

# DERECHO PROCESAL PENAL

## EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO ORAL A DOCE AÑOS DE SU IMPLEMENTACION EN MÉXICO

Ricardo OJEDA BOHÓRQUEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Detención del imputado*. III. *Prisión preventiva*. IV. *Valoración de la prueba*. V. *Incongruencias constitucionales*. VI. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El 18 de junio de 2020, se cumplieron 12 años de la reforma constitucional que estableció el nuevo sistema de justicia penal acusatorio oral, y seis años en que entró en vigor el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), el 6 de marzo de 2014.

En los medios de comunicación se han vertido distintas opiniones a favor y en contra del mencionado sistema.

Desde luego, hay quienes afirman que el nuevo sistema penal acusatorio es una maravilla, que sí está funcionando y que quienes opinan en contrario es por tener intereses propios; ejemplo de ello es la siguiente mención, que aparece en un periódico: "... algunos abogados penalistas que han perdido a sus clientes... lo consideran un fracaso... Hay que dar marcha atrás, exigen ciertos políticos, jueces y fiscales que no se resignan al cambio..."<sup>1</sup>

Sin embargo, la mayoría de la comunidad jurídica en general y la sociedad misma, es coincidente en que el sistema penal acusatorio en su totalidad, no está funcionando. *Nosotros los detenemos y los jueces los sueltan*, dicen los políticos del Poder Ejecutivo, encargados de la seguridad pública; por su

---

\* Doctor en derecho por la UNAM, maestro en ciencias jurídico penales por el Inacipe, especialidad en derecho constitucional por la Universidad de Salamanca, España, magistrado de circuito y miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, A. C.

<sup>1</sup> "Desafíos del sistema penal acusatorio", *El Universal*, 18 de junio de 2018.

parte, los jueces se justifican argumentando: “El fiscal no integró debidamente la carpeta de investigación”; por otro lado, los policías ante la ignorancia de la ley, se lavan las manos y no detienen a los imputados que cometen delitos en flagrancia, pues no quieren meterse en problemas de violación a los derechos humanos y, por otra parte, el fiscal argumenta tener poco tiempo para integrar su carpeta de investigación, en casos de flagrancia y caso urgente, pues sólo tiene 48 horas o el doble si se trata de delincuencia organizada.

En tal sentido, existen incluso voces extremas que opinan que debe regresar al anterior sistema penal escrito, y otras menos radicales que manifiestan que el nuevo sistema penal acusatorio oral debe continuar, pero hay que hacer reformas constitucionales y legales profundas para que funcione.

Sin embargo, lo cierto es que con el proceso penal acusatorio no están satisfechos los gobernantes encargados de la prevención y persecución del delito, ni los ofendidos por el mismo; además de que la sociedad tiene la percepción de que es un sistema de impunidad, señalando a la policía, al fiscal y finalmente a los jueces, de la injusticia que se genera e incluso a la corrupción.

Ahora bien, si la pregunta fuera ¿quiénes están fallando en el nuevo sistema de justicia penal, la policía, fiscales o jueces?; yo diría que todos están fallando en dar buenos resultados, pero ninguno de ellos es el responsable de la ineficacia del sistema penal mexicano, puesto que el responsable es sin duda el legislador federal, que en 2008 reformó la Constitución Política de nuestro país, estableciendo en su artículo 20 el proceso penal acusatorio y oral, pero en franca contradicción con los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 21 y 22 constitucionales, que también modificó, así como al legislar y poner en vigor en 2014 el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), el cual contiene una serie de contradicciones frente a la norma constitucional, así como diversas inconsistencias en algunas de sus disposiciones legales, que incluso se advierten más inquisitivas que las que establecía el Código Federal de Procedimientos Penales para el procedimiento escrito, como lo es la forma en que se encuentra regulada la apelación, la prohibición de la suplencia de la queja y los formalismos tan estrictos que se establecen para las audiencias en el proceso; de ahí las desafortunadas interpretaciones de los jueces (ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; magistrados de circuito y jueces de distrito, magistrados de los tribunales de los estados y jueces de dicho fuero), de las normas legales y constitucionales en vigor; así como la ineficacia del Ministerio Público, federal y estatal, ante la falta de facultades para cumplir con sus funciones y proteger a la víctima y la nula

