

I. Atribuciones del Ministerio Público y la Policía Judicial	9
1. El Ministerio Público en la averiguación previa	9
2. La Policía Judicial en la averiguación previa	11
3. Otros procedimientos	13
II. Elementos del tipo penal y probable responsabilidad	14
1. Elementos que integran el tipo penal	15
2. Probable responsabilidad	16
3. Supuestos especiales de comprobación	18
III. Detención y “retención”	20
1. Flagrancia	21
2. Urgencia	22
3. Retención	24
4. Otras disposiciones	30
IV. Derechos del detenido	31
V. Derechos de la víctima u ofendido	38
VI. Menores	41
VII. Diligencias de averiguación previa	42
VIII. Formalidades, gastos y auxilio procesal	50
IX. Aseguramiento de bienes	53

X. Competencia	56
XI. Radicación	60
XII. Órdenes de aprehensión o comparecencia	61
XIII. Libertad provisional	62
XIV. Declaración preparatoria	72
XV. Autos de formal prisión y de sujeción a proceso	73
XVI. Proceso sumario	76
XVII. Prueba	80
XVIII. Separación de autos (procesos)	85
XIX. Desvanecimiento de datos	86
XX. Sobreseimiento en procesos por delitos culposos	86
XXI. Conclusiones	89
XXII. Audiencia	91
XXIII. Recursos	93
XXIV. Ejecución	94

I. ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA POLICÍA JUDICIAL

Han sido reelaborados los artículos 2º, 3º y 4º, a efecto de reunir y sistematizar convenientemente las atribuciones del Ministerio Público y la Policía Judicial en la averiguación previa (artículos 2º y 3º) principalmente, y en los procedimientos llamados —de manera opinable, por lo menos— de preinstrucción, primera instancia, y segunda instancia (artículo 4º).

1. *El Ministerio Público en la averiguación previa*

El artículo 2º se concentra en el Ministerio Público durante la averiguación previa, misión que le compete hasta el ejercicio de la acción penal. En este orden de actividades, cabe distinguir diversas cuestiones, a saber:

a) Actuaciones de inicio de la averiguación: recepción de denuncias, “acusaciones” y querellas presentadas en forma oral o por escrito (se pudo suprimir de la Constitución la referencia a la “acusación”, que es una facultad del Ministerio Público en el proceso, o bien, una voz equivalente a querella) (fracción I).

b) Actuaciones de fondo, para satisfacer el propósito de la averiguación y sustentar la determinación con la que ésta concluye: “Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la comprobación de los elementos del tipo penal y a la demostración de la probable responsabilidad del imputado...” (fracción II). En este punto, como en otros varios, la ley asume ya la terminología que utilizará de manera sistemática en consecuencia con el texto constitucional que proviene de la reforma de 1993: elementos del tipo penal y probable —no presunta— responsabilidad.

c) Actuaciones suspensivas o conclusivas del procedimiento, que se contraen a las decisiones de reserva y no ejercicio de la acción penal (fracciones VII y VIII).

d) Actuaciones promotoras de la actividad jurisdiccional para decidir sobre la pretensión punitiva: ejercicio de la acción penal (fracción VII).

e) Medidas de asistencia o tutela al ofendido —o a la víctima—, como son las relacionadas con la reparación del daño (comprobación y aseguramiento) (fracciones II y III); con la seguridad y el auxilio a las víctimas (fracción V), que se refiere, probablemente, a medidas preventivas o auxiliares de hecho; con el aseguramiento de los derechos y la restitución del ofendido en el disfrute de éstos (fracción VI), que alude a aseguramiento y restitución jurídicos, al amparo del artículo 38 que mantiene inciertas la naturaleza y las características de esta situación; y con la posible intervención del ofendido o la víctima en el procedimiento penal, hasta donde esto es pertinente, habida cuenta de que aquéllos no tienen, en rigor, un “derecho al castigo” del supuesto infractor, y por ende no pueden determinar en este sentido la conducta procesal del Ministerio Público “notificar al ofendido o víctima el no ejercicio de la acción penal y, en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquéllos formulen” (fracción VIII).

f) Medidas precautorias, adoptadas directamente o requeridas al juzgador: arraigo, aseguramiento, embargo y cateo, que debe disponer el juez, a solicitud del Ministerio Público, por imperativo constitucional (fracción III), y libertad provisional del indiciado, que puede acordar el propio Ministerio Público de manera directa, en virtud de las facultades que le confiere la Constitución (y que ya le concedía, antes de la reforma de 1993, la ley secundaria, merced a la innovadora y progresista reforma de 1971 al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que generó la renovación jurídica —con antecedentes en el Estado de México— en materia de libertad provisional).

g) Actuaciones de conciliación entre las partes (fracción X). Desde luego esta conciliación no opera en todos los casos, sino sólo en aquellos en que el ejercicio de la acción se halla mediatisado por la facultad de querella del ofendido. En este extremo, la conciliación culmina, con eficacia, en la abstención de formular que-

rella o en el otorgamiento del perdón. Erróneamente se refiere la fracción X a la conciliación “de las partes”, a no ser que se hable de partes “en sentido material”, sujetos del litigio penal, pues las partes en el enjuiciamiento son el imputado y el Ministerio Público. Aun así, la referencia a “partes” es discutible, porque en materia penal el litigio se plantea más bien entre el imputado y la sociedad agraviada por el delito.

2. La Policía Judicial en la averiguación previa

El artículo 3º se refiere al desempeño de la Policía Judicial en la averiguación previa. A la cabeza del precepto figura la reiteración del artículo 21 constitucional, que se cita expresamente, para recordar —enfrentando una tercera realidad, alimentada por el desinterés y el abandono que en ocasiones ocurren por parte de los mandos del Ministerio Público y la Policía— que “la Policía Judicial Federal actuará bajo la autoridad y el mando inmediato del Ministerio Público Federal...”.

Por lo que toca a las atribuciones de la Policía, y sin perjuicio de las facultades mencionadas en otras leyes o en diversos preceptos del Código (así, el cumplimiento de órdenes judiciales de aprehensión), ese precepto plantea:

a) Recepción de denuncias sobre hechos que puedan constituir delitos del orden federal. Como se ve, no queda fuera de las facultades de la Policía la recepción de querellas. Ha de tratarse, pues, de delitos perseguitables de oficio. Por otra parte, ya existía una salvedad para que operase la atribución receptora de denuncias en manos de la Policía: que “debido a las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser formuladas directamente ante el Ministerio Público”, y en este caso la Policía informará al Ministerio Público “de inmediato acerca de las mismas (denuncias) y de las diligencias practicadas” (fracción I), lo cual implica que la Policía puede ir más allá de la mera recepción de la *notitia criminis*. Por otra parte, esta norma difiere de la contenida en el artículo 113, que no ciñe la investigación a los delitos “federales”, como adelante veremos.

Aquí se alude también a la actividad de otros cuerpos policiales, cuando actúan en auxilio del Ministerio Público Federal: “inme-

diatamente darán aviso a éste, dejando de actuar cuando él lo determine". En rigor, esta disposición, que figura en el cuerpo del precepto sobre recepción de denuncias, alude a otra cosa: el auxilio que en general se brinda al Ministerio Público Federal para la averiguación previa, que puede y suele presentarse en una etapa avanzada de este periodo procedimental.

b) Actividades investigadoras de fondo. La Policía Judicial tiene constitucionalmente encomendada, como el Ministerio Público, la persecución de los delitos. En el ámbito de la Policía, esta persecución abarca diversas diligencias: las "que sean necesarias y exclusivamente para los fines de la averiguación previa" (fracción II). Existe, pues, el límite lógico-jurídico y criminalístico de la necesidad de la diligencia y de su vinculación con la materia de las indagaciones: elementos del tipo y probable responsabilidad, así como daño causado.

c) Medidas de comunicación procesal. La Policía es conductor para la práctica de citaciones y notificaciones (fracción III).

d) Medidas precautorias; específicamente, presentación de sujetos requeridos por el Ministerio Público (fracción III), que constituye una medida cautelar o precautoria en cuanto implica la restricción temporal de un bien jurídico —la libertad del sujeto— para asegurar el desarrollo del procedimiento y el alcance de los fines que éste se propone.

El artículo 3º contiene un párrafo final que amerita comentario. Dice que "en el ejercicio de la función investigadora a que se refiere este artículo queda estrictamente prohibido a la Policía Judicial Federal recibir declaraciones del indiciado o detener a alguna persona, fuera de los casos de flagrancia, sin que medien instrucciones del Ministerio Público, del juez o tribunal".

Así, la prohibición se extiende al recibo de declaraciones del indiciado, por una parte, y a la detención de cualquier persona, por la otra, y la legitimación derivada de instrucciones escritas parece referirse también a ambos supuestos, es decir, a las declaraciones y a la detención. Empero, esta conclusión —que deriva directamente de la letra de la ley reformada— es cuestionable desde el ángulo constitucional. Recuérdese que la Constitución sólo confiere valor probatorio —admisibilidad y eficacia, en mi concepto— a la confesión —especie, la más relevante, de las declaraciones

del indiciado—cuando se rinde ante el Ministerio Público o el juez (artículo 20, fracción II), y en ningún momento permite otra cosa, aunque medien “instrucciones escritas” de estas autoridades a los funcionarios de la Policía. En tal virtud, semejantes instrucciones no alcanzarían a legitimar una (supuesta) confesión rendida ante la Policía.

Por otro lado, es preciso entender que esas “instrucciones escritas” que invoca el precepto como sustento para la detención de alguna persona por parte de la Policía Judicial, son la orden formal que expide el Ministerio Público en el supuesto de urgencia y la orden de aprehensión que libra el juzgador, en su caso.

3. *Otros procedimientos*

En concordancia con el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), que establece la relación de los procedimientos gobernados por el Código, el artículo 4º del mismo ordenamiento indica el propósito de los procedimientos de preinstrucción, primera instancia y segunda instancia, que constituyen el proceso penal federal. La reforma que ahora comento alude también a las atribuciones del Ministerio Público y de la Policía Judicial en ese proceso penal federal. Es posible destacar, a este respecto, dos extremos:

a) En primer término, se dice que “el Ministerio Público y la Policía Judicial bajo el mando de aquél, ejercitarán, en su caso, también las funciones que señala la fracción II del artículo 2º...”. He aquí un grave error de la reforma. Efectivamente, como antes se dijo, la invocada fracción II del artículo 2º atribuye al Ministerio Público la disposición y la práctica de actos conducentes a la comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad, así como a la reparación del daño. Esto, que puede y debe hacer el Ministerio Público en la averiguación previa, no lo puede hacer ya —y mucho menos la Policía Judicial— durante el proceso penal federal, en que el Ministerio Público ha dejado de ser autoridad investigadora para devenir parte procesal.

b) En segundo término, se sigue reconociendo al Ministerio Público una función supervisora o contralora sobre el órgano jurisdiccional —o en relación con éste, dicho más suavemente— y otros

órganos, singularmente los encargados de la ejecución de las sentencias. En efecto, el Ministerio Público “cuidará de que los tribunales federales apliquen estrictamente las leyes relativas y de que las resoluciones que aquéllos (dicten) se cumplan debidamente”.

El cuidado de referencia se apoya en el carácter del Ministerio Público como órgano de la ley, y puede desembocar en la impugnación al través de remedios procesales o en la exigencia de la responsabilidad que resulte a cargo del juzgador infractor. La atención a la ejecución de la sentencia también pone de manifiesto la indeclinable condición del Ministerio Público como órgano del Estado, interesado en el buen desempeño del *jus puniendi* que culmina en la ejecución de una sentencia condenatoria. En este sentido, el Ministerio Público asume una función auxiliar de la jurisdiccional: interviene para que no queden en el aire los pronunciamientos de ésta. Tiene, por ello, facultades de diverso contenido: promotoras, supervisoras e incluso punitivas (o preparatorias, al través de la acción penal, de la actividad sancionadora).

II. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y PROBABLE RESPONSABILIDAD

En el sistema procesal penal mexicano jugó un papel primordial el concepto de “cuerpo del delito”. En los términos del artículo 19 constitucional, hasta antes de la reforma de 1993 a la ley suprema —que en este punto fue, a mi juicio, innecesaria y desafortunada—, se entendió que la comprobación (plena) del cuerpo del delito constituía un elemento de fondo del auto de formal prisión y, por ende, del procesamiento. En realidad, esta destacada importancia se anticipó en el *iter* procesal. Efectivamente, la legislación secundaria resolvió, con acierto, que la averiguación previa tuviera por objeto acreditar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado —otro dato de fondo para la formal prisión—, y en tal virtud entendió que sólo era practicable el ejercicio de la acción penal, es decir, la consignación del caso ante la autoridad jurisdiccional, cuando se hallaban comprobados esos dos extremos.

Al llevarse a cabo la reforma constitucional de 1993, varió la terminología procesal de la ley suprema. Se prescindió de la noción

de cuerpo del delito y se optó por el giro “elementos que integran el tipo penal”. En alguno de los documentos preparatorios de esa reforma se adelantó la idea, verdaderamente inaceptable, de que “tipo penal” era un concepto menos complejo que cuerpo del delito. Asimismo, se dijo que con la nueva expresión acogida en la ley culminaba un esfuerzo científico a propósito de la teoría general del delito.

Vale tomar en cuenta, sin embargo, que la idea de cuerpo del delito fue largamente elaborada por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina mexicanas, hasta fijar con toda claridad y suficiencia el sentido de esta antigua expresión. Ciertamente, el *corpus criminis* puede significar otra cosa —así, instrumentos para la comisión del delito— en algunas legislaciones foráneas, pero su significado era ya unívoco en el sistema jurídico mexicano. Por lo demás, el legislador debió tomar en cuenta que aquí viene al caso una noción de derecho procesal, no de derecho sustantivo, y respetar el desarrollo de la doctrina en aquel campo, sin perjuicio de hacer lo mismo, por lo que toca al régimen sustantivo, en el ámbito que le es propio. En fin, una observación trivial acerca del cuerpo del delito, el desdén por el desenvolvimiento de la doctrina y la terminología mexicanas y el prurito reformista, llevaron a modificar innecesariamente el texto constitucional para hablar, en lo sucesivo, de los “elementos del tipo penal” o que “integran el tipo penal del delito que se impute” al inculpado.

La reforma al CFPP que ahora examino contiene normas básicas acerca de este asunto —inclusive la probable responsabilidad—, y otras en que sólo hubo modificaciones de redacción para dar entrada a los términos últimamente adoptados en lugar de las expresiones tradicionales.

1. *Elementos que integran el tipo penal*

Es fundamental en la materia que ahora nos ocupa —como lo fue al amparo del sistema procesal anterior— el artículo 168. La fórmula anterior establecía, con redacción clara y concisa, que el cuerpo del delito “se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuosos, según lo determina la ley penal”. Hoy el precepto dispone que “el Ministerio Público acreditará los

elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos". El mismo artículo 168, que incorpora ciertos criterios de escuela, que seguramente suscitarán polémica, entiende que esos elementos son los siguientes:

a) Necesarios, pues concurren invariablemente en el tipo penal, bajo la perspectiva adoptada por la reforma: 1) acción u omisión, y lesión o, en su caso, peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; 2) forma de intervención de los sujetos activos (se entiende que aquí vienen al caso las formas de autoría o participación delictuosas, así llamadas hoy por el primer párrafo del artículo 13 del Código Penal reformado en 1993, y antes denominadas formas de responsabilidad), y 3) realización dolosa o culposa de la acción u omisión (así se incorpora el dato subjetivo que había permanecido fuera del concepto de cuerpo del delito) (fracciones I-III).

b) Contingentes, en cuanto su presencia depende de los requerimientos específicos de tipos determinados: "a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea" (antepenúltimo párrafo).

2. Probable responsabilidad

En cuanto a la probable responsabilidad cabe decir que la nueva redacción del CFPP cambia drásticamente la noción que prevaleció, asociada a la participación delictuosa, aun cuando no hubo modificación constitucional a este respecto. Por otra parte, las reformas uniforman la terminología de la ley secundaria. Anteriormente se utilizaban indistintamente las expresiones "probable" o "presunta" responsabilidad. Cabe hallar diferencia, así resulte relativa o secundaria, entre ambas voces. Empero, lo cierto es que la Constitución habla de probable responsabilidad, y por ello es debido que la ley secundaria se atenga a esta expresión.

Como antes señalé, los textos legales anteriores construyeron el concepto de probable responsabilidad precisamente a partir de la norma penal que aludía en forma específica y directa al tema de la responsabilidad. A la cabeza del artículo 13 del Código Penal se decía: “Son responsables del delito:”, y en seguida aparecían los extremos de la autoría y la participación delictuosas. Por ello —pero también, obviamente, por el sentido sustancial de la responsabilidad que enuncian las normas procesales—, el tercer párrafo del artículo 168 determinó que “la presunta responsabilidad del inculpado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hecho constitutivos del delito demostrado”.

Según la reforma de 1993, el artículo 13 no dice ya quienes “son responsables” del delito, sino quienes son “autores o partícipes” de éste. Ha desaparecido, pues, la liga explícita entre la “probable responsabilidad” que aún establece el texto constitucional, y las formas de participación delictuosa que contuvo el artículo 13 del Código Penal. Ahora bien, es evidente que el legislador reformista tiene una idea diferente de la que tuvo el legislador anterior acerca de esta cuestión. Como recordamos, *supra*, la llamada “forma de intervención de los sujetos activos” figura entre los elementos del tipo penal. En cambio, el penúltimo párrafo del artículo 168, que también será fuente de dudas y confusiones, requiere dos extremos: uno positivo y otro negativo.

En primer término, para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado es preciso que “obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad”, de donde se advierte que el legislador prácticamente está haciendo sinónimos “probable responsabilidad” y “probable culpabilidad”. No parece fácil, en la práctica, deslindar entre este extremo asociado a la probable responsabilidad, y “la realización dolosa o culposa de la acción u omisión”, que se vincula al tipo penal. Es en este punto donde viene a tener presencia el asunto de la imputabilidad, que debe resolverse como presupuesto de la culpabilidad.

En segundo término, es necesario “constatar si no existe acreditada en favor (del inculpado) alguna causa de licitud”. Sólo se alude, pues, a excluyentes por licitud o justificación, no a otro género de eximentes (aunque las relativas a la culpabilidad se hallan

implícitamente descartadas cuando se afirma la “probable culpabilidad”). Tampoco parece afortunado que el Código procesal, y no el sustantivo, incorpore deslindes a propósito de los aspectos negativos del delito.

En lo que atañe a la prueba sobre estos asuntos, la reforma sostiene dos preceptos. Pudo evitarse la doble regulación y reunirse ambas prevenciones en un solo artículo. El último párrafo del artículo 168 dispone que “los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley”, y el artículo 180 permite al Ministerio Público y a los tribunales el empleo de medios de investigación diferentes de los que menciona la ley, siempre que no sean contrarios a derecho.

3. Supuestos especiales de comprobación

Las normas antes mencionadas bastan para la comprobación de los elementos del tipo y de la probable responsabilidad en la mayoría de los casos, sujetos, así, a reglas genéricas de comprobación. Subsisten normas específicas para la acreditación en determinadas hipótesis, algunas de las cuales fueron reformadas, y se han suprimido las correspondientes a los delitos de robo, abuso de confianza, fraude, peculado y contra la salud, por derogación de los artículos 174, 175, 177 y 178. En esta virtud, el robo queda sujeto a la regla general estatuida en el artículo 168. La práctica se pronunciará sobre los méritos de esta derogación, que ha desechado antiguas y muy discutibles soluciones.

Fueron modificadas y precisadas las exigencias probatorias a propósito de lesiones internas, pero se sigue requiriendo la doble prueba de inspección y dictamen. Hoy es explícita la exigencia de clasificación médico-forense de las lesiones en orden a su “naturaleza, gravedad, consecuencias y cualquier otra circunstancia atendible para ese fin” (artículo 169). También hay precisiones para la prueba de las lesiones externas; destaca la posibilidad expresa de recurrir a “cualesquiera... diligencias que resulten procedentes”, además de la inspección y el dictamen (artículo 170). Esto creará problemas en la hipótesis de que se suponga que eran procedentes determinadas diligencias que no fueron practicadas; se restará efi-

cacia o quedarán bajo sospecha las probanzas de inspección y pericia que efectivamente se realizaron.

En el caso de la prueba de homicidio se abre la puerta, igualmente, a la práctica de "diligencias que sean procedentes", además de la inspección y el dictamen sustentado en la práctica de autopsia. Vale el mismo comentario que se hizo al final del párrafo anterior. Por otra parte, el texto anterior del artículo 171, relativo a esta materia, permitía la llamada dispensa de la autopsia "cuando tanto el tribunal como los peritos estimen que no es necesaria". Merced a la reforma, la autopsia será dispensable "cuando tanto el Ministerio Público, o el Tribunal en su caso, estimen que no es necesaria". La redacción no es feliz, pero tiene la ventaja de facultar la dispensa durante la averiguación previa, cosa que no permitía la disposición original. En cambio, es cuestionable la exclusión del parecer de los peritos en materia tan compleja y delicada, aunque sea regla ampliamente admitida que los dictámenes quedan regularmente sujetos al criterio del Ministerio Público y del juzgador.

Los cambios en el artículo 173, a propósito de la comprobación de aborto e infanticidio, sirven al propósito de remitir a las diligencias previstas en los artículos 171 y 172 (homicidio) e incorporar, como se hizo en los delitos anteriormente recordados, "cualesquiera otras (diligencias) que resulten pertinentes".

El artículo 179 contiene hoy señalamientos probatorios específicos en el supuesto de ataques a las vías de comunicación, cuando hubiese sido necesario reparar inmediatamente los daños para evitar la alteración del servicio público, además de la inspección y cualesquiera otras pruebas, en general: "inspección de las huellas u otros signos que constituyan posibles indicios de la existencia del hecho incriminado y de la antigüedad y extensión de la reparación, además de recabarse facturas u otros documentos relativos a ella y cualesquiera otras pruebas a las que se pueda tener acceso". Como se ve, aquí el acento recae también sobre la prueba de la reparación de los daños en la vía de comunicación, como medio para acreditar, indirectamente, el daño causado por quien perpetró el ataque.

