

POSIBLES ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Victoria ADATO GREEN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Denominación*. III. *Génesis del CNPP*. IV. *Comentarios generales*. V. *Comentario al artículo 10. Principio de igualdad ante la ley*. VI. *Comentario al artículo 256*. VII. *Comentario al artículo 266. Actos de molestia*. VIII. *Comentario al artículo 375. Testigo hostil*.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia penal y procedimental de 2008 fue y es preocupante. Sin embargo, al ser una norma constitucional debe cumplirse. El Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), en consecuencia, debe concordar con la norma superior, no solamente con las disposiciones objeto de la reforma de 2008, sino con toda las normas de carácter constitucional, especialmente las que se refieren a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece.

Sin embargo, una vez expedido el CNPP, y al conocer sus disposiciones, se llega a la conclusión de que una parte importante de sus preceptos contradicen no sólo las normas constitucionales de 2008, sino otras de la propia Constitución y de los Tratados en materia de Derechos Humanos.

Ante tal situación, me apresuré a redactar estas notas, con el carácter de preliminares, para hacer reflexionar al lector sobre la inconstitucionalidad e inconvencialidad de diversas normas contenidas en el CNPP, con el objeto de que, finalmente, sea el Poder Judicial de la Federación quién

* Ex Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

determine, de manera definitiva, mediante resoluciones de la Suprema Corte, sobre las observaciones de inconstitucionalidad y de inconvenencialidad que ahora presento; y otras que, con un mayor rigor de análisis, formularán los especialistas en la materia. La urgencia de presentar este trabajo se debe también a que en 2016 (18 de junio), en toda la República Mexicana se aplicará el CNPP, y el tiempo es breve para que se produzcan, de ser el caso, las reformas que fueran pertinentes al CNPP.

En el supuesto de que los contenidos normativos del CNPP no se reformen en los casos de clara inconstitucionalidad o de inconvenencialidad, los fines que determinó la reforma de 2008 no se podrán realizar, sino que, por el contrario, los problemas que trataba de resolver se incrementan y el sistema procedural de “carácter acusatorio oral” que pretende ser el CNPP, en realidad será de carácter inquisitivo, en forma radical, con todas las consecuencias negativas que tiene este sistema.

II. DENOMINACIÓN

El 5 de marzo de 2014 se expide el CNPP. El nombre de este cuerpo normativo es una novedad; su ámbito de aplicación es la materia procedural penal, tanto del fuero común como del federal, en todo el territorio de la República Mexicana, y se estima que es por esto que se le denomina “Código Nacional”. Al analizar el concepto de leyes generales se puede afirmar que el Código Nacional es una ley general, al aceptar la definición que de esta emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis Aislada (PVII2007) que señala:

Leyes generales. Interpretación del artículo 133 constitucional. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la “Ley Suprema de la Unión”. En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran al Estado Mexicano, lo cual, se traduce en una excepción al principio

pio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.

Por otra parte, con relación a la nomenclatura del CNPP, su designación es equivalente a la de una ley general, esto es, de aquellas que inciden válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al estado mexicano, conforme lo postula el artículo 1o. del propio Código al señalar que “Las disposiciones de este Código son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales”.

La circunstancia de que se hubiese etiquetado con la denominación de “Código” y no de “Ley” obedece simplemente a la costumbre de considerar como códigos a los cuerpos normativos que contienen las disposiciones procesales civiles y penales de nuestro país, así como la legislación mercantil (Código de Comercio).

Adicionalmente, nuestro orden jurídico ha etiquetado a la legislación electoral bajo la denominación de códigos (Cofipe), pero es evidente que la Constitución en ningún momento alude a los códigos en general, como en cambio sí se refiere reiteradamente a las leyes, al grado tal que ni siquiera el artículo 73, fracción XXI, inciso c), constitucional, mencionó que la ley general en materia de procedimientos penales merecería la denominación de “Código”, ya que solamente dispuso que el Congreso de la Unión tiene atribuciones para expedir “La legislación única en materia procedural penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común”.