intervención de la policía, ante las limitaciones legales para desempeñar debidamente sus funciones; además de la ineficiente capacitación que recibieron los actores del proceso, desde el inicio de la reforma, con base en teorías y legislaciones de otros países, pues el Código Nacional de Procedimientos Penales, se publicó seis años después de la reforma constitucional; incluso hubo estados como Oaxaca y Chihuahua, que legislaron inexplicablemente su código acusatorio, antes de la reforma constitucional, copiando códigos extranjeros de países con un sistema de república centralista y no federalista como el de México, hasta que por fin tuvieron el buen tino de hacer en 2014 el código único adjetivo (CNPP), conforme al sistema mandatado en la reforma constitucional de 2008.

Sin embargo, en lo personal considero que el sistema penal acusatorio oral mexicano no debe desaparecer, pues además del enorme gasto que ya se ha hecho, en un sistema democrático de derecho, necesitamos un proceso penal más transparente y eficaz, con principios procesales que garanticen la dignidad de ambas partes, víctima e imputado, como son los de publicidad, contradicción, concentración, inmediación, continuidad, igualdad procesal y presunción de inocencia, lo que el sistema penal acusatorio oral sí los contiene de manera expresa en el Código Nacional de Procedimientos Penales; por lo tanto, lo que debe de hacerse es una reforma constitucional y legal profunda a dicho procedimiento acusatorio, que brinde seguridad jurídica a nuestro sistema de justicia y credibilidad en los gobernados.

En dicho sentido, debe destacarse que el novedoso procedimiento penal acusatorio oral tiene grandes ventajas, pues además de los principios antes mencionados, se encuentran los criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado, los medios alternos de solución de controversias, así como los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso; sin embargo, la impunidad que ha generado el nuevo sistema salta a la vista y esto obedece a la mala legislación, respecto al sistema penal en la Constitución federal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en temas sensibles como son, entre otros, el de la detención del imputado, la prisión preventiva y la valoración de la prueba; temas que comentaré en seguida.

## II. DETENCIÓN DEL IMPUTADO

La detención del imputado conforme al artículo 16 de la Constitución federal sólo será legal si ésta obedece a la comisión de un delito y se ejecuta en flagrancia o por caso urgente, decretado por el Ministerio Público, o por orden de aprehensión decretada por la autoridad judicial.

Así, la detención en flagrancia constitucional se actualiza cuando el imputado es detenido al momento de estar cometiendo el delito o inmediatamente después de haberlo cometido; la flagrancia sólo se permite en delitos que se persiguen de oficio y sancionados con pena privativa de libertad, circunstancia que la Constitución no establece expresamente, pero debería decirlo en el párrafo quinto del artículo 16, de la siguiente forma: “Cualquier persona puede detener al imputado en el momento en que esté cometiendo un delito sancionado con pena privativa de libertad o inmediatamente después de haberlo cometido...”.

En los casos de flagrancia, el Ministerio Público tiene en principio que analizar si se da la flagrancia y si es así, decretar la retención del imputado hasta por 48 horas, o el doble de tiempo si se trata de delincuencia organizada, o bien decretar su libertad si no se actualiza la flagrancia; cumplido el término, para ejercitar o no la acción penal correspondiente ante el juez competente, el fiscal deberá analizar si existen datos de prueba que acrediten el hecho delictuoso y la probabilidad de que el imputado lo cometió; si se ejercita la acción penal, el juez de control deberá, en primer lugar, analizar también los requisitos de la detención, tal como lo marca la Constitución y ratificar la detención, con lo cual comienza el proceso penal acusatorio (artículo 16, párrafos séptimo y décimo de la Constitución federal); en caso de que no se ejercite la acción penal, el Ministerio público dejará en libertad al imputado, aun cuando al decretar la retención haya considerado que la detención fue legal, es decir, el fiscal debe decretar dos actuaciones, la retención analizando la legalidad de la detención en flagrancia o caso urgente y el ejercicio de la acción penal, analizando el hecho delictuoso y la probabilidad de que el imputado lo cometió.