La reforma que se está examinando, que reelaboró las reglas generales de comprobación del delito y estatuyó algunas de carác-

ter específico, según vimos, suprimió algunas otras de esta última naturaleza. Ya me referí a la supresión de las reglas especiales a propósito del robo. También se ha prescindido de otras dos disposiciones, contenidas en los artículos 177 y 178, derogadas: la referente a los delitos de peculado, abuso de confianza y fraude, y contra la salud en general, cuyo *corpus* se pudo acreditar —para favorecer la investigación y sanción de los delitos, en su hora— al través de la confesión adminiculada con otras pruebas que la hicieran verosímil, cuando no fuese posible acreditarlo conforme a la regla genérica del artículo 168; y la de los delitos contra la salud en la modalidad de posesión de una droga, sustancia, semilla o planta enervante. Al quedar suprimidas las reglas de los artículos 177 y 178, estos ilícitos se probarán en los términos del artículo 168. Ahora bien, el amplio alcance de este último precepto permite, sin problema, que en las especies concretas la acreditación se haga en la forma que estipularon los artículos derogados.

III. DETENCIÓN Y “RETENCIÓN”

Entre los grandes temas del procedimiento penal figuran las medidas precautorias o cautelares, y en el catálogo de éstas se hallan los instrumentos de privación de la libertad personal, que atienden al objetivo básico, pero no único, de asegurar la presencia del imputado en el proceso. La Constitución ha regulado los supuestos de detención, materia que fue objeto de reelaboración en 1993. En este año se reformó el régimen de la flagrancia, la urgencia y la orden de aprehensión, que son los tres medios tradicionales para la privación cautelar de la libertad, a los que cabe agregar la comparecencia voluntaria del imputado ante el Ministerio Público, habida cuenta de los términos del artículo 128.

La detención por mandamiento del Ministerio Público se halla regulada en el artículo 123, bajo el nuevo texto del párrafo tercero. Aquél “sólo podrá ordenar la detención de una persona, cuando se trate de delito flagrante o de caso urgente, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución”, y en seguida remite a los artículos 193 y 194 para resolver, respectivamente, las circunstancias de la flagrancia y la urgencia. Anteriormente, el artículo 123 prevenía la sanción para quien quebrantase las normas

sobre detención, y disponía la inmediata libertad del detenido. Ahora estas disposiciones se localizan, repetidas, en los artículos 193 y 194.

1. *Flagrancia*

El artículo 193 se ocupa en la flagrancia, la cuasiflagrancia y la presunción de flagrancia. No incorpora novedades en estos conceptos. Indica que quien detenga en flagrancia al infractor lo pondrá “sin demora” a “disposición de la autoridad inmediata, y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”. Así se recoge una de las reformas al artículo 16 constitucional. Significa que el particular o el policía captor pueden entregar al indiciado a prácticamente cualquier autoridad que sea habida de inmediato; esto, con el propósito de evitar que el capturado permanezca demasiado tiempo en poder de particulares. Luego aparece la obligación —de la autoridad receptora, no del particular que hace la captura, si tal es el caso— en el sentido de poner al detenido a disposición del Ministerio Público, órgano que finalmente resolverá la detención y retención, como *infra* veremos, y llevará adelante la averiguación previa. No hay precisión de plazo para la entrega del probable responsable ante la autoridad en general o el Ministerio Público en particular. Debemos entender que las expresiones “sin demora” y “prontitud” implican el empleo del tiempo mínimo indispensible, conforme a la circunstancias que en la especie se planteen, para efectuar dicha entrega.

El mismo precepto reformado estipula la responsabilidad en que incurren el Ministerio Público o el funcionario que “decrete indebidamente la detención” de alguna persona. Es importante observar que el hecho de que se haya detenido indebidamente a una persona determina la obligación de proveer de inmediato a su libertad. No especifica la norma a quién compete este deber. Entendemos que puede ser a cualquiera de estos órganos, según las características del caso y tomando en cuenta que las autoridades deben ajustar su actuación a la ley: el superior —o cualquier otro funcionario con capacidad de intervención y decisión— de la autoridad ante la que se presenta al detenido, una vez capturado en supuesta situación de flagrancia; el Ministerio Público que conoce

del asunto, o el superior de éste; y el órgano judicicial ante el que finalmente comparece el detenido.

2. *Urgencia*

En la reforma constitucional de 1993, y en ésta del régimen procesal penal secundario, destaca el tema de la urgencia. La descripción de la urgencia en la Constitución era insuficiente. Las reformas han querido remediar este problema, y para ello estipulan los extremos que han de ocurrir y acreditarse —ambas cosas, según se infiere de los textos legales— para que exista urgencia en el sentido constitucional de la palabra y pueda el Ministerio Público ordenar por sí la detención de un sujeto, sin contar con orden judicial de captura y sin necesidad de que haya flagrancia delictuosa. Se necesita: “que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves” por el artículo 194, que es el que se ocupa de esta materia; que “exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia” (giro que emplea la propia Constitución, y que es desacertado, pues siempre existe ese riesgo, por una parte, y lo que se halla fundado —o no— es la existencia del riesgo, no este mismo, por la otra); y “que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir (el Ministerio Público) ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión” (palabras más o menos, es esto lo que igualmente dispone la Constitución, pero en realidad la urgencia se sustenta en la falta de integración de la averiguación previa, mucho más que en la falta de un juzgador a la mano; aquéllo será, en consecuencia, esa “cualquier otra circunstancia” que legitima la captura urgente).

Para fundar la detención por urgencia, la Constitución dispone que la ley secundaria establezca cuáles son los delitos graves. Este concepto no sólo reviste trascendencia a propósito de la retención, sino también acerca de la libertad provisional, que se analiza en otro lugar del presente estudio. Hay diversas maneras para resolver qué son o cuáles son los delitos graves, pero el CFPP ha optado por la cita específica de éstos, en forma necesariamente limitativa: no es posible proceder legítimamente a una captura si no se está (probablemente) en presencia de alguno de los delitos graves cuya

lista contiene el artículo 194. Relaciones semejantes deberá haber en los ordenamientos de los estados de la república para que opere la reforma constitucional de 1993.

El primer punto que debe proponerse el legislador reglamentario cuando llega el caso de actuar en este campo, es el factor para considerar que ciertos delitos son graves, y su (probable) comisión debe aparejar las consecuencias procesales que estamos analizando, al paso que otros no ameritan ese calificativo y deben quedar sustraídos, por ello, al sistema que ahora se analiza. El CFPP declara expresamente la razón que se tuvo para calificar de graves a determinados ilícitos: son esto, “para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad”. En consecuencia, hay dos datos a este respecto: que se afecte un valor fundamental de la sociedad, es decir —comentamos—, un bien jurídico cuyo menoscabo o destrucción hacen imposible o deterioran profundamente la convivencia humana; y que esa afectación sea “importante”, pues puede ocurrir que el valor resguardado sea fundamental, pero la afectación resulte más o menos limitada o secundaria.

La relación que contiene la parte final del artículo 194 remite al Código Penal, en la mayoría de los casos, pero también a otras normas penales especiales. Los bienes considerados son diversos, y desde luego todos ellos relevantes: seguridad nacional, vida, salud general, patrimonio, libertad, etcétera. Cuando se trata de familias o especies delictuosas, en las que hay diversos tipos, no siempre quedan todos abarcados por el rubro de la gravedad; lo están solamente los que ocasionan mayor lesión o peligro y atraen sanción más elevada. Se observa la presencia de delitos que actualmente interesa al Estado perseguir, en virtud de razones conocidas de política criminal, como lo es, por ejemplo, el uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo. Es obvio que la relación limitativa de los delitos graves será siempre cuestionada: ¿están todos los que son? ¿son todos los que están? Aquí se advierte bien la tendencia que igualmente se concreta en el régimen de la libertad provisional —a excluir el arbitrio judicial— que en la especie sería del Ministerio Público de cierta cuestiones importantes. Comprensible la exclusión en el supuesto que aquí nos ocupa, no lo es ya en el de libertad cautelar.

Las conductas ilícitas graves contenidas en el Código Penal son: homicidio por culpa grave (artículo 60, tercer párrafo, de ese ordenamiento); traición a la patria (artículos 123 a 126); espionaje (artículos 127 y 128); terrorismo (artículo 139, párrafo primero); sabotaje (artículo 140, párrafo primero); incitación, instigación o invitación a militares en activo para cometer algún delito contra la seguridad de la nación (artículo 142, párrafo segundo); delitos de esta naturaleza perpetrados por servidores públicos (artículo 145); piratería (artículos 146 y 147); genocidio (artículo 149 bis); evasión de presos (artículos 150, salvo la parte primera del párrafo primero, y 152); ataques a las vías de comunicación (artículos 168 y 170); uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo (artículo 172 bis, párrafo tercero); contra la salud (artículos 194, 195, párrafo primero, 196 bis, 197, párrafo primero, y 198, parte primera del párrafo tercero); corrupción de menores (artículo 201); violación (artículos 265, 266 y 266 bis); asalto en carreteras o caminos (artículo 286, segundo párrafo); homicidio (artículo 302 relacionados con los artículos 307, 313, 315, 315 bis, 320 y 323); secuestro (artículo 366, salvo los párrafos antepenúltimo y penúltimo); robo calificado (artículo 367, en relación con el 370, párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VIII, IX y X), y extorsión (artículo 390).

En normas especiales, son delitos graves: de armas (artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos); tortura (artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura); tráfico de indocumentados (artículo 138 de la Ley General de Población), y fiscal (artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación).

3. Retención

Otro tema relevante en este orden de cosas, a propósito de la privación cautelar de la libertad por y ante el Ministerio Público, es la que nuestra Constitución hoy denomina, a partir de la reforma de 1993, “retención” del imputado. En el fondo, esta voz es apenas un eufemismo para referirse a la “detención” del sujeto por cierto tiempo necesario para integrar la averiguación previa y

ejercitar, de ser el caso, la acción penal. Ese tiempo, dice el artículo 16 constitucional, y reitera consecuentemente la primera parte del artículo 194 bis CFPP, aportado por la reforma de 1993, es de cuarenta y ocho horas, ordinariamente, y del doble, extraordinariamente, cuando viene al caso lo que se denomina delincuencia organizada. Si la integración de la averiguación requiere de más tiempo, ya no será legítimo prolongar la detención del indiciado; se le pondrá en libertad dice el último párrafo del artículo 194 bis.

Con esta norma se afirma, contrariamente a lo que algunos han opinado, el principio de que se detiene para investigar, no obstante el proclamado propósito de "investigar para detener". Es obvio que la captura en urgencia y retención del sujeto se explican en virtud de que el Ministerio Público aún no ha podido terminar la averiguación previa —es decir, la investigación del delito—, y probablemente para estar en condiciones de concluirla a partir de elementos a los que se acceda en virtud de la captura del indiciado, precisamente.

La detención está sujeta a ciertos controles para evitar infracciones a la Constitución. En otro lugar me ocupo del control jurisdiccional. Aquí conviene tomar en cuenta la reforma al primer párrafo del artículo 135, alusivo a los controles del Ministerio Público Federal cuando la detención ocurrió en manos de otra autoridad, que ha llevado adelante la averiguación previa y remite expediente y detenido a ese Ministerio. Se trata, sin duda, de un auxiliar indirecto: el Ministerio Público del fuero común, pues el precepto habla de diligencias de averiguación previa, aun cuando también puede venir al caso la actividad de algún otro auxiliar que hubiese intervenido en circunstancias extraordinarias, como sería el capitán de una nave o aeronave.

En esos supuestos, el Ministerio Público Federal debe revisar la licitud de la detención y la suficiencia de la averiguación previa realizada. Si ésta es suficiente y se está, pues, en el caso de ejercitar acción penal, lo hará el Ministerio Público Federal. Si no es suficiente, el Ministerio Público podrá disponer la retención del individuo en los términos de los artículo 193, 194 y 194 bis. En todo caso, si la detención es injustificada —o si para integrar la averiguación no basta, agreguemos, con el tiempo de retención permitida—, se pondrá al sujeto en inmediata libertad.

La delincuencia organizada es tema de criminólogos y legisladores, preocupados por la aparición de crímenes de este carácter, más complejos y a menudo más lesivos, que suelen trascender las fronteras de un país y aparejar la presencia de números elevados o indeterminados de personas bajo los conceptos de sujetos activos y sujetos pasivos, y que con alguna frecuencia traen consigo la perpetración de "delitos-medio" indiscriminadamente. La Constitución recoge estas preocupaciones, entiende que es preciso contar con instrumentos adecuados para enfrentar la delincuencia organizada, y reserva a semejante hipótesis la duplicación del plazo de "retención", tanto en la flagrancia como en la urgencia, segura de que es más difícil y demanda más tiempo una investigación en caso de delincuencia organizada que en el supuesto de la delincuencia ordinaria.

Es evidente que la extensión de la detención no obedece sólo a las complicaciones que presenta la investigación del delito por el que se sigue un procedimiento penal. Si sólo este viniera al caso no tendría sentido la retención en supuestos de flagrancia y en diversas hipótesis de urgencia. Aquí la retención suele hallarse vinculada en realidad, a la suposición, sospecha o certeza de que el sujeto ha cometido otros delitos, o de que puede dar luz sobre ellos o conducir a los investigadores en nuevas indagaciones. Esto es perfectamente comprensible y defendible conforme a las necesidades de la defensa social. No lo es tanto, en cambio, bajo el principio de la "presunción de inocencia" o bajo la regla que prohíbe las pesquisas.

La Constitución, que incorpora al derecho mexicano la noción de la delincuencia organizada, no establece, sin embargo, sus características. Deja el tema a la ley secundaria. En ésta, la primera parte del nuevo artículo 194 bis estipula lo que debe entenderse por delincuencia organizada: existe cuando se trate de ciertos delitos cuya lista limitativa proporciona el mismo precepto (asunto que no tiene que ver, ciertamente, con la "organización" para delinquir, sino sólo con el resultado típico), y a este fin "tres o más personas se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos".

En suma, los elementos de la caracterización son, en forma forzosamente concurrente: naturaleza o identidad del delito cometido (dato externo, como dije, a una concepción material del crimen organizado); concurrencia de tres o más personas, que “se organizan” (aquí la caracterización tropieza: bordea la tautología) bajo las reglas de disciplina y jerarquía (elemento que sí tiene que ver con la materia de la que se trata, pero no permite un riguroso deslinde con respecto a la asociación delictuosa); y medios para delinquir: violencia (¿por qué se ha de llamar delincuencia organizada a la comisión de delitos violentos?), o bien, alternativamente, reiteración delictuosa (misma pregunta en lo que corresponde a los delitos reiterados, más la observación en que aquí aparece un tratamiento más severo para la reincidencia, que no es consecuencia con la corriente que en esta materia sigue el Código Penal, precisamente por las reformas de 1993), o bien, alternativamente asimismo, fin “predominantemente” lucrativo (¿qué tiene que ver el fin perseguido por el delincuente con el concepto de delincuencia organizada?).

No existe, pues, un concepto sólido, suficiente, acerca de la delincuencia organizada, que responda de veras a esta calificación que la Constitución y la ley previenen, y que tiene suma importancia por sus consecuencias dentro del nuevo orden jurídico. Es obvio que el legislador ha echado mano de diversos recursos, heterogéneos, para “cercar” el problema en la mayor medida posible, y que ha tomado en cuenta la gravedad del delito —por su naturaleza, sus medios o sus fines—, más bien que el supuesto rasgo de “organización” que el concepto apareja. Será necesario que una reflexión más profunda y menos apresurada suministre una descripción legal que realmente corresponda al crimen organizado, si se desea conservar en nuestro derecho esta noción, lo cual tampoco es necesario, pues se puede llegar por otros medios al mismo objetivo de defensa social.

Es útil observar que todos los delitos considerados como referencias para la “delincuencia organizada” están incorporados ya, sin excepción alguna, en la relación de los delitos graves que establece el artículo 194. De aquí se sigue, evidentemente, que en realidad lo que preocupa es la gravedad del delito; que es en función de ésta, primariamente, y no de la organización *sui generis* de

sus autores, que se fija la base para el concepto legal del crimen organizado; y que hubiera bastado con la remisión a los supuestos de delitos graves, más ciertos datos a propósito de la complejidad de la investigación, para enfrentar adecuadamente el problema que preocupó, con toda razón, al legislador.

Los comportamientos punibles agrupados como base para que exista delincuencia organizada son: terrorismo (artículo 139, párrafo primero, del Código Penal); sabotaje (artículo 140, párrafo primero); piratería (artículos 146 y 147); evasión de presos (artículos 150, salvo la parte primera del párrafo primero, y 152); ataques a las vías de comunicación (artículos 168 y 170); uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo (artículo 172 bis, párrafo tercero); contra la salud (artículos 194, 195, párrafo primero, 196 bis, 198, parte primera del párrafo tercero); violación (artículos 265, 266 y 266 bis); asalto en carreteras o caminos (artículo 286); homicidio (artículo 302 relacionado con los artículos 307, 315 y 320); secuestro (artículo 366, fracciones I a VI, salvo antepenúltimo y penúltimo párrafos); robo calificado (artículos 370, párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 372, 381, fracciones IX y X, y 381 bis), y extorsión (artículo 390). En cuanto a leyes especiales, prácticamente se repite lo dicho a propósito de delitos graves: de armas (artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos); tráfico de indocumentados (artículo 138 de la Ley General de Población), y fiscal (artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación).

Todavía sobre los problemas de la detención y la retención, vale considerar algunas estipulaciones del artículo 134. Aquí destaca el control judicial de la detención como hay también un control a cargo del Ministerio Público: artículo 193, tercer párrafo, acerca de la flagrancia sobre todo a partir del nuevo sexto párrafo del artículo 16 constitucional, derivado de la reforma constitucional de 1993. Éste asocia dicho control a los extremos de la detención por flagrancia o urgencia. En estos casos, el juzgador que recibe la consignación “deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”. La Constitución no ha tomado en cuenta el supuesto de comparecencia voluntaria del inculpado, que desde luego no se asimila ni a la flagrancia ni a la urgencia.

Con base en esta idea, el tercer párrafo del artículo 134 decide que el juzgador “procederá de inmediato” a determinar si la detención se apegó a la Constitución. De ser así, la ratificará; en caso contrario, decretará la libertad con las reservas de ley. Esto implica —desde la Constitución misma, y ahora con apoyo en el CFPP— que el primer acto del juzgador, coincidente con la radicación del asunto, que debe ocurrir inmediatamente cuando hay detenido, al tenor del segundo párrafo del artículo 134, es verificar la legitimidad de la detención y dictar una resolución concreta de ratificación. No me parece necesario que esta decisión constituya una resolución judicial aislada e independiente. Creo que debe formar parte de la radicación.

Lo dicho implica revisar la existencia de flagrancia y urgencia y el ajuste legal de los elementos que condujeron, a partir de tales flagrancia y urgencia, a la captura del inculpado. Asimismo, el juez deberá considerar la duración de la detención. Cualquier extravío en ese conjunto de elementos convierte la detención en ilegítima o irregular, contraria a la ley suprema, y por ello inadmisible, y justifica y reclama la liberación inmediata del sujeto. Esto sólo tiene que ver con los datos inherentes a la detención, y no, en lo absoluto, con las pruebas acerca de la existencia del delito y de la responsabilidad probable del reo. Por ello se dice que la libertad, en tal caso, será con reservas, es decir, revocable. Para que se proceda nuevamente a la captura del inculpado será preciso que el Ministerio Público solicite orden de aprehensión, desde luego sin reanudar la averiguación previa ni ejercitar nueva acción, cuyos elementos de fondo no fueron discutidos, ni mucho menos desacreditados.

Lamentablemente, la reforma no modificó la deficiente redacción del penúltimo párrafo del artículo 134, oriunda de la reforma de 1990. Esta sigue diciendo que cuando la detención fue por más tiempo del que autoriza el artículo 16 constitucional (antes decía, además, artículo 107, fracción XVIII, no obstante que ni éste ni el 16 estipulaban plazo alguno para consignar al detenido), “se presumirá que (la persona detenida) estuvo incomunicada, y las declaraciones que haya emitido el indiciado no tendrán validez”. Es impertinente la presunción. ¿Por qué y para qué se ha de suponer que hubo incomunicación, si basta con que haya habido violación

en cuanto al plazo? Era —y es— suficiente con establecer cierta consecuencia jurídica sancionadora —así, la inadmisibilidad de la declaración—, sin “inventar” una presunción.

La reforma tampoco aclara —y hubiera sido útil que lo hiciera— si la voluntad del detenido, expresada en función de su defensa, puede legitimar una detención más prolongada, como puede hacerlo para demorar el auto de formal prisión o para anteponer la garantía de defensa a la garantía de plazo para la conclusión del proceso.

4. Otras disposiciones

Hay algunas disposiciones más, reformadas en 1993, que atienden a puntos conectados con la detención del inculpado, cuando se trata de servidores públicos. Tales son los casos de los artículos 198 y 202.

El artículo 198 disponía y dispone que los miembros de la Policía o de las Fuerzas Armadas (antes decía: el Ejército; en este sentido es mejor el nuevo texto, pues abarca a las otras instituciones dentro de las Fuerzas Armadas, es decir, la estructura militar: la Fuerza Aérea y la Armada) sufrirían la detención o la prisión preventiva (es decir, la privación procesal de la libertad, hasta el momento de ejecución de la condena, en su caso) preferentemente en prisiones especiales. Esta disposición genérica persiste, pero se ha incorporado otra: “Lo anterior no será aplicable para los miembros de las Fuerzas Armadas Mexicanas que se encuentren en dicha situación (detención o prisión preventiva) por estar siguiéndoseles un proceso penal por la comisión de un delito contra la salud, en cualesquiera de sus modalidades”.

En suma, la nueva norma remite a las prisiones comunes a los miembros del Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada que cometan delitos contra la salud. No sucede lo mismo con los agentes de la Policía en las mismas circunstancias, puesto que para ellos no se ha suprimido la hipótesis de las prisiones especiales. Me parece desacertada la disposición a propósito de los integrantes de las Fuerzas Armadas. No hay motivo que excluya de la regla precisamente a los inculpados por delitos contra la salud, y no a los probablemente responsables de otras conductas punibles: traición

a la patria, homicidio, rebelión, etcétera. Se ha olvidado que el internamiento en prisiones especiales para cierta categoría de sujetos no es solamente una regla de aprecio hacia la institución a la que pertenece el reo, sino también —y principalmente— una norma de prudencia, para evitar que el detenido corra riesgos graves en la difícil convivencia con otros reclusos, que ven en los policías y en los militares a sus adversarios naturales: miembros de las instituciones que concurrieron a su captura y representantes de la autoridad que los juzga y condena.

