

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL, A LA LUZ DE LA CONSTITUCION ACTUAL

1.- INTRODUCCION.

A casi un centenario de la promulgación de nuestra Carta Magna, múltiples han sido sus reformas, de tal suerte que hoy, sin duda alguna, podemos afirmar que el Sistema Jurídico Mexicano, se ha transformado en forma absoluta a través de modificaciones de Instituciones añejas y de la creación de nuevas para responder a las necesidades de la actualidad.

Este es el caso del sistema de enjuiciamiento penal, que como consecuencia de la Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y de Seguridad Jurídica fuera aprobada por el Congreso de la Unión en el año de 2008, cuya "*vacatio legis*" concluyó el pasado 18 de junio del presente año, por ello hoy constituye una ley vigente en el Orden Jurídico Federal, así como en los Estados de la República, estatuto que establece las bases del nuevo procedimiento penal, cuya reglamentación está contenida en el Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado el 5 de marzo de 2014 en el Diario Oficial de la Federación.

Para nadie resulta ajeno que la adopción de este sistema en el estatuto nacional deriva de los Tratados Internacionales que en materia de Derechos Humanos celebró nuestro país y ratificó ante la Comunidad Internacional, sin embargo desde una visión propia y crítica, las reglas de este procedimiento resultan ajenas a nuestra idiosincrasia cultural y tradición jurídica, ya que sus Instituciones son un símil al Sistema de Justicia Angloamericano, que en definitiva resulta muy diverso a la tradición Romano Germánica de cuyo modelo se construyó el Sistema Jurídico Mexicano.

Ciertamente sendas son las Instituciones Jurídicas que estructuran el nuevo Sistema de Justicia Penal, las que necesariamente son materia de estudio y análisis por separado, por lo que atendiendo al objeto del presente ensayo, exclusivamente nos limitaremos al análisis del "*Principio de Legalidad*" y el de "*Exacta Aplicación de la Ley en Materia Penal*".

2.- DIAGNOSTICO DEL PROBLEMA.

El Derecho Penal moderno está construido sobre la base del principio de legalidad, cuya máxima expresión es el apotegma "*nullum crimen, sine lege*", principio que se encuentra contenido en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, que prohíbe de manera absoluta a las autoridades investidas con facultades punitivas, a imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, una pena que no esté decretada en alguna ley exactamente aplicable al delito materia de la acusación.¹

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 14 tercer párrafo.

Este principio es el resultado de la evolución del Derecho Penal en su concepción más elevada, el cual reconoce ante todo la trascendencia que conlleva el respeto a los Derechos Humanos y que a su vez obliga al Estado a garantizar en favor de sus ciudadanos los axiomas de igualdad, libertad y seguridad jurídica, de tal suerte que corresponde a sus Instituciones aplicar la norma penal en el ejercicio de sus capacidades punitivas que le son inherentes, ejerciendo este mecanismo como una forma de prevención de política criminal y atendiendo siempre al *“Principio de Intervención Mínima”*, acorde al cual el Derecho Penal servirá tan solo como último recurso para sancionar una conducta que atente en contra del orden social.

Pero más allá de un apotegma de contenido ontológico que tutela axiomas filosóficos-jurídicos superiores, este constituye el pilar de los Principios de *“Taxatividad”* y de *“Plenitud Hermética”*, que ante todo son equivalentes al de *“Tipicidad”*, a partir de donde se estructura el injusto penal, el cual no es solamente un concepto jurídico señalado en la doctrina, como en la ley, pues resulta el marco que define las formalidades procesales que a su vez imponen los límites de actuación de los actos de autoridad en la materia, ello debido a que en su entraña protege sendos principios como los son *“El de Culpabilidad”*; *“Presunción de Inocencia”*; *“Debido Proceso”*; *“Defensa Adecuada”*; *“Exacta Aplicación de la Ley”*, entre otros.²

A partir del reconocimiento del concepto del injusto penal en la Norma Suprema, esto resulta determinante para sustentar los elementos del cuerpo del delito o del tipo

“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.”

² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Pag. 1879, Tesis: II.2º.P187, Tesis Aislada, Materia (s): Penal.

“PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA TIPICIDAD CONSTITUYE SU BASE FUNDAMENTAL Y RIGE, CON LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD Y DE PLENITUD HERMÉTICA DERIVADOS DE AQUÉL, COMO PILAR DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

El artículo 14 de la Constitución Federal consagra el conocido apotegma *nullum crimen sine poena, nullum poena sine lege* certa traducible como el que no puede haber delito sin pena ni pena sin ley específica y concreta para el hecho de que se trate; de ello deriva la importancia que la dogmática jurídico-penal asigna al elemento del delito llamado tipicidad, entendido como la constatación plena del encuadramiento exacto entre los componentes de una hipótesis delictiva descrita en la ley y un hecho concreto acontecido y probado en el mundo fáctico. La tipicidad es un presupuesto indispensable del acreditamiento del injusto penal que se entiende como la desvaloración de un hecho sin ponderar aun el reproche posible a su autor, y constituye la base fundamental del principio de legalidad que rige, con todas sus derivaciones, como pilar de un sistema de derecho penal en un estado democrático de derecho. Así, del propio principio podemos encontrar como derivaciones los de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley, es decir, que la descripción típica no debe ser vaga ni imprecisa, ni abierta o amplia al grado de permitir la arbitrariedad; de igual forma, el principio de plenitud hermética en cuanto a la prohibición de analogía o mayoría de razón en la aplicación de la ley penal, traducéndose en la exigencia de exacta aplicación de la ley que se contiene de manera expresa, en el caso mexicano en el actual párrafo tercero del artículo 14 constitucional que dice: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 137/2005. 6 de octubre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendain Carrillo.”

penal, lo que se traduce en la necesidad de que el acto privativo de la libertad además de emanar de una autoridad competente, deberá acreditar fehacientemente los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley sanciona como delito, así como los normativos y demás en caso de que la descripción típica así lo exija y la probable o presunta responsabilidad del sujeto en su participación o comisión de la conducta, que ante todo implica la materialización del juicio objetivo valorativo del injusto penal descrito en la norma, esto con base en las probanzas que integran el expediente.

Es aquí donde se vinculan y complementan los principios de “*Legalidad*” y “*Seguridad Jurídica*” contenidos en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna, disposición esta última que antes de la Reforma Constitucional en cita, exigía que los actos privativos de la libertad además de provenir de una autoridad competente, previa denuncia, acusación o querrela, estos tendrían que estar debidamente fundados y ampliamente motivados, pero a su vez sustentados en elementos probatorios suficientes para acreditar el cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad del indiciado en su comisión, requisitos que se hacían extensivos a los actos de las autoridades judiciales por virtud de los cuales resolvieran el plazo constitucional estipulado en el artículo 19 de la Norma Suprema, de tal suerte que el Auto de Formal Procesamiento que decreta la situación jurídica del procesado, solo podría justificarse a través de la demostración de los elementos del injusto penal atribuible al hecho imputado.³

En congruencia con la Carta Magna vigente en aquella época, la legislación adjetiva en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, exigía al Ministerio Público como titular del Ejercicio de la Acción Penal, que al momento de consignar el expediente ante el Juez y asimismo a este, previo al momento de obsequiar la orden de aprehensión en contra del indiciado para incoar el proceso penal, ambas autoridades debían revisar y estudiar a profundidad si en la especie se acreditaban los elementos integrantes del cuerpo del delito, como también la probable responsabilidad del inculcado en la comisión del hecho delictivo.⁴

Esta disposición conforme a su redacción, era icónica en el procedimiento, ya que ante todo resultaba el punto de convergencia de la ley Sustantiva y el Derecho Procesal, la que ante todo recogía las formalidades que los actos de autoridad en la

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 16 segundo párrafo derogado.

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan dato que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

⁴ Código Federal de Procedimientos Penales.

