

*sine die*, dejan pendiente la solución jurídica, a merced de la prescripción.

### VIII. INIMPUGNABILIDAD DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Me he referido a la inimpugnabilidad en amparo del no ejercicio de la acción. Sucede lo mismo, aunque por otras razones, con el ejercicio de la acción. Aquí la doctrina y la jurisprudencia ha tomado en cuenta el deslinde entre autoridad y parte. Como autoridad, el MP llega hasta el momento anterior al ejercicio de la acción: el Ministerio Público llega hasta el momento anterior al ejercicio de la acción: inicia, desarrolla y culmina la instrucción administrativa. En este punto cesa su actividad autoritaria y comienza, si ejerce la acción, su actividad de parte. La acción es el primer acto de parte, pues con él invoca el desempeño de la jurisdicción, típico requerimiento de parte procesal, que de esta suerte eleva su pretensión al órgano jurisdiccional y se sujeta a la potestad de éste. En lo sucesivo sus actuaciones corresponderán a la calidad de parte que en esta etapa del procedimiento le incumbe, no ya a la que tuvo, como autoridad, en la averiguación que concluyó. De esta forma lo ha visto la jurisprudencia:

Acción penal, contra el ejercicio de la, y contra los demás actos subsecuentes del procedimiento penal realizados por el Ministerio Público, es improcedente el amparo. Tomando en consideración que el ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el juez y solicita que éste se avoque al conocimiento del caso, aun cuando en la fase de averiguación previa el citado representante social puede violar garantías y procede el juicio de amparo en su contra, una vez concluida la averiguación y ejercitada la acción penal cuyo primer acto es la consignación, así como todos los demás actos que realice durante el procedimiento y que terminan con las conclusiones acusatorias, ya no son actos de autoridad sino actuaciones de parte dentro de un proceso y no dan lugar al amparo. Consecuentemente, resulta impropio señalar como acto reclamado la determinación del Ministerio Público en la que decide ejercitar la acción penal en contra del indiciado, pues al emitirla el órgano persecutor de los delitos obra como parte solicitando la incoación del procedimiento y no con facultades de decisión y de imperio que puedan ser cuestionadas a través del juicio de garantías (Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, t. VII, p. 176, A.R. 15/90, Juan Antonio Colunga Reyna, 14 de marzo de 1990).

## IX. PERIODOS DE LA ACCIÓN

De esta suerte ha desembocado la actividad instructora del Ministerio Público en su destino natural —en todo caso el más esperado, aunque no sea el más frecuente, ni resulte necesariamente el único posible—: la acción punitiva. Sobre el “desarrollo” de la acción hay diversos pareceres. Se dice por algunos que atraviesa distintas etapas: hay, así, periodo persecutorio, que va de la consignación al término de la instrucción en el proceso, y periodo acusatorio, que transcurre desde las conclusiones de este carácter hasta la sentencia. En realidad, la acción es una sola; el deslinde por etapas puede obedecer a un propósito docente o expositivo, pero no trasciende al contenido, ni mucho menos a la naturaleza de la acción.

La jurisprudencia ha llegado, alguna vez, a considerar que hay acción antes de que el Ministerio Público acuda ante la autoridad jurisdiccional. Esto es inexacto. Puede hablarse, a lo más, de un periodo preparatorio del ejercicio de la acción dentro del procedimiento en general, pero no de que exista ya, una acción penal. El pronunciamiento al que me refiero, en el que se asocia la distinción de etapas en la acción con la idea, expresada en términos inciertos, de que hay acción antes de que exista consignación, se produjo como sigue:

Acción penal, ejercicio de la. Etapas del proceso. El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público acude ante el juez y le solicita que se avoque al conocimiento de un asunto en particular; la acción penal pasa durante el proceso, por tres etapas bien diferenciadas que son: investigación o averiguación previa, persecución y acusación. La investigación, tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción que se fundará en las pruebas obtenidas, para estar el representante social en posibilidad de provocar la actividad jurisdiccional, en esta etapa basta con la consignación que del reo haga el Ministerio Público, para que se entienda que este funcionario ha ejercitado la acción penal, pues justamente es la consignación lo que caracteriza el ejercicio de dicha acción, a reserva de que, después y ya como parte dentro de la controversia penal, el Ministerio Público, promueva y pida todo lo que a su representación corresponda; en la persecución, hay ya un ejercicio de la acción ante los tribunales y se dan los actos persecutorios que constituyen la instrucción y que caracterizan este periodo; en la acusación, la exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto de análisis judicial y, por lo mismo, esta etapa es la que constituye

la esencia del juicio, ya que en ella pedirá el representante social, en su caso, la aplicación de las sanciones privativa de libertad y pecuniarias, incluyendo en ésta la reparación del daño sea por concepto de indemnización o restitución de la cosa obtenida por el delito. Por tanto, es durante el juicio, en que la acción penal obliga a que se concreten en definitiva los actos de acusación, al igual que los de defensa; de esa manera, con base en ellos, el juez dictará la resolución procedente. Dicho de otra forma, el ejercicio de la acción penal se puntualiza en las conclusiones acusatorias (Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, *SJF*, 8a. época, t. VIII noviembre, Tesis IX 1o. 39 P., p. 144, A.D. 348/91, José Ortiz Collazo, 15 de agosto de 1991).

## X. VALOR DE LA PRUEBA

La consideración del Ministerio Público como autoridad acarrea una serie de consecuencias en la averiguación. Entre ellas figura, quizás a la cabeza, el tema de la prueba. En rigor, la averiguación es, sustancialmente, una oportunidad probatoria para el Ministerio Público, primero, y sólo después, en respuesta —la defensa es eso: una respuesta a la pretensión que se va formando—, para el inculpado y su defensor.