En tal virtud, el Poder Legislativo simplemente siguió una costumbre que para efectos prácticos no tiene ningún significado jurídico respecto de la naturaleza de las leyes generales, cuyo alcance ha sido ya interpretado por la Suprema Corte.

III. GÉNESIS DEL CNPP¹

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma Constitucional mediante la cual se pretende establecer en México

¹ Extracto de Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales.

el Sistema de Justicia de corte acusatorio adversarial, señalando un plazo de 8 años para su implementación en todo el país.

A fin de cumplir con el mandato Constitucional de 2008, y antes de que expire el plazo de 8 años; los legisladores del Partido Revolucionario Institucional (2011), del Partido Verde Ecologista de México (2012), así como senadores unidos pertenecientes a diversos partidos políticos (2013); presentaron cada uno de ellos, una iniciativa de Código Único de Procedimientos Penales, con su correspondiente exposición de motivos.

Las tres iniciativas plantean y desarrollan en su contenido innovaciones, pero también tienen fallas, omisiones e inclusive conceptos violatorios de derechos humanos.

A fin de proceder al estudio de cada una de las tres iniciativas, fueron turnadas a las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos del Senado de la República; quienes estructuraron trabajos siguiendo una metodología lógico-jurídica con los temas que presentó cada una de las propuestas de iniciativa; ya que en muchos de los casos los temas abordados coincidían en cuanto a temáticas generales, aun cuando en algunos casos disentían, complementaban o concordaban en cuanto a temas particulares.

La primera iniciativa, fue presentada por las Senadoras integrantes del grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional; la segunda estuvo a cargo del Senador representante del Partido Verde Ecologista de México; y la tercera por Senadores y Senadoras pertenecientes a diversos grupos parlamentarios.

El CNPP, no tiene una exposición de motivos propiamente dicha, en virtud de que fue integrado en una combinación de varias propuestas de iniciativas, presentadas por diversos partidos políticos; es por ésta razón que el dictamen de Comisiones hace las veces de Exposición de Motivos. Por otra parte, esta mezcla de artículos de diferentes propuestas de iniciativas determinó la mala redacción que tiene el articulado del CNPP.

IV. COMENTARIOS GENERALES

Las iniciativas plantean y desarrollan en su contenido innovaciones como la incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de lo que el Estado Mexicano sea parte, atendiendo el mandato Constitucional del 2011, y los lineamientos de la Reforma Constitucional Penal de 2008.

El Código Nacional, se integra con un articulado que contiene términos hasta ahora no utilizados y así se reconoce en el Dictamen de Comisiones al establecer “la necesidad de incluir un Glosario de Términos de los actos procesales y requisitos de forma; y, se eliminaron las formalidades excesivas

previstas para resguardos”. Sin embargo, el legislador no incluyó en ese glosario del artículo 3o. del Código Nacional, la aclaración de algunos conceptos que se refieren en el texto de algunos artículos, esos términos que omitió “aclarar” el glosario, entre otros son: entrevista y la diferencia con las comparecencias, testigo hostil, preguntas sugestivas, cooperar, contra interrogar, interesado, ajustes razonables, etcétera.

En el CNPP siguiendo su línea pedagógica, el articulado tiene el título que le corresponde a cada artículo, atendiendo la materia que trata en su contenido.

En los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución se encuentran fundamentalmente, las normas que dieron las bases para los llamados “juicios orales”.

El CNPP le otorga facultades a la policía que lo equiparan con un perito en criminalística, lo cual puede conducir a que se presente la impunidad por una impericia de los cuerpos de policía, que se dice, serán especializados² y puede ser causa de corrupción.