Por lo que hace al artículo 202, alusivo a actos de comunicación procesal, el texto previo ordenaba que “al ser aprehendido un empleado o funcionario público, se comunicará la detención sin demora al superior jerárquico respectivo”. La reforma condujo a hablar de “un empleado o servidor público o un miembro de las Fuerzas Armadas”, clasificación improcedente, pues tanto el primero como el tercero son servidores públicos, categoría que absorbe a todas las restantes. Tenía sentido, en cambio, el deslinde anterior entre funcionarios y empleados, habida cuenta de que entonces no se hablaba de servidores públicos y de que aquéllos corresponden a diversas categorías bien exploradas por el derecho administrativo.

El artículo 202 sólo se refería a la comunicación sobre la detención, e ignoraba otros actos procesales que también es útil comunicar al superior jerárquico, por razones del servicio público. La reforma añadió el auto de formal prisión y la sentencia definitiva, condenatoria o absolutoria. Debió agregar la sentencia ejecutoria, que establece la situación jurídica definitiva —calificación relativa, sin embargo, en materia penal— del servidor público.

IV. DERECHOS DEL DETENIDO

Entre los propósitos y las tendencias más notables de la reforma procesal penal de los últimos dos lustros figura el mejoramiento de la situación jurídica del inculpado detenido —sin perjuicio de avances, también, en la que corresponde al inculpado no detenido—, que se traduce en la ampliación constante de los derechos que concurren a formar su estatuto especial. Éste tiene fundamento

en la Constitución misma, tanto a partir del texto original de 1917, como en los términos de las reformas posteriores, particularmente la realizada en el mismo año de 1993, que revisó esta importante materia.

La renovación en el régimen jurídico del detenido avanzó primero un largo trecho en la ley secundaria, bajo la idea de que ésta puede incrementar las prerrogativas, facultades o derechos del individuo, más allá de los textos constitucionales, según el conocido principio de que la ley suprema contiene sólo el mínimo de derechos insuprimibles o irreductibles, pero nunca el máximo de los derechos del hombre frente al Estado. Pese a ocasionales resistencias, este principio se abrió paso en el derecho mexicano e ilustró las más apreciables reformas procesales de los últimos veinte años. Entre ellas cuentan, como bien se sabe, las referentes a libertad provisional, comunicación, defensa y formal prisión. Aquí se halla, fuera de cualquier duda, la fuente de las reformas ocurridas entre 1990 y 1993.

Al respecto es fundamental el artículo 128 del CFPP, según devino de las reformas de 1990, y conforme resulta, ahora, de las de 1993. El supuesto para la operación del artículo 128, que traza su primer párrafo, es la vinculación de un individuo a un procedimiento penal, por una parte, y el hecho (jurídicamente sustentado) de que se le prive de libertad. En efecto, resuelve ese precepto que “cuando el culpado fuese detenido (antes también se decía, incorrectamente, aprehendido, olvidando así que la aprehensión supone una orden judicial y, por lo tanto, implica que ha concluido la averiguación) o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:”.

A continuación el precepto detalla los derechos del culpado detenido, de los que pasare a ocuparme. Conviene observar que esta norma implica una doble hipótesis para que ocurra la detención: esta misma, en el sentido más riguroso de la palabra, que se sustenta en los casos de flagrancia y urgencia, por una parte, y la comparecencia del culpado, por la otra, que es una especie de “entrega a la justicia”, con eficacia —dada la voluntad del interesado— para determinar el inicio de una detención. Claro está que hay margen para discutir si el particular puede renunciar de este

modo al derecho a la libertad que la Constitución le confiere, y permitir, por ende, que se prescinda de los requisitos de la flagrancia, la urgencia o la orden de aprehensión. De otra suerte no tendría sentido reconocer que los derechos del detenido, habida cuenta de la naturaleza de éstos, abarcan también a quien se ha presentado voluntariamente. Ya me ocupé de este asunto, sosteniendo la interpretación que aquí manifiesto, en mi estudio sobre la reforma procesal penal de 1990 (*Proceso penal y derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993).

En sendas fracciones, el artículo 128 relata los actos procesales y los derechos del inculpado detenido. Para ello revisa los términos del precepto, previamente reformado en 1983 y 1990, e incorpora las consecuencias de la reforma constitucional de 1993.

a) Se deja constancia de la práctica (día, hora y lugar) de la detención o de la comparecencia, así como del nombre y cargo de quien la ordenó y de otros puntos en el caso de que la hubiese realizado una autoridad no dependiente del Ministerio Público (fracción I). Cabe entender que aquí se trata de dependencia orgánica, y que por lo mismo se alude a las autoridades u órganos que no se hallan formalmente incorporados en la estructura de la Procuraduría. Puede tratarse, pues, de los auxiliares indirectos del Ministerio Público

b) Se hace saber al detenido la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante (fracción II). Antes se ignoraba al querellante y se decía, con torpeza, que aquella información sobre el denunciante se proporcionaría "en su caso", lo que dejaba la puerta abierta, aparentemente, para el anonimato de los denunciantes.

c) Se le hacen saber los derechos otorgados por la Constitución Política "y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes:... ". La defectuosa redacción permite suponer que se harán del conocimiento del sujeto tanto los derechos que le asisten en la averiguación previa, como todos aquellos que la Constitución atribuye al inculpado e incluso al sentenciado en un juicio penal. Agreguemos que "se dejará constancia en las actuaciones" sobre la información que se de al inculpado acerca de aquellos derechos (último párrafo de la fracción III). Los derechos específicos en la averiguación previa, que menciona el CFPP son:

1. No declarar, si así lo desea, o hacerlo asistido por su defensor (inciso a). Tiene, pues, derecho constitucional y legal al silencio. No considero que esa asistencia del defensor en la declaración pueda llegar al extremo de orientar las manifestaciones que haga el inculpado, lo cual restaría sentido a este importante acto del procedimiento. Es lógico suponer que la asistencia tiene el propósito, al que debe contraerse, de evitar que durante la diligencia se menoscaben derechos del sujeto o se le cause algún perjuicio ilícito. Empero, tómese en cuenta que el artículo 155 reformado, acerca de la declaración preparatoria en el proceso, permite al inculpado ser “asesorado por su defensor”, según adelante veremos. Aun así, no es razonable que este asesoramiento se traduzca en alteraciones en la declaración (eventualmente, confesión) del inculpado, que de este modo ya no sería libre y espontánea.

2. Tener una “defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio” (inciso b). Aquí también se recoge una garantía constitucional. Como se ve, el sujeto puede defenderse por sí, y en tal virtud excluir —cosa que se extiende al proceso propiamente dicho— a un tercero defensor; empero, no puede declarar sin defensor presente, aun cuando esté ejerciendo personalmente su defensa. Hay aquí, pues, una inconsecuencia que deberá resolverse en la forma que favorezca al reo, acaso al través de la designación de un defensor *ad hoc* para el solo efecto de que asista al inculpado autodefendido en las diligencias de declaración, en las que aparentemente queda excluida la autodefensa.

Es notable el avance —derivado de la reforma constitucional de 1993— a propósito de la defensa “adecuada”, que por ser esto último no puede satisfacerse, obviamente, por “cualquier defensa”: así, la notoriamente negligente, torpe o imperita (que lo puede ser la del propio inculpado, la del tercero de su confianza e inclusive la de un abogado). El contenido de esta defensa “adecuada” (derecho procesal del inculpado) se puede desprender, al menos en parte, de los nuevos supuestos de reposición del procedimiento, precisamente por errores u omisiones en la defensa, que planteó la reforma de 1993. También es notable la incorporación —con sustento constitucional— del régimen de defensa de oficio durante la averiguación previa.

3. “Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación” (inciso c). Al respecto, conviene observar que la fracción IX del artículo 20 constitucional determina que el inculpado en un proceso penal “tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso, y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”. Esta fórmula de la fracción IX, que avanza en la tutela del inculpado, tiene una redacción muy desafortunada: es imposible que el defensor comparezca en “todos” los actos del proceso, y es inconveniente que la obligación de hacerlo se reduzca a los supuestos en que “se le requiera”. Ahora bien, el inciso legal que estamos examinando no habla de la asistencia del defensor a todos los actos de la averiguación previa, sino sólo a los “actos de desahogo de pruebas”. Esta restricción que incorpora la ley secundaria con respecto a la norma constitucional se puede apoyar en el penúltimo párrafo del artículo 20 de la Constitución, que ordena aplicar a la averiguación previa las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX de ese mismo artículo, “en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan...”. Tal es el caso, quizás inadvertido, para el reformador de 1993.

4. “Para efectos de los incisos b) y c) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presentes” (penúltimo párrafo de la fracción III). La posibilidad de comunicación telefónica fue introducida originalmente por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en 1981. Según las reformas de 1990 al CFPP, el inculpado tenía el derecho “de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente”. No se supeditaba esta posibilidad, pues, al ejercicio del derecho de defensa, en sentido estricto, por más que la comunicación tuviese con frecuencia —pero no necesariamente siempre— vínculo con el desempeño de la defensa. Quizás se quiso evitar la amplitud en la comunicación y supeditar ésta a la prueba y a la defensa, que se actualizan precisamente en los citados incisos b y c.

5. “Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y a su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en

presencia del personal, el expediente de la averiguación previa” (inciso d). Aquí también se trata de una garantía ampliada por la Constitución del proceso a la averiguación previa, “en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan” (penúltimo párrafo del artículo 20). En consecuencia, este expediente no es secreto con respecto al indiciado, ni puede el Ministerio Público satisfacer la obligación de informar a aquél con sólo manifestarle la imputación que se le hace y quiénes la hacen. No existe restricción en el acceso al expediente en función de la etapa del procedimiento: desde el momento mismo en que el sujeto quede vinculado a la averiguación en calidad de indiciado o probable responsable. No se dispone el mismo derecho en favor de otros participantes en el procedimiento —así, denunciante, querellante, ofendido, testigo, etcétera—, que pudieran devenir inculpados.

6. Recepción de testigos y pruebas que ofrezca el inculpado, lo cual constituye, asimismo, garantía del procesado que la Constitución, reformada en 1993, extendió al indiciado durante la averiguación previa (penúltimo párrafo del artículo 20). En este extremo es preciso considerar ciertas características relevantes de la referida recepción de pruebas ofrecidas por el inculpado (o su defensor):

—“Se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda”, es decir, el Ministerio Público debe mencionarlas y valorarlas en la resolución que dicte al cabo de la averiguación (o en el acuerdo de reserva, en su caso); forman parte de la motivación de esa resolución y trascienden a la fundamentación; es indebido que la autoridad persecutoria se desentienda de tales probanzas y sólo estime las reunidas directamente por ella.

—Se concederá al inculpado “el tiempo necesario” para aportar sus pruebas de descargo. El concepto de “necesario” se analiza, obviamente, en función de las características específicas de la probanza, en cada caso, pero esta franquicia tiene límites, a saber: los relativos a la duración máxima de la detención (que se regula en otros preceptos del CFP); “que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación”, lo cual obliga y faculta al Ministerio Público a ponderar el desahogo de la prueba propuesta en relación con la fluidez o buena marcha del procedimiento en su conjunto; y que “las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar en que (la averiguación) se lleva a cabo”, restricción desde luego

impertinente, pues es perfectamente posible que el testigo ausente se traslade con gran celeridad a la sede del procedimiento: piénsese, por ejemplo, en quien se halla en una población cercana a la de residencia del Ministerio Público que instruye la averiguación, e incluso en quien se encuentra más lejos, pero con acceso a medios de transporte expeditos.

—“Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el imputado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas”. Esta fórmula proviene de la reforma de 1983, que introdujo de manera franca los actos de defensa en la averiguación previa con detenido, y atendió manifiestamente al propósito de favorecer el desahogo de pruebas de descargo, sin incurrir, por ello, en la prolongación indebida del procedimiento administrativo. Por eso dijo que el Ministerio Público ejercitaría la acción penal, cuando estuviesen satisfechos los requisitos para ello (expresión que indebidamente omitió la reforma de 1990 y que tampoco recoge la de 1993), y que se reservaría el derecho del imputado para hacer valer sus probanzas ante el órgano jurisdiccional.

7. “Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de este Código”. La reforma conserva la trascendental medida liberatoria en la averiguación previa, que constituyó uno de los mayores aciertos de las modificaciones llevadas en 1971 al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ampliado apreciablemente por la reforma procesal penal de 1983. El penúltimo párrafo del artículo 20 constitucional, creado por la reforma de 1993, contiene un galimatías que permanece sin aclaración. Dice ese texto, en lo conducente, que para los efectos de la observancia de garantías del imputado en la averiguación previa, “lo previsto (las garantías previstas) en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna”. La fracción I se refiere precisamente a la libertad provisional bajo caución.

¿Qué se quiso decir al afirmar, tan enfáticamente, que la libertad provisional del imputado en la averiguación previa no estaría sujeta a condición alguna? ¿Qué se podría conceder en cualquier caso, inclusive en los supuestos de delitos que según la propia Constitución

determinan necesariamente prisión preventiva? ¿Que no se exigiría caución al indiciado liberado provisionalmente? ¿Que no se requeriría el cumplimiento de ciertos deberes normalmente asociados a la libertad, como la buena conducta, la residencia en determinado lugar, la comparecencia ante el tribunal, etcétera?

Por lo demás, el reformador olvidó en este inciso *f* de la fracción III del artículo 128, lo que él mismo estatuyó en el artículo 135 bis: la libertad provisional sin garantía, que dicho reformador “penso” para favorecer al individuo —pues el precepto se localiza entre normas sobre averiguación previa, no en los incidentes de libertad, como las otras excarcelaciones—, pero extendió al procedido. Como en otro lugar veremos, lo conveniente hubiera sido ampliar en este punto el alcance de la libertad bajo protesta, en vez de erigir esta extraña liberación sin garantía alguna.

8. La debida defensa requiere entendimiento, por lo menos, de los actos del procedimiento, y comunicación entre quienes participan en éste. No hubo cambios en lo que respecta a la obligación de designar intérprete (traductor, dice erróneamente la ley, a partir de la reforma de 1990) al indígena y al extranjero que no entienden o no hablan suficientemente el castellano. También se conserva el deber de informar a la representación diplomática o consular del país al que corresponda ese extranjero.

9. “En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención o reclusión”, dice ahora la fracción IV. Antes no se hablaba de “reclusión”. Era mejor el texto anterior, porque el artículo 128 sólo regula cuestiones vinculadas con la detención del indiciado, no con la prisión preventiva, ni mucho menos con la ejecución de penas.

V. DERECHOS DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO

Mucho se ha dicho, aunque no siempre se actúe en este sentido, que el proceso penal debe servir al triple propósito de tutelar jurídicamente al acusado (en lo que hace a sus legítimos intereses, recogidos en sendos derechos), al ofendido por el delito y a la sociedad. Hasta hace poco, los derechos del ofendido se hallaban dispersos en distintos preceptos, y siguen estando así distribuidos,

pero hoy existe un principio de reunión o concentración creado por la reforma constitucional de 1993, que aborda el tema de los derechos del ofendido, por vez primera en la Constitución, al través del último párrafo del artículo 20. Esto repercute en la norma secundaria: artículo 141 CFPP.

Ese precepto del Código manifiesta que en el procedimiento penal la víctima o el ofendido por el delito tienen ciertos derechos. Éstos son los marcados por la Constitución, con redacción diferente en algunos casos, y otros que la ley secundaria ha tenido a bien introducir o redactar de nueva cuenta. En estas reformas —constitucionales y legales— y en su contexto generador, late la idea, entre líneas o con evidencia, de incorporar al ofendido cada vez más en la persecución del delito, a costa del monopolio persecutorio del Ministerio Público. Los derechos de referencia son:

a) “Recibir asesoría jurídica y ser informado, cuando lo solicite, del desarrollo de la averiguación previa o del proceso” (fracción I). El primer derecho mencionado se recoge en la Constitución, no así el segundo, referente al informe sobre el desarrollo de la averiguación previa y del proceso. No parece haber mayor problema en este último caso, pues nada hay en el proceso que implique reserva para el ofendido, como no se trate de alguna medida preventoria: así, el libramiento de una orden de aprehensión o reaprehensión. Otra cosa ocurre por lo que toca a la averiguación previa. Son parte de ésta las diligencias investigatorias que cumple la policía. Parece irracional querer que se mantenga al indiciado al tanto, cuando lo solicite, sobre el avance de la Policía Judicial en las actividades indagatorias que realiza.

b) “Coadyuvar con el Ministerio Público” (fracción II). Esta coadyuvancia, que no es ejercicio de acción, aunque cada vez se le asemeje más, es la función característica del ofendido (o del querellante) en el proceso. Se coadyuva mediante actos de suministro de información relevante al Ministerio Público y al juzgador, para el éxito de la persecución penal. El coadyuvante pretende, técnicamente, que se repare en su favor el daño causado por el delito; en realidad, sin embargo, también pretende que se aplique pena al delincuente que lo victimó.

El penúltimo y el último párrafos del artículo 141 reglamentan la coadyuvancia. Hubo reformas al penúltimo párrafo, no así al

último. En su versión anterior a la reforma, aquél disponía que el ofendido pudiese proporcionar al juzgador, directamente o por conducto del Ministerio Público, "todos los elementos que tenga y que conduzcan a comprobar la procedencia y monto de la reparación del daño y perjuicio". Esta redacción provino de la reforma procesal penal de 1983, y fue consecuente con la única pretensión que esgrime formalmente el ofendido: a la reparación del daño y los perjuicios patrimoniales, por más que esa reparación suponga, obviamente, la comprobación del delito y de la responsabilidad de personas determinadas.

El texto de 1993 expresa en forma inequívoca la tendencia a convertir al ofendido en un verdadero actor penal. Ello se muestra en la nueva redacción, que faculta a dicho ofendido para allegar al juzgador precisamente lo mismo que debe proporcionarle el Ministerio Público, es decir, "todos los datos o elementos de prueba con que cuente..., que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculpado, según el caso, y la procedencia y monto de la reparación". He aquí al ofendido, pues, dando a su presencia en el juicio el mismo contenido que tiene la acción del Ministerio Público.

Esta tendencia, más acentuada, se advierte en la reforma de 1993 al artículo 34 del Código Penal. Anteriormente se hacía expresa mención de la coadyuvancia. Hoy no se alude a ésta, sino sólo se faculta al ofendido o a sus derechohabientes para allegar al Ministerio Público o al juez datos y pruebas que demuestren la procedencia y el monto de la reparación exigible al inculpado.

c) "Estar presente en el desarrollo de todos los actos procesales en los que el inculpado tenga este derecho" (fracción III). Aquí se quiere acentuar el carácter bilateral del proceso, la igualdad de oportunidades entre las partes y la imparcialidad del juzgador. Empero, valdría la pena preguntarse si el ofendido tiene verdaderamente la posibilidad de estar presente en "todos" los actos en que lo esté, para ejercer sus derechos, el inculpado. Por ejemplo, éste puede requerir una inspección judicial acompañada de dictamen médico sobre puntos que impliquen revisión física. ¿Tiene el ofendido la facultad de estar presente?

d) "Recibir la asistencia médica de urgencia y psicológica cuando lo requiera" (fracción IV). Esta facultad se encuentra en la Cons-

titución, y se hallaba asimismo en la legislación secundaria a propósito de la atención médica y el auxilio a víctimas del delito. La Constitución habla de la atención médica de urgencia, no así de la psicológica, que bien podía quedar abarcada dentro de la médica, habida cuenta del carácter preventivo, asistencial o terapéutico que aquélla tiene. Se trata de una proyección del derecho a la salud, estipulado por el artículo 4º constitucional. Es obvio que con este amparo el ofendido no sólo tiene derecho a atención médica “de urgencia”, sino a toda la atención de este carácter que requiera, con cargo al Estado. Por otra parte, el mismo derecho tiene el inculpado, a título de particular frente al Estado.

e) “Los demás que señalen las leyes” (fracción IV).

VI. MENORES

El nuevo segundo párrafo del artículo 1º incorpora una medida de atención o protección a menores o incapaces, es decir, a individuos que aún no han alcanzado dieciocho años de edad, y a sujetos que carecen de capacidad (civil, pues no existe, propiamente, un concepto legal penal de incapacidad, diverso de la inimputabilidad, a no ser que se piense en la inviolabilidad, que es una sustracción al imperio de la norma penal, en el sentido de que se detienen las consecuencias punitivas prevista por ésta), cuando se ven relacionados con los hechos objeto de los diversos procedimientos penales que marca el propio artículo 1º en las siete fracciones que lo integran. Esa relación puede ocurrir, dice el precepto, a título de “autor, partícipe, testigo, víctima u ofendido, o con cualquier otro carácter”.

Ahora bien, un menor de dieciocho años no debiera verse involucrado en un procedimiento penal —dígase averiguación previa o proceso en sentido estricto— en calidad de autor o partícipe, pues se halla sustraído al ámbito subjetivo de la norma penal ordinaria, aun cuando esté dentro del correspondiente a la norma penal especial de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractiones, de 1991. En cambio, puede comparecer en dichos procedimientos bajo alguno de los demás títulos. Por su parte, los otros incapaces pueden acudir al procedimiento penal en cualquiera de las calidades descritas.

La atención o protección citadas implican que en esos casos “el Ministerio Público o el tribunal respectivo suplirán la ausencia o deficiencia de razonamientos y fundamentos que conduzcan a proteger los derechos que legalmente puedan corresponderles” a tales individuos. Esta “suplencia” parece referirse solamente a puntos de derecho, pues se habla de razonamientos y fundamentos, expresiones asociadas, generalmente, al derecho y no a los hechos. Aquí opera, pues, una suerte de suplencia de la queja, aun cuando el supuesto que ahora nos ocupa tiene, sin duda, mayor amplitud. Así, el juzgador y el Ministerio Público devienen, en cierto modo, abogados o procuradores de los menores e incapaces, en una interesante manifestación del derecho procesal social. Nada resuelve la norma para el caso en que los susodichos menores o incapaces cuenten con representante legal y asistente jurídico. Por ello conviene entender que aun en tales supuestos el Ministerio Público y el juzgador ejercerán, como órganos de legalidad, custodios de la ley, la misión tutelar que esta nueva disposición les asigna.

