechos, para evitar una sentencia condenatoria innecesaria.

Cuando el ordenamiento jurídico subraya la necesidad de velar por la libertad, quiere decir que la ley debe estar organizada para permitir a cada ciudadano realizarse a sí mismo dentro de ella con lo mejor de sus virtualidades personales. El ciudadano no puede buscar ni realizar sus caprichos fuera de un medio ambiente “jurídico”. No podemos operar un sistema jurídico donde solo existan privilegios para ciertas clases sociales, y excluyendo a otras sistemáticamente. La realización personal de cada quien depende así del compromiso del Estado para garantizar la dignidad humana y el bien común dentro del procedimiento penal.

Es por esta razón por lo que el deber primordial de todo operador jurídico consiste en velar primordialmente por el bien común. Velar sobre el bien común es, por ejemplo, hacer exactamente lo inverso de lo que hacen los políticos corruptos, que velan por su bien particular.

Velar por el bien común implica que los responsables, aquéllos que ejercen el poder político, ejerzan también una justicia que tome en cuenta la diversidad de las personas y de las situaciones. El bien común requiere, por ejemplo, que los ciudadanos disfruten de una legislación que tome en cuenta los derechos humanos a la hora de ser juzgados para garantizar su dignidad humana. Medidas como estas significarían un mejoramiento de las condiciones de vida en la comunidad. El bien común debe, por lo tanto, tener en cuenta un conjunto muy complejo de requisitos que califican moralmente al conjunto de la vida en sociedad para garantizar la “dignidad del ser humano”.

El favoritismo y el clientelismo que orillan a ceder ventajas no merecidas o a disfrutar de ellas, son faltas contra el concepto de justicia en todas sus acepciones.

En conclusión, no es solamente necesario tener un sistema que garantizan la dignidad humana a todos los sujetos del procedimiento penal, sino que es necesario evitar el reduccionismo al derecho positivo mexicano, e impulsar el estudio de otras ramas a fines con el derecho penal, ya sea criminología, criminalística, psicología, filosofía, demografía, etcétera.

Bibliografía

Alamilla, G. S. (N.F de Mayo de 2016). *Los Principios Procesales que rigen el nuevo sistema penal oral acusatorio en México*. Obtenido de <http://bibliotecas.uqroo.mx/http://192.100.164.54/H/HV7231.SA11.2016-2431.pdf>

- Alejandro, G. S. (N.F de Mayo de 2013). *Sistema penal acusatorio, ventajas sobre el sistema penal mixto*. Obtenido de TESIUNAM:
<http://132.248.9.195/ptd2013/agosto/0699800/Index.html>
- Aranda, E. D. (1998). La política criminal de la reforma penal en México. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 589-598.
- Ayala, E. d. (N.F de N.F de 2017). *Etapas del Nuevo Sistema Acusatorio Adversarial*. Recuperado el 17 de Febrero de 2019, de vLex Global: <http://vlex.com/source/perspectivas-derecho-21207>
- Bernal, G. H. (2017). *Reforma en materia de justicia penal el código nacional de procedimientos penales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bremauntz, E. M. (1998). *Derecho Penitenciario*. México: McGraw Hill.
- Cabezut, S. C. (2013). *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Oxford University Press.
- Carbonell, M. (2011). *Los Juicios Orales en México*. México: Porrúa.
- Cervantes, M. F. (N.F de Enero de 2011). *El Sistema Penal Acusatorio y su repercusión en el sistema penitenciario de México (Las reformas a la Constitución Política en materia penal de junio de 2008)*. Obtenido de TESIUNAM:
<http://132.248.9.195/ptb2011/mayo/0669102/Index.html>
- Chorres, H. B. (2014). *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral: actualización al Código Nacional de Procedimientos Penales*. Ciudad de México: Flores Editor y Distribuidor.
- Daza, A. P. (2016). *Código Nacional Procedimientos Penales: Teoría y práctica del proceso penal acusatorio*. Ciudad de México: Tirant lo blanch México.
- Estupiñán, M. L. (N.F. de N.F. de 2015). *La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2018, de Derecho Penal y Criminología:
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4612/5320>
- Foucault, M. (1997). *Vigilar y Castigar*. México: Siglo Veintiuno Editores, SA de CV.
- Guerrero, F. J. (N.F de N.F de 1997). *Las Garantías individuales en materia penal*. Recuperado el 8 de Diciembre de 2018, de TESIUNAM:
<http://132.248.9.195/ppt2002/0253907/index.htm>
- Herrera, M. K. (N.F. de Enero de 2009). *Análisis Garantista del Sistema Penitenciario en México*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2018, de TESIUNAM:
<http://132.248.9.195/ptd2009/febrero/0640018/Index.html>
- Instituto Federal de Defensoría Pública. (N.F de Junio de 2018). *Informe Anual de Labores 2017-2018. IFDP*. Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5393/1.pdf>

- Mac-Gregor, E. F. (2018). *Fortalecimiento de derechos, ampliación de libertades. Tomo 2*. México: Fondo De Cultura Económica.
- Martínez, B. E. (2017). *Derechos Fundamentales: Jurisprudencia constitucional penal*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Moguel, R. A. (25 de Abril de 2014). *El papel del juez nacional en el sistema penal acusatorio*. Obtenido de Vlex Global: <http://vlex.com/source/4800>
- Muciño, M. E. (2014). *Garantías Individuales*. México: Oxford University Press.
- Murillo, J. D. (2019). *Debido Proceso en el Derecho Procesal Penal*. Ciudad de México: Flores Editores y Distribuidor, S.A. de C.V.
- Oses, J. (1967). Jeremías Bentham y el Derecho Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 539-562.
- Pérez, H. O. (2012). *Implementación de un sistema penal acusatorio en México. Introducción crítica*. España: Editorial Académica Española.
- Placencia, L. G. (N.F de Octubre de 2010). *Reforma al sistema de justicia penal y derechos humanos*. Obtenido de Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal: https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_10_2010.pdf
- Ponte, R. L. (1993). *Los Derechos Humanos En El Constitucionalismo Mexicano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Ramírez, S. G. (2017). *Evolución del Sistema Penal en México*. Ciudad de México: INACIPE.
- Rangel, M. d. (2016). La implementación del nuevo sistema de justicia penal acusatorio en México. *Foro Jurídico*, 14-21.
- Salvatierra, C. B. (2009). *Derecho Procesal Penal*. México: McGraw-Hill.
- Vanguardia. (30 de Diciembre de 2017). *Nuevo Sistema Penal mexicano es 'caótico': The Washington Post*. Recuperado el 6 de Marzo de 2019, de Vanguardia: <https://vanguardia.com.mx/articulo/nuevo-sistema-penal-mexicano-es-caotico-washington-post>
- Villa, M. P. (2019). *La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral*. Querétaro, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual.
- Villeda, E. P. (2016). *La Secuencia del Procedimiento Penal en el Código Nacional*. Arrayán del rincón: Aqua Ediciones S.A. de C.V.
- Waldron, J. (2019). *Democratizar la dignidad: estudios sobre dignidad humana y derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