No obstante, el Código Nacional de Procedimientos Penales contiene dos contradicciones notorias en sus artículos 146 y 148; lo anterior, toda vez que el artículo 16 constitucional establece dos supuestos de flagrancia, una cuando el imputado es aprehendido al momento de cometer el delito, y la otra cuando es detenido inmediatamente después de cometerlo; sin embargo, el artículo 146 del citado Código establece un supuesto más, cuando el imputado es señalado por la víctima o un testigo o el coacusado, se le encuentren al imputado en su poder los objetos, instrumentos o productos del delito, o existan señalamientos o indicios que presuman su participación en el ilícito, siempre y cuando no se haya interrumpido su búsqueda o localización; este último supuesto, desde luego, es inconstitucional, pues en este caso no dice cuántos minutos, horas o días más debe durar la búsqueda. Fuera de los dos casos que menciona la Constitución y en el tercer caso que

menciona el Código Procesal, lo que pudiera proceder si la persecución se interrumpió y se reúnen los requisitos constitucionales, es la orden de detención instruida por el Ministerio Público bajo el motivo de caso urgente.

Por otra parte, el artículo 148 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece la detención en flagrancia en delitos que requieran querrela de parte ofendida, cuando en estos delitos por su naturaleza no puede darse la flagrancia y por eso lo que procede es la orden de aprehensión judicial conforme al párrafo tercero del artículo 16 constitucional ya mencionado, que establece la querrela como requisito de procedencia para la orden de aprehensión.

En el caso de la detención por caso urgente, ordenada por el Ministerio Público, sólo procede en caso de delitos graves, término gramatical que quedó en desuso para este nuevo sistema, pero que se vieron en la necesidad de incluirlo y definir el concepto en la ley ordinaria, estableciéndose que son delitos graves, además de los que merecen prisión preventiva oficiosa, los que en su término medio aritmético tienen una penalidad privativa de libertad mayor a los cinco años (artículo 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales); los otros requisitos son: que exista el riesgo fundado de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia y que por razón de la hora, lugar o circunstancia no pueda acudir a la autoridad judicial.

En caso urgente, el Ministerio Público incurre en constantes errores que hacen que la detención sea ilegal. Como juez de amparo que he sido por muchos años, he advertido cómo primero detienen al imputado y después libran la orden de detención por caso urgente; o si ya está detenido por otro delito, primero lo declaran respecto al nuevo delito y luego libran la orden de detención, y también nos percatamos cómo algunos jueces ordinarios, para ratificar la detención, lo hacen con base en el análisis del hecho delictuoso y probable responsabilidad, o si están dentro o fuera del plazo para ejercitar la acción penal y no analizar si la detención en flagrancia o en caso urgente cumplió con los requisitos constitucionales.

Así, por todas esas contradicciones legales, la policía y los fiscales no saben qué hacer en los casos de flagrancia o caso urgente y muchas veces los jueces no ratifican la detención y dejan en libertad al imputado, o si la ratifican se les concede el amparo cuando es señalado como acto reclamado —la ratificación ilegal de la detención— en la demanda de amparo.

Ahora bien, respecto a la orden de aprehensión establecida en el párrafo tercero del artículo 16 constitucional, se requiere que la ordene la autoridad judicial, que preceda denuncia o querrela de un hecho sancionado como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que

establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió; sin embargo, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 141, fracción III, establece un requisito más para su procedencia, la necesidad de cautela, lo cual evidentemente va más allá de las exigencias constitucionales y resulta más benéfico para el imputado, pero constituye un agravio para el ofendido por la comisión del delito; en este caso, la policía deberá ponerlo de inmediato a disposición del juez y no ponerlo a disposición del fiscal, como ocurre en ocasiones. La orden de aprehensión debería proceder sólo en delitos graves y respecto a los otros delitos con pena privativa de libertad, la orden de comparecencia o el citatorio y sin prisión preventiva, para ir más acorde con lo garantista del sistema acusatorio.

Estas inconsistencias legales, como ya dije, hacen que las acciones e interpretaciones de los actores procesales resulten muchas veces equivocadas.