“...Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos...”

materia exigían para su validez y justificación, sustentados estos en la Dogmática Penal por medio del estudio de los elementos integrantes del injusto penal.

Inclusive el artículo mencionado tiene la peculiaridad de definir el concepto de cuerpo del delito, entendiendo por este el conjunto de elementos objetivos, externos y de valoración normativa y/o cultural que integran la materialidad del hecho delictivo, así como el de probable responsabilidad, concepto que la legislación identifica o asimila al de participación del sujeto en la comisión del hecho típico, antijurídico, culpable y punible redactado en la propia norma, ello acorde al contenido ideológico soportado en la Teoría del Delito y en la doctrina o corriente filosófica que en su momento convenció a los redactores de la Ley, ya que como sabemos en la Reforma Constitucional adoptada en 1993, el concepto de cuerpo del delito fue sustituido por el de elementos del tipo penal, cuya peculiaridad consistía en reconocer como parte del injusto a los elementos subjetivos de la conducta (dolo y culpa), en congruencia con la Doctrina Finalista que hasta ese momento se reconoció en la normatividad y que sin embargo debido a lo poco funcional que resultó en su aplicación práctica, años después se retomó el concepto original del cuerpo del delito asimilado en la Teoría Causalista, lo cual cambió hasta la Reforma de 2008 que reconoce al procedimiento acusatorio.

Tal y como quedó establecido en la última Reforma Constitucional de la materia, en apariencia del “*Principio de legalidad*” y “*Seguridad Jurídica*” identificado como el “*nullum crimen, sine lege*” y recogido por el artículo 14 del ordenamiento supremo, no sufrió modificación alguna, sin embargo en su extensión dentro del contenido del artículo 16 de la propia Carta Magna, aquí sí se produjeron modificaciones de fondo que en específico generan una transformación al “*Principio de Tipicidad*” desde su posición original en un estricto sentido de derecho, a una mucho más laxa en cuanto al nivel de las formalidades que la norma exige para revestir el acto de autoridad a través del cual se justifica la privación de la libertad.

En efecto como se desprende de la actual redacción del artículo 16 del estatuto supremo, solamente se impone como obligación a la autoridad competente, además de que el hecho sea sancionado con pena privativa de libertad, que en el expediente obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho, lo que naturalmente trae como consecuencia la disminución en la exigencia probatoria para la demostración del hecho presuntamente delictivo⁵ y que el acto privativo de la libertad se justifique a partir de la necesidad de cautela.

Derivado de este mandato nace el concepto de “*datos de prueba*”, el que sustituye al de “*medios de prueba*” y que representa una total transformación de los esquemas de valoración probatoria, que a la luz del Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, en específico en el contenido de la disposición constitucional en comento,

⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 16 tercer párrafo vigente.

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

se traduce en la disminución de los estándares de la carga probatoria y en consecuencia la reducción de las formalidades impuestas por la norma suprema que convalidan las actuaciones por parte de las autoridades investidas con facultades punitivas, desde donde se justifican los actos privativos de la libertad.

Es a partir de esta concepción que el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 141 precisa que, para el libramiento de una orden de aprehensión son requisitos fundamentales que el Ministerio Público, a posteriori a la presentación de una denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, anuncie que obran en la carpeta de investigación datos que establezcan que se ha cometido el hecho y que exista la posibilidad de que el imputado lo haya ejecutado o participado en su comisión.⁶

Si bien es cierto este ordenamiento como sabemos corresponde a la ley adjetiva que rige el procedimiento de enjuiciamiento penal y que regula los preceptos Constitucionales que constituyen el marco fundamental del sistema, en la disposición mencionada se exige a la Autoridad Ministerial la obligación de especificar el tipo penal que se atribuye al imputado, así como el grado de actuación o participación en el hecho delictivo, su forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, esto no es lo mismo que la acreditación de todos y cada uno de los elementos que estructuran el injusto penal, pues indudablemente que en el primero de los casos solo es la referencia de cita sobre el tipo penal y de la participación, pero en el segundo si conlleva al análisis y estudio completo de la conducta, típica y culpable, en orden a la justipreciación probatoria y con apoyo a la Dogmática Penal.