Esto trae consigo diversas cuestiones. Una de ellas es el valor de las diligencias probatorias del Ministerio Público; la otra, la regulación que legitima su práctica y determina sus efectos: admisibilidad y eficacia.

En torno al valor hay posiciones encontradas, que no se han conciliado. En un extremo se sitúan quienes niegan a las actuaciones del MP valor concluyente en el proceso y, por ello, determinante de la resolución final, que compete a diversa autoridad, el juzgador. Sostener otra cosa, dicen, es absurdo; el Ministerio Público no es “ojos y oídos” del juez. En el otro extremo están los favorecedores del valor pleno de las actuaciones del Ministerio Público; se trata de un órgano del Estado, aducen, y por ello sus diligencias tienen ese valor pleno, salvo que se hayan practicado en forma contraria a la ley o que se trate de actuaciones falsas. Este es el criterio del derecho mexicano.

Sobre el particular hay interesantes pronunciamientos de la justicia federal. Así, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia precisó:

Pruebas, desahogo de las por el Ministerio Público, en la averiguación previa. Por mandato constitucional, el Ministerio Público es el órgano encargado de la investigación de los delitos, de tal manera que en su actuación como autoridad durante la averiguación previa, está facultado para desahogar las pruebas encaminadas al conocimiento del hecho que se investiga; tan es así que el artículo 132 del Código Federal de Procedimientos Penales, expresamente consigna que en la práctica de las diligencias de policía judicial se aplicarán en lo conducente las disposiciones del Título Sexto de ese Código, que son las que reglamentan la prueba dentro del proceso (*SJF*, 7a. época, vol. 40, p. 38, A.D. 5187/71, Ricardo Silva Medina, 7 de abril de 1972).

La misma Primera Sala determinó:

Ministerio Público. Averiguación previa. Valor probatorio que se atribuya a sus actuaciones en esta etapa. No es violatorio de garantías. El hecho de que las diligencias practicadas por el Ministerio Público formen parte del acervo probatorio que en un determinado momento servirá al juez para formar su convicción, no puede implicar una indefensión para el acusado. El Ministerio Público es una institución a la que constitucionalmente compete la investigación de la comisión de delitos, pues dicha fase (averiguación) forma parte de la función persecutoria. Cuando el Ministerio Público integra la averiguación preprocesal, llamada también averiguación previa, no actúa como parte, sino que lo hace cumpliendo con la función de averiguación que constitucionalmente le compete. Sus actuaciones son las de un órgano de autoridad que está cumpliendo con una obligación legal, puesto que es el único legalmente facultado para investigar la posible comisión delictiva y es absolutamente racional el que la ley atribuya valor probatorio a tales actuaciones, pues si ningún valor se les pudiera atribuir, la averiguación resultaría inútil. Se rompería el principio de la igualdad de las partes en el proceso penal, si estando ya sujeto el Ministerio Público al imperio del juez dentro de la relación procesal, continuara practicando diligencias por propia iniciativa y tales diligencias atribuyera la ley valor probatorio o el juez las tomara como datos de convicción en contra del procesado (*SJF*, 7a. época, vols. 103-108, p. 93, A.D. 3851/76, Antonio Tapia Corona, 30 de septiembre de 1976).

El carácter de autoridad con que actúa el Ministerio Público implica, inclusive, que en una causa deban tomarse en cuenta las pro-

banzas reunidas por esa institución en un caso diferente, ponderando para ello la indivisibilidad que caracteriza a la institución del Ministerio Público. De esta suerte se ha pronunciado, asimismo, la Primera Sala:

Testimonio recabado en averiguación previa en diversa causa. El hecho de que las diligencias relativas a los testimonios se practicasen en una averiguación previa diversa a la de la causa, no afecta su valor probatorio, y por tanto son válidas, puesto que el Ministerio Público es un organismo indivisible, donde todos sus agentes representan a la institución, y además las actuaciones en la averiguación previa están sometidas a normas y principios diferentes a las del proceso judicial, ya que en la averiguación el Ministerio Público actúa como autoridad y en el proceso como parte (*SJF*, 7a. época, vol. 60, p. 23, A.D. 2998/73, *Ciro Catillo Muñiz y coags.*, 6 de diciembre de 1973).

Desde luego, para que las probanzas desahogadas por el Ministerio Público tengan eficacia en el proceso, es preciso que se hayan realizado a propósito de asuntos que se hallen dentro de la competencia del Ministerio Público. Esto se aplica, por lo demás, a cualesquiera autoridades o auxiliares; no se otorga valor a sus diligencias, si éstas se practican fuera del ámbito de sus atribuciones legales. De este modo se ha manifestado la justicia federal, a través de una sentencia del Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito:

Copias certificadas por agente del Ministerio Público, valor probatorio de las. La certificación asentada por un agente del Ministerio Público es una copia de un testimonio notarial, en la que se hace constar que concuerda fielmente con el original que tuvo a la vista, carece de valor probatorio pleno si no se menciona que la realiza en relación con un asunto a su cargo, ni se aprecia el número del expediente de la averiguación previa que corresponda, en el que, en su caso, obre el documento original del que da fe tener a la vista; pues los agentes del Ministerio Público, sólo pueden certificar constancias que obren en las averiguaciones previas a su cargo, ya que de lo contrario estarían actuando fuera de las atribuciones que tienen encomendadas (*SJF*, 8a. época, t. III-segunda parte-1, t. 86, p. 230, A.R. 2655/88, *Sociedad Cooperativa de Autotransportes y Derivados Públicos para el Distrito Federal, S.C.L.*, 6 de enero de 1989).