### III. PRISIÓN PREVENTIVA

Es la prisión preventiva el tema más polémico en la práctica del proceso penal acusatorio, pues es ahí donde se lanzan las críticas cuando un juez deja en libertad a un detenido por considerar que no se le puede juzgar en prisión preventiva, cuando la policía y el fiscal realizaron su esfuerzo para detenerlo y donde las autoridades competentes del Ejecutivo federal expresan la trillada frase de la puerta giratoria: *nosotros los detenemos y los jueces los sueltan*.

Actualmente y como consecuencia de la reforma en materia penal de junio de 2008, fueron modificados los artículos 18 y 19 constitucionales, a efecto de establecer la prisión preventiva; dichos preceptos establecen lo siguiente:

Artículo 18. *Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva.*

...

Artículo 19.

...

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar *la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso*. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de abuso o violencia

sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud (párrafo reformado *DOF*, 12 de abril de 2019) [énfasis añadido].

Como se puede ver, ameritan prisión preventiva los imputados que cometen delitos con pena privativa de libertad, procediendo la prisión preventiva oficiosa, en aquellos ilícitos señalados en el catálogo establecido en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional. Pareciera que fueran ocho delitos solamente, pero no, son aproximadamente 70 delitos de prisión preventiva oficiosa, de 420 tipificados en el Código Penal.

Si lo anterior no fuera suficiente, el 12 de abril de 2019, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reformó el artículo 19 constitucional, en el que se incluyeron los siguientes delitos como base para concederse la prisión preventiva oficiosa, a saber: abuso o violencia sexual de menores, feminicidio, robo de casa habitación,<sup>2</sup> uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de sus funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, así como aquellos delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos; es decir, aumentó el catálogo constitucional de delitos de prisión preventiva oficiosa.

Por otra parte, procede la prisión preventiva justificada cuando se cometan otros delitos diversos que no se encuentran en el catálogo referido, pero tengan pena privativa de libertad y exista la petición del Ministerio Público para que el juez a su libre arbitrio la decrete, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar: *a)* la comparecencia del imputado en el juicio; *b)* el desarrollo de la investigación, y *c)* la protección de la víctima o de los testigos o de la comunidad. Asimismo, procede la prisión

---

<sup>2</sup> Debió decir “robo en casa habitación”.



preventiva justificada cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado penalmente por delito doloso.

En suma, tenemos dos tipos de prisión preventiva en este modelo acusatorio: la oficiosa y la justificada.

De lo anterior, corresponde elaborar una definición actual de lo que debe entenderse por prisión preventiva: *privación de la libertad personal del imputado que el juez de control determina, oficiosa o justificadamente, durante la tramitación de su proceso penal, que comienza con la audiencia inicial y termina con la sentencia ejecutoriada.*

Por otra parte, debe entenderse por privación de la libertad, la permanencia involuntaria en un lugar determinado, que se caracteriza por el aislamiento de quien la sufre, impidiéndole desarrollar sus actividades personales y relaciones sociales normales.

Ahora bien, se sujeta a prisión preventiva oficiosa o justificada, a los imputados detenidos en flagrancia o caso urgente; esto es, durante la duración del proceso, desde el auto de inicio dictado por el juez de control y termina con la sentencia ejecutoriada; tiene un máximo de duración de dos años, conforme al artículo 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales reformado, así como de acuerdo con lo dispuesto en la fracción IX, inciso B, del artículo 20 constitucional, la cual se encuentra en franca contradicción con la diversa fracción VII, del mismo precepto constitucional en cita, que señala un año como duración del proceso como máximo, lo que trae un conflicto de constitucionalidad.

En este sentido, existe una falta de técnica legislativa constitucional enorme, pues indebidamente tenemos un catálogo de delitos en la Constitución federal en su artículo 19, tercer párrafo, cuando en todo caso ese catálogo sólo debería estar en el Código Nacional de Procedimientos Penales (artículo 167 del Código Procesal en cita).

En efecto, nuestra Constitución a la fecha tiene más de 550 reformas y la de 2008 incurre en faltas de técnica legislativa, pues en los artículos 16, 18, 19 y 20 se advierten incongruencias y el error de introducir un catálogo de delitos que se debe ubicar en la ley secundaria.