VII. DILIGENCIAS DE AVERIGUACIÓN PREVIA

Ya me referí a puntos sustanciales de la reforma de 1993 que tienen que ver, inmediatamente, con la averiguación previa; así, los relativos a flagrancia, urgencia y derechos del detenido. Examinaré ahora otros extremos de la reforma, acerca del desarrollo de este periodo básico del procedimiento penal federal, en el que se despliegan íntegramente la autoridad y la actividad del Ministerio Público.

El Estado debe —no sólo puede— ocuparse de la investigación de los delitos y del juzgamiento y la sanción de los delincuentes. Esto corresponde al *jus puniendi* que monopoliza el poder público, con exclusión de los particulares. Se trata, por cierto, de la función esencial o nuclear del Estado, la que lo caracteriza histórica y lógicamente: brindar seguridad a los ciudadanos. Es, pues, una tarea pública primordial e indeclinable. La persecución de los delitos, dice el artículo 21 constitucional, corresponde al Ministerio Público y a la Policía Judicial, bajo la autoridad y el mando de aquél.

El artículo 113 ha recogido este poder-deber del Estado; al través del Ministerio Público señalaba, en su versión anterior, que “los

servidores públicos y agentes de Policía Judicial, así como los auxiliares del Ministerio Público Federal, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de orden federal de que tengan noticia, dando cuenta inmediata al Ministerio Público Federal si la investigación no se ha iniciado por éste". La reforma mejoró el texto de aquel precepto, pues dice que "el Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos".

Sobre lo anterior, recuérdese que el Ministerio Público Federal dispone —a la luz de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de 1983, que puso al día el régimen orgánico y funcional de esta institución— de auxiliares directos e indirectos (artículo 14). Aquéllos son la Policía Judicial Federal y los Servicios Periciales; los segundos son los agentes del Ministerio Público del fuero común, las Policías Judicial y Preventiva locales, los cónsules y vicecónsules mexicanos en el extranjero, los capitanes, patrones o encargados de naves y aeronaves nacionales, y otros funcionarios públicos, designados por el procurador, que suplan a los agentes del Ministerio Público. Tales son, pues, los auxiliares a los que se refiere la primera parte del artículo 113, que subraya la subordinación de éstos al Ministerio Público en la práctica de la averiguación: "de acuerdo con las órdenes que reciban" del Ministerio Público.

Ya no se dice que esos funcionarios llevarán adelante la investigación de los delitos "de orden federal" de que tengan noticia. No puede ser casual la supresión de esta referencia tan relevante. En consecuencia, se abre la puerta para la indagación de cualesquiera delitos, en auxilio del Ministerio Público del fuero común. Parece legítimo y aconsejable que existan actos de colaboración recíproca entre las instituciones federal y local del Ministerio Público. No lo parece, en cambio, que esos actos se conviertan en algo cotidiano, sistemático, a un punto tal que prácticamente desaparezca el deslinde de atribuciones entre las autoridades persecutorias federal y locales. Una razonable limitación a esta norma excesiva se halla en la fracción I del artículo 3º, que reduce las tareas investigadoras de la Policía Judicial Federal, auxiliar del Ministerio Público, en la investigación de delitos federales.

El artículo 123 relata las medidas y providencias que tomarán el Ministerio Público o los funcionarios que practiquen diligencias de averiguación previa, inmediatamente que tengan conocimiento de un delito perseguible de oficio o por querella, cuando ésta se ha formulado. No hay ningún cambio importante, sólo ajustes terminológicos. Se aludía a los funcionarios encargados de practicar "diligencias de policía judicial" en auxilio del Ministerio Público, y ahora se habla de "diligencias de averiguación previa", que son lo mismo que aquéllas, puesto que, como en otro lugar decimos, la expresión policía judicial comprende tanto a un órgano como a una función. En este último sentido la recogió el texto original del artículo 123.

El mismo precepto 123 manifestaba que el Ministerio Público o sus auxiliares procederían a la "aprehensión" de los responsables en caso de delito flagrante. Se ha sustituido aquella palabra por "detención", que es el término correcto en este caso.

En el artículo 38 existe otro cambio terminológico que es, en esencia, trivial o innecesario, pero que resulta conveniente por la reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución. El precepto habla de las diligencias conducentes a brindar protección al "interesado", asegurando sus derechos o restituyéndolo en el goce de éstos. El cambio consiste en sustituir la expresión "cuerpo del delito" por "elementos que integren el tipo del delito". Hubiera sido interesante —por verdaderamente útil— que la reforma se ocupase además de un asunto que constantemente se plantea en la realidad y que dista mucho de contraerse a tecnicismos escolásticos: ¿cuál es el alcance de la disposición que permite restituir a un interesado en el goce de sus derechos debidamente acreditados, cuando aún no existe sentencia que defina este asunto con autoridad de cosa juzgada? La falta de normas claras y suficientes sobre este punto —mucho más que las simples elucubraciones y el canje de tecnicismos— acarrea situaciones manifiestamente injustas, pendientes de solución adecuada.

Hay disposiciones reformadas sobre auxiliares del Ministerio Público en la averiguación previa. Una de ellas es el artículo 45, que se refiere a diligencias que deban practicarse por un auxiliar fuera del lugar en que se esté tramitando una averiguación. En este caso el cambio consiste, nuevamente, en retirar la expresión "diligencias de

policía judicial”, e incorporar, en vez de aquélla, “diligencias de averiguación previa”.

Más interesantes son los cambios incorporados en el artículo 126. Cabe distinguir entre normas sobre actuaciones en general y normas sobre detenidos en particular. Ese artículo indicó en su primera parte: “Cuando una autoridad distinta del Ministerio Público practique diligencias de policía judicial, remitirá a éste, dentro de tres días de haberlas iniciado, el acta o actas levantadas y todo lo que con ella se relacione.” Actualmente se dice: “Cuando una autoridad auxiliar del Ministerio Público practique con ese carácter diligencias de averiguación previa, remitirá a éste, dentro de los tres días de haberlas concluido, el acta o actas levantadas y todo lo que con ellas se relacione.” Existe, pues, la consabida sustitución de “policía judicial” por “averiguación previa”. Antes se aludía a autoridades en general, pero se hablaba de que éstas practicaban diligencias de policía judicial. Esto es exactamente lo mismo que ahora se previene con otras palabras: auxiliares que practican diligencias de averiguación previa.

En cuanto al plazo para el envío de actas y otras cosas relacionadas con ellas, se dijo, como vimos, que la remisión se haría dentro de los tres días de haber concluido el acta; y hoy se dice que se hará dentro de ese mismo plazo, pero a partir del momento en que concluya el acta. Es más correcta esta última expresión, si se toma en cuenta que la diligencia no se agota por fuerza, obviamente, dentro de un plazo brevíssimo desde su inicio. Lo que interesa es que se realicen todas las diligencias practicables y se remita la constancia íntegra, y esto sólo puede suceder, como también es obvio, cuando aquéllas y ésta han concluido. Ahora bien, si se trata de varias actuaciones, y cada una de ellas tiene valor por sí misma, tampoco tiene sentido aguardar a la conclusión y certificación de todas cuando sea útil para la averiguación principal recibir de una vez, así sea en forma parcial, el resultado de las indagaciones auxiliares.

Anteriormente el mismo artículo 126 determinaba que en caso de haber personas detenidas ante el auxiliar del Ministerio Público se les remitiría a éste “dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención”. Se trataba de un plazo razonable, acaso tomado del tiempo que la fracción XVIII del artículo 107 constitucional

concedía para que los captores de un individuo lo pusieran a disposición de su juez. Sin embargo, aquel plazo sólo pudo asimilarse a éste por analogía o conforme al dictado de la experiencia, pues claramente se trataba de un supuesto diferente del previsto por la Constitución: en la especie venía al caso la remisión ante el Ministerio Público competente, no ante un juzgador. En la actualidad el artículo 126 dispone, siguiendo los términos del cuarto párrafo del artículo 16, que “la remisión se hará sin demora y se observará lo previsto en los artículos 193 y 194”.

El legislador constituyente y el ordinario quisieron decir que el envío y la entrega del detenido se harían sin dilación de ninguna especie, realizando sólo los actos y empleando el tiempo estrictamente indispensables para que aquél llegue a su destino y quede a disposición de la autoridad que deba recibirla. Para este fin, la palabra “remisión” no es la más adecuada. Se trata de la acción y efecto de remitir, y remitir no es hacer llegar, que es la culminación del movimiento y la situación querida por el legislador, sino apenas “enviar una cosa a determinada persona de otro lugar”. Además de que el detenido no es una “cosa” —como exige el verbo remitir—, la remisión es sólo el envío, pero no necesariamente la llegada, y lo que se quiere es reducir al mínimo posible el tiempo de privación de libertad entre el momento en que ésta ocurre y aquel otro en que el detenido comparece ante el Ministerio Público.

El reenvío que se hace a los artículos 193 y 194 implica que el auxiliar del Ministerio Público se atendrá a las estipulaciones sobre flagrancia —artículo 193— y urgencia —artículo 194—. No ofrece mayor dificultad la conexión entre la flagrancia y la cáptura por el auxiliar del Ministerio Público, pues en aquella situación cualquier persona puede detener al infractor. En cambio, la aplicación del artículo 194 enfrenta problemas, al menos en alguno de sus alcances. Efectivamente, el auxiliar del Ministerio Público —dígase, por ejemplo, un agente de la Policía Judicial o de la Policía Preventiva, no así otro agente del Ministerio Público— no puede invocar la urgencia para proceder a la detención de un sujeto. Esta captura sólo puede proceder del Ministerio Público, por expreso imperio del párrafo quinto del artículo 16 constitucional.

Los textos legales anteriores a 1983, asidos al artículo 16 constitucional, que para sustentar el libramiento de la orden de apre-

hensión sólo exigían la probable responsabilidad del inculpado, consideraron expresa o implícitamente que ésta era el único dato a considerar en el ejercicio de la acción penal. Es evidente, por lo demás, que si se habla de probable responsabilidad se está aludiendo a una responsabilidad de carácter penal, y ésta sólo viene al caso cuando alguien es probablemente responsable (debe responder) de la comisión de un delito. Por esta vía se arribaba a la exigencia lógico-jurídica de que se acreditara, junto a la probable responsabilidad, el cuerpo del delito cometido. En rigor, es imposible comprobar aquélla sin probar primero éste.

No obstante, la reforma de 1983 quiso dejar bien establecidos los elementos de fondo de la acción, que son, por cierto, los datos a esclarecer en la averiguación previa, los que confieren sentido a ésta, y que constituyen, asimismo, los elementos de fondo de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión, en su hora. Así las cosas, tanto el primer párrafo del artículo 134 del CFPP como la fracción I del artículo 7º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República sostuvieron que el cuerpo del delito y la probable responsabilidad eran los elementos que fundaban el ejercicio de la acción penal. De ahí que se ordenase al Ministerio Público —en clara aplicación del principio de legalidad— que ejercitase dicha acción en cuanto quedaran comprobados aquellos extremos durante la averiguación previa.

Por supuesto, la inquietud reformista que actuó en esta materia sobre el artículo 16 constitucional se proyectó también hacia el 134 del CFPP, que ahora habla de "elementos del tipo penal del delito" y de probable responsabilidad del indiciado. Así como el anterior artículo 134 remitía al artículo 16 constitucional para sustentar el libramiento de la orden judicial de aprehensión —además de hacerlo al 195 del CFPP, que es el directamente aplicable a este tema—, el actual reenvía al párrafo segundo de dicho precepto constitucional, y al 195 del Código.

Como se sabe, el artículo 16 constitucional fue reformado en 1993. En la porción que aquí interesa, prácticamente dice lo mismo que decía, aunque con otras palabras, salvo en lo que atañe a los elementos del tipo penal, que no son exactamente equivalentes al cuerpo del delito. En efecto, se afirmaba que no podría "librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad

judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querella de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal". Ahora se dice que no podrá librarse dicha orden "sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querella (pudo suprimirse la palabra 'acusación', que se halla fuera de lugar o resulta reiterativa de la voz querella) de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad". Es claro que "hecho determinado que la ley señale como delito" es exactamente lo mismo que "hecho determinado que la ley castigue con pena...", pues con ésta sólo se castiga el delito. La expresión "pena corporal" es anticuada, pero su sentido siempre fue claro: abarcaba la pena capital —todavía mencionada en la Constitución— y la pena de prisión, que son precisamente las sanciones comprendidas por la expresión actual: "sancionado cuando menos con pena privativa de libertad".

Seguía diciendo el artículo 16 constitucional, en su versión anterior, que la denuncia, la acusación o la querella debían estar apoyados "por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del acusado". En cambio, hoy se manifiesta que "existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del imputado". Aquella declaración correspondía a un testimonio relevante, pero en todo caso se solicitaban "otros datos" que acreditaran la probable responsabilidad, es decir, lo mismo que previene el presente párrafo segundo del artículo 16. Ya me referí a la forma en que el cuerpo del delito, hoy los elementos del tipo penal, se halla implicado en la referencia a la responsabilidad delictuosa.

La sustitución de "acusado" por "imputado" es irrelevante. Es cierto que se designa como imputado al probable responsable de un delito desde que se recoge su identidad en la *notitia criminis* o en un acto posterior de la averiguación, hasta que se ejerce la acción penal y comienza el proceso. Pero también es cierto que la voz "acusado" —al igual que "imputado"— tiene alcance genérico: designa al probable responsable desde que se establece su identidad en el procedimiento hasta que se dicta sentencia firme.

Uno de los progresos de la reforma procesal penal de 1984 fue la creación del segundo párrafo del artículo 134 para resolver en

qué momento se entiende que una persona, el inculpado, queda a disposición de la autoridad judicial, habida cuenta de que esta “disposición” es la referencia para que corra el plazo de cuarenta y ocho horas relativo a la declaración preparatoria, o de setenta y dos (o ciento cuarenta y cuatro: artículo 161), concerniente al auto de formal prisión. La reforma de 1984 aclaró este punto: “desde el momento en que el Ministerio Público... ponga (el inculpado) a disposición (del juzgador) en la prisión preventiva o en el centro de salud en que se encuentre”. Esta —u otra semejante— debió ser, por cierto, la garantía a incorporar en el inicio del artículo 19 constitucional. No lo hizo, sin embargo, la reforma de 1993.

Ahora bien, actualmente esa porción del artículo 134 estipula que se entenderá que el inculpado queda a disposición del juzgador “desde el momento en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio o centro de salud correspondiente”. El nuevo texto parece mejorar al anterior en un extremo, pero lo empeora en otro. Aquél es la referencia al momento en que ingrese el sujeto al reclusorio. Si ingresa en una institución de este género, es porque está detenido (aunque desde luego era preferible hablar de prisión preventiva, que es la especie de reclusorios en la que debieran hallarse, conforme al primer párrafo del artículo 18 constitucional, los individuos procesados; la alusión al reclusorio “correspondiente” alivia este improcedente cambio de redacción). Como sea, el instante del ingreso al reclusorio es el adecuado para el inicio del cómputo.

Pero no sucede lo mismo en el caso del enfermo que ingresa en un centro de salud: efectivamente, puede hallarse ahí, enviado por el Ministerio Público, sin que el internamiento afecte su situación jurídica, o bien, con una afectación restrictiva de libertad —detenido o retenido— que no apareja todavía subordinación a la autoridad judicial. Puede suceder que su calidad de autor o participante en un delito se acremente días u horas después de que ingresó en el hospital, y entonces ya habrán transcurrido las setenta y dos horas en que se supone —por decirlo así el artículo 134— que está a disposición del juzgador. Lo que falta en esta redacción del artículo 134, y no faltaba en la anterior, es la referencia a que el Ministerio Público pondrá al inculpado a disposición del juzgador, es decir, un acto jurídico procesal —no el mero ingreso al centro

de salud— en que culmina la detención ante el Ministerio Público y se inicia ante un juzgador específico.

En cambio, es acertada la primera frase del segundo párrafo del artículo 134, cuando manifiesta que “si el ejercicio de la acción penal es con detenido, el tribunal que reciba la consignación radicará de inmediato el asunto”.

VIII. FORMALIDADES, GASTOS Y AUXILIO PROCESAL

En este rubro me ocuparé de la presentación de diversas reformas a preceptos concernientes principalmente a la forma y a la realización de diligencias procesales, aunque no se encuentren ubicados, todos ellos, en el capítulo II del título primero, denominado “Formalidades”.

a) Práctica y documentación de actuaciones. Sobre estos puntos, el artículo 15 decía que las actuaciones se podrían practicar a toda hora y aun en días inhábiles, y que en la constancia respectiva se dejaría noticia del día, el mes y el año en que se practicasen. La reforma de 1993 añadió la referencia a la hora, que siempre se acostumbró mencionar. Asimismo, dispuso que se emplee el idioma castellano, salvo las excepciones en que la ley permita el uso de otro idioma, caso en que se recabará la traducción pertinente, punto acerca del cual tampoco había duda alguna y que se desprendía del sistema general del Código acerca de constancias y comunicaciones procesales, y especialmente del régimen de intérpretes y traductores para personas que no entiendan o hablen suficientemente el castellano.

Finalmente, se agregó que “en el acta que se levante se asentará únicamente lo que sea necesario para constancia del desarrollo que haya tenido la diligencia”. Esta norma se justifica perfectamente para evitar disgresiones, narraciones excesivas o prolijas, reiteraciones innecesarias, etcétera. Empero, es preciso tomar en cuenta que las actas deberán ser en todo caso fieles al acto que documenten y completen, dado que el juzgador se atiene únicamente a las constancias que obran en el expediente, al amparo del antiguo principio de escritura que sigue campeando en México: “lo que no está en las actas, no existe” (*non est in mundo*). Habrá que cuidar de que las constancias no omitan referencias o expresiones indis-

pensables, so pretexto de brevedad y concisión. Esto mismo se debe trasladar a la documentación de varios de los actos más relevantes del proceso, como el pliego en que se ejerce la acción penal, el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, las conclusiones, la sentencia, y así sucesivamente. En todo caso, la buena preparación de los funcionarios de la procuración y la administración de justicia será el único factor determinante de la corrección de las actuaciones y las constancias que den noticia de éstas.

b) Contenido de la sentencia. Precisamente a propósito del contenido pertinente de la sentencia se pronuncia la nueva redacción de la fracción IV del artículo 95. Antes indicaba ese fragmento que la sentencia contendría “un extracto breve de los hechos conducentes a la resolución, mencionando únicamente las pruebas del sumario”. La nueva redacción dispone que la sentencia contenga “un extracto breve de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos del auto o de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias”.

Es evidente la plausible intención del precepto, más allá de su discutible sintaxis. Es erróneo, sin embargo, que ahí se aluda tanto al auto como a la sentencia, puesto que la cabeza del artículo 95, que no fue modificada, dice textualmente: “Las sentencias contendrán:...”. Por otra parte, el texto anterior hablaba de las pruebas, cosa que no hace el texto actual: éste sólo se refiere a la expresión de los hechos, que no se confunde con el análisis de las pruebas. Quizás el reformador estimó que bastaba con la fracción V del mismo artículo, que no cambió en el proceso de reformas: las sentencias contendrán “las consideraciones, motivaciones y fundamentaciones legales de la sentencia”. Dentro de las motivaciones pudiera quedar incluida, quizás, la práctica de las pruebas, valorando a la fundamentación.

c) El artículo 16 reunía y reúne varias normas importantes a propósito de la realización de actos procesales. Entre ellas figura una, que no fue tocada, a la que cabe asignar la mayor importancia en el proceso. En efecto, dice el párrafo segundo que en éste “los tribunales presidirán los actos de prueba y recibirán, por sí mismos, las declaraciones”. Se trata, pues, de una expresión del principio de inmediación judicial, piedra de toque para el éxito de otros principios esenciales del procedimiento: oralidad, concentración,

publicidad, etcétera. Sin embargo, la realidad sigue defraudando las buenas intenciones puestas en la inmediación, en la medida en que los juzgadores permiten que otros funcionarios judiciales, no ellos mismos, personalmente, presidan las actuaciones.

Se agregó un segundo párrafo a ese artículo, sobre acceso a las actuaciones de la averiguación previa: sólo están facultados para acceder a ellas el imputado, su defensor, la víctima u ofendido y el representante legal de éstos. Así se ha querido salir al paso de la incorrecta práctica de permitir que otras personas tengan conocimiento directo de las actuaciones, para fines noticiosos, procesales o de otro carácter. Inclusive se previene la sujeción a procedimiento de responsabilidad administrativa o penal del funcionario “que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obren en la averiguación”.

d) Gastos. Hay una variación en el artículo 36, que disponía cuándo cubriría el erario federal los gastos originados por diligencias de “policía judicial”. Ahora se dice de “averiguación previa”. Esta reforma es congruente con la terminología más empleada en el ordenamiento procesal penal, aunque no sea estrictamente necesaria. Quizás el reformador creyó que el precepto aludía a diligencias realizadas por el organismo denominado Policía Judicial, y así olvidó que esta expresión no sólo se refiere a un organismo indagador de los delitos, sino también a la función misma de investigación de aquéllos, por lo que resultaba correcta aunque anticuada la expresión contenida en el texto anterior del artículo reformado.

e) Diligencias en auxilio de la autoridad del conocimiento. Los artículos 51 y 52 disponían reglas sobre captura del imputado, por exhorto o requisitoria, declaración preparatoria de aquél y emisión del auto de formal prisión por parte de la autoridad ante la que comparecía el sujeto, que no era su juez natural, sino un juzgador requerido para este efecto. Fueron derogados ambos artículos en virtud del cambio sustancial del procedimiento en este ámbito, merced a la reforma del artículo 119 constitucional.

Empero, hay otras normas sobre auxilio procesal que solamente fueron reformadas. Es el caso de los artículos 45 y 123, a los que me referiré en el examen de los preceptos sobre averiguación previa.