## XI. LEGITIMIDAD EN EL PROCESO PROBATORIO

Ahora bien, este asunto conduce a estudiar la legitimidad dentro del procedimiento probatorio, es decir, la licitud en la demostración de la verdad, tema pertinente cuando se trata de plantear una versión apenas “formal” —y en este sentido convencional— de los hechos controvertidos, y absolutamente obligado cuando se busca, mejor todavía, la verdad auténtica, histórica, genuina, como sucede en el proceso social y, característicamente, en el proceso público, del que el penal es quizás, la muestra más perfecta.

Es principio general e indiscutido que las pruebas —lo mismo en sistema abierto que cerrado— no deben contravenir el derecho o la moral. Esta proposición encierra otra, que últimamente se ha vuelto explícita: las pruebas deben ser recabadas en la forma que la ley autoriza; de lo contrario serán inadmisibles, no sólo ineficaces. Aquí surge, pues, la llamada “cláusula de reserva”, sostenida por la jurisprudencia anglosajona, que de esta suerte ha hecho una constructiva aportación a la defensa de los derechos del inculpado, y no menos a la buena marcha de la justicia.

Alguna vez pareció que el fin justificaba los medios; eso fue típico del sistema inquisitivo, y se halla en la base de la admisión —y reglamentación— de la tortura como instrumento procesal con triple eficacia: intimidatoria, purgatoria y probatoria. Hoy es cierto el principio contrario, o casi contrario: la legitimidad de los medios justifica el fin; esto es, el apego a la ley en la obtención de pruebas confiere credibilidad y fuerza al resultado obtenido. Aquí se produce una viva discusión entre tirtios y troyanos; el tema de fondo, que tampoco abordaré ahora, es la defensa social y, en definitiva, también la justicia.

No hay duda sobre la obligación funcional del Ministerio Público de ajustar su conducta probatoria a la ley. No se exige lo mismo del inculpado, por elementales consideraciones humanas: al Ministerio Público, en efecto, la ley lo trata como institución; al inculpado, como ser humano. Por ello aquél no puede falsear los hechos y debe probar su pretensión minuciosamente, en tanto que el inculpado puede guardar silencio y hasta mentir en su defensa, aunque sea discutible que pueda hacerlo en ofensa de otro y quedar al abrigo del tipo de calumnia.

Con respecto a la legitimidad en la recepción de la prueba, como condición para su eficacia procesal, hay numerosos pronunciamien-

tos de la justicia federal. En este orden de cosas, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha establecido una tesis que mantiene su vigor, con las modificaciones que resulten de las reformas procesales de 1990 a propósito de las actuaciones de la policía judicial y del régimen de la confesión, en general:

Ministerio Público y Policía Judicial. Valor probatorio de las diligencias practicadas por él. Las diligencias practicadas por el Ministerio Público y la Policía Judicial tienen valor probatorio, siempre y cuando se ajusten a las reglas que respecto del valor de las pruebas establece la ley adjetiva, y sólo no pueden tomarse en cuenta las declaraciones hechas ante estos funcionarios, cuando se demuestra que fueron producidas por la violencia física o moral, o por otros datos que hagan presumir que tales declaraciones están viciadas; y en esas condiciones, aun cuando la declaración se rinda ante el órgano investigador, que posteriormente se convertirá en órgano acusador, ésta es válida, siempre que se rinda en forma tal que no pueda desestimarse por los vicios que pueda tener (Tesis de jurisprudencia No. 219, *Apéndice* 1917-1965 al *SJF*, Segunda Parte, Primera Sala, p. 444).

En el mismo orden de consideraciones, la Sala Auxiliar de la Suprema Corte ha sostenido lo siguiente:

Averiguación previa. Pruebas desahogadas en la. Las pruebas adecuadamente desahogadas durante la averiguación previa, y que en sí mismas están legalmente perfeccionadas, conservan su valor probatorio en el proceso si nadie las impugna o desvirtúa con elementos probatorios en contrario, pero una prueba que en sí misma no satisface los requerimientos de un verdadero elemento de convicción judicial, rendido con intervención de ambas partes cuando se requiera, no puede servir para acreditar el cuerpo del delito ni la responsabilidad del reo si no es perfeccionada o completada durante la instrucción del proceso. Si la prueba es por sí misma insuficiente, el reo no tiene interés procesal en rendir prueba en contrario, ni dar oportunidad al Ministerio Público para reforzar sus probanzas débiles, si éste no tiene a bien hacerlo por sí mismo. . . (*SJF*, 7a. época, vols. 163-168, p. 27, A.D. 2241/77, Jorge Villegas Aldrete, 13 de octubre de 1982).

Es interesante el problema que se plantea cuando ha habido violación a la ley en determinado momento de la averiguación, y se trata de valorar un acto diferente de esa misma etapa procesal, rea-

lizado en la circunstancia que devino violatoria de garantías del inculpado. Son, por ejemplo, los supuestos del cateo irregular en relación con objetos o indicios reunidos que pudieran tener interés procesal por sí mismos, o de la captura prolongada en conexión con la confesión del inculpado, tanto si ésta se produce antes de que concluya el plazo para el ejercicio de la acción y la remisión del inculpado ante su juez, como si ocurre dentro de la prolongación inadmisibles de la medida precautoria de privación de libertad.

En cuanto al primer ejemplo mencionado, procede recordar la reforma de 1990 al artículo 61 del Código federal de procedimientos penales, que a propósito de diversos requisitos para la práctica de cateos estipuló: “Cuando no se cumplan estos requisitos, la diligencia carecerá de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar”. La norma, de buena intención, es sumamente defectuosa, como he dicho y analizado en otra oportunidad. Queda siempre en el aire precisar si la nulidad de la diligencia abarca todo lo que en ella ocurra, y si, por lo mismo, debieran ser desechados, *tabula rasa*, todos los elementos de prueba que se localicen en la actuación irregular.