Asimismo, considero que es un grave error dejar al arbitrio del juez la imposición de la prisión preventiva justificada, con la sola petición y argumentación del Ministerio Público, pues no se tiene un límite a ese arbitrio y se puede prestar a error o a corrupción en cualquiera de sus facetas.

En consecuencia, si bien los delitos de prisión preventiva oficiosa no representan problema, pues los decreta la ley, los otros de petición ministerial sí, puesto que son todos los delitos con pena privativa de libertad y los

jueces son falibles, por el solo hecho de ser mortales y en México son más vulnerables ante el crimen organizado; por tanto, debe existir una limitación al arbitrio judicial, estableciendo que la prisión preventiva sólo procede en delitos graves, así calificados por la ley penal y que éstos sean los que en su término medio aritmético rebasen los cinco años de prisión, reformando para ello el artículo 18 constitucional y el diverso 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ahora bien, en la práctica es muy lamentable que delitos que no son de prisión preventiva oficiosa, como el peculado, disparo de arma de fuego y hasta portación de armas, se les decrete la medida, por el tráfico de influencia del propio Poder Ejecutivo; prestándose esto también a la corrupción o a la amenaza, sin importar los derechos fundamentales del imputado o la víctima, desnaturalizando así uno de los objetivos del nuevo sistema, el respeto al principio de presunción de inocencia.

Así, estos tres cánceres de ambos sistemas, escrito y oral, que son: la corrupción, el tráfico de influencias y las amenazas, no se solucionan con un cambio de sistemas o reformas a las leyes, sino con la selección de jueces profesionales y honestos, con retribuciones de buenas prestaciones a los operadores del sistema, la capacitación adecuada de los mismos y fijando límites al arbitrio judicial. En los estados no podemos negar el tráfico de influencias, cuando los gobernadores palomean a los magistrados y a muchos de sus jueces; tampoco podemos in advertir lo mal pagados que están los policías, fiscales y jueces, quienes son vulnerables ante la corrupción y el tráfico de influencias, así como las amenazas del crimen organizado; por eso, ahora es peligroso en México dejar al arbitrio del juez, a petición del fiscal, la prisión preventiva justificada, puesto que, ante el poco sueldo, el tráfico de influencia y la amenaza del crimen organizado o no organizado, los jueces se vuelven vulnerables, salvo honrosas excepciones de jueces valientes, responsables y honestos.

Por ello, debe ser la ley secundaria quien claramente determine el catálogo de delitos de prisión preventiva; pero no la Constitución, por razones de técnica legislativa constitucional.

Por otra parte, el catálogo de los delitos de prisión preventiva oficiosa, debe ser mínimo, es decir, que sean pocos los delitos que se sometan a esta medida cautelar, pues aumentar el catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa, por presiones políticas, no es conveniente pues atenta contra la presunción de inocencia; además, si definimos bien lo que son las figuras de presunción de inocencia y prisión preventiva, éstas no se excluyen, por lo que no debemos aterrarnos cuando la Conferencia Nacional de Goberna-

dores (Conago) y algunos académicos opinan que aún hay algunos delitos que ameritan la prisión preventiva oficiosa; en este sentido, insisto, debe establecerse un catálogo con pocos delitos, sin volver al pasado, como cuando el anterior procedimiento escrito contaba con un largo y extenso listado de delitos graves que no permitían el derecho fundamental de libertad provisional bajo caución (artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales).

Por ello, el catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa (artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales), se debe revisar y establecer en los delitos que verdaderamente lo ameriten, pero que se quedaron fuera y que hacen que la justicia sea ineficaz, ante los ojos desesperados e impotencia de las víctimas del delito; sin embargo, ese catálogo, insisto debe estar en el Código Nacional de Procedimientos Penales, no en la Constitución federal.

Por otra parte, considero se debe regresar a la fórmula anterior de libertad provisional bajo caución, en que la prisión preventiva se establecía atendiendo a la gravedad del delito y no solamente al hecho de que la penalidad sea privativa de libertad, como restricción al derecho humano de libertad y que la obtención de libertad inmediata fuera por disposición legal y orden del juez. De ahí que deberían reformarse los artículos 18 constitucional y 165 del código adjetivo de la materia, para que proceda la prisión preventiva, sólo en delitos graves así calificados por la ley penal, entendiéndose la gravedad por los de prisión preventiva oficiosa y los de penalidad con término medio aritmético mayor a cinco años.