Ello sin duda nos proyecta hacia tres escenarios que no podemos omitir, el primero de estos que corresponde a la transformación de las reglas de valoración de la prueba; el segundo relativo a la prisión preventiva como una medida cautelar durante la substanciación del procedimiento; y el tercero vinculado a la relativización de la Dogmática Penal como sustento de la estructura de los actos privativos de la libertad, lo que obviamente impacta en el contenido de los “*Principio de Legalidad*” y de “*Seguridad*”

⁶ Código Nacional de Procedimientos Penales.

Libro Primero Disposiciones Generales

Título VI Medidas de protección durante la Investigación, formas de conducción del imputado al Proceso y Medidas Cautelares

Capítulo III Formas de conducción del imputado al Proceso

Sección I Citatorio, Órdenes de Comparecencia y Aprehensión

“...ARTICULO 141. CITATORIO, ORDEN DE COMPARECENCIA Y APREHENSION

cuando se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el ministerio publico anuncie que obran en la carpeta de investigación datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión, el juez de control, a solicitud del ministerio publico, podrá ordenar...:

...III. orden de aprehensión en contra de una persona cuando el ministerio publico advierta que existe la necesidad de cautela.

en la clasificación jurídica que realice el ministerio publico se especificara el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente...”

Jurídica” que es la materia de estudio en el presente trabajo y su trascendencia en orden a su aplicación conforme a las normas que regulan su aplicación a través de la legislación adjetiva.

3.- PROPUESTA PARA RESOLVER EL PROBLEMA ESTUDIADO.

3.1.- Valoración Probatoria

Mas allá de establecer a través del presente trabajo una propuesta concreta sobre la problemática planteada, que ciertamente podríamos concluir que consistiría en desarrollar una contra reforma constitucional sobre el Principio de Legalidad aludido, lo que sólo podría generarse a partir de un estudio mucho más profundo debido a que trastoca múltiples Instituciones Jurídicas que hoy ya son recogidas por la legislación secundaria de la materia, algunas de las cuales nos permitimos desarrollar a continuación para lograr un panorama más amplio sobre el tema y en definitiva tener mayores elementos para un debate en lo particular en atención al formato establecido en las bases de los ensayos para este Congreso.

Una de las transformaciones fundamentales del Sistema Acusatorio que se encuentra regulada a partir del “*Principio de Legalidad*”, es la libre apreciación y justipreciación probatoria, facultad que acorde al Código Nacional de Procedimientos Penales se deposita en el Juez del Juicio Oral y que se ejerce al pronunciamiento de la sentencia. “...El principio de libertad de prueba consiste en la posibilidad legalmente consagrada de acreditar la certeza o falsedad de los hechos objeto del proceso por medio de cualquier clase de fuente de prueba, libremente valoradas por los jueces, sin más limitaciones que la legalidad de dichos medios, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia; la libertad de prueba es ante todo libertad de promoción, proposición u ofrecimiento de las pruebas, la legalidad en su obtención y libertad para valorarlas sin tarifas legales...”⁷

Esta facultad vista desde la óptica de la ciencia jurídica, en apariencia se ostenta positiva, desde el momento en que no impone límites a la Autoridad Judicial para conceder o negar el valor de las pruebas respetando el principio de la Autonomía Judicial, sin embargo en su raíz, ésta Institución a nuestro juicio es inoperante ya que su aplicación implica la disminución de los estándares probatorios a lo largo del procedimiento, lo cual está sustentado en la circunstancia de que en las etapas preliminares a juicio oral, solamente se obtienen evidencias, las cuales en su conjunto constituyen “*datos de prueba*”, ello a partir del axioma de que la prueba solamente se produce durante el Juicio Oral, siendo aquella que las partes generan exclusivamente en esta etapa, pues constituye la materia de su valoración.