Desde el Dictamen de Comisiones, los expertos que integraron el Consejo Técnico que asesoró a los Senadores respecto de las normas que integran el CNPP, se pronunciaron en el sentido de que el juicio oral fuera el último recurso (inciso d, página 130).³ De lo anterior, puede concluirse que los procedimientos penales, se resolverán: a) Aplicando el criterio de oportunidad, que como facultad se le otorgó al Ministerio Público (MP) que tiene como origen Constitucional (párrafo séptimo del artículo 21), o b) Subsidiando el “procedimiento abreviado” que también tiene su fuente en la Constitución, en el artículo 20, apartado A fracción VII, y que presenta como premisa que el imputado acepte su responsabilidad, es decir, confiese con el aliciente de que se le aplicarán penas mínimas de las mínimas (hasta una tercera parte de la pena mínima de la punibilidad aplicable al delito de que se trata).

En el primer caso, a) el MP aplicando el principio de oportunidad, y realizando los acuerdos reparatorios correspondientes con la víctima y el

² A la fecha de este trabajo 8 Junio 2014) se tiene noticia de que ha iniciado la profesionalización de la policía investigadora en el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, donde se imparte la licenciatura en investigación Policial. A nivel de Entidades Federativas, ésta profesionalización únicamente se da a nivel técnico, y sólo en dos Estados de la República; en Guanajuato existe la carrera de Técnico Terminal en Policía Investigadora de Delitos; en Baja California, la Certificación de Técnico Superior Universitario como Policía Investigador; de ninguna manera de ellas, se conoce el contenido temático que integra los programas de profesionalización.

³ Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales.

ofendido, no ejerce la acción penal; y, en el segundo, *b)* Procedimiento abreviado si se presenta la confesión del imputado, el Juez de Control dictará la sentencia en un plazo muy breve, y será siempre sólo para imponer la pena que solicitó el MP.

En ambos casos priva la negociación y el criterio económico en un doble sentido; para el imputado, la víctima, o el ofendido, que se someten a los acuerdos reparatorios; y segundo, para el Estado que en las asignaciones presupuestales, tendrá una disminución significativa por concepto de los gastos correspondientes a la procuración y administración de justicia y para la ejecución penal en el Sistema Penitenciario.

A mayor abundamiento, el Libro Segundo, se denomina “Del Procedimiento” y el Título Primero se designa: Soluciones Alternas y Formas de Terminación Anticipada. Las formas de soluciones alternas que presenta el CNPP, son dos: primero; el acuerdo reparatorio, que son los celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado, que son aprobados por el MP o por el Juez de Control y que tienen el efecto de conclusión del proceso (artículo 186). Los casos en que proceden los acuerdos reparatorios son: a) delitos perseguibles por querella; b) delitos culposos; c) delitos que tienen como tutela el patrimonio, siempre y cuando sean cometidos sin violencia. En estos casos de acuerdos reparatorios el MP tiene una activa participación, en virtud de que el artículo 189 que regula el criterio de oportunidad, se establece que el MP desde su primera intervención o el Juez de Control podrán invitar a los interesados a que suscriban un acuerdo reparatorio. En suma, se advierte el interés del MP y el del Juez de Control de dar por concluido el procedimiento; en este contexto se incumple con lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 Constitucional que corresponde al apartado A, y que dispone lo siguiente: “El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”. Como se advierte, con los acuerdos reparatorios, sólo se cumple con uno de los objetivos que tiene la substanciación del procedimiento penal, y ese objeto únicamente es la reparación del daño, con lo cual no se da cumplimiento a lo que dispone la fracción I apartado A del artículo 20 Constitucional que se refiere a los Principios Generales.

Los acuerdos reparatorios se encuentran previstos en los artículos 184 y 186 al 190 del Código.

La segunda forma de solución alterna del procedimiento es la suspensión condicional del proceso, y es un plan formulado por el MP o por el imputado, que consiste en una propuesta detallada sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento a una o varias de las condiciones que

establece el CNPP, en su artículo 195, advirtiendo que ocho de esas condiciones son medidas que representan un amplio beneficio de carácter personal para el imputado y únicamente las fracciones IX, XI, XII y XIII, pueden ser formas de sanción leve para éste; por otra parte, tenemos que el Juez de Control, tiene facultad para imponer una o varias de estas condiciones independientemente de que también el Ministerio Público, la víctima u ofendido pueden proponer condiciones a las que consideren debe someterse al imputado.