IX. ASEGURAMIENTO DE BIENES

Se ha dicho que las medidas cautelares personales —aquellas que recaen directamente sobre las personas, como la detención y la prisión preventiva— son características del enjuiciamiento penal, en tanto que las medidas precautorias reales —que se dirigen a las cosas— un embargo, por ejemplo, lo son del enjuiciamiento civil. Empero, han cobrado auge las medidas precautorias materiales en materia penal, sobre todo en orden a los delitos que aparejan el empleo de bienes diversos, mobiliarios o inmobiliarios, o con los que se pretende la obtención de beneficios que tienen tracción o concretación material; así, rendimientos patrimoniales. Desde la perspectiva procesal, esas medidas cautelares se resumen en el aseguramiento, que puede revestir diversas formas, hasta que cierta autoridad decide el destino del bien retenido, según la naturaleza de éste. Desde la perspectiva penal, el aseguramiento puede culminar en el decomiso, que es la desposesión o expropiación final de un bien, como sanción consecutiva a la declaratoria de responsabilidad penal.

Una norma básica en materia de aseguramiento es el artículo 181, varias veces modificado, al que se incorporaron nuevas reformas, por la vía de adiciones, en 1993. Éstas tienen que ver, fundamentalmente, con dos cuestiones: el procedimiento a seguir para el aseguramiento en general, y el aseguramiento de inmuebles rurales en particular.

El nuevo quinto párrafo del artículo 181 creó un pertinente procedimiento que respeta el derecho de audiencia del interesado en el bien que asegure una autoridad investigadora, cuando no se trate de estupefacientes o psicotrópicos (la referencia a éstos data de antes de la reforma de 1993; en este año se debió cambiar tal referencia para aludir a narcóticos, como lo hace, con dudoso acierto, el Código Penal). En tal caso debe notificarse la medida a ese interesado “para que alegue lo que a su derecho convenga dentro de un plazo de treinta días, transcurrido el cual, la autoridad resolverá lo conducente en términos de los artículos 40 y 41 del Código Penal”. Éstos estipulan el destino de los bienes asegurados, su conservación, decomiso y, en algunos casos, venta y asignación del producto de ésta. Como se ve, la novedad consiste en fijar un

régimen de notificación y un plazo para la presentación de pruebas y formulación de alegatos, en suma, un incidente de conocimiento.

El siguiente párrafo sexto del precepto, establece las características de la notificación mencionada, que es la de inicio del procedimiento, así como de "cualquier otra que se haya de hacer con respecto a sacar a subasta bienes no reclamados o a la aplicación del producto de la venta que no se reclame por el interesado". Tales notificaciones se harán personalmente al interesado, si está presente, lo cual, debe entenderse, constituye la alternativa preferente por cuanto es la mencionada en primer término y la que mejor garantiza el interés jurídico del sujeto; o bien —segunda posibilidad— por cédula que se deje en el domicilio de aquél con alguno de los moradores o de los trabajadores que ahí asistan; o, por último, mediante publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, por dos veces con intervalo de tres días entre cada una, "si no se conociere el domicilio o la identidad del interesado".

Todo lo anterior sugiere algunos comentarios. Cuando se habla de aseguramiento por autoridad "investigadora", vale entender tanto al Ministerio Público por sí o por medio de sus auxiliares, como a la autoridad judicial. Si bien es cierto que un elevado número de aseguramientos ocurre precisamente durante la averiguación previa y con motivo de ésta, también lo es que cabe la posibilidad —actualizada en la práctica— de que dicho aseguramiento sobrevenga en el proceso.

El párrafo quinto habla de "bienes distintos de los señalados en el párrafo anterior", que se refiere a estupefacientes y psicotrópicos. No hay duda sobre la potencialidad lesiva de éstos y acerca del carácter ilícito de la producción, posesión y distribución de muchos de ellos, pero tampoco la hay de que otros varios tienen aplicaciones terapeúticas —u otro destino ilícito: investigación o industria— y no deberán ser destruidos necesariamente. Es posible, inclusive, que exista un "interesado" —no el probable delincuente, por supuesto— en esos bienes, con derecho para reclamarlos y, por ello, con necesidad de concurrir al procedimiento y formular en éste pretensiones atendibles. Piénsese, por ejemplo, en ciertos estupefacientes o psicotrópicos con aplicación médica que fueron sustraídos del laboratorio en que se producen, la farmacia en que se expenden o el consultorio médico en que se prescriben

y aplican. El texto riguroso del quinto párrafo deja sin acceso procesal al fabricante, al farmacéutico y al facultativo interesados en reclamar la devolución de esas sustancias.

En cuanto a los edictos que menciona la parte final del párrafo sexto, como tercera posibilidad de notificación, obsérvese que esta forma de comunicación procesal sólo es suficiente —de lo contrario habría una violación— cuando no se conoce el domicilio o la identidad del interesado. En realidad, lo que aquí viene al caso es que resulte imposible hacer la notificación en cualquiera de las formas preferentes. Cabe que se conozcan domicilio e identidad, pero aquél esté deshabitado y no pueda ser habido el sujeto. Aquí no se satisface la hipótesis legal para el edicto; empero, no existe otro medio de intentar la notificación querida por la ley.

El séptimo y último párrafo del artículo 181 se refiere a bienes inmuebles asegurados que estén destinados o sean susceptibles de destinarse a actividades agropecuarias. Esto se acredita, según expreso mandamiento legal, “con el dictamen pericial que se recabe”. Se trata, entonces, de bienes rurales. No pueden caber en esta clasificación los inmuebles urbanos que en forma transitoria y hasta irregular se utilicen para siembra o desarrollo pecuario en pequeña escala. No parece ser ésta la intención del legislador, que seguramente ha actuado con la vista puesta en los predios utilizados para la siembra y el cultivo de plantas proscritas, como la marihuana y la amapola.

Al respecto, determina el artículo 181, *in fine*, que esos inmuebles “no serán objeto de subasta, debiéndose entregar a las autoridades que por la naturaleza de ellos resulten competentes, para su regularización en términos de las leyes respectivas”. Esas autoridades no pueden ser otras, dadas las características de las tierras, que la Secretaría de Agricultura y Recursos Hídricos o la Secretaría de la Reforma Agraria. Pero ¿qué se ha querido decir con “regularización” de los terrenos, que por sí mismos no tienen una situación regular o irregular, aunque legalmente la tengan sus tenedores o propietarios? Si se trata de inmuebles bajo régimen de dominio pleno, ¿en qué los emplearán aquellas dependencias, particularmente la Secretaría de la Reforma Agraria? ¿Serán destinados a dotación o ampliación de ejidos, o a nuevos centros de población, mientras prosigue, en forma transitoria, el reparto de tierras

y aguas? ¿Y en qué consistirá la citada “regularización” cuando se trate de inmuebles sujetos al régimen ejidal o al comunal?

X. COMPETENCIA

En materia penal, la regla básica de atribución de competencia atiende al lugar de comisión del delito. Es tribunal competente para conocer de un delito, señala el primer párrafo del artículo 6^a, el del lugar en que se comete. Esta disposición ha sido alterada, hoy día, por salvedades introducidas en la reforma de 1993, que constan en los párrafos segundo y tercero del artículo 10. Con esto se instituyen casos de prórroga de competencia, no obstante la enfática prohibición del artículo 12, que no fue modificado en forma consecuente con los cambios que aquí se examinan.

a) Conexidad. Durante mucho tiempo se abordó en la doctrina y en la jurisprudencia el problema del llamado fuero “atractivo”, que constituye uno de los temas asociados a la conexidad. El nuevo segundo párrafo del artículo 10 ha venido a sostener la existencia de fuero atractivo en todo caso, que abarca, como es natural, tanto el extremo de la investigación y el ejercicio de la acción como el del juzgamiento. Así, “en caso de concurso de delitos, el Ministerio Público Federal será competente para conocer de los delitos del fuero común que tengan conexidad con delitos federales, y los jueces federales tendrán, asimismo, competencia para juzgarlos”. Como no se distingue entre las categorías del concurso, es preciso concluir que esa atracción existe tanto en el supuesto del concurso material como en el del concurso ideal. Así se va más lejos de la solución frecuentemente aceptada con anterioridad, que desplegaba el fuero federal en el evento del concurso ideal —comisión de varios delitos con una sola conducta, en los términos del artículo 18 del Código Penal—, y permitía la actuación de los dos fueros, cada uno para su correspondiente delito, en el del concurso material —comisión de varios delitos— con pluralidad de conductas, en *idem*.

No deja de ser discutible la solución aportada por la reforma, que implica, en sustancia, la “federalización” del comportamiento típico previsto en la ley común y sancionado por ésta según la distribución constitucional de atribuciones entre la Federación y

los Estados de la Unión. Es cuestionable que un delito del orden local se convierta en delito del orden federal por el hecho de que tenga conexión —incluso en virtud de concurso material, que separa conductas y resultados— con otro de este último fuero.

Adelante mencionaré un controvertible supuesto de jurisdicción atractiva por motivos de seguridad carcelaria, es decir, de peligrosidad del inculpado.

b) Peligrosidad. El Código no utiliza, desde luego, la expresión “peligrosidad”, pero es evidente que a esto se refiere, en realidad, el segundo párrafo del artículo 10 cuando desecha el lugar de comisión del delito como base para fijar la competencia del juzgador. Esta modificación de la regla se presenta en dos casos, a saber:

1. No es competente el juzgador del *forum delicti*, sino otro distinto, “si por razones de seguridad en las prisiones, atendiendo a las características del hecho imputado, a las circunstancias personales del inculpado y a otras que impidan garantizar el desarrollo adecuado del proceso, el Ministerio Público Federal considera necesario llevar el ejercicio de la acción ante otro juez”. Como se ve, aquí intervienen datos derivados de la personalidad del inculpado, entre otros, y depende del Ministerio Público la decisión acerca de la competencia, en la medida en que le corresponde resolver ante qué juzgador ejerce la acción penal. Puede tratarse, obviamente, de un tribunal ubicado lejos del lugar en que se perpetró el delito.

La discrecionalidad del Ministerio Público, que invita a la reflexión, se ejerce en dos direcciones: excluye del conocimiento al juzgador natural, con apoyo en los criterios enunciados, que debieran invocarse y acreditarse en el acto de consignación, para evitar exclusiones caprichosas, y encomienda el conocimiento a un tribunal que es regularmente incompetente, pero deviene capaz por la atribución que le hace el Ministerio Público. Nada dice el Código acerca de las razones que justifican la selección de juez. Es deseable que esto se manifieste a la luz de los mismos datos que determinaron la exclusión del naturalmente competente: habría que explicar por qué es adecuado el juzgador elegido por el Ministerio Público, tomando en cuenta precisamente la seguridad en las prisiones, las características del hecho imputado, las circunstancias personales del inculpado y otros datos asociados al desarrollo adecuado del proceso.

Conviene observar que en este punto el Código reformado no ordena la remisión del sujeto a un reclusorio de alta seguridad. Por lo tanto, el Ministerio Público puede elegir a un juzgador cuyo tribunal se localice a distancia de cualquier reclusorio de esas características: en rigor, puede enviar al reo ante cualquier juez federal del país, con competencia penal.

2. Esa disposición "es igualmente aplicable para los casos en que, por las mismas razones, la autoridad judicial, de oficio o a petición de parte, estime necesario trasladar a un procesado a algún centro de reclusión de máxima seguridad, en los que será competente el tribunal del lugar en que se ubica dicho centro". En esta situación se supone que hubo ejercicio de la acción penal y que una vez iniciado el proceso se advierte la conveniencia del traslado —también por el motivo fundamental de la peligrosidad del sujeto—, expresada con otras palabras en el Código. De tal suerte, el Ministerio Público puede instar el traslado y, con él, la prórroga de competencia, que también puede solicitar el propio imputado, pero la decisión queda en manos del juzgador. Debiera atenerse éste —y decirlo así en su resolución, motivada y fundada— a las razones que determinan la exclusión del juez naturalmente competente, cuando la elección corre a cargo del Ministerio Público en oportunidad del ejercicio de la acción penal. También debiera expresar los motivos que amparan el traslado del sujeto a cierto reclusorio de máxima seguridad, y no a otro u otros, habida cuenta de que en el país hay varios designados de ese modo en virtud de las condiciones que ofrecen para la custodia de los reclusos.

La calificación de un reclusorio como de "máxima seguridad" depende de ciertos lineamientos de arquitectura y sistema penitenciario. Acaso no resultará necesario exigir que el traslado se haga a una institución que sea "íntegramente" de máxima seguridad —aunque se tiende a construir cada vez más prisiones de estas características—, sino quepa, si ello se justifica, la remisión del sujeto a un pabellón de alta seguridad dentro de un reclusorio general o no especializado.

Siembra la confusión el nuevo tercer párrafo del artículo 197. Este precepto regula el internamiento de los imputados detenidos en virtud de orden judicial de aprehensión. Merced a la reforma

que ahora examino, ese nuevo párrafo agrega: "Las personas que se encuentren internadas en centros de reclusión de alta seguridad, podrán ser trasladadas a otro centro, hospital, oficina o cualquier lugar, notificándolo al Ministerio Público y a su defensor."

No se indica, pues, el motivo y la razón del traslado, que ciertamente puede alterar la defensa del imputado. Puesto que se debe notificar al Ministerio Público y al defensor del sujeto, cabe suponer que la orden proviene del juez a cuya disposición se encuentra el reo. Tampoco se dice si en este caso el tribunal actúa a petición de parte o *motu proprio*, ni se aclara el propósito y la duración del traslado, ni si en virtud de éste surge un nuevo juez competente que seguirá conociendo la causa. Particularmente inquietante es la posibilidad, que esta norma establece, de que el detenido sea trasladado a "cualquier lugar", distinto de un centro (de reclusión, se supone), un hospital o una oficina. Quizás el legislador quiso permitir la excarcelación de detenidos para la práctica de diligencias en averiguación de delitos, pero esta posibilidad debió describirse claramente, para evitar confusiones y excesos.

Estas disposiciones —acerca de fuero atractivo y competencia por "razones de seguridad"— repercuten en otras figuras procesales. Así sucede en los casos de conflicto de competencia y acumulación de procesos. Efectivamente:

—El artículo 434, según las reglas clásicas de la inhibitoria, determinaba solamente que ésta se intentaría ante el tribunal considerado competente para que se avocase al conocimiento del asunto. Hoy se añade que dicha inhibitoria "nunca se podrá intentar para que deje de conocer el juez cuya competencia se haya establecido por razones de alta seguridad".

—El artículo 474 recogió la norma tradicional que impedía la acumulación en el supuesto de que hubiese delitos de diversos fueros; así, federales y comunes. Lo mismo dice, como regla general, el nuevo texto de ese precepto; sin embargo, añade: "excepto lo previsto por el artículo 10, párrafos segundo y tercero". La norma es equívoca y desafortunada. En efecto, el párrafo segundo se refiere a la conexidad entre delitos federales y comunes, hipótesis a la que ya nos referimos. En cambio, el párrafo tercero alude a la prórroga de competencia de un juez (federal) en virtud de la elección del Ministerio Público o la determinación del

Tribunal que originalmente conoció, por razones de seguridad. No es razonable suponer que esto último —la seguridad— implique un cambio de jurisdicción: la federal a cambio de la local, cuando el delito cometido se ubica en el fuero común. Sin embargo, la errónea redacción del artículo 474 invita a concluir otra cosa.

XI. RADICACIÓN

El primer acto del proceso es la radicación de la causa (o del expediente, como se acostumbra decir, confundiendo las constancias documentales del proceso con este mismo). Es erróneo afirmar que el proceso se inicia con el auto de formal prisión, que sobreviene varias horas o varios días después de que se ha radicado el asunto. Esta última posición no permite explicar satisfactoriamente la naturaleza de los múltiples actos —entre ellos la orden de aprehensión o de comparecencia y la declaración preparatoria— que suceden entre dicha radicación y el referido auto de formal prisión. Parece obvio que la relación jurídica procesal —sustancia del proceso— se establece antes de este auto.

Colmando lagunas legales que suscitaban grandes dilaciones en el procedimiento, las útiles reformas de 1984 y 1986 fijaron el régimen de la radicación al través de plazos perentorios, señalaron igualmente plazo para expedir o negar las órdenes de aprehensión y comparecencia, y crearon el recurso de queja para vencer, en lo posible, la inercia y negligencia del juzgador. La reforma de 1993 introduce algunos cambios, que dan lugar a dos sistemas de radicación, que cabría denominar “diferido” e “inmediato”. En ambos supuestos se trata —como ocurría bajo el régimen anterior— de consignaciones sin detenido, pues las que se practican con detenido no pueden estar sujetas a condiciones temporales que menoscaben las garantías de tiempo que consagra la Constitución.

a) Radicación diferida. En contraste con el texto anterior, que ordenaba la radicación inmediata del asunto, tras el ejercicio de la acción penal, el actual concede dos días (primer párrafo).

b) Radicación inmediata. Se hará ésta cuando venga al caso alguno de los delitos designados como graves por el artículo 194, a

fin de abreviar los tiempos para la expedición de la orden de captura (tercer párrafo).

Cuando la consignación se hace con detenido, la radicación del asunto debe ser inmediata, prescribe el nuevo texto del segundo párrafo del artículo 134.

XII. ÓRDENES DE APREHENSIÓN O COMPARCENCIA

Como dije, el CFPP también determinaba plazos para expedir o negar las órdenes de aprehensión, reaprehensión y comparecencia, en sus respectivos casos. Recuérdese que la comparecencia para rendir declaración preparatoria se ordena cuando el delito no da lugar a detención (artículo 157, modificado solamente para cambiar las referencias al cuerpo del delito y a la presunta responsabilidad, por alusiones a los elementos del tipo del delito y a la probable responsabilidad del inculpado). La reforma añade el supuesto de catedo. Por lo tanto, la situación actual es la siguiente:

a) Órdenes diferidas. En general, el juzgador dispone de diez días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación (segundo párrafo).

b) Órdenes aceleradas. Cuando se trate de alguno de los delitos graves previstos en el artículo 194, se acordará o negará la aprehensión o el catedo dentro de veinticuatro horas contadas a partir del momento en que se acordó la radicación (tercer párrafo).

Las estipulaciones mencionadas suscitan algunos problemas, que en seguida menciono. El punto más delicado es la vinculación del catedo con la radicación del asunto. Se olvida que en los términos del artículo 61, el Ministerio Público puede solicitar, y el juez conceder, un catedo durante la averiguación previa. Asimismo, se ignora que la necesidad de practicar un catedo puede plantearse tiempo después de iniciado el proceso, a buena distancia del auto de radicación. Por otro lado, se ha pasado por alto —y lo mismo sucedía en el texto anterior— la necesidad de expresar algún plazo para la resolución sobre un pedimento de reaprehensión, que tampoco se puede ni se debe vincular con el tiempo del auto de radicación.

No hay variación en cuanto al recurso de queja, pero la hay a propósito de la negativa del juzgador a dictar las solicitadas órde-

nes de aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, por no hallarse satisfechos los requisitos pertinentes. Se decía que en este caso “el Ministerio Público podrá promover pruebas en el proceso hasta que se satisfagan dichos requisitos a criterio del juez”. Ahora se indica que “se regresará el expediente al Ministerio Público para el trámite correspondiente” (quinto párrafo, *in fine*).

La fórmula anterior dejaba perfectamente establecido que una vez ejercitada la acción penal el Ministerio Público había perdido sus atribuciones como autoridad indagadora, y había terminado la averiguación previa. Por lo tanto, todas las diligencias posteriores —inclusive, por supuesto, las conducentes a perfeccionar los motivos y argumentos de los planteamientos del Ministerio Público— tendrían que desahogarse en sede judicial, no en sede administrativa. Erróneamente, la nueva redacción ha sustituido el sistema: la expresión que utiliza, oscura, parece sugerir que se reabrirá la averiguación previa para que el Ministerio Público reúna más datos y formule de nueva cuenta la consignación. ¿Y qué fue de la acción originalmente ejercitada y del proceso abierto con el auto de radicación que siguió a dicho ejercicio de la acción?

XIII. LIBERTAD PROVISIONAL

Uno de los campos en que ha ocurrido más interesante —no siempre acertada— evolución en el derecho procesal penal mexicano, es el relativo a la libertad provisional bajo caución u otras garantías, que constituye la contrapartida de la prisión preventiva y una de las formas —no la única, por supuesto— para prevenir, suprimir o aliviar los problemas inherentes a la prisión preventiva.

La reforma de 1984 a la fracción I del artículo 20 constitucional contuvo algunos avances notables, como fueron: precisión del tipo penal (que no es necesariamente el fundamental o básico) al que habría de atenerse el juzgador para resolver sobre la procedencia de la libertad, sistema de caución ordinaria y duplicada o reforzada, tratamiento diverso para delitos intencionales, por una parte, e imprudentiales y preterintencionales, por la otra, y consideración del perjuicio, no sólo el daño, causado por el delito. Es posible decir que esta reforma buscó el equilibrio, y avanzó en él, entre

el inculpado, el ofendido y la sociedad. La reforma procesal secundaria de 1990 aportó la importante novedad de permitir al juzgador, mediante un informado arbitrio, ampliar el ámbito para el otorgamiento de la libertad provisional, más allá del riguroso alcance de la garantía constitucional. La reforma constitucional de 1993 trajo consigo modificaciones profundas, no siempre afortunadas, en el régimen de la libertad provisional. Con esta base se ha modificado ahora el sistema del CFPP.

Merced a la evolución de la ley secundaria en este punto —sobre todo desde 1971—, y ahora gracias a la reforma constitucional de 1993, la libertad provisional es un derecho del inculpado ante el Ministerio Público y ante el juzgador. El artículo 399 establece los requisitos como sigue:

1. “Que garantice el monto estimado de la reparación del daño” (fracción I). Aquí hay un desacuerdo de la reforma constitucional, que marcó un paso atrás en la protección al ofendido: en efecto, se soslaya el tema de los perjuicios, no menos importantes que los daños para la tutela jurídica a la víctima del delito. Un segundo párrafo de esa fracción se ocupa específicamente en las hipótesis de delitos contra la vida y la integridad corporal (expresión discutible, pues no abarca, por ejemplo, el caso de lesiones que alteran la salud psíquica del sujeto pasivo, no la física), y para ello dispone que “el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo”. Es claro que la norma está fuera de lugar en este punto; debiera hallarse en el Código Penal. Por lo demás, es ilusorio el propósito del legislador, pues en otro punto del ordenamiento, como adelante veré, permite la reducción en el monto de la garantía en favor del inculpado, soslayando el interés de la víctima.