Es de explorado derecho que en el Sistema Tradicional las pruebas no se obtienen, sino más bien se anuncian, ofrecen y desahogan, esto con apego a las formalidades que exige el procedimiento y con independencia de la etapa en que ello

⁷ Aguilar López, Miguel Ángel, Presunción de Inocencia, Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio, Legs Editores, S.A., México 2015, p. 124.

ocurra, de cuyo acto se constituyen los elementos probatorios que en su oportunidad serán el objeto de valoración y obviamente la base o sustento de la sentencia que resuelva la controversia, por lo que en ningún momento se debe perder de vista el objeto que tiene en sí mismo la propia prueba. "...El convencimiento judicial juega un papel crucial, cuando se conecta con dos ideas: su racionalidad y su correspondencia a nivel aproximativo con la realidad de los hechos enjuiciados; por ende, no es suficiente que la conclusión se derive racionalmente de la prueba practicada, sino que es necesario que dicha conclusión sea verdadera, en un contexto aproximado a probable, como acontece con toda verdad empírica dadas las limitaciones del conocimiento humano; de ahí que se hable de verdad material y formal o procesal; así, no puede haber una verdad distinta a aquella que puede ser alcanzada con los medios que tenemos a nuestra disposición, esto es, con los medios que proporciona el proceso penal dentro del marco legal; por ello la verdad tiene carácter aproximativo sin que ello implique renunciar a la verdad, sino de que se trata de la única verdad que podemos llegar a conocer..."⁸

En este sentido resulta altamente cuestionable esta facultad, partiendo del supuesto de que la evidencia es exclusivamente un dato que arroja una simple presunción y con la cual se puede construir una hipótesis que a su vez resulte el fundamento de una consignación; del Auto que decreta la Aprehensión del Imputado; del Auto de Vinculación o de cualquiera otro mandato privativo de la libertad, actos que en apariencia quedaron justificados en datos de prueba que se adviertan idóneos, pertinentes y suficientes para establecer, con base en estos y de acuerdo con las reglas de la lógica los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

No debemos olvidar que el Sistema Acusatorio está estructurado sobre la premisa de que los casos que llegarán a la Etapa de Juicio Oral sean los menos, por lo tanto todos aquellos que se resuelvan previamente, independientemente de que sea mediante la aplicación de algún criterio de oportunidad, una medida alterna de solución de controversias, o a través del procedimiento abreviado, debe concluirse en definitiva que dicho acto quedará motivado en una resolución carente de elementos de prueba que lo sustenten, pues se insiste que los datos de pruebas adquieren la calidad de pruebas hasta su desahogo en el Juicio Oral y no en las etapas preliminares.

Pero más allá de la prueba en sí misma, está su valoración como acto de racionalización lógico-jurídico, ello a partir de la construcción de un silogismo con base en la Doctrina Penal y los Principios Generales del Derecho, actuación que se hace patente en el Sistema Tradicional por así exigirle la propia normatividad, sea mediante la acreditación del cuerpo del Delito o de los elementos del injusto penal, como de la demostración de la probable o absoluta responsabilidad del acusado en la comisión del delito, en atención a las reglas que impone la legislación adjetiva. En este punto donde atinadamente el Magistrado Aguilar López precisa "...La valoración de la prueba no puede sustraerse a la racionalidad, característica que tiene que ser acreditada; más

⁸ Ibidem, p. 123.

aún, hay que añadir la exigencia consistente en que la culpabilidad quede acreditada más allá de toda duda razonable como resultado de la actividad probatoria llevado a cabo con todas sus garantías; la apreciación racional y la certeza de la culpabilidad, son el marco fundamental dentro del cual debe realizarse la valoración de la prueba; los criterios racionales de apreciación de la prueba han permitido ejercer un control sobre la actividad judicial, lo que hace evidente que el libre convencimiento ya no puede definirse simplemente en contraposición al sistema de prueba legal, esto es, libre de toda regla tasada de valoración, sino al establecer garantías y límites al arbitrio judicial; de ahí que un instrumento de indudable valor para el control de la racionalidad de la decisión judicial y con ello respetar la presunción de inocencia del inculcado, lo constituye el deber constitucional de motivar las sentencia, ya que sólo a través de la motivación es posible llegar a conocer las razones que para el juez justifican la declaración de hechos probados; por lo que se debe expresar los elementos de convicción que han llevado a declarar la inocencia o la culpabilidad y por otro, el razonamiento inductivo que une dichos elementos a la decisión finalmente adoptada, es decir, las razones que la han llevado a adoptar esa decisión; por ello, la legitimidad de una resolución judicial, depende del razonamiento en que se sustenta...”⁹