Como se advierte, también en esta forma de solución alterna prevalecen la negociación y los criterios de orden económico.

Procedimiento abreviado. Es una forma de terminación anticipada del proceso, que deberá solicitarla el MP y no oponerse de manera fundada la víctima u ofendido; se exige que en caso de oposición, esta sea por el asesor jurídico de la víctima o el ofendido; el imputado debe estar informado de su derecho a un juicio oral y su renuncia expresa al mismo; acepte el procedimiento abreviado; acepte su responsabilidad por el delito que se le imputa, es decir, confiese y acepte una sentencia con base en las pruebas que exponga el MP. El procedimiento abreviado, únicamente lo puede solicitar el MP, ya que es una de sus facultades, y podrá, libremente solicitar su apertura o no. En cambio, el imputado, no cuenta con el derecho de solicitar, en el caso de que estén satisfechos los requisitos para su procedencia, la apertura del procedimiento abreviado.

El Juez de Control que intervino en la investigación inicial autorizando algunas técnicas de investigación y en la realización de pruebas, es decir, participando en la investigación, es el competente para substanciar el procedimiento abreviado y dictar la sentencia correspondiente, violando lo dispuesto en la fracción IV del apartado A del artículo 20 de la Constitución.

En el CNPP, se incumple en varias de sus disposiciones con lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución que ordena que todo acto de molestia sea mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

El carácter acusatorio, oral y la expedito de un procedimiento, no puede llegar al extremo de incumplir derechos fundamentales, como el que se establece en el artículo 16 de la Constitución.

Los derechos humanos y sus garantías, de las que son titulares el ofendido y la víctima, no se observan en el CNPP, en virtud de que en diversas actuaciones que integran el procedimiento y que son trascendentales para estos, no establecen la participación de asesor jurídico, que como perito en derecho los orientan para la debida defensa de sus intereses; violándose por tanto, lo dispuesto por el apartado C del artículo 20 de la Constitución. Los

artículos del CNPP que no le otorgan intervención al asesor jurídico, en actuaciones de trascendencia son: 3o.; 10; 17; 53; 57; 95; 100; 102; 105; 111; 138; 144; 145; 154; 158; 173; 186; 192; 195; 198; 202; 204; 216; 322; 323; 327; 330; 341; 342; 344; 409; y, 459.

El MP en el CNPP, tiene facultades que podemos considerar como extraordinarias e ilimitadas; por ejemplo, podemos citar, la invitación que tienen derecho a plantear al imputado para que se someta a los acuerdos reparatorios y/o al procedimiento abreviado; asimismo, es el órgano que tiene facultades (invocando la materia de política criminal) para no ejercitar la acción penal y en los casos del Procedimiento Abreviado solicitar la aplicación de penas inferiores a las mínimas que corresponden al delito de que trata y que se establecen en el Código Penal.

El procedimiento abreviado y los acuerdos reparatorios, tienen como objetivo principal el pago de la reparación del daño al ofendido o a la víctima, y ello constituye privilegiar, la satisfacción de intereses de tipo económico y la aplicación de sanciones privativas de libertad muy leves, prácticamente simbólicas; y en ese orden de ideas, el imputado en el supuesto de que se encuentre en la situación de la comisión de un nuevo delito, es muy alta la posibilidad de que lo realice; en virtud de que no tendrán ninguna consecuencia, únicamente una de carácter económico, que es la del pago de la reparación del daño, toda vez que en el Dictamen de Comisiones se manifestó que el objetivo del procedimiento acusatorio adversarial de carácter oral era precisamente no llegar al juicio oral (página 130 del Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales).

En suma, la reincidencia será una constante, se incrementarán los delitos, y aumentarán por tanto, el malestar de la sociedad y la desconfianza en las instituciones.