2. “Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele” (fracción II). También aquí prácticamente se reproduce la deplorable fórmula constitucional. Desde el ángulo de la redacción, vale observar que lo que se garantiza no es la sanción, sino su cumplimiento. Por lo demás, y en cuanto al fondo de la norma, surge la pregunta acerca de lo que ha querido decir el legislador —constitucional y secundario— cuando alude a sanciones pecuniarias, habida cuenta de que la reparación de daño, que es una sanción pecuniaria en los términos del Código Penal, se

halla recogida en la fracción precedente. Es razonable concluir que el legislador se refirió a la multa, lo cual pone en evidencia, todavía más, el error y la inequidad que apareja la supresión de referencias a los perjuicios causados por el delito: hay cuidado en satisfacer el derecho del Estado a la multa, pero no el del particular a la reparación del perjuicio.

3. “Que cautive el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso” (fracción III). Es obvio que la garantía para el disfrute de la excarcelación sirve al objetivo de asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones del reo, especialmente la de hallarse a la disposición de la justicia y comparecer oportunamente en el juicio. Pero también es evidente que la norma secundaria ha ido más allá de la constitucional, en forma por lo menos discutible, puesto que al hacerlo ha empeorado, no mejorado, la posición jurídica del sujeto. La nueva fracción I del artículo 20 limita el monto de la caución a lo necesario para atender la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que puedan imponerse, restricción que es un flagrante desacuerdo, que, sin embargo, no puede subsanar la ley secundaria.

4. “Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el último párrafo del artículo 194” (fracción IV). Es esta, así, la única exclusión del derecho a disfrutar de libertad provisional. Es oportuno recordar que el derecho mexicano, hasta la reforma constitucional de 1993, vinculó la libertad provisional con la cuantía de la pena correspondiente al delito por el que se seguía un proceso: si era menor de cinco años de prisión en su término medio aritmético, la libertad provisional constituía un derecho constitucional del inculpado. La reforma legal secundaria de 1990 mejoró la situación del inculpado, pues permitió al juzgador ampliar la posibilidad de conceder libertad provisional aun cuando la media de la sanción excediera de cinco años. Esta misma reforma excluyó de plano el beneficio de la libertad en los supuestos de ciertos delitos graves, y en los de reincidencia y habitualidad. Así las cosas, se abandonó parcialmente el principio de predeterminación legal de los casos de procedencia de la libertad y se introdujo una forma de arbitrio judicial en lo que correspondía a los delitos situados por encima de la garantía constitucional, pero no excluidos expresamente por la ley procesal. Este rumbo conveniente se

perdió en la reforma de 1993 a la Constitución y, consecuentemente, a la ley secundaria. Hoy el juzgador no cumple papel alguno en la determinación de los supuestos en que procede la libertad. Esa determinación es, en realidad, una "predeterminación" o un "prejuicio" legal.

Refirámonos ahora a la caución. En este punto son relevantes cinco temas de la reforma, a saber: especies, cuantía, reducción, obligaciones de terceros y revocación.

A) Por lo que toca a las formas de caución (palabra que es sinónimo de garantía patrimonial, no de depósito, como bien se entendió en la reforma constitucional de 1984), la parte final del artículo 399 señala que "la caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido". Dejemos de lado la aparente idea, desde luego errónea, de que caución y garantía son cosas diferentes, y que cada una de ellas sirve para afrontar obligaciones diferentes, y observemos las especies de caución o garantía. De ellas, las tradicionales son depósito, hipoteca y fianza. Por recientes reformas procesales se incluyó la prenda. Ahora se agrega el fideicomiso, "formalmente constituido", aclaración innecesaria en cuanto que si no está formalmente constituido no existe como tal figura jurídica. Se puede pensar que la operación garantizadora del fideicomiso supone que el inculpado o un tercero que desea favorecer a aquél son fideicomitentes, y el Estado es fideicomisario y por eso recibirá, llegado el caso, los recursos del fideicomiso para satisfacer con ellos los derechos del ofendido, los del propio Estado en lo que respecta a la multa y las obligaciones procesales del inculpado.

El artículo 416 fue reformado para el exclusivo efecto de permitir que un tercero pueda constituir fideicomiso en garantía de la libertad del inculpado. A reconocer la posibilidad del fideicomiso al lado de otras formas de garantía de la libertad, atiende también una de las modificaciones introducidas en los artículos 412 y 413, referentes a la revocación de la libertad.

B) Dice la Constitución que "el monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado" (artículo 20, fracción I). La aplicación de esta norma a la ley secundaria se ve en los artículos 400 y 402.

El artículo 402 dispone que “el monto de la caución relacionada con la fracción tercera del artículo 399, deberá ser asequible para el inculpado...”. Según antes vimos, la fracción III alude al “cumplimiento de las obligaciones a su cargo (del inculpado), que la ley establece en razón del proceso”. En cambio, las fracciones I y II se refieren a la reparación de daños y a la satisfacción de sanciones patrimoniales, respectivamente. Debió hablarse, bajo ese concepto de “asequible”, de cualquier expresión de la garantía, no sólo de la vinculada con las obligaciones establecidas en razón del proceso, puesto que la Constitución no hace distinción alguna al respecto. No obstante la defectuosa redacción de la ley secundaria, resulta que la condición de “asequible” también opera, materialmente, a propósito de la reparación del daño y el pago de las sanciones patrimoniales, como se desprende del conjunto de la regulación procesal, y específicamente del supuesto de insolvencia no simulada al que se refiere el último párrafo del artículo 400.

No hubo cambio en los factores a considerar para fijar el monto de la garantía, que se enuncian en las fracciones I a V del artículo 402, pero fue derogado el párrafo final del mismo precepto, que recogía la relación entre garantía patrimonial y daño para la víctima o beneficio patrimonial para el victimario: aquélla debía ser por lo menos tres veces mayor que éstos.

C) La reforma crea un régimen específico para la reducción del monto de la garantía, a petición del procesado o de su defensor, reducción que ocurrirá “en la proporción que el juez estime justa y equitativa”, al través de un procedimiento tramitado como incidente no especificado en los términos del artículo 494. Tal se dice en la primera parte del artículo 400, en relación con la garantía que asegure el cumplimiento de las obligaciones procesales del reo, pero lo cierto es que este sistema también se aplica a las otras expresiones de la garantía, por obra de la segunda parte del mismo precepto.

El eje conceptual y legal de este sistema es la “seguridad” de que el inculpado no procurará sustraerse a la acción de la justicia (artículo 400, fracción V). Así, la ley admite un nuevo caso de pronóstico en manos del juzgador, que no es ajeno, por cierto, a la preocupación por la peligrosidad del inculpado. Con la finalidad de sustentar la reducción se suministra, además, un catálogo de circunstancias que debe considerar el peticionario y ponderar el

juzgador, enunciadas por el Código alternativa y ejemplificativamente. Éstas son:

a) "El tiempo que el procesado lleva privado de libertad" (fracción I). ¿Implica esto sucesivas disminuciones de la caución, conforme al transcurso del tiempo?

b) "La disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito" (fracción II), que se supone son las consecuencias patrimoniales, y que así debieran repercutir sobre la caución en lo que toca a la reparación del daño, pero no necesariamente en lo que concierne al cumplimiento de otras obligaciones.

c) "La imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aun con pagos parciales" (fracción III), lo que apareja la necesidad de prueba persuasiva sobre la supuesta insolvencia específica.

d) "El buen comportamiento observado en el centro de reclusión de acuerdo con el informe que rinda el Consejo Técnico Interdisciplinario" (fracción IV), de donde se desprende que la decisión jurisdiccional está condicionada, aunque no necesariamente supeditada, al dictamen de ese Consejo. Es útil esta previsión en cuanto el dictamen debiera tomar en cuenta la situación real del inculpado y precisar, en su caso, el valor que se puede asignar a la buena conducta en reclusión, que no siempre es, obviamente, prenda de buen comportamiento en el exterior y de subordinación al proceso, que es lo que se quiere obtener. ¿A partir de qué momento se comienza a valorar la conducta? El mejoramiento progresivo de la conducta ¿acarreará sucesivas disminuciones en la caución?

e) "Otras que razonablemente conduzcan a crear seguridad de que no procurará sustraerse a la acción de la justicia" (fracción V). Tenemos aquí, entonces, un factor genérico, más que una circunstancia específica. Como dije, implica un pronóstico, a cargo del juez (criminólogo), acerca de la conducta futura del sujeto. No es afortunada la expresión, a todas luces excesiva, de "crear seguridad". Mejor hubiera sido referirse a establecer una probabilidad o una presunción.

Por lo que toca a la garantía vinculada con obligaciones en el inciso a —imposibilidad económica—, la reforma ignora los supuestos de insolvencia simulada y de recuperación de la ca-

pacidad económica de cumplimiento, que sólo se han tomado en cuenta para la otra vertiente de la caución, según veremos adelante.

Examinemos ahora la otra expresión de la garantía. Al analizarse el proyecto de reforma constitucional en materia de libertad provisional bajo caución, se consideró el posible conflicto de intereses entre la víctima del delito y el imputado, cuando éste careciese de los recursos necesarios para otorgar una caución adecuada, que respondiese del daño patrimonial causado a aquél. Entonces se dijo que prevalecería el interés del imputado, en mérito de que aún no se halla establecida su responsabilidad penal y de que se trata, por eso mismo, de un "presunto inocente". Esta idea se traslada al artículo 400, sobre reducción de la cuantía de la caución, que ya examinamos. Puede acordarse dicha reducción, en lo que atiende a la reparación del daño y a la satisfacción de las sanciones pecuniarias, en el supuesto de que exista "imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aun con pagos parciales". Recordemos aquí que por reforma de 1991 al artículo 404 del CFP se abrió la puerta para el pago del depósito en parcialidades.

Ahora bien, aquí se debió tomar en cuenta también el supuesto de "disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito", que pueden referirse precisamente al daño causado y "reflejarse en la sanción pecuniaria".

En el mismo párrafo último del artículo 400 se agrega:

En este caso (el de garantía de reparación del daño y de sanciones pecuniarias), si se llegare a acreditar que para obtener la reducción el imputado simuló su insolvencia, o bien, que con posterioridad a la reducción de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, de no restituir éstas en el plazo que el juez señale para ese efecto, se le revocará la libertad provisional que tenga concedida.

El artículo 134 conserva, en su párrafo final, un texto que deriva de la reforma de 1984 a la Constitución, y específicamente de la reforma procesal penal de 1985. Se trata de la obligación impuesta al Ministerio Público para hacer ciertas consideraciones ante el juzgador, en el pliego mismo de consignación, sobre puntos concernientes a la libertad provisional:

...datos reunidos durante la averiguación previa que puedan ser considerados para los efectos previstos en el artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los preceptos de este Código relativos a la libertad provisional bajo caución, tanto en lo referente a la determinación del tipo penal (antes se decía, de conformidad con el artículo 20 Constitucional, "incluyendo sus modalidades") como por lo que respecta a los elementos que deban tomarse en cuenta para fijar el monto de la garantía.

Conforme al proyecto de reforma constitucional de 1984, la intervención petitoria del Ministerio Público era indispensable para que el juzgador optase, en su caso, por la garantía reforzada o incrementada. Esto era razonable, sin duda, porque se trataba de agravar la situación del inculpado en aras del interés social. De ahí que fuese necesario el pedimento del Ministerio Público y no quedase la resolución al arbitrio del juzgador. Empero, en los trabajos parlamentarios se suprimió la intervención forzosa del Ministerio Público, erróneamente.

Hoy día, el Ministerio Público se limita a coadyuvar con el juzgador —en bien de la legalidad y racionalidad de la medida jurisdiccional que sobrevenga—, haciéndole ver elementos útiles para los fines de la libertad provisional en general: así, monto de la reparación, entidad probable de la sanción pecuniaria, carácter "no grave" del delito imputado, límites de la caución tomando en cuenta que sea "asequible" al inculpado y posible disminución del monto de la caución fijada por el propio Ministerio Público.

D) En su redacción original, y en las sucesivas hasta 1993, la Constitución no se refirió a la revocación de la libertad provisional. En cambio, la ley secundaria reguló esa revocación. Así se creó una incongruencia entre la norma que prevenía revocar la libertad cuando ocurrieran determinados incumplimientos por parte del liberado, y el texto constitucional que mantenía una garantía de libertad sin otro requisito que el otorgamiento de una caución. El problema quedó resuelto en la reforma constitucional de 1993, que introdujo la revocación "cuando el procesado incumpla en forma grave cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso" (último párrafo de la fracción I del artículo 20).

Se ha creado, por otra parte, una nueva distancia entre el texto constitucional y la ley secundaria. La calificación de gravedad

¿compete al juzgador o incumbe al legislador? Aparentemente corresponde al legislador, que debe ponderar esa “gravedad” a la hora de establecer, como lo hace, los motivos de revocación de la libertad. Además, la Constitución alude sólo a “obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso”. Estos serían, pues, los únicos motivos con sustento constitucional para revocar la libertad del sujeto. Sin embargo, la libertad es revocable, en virtud de la ley secundaria, cuando el inculpado comete un nuevo delito intencional sancionado con pena de prisión. Ahora bien, abstenerse de cometer delitos es, ciertamente, un deber de cualquier ciudadano, pero no constituye, en lo absoluto, una obligación del procesado derivada del juicio al que se encuentra sometido.

Las reformas a los artículos 412 y 413, que recogen la hipótesis garantizadora del fideicomiso al lado de las otras existentes, añaden como motivo de revocación el señalado en la parte final, ya citada aquí, del artículo 400.

El descrédito de la prisión preventiva, derivado de múltiples factores que no es del caso considerar ahora, más el respeto a la libertad del procesado (que en ocasiones —es preciso reconocerlo— acaba por ignorar el respeto y la protección que merecen el ofendido y la sociedad), han determinado constantes incrementos en el espacio de la libertad provisional. Este movimiento data de muchos años en México, y particularmente de 1971, año en el que se puso en marcha —para no detenerse ya— el proceso de reformas a propósito de la libertad de los inculpados. En 1993 se añade una nueva modalidad, que no corresponde a la libertad provisional bajo caución, ni a la libertad provisional bajo protesta o palabra. La medida es desafortunada y puede resultar perturbadora, por las razones que adelante expresaré. Se halla, además, mal encuadrada: debiera estarlo entre los preceptos relativos a la libertad provisional, y lo está nada menos que entre los relativos a la consignación del sujeto ante los tribunales, a pesar de que esta forma de libertad se tramita lo mismo en la averiguación previa que en el proceso.

El artículo innovador es el 135 bis, bajo cuyo amparo “se concederá al inculpado la libertad sin caución alguna, por el Ministerio Público, o por el juez, cuando el término medio de la pena de

prisión no exceda de tres años". Para ello es preciso satisfacer determinados requisitos, a saber:

a) que "no exista riesgo fundado de que (el liberado) pueda sustraerse a la acción de la justicia" (fracción I), de lo que se sigue la necesidad de un pronóstico judicial como en la especie de la libertad bajo protesta. Vale advertir de nuevo que el riesgo, siempre existente, no puede ser calificado como fundado o infundado; lo fundado es la apreciación del riesgo; éste puede ser, en cambio, grave o leve: en todo caso, más o menos intenso.

b) que "tenga domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso" (fracción II).

c) que "tenga un trabajo lícito" (fracción III), redacción insuficiente, pues excluye otras posibilidades legítimas, como la dedicación al estudio. Al respecto es superior la referencia de la fracción V del artículo 418, acerca de la libertad bajo protesta.

d) que "el inculpado no haya sido condenado por delito intencional" (fracción IV), aunque pudiera haberlo sido, una o más veces, por delito culposo, e inclusive por delito preterintencional, que en concepto de muchos es una variante del culposo.

El ámbito de aplicación de la libertad sin garantía es más amplio que el de la libertad bajo protesta, en cuanto para aquélla se requiere que la pena de prisión aplicable al delito por el que se siga el proceso no exceda de tres años en su término medio (es decir, puede haber pena de entre dos y cuatro años, o entre uno y cinco, por ejemplo), en tanto que para la concesión de la protestatoria es preciso que la máxima —no la media— no exceda de tres años (artículo 418, fracción I). Por otra parte, no pueden ser beneficiados con libertad sin garantía los sujetos (probablemente) responsables de delitos graves señalados por el CFPP, que no pueden ser otros que los indicados para excluir la libertad bajo caución.

En esta nueva hipótesis de libertad llama la atención que se haya descartado toda forma de garantía: no sólo la caución, que es una garantía patrimonial, que sirve al doble fin de asegurar el éxito del proceso y satisfacer los derechos del ofendido, sino también la moral, consistente en la palabra o promesa de quien obtiene libertad bajo protesta. ¿Es demasiado pedir la promesa del inculpado en el sentido de que se presentará al tribunal y cumplirá

ciertos requisitos mínimos para la convivencia civilizada, que no aparejan —ninguno de ellos, en lo absoluto— cargas económicas? ¿Por qué no es suficiente la libertad protestatoria, cuyas posibilidades se ampliaron apreciablemente en 1991?

Es insostenible que para conceder la libertad protestatoria, en la que viene al caso un delito sancionado con tres años de prisión a lo sumo, se exija la promesa del inculpado, mientras se prescinde de ésta cuando viene al caso, como ocurre en la libertad sin garantía, un delito sancionado con pena más elevada, y por ende más grave.

Por otra parte, la nueva libertad sin garantía es irrevocable, a diferencia de las otras formas de libertad, inclusive la protestatoria. En efecto, el artículo 135 bis no establece causas de revocación, al paso que los artículos 412, 413 y 421 sólo se refieren a la revocación de la libertad caucional, los dos primeros, y de la libertad bajo protesta, el tercero. No parece lícito cancelar un beneficio, que se tiene a título de derecho establecido en la ley, por motivos que determinan, según la misma ley, la cancelación de beneficios diferentes.

Sólo sería posible, tal vez, aplicar directamente el tercer párrafo de la fracción I del artículo 20 constitucional, a propósito del incumplimiento de obligaciones que deriven a cargo del inculpado en razón del proceso. Para ello habría que adoptar interpretaciones difíciles acerca del riesgo de sustracción a la justicia, el domicilio o el trabajo.

XIV. DECLARACIÓN PREPARATORIA

La declaración preparatoria está contenida, a título de garantía del inculpado, en la fracción III del artículo 20 constitucional. Por ello suele decirse que se trata de un acto de defensa del inculpado, o como tal se debe entender y conducir. Empero, es obvio que lo que declare el sujeto puede ser también utilizado por el Ministerio Público, y apreciado, incluso en lo que sea adverso al inculpado, por el juzgador.

Para salir al paso de “chicanas” de litigantes, en 1984 fue reformado el artículo 154, con el objeto de evitar manipulaciones indebidas de la declaración preparatoria por parte de asesores del inculpado. Asimismo, se dispuso que el juez explicaría a éste la naturaleza y el alcance de la declaración para que la omisión de

ésta no redundase en perjuicio del propio procesado. En 1990 se suprimió, sin razón, esta última norma, y ahora la reforma de 1993 ha alterado profundamente el carácter de la declaración preparatoria.

Hasta los cambios de 1993, la primera parte del artículo 155 decidía: "La declaración preparatoria se rendirá oralmente por el inculpado sin que sea aconsejado o asesorado por persona alguna en el momento de rendirla, salvo en lo que respecta a las informaciones u orientaciones que legalmente deba darle el juzgador." Actualmente esa parte del artículo dice: "La declaración preparatoria se rendirá en forma oral o escrita, por el inculpado, quien podrá ser asesorado por su defensor." Como se ve, quedó desnaturalizada esta diligencia por una doble causa: permitir que la declaración se haga por escrito y autorizar la intervención asesora del defensor. Ambas cosas riñen con las características y los objetivos naturales de la declaración preparatoria. Si el defensor teme la declaración de su cliente, basta con que éste se abstenga de declarar. No es necesario —ni prudente— que la espontánea declaración verbal se vea sustituida por un alegato escrito por el abogado o por manifestaciones sugeridas al inculpado por su defensor. Así se esteriliza tan importante acto procesal.

XV. AUTOS DE FORMAL PRISIÓN Y DE SUJECIÓN A PROCESO

Los autos de formal prisión y de sujeción a proceso constituyen resoluciones de la más elevada importancia en el procedimiento penal. Son, en esencia, la decisión y la constancia del procesamiento —de ahí que se les pueda abarcar con este rubro—, que fija el tema del proceso. En 1993 hubo cambios al artículo 19 constitucional, que regula la materia. En tal virtud, la primera frase del precepto constitucional dice ahora que "ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición...", en tanto que anteriormente decía: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión."

Este cambio ha sido en verdad irrelevante. No era estrictamente necesario aclarar que en la especie se trataba de detención ante

autoridad judicial y no ante órgano administrativo porque jamás hubo duda sobre la categoría de detención contemplada en el artículo 19. Hablar de setenta y dos horas en lugar de hacerlo de tres días no es, por cierto, un asunto que amerite reforma constitucional: se trata de lo mismo, sobre todo si se toma en cuenta que siempre hubo consenso —así lo aseguró la ley secundaria— en el sentido de que los tres días se computaban de momento a momento. La mayor novedad de la reforma consistió en decir que las famosas setenta y dos horas se contaría a partir de que el indiciado sea puesto a disposición del juzgador. Tampoco era imprescindible señalar este momento *a quo*, porque siempre se consideró, asimismo, que tal plazo —no término— corría a partir de que el sujeto quedaba a disposición del juzgador. La auténtica novedad —y, en su caso, el progreso— hubiera consistido en mencionar a partir de qué acto se estima, para todos los efectos legales, que el inculpado queda a disposición del juzgador. De esto se ocupó adecuadamente el segundo párrafo del artículo 197, según la reforma de 1985. La Constitución, en cambio, es omisa sobre el particular.