En cuanto al segundo ejemplo propuesto, interesa tomar en cuenta la provisión de los artículos 134 —del Código federal de procedimientos penales y del Código de la misma materia para el Distrito Federal— bajo la reforma de 1990: “En caso de que la detención de una persona exceda los términos señalados en los artículos 16 y 107, fracción XVIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se presumirá que estuvo incomunicada, y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrán validez”.

Esta fórmula debe ser reconsiderada a la luz de las modificaciones constitucionales de 1993, que ha precisado los plazos de detención ante el Ministerio Público, antes de la remisión del inculpado ante su juez, y ha derogado la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución. Por lo demás, el texto transcrito también resultó defectuoso, como anteriormente hice notar. No tiene sentido la presunción de incomunicación; si se quiere restar valor a la confesión, se puede y debe hacer directamente, por el hecho mismo de la detención prolongada, sin necesidad de suponer incomunicación.

La interpretación jurisprudencial no apareja nulidad de la confesión por el hecho de prolongar la detención, si aquélla en un momento “admisibles”, digámoslo así, de la privación de libertad. Esto implica que la detención se distribuya en dos periodos: uno, admi-



sible por ocurrir dentro de los términos que la ley autoriza, en el que son válidas las actuaciones; otro, inadmisibles en cuanto desborda el marco de duración legalmente autorizado, que contamina de invalidez a las actuaciones que durante él se realicen. Esto se infiere del siguiente pronunciamiento del Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, que sigue siendo aprovechable pese a la derogación de la fracción XVII del artículo 107 constitucional, en virtud de que esta norma sólo cambió de ubicación.

Declaración ante el Ministerio Público. Detención prolongada. Si la consignación del quejoso se llevó a cabo después del término de veinticuatro horas que señala la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución, este concepto es insuficiente por sí solo para conceder el amparo cuando la declaración ministerial del amparista admitiendo los hechos que se le imputan fue vertida al día siguiente de su detención, y toda vez que cuando el Ministerio Público integra la averiguación previa, no actúa como parte, sino que lo hace cumpliendo con la función de investigación que constitucionalmente le compete, sus actuaciones son las de un órgano de autoridad, pues es el facultado para investigar la posible comisión delictiva y es absolutamente racional que se le atribuya valor pleno a la confesión del quejoso, pues no puede afirmarse que tal confesión hubiera sido consecuencia de la detención prolongada antes de ser consignado a la autoridad judicial. Y si bien es cierto, que cuando las autoridades investigadoras prolonguen la detención de un presunto responsable por más tiempo del permitido, esas confesiones están viciadas, también lo es, que la aplicación de lo anterior es procedente únicamente cuando se condena al sujeto con base en su confesión aislada, no así cuando existe otro medio de convicción que corrobore la referida confesión (*SJF*. 8a. época, t. IX-abril, tesis IV, 3o. 78 P., p. 474, .A.R. 189/91, Roberto Torres Marosu y otros, 25 de septiembre de 1991).

## XII. LA PRUEBA Y LOS AUXILIARES DEL MINISTERIO PÚBLICO

No es absolutamente indispensable que el Ministerio Público actúe en forma directa y exclusiva en la averiguación previa. La ley ha tomado en cuenta los casos en que esa participación es imposible o extremadamente difícil, considerando el lugar o la hora en que se produce el delito o en que tiene lugar la denuncia de los hechos aparentemente delictuosos. Así las cosas, el Ministerio Público cuen-

ta con auxiliares, *ope legis*, que intervienen válidamente en estas primeras diligencias y que inclusive pudieran asumir, si fuese verdaderamente necesario —en virtud de apremios de tiempo, *verbi gratia*, que no permitan la intervención oportuna del propio Ministerio Público—, el ejercicio de la acción penal, que luego continuaría el Ministerio Público.

La doctrina distingue entre auxiliares directos e indirectos. Los primeros dependen inmediatamente del Ministerio Público, forman parte de la misma organización en la que éste se halla integrado —la Procuraduría de Justicia— y actúan sobre todo para fines probatorios, aunque también tienen atribuciones diferentes en conexión con el procedimiento penal (por ejemplo, cumplimiento de órdenes de aprehensión y apoyo en diligencias de cateo, a cargo de la Policía Judicial). Se trata de la Policía Judicial y de los servicios periciales.

Los auxiliares indirectos son órganos que actúan, por mandato de la ley, en auxilio del MP cuando éste no puede intervenir inmediatamente; no forman parte de la Procuraduría de Justicia (correspondiente al MP naturalmente competente, aunque pueden estar integrados en una institución similar), ni se hallan vinculados jerárquicamente al MP, sin perjuicio de que sigan sus instrucciones en lo que atañe, exclusivamente, al desahogo de la averiguación en que actúan. Son auxiliares indirectos del Ministerio Público federal, por ejemplo, los pilotos de aeronaves y capitanes de naves, los cónsules mexicanos en el extranjero, los agentes del Ministerio Público del Fuero Común en el Distrito Federal —por disposición de la ley— y en las entidades federativas —por la misma disposición, que igualmente demanda la existencia de convenio entre la Federación y el Estado respectivo—, los agentes de la policía administrativa, etcétera. Normas semejantes, de suma utilidad, existen en los Estados de la República, que encomiendan diligencias de averiguación previa y jurisdiccionales a determinadas autoridades municipales.