En síntesis, si bien es cierto en el Sistema Tradicional el Juez hasta cierto punto está encasillado para otorgar valor a las probanzas, tasando las pruebas en la individual y valorando en su conjunto por medio de la administración de ellas, por lo menos destaca la certeza jurídica de que el objeto de justipreciación resulta ser una probanza y no solo un dato o evidencia de algo, tal y como se concibe en el Sistema Acusatorio, lo que en definitiva debilita el fundamento y la estructura del acto jurídico que decreta la situación jurídica del proceso materia de su propia resolución, atentándose a nuestro parecer el “*Principio de Legalidad*” en la materia.

3.2.- Necesidad de Cautela.

Es de explorado derecho que una de las consecuencias de los sistemas procesales radica precisamente en la necesidad de proteger y tutelar los objetos y derechos afectos directa o indirectamente por la propia litis. En ese sentido no podemos desconocer la naturaleza punitiva del Derecho Penal, la que desde su origen ha sido asociada a la privación de la libertad a través de la pena de prisión y de donde nace la Prisión Preventiva como Institución, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento del proceso y evitar que el acusado se sustraiga de la acción de la justicia, para asegurar así la resolución sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, derivada del pronunciamiento de la sentencia que pone fin al juicio.

Desde una óptica objetiva debemos considerar que la prisión preventiva, sin duda alguna es una Institución propia de un sistema inquisitivo, desde el momento en que el acusado se encuentra privado de su libertad sin la determinación de su culpabilidad y como consecuencia de una sentencia a través de la cual se demuestre su responsabilidad, figura que incluso el Nuevo Sistema hereda a pesar de autodenominarse “acusatorio” y de reconocer “el Principio de Presunción de Inocencia”

⁹ Ibidem, p. 125.

como uno de los ejes principales de sus postuladas, no obstante ello es preciso reconocer que hasta el día de hoy, en pleno Siglo XXI, a pesar de los avances tecnológicos y de la evolución de los sistemas de seguridad, no se ha encontrado alguna medida alternativa a la prisión preventiva con la cual se asegure que el encausado cumplirá con sus obligaciones procesales derivadas del juicio y con el objeto de evitar que se sustraiga de la acción de la justicia. "... Las medidas cautelares están concebidas como instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial, o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la incierta actividad o conducta del activo del delito; de la misma manera, se pretende con las medidas en estudio, asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad; ya que de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial; sin perder de vista que se busca garantizar la efectividad de lo que se resuelva en la sentencia; siendo así tan indispensable, que sin ellas, el proceso resultaría inocuo y el fallo meramente ilusorio..."¹⁰

En este sentido no cuestionamos la adopción de esta medida en el Nuevo Sistema, siempre y cuando conceda prioridad a la libertad acorde a la exposición de motivos de la iniciativa, ello desde el momento en que sanciona a la privación de la libertad como una excepción, tal y como fue recogido por la Reforma Constitucional a través del concepto denominado "Prisión Preventiva Oficiosa", entendiéndose por esto, la facultad del Órgano Alto Juzgador para restringir la libertad durante el proceso en los delitos considerados de impacto social.