La policía en el CNPP, tiene atribuciones de gran importancia, en materia de su intervención inmediata en la preservación del lugar de los hechos, recolección de indicios, práctica de “entrevistas”, levantamiento de cadáver, y de la cadena de custodia; y además de la aplicación de su criterio para dar la intervención a peritos en criminalística.

La policía que investiga es, en terminología del CNPP, (fracción XI del artículo 3o.):

...cuerpos de Policía especializados en la investigación de delitos del fuero federal o del fuero común, así como, los cuerpos de seguridad pública de los fueros federal o común, que en el ámbito de sus respectivas competencias actúan todos bajo el mando y conducción del Ministerio Público para efectos de

la investigación, en términos de lo que disponen la Constitución, este Código y demás disposiciones aplicables.

El imperio de la discrecionalidad, la aplicación de criterios subjetivos en el ejercicio de las facultades del MP, de la Policía Investigadora, del Juez de Control y del Órgano Jurisdiccional en el juicio oral es la característica central del Código Nacional de Procedimientos Penales.

El dictamen de las Comisiones del Senado de la República que sustituye la exposición de motivos del CNPP, en virtud de que éste fue producto de la mezcla de varias iniciativas, al dictaminar sobre el criterio de oportunidad, que es una nueva facultad otorgada al MP en el CNPP, afirmó:

La aplicación de este principio implica un verdadero paradigma. Significa dejar atrás la institución de la estricta legalidad y replantear el concepto de justicia. Los criterios de oportunidad consisten en acotados márgenes de discrecionalidad —ya no arbitrariedad— a través de cuales (*sic*) el Ministerio Público podrá ejecutar la política criminal del Estado mexicano. Estos criterios, tal como fueron planteados en el Proyecto, no representan en ningún caso mecanismo de despresurización del sistema de justicia penal, sino la expresión de una política criminal enfocada en aumentar la efectividad del sistema de justicia en la persecución de los delitos que más afectan la percepción de inseguridad e impunidad de la ciudadanía.

El razonamiento anterior es sorprendente en virtud de que los legisladores que integran uno de los tres poderes, del Supremo Poder de la Federación (artículo 49 de la Constitución) y que está facultado para expedir leyes que tienen observancia obligatoria, justifican la eliminación de “la institución de la estricta legalidad”, es decir, el principio de legalidad para “replantear el concepto de justicia”. Tal criterio de los legisladores es contradictorio con su propia función ya que carece de sentido emitir leyes si se justifica y autoriza el no cumplimiento de las mismas, desnaturalizando con ello el estado de derecho. En consecuencia, no puede justificarse la existencia de legisladores que se pronuncian por abandonar el principio de legalidad.

La preocupación que me produjo el estudio de las disposiciones del Código Nacional por la múltiples inconstitucionalidades y por las inconveniencias que he advertido, me motivaron a presentar al lector este Análisis Preliminar que someto a su consideración.

Presentaré a ustedes los comentarios a algunos artículos del CNPP que elegí al azar, con el objeto de mostrar a ustedes la forma y el contenido de

los posibles aspectos de inconstitucionalidad e inconvencionalidad que advertí en el CNPP.

V. COMENTARIO AL ARTÍCULO 10. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

Dispone: “Todas las personas que intervengan en el procedimiento penal, recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa” sin incluir: “los planteamientos de la víctima, el ofendido y su asesor”. Respetando el principio de igualdad que rige para todas las partes y entre estas, el ofendido y la víctima. En este primer párrafo se infringe lo que dispone el artículo 20 de la Constitución en el apartado C.⁴

En el segundo párrafo de este mismo artículo, que se refiere al principio de igualdad, señala que “en el caso de las personas con discapaci-

⁴ De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendido, testigos y en general de todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación.

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencia necesarias para la protección y restitución de sus derechos;

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño...”,

dad, deberán preverse “ajustes razonables” al procedimiento cuando se requiera.