Las actividades que cumplen los auxiliares directos precisamente dentro de sus facultades legales, tiene eficacia probatoria, pues se trata del desempeño legítimo de autoridades públicas. Es así que la Primera Sala de la Suprema Corte ha dicho:

Policía Judicial Federal, informes de la. Constituyen documentos públicos. El documento que contiene el informe rendido por la Policía Judicial Federal, sí es desde el punto de vista formal un

documento público, en los términos del artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aun cuando no contenga sello alguno, si está signado por los elementos de la Policía Judicial Federal, quienes de acuerdo con los artículos 21 de la Constitución General de la República, 2o. y 113 del Código procesal penal federal, 3o., 35, fracciones II y VII, y 40, fracción III, de la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, son los funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones y bajo la dependencia inmediata del agente del Ministerio Público Federal, deben practicar las investigaciones que sean necesarias para integrar la averiguación previa que precede a toda causa instaurada con motivo de los delitos de orden federal; además, si las firmas que obran en dicho documento, así como su contenido, son ratificadas por sus signatarios ante el fiscal federal, es precisamente en razón de la investidura legal de dichas personas que firman el oficio respectivo, lo que le atribuye el carácter de documento público a la constancia de referencia, sin que para ello obste la clase de papel que se utilice para hacer constar hechos de quienes lo firmaron y tuvieron conocimiento de los mismos (*SJF*, 7a. época, vol. 73, p. 27, A.D. 2373/74, Simona Pruneda Ayala de Reyes, 24 de enero de 1975).

En el estado actual de la legislación mexicana, los auxiliares poseen un ámbito mayor de facultades que los directos, en el ámbito de la averiguación previa, puesto que pueden llevarla a cabo íntegramente, e incluso practicar consignaciones —ejercitar la acción— y hasta actuar en el proceso (piénsese, a este respecto, en los procesos abiertos ante la justicia que actúa en auxilio de la federal, sin perjuicio, claro está, de que ante aquella comparezca el agente del Ministerio Público federal). En cambio, los directos —Policía Judicial y peritos de la Procuraduría— jamás podrán hacer tal cosa. Vale recordar que se hallan notablemente reducidas las facultades de la Policía Judicial para iniciar una averiguación, que se pone en marcha, legalmente, con la denuncia o querrela correspondientes.

Con referencia a un ordenamiento anterior del Ministerio Público federal, la Primera Sala de la Suprema Corte estableció un precedente en el que sostuvo el criterio aplicable a las averiguaciones practicadas por auxiliares legales indirectos del MP. Conserva interés, aunque se refiera a una relación de auxilio que no ha mantenido la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1983.

Acción penal, ejercicio de la por los síndicos municipales. El artículo 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, autoriza a los síndicos de los ayuntamientos para ejercer, por ministerio de la ley las funciones de aquella institución, en los casos que dicho precepto indica, por lo que su intervención en la averiguación previa de un delito, siendo legítima, no puede considerarse violatoria de garantías (*SJF*, 5a. época, t. XXXVIII, p. 2206, Esparza Ángel, 1 de agosto de 1933).

Los auxiliares indirectos, facultados como están para llevar adelante la averiguación previa, en la medida de lo indispensable, lo están asimismo, obviamente, para practicar diligencias probatorias, que luego tendrán el valor asignado a las del propio Ministerio Público competente. La justicia federal ha examinado el problema que se presenta cuando un auxiliar lleva adelante diligencias carentes de valor legal, pero luego interviene el Ministerio Público y rectifica el rumbo, practicando nuevas actuaciones legítimas. El Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito ha sostenido:

Actuaciones practicadas por los militares, sustitución de las. Si los militares, al realizar la detención del inculpado, practicaron diligencias carentes de validez y sostén legal, ello no es reparable a través del juicio de amparo, porque tales actos quedan consumados y jurídicamente sustituidos por las diligencias del Ministerio Público Federal que es la institución que, de acuerdo con la ley y la Constitución, puede practicar la averiguación previa y ejercitar la acción penal (*SJF*, 8a. época, t. VII-enero, tesis III, p. 108, A.D. 274/89, Antonio Ochoa Mendoza, 19 de febrero de 1990).

En el marco de la prueba ha hecho crisis la figura indagatoria del Ministerio Público, a menudo por obra y desgracia de un órgano externo: su auxiliar directo, la Policía Judicial. En el artículo 21 de la Constitución, ésta figura como un órgano, ya no como una función o actividad, como fue en las leyes procesales del siglo XIX. El debate del Constituyente asegura la condición de ese órgano y el nivel subalterno y auxiliar que se le quiso dar.

Pero aquí ha sucedido lo que con el aprendiz de brujo: puesta la fuerza en movimiento, se rebela contra toda autoridad y busca imponer la suya. Por motivos que no tiene caso examinar ahora, el desempeño de la Policía Judicial ha dejado en evidencia, una vez más, el conflicto entre los hechos y el derecho, la violencia y la ra-

zón, el empirismo y la técnica; ora se ha permitido esa insumisión, sacando de ella un raro provecho, ora se ha buscado reducirla, contra viento y marea. Por supuesto, no es imposible, si se trabaja desde el origen del problema.

En la historia del Ministerio Público y de la averiguación previa penal en todos estos años, queda de relieve el empeño —que ciertamente no ha sido incesante— por cumplir y hacer cumplir el texto constitucional: no sólo por estricta razón jurídica; además, por elemental prudencia. Aquí las cosas han tenido un desarrollo diferente del que a veces presentan. Suele ocurrir que alguna buena intención se concrete primero en un acuerdo, de ahí suba al reglamento, de ese lugar ascienda a la ley, y de ahí se eleve a la Constitución, como medios sucesivos de dar mayor fuerza y seguridad al asunto. En el orden de cosas que nos ocupa el viaje es en sentido inverso: no basta la Constitución; de ésta, por ello, hay que llevar el tema a la ley, de aquí al reglamento, de éste al acuerdo, y de él al boletín de prensa; pasos sucesivos de un proceso que quiere lo mismo que el anterior: dar fuerza y seguridad al asunto; en la especie, afirmar la subordinación de la Policía al Ministerio Público.