Otras reformas llevadas a la Constitución en 1993 fueron las correspondientes a la sustitución del concepto de cuerpo del delito por la noción de elementos del tipo penal imputado; a la prolongación del plazo de setenta y dos horas en beneficio del inculpado; a la liberación del sujeto por “los custodios” —ya no, como antes se decía, por los “alcaides y carceleros”; pero la expresión “custodios” es, obviamente, amplia en exceso para estos efectos—, cuando no reciben oportunamente constancia oficial del auto de formal prisión; a la adición —acertada— del auto de sujeción a proceso como resolución que fija el tema del proceso, al igual que el de formal prisión; y al hecho de que cualquier nuevo delito que se advierta debe ser objeto de “averiguación” separada, no ya de “acusación” separada, tecnicismo que tampoco ameritaba una reforma constitucional.

En la reforma a la ley secundaria en 1993 se hicieron los cambios necesarios para vincular el auto de formal prisión con los elementos del tipo del delito imputado y la probable —no presunta— responsabilidad del inculpado.

Por la repercusión que tiene sobre el CFPP, conviene recordar que en el primer párrafo del renovado artículo 19 constitucional

queda dicho que “la prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal”. Esta reforma, que no es acertada, deriva de una modificación benéfica al artículo 161 del CFPP, de 1984, que permitió la duplicación del plazo de setenta y dos horas en beneficio del inculpado, esto es, “por convenirle dicha ampliación del plazo con el objeto de recabar elementos que deba someter al conocimiento del juez para que éste resuelva sobre su situación jurídica”. Se prevenía que la ampliación debía ser pedida por escrito, al rendir declaración preparatoria. El nuevo texto, en esa porción específica del CFPP señala que la ampliación se hará siempre que “sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva sobre su situación jurídica” (del inculpado). Sólo hubo, como se ve, un cambio de palabras para expresar la misma idea.

Digo que no es acertada la reforma constitucional, que luego se proyecta a la ley secundaria, porque el texto fundamental debió manifestar con claridad, como lo hizo el CFPP, la posibilidad de solicitar una prórroga y la medida de esa ampliación. En cambio, se conforma con una redacción elusiva que sólo permite legitimar la detención ampliada *a contrario sensu*, en cuanto se exime de sanción al funcionario que la autorice cuando la ampliación no perjudique al reo. En rigor, esa detención podría prolongarse durante varios días o semanas si resulta ser benéfica al sujeto. No es esto lo que ha querido la Constitución, pero esto es lo que se deduce de su texto en vigor. En las discusiones parlamentarias conducentes a la reforma se hizo notar que no parecía conveniente estipular en la Constitución una determinada extensión del plazo constitucional, porque no era igual la situación de los tribunales en todas las entidades federativas: en algunas existía sobrecarga de trabajo, que justificaría la ampliación, pero en otras no; así, el asunto debía quedar a la decisión de la ley local.

Ahora bien, lo que se ignoró en ese argumento tan frágil fue que no se trata aquí de ponderar la carga de trabajo que pueden tener los tribunales, sino de favorecer la defensa del inculpado, permitiéndole disponer de más tiempo para allegarse elementos de descargo. Por otra parte, si interpretamos con rigor la letra de la Constitución, resulta que la cuestión del plazo no ha quedado tan vinculada a la decisión de los legisladores locales, para que

éstos la acepten o la rechacen: es un hecho que la ley suprema permite la ampliación del plazo, *a contrario sensu*, como ya vimos, si ello beneficia al inculpado.

El antiguo texto de la fracción IV del artículo 161 constitucional decía en seguida: "El Ministerio Público no puede solicitar dicha prórroga ni el juez resolverla de oficio, aun cuando mientras corre el periodo de ampliación, aquél puede, sólo en relación con las pruebas o alegaciones que propusiera el inculpado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa." El nuevo texto determina exactamente lo mismo, también con modificación —¿para qué?— de algunas palabras. Veamos: "El Ministerio Público no podrá solicitar dicha ampliación ni el juez resolverá (*sic*) de oficio; el Ministerio Público en ese plazo puede, sólo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el inculpado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa."

La nueva redacción del segundo párrafo de la fracción IV del artículo 161 suprime el requisito de que la ampliación se solicite por escrito y permite que se pida, asimismo, dentro de las tres horas siguientes el auto de formal prisión. Estas innovaciones son plausibles. También es conveniente, aunque no indispensable dentro de una interpretación sistemática del orden jurídico mexicano, el nuevo párrafo (cuarto de la fracción II) que añade la reforma, a fin de que se informe la ampliación del plazo al director del reclusorio en que se halle internado el inculpado. No sobra observar que aquí la legislación secundaria ordena informar al director, no a "los custodios", como quiere el actual artículo 19 constitucional.

XVI. PROCESO SUMARIO

Uno de los más importantes avances en el procedimiento penal mexicano durante los últimos tiempos ha sido la introducción del juicio sumario, que pretende ganar en celeridad sin perder en garantías, cuando aquello resulte posible en virtud de las características del caso. Por eso el sumario tiene especial aplicación y justificación cuando es fácil y accesible la prueba de los hechos y de

la responsabilidad del justiciable, como ocurre en varias de sus hipótesis, aunque no en todas. Los procesos sumarios han evolucionado, en general, aunque de cuando en cuando hayan resentido tropiezos y retrocesos.

La reforma de 1993 reelaboró el artículo 152, básico para esta materia, incorporando algunos aciertos, pero también un grave desacuerdo, como lo es la reconducción del proceso por la vía ordinaria. El texto actual del precepto distingue tres hipótesis de sumario (alguna de ellas, de sumarísimo), como en seguida veremos.

1) Anteriormente había proceso sumario, cualesquiera que fuesen el delito cometido y los problemas probatorios emergentes, cuando se trataba de delitos sancionados con pena que no excediera de seis meses de prisión, o la aplicable no fuera privativa de libertad. Hoy día, ampliando las posibilidades del proceso sumario, para mejorar la diligencia en la administración de justicia, la hipótesis va más lejos: delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, sea o no alternativa, o la aplicable no sea privativa de libertad (fracción I). El desarrollo está, pues, en la extensión de casos en función de la pena de prisión aplicable.

El desenvolvimiento del proceso en esta hipótesis supone que el juez procurará cerrar la instrucción (se decía: agotar la instrucción) en un plazo de quince días, y luego se citará para audiencia de fondo. El primer párrafo del artículo 152 señalaba que se estaría a lo dispuesto en la fracción I del artículo 367, que hace inapelables las sentencias absolutorias en relación con delitos punibles con no más de seis meses de prisión o con pena no privativa de libertad, precisamente en el supuesto del primer párrafo del artículo 152. Hoy día no existe esta remisión al artículo 367, pero la inapelabilidad sigue operando en sus propios términos, aunque no para todos los supuestos de aquel primer párrafo, sino sólo para los expresamente reconocidos en la fracción que gobierna la inapelabilidad.

2) Las hipótesis más destacadas en materia de proceso sumario quedaron establecidas en la segunda parte del artículo 152 y ahora las recoge, con cambios escasamente relevantes, el inciso *b* del mismo precepto. En 1971 se introdujo el proceso sumario en el Distrito Federal, ante los jueces penales (que entonces relevaron a las cortes penales), más allá, pues, del procedimiento abreviado ante la jus-

ticia de paz. Esos procesos dependieron, entonces, solamente de la pena relativamente reducida del delito atribuido al inculpado. Así se abrió el camino para futuros desarrollos. Otros supuestos quedaron pendientes. Tal fue el caso de la flagrancia, cuestionada con grave ignorancia por algunos adversarios del progreso, que llegaría a la legislación penal en la reforma de 1983.

En este caso se trata de un sumario en que se procura cerrar (antes se decía agotar) la instrucción en treinta días, y se cita a audiencia de juicio dentro de diez días a partir de que se notifica la resolución que cierre la instrucción (artículo 152, párrafos segundo y último). Los supuestos de este sumario son, tanto en el texto anterior como en el nuevo, los siguientes:

A) Delito flagrante (fracción I), noción que abarca el amplio concepto del artículo 193, esto es, tanto la flagrancia en estricto sentido como la cuasiflagrancia y la presunción de flagrancia, puesto que el artículo 193 enuncia todos los extremos bajo el rubro general de flagrancia.

B) Confesión “rendida precisamente ante la autoridad judicial o ratificación ante ésta de la rendida ante el Ministerio Público” (fracción II). Esta redacción es idéntica a la contenida en el texto anterior del precepto. Como se ve, no basta para el sumario la confesión legítimamente formulada ante el Ministerio Público —que es suficiente como medio probatorio—, es necesario que haya confesión judicial en estricto sentido. La confesión ministerial —como suele decirse— ratificada ante el juez se aproxima mucho a la rigurosamente judicial.

C) “Que no exceda de cinco años el término medio aritmético de la pena de prisión aplicable, o que excediendo sea alternativa” (fracción III). La redacción anterior señalaba: “o ésta sea alternativa o no privativa de libertad”, frase que inducía a confusión con respecto a la primera hipótesis de sumario, mencionada sub 1). Ahora bien, no será frecuente que en una pena alternativa figure prisión cuya media aritmética exceda de cinco años, lo que pudiera significar, por ejemplo, entre tres y siete años. La alternativa se utiliza en delitos de gravedad relativamente menor, que no suelen apresar penas tan elevadas.

3) La última hipótesis de proceso sumario fue creada por la trascendental reforma de 1983, al través de un artículo 152 bis,

derogado en 1993. Se trata del caso en que una vez dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso las partes se conforman con él y no tienen más pruebas que ofrecer, salvo las conducentes a la individualización, ni el juzgador cree necesario disponer otras diligencias. Entonces se cita para audiencia (fracción III).

La redacción anterior era superior a la actual, en virtud de que al remitir a la parte final del artículo 152, implicaba que se citaría a la audiencia prevista por el artículo 307, la que “deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución que declara cerrada la instrucción”. El texto actual ya no contiene esta referencia u otra semejante, y por ello queda *sine die* la celebración de la audiencia, o bien, se sujeta a los tiempos del proceso ordinario por no haber prevención especial en este sumarísimo.

La reforma de 1983 al CFPP, que creó estos supuestos de proceso sumario, estipuló el carácter forzoso del mismo sumario cuando quedaban satisfechos sus fundamentos. Esto significó un avance notable con respecto al sumario establecido en 1971 en el Distrito Federal. Hoy día, la reforma de 1993 ha desandado el camino y consumado un manifiesto error al admitir que el sumario sea potestativo para el inculpado. En efecto, el último párrafo del artículo 152 dispone que “el inculpado podrá optar por el procedimiento ordinario dentro de los tres días siguientes al (en) que se le notifique la instauración del juicio sumario”.

Es obvio que esta admisión del poder dispositivo del inculpado sobre la vía procesal, pondrá en riesgo —como ocurrió en el Distrito Federal en 1971— el éxito de la reforma. Quienes postulan el carácter facultativo y no forzoso del sumario aducen que es preciso dar garantías al inculpado. Me parece que el sumario consagra todas las garantías del debido proceso legal, y no podía ser otra cosa. Si no fuera así, habría que suprimir el sumario o modificar a fondo su regulación.

Como se ha visto, los preceptos que gobiernan el proceso sumario remiten, para la regulación de la audiencia de fondo, al artículo 307. Anteriormente, este artículo distinguía entre las diversas especies del sumario y disponía soluciones propias cuando se trataba de delitos sancionados en el primer párrafo del artículo 152, por una parte, o de aquellos casos regulados por la porción restante del 152 y por el artículo 152 bis. Las diferencias tenían que

ver, sobre todo, con el pronunciamiento de la sentencia —en la misma audiencia o posteriormente— y con la celebración de una nueva audiencia.

Ha mejorado el artículo 307 en la reforma de 1993. Establece un solo procedimiento para la audiencia del juicio sumario. Permite, en todo caso, que la sentencia se dicte en la audiencia misma o dentro de los cinco días siguientes a ella.

XVII. PRUEBA

Hubo algunas modificaciones en materia de prueba, como sigue:

a) Confesión. Con la reforma de 1990, la fracción II del artículo 287 define como requisito de la confesión (requisito de admisibilidad, en mi concepto) “que sea hecha ante el Ministerio Público o el tribunal de la causa en presencia del defensor o persona de su confianza, y que el inculpado esté debidamente enterado del procedimiento y del proceso”. La reforma de 1993 sustituye “en presencia” por “con la asistencia”, y “enterado” por “informado”.

En varios casos la reforma ha hecho meros cambios de palabras para expresar lo mismo, pero no parece ocurrir tal cosa en el presente caso. Ya hemos visto, al hablar de la situación del detenido, que éste tiene derecho “a declarar asistido por su defensor” (artículo 128, fracción III, inciso a), y al referirnos a la declaración preparatoria, que el inculpado “podrá ser asesorado por su defensor” (artículo 155). Por lo tanto, cabe suponer que la modificación en el artículo 287 sirve al propósito de permitir que el inculpado reciba asesoramiento del defensor o de la persona de su confianza al rendir la confesión, lo cual, por demás está decirlo, desvirtúa completamente la naturaleza de la confesión.

En cuanto a la sustitución de “enterado” por “informado”, quizás se ha querido decir que no es suficiente que el inculpado conozca “el procedimiento y el proceso” (bastaría con referirse al procedimiento, o a los hechos materia del procedimiento, o a la imputación y a quien la formula) por medios propios, sino es necesario que se le haya “informado” por la autoridad obligada a hacerlo acerca de los cargos que contra él se dirigen, en la forma y con las constancias que establecen otros preceptos: artículos 128, fracción II y párrafo final de la fracción III (aunque éste se refiere

sólo a los derechos considerados en la propia fracción III, y no al consignado en la fracción II), por lo que hace al detenido en averiguación previa, y 154, por lo que respecta a quien rinde declaración preparatoria.

Ahora bien, el artículo 287, fracción II, presenta un evidente punto de inconstitucionalidad. En efecto, ese precepto secundario determina que la confesión debe ser hecha con la asistencia del “defensor o persona de su confianza” (del imputado). Es elocuente la “o” disyuntiva: vale la confesión, en lo que respecta a este extremo, si el reo está asistido por su defensor, y también vale si está asistido por una persona de su confianza, que ya no sería el defensor. La Constitución dice otra cosa: la confesión rendida por el imputado “sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio”.

Hubo y persiste la desconfianza frente a las declaraciones obtenidas por la Policía Judicial. Los acontecimientos deplorables ocurridos en cierta etapa de esta corporación —que culminaron en el establecimiento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos— dieron motivo, más que suficiente, para esa desconfianza. De ahí que haya perdido validez la confesión ante la Policía Judicial, al cabo de más de setenta años de tenerla, desde que se expidió la Constitución de 1917 hasta que se reformaron los códigos procesales en 1990. La invalidez de la confesión ante la Policía se afirma en el hoy penúltimo párrafo del artículo 287.

Tomando en cuenta lo anterior, era necesario determinar qué valor debía darse a las actuaciones de los agentes de aquella corporación, a la que nuestra ley fundamental encomienda la persecución de los delitos, bajo la autoridad y el mando inmediato del Ministerio Público. A esto viene a referirse el actual último párrafo del artículo 287, que manifiesta: “Las diligencias practicadas por agentes de la Policía Judicial Federal o local, tendrán valor de testimonios que deberán complementarse con otras diligencias de prueba que practique el Ministerio Público, para atenderse en el acto de la consignación”, y en seguida se reitera: “pero en ningún caso se podrá tomar como confesión lo asentado en aquéllas”.

De ese párrafo, que plantea diversos problemas, se colige lo siguiente: 1) la Policía puede recabar declaraciones, pero éstas no tendrán carácter de confesión, sino funcionarán apenas como ma-

terial conocido por los sentidos de los agentes, que emitirán, a este respecto, el testimonio que corresponda, y el juzgador se atendrá, para valorar la probanza, a las reglas del testimonio, no a las de la confesión; 2) se da a todas las diligencias de la Policía Judicial el carácter de testimonios —puesto que no se hace salvedad alguna—, atribución que resulta inadecuada en vista de la naturaleza que pueden tener algunas de esas diligencias, totalmente ajena al carácter de un testimonio, como puede suceder, por ejemplo, con la obtención de huellas, el levantamiento de vestigios, la obtención de documentos, etcétera; 3) las diligencias de la Policía, por sí solas, carecen de eficacia probatoria, aunque sean numerosas, consistentes y persuasivas; se requiere que las corroboren otras pruebas resumidas directamente por el Ministerio Público, y 4) esas diligencias —testimonios— se tomarán en cuenta en el acto de la consignación: expresión excesivamente restrictiva, que da lugar a que se entienda que no serán atendidas antes de la consignación, ni después de ella, esto es, carecerán de eficacia ante el juzgador. Quizás el legislador no quiso esta consecuencia extremosa, pero eso fue lo que dijo.

Todavía por lo que hace a la confesión, corresponde mencionar que fue derogado el segundo párrafo del artículo 279. Éste indicaba que la confesión haría prueba plena para acreditar el cuerpo del delito en los casos del artículo 174, fracción I (el precepto, que no tiene fracciones, se refiere al robo), y 177 (delitos contra la salud, peculado, abuso de confianza y fraude).

b) Dictamen. La complejidad de la delincuencia evolucionada, característica de nuestro tiempo, pone en relieve la importancia de la prueba pericial, que se concreta en el dictamen. La reforma accentúa, con acierto, la intervención de las partes en esta probanza. El artículo 233 prevenía, antes de 1993, que sólo el funcionario que practicase la investigación —esto es, el Ministerio Público o el juzgador— haría a los peritos las preguntas que fuesen pertinentes sobre la materia de la pericia. La reforma amplía, con acierto, esta atribución: “El funcionario que practique las diligencias y las partes, podrán hacer a los peritos las preguntas que resulten pertinentes...”. En el mismo sentido va el nuevo texto del artículo 235, *in fine*: hoy dice que en la diligencia de emisión del dictamen “el juez y la partes podrán formular preguntas a los peritos”.

c) **Testimonio.** En este punto es conveniente, como en todos los restantes a propósito de las pruebas, reforzar el principio de que sólo son admisibles las probanzas pertinentes para acreditar los extremos del proceso, y no las pruebas frívolas o improcedentes, propuestas por litigantes —públicos o privados— maliciosos o ignorantes. Estos suelen ser adversos al principio de que sólo son admisibles las pruebas que realmente conduzcan al esclarecimiento de los hechos controvertidos.

El texto anterior del artículo 242, segundo párrafo, facultaba al juez, como es lógico, para desechar “las preguntas impertinentes o inconducentes para los fines del proceso”. Esta preventión salía al paso de las maniobras de tales litigantes impreparados o maliciosos, que pretendían introducir cuestiones ajenas a los términos del litigio penal. Lamentablemente, la reforma de 1993 retrocedió el camino ganado en este sentido y dispuso que “el juez o tribunal desechará únicamente las preguntas que sean objetadas por impertinentes o inconducentes para los fines del proceso”. De aquí se sigue que la impertinencia debe ser objetada por alguna de las partes para que la deseche el juez, y no por éste *motu proprio*; se limita, pues, la iniciativa del tribunal para hacer de lado impertinencias de cualquiera de las partes en el desahogo de la prueba testimonial.

La reforma al artículo 249, segundo párrafo, que también se refiere a la prueba testimonial, contiene progresos y no recoge los errores de la referida modificación al artículo 242. En su texto anterior aquel segundo párrafo disponía que el Ministerio Público y la defensa tenían el derecho de interrogar al testigo; hoy se confiere esta facultad al “Ministerio Público, el imputado, el defensor, la víctima u ofendidos”. Antes se decía —y esto era un acierto del precepto, para evitar situaciones tan enojosas como inútiles— que el tribunal podía disponer que las preguntas se hicieran por su conducto, determinación que desapareció en 1993, para autorizar, en todo caso, el interrogatorio directo. También se manifestaba que el juez podía desechar las preguntas impertinentes o inconducentes; se mantiene esta precaución, pero se dice que el rechazo ocurrirá por decisión del tribunal —como antes sucedía— o “por objeción de parte”.

d) **Careo.** En 1993 hubo reformas constitucionales en la materia del careo. Antes se hallaban mejor cuidados en este extremo los

derechos del inculpado, y sobre todo el interés de la justicia. Se decía que aquél sería “careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia, si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa”. Actualmente se determina que “siempre que lo solicite (el inculpado), será careado con quienes depongan en su contra”. En el proceso de reforma constitucional se hizo ver la necesidad de evitar el careo supletorio y mejorar la posición del inculpado. Es obvio, sin embargo, que la supresión del careo supletorio milita en contra del inculpado: si los testigos residen fuera del alcance del juzgador, y no pueden ser llevados ante esta jurisdicción, será impracticable el careo; este problema sólo se resolvería a partir de un careo supletorio. Por otro lado, la prueba de careo —que puede ser, bien practicada, un invaluable medio para conocer la verdad— queda supeditada a la petición del inculpado —es decir, a la experiencia y voluntad de su defensor—, y en tal virtud no debe ser practicada, en todo caso, por determinación del juzgador basada en un imperativo constitucional.

El nuevo artículo 265 del CFP reitera que los careos previstos por la fracción IV del artículo 20 constitucional “sólo se celebrarán si el procesado o su defensor lo solicita”. Añade que se practicarán careos “cuando exista contradicción sustancial en las declaraciones de dos personas”. Antes no existía la restricción que aporta la calificativa de “sustancial”. Así las cosas, se ha cerrado el acceso al careo cuando la contradicción no es sustancial, sino accidental o secundaria, no obstante la importancia que ésta puede tener para acreditar hechos relevantes y, sobre todo, para precisar la sanción aplicable a partir de los datos que sustenten la individualización penal.

e) Normas sobre la prueba en general. El artículo 132 recibió un simple cambio terminológico. Prevenía antes de 1993 que las pruebas durante la averiguación previa se sujetarían a las disposiciones contenidas en el título sexto del CFP. De esta subordinación, así como del carácter de autoridad que tiene el Ministerio Público en la averiguación previa, dependen la validez ante el juzgador —en amplio sentido: admisibilidad y eficacia— de las pruebas desahogadas ante el Ministerio Público. El nuevo texto del artículo 132 dice exactamente lo mismo, con la salvedad de que el anterior

aludía a las diligencias de policía judicial, en tanto que el actual se refiere a diligencias de averiguación previa. Como digo en otro lugar de este trabajo, quizás creyó el reformador que la expresión “policía judicial” sólo designa a un cuerpo de investigadores auxiliar del Ministerio Público, aunque en realidad también califica a la función investigadora de los delitos, y por ello puede conservarse cada vez que se trate de ésta, aunque no se haga referencia a aquél.