Se advierte que se incorpora al procedimiento el concepto “ajustes razonables”, en el que prevalece la discrecionalidad de la autoridad para la aplicación de estos, lo que produce inseguridad jurídica, toda vez que no se determina en la norma cuáles son; quedando éstos al arbitrio del MP y del Juzgador a quien se le otorgan facultades para legislar en los casos seguidos a personas con discapacidad, a quienes someterán a un procedimiento con los “ajustes razonables” que considere tanto el MP como el órgano jurisdiccional; esta atribución contraviene lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución que ordena: “...nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...”.

VI. COMENTARIO AL ARTÍCULO 256

El MP está facultado para aplicar el criterio de oportunidad (párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución) que trae como consecuencia la extinción de la acción penal. Para que opere, se exige que se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido, o éstos manifiesten su falta de interés en dicha reparación.

La norma superior no establece los casos en los que el MP puede aplicar el criterio de oportunidad y deja a la ley secundaria, CNPP la precisión de la hipótesis en las que éste puede aplicarlo.

En el análisis del primer párrafo del artículo se advierte que si bien el MP, en el CNPP tiene señalados los supuestos en los que puede aplicar el criterio de oportunidad, el CNPP determina un requisito previo para su procedencia y que no establece la Constitución y, este requisito es que el MP tiene que someterse a las “disposiciones de cada Procuraduría” sobre el particular, es decir, antes de verificar si se presenta en el caso cualquiera de los siete supuestos que establece el artículo que se comenta, y que permiten la aplicación del criterio de oportunidad, tiene que ser conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, disposiciones que no son conocidas del imputado, su defensor, el ofendido, la víctima y su asesor jurídico; en este caso, todos los que intervienen en las actuaciones en las que se determinará si se aplica o no el criterio de oportunidad se encuentran en estado de indefensión toda vez que puede darse el caso de que dichas dispo-

siciones normativas establecen restringir o limitar, en general, la aplicación del Criterio de oportunidad. El contenido normativo del artículo que se comenta, en su primer párrafo transgrede lo que dispone el párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución que ordena: “...el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley...”. Como se advierte en el texto de la Constitución no se exige que el criterio de oportunidad opere conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría.

En este artículo se precisan en siete fracciones los casos en los que el MP puede ejercer el criterio de oportunidad, a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución y que trae como consecuencia el no ejercicio de la acción penal.

En la fracción IV se presenta una gran confusión, y puede llevarnos a la conclusión de que se está premiando la reincidencia.

La fracción V promueve la impunidad, ya que no se ejercita la acción penal en contra del imputado, con la condición que sea colaboracionista. Un texto más que identifica algunas normas del CNPP, con las características del sistema inquisitivo; y es inconstitucional, toda vez que viola uno de los principios generales que establecen en la fracción I del artículo 20 de la Constitución que determina: “...el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen...”.

En la fracción VI se establece que procederá la aplicación del criterio de oportunidad, es decir, la extinción de la acción penal cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa. Este supuesto para la aplicación del criterio de oportunidad, no considera que todos los bienes jurídicos que son objeto de tutela penal tienen importancia en virtud de que el legislador los incluyó en el Código Penal y respecto de la apreciación subjetiva de que existe una afectación “poco significativa” no es válida, ya que esta valoración le corresponde al titular del bien jurídico o a la víctima y no al MP para proceder a la aplicación del criterio de oportunidad que implica la extinción de la acción penal. El contenido normativo de esta fracción viola lo dispuesto por el apartado A fracción I del artículo 20 constitucional, mencionado en el párrafo anterior.

En la fracción VII establece la discrecionalidad más amplia respecto de la aplicación del criterio de oportunidad que forma parte de las facultades del MP en virtud de que éste simplemente con señalar que la continuación del proceso o la aplicación de la pena son irrelevantes para los fines preventivos de la política criminal, no ejercita la acción penal, lo que puede determinar la actuación arbitraria del MP. Por otra parte, en ningún artículo del

CNPP, ni de otro ordenamiento se establecen cuáles son los fines preventivos de la política criminal, ni los casos en que quién realice una conducta delictiva, ésta sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal, y que esto “los fines preventivos de la política criminal” sean de mayor entidad de lo que establece la fracción I del apartado A del artículo 20 de la Constitución, antes citado, transgredido en consecuencia uno de los principios básicos de la norma suprema.