### XIII. DEFENSA

Se ha desplazado la averiguación previa de ser un procedimiento inquisitivo, por “buenas razones”, a ser un procedimiento cercano —en alguna medida creciente— al acusatorio, por “razones mejores”. Así la autoridad de esta fase procesal deja de ser —gradualmente— lo que se expresa en la designación deliberadamente equivocada, que descubre la opinión que en realidad existe: un “misterio” público.

En rigor y en hipótesis —sólo eso, una hipótesis, a menudo contrariada por la realidad flagrante— el Ministerio Público, autoridad de “buena fe” —o mejor dicho, órgano de la ley— no admitiría defensores formales, en virtud de ser él mismo, concentrando todas las funciones en esa especie de juicio previo que es la averiguación también previa, encargado de la reunión de todas las pruebas: cargos y descargos, sin discriminación alguna. Con sentido realista, la legislación mexicana ha resuelto otro rumbo desde 1981 —por hallar una fecha indicativa, que se localiza en las reformas de ese año al Código de procedimientos penales del Distrito Federal— y admitido actos formales y parciales de defensa en la averiguación previa. Así se estableció en la reforma procesal de 1983, ampliamente

reforzada en los años recientes. Ahora la reforma al artículo 20 constitucional ha puesto en claro, explícitamente, la posibilidad de disponer de defensor durante la averiguación previa —esté detenido o no el inculpado—, lo cual apareja inclusive, como antes vimos, la designación forzosa de defensor de oficio en la misma hipótesis en que procede este nombramiento en el proceso penal ante un tribunal.

Bajo el propósito de otorgar y asegurar garantías muy amplias al inculpado durante la averiguación previa —porque se supone que en ésta hay mayor riesgo para aquél que en el proceso ante la autoridad jurisdiccional—, nuestra legislación ha fortalecido particularmente sus prevenciones acerca de lo que he llamado “derechos inmediatos” del detenido (artículos 128 del Código federal de procedimientos penales y 269 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal) y sobre los medios personales de asistencia legal y moral de éste. Entre esos “derechos inmediatos” figuran los informes que es preciso suministrar al inculpado acerca de los cargos que se le hacen y quién los formula. Obviamente, no se trata de incurrir en tecnicismos, sino de brindar una descripción veraz y comprensible acerca de esos cargos, a fin de que el sujeto pueda entenderlos y actuar en consecuencia para fines de defensa. Aquí se han anticipado, como se ve, los derechos asociados a la declaración preparatoria, diligencia de rango constitucional. Se otorga al detenido el derecho de no declarar en su contra y, más ampliamente, el de guardar silencio.

En el mismo orden de consideraciones, el inculpado detenido tiene derecho de comunicarse con quien “estime conveniente” y a “designar sin demora persona de su confianza para que lo defienda o auxilie”, quien también tiene derecho a ser informado acerca de “la naturaleza y causa de la acusación”. Para todo ello, el inculpado puede valerse de teléfono o de “cualquier otro medio de comunicación”.

Hay normas interesantes en favor de indígenas y extranjeros. Si el detenido “es un indígena que no hable castellano, se le designará un traductor”, quien le hará saber sus derechos. Si es un extranjero, “la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda”. A esto debe añadirse, en aplicación de normas de alcance general acerca de la comunicación con quienes intervienen en un procedimiento, la designación

de intérprete o traductor en el supuesto de que ese extranjero no entienda ni hable suficientemente el castellano.

Otra disposición conveniente en ese mismo catálogo de garantías es la que obliga a la autoridad que decreta una detención —que es, por fuerza y exclusivamente, el Ministerio Público— a comunicarla “de inmediato al servicio público de localización telefónica del Distrito Federal, asentando en autos su cumplimiento con indicación del día y hora en que se verificó”.

El derecho mexicano actual —conforme a las reformas de 1990 en la legislación secundaria y a la variación constitucional de 1993— considera un amplio elenco de asistentes del inculpado, a saber: a) persona con quien éste se comunica desde que es detenido; b) defensor, propiamente, designado por el imputado o, como defensor de oficio, por el juez (garantía que hoy alcanza, constitucionalmente, al indiciado); c) persona “de la confianza del inculpado”, asistente “moral” de éste, que en rigor no realiza actos de defensa jurídica, pero contribuye a la legalidad en el desarrollo del procedimiento; d) defensor de otra persona que declare en el curso de la averiguación previa; y e) defensor de oficio asesor del inculpado y del defensor designado por éste, cuando no se trate de licenciado en derecho.

#### XIV. LOS TEMAS DE LA AVERIGUACIÓN

##### A. *Hecho delictuoso* (corpus delicti)

La averiguación se esfuerza, pues, sobre una serie de temas que luego serán, llegado el caso, los del proceso y la sentencia. El primero, *conditio sine qua non* de los restantes, es la conducta o el hecho delictuosos. Por ello erraron la antigua redacción del artículo 16 constitucional y la legislación que lo seguía cuando exigían, para la orden de captura, apenas la denuncia sobre el hecho y la comprobación de la probable responsabilidad. De exigirse —y así lo hizo la reforma procesal de 1983, y en pos de ésta lo hace el texto constitucional reformado en 1993— la prueba del hecho punible.

A eso llamaba la Constitución “cuerpo del delito”. No ha sido plausible, en lo absoluto, la reforma que desterró esa noción, viejo giro bien inscrito en la tradición constitucional y procesal mexicana, que aquí tuvo un sentido claro y preciso, al cabo de un intenso trabajo doctrinario y jurisprudencial, finalmente recogido en la ley.

Con desdén por la elaboración mexicana del *corpus delicti*, dejándose llevar de una moda innecesaria que ningún beneficio de fondo aporta, la reforma de 1993 vino a hablar de “elementos que integran el tipo penal”. Es decir, habla de lo mismo, con otras palabras. Escasa tarea para un cambio constitucional.