Además, cabe destacar que lo anterior no atenta contra el principio de presunción de inocencia, previsto en el artículo 13 del Código Procesal, ni el derecho humano a la libertad personal, pues el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>3</sup> permite las restricciones y lineamientos en las Constituciones y leyes de los Estados parte.

#### IV. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Otro de los problemas en el proceso penal acusatorio en México es la forma en que está establecida la valoración de las pruebas, atendiendo al principio de contradicción y concentración, al establecer que para los efectos de la

---

<sup>3</sup> Artículo 7.2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados parte o por las leyes dictadas conforme a ellas.

sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, con las excepciones que marca la ley y los requisitos para admitir la prueba anticipada (artículo 20, inciso A, fracción III de la Constitución federal).

En realidad y ante la duración prolongada de los procesos penales en México, cuando ya se llega al momento de la audiencia de juicio, es difícil y hasta imposible para el fiscal reunir a todos los testigos, a la víctima y demás pruebas, máxime si éstos ya tuvieron la experiencia de estar en audiencias previas demasiado tardadas y tensas; tardadas, pues en ocasiones duran más de 24 horas, y tensas ante las instrucciones de no salir de la sala, de no ingerir alimentos, de no comunicarse entre testigos, más lo costoso que resulta juntar el mismo día y en el mismo lugar a los testigos, peritos, víctimas, etcétera; así, ante esta situación el fiscal no obtiene una sentencia condenatoria, reflejándose la impunidad, en perjuicio principalmente de la parte ofendida.

En ese orden de ideas, es cierto que existe la prueba anticipada, pero pareciera que sólo tienen valor probatorio los medios de prueba desahogados en las primeras etapas del proceso, en casos de delincuencia organizada, conforme al párrafo segundo de la fracción V, inciso B, del artículo 20 constitucional, resultando un poco difícil que en los demás casos, se pueda lograr una prueba anticipada ante los complejos requisitos exigidos para su desahogo, conforme al artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a saber: *a)* que se desahogue ante el juez de control, y *b)* que se solicite y se justifiquen las razones por las cuales no podrá desahogarse en la audiencia de juicio en los casos específicos señalados en la ley.

Por otra parte, es un avance que en el nuevo modelo de proceso penal acusatorio, la valoración de la prueba no sea tasada, sino libre y lógica; sin embargo, resulta incomprensible que si en la etapa de la investigación complementaria se desahogan medios de prueba ante el juez de control, con todas las formalidades que se exigen para el desahogo de pruebas en el juicio, éstas no tengan el valor necesario para poder acreditar el delito y la responsabilidad penal. Si se llegara a legislar en este sentido, el porcentaje de impunidad sería menor.

## V. INCONGRUENCIAS CONSTITUCIONALES

Para entender este problema de juzgar en libertad, que para muchos representa impunidad, debemos partir de la base que los preceptos constituciona-

les 16, 18 y 19, están encontrados, y por eso no hay congruencia en el actuar de los operadores del sistema.

En tal sentido, se necesita una verdadera armonía de preceptos constitucionales, pues la detención se realiza en flagrancia, caso urgente u orden de aprehensión, conforme al artículo 16 de la Constitución federal, sólo porque el delito amerita prisión preventiva, pero no se les decreta la prisión preventiva, por no encontrarse los delitos dentro del catálogo que establece el diverso artículo 19 constitucional, o por no justificarse en delitos graves; por eso la policía ya no quiere detener a nadie, si no es por esos delitos de prisión preventiva oficiosa del catálogo contenido en el artículo 19 de la Constitución federal, pues la policía no sabe con seguridad en qué casos puede detener a una persona en flagrancia, resintiendo finalmente la víctima del delito esa falta de una buena capacitación de los actores del sistema o esa mala interpretación de la Constitución por parte de los jueces competentes para ello.

Además, no es lógico que se libre orden de aprehensión por tratarse de un delito con pena privativa de libertad y que el juez de control no decrete la prisión preventiva, por considerar que no se justifica por no ser delito grave aun cuando tenga pena privativa de libertad, dejando desprotegida a la víctima, cuando el artículo 18 establece que ha lugar a la prisión preventiva si el delito amerita pena privativa de libertad.