En el párrafo del artículo 256 se construye la seguridad jurídica ya que se determina lo siguiente: “El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente”; en virtud de que no se precisa lo que se consideran “razones objetivas”, ni en qué aspecto debe estimarse “la discriminación”, si es respecto de la persona o del hecho delictivo; y qué debe tomarse en cuenta los “criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente”; es evidente que el criterio del titular de una institución, es de carácter personal, según sea el punto de vista de cada titular responsable de la institución encargada de la procuración de justicia, o el de “su equivalente”. Es decir, que el principio rector para que MP opere el criterio de oportunidad son los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente. En suma, lo que determina la aplicación del criterio de oportunidad, que produce, finalmente, que se extinga la acción penal, no está en ninguna ley, está, en los criterios generales de un Procurador o equivalente, criterios que no conocen, el imputado, su defensor, el ofendido, la víctima y su asesor jurídico; y que al no conocerlos están indefensos; sobre todo, por el hecho de que para que se aplique el criterio de oportunidad, se debe garantizar o reparar el daño y, por tanto, es necesario que esos criterios del procurador o su equivalente, criterios, que no son una ley ni un reglamento, deben conocerse por quienes participan en las actuaciones que se llevan a cabo para establecer si se aplica el criterio de oportunidad y que se determine, en su caso, la extinción de la acción penal. En esta porción normativa se transgrede lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 14, así como en el artículo 20 en su apartado B) fracción VIII; y, apartado C) fracción I, de la norma suprema, que señalan:

Artículo 14. ...nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales

del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...

Artículo 20. B. De los derechos de toda persona imputada: VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera...

[...].

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal...

En el artículo 256 se determinan los casos en los que no puede aplicarse el criterio de oportunidad, es decir, la posibilidad de la extinción de la acción penal, y entre estos casos, se encuentran los delitos fiscales; al respecto se advierte que esta disposición es contradictoria con lo dispuesto por la fracción II de este mismo artículo que determina que procede aplicar el criterio de oportunidad cuando se trate de delitos de contenido patrimonial y es evidente que los delitos fiscales tienen contenido patrimonial; por tanto, debiera también aplicarse en estos casos, el criterio de oportunidad, si se cumplen los requisitos para que se aplique y que, entre otros, es que se repare el daño.

Con esta prohibición de aplicar criterios de oportunidad a los imputados por delitos fiscales se viola la garantía de igualdad, en virtud de que otros imputados por delitos de contenido patrimonial que se hubieren cometido sin violencia, se les aplique el criterio de oportunidad, que determina, en su caso, la extinción de la acción penal.

En el párrafo tercero del artículo 256 que no permite la aplicación del criterio de oportunidad por delitos fiscales no establece que la causa de limitación sea porque se afecta el patrimonio del Estado, toda vez que puede darse la comisión de un delito de contenido patrimonial en contra del Estado y, en ese caso, el CNPP no niega la aplicación del criterio de oportunidad por lo que viola en perjuicio del imputado por delitos fiscales, la garantía de igualdad que se establece en el artículo 1o. en sus párrafos primero, segundo y tercero de la Constitución.⁵