En el dictamen redactado en la Cámara de Diputados acerca de la reforma al artículo 19 constitucional, se dijo a este respecto que en la nueva fórmula se atiende a la necesidad de

compatibilizar la exigencia de los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión con los del auto de formal prisión o en su caso de sujeción a proceso, superando el complejo término de cuerpo del delito por el concepto de la acreditación de los elementos que integran el tipo penal; con lo que se clarifican los requisitos que deben ser considerados por el juez para fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y de esta manera se fortalece la seguridad jurídica de los gobernados, al puntualizarse la obligación por parte de la autoridad de verificar la existencia del hecho delictuoso, además de la probable responsabilidad del inculpado.

El dictamen manifiesta, pues, que cuerpo del delito es un “complejo término”, y que su relevo por el concepto de “acreditación de los elementos que integran el tipo penal” acude a “clarificar” el asunto, seguramente en bien del juzgador, el Ministerio Público y los particulares. Digamos, en primer término, que si bien es cierto que “cuerpo del delito” no es un término de fácil comprensión popular, ya había sido objeto del intenso trabajo de interpretación legal, doctrinal y jurisprudencial que antes mencioné, y que a estas alturas ya no ofrecía ninguna complicación ni suscitaba duda alguna en el derecho mexicano, aunque pudiera estar erizada de problemas o ser de plano inadmisibles a la luz de la legislación extranjera, que no es, por cierto, la que se aplica en nuestro país, ni la que debiera determinar, por ende, las soluciones nacionales. Así las cosas, ni los juzgadores ni los agentes del Ministerio Público desconocían el verdadero alcance de esa expresión, ni necesitaban que se tradujera a otras palabras, nada menos que en la ley suprema.

Si lo que se quería era sustituir la fórmula “cuerpo del delito” por una expresión llana, fácilmente comprensible, que “clarificara” el asunto, como dijo el dictamen, el resultado ha sido evidentemente adverso a la intención proclamada. Se involucra en el texto consti-



tucional una de las expresiones más complejas del derecho penal: “tipo” penal no es, en modo alguno, una noción más accesible que cuerpo del delito. Se trató, pues, de una modificación innecesaria e incluso perturbadora. Ahora habrá que explicar qué es el tipo penal, en beneficio de aquellos que no vean suficientemente “clarificado” el punto.

El *corpus delicti* o conjunto de elementos que figuran en la descripción típica que hace la ley, será, pues, lo que se acredite en la averiguación previa. Esto significa más que los datos del tipo básico, como bien enseñó la reforma de 1984 a la fracción I del artículo 20 constitucional, otro progreso borrado en 1993. Implica el “delito efectivamente cometido”, es decir, los elementos del tipo que verdaderamente venga al caso, sea el básico, sea el complementado. Podrá equivocarse la clasificación de la conducta ilícita en el pliego de consignación, pero no se podrá ahorrar el complemento del tipo que la indagación arroje, so pena de retraer el tema del proceso a una versión recortada que ya no pueda rebasar el juzgador.

Está distante la jurisprudencia que consideró al cuerpo del delito sólo como el conjunto de elementos materiales u objetivos de la infracción. Se trata de una caracterización superada, por estrecha, que se formuló en los siguientes términos:

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal (*SJF*, 5a. época, Supl. de 1956, p. 178, A.D. 4173/53, Héctor González Castillo; t. CXXX, p. 485, A.D. 6337/45, J. Jesús Castañeda Esquivel; 6a. época, 2a. parte, vol. XIV, p. 86, A.D. 110/57, Víctor Manuel Gómez Gómez; vol. XVII, p. 77, A.D. 2677/58, Juan Villagrana Hernández; vol. XLIV, p. 54, A.D. 6698/60, José Zamora Mendoza).

En otra ejecutoria, también de antigua fecha, se indicó:

Comprobar el cuerpo del delito, es demostrar la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos tal como lo define la ley, al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente. Cuando en la resolución de la autoridad, no se cita el precepto legal cuya infracción se imputa al acusado, no existe una base firme para precisar si ha quedado legalmente probado el delito que se le atribuye, toda vez que, precisamente, es el precepto que se estima

violado, el que debe determinar (*SJF*, 5a. época, t. XXIX, p. 1566, Lapham, Arturo F.).

La doctrina elaboró progresivamente el concepto, hasta arribar a una caracterización generalmente admitida: se trata de los elementos que contiene la descripción típica contenida en la ley; en esta virtud —señalaron los defensores de ese concepto— hay que tomar en cuenta los elementos objetivos, subjetivos y normativos, en la medida en que los haya en la figura delictuosa establecida por la norma penal. Merced a la reforma procesal penal de 1983, que inició la renovación integral del derecho procesal penal mexicano para la Federación y el Distrito Federal, el Código federal de procedimientos penales estipula 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” (artículo 168, con el que coincide el artículo 122 del Código para el Distrito Federal).

## B. Responsabilidad

La responsabilidad, que a título de probable debe acreditar el Ministerio Público, es sencillamente la relación entre la conducta del sujeto —el presunta o probablemente responsable— y el resultado típico, bajo cualquiera de las categorías de participación que señalan los artículos 13 y 14 del Código penal. No creo que esto apareje la facultad de soslayar los casos en que se demuestre una excluyente de responsabilidad, típico tema de la acción, pero sí las hipótesis en que aparezca extinguida la pretensión punitiva, cuya vigencia es un presupuesto de la acción.

En el Código de procedimientos penales para el Estado de Guerrero, del 4 de febrero de 1993, el de más reciente fecha en el derecho mexicano, se proporciona una caracterización de la presunta responsabilidad del inculpaado en los siguientes términos: “La presunta responsabilidad del inculpaado se tendrá por comprobada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su participación en los hechos constitutivos del delito demostrado” (artículo 64). El uso normativo y práctico ha vuelto sinónimas las expresiones “presunto responsable” y “probable responsable”. El segundo párrafo del artículo 16 constitucional, acerca de la orden de aprehensión, alude a “probable responsabilidad del indiciado”.