Pero más allá de lo anteriormente expuesto, lo que a nuestro juicio resulta en exceso peligroso, es la forma de aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar en el Nuevo Sistema, lo que ante todo señalamos con profundo sentido crítico, ya que como ha quedado establecido en el Código Nacional de Procedimientos Penales, la restricción de la libertad deriva de dos condiciones: a) de la detención del imputado en flagrancia o figuras afines derivado de la comisión de un hecho sancionado por la norma como delito, b) orden de aprehensión obsequiada por el Juez a petición del Órgano Acusador y ; c) del acuerdo por parte del Juez de Control al respecto de su pronunciamiento en orden a la solicitud por parte de la fiscalía sobre la resolución de la prisión preventiva como medida cautelar, petición que se sustenta en la necesidad de cautela y de su propia justificación, contrario al Sistema Tradicional, en donde la restricción de la libertad provisional emana de la acreditación de los elementos del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculgado.

La necesidad de cautela se convierte entonces en un concepto en exceso amplio, pues lleva al extremo de justificarse a partir del riesgo de que el imputado se

¹⁰ Embris Vázquez, José Luis, Medidas Cautelares, Su Transición al Sistema Acusatorio, Adversarial y Oral en México, Editorial Porrúa, México 2011, p. 68.

sustraiga de la acción de la Justicia. Para tal efecto habrá que considerar que "...El peligro de sustracción a la Acción de la justicia del imputado ha sido interpretado con mucha amplitud, extendiéndose hasta abarcar la posibilidad de que el imputado evada la ejecución de la pena; situación que no es más que una finalidad inmediata, pues la mediata es el peligro de obstaculización para averiguar la verdad, la cual se tendrá en cuenta, especialmente, si se presenta la posibilidad de que el imputado destruya, modifique u oculte elementos de prueba, que puedan influir a que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o induzcan a otros a realizar tales comportamientos; ello lleva consigo la protección de medios de prueba para que se favorezca el fin principal que implica la búsqueda del correcto desarrollo del procesos y los fines que este persigue..."¹¹

Es en este punto donde a nuestro parecer puede confundirse la necesidad de cautela, con la propia justificación de la medida de restricción de la libertad del acusado, lugar desde donde se asoman criterios tan absurdos como lo es la protección a favor de la sociedad para evitar que el imputado continúe delinquiriendo, sin considerar que hasta ese momento procesal no existe el pronunciamiento sobre la responsabilidad penal, tal y como lo señala el Jurista Embriis Vázquez "...El supuesto relativo a la búsqueda de evitar la reincidencia delictiva, trata de evitar que el imputado cometa delitos durante el desarrollo del proceso; lo que técnicamente no implica en realidad un objeto del proceso, mas bien, constituye una medida de seguridad que se dicta con el propósito de prevención especial, característica del Derecho Penal Sustantivo..."¹²

Asimismo tampoco desconocemos que es propio de los sistemas avanzados el ejercicio discrecional de las decisiones jurisdiccionales, tal es el caso de la facultad de la restricción de la libertad provisional conforme a las reglas del Nuevo Sistema, pues contrariamente al Tradicional, en donde el juzgador otorga o niega el ejercicio de esta prerrogativa, dicha facultad en ningún momento resulta discrecional, pues ante todo, está sustentada estrictamente y de manera específica en lo dispuesto por la propia ley, ya fuera a manera de catalogo bajo el criterio de exclusión o "númerus clausus", como lo estipula el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales o aplicando la regla de la media aritmética superior, a partir de la cual se identifican como graves algunas conductas típicas que por lo tanto inciden al respecto de la restricción al derecho de la libertad provisional.

Así las cosas, interpretando estos criterios desde una óptica fundada en razones de estricta Justicia, esta medida resulta a nuestro parecer, una regresión a los añejos tiempos en que el Derecho Penal sancionaba a las personas dependiendo de quién se tratara y no en función del hecho típico, antijurídico, culpable y penalmente relevante, en otros términos esto se traduce en el retroceso a la aplicación de un Derecho Penal de persona o de autor, en contraposición a un Derecho Penal que sanciona por el hecho cometido y en función de su propia gravedad y trascendencia en agravio del bien jurídico tutelado, como de la propia sociedad.