⁵ Que determina: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los

VII. COMENTARIO AL ARTÍCULO 266. ACTOS DE MOLESTIA

En este artículo, en los términos que dispone el artículo 16 Constitucional, que se refiere justamente a los actos de molestia de la autoridad señala que deben ser fundados y motivados, y demás, que debe serlo por mandamiento escrito de la autoridad competente. Es importante que en el caso de que se cause un acto de molestia a una persona, se respete su dignidad, (expresión subjetiva del texto del artículo) pero de mayor importancia, es que en el acto de molestia, se respeten sus derechos humanos y sus garantías, tal y como lo determina la Constitución. Por otra parte, en el texto de esta norma número 266 —se establece que “la autoridad deberá informarla a la persona a quien se le causa la molestia— sobre los derechos que le asisten y solicitar su cooperación, y en el caso de que no coopere se realizará un registro forzoso”, si no coopera o se resiste. En esta disposición se está planteando la violencia física y psicológica en contra de una persona por no cooperar, de una simple lectura de la norma 266 se advierte su inconstitucionalidad y su inconvenencialidad en virtud de que la expresión: “se realizará un registro forzoso sólo si la persona no está dispuesta a cooperar o se resiste”. Transgrede lo dispuesto en los artículos 3o. y 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre; artículo 5o. apartado I y II de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José de Costa Rica, y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en los que se reconoce con un derecho humano que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales, en su vida privada, o en su honra y reputación y que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

VIII. COMENTARIO AL ARTÍCULO 375. TESTIGO HOSTIL

Testigo hostil; una novedad que sorprende es la figura del “testigo hostil” y la de “preguntas sugestivas”, ambas son propias del sistema inquisitivo, en

que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección suyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...”

virtud de que se permite hacer preguntas sugestivas al testigo hostil y el testigo en contrainterrogatorio, y que conducen al testigo a declarar lo que el interrogador quiere que declare; es decir, el testigo hostil declara no lo que es voluntad declarar sino lo que el interrogador a través de preguntas sugestivas le lleva a manifestar en relación a los hechos del procedimiento.

En la fracción I del apartado A del artículo 20 de la Constitución se dispone: “...I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen...”.

En el artículo que se comenta se viola este principio general, que es imperativo, y lo deben cumplir el MP y los órganos jurisdiccionales y constituye un derecho fundamental de seguridad jurídica, para el imputado o acusado, el ofendido y la víctima, en virtud de que la norma Constitucional dispone “... *que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos...*” y esclarecer⁶ es iluminar, ilustrar el entendimiento. Poner claro, dilucidar un asunto o doctrina; y en el caso, el oferente de la prueba testimonial —que puede ser el MP si es parte, el acusado, el ofendido, su defensor, o la víctima y su asesor jurídico— tienen permitido por el Tribunal hacer preguntas sugestivas al testigo que se está conduciendo de manera hostil.

Al realizar una operación hermenéutica literal, tenemos que: sugestivo, es la acción de sugerir,⁷ y sugerir es hacer entrar en el ánimo de alguno una idea o especie, insinuándosele, inspirándosele o hacerlo caer en ella; hostil⁸ es contrario o enemigo.

Por tanto, si como en el caso, se permite que al testigo hostil; es decir, al contrario o enemigo, se le formulen preguntas sugestivas, a éste, se hace entrar en el ánimo de testigo, una idea insinuándosele, inspirándosele o haciéndole caso en ella. Por lo que se concluye que si al testigo hostil se le formulan preguntas sugestivas, éste declara no lo que libremente desea declarar, respecto de lo que percibió de los hechos a través de sus sentidos, sino que declarar lo que el interrogador a través de preguntas sugestivas le lleva a declarar, en relación a los hechos materia del procedimiento y, es evidente, que esta declaración sugerida no conduce al esclarecimiento de los hechos.

El procedimiento de preguntas sugestivas al testigo hostil es totalmente opuesto al principio general que se impone Constitución al MP y al Órgano Jurisdiccional —del esclarecimiento de los hechos— toda vez que no es

⁶ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 20a. ed., p. 580.

⁷ *Ibidem*, p. 1269.

⁸ *Ibidem*, p. 747.

posible poner en claro; es decir, el esclarecimiento de los hechos, si se manipula con pregunta sugestivas el testimonio de un testigo que es contrario a los intereses del oferente que lo interroga.

En conclusión, el artículo en comento, deviene inconstitucional por contrariar lo que dispone el apartado A fracción I del artículo 20 de la Constitución y, por ende transgrede también lo que establece la fracción IX del mismo artículo que establece: “...cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula...”.