### C. *Personalidad del inculpado*

El tercer objeto de la acción, y de esta suerte asunto de la averiguación previa, es la personalidad del inculpado. Habrá que preparar el doble juicio: de los hechos y del sujeto, aunque siempre condicionado éste por aquél, pues no se trata, en lo absoluto, de juzgar por lo que se “es”, en lugar de hacerlo por lo que se “hizo”: derecho penal de acto, no de autor. Sólo se pretende, entonces, servir a la individualización, piedra angular del sistema penal moderno. Claro está que en este punto aparece el arduo tema de la peligrosidad. Lo dejamos de lado, porque el Ministerio Público no tiene que referirse a ella, sino sólo observar y presentar, como uno de los resultados de la averiguación previa, lo que acerca del delincente y su víctima tenga relevancia para un múltiples propósito sucesivo: la libertad provisional del inculpado, la reunión de pruebas sobre éste y el ofendido, la formulación de conclusiones y la emisión de la sentencia.

El Ministerio Público, en fin, asume la misma obligación que el juzgador: actuar por la individualización, fin específico del proceso penal que se desenvuelve sobre la vía de la acción que el Ministerio Público esgrime; no puede ser éste ajeno, por ello, a las pruebas y alegatos sobre la individualización. Órgano del Estado, le obliga esta expresión de la política criminal en su capítulo de prevención especial. No sucede lo mismo con el defensor: será su conveniencia, no su deber funcional —que no lo tiene—, lo que lo orille, llegado el caso, a formular ejercicios de individualización.

### D. *Sanción*

Apunta lo anterior al cuarto tema del proceso, que se prepara desde la averiguación previa y forma parte del objeto —o es uno de los objetos— de ésta: la sanción, la reacción jurídica frente al delito. Probar el *corpus criminis* y la responsabilidad tiene sentido, finalmente, si se aguarda una pena o una medida, si hay consecuencia por el hecho perpetrado. De lo contrario sería un empeño académico. A esto, y no a otra cosa, apunta la preparación de la acción y el ejercicio de este poder-deber procesal del Ministerio Público, que exige justicia en el caso concreto, y justicia es, también en ese caso, aplicación de una sanción. El Ministerio Público, órgano de la política criminal del Estado, no puede ser ajeno —ni siquiera

en la averiguación previa— a la calidad y cantidad de la reacción jurídica. El planteamiento de la pretensión es ya, implícitamente, una petición de pena, en general, y de cierta pena, en particular.

### E. *Daño privado*

Es objeto de la averiguación, por último, la reparación del daño privado. Nuestra ley de 1931 ha sido poco feliz en el tratamiento de esta materia. El ofendido, que debiera ser personaje prominente en la escena penal, es sujeto olvidado; casi “un nadie”, como dijo Franco Sodi hace décadas. Para remediar este infortunio, la reforma procesal de 1983 dio pasos adelante, como ahora los da la reforma constitucional: ésta ha llevado a la parte dogmática de la Constitución los derechos subjetivos de la víctima, que antes aparecieron sólo vinculados —correctamente, pese a críticas aisladas— con la garantía en la libertad provisional.

Empero, el relativo desvalimiento del ofendido persistirá mientras se siga entendiendo que la reparación del daño es “pena pública” y no consecuencia civil del hecho punible. Esto sustrae al proceso la participación actora del ofendido en aquello que realmente le pertenece —el derecho al resarcimiento—, no en aquello que no le corresponde —la sanción penal en sentido estricto, la actualización del *jus puniendi*.

## XV. MEDIDAS PRECAUTORIAS

Es también importante el papel del Ministerio Público a propósito de las medidas precautorias, sobre todo en cuanto éstas se ejercen sobre las personas, como es característico, aunque no exclusivo, del procedimiento penal, según puntualizó Alcalá-Zamora. Desde 1971, año en que comenzó la más relevante y bienhechora renovación de la materia, ha habido avances notables. Acontecieron, en el curso de dos décadas, en otras tantas direcciones: para privar de la libertad, *ad cautelam*, y para permitirla, también con signo precautorio, no definitivo.

Veamos primero el caso de la libertad. En 1971 se abrió la posibilidad de que el indiciado por delito imprudencial con motivo del tránsito de vehículos obtuviera su libertad provisional —denominada “previa” o “administrativa”— ante el Ministerio Público, no necesariamente ante el juez, mediante caución. Esta pequeña gran re-

forma a un par de artículos en el Código penal y en el Código de procedimientos penales del Distrito Federal ha hecho más bien que torrentes de tinta sobre puntos técnicos.

El camino abierto fue seguido por el Código federal, unos años después, y ampliamente transitado por las reformas de 1983 y 1990. Tuvo la virtud, entre otras, de asegurar que los derechos constitucionales del individuo son el *minimum* irreductible por el legislador secundario, no el *maximum* que éste no puede ensanchar, sin previa reforma constitucional. Parece obvio, pero no lo fue ni en 1971 ni en 1990, ni lo ha sido hoy, pues finalmente se abrió paso una reforma en la fracción I del artículo 20 constitucional que viene a cerrar el extraño debate sobre la libertad provisional ampliada, aunque no acerca de esas dos perspectivas en torno a las garantías individuales.

Por lo que atañe a la detención de indiciados, el artículo 16 constitucional, en su versión original, impedía el acceso a la captura dispuesta por el MP, salvo en los supuestos de flagrancia —en que cualquiera puede detener al infractor— y de urgencia —concebida en forma tal que fue inaplicable, prácticamente, en la mayoría de