Por tanto, el artículo 18 constitucional y el diverso 165 del Código Procesal, como ya se dijo, deberían ser reformados y establecer que habrá lugar a prisión preventiva si el delito es grave así calificado por la ley penal, conforme al artículo 167 del citado Código, cuando la penalidad rebase el término aritmético de cinco años de prisión.

Esta es una de tantas razones que hacen que el nuevo modelo de justicia penal acusatorio esté inclinado pronunciadamente a favor del imputado y dejando a un lado a las víctimas, causando una violación al debido proceso y al principio de igualdad procesal, consignado en nuestra Constitución, así como en los tratados internacionales de los que México es parte y el propio Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 11.

En esas condiciones, si se requería copiar tal cual el sistema oral importado, se debieron reformar congruentemente los artículos 16, 18, 19 y 20 constitucionales; qué era lo mejor para un sistema democrático de justicia, pues lo correcto era en todo caso, insisto, poner acorde y congruentes los artículos 19 y 20 de la propia Constitución, con los artículos 14, 16 y 18 del mismo ordenamiento, pues estos tres últimos protegen la libertad personal y permiten su restricción en los casos de la comisión de un delito; en cambio,

la regulación del proceso penal debe estar acorde a esas restricciones, pues el fin único del proceso penal es el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen, conforme al artículo 20 constitucional. Y, desde luego, posteriormente ajustar el Código Nacional de Procedimientos Penales a todos los artículos constitucionales relativos al sistema de justicia penal mexicano, es decir, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22.

En realidad y conforme a la percepción de la sociedad, que se expresa a través de las redes sociales, el nuevo modelo de procedimiento penal no cumple con dos de sus objetivos: *procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen*.

En la práctica, los agentes del Ministerio Público no tienen facultades para resarcir el daño a la víctima de sus derechos fundamentales en forma inmediata (véase el artículo 109 del Código Nacional de Procedimientos Penales), ni la disposición legal para que sus datos de prueba que recaben en la investigación inicial, se desahoguen en las primeras etapas del proceso y tengan valor probatorio para el dictado de la sentencia, sin necesidad de volver a desahogarlas en el juicio (véase los artículos 259 y 265 del Código Procesal en cita). Y la policía, además de no estar capacitada adecuadamente, no tiene la confianza del Estado para que sus acciones procesales sean tomadas en cuenta y tengan un valor preponderante para los jueces al momento de emitir su veredicto.

## VI. CONCLUSIONES

- 1) El sistema penal acusatorio no está funcionando en México, pues hasta ahora ha generado mucha impunidad.
- 2) La detención en flagrancia por parte de la policía debe ser sin violar derechos humanos, pero sin tantos formalismos exigidos actualmente por la ley penal a la policía. Los requisitos que establezca el Código Nacional de Procedimientos Penales para la orden de detención en caso urgente, por parte del Ministerio Público y de aprehensión por parte del juez, deben ser los mismos que marca la Constitución federal.
- 3) Es necesario cambiar el mecanismo para decretar la prisión preventiva, la cual debe proceder en todos los casos de delitos graves señalados en la ley penal (no en la Constitución federal) y decretar la libertad del imputado en la audiencia inicial, bajo garantía fijada por

el juez de control en el proceso, o bien, bajo una medida cautelar diversa.

- 4) La prisión preventiva no atenta contra el principio de presunción de inocencia, ni el derecho humano a la libertad personal, pues el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permite las restricciones y lineamientos en las Constituciones y leyes de los Estados parte.
- 5) La valoración de la prueba debe ser libre y lógica, pero deben tomarse en cuenta para la sentencia, aquellas que fueron desahogadas con todos los requisitos legales ante un juez de control en las primeras etapas distintas a la del juicio.
- 6) Se necesita una reforma constitucional y legal urgente para que pueda funcionar, en los temas más sensibles como son, entre otros, la detención, la prisión preventiva y la valoración de la prueba (artículos 16, 18, 19 y 20 de la Constitución federal, y 141, 146, 148, 150, 165, 167, 304, entre otros, del Código Nacional de Procedimientos Penales).