XVIII. SEPARACIÓN DE AUTOS (PROCESOS)

Técnicamente, la separación de autos (en rigor, separación de procesos) se funda en dos circunstancias básicas, a saber: que por las características de los procesos acumulados no sea necesario llevarlos adelante en un solo procedimiento, hasta culminar en sentencia que los comprenda; y que resulte aconsejable, por razones de eficacia procesal, conocer y resolver separadamente las diversas pretensiones y defensas. Por ello el texto anterior del artículo 483 resolvió que se podría ordenar “la separación de los autos acumulados” (presupuesto, pues, de la separación) cuando lo pidiera alguna de las partes antes de que estuviese concluida la instrucción (fracción I, anterior); se hubiese decretado la acumulación “en razón de que los autos se refieran a una sola persona inculpada por delitos diversos e inconexos” (fracción II, *id.*); y “el tribunal estime que, de continuar la acumulación, la investigación se demoraría o dificultaría” (fracción III, *id.*). El hoy derogado artículo 484 permitía resolver de oficio “cuando no haya habida acumulación”.

Este régimen cambió en la reforma de 1993. El único supuesto de separación de procesos, hoy día, es el de que exista “un proceso seguido contra varios sujetos”, esto es, que haya coautoría o coparticipación delictuosa, que son los factores justificativos de la existencia de un solo proceso en contra de diversos sujetos. Procede la separación, exclusivamente, cuando alguno de los coacusados “solicite el cierre de la instrucción, en tanto que otro se oponga a ello” (artículo 483). Así las cosas, no es factible que el juzgador ordene, de oficio, la separación, por más que resulte aconsejable para la buena marcha de los procedimientos, y tampoco lo es cuan-

do todos los coacusados están conformes en la separación, pues entonces no se presenta el supuesto legal de la separación: que alguno solicite el cierre de la instrucción y otro u otros se opongan a ello. Es manifiesto el error de estas soluciones.

En 1993 fueron derogados los artículos 484, 485 y 486. El 484 se refería a la separación de oficio, que es impracticable en la actualidad. El 485 descartaba los recursos en contra del auto que negaba la separación y advertía que éste no alcanzaría autoridad de cosa juzgada mientras no estuviese concluida la instrucción. Ahora se debe estar a lo que estatuye la fracción III del artículo 367: son apelables en efecto evolutivo los autos que decretén o nieguen la separación de autos. El 486 disponía que una vez decretada la separación conocería de cada proceso separado el tribunal que conocía de él antes de acordarse la acumulación. Hoy la acumulación no es presupuesto de la separación, y dado que el único supuesto de separación es el caso en que se siga un solo proceso por el mismo delito en contra de varias personas, cabe suponer que ninguno de los procesos separados estuvo sujeto anteriormente a otro tribunal que aquel que dispuso la separación.

XIX. DESVANECLIMIENTO DE DATOS

Fue modificada la fracción I del artículo 422, acerca del desvanecimiento de datos, para el sólo efecto de sustituir la referencia al cuerpo del delito por una alusión a los elementos del tipo del delito, en el extremo de que se desvanezcan los datos que sirvieron para comprobar éste.

XX. SOBRESEIMIENTO EN PROCESOS POR DELITOS CULPOSOS

Se ha abierto camino, enhorabuena, la conveniente tendencia a reducir la aplicación de la ley penal y favorecer, de este modo, exenciones útiles o soluciones recomendables. El camino moderno en esta dirección fue abierto, como ocurrió con tantas otras novedades, por la reforma de 1983 al Código Penal, al través de innovaciones tales como la exclusión o la sustitución de pena cuando el sujeto activo ha sufrido consecuencias graves en su persona con

motivo del delito (artículo 55, ampliado, en forma discutible, en 1991), y la reducción sustancial de la pena de prisión o la sustitución de ésta por tratamiento en libertad, cuando el delincuente actúa con error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o el alcance de ésta, en virtud de su extremo atraso cultural y aislamiento social (artículo 59 bis, derogado en 1993). Asimismo, en este sentido caminó la reforma de 1983 que permitió al juzgador abstenerse de sancionar al responsable en determinados supuestos de fraude, cuando se había satisfecho el daño causado a los ofendidos.

En pos de aquellos avances, y de varios otros del mismo signo progresista ocurridos en años recientes, el segundo párrafo del artículo 138 crea una hipótesis para la promoción del sobreseimiento por el Ministerio Público, que desemboca en una especie de perdón judicial. En efecto, se solicitará el sobreseimiento de los procesos concernientes a delitos de daño en propiedad ajena y/o lesiones culposas (no, como dice el CFP, “delitos culposos que sólo produzcan daño en propiedad ajena y/o lesiones”), salvo cuando se trate de la culpa grave prevista en el artículo 60 del Código Penal (que sólo se relaciona con homicidios cometidos con motivo del tránsito de vehículos, pero que ahora se extiende, aparentemente, a otros hechos punibles), si el agente cubre la reparación del daño causado a la víctima u ofendido y

...no haya abandonado a aquéllas (aunque el tema del abandono se relaciona más bien con el caso de lesiones que con el de daño en propiedad ajena; pero a este respecto también cabría exigir que el culpable no se retire del lugar en que causó el daño sin iniciar, por lo menos, el procedimiento que dará satisfacción jurídica al agraviado) ni haya actuado hallándose en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes o psicotrópicos.

Si el artículo 138 estatuye en qué casos el Ministerio Público debe pedir el sobreseimiento, el 298 indica en qué supuestos procede dicha forma de terminación del proceso, diferente de la sentencia, pero con efectos jurídicos equivalentes a los de una sentencia absolutoria. La relación de causas de sobreseimiento en el artículo 298 parece limitativa. Acaso por ello la reforma de 1993 añadió una octava fracción que dispone el sobreseimiento “en cualquier otro caso que la ley señale”. La adición es orientadora, pero

innecesaria, porque es obvio que debe tomarse en cuenta para sobreseer cualquier causa que la ley indique a ese fin, aunque no se halle contemplada en el artículo 298, más todavía si tal causa fue incorporada con posterioridad a 1934, fecha de expedición del Código, reformado o adicionado en esta materia en 1983 y 1990.

Anteriormente, el último párrafo del artículo que ahora comentamos decía que “en ningún caso procederá el sobreseimiento en segunda instancia”. Esta terminante prohibición no se avenía con la necesidad y posibilidad de impartir justicia oportunamente. Por ello es afortunada la modificación introducida por la reforma de 1993 para autorizar el sobreseimiento en segunda instancia, de oficio o a petición de parte, cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida, según la fracción III del propio artículo 298 —¿qué caso tendría continuar la instancia hasta sentencia, que puede demorar algún tiempo, cuando ha muerto el imputado o se ha otorgado a éste el perdón del legitimado, por ejemplo?— o cuando “alguna de las partes lo promueva exhibiendo pruebas supervenientes que acrediten la inocencia del encausado”. En este último caso, pues, se actúa a petición de parte, no de oficio, como en el primer caso.

La ley penal mexicana se refiere en algunas ocasiones a la “inocencia” de una persona. Tal ocurre, nada menos, en la institución impugnativa extraordinaria llamada “reconocimiento de inocencia”, que corresponde, más o menos, al antiguo indulto necesario y a la revisión extraordinaria de ciertas legislaciones. Sin embargo, esa voz no tiene una connotación precisa, expresamente acuñada en nuestro sistema normativo. Por ello es preciso buscar una connotación admisible. De primera intención se podría sostener que se es inocente cuando no existe el supuesto hecho delictuoso, cuando el imputado no tiene relación (autoría o participación) alguna con cierto delito efectivamente cometido, o bien, finalmente, cuando en favor del imputado milita cualquier excluyente de responsabilidad, que lo deja a salvo de la calificación penal de “responsable” y le franquea, por lo tanto, el acceso a la categoría de “inocente”.

Por otra parte, pudiera ser más adecuado —siempre dentro de la consideración de que el orden jurídico es un sistema, y que cada una de sus partes debe ser reconocida y caracterizada en función de las restantes, para que el conjunto opere con seguridad y ar-

monía— invocar como dato para la definición legal de inocencia a la institución por medio de la cual se arriba precisamente a una declaración de inocencia. En esta virtud, recuérdese que el artículo 560 del CFPP señala que el reconocimiento de inocencia —y nosotros diríamos el sobreseimiento por inocencia— del encausado se basa en alguno de los siguientes motivos: sentencia de primera instancia fundada en pruebas que se han declarado falsas (fracción I), aparición de documentos públicos que invalidan la prueba en que se fundó la sentencia condenatoria (fracción II), constancia de que se encuentra viva la persona cuya supuesta muerte determinó una condena por homicidio (fracción III), condena de dos personas por el mismo delito (se entiende que en procesos diversos; no se trata de coautores o coparticipantes), si no es posible que ambas lo hubiesen cometido (fracción IV), y condena de una persona por los mismos hechos en juicios diversos (fracción V).

XXI. CONCLUSIONES

Las conclusiones son el acto procesal en el que las partes reiteran su posición en el proceso, a la luz del material probatorio reunido durante la instrucción. Suele decirse que en este momento la acción penal ejercitada por el Ministerio Público entra en una fase acusatoria. Sea de esto lo que fuere, lo cierto es que las conclusiones del acusador constituyen un elemento clave para la continuación del proceso, que podría concluir mediante sobreseimiento, y para la definición última de las pretensiones, que condicionan materialmente el alcance de la sentencia. Ésta no puede “rebasar” las conclusiones, es decir, no puede ir más allá del contenido de las conclusiones acusatorias, que son el límite de la pretensión y el contenido sustantivo de la acción penal.

Bajo el sistema de control interno de la acción penal que rige en México, es decir, de control encomendado a órganos del propio Ministerio Público, se entiende que a éstos concierne pronunciarse sobre las variaciones que introduzca el acusador en las conclusiones con respecto al planteamiento formulado en el primer acto de ejercicio de la acción (consignación). Por este motivo, el texto original del artículo 294 determinó que el tribunal llevaría a conocimiento del procurador, para la confirmación o la modificación que

correspondieran, los casos en que las conclusiones fuesen inacusatorias, omitieran algún delito probado en la instrucción (es decir, resultaran parciales o incompletas), contradijeran las constancias procesales o no observaran las formalidades previstas en la ley.

Era suficiente la norma citada. Sin embargo, se modificó en 1993, sin razón bastante para ello, a fin de decir que las conclusiones se remitirán al procurador en un solo supuesto, que abarca varios de los previstos anteriormente: cuando sean de no acusación, en la inteligencia de que por tales se entiende "aquellas en las que no se concretice la pretensión punitiva, o bien, ejercitándose ésta, se omite acusar: a) Por algún delito expresado en el auto de formal prisión; o b) A persona respecto de quien se abrió proceso". De tal suerte quedan abarcadas las conclusiones que no comprenden algún delito probado en la instrucción —pues éste debió quedar contemplado en el auto de procesamiento— y algunos casos, pero no todos, de las contrarias a las constancias procesales pues esta contrariedad puede consistir en omisiones en la referencia al delito expresado en ese auto o al responsable de la infracción. Quedan fuera las conclusiones inacusatorias por otros motivos —así, excluyentes de responsabilidad o causas que extinguen la pretensión, a no ser que se piense que aquí "no se concretiza la pretensión punitiva", pero esto parece referirse, más bien, a la vaguedad, imprecisión o deficiencia de las conclusiones— y las que no se ajusten a las formalidades dispuestas en el artículo 293. Por lo demás, estas últimas no determinan, por sí mismas, el sobreseimiento en el proceso.

En las conclusiones es posible modificar el alcance de la pretensión o la clasificación técnica de los hechos punibles. Esto puede repercutir sobre la sanción aplicable. Por ello la reforma creó un tercer párrafo en el que se dice que

...si las conclusiones acusatorias definitivas (expresión o calificación improcedente, pues no existen más conclusiones que las definitivas; no las hay provisionales) se refieren a delito cuya punibilidad (se quiere decir sanción, consecuencia jurídica del delito supuestamente cometido) no señalen pena de prisión o la señalen alternativa con otra no privativa de libertad, el juez pondrá en inmediata libertad al acusado, advirtiéndole que queda sujeto al proceso para su continuación hasta sentencia ejecutoria.

Es correcta esta previsión, pues no tendría sentido prolongar la prisión preventiva de un sujeto que sólo podrá ser sentenciado pues el juzgador no puede exceder los términos de la acusación por delito que no apareje pena privativa de libertad o que se sancione con pena alternativa de prisión y otra que no sea de esta naturaleza.

XXII. AUDIENCIA

En esta materia fue reformado el artículo 306, relativo a la audiencia en el juicio ordinario. Empero, sus normas son aplicables también a la audiencia de los juicios sumarios, cuando haya conclusiones acusatorias del Ministerio Público, por remisión expresa del artículo 307. En la audiencia de los sumarios es posible que se dicte sentencia, no así en la del ordinario, en el que la resolución se disciplina a cierto plazo.

Antes de la reforma de 1993, la parte final del primer párrafo del artículo 306 determinaba que después de oír los alegatos de las partes se declararía visto el proceso y con ello terminaría la diligencia. Atendiendo a los requerimientos de la realidad, el legislador añadió: "salvo que el juez oyendo a las partes, considere conveniente citar a nueva audiencia, por una sola vez". En el segundo párrafo del mismo precepto se prevenía, probablemente sin acierto, dada la superlativa importancia de las diligencias de prueba, que "contra la resolución que niegue o admita la repetición de las diligencias de prueba, no procede recurso alguno". Ahora se añade que tampoco procede recurso contra la resolución que cite para nueva audiencia. En pureza, no se trata de nueva audiencia, sino la prolongación de la audiencia. Ésta es una sola, si hay periodo de juicio, propiamente: la audiencia de fondo, que puede desarrollarse, según las circunstancias, en forma ininterrumpida y de una sola vez, o de manera discontinua. No hay, pues, "nueva audiencia".

Aunque son interesantes estas disposiciones a propósito de la supuesta nueva audiencia, el legislador pasó por alto el problema principal que en esta materia se plantea, cuya solución justificaría una profunda reforma legal. Me refiero a la práctica misma de la

audiencia, en la realidad. Es bien sabido que en todos los órdenes del enjuiciamiento la audiencia es, a menudo, inexistente. Se “dispensa” o “renuncia”, cuando no se limita a una mera ratificación de lo actuado en diligencias anteriores. Quizás esto se deba al hecho de que en nuestro sistema judicial no existe división funcional entre un juzgador que instruye y otro que juzga y resuelve, sino se trata de un mismo tribunal: ante éste se desarrollan la instrucción y el juicio.

Lo anterior contraviene de manera flagrante y grave una de las más importantes garantías procesales constitucionales del inculpado: la contenida en la fracción VI del artículo 20: “Será juzgado en audiencia pública...”. Por lo demás, es obvio que la supresión de la audiencia, más el hecho, nada infrecuente, de que sea el secretario judicial, no el juzgador mismo, quien presida numerosas diligencias, echa por tierra otros principios del enjuiciamiento. Tal sucede con el principio de oralidad: en efecto, esa oralidad se dirige principalmente al juzgador, no al secretario o al público asistente, en el caso de que lo halla. Si aquél sólo conoce el proceso al través del expediente, habremos caído, naturalmente, bajo el principio de escritura. Lo mismo ocurre con el *desideratum* de individualización: ¿cómo es posible pensar siquiera en ésta cuando el juzgador no preside las diligencias en que comparece y actúa el inculpado? También queda maltrecho el principio de la verdad material: ¿cómo es posible que sea eficaz la búsqueda de la verdad de los hechos si el juzgador —a quien se debe persuadir, pues será él quien emita, bajo su responsabilidad, la sentencia— no preside las diligencias probatorias?

Es absolutamente necesario, en bien de una verdadera justicia, que el juzgador presida la audiencia de fondo. Por ello fue reformada en 1993 la Ley Agraria, que hoy consagra una norma indicativa del rumbo que debiera tomar la administración de justicia en sus diversas especialidades. El párrafo final del artículo 185 de esa Ley determina: “En caso de que la audiencia no estuviere presidida por el magistrado, lo actuado en ella no producirá efecto jurídico alguno.” Tampoco en materia penal debiera producirlo, por haber una patente violación a una norma constitucional. Por otra parte, una recta interpretación de la fracción VII del artículo 388 permite concluir que la ausencia del juzgador en la audiencia

implica la reposición del procedimiento. Dispone ese fragmento, como causa de reposición: “haberse celebrado el juicio sin asistencia del funcionario que deba fallar, de su secretario o testigo de asistencia y del Ministerio Público”. Es evidente que la fracción debió referirse también a la asistencia del imputado y de su defensor.

XXIII. RECURSOS

Puesto que las reformas constitucionales y legales han establecido el control judicial de la legitimidad de la detención, es razonable que a este respecto se añada un supuesto de apelación. Tal recurso ordinario procede en contra de “los autos que ratifiquen la constitucionalidad de una detención a que se refiere el párrafo sexto del artículo 16 constitucional” (artículo 367, fracción III bis). Basta con esta referencia para entender a qué figura procesal alude el recurso, aunque hubiera sido aconsejable incluir también la mención a los preceptos secundarios correspondientes (artículos 134 y 135).

Ya señalé que la nueva fracción IX del artículo 20 constitucional introduce el importante y fecundo principio de la defensa adecuada. Por ello el CFPP contiene algunas reglas a este respecto, que se proyectan hacia las normas sobre reposición del procedimiento. A ello sirve la nueva fracción VII bis del artículo 388, que determina las causas de reposición del procedimiento, recurso anulatorio que guarda estrecho parentesco con la antigua casación y con el amparo por *error in procedendo*. Debe reponerse el procedimiento desde el acto en que ocurrió la violación procesal, “por existir —dice esa fracción agregada en 1993— omisiones graves de la defensa en perjuicio del sentenciado”, y se reputan como tales, en una relación obviamente limitativa, sin perjuicio de otros motivos de reposición mencionados en el artículo 388, las siguientes:

a) “No haber asesorado al imputado sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos imputados en el proceso” (inciso a), asesoramiento que se contrae, a mi juicio, a la información sobre las características de tales hechos imputados (no solamente la clasificación jurídica de ellos) y acerca de las sanciones

legalmente previstas como consecuencia jurídica de aquel o aquellos delitos.

b) “No haber asistido a las diligencias que se practicaren con intervención del inculpado durante la averiguación previa y durante el proceso” (inciso *b*). Ahora bien, esta causa de reposición parece tener un límite en el texto, inadecuado, de la fracción IX del artículo 20 constitucional y del inciso *c* de la fracción III del artículo 128 del CFPP. Aquél sólo consagra, a título de garantía constitucional, la asistencia del defensor cuantas veces “se le requiera”, lo que supone el acto formal del requerimiento; y el segundo se contrae a los “actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación”. En bien del inculpado, se puede concluir —no obstante la deficiente técnica utilizada por el legislador— que el inciso *b* de la fracción VII bis del artículo 388 del CFPP crea una especie de obligación implícita (o carga procesal) del defensor en el sentido de asistir a todas las diligencias que se realicen con intervención del inculpado, aunque éste no se halle materialmente presente por impedimento físico para ello o por haber sido retirado de la audiencia en virtud de una corrección disciplinaria.

c) “No haber ofrecido y aportado las pruebas necesarias para la defensa del inculpado” (inciso *c*). He aquí una causal cuya apreciación enfrentará, a veces, problemas considerables. El juzgador que conozca de la reposición deberá pronunciarse acerca de esas “pruebas necesarias para la defensa”. Esto implicará, en esencia, un amplio juicio acerca de la defensa del inculpado.

XXIV. EJECUCIÓN

La ejecución no es entre nosotros un tema procesal, propiamente. Este asunto, antes confiado de manera prácticamente total a los Códigos penal y de procedimientos, más algunos reglamentos carcelarios, ha ganado autonomía y se ha depositado en sendas leyes de ejecución de sanciones. Entre éstas descuelga la que ha sido el eje de la formación de un derecho penitenciario mexicano, la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, de 1971, siempre asediada por tentaciones reformistas sin sustento ni necesidad verdaderos. Como sea, el artículo 1º del CFPP ha incorporado siempre —en 1934 y en las reformas de 1986— el

tema de la ejecución, y por ello ese precepto indica que el citado Código abarca, entre otros procedimientos, el “de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas” (fracción VI).

En las reformas de 1993 se tocó la materia ejecutiva en dos puntos: los actos inmediatamente conducentes a la ejecución de la sentencia y las normas sobre retención.

Decía el artículo 531 que una vez pronunciada sentencia condenatoria irrevocable el tribunal remitiría testimonios de ella a la Procuraduría General de la República, que a su vez haría llegar uno de aquéllos a la autoridad encargada de la ejecución de sanciones. Esto se vinculaba con el tradicional cometido del Ministerio Público —rara vez atendido en la práctica— de vigilar el debido cumplimiento de las resoluciones judiciales. Merced a la reforma que vengo comentando, hoy se alude tanto a sentencias condenatorias como absueltas, que deben hacerse del conocimiento de la Dirección General de (Servicios Coordinados de) Prevención y Readaptación Social, directamente y no por medio de la Procuraduría. El incumplimiento de esta obligación apareja multa. Se entiende que aquí no se establece un delito, sino una infracción administrativa, que deberá ser sancionada por el superior jerárquico de la autoridad que falte a este deber de su cargo.

Se añadió al artículo 531 la obligación del juzgador de dictar de oficio todas las providencias conducentes a que el reo quede a disposición de la mencionada autoridad ejecutiva, so pena de sanción pecuniaria. Considero que también en este supuesto —como en el referido en el párrafo anterior— no existe delito, sino falta administrativa.

Fueron derogados los artículos 549 a 552, que no tenían razón de ser desde que la retención —materia de esos preceptos— fue suprimida por la reforma de 1985 al Código Penal.