¹¹ Ibidem, p. 75.

¹² Ibidem, p. 75.

3.3.- Devaluación de la Dogmática Penal.

Esta Reforma impacta primordialmente a la Dogmática Penal, pues a simple vista parece que el Nuevo Sistema carece de raíces ontológicas, lo que le confiere un carácter menos dogmático, de tal suerte que su ejercicio se convierte en un procedimiento pragmático en el que destacarán las capacidades individuales y personales de las partes a fin de persuadir y lograr la convicción de su posición por medio del desarrollo de sus técnicas de litigación, que si bien es cierto la decisión de culpabilidad o inocencia no se deposita en un jurado como en el Sistema Anglosajón, ello no es óbice para que el Juez pueda ser encantado con tales atributos, más aún considerando que en este procedimiento opera la Publicidad como otro de los principios fundamentales, cuyo objeto es garantizar la transparencia en la actuación de los operadores, donde se incluye a los medios de comunicación, quienes con su poder mediático eventualmente también podrían influir en el resultado del fallo, a diferencia del Sistema Tradicional, cuya fuerza se apoya en la preparación académica que requieren los actores para demostrar un paradigma basado en una posición dogmático filosófica de la ciencia jurídica penal.

Como se ha planteado en la primera parte del presente ensayo, atendiendo a los requisitos que hoy exige el mandato Constitucional en orden a la justificación de los actos privativos de la libertad, desde el momento en que disminuye el nivel de la exigencia probatoria, evidentemente también impacta en la reducción de los estándares de las formalidades que el acto debe revestir para apegarse a la norma suprema, lo cual significa que no será imprescindible la acreditación de los elementos integrantes del injusto y su estudio correspondiente por medio de la Teoría del Delito.

Esta evolución nos lleva al extremo de devaluar los principios de “Legalidad” y de “Seguridad Jurídica”, que como ha quedado establecido constituyen los paradigmas fundamentales de la propia justicia penal, cuya funcionalidad se instituye para imponer un equilibrio en las autoridades de la materia y evitar la aplicación desmedida y arbitraria de la norma punitiva como consecuencia de su naturaleza persecutora y del peligro que resulta para una sociedad cuando esto ocurre en forma inquisitiva, pues conforme a la redacción del mandato Constitucional vigente que recoge los principios aludidos, cobra menor relevancia la demostración científica del delito a través de la aplicación de los postulados Dogmáticos destinados al estudio de los elementos integrantes del injusto penal.

En consecuencia pareciera ser que el Sistema Acusatorio solamente requerirá de técnicos en derecho, entre los que aparentemente sobresaldrán aquellos quienes desarrollen mejor dichas técnicas de litigación, contrario al Sistema Tradicional, que a lo largo de los tiempos ha creado abogados con bases filosóficas y dogmáticas, luego entonces conminemos a las Autoridades Educativas y a las Universidades del país para que en lugar de formar Licenciados en Derecho, cambien sus programas de estudio a fin de educar a Técnicos Juristas o como quieran denominarles.

4.- Preguntas a Debatir.

De acuerdo con el contenido actual del Principio de Legalidad en materia penal recogido a la Carta Magna;

1.- ¿Representa una disminución de las formalidades que tradicionalmente deben revestir los actos privativos de la libertad que son emitidos por las autoridades competentes en la materia?

2.- ¿Existe un riesgo latente de que como consecuencia de su aplicación, las Autoridades competentes se excedan en forma desmedida en la emisión de actos de autoridad que tengan por objeto privar de la libertad a los gobernados?

3.- ¿Este tipo de acciones puede trascender a la violación de los Derechos Humanos de los gobernados?

4.- ¿Es un retroceso a una visión sancionadora por el autor y no por el hecho realizado y su trascendencia en el mundo jurídico?

5.- ¿La Dogmática Penal y el estudio del delito tendrán menor relevancia y peso específico para la demostración fáctica de los hechos y para la construcción de las proposiciones jurídicas en orden a la imputación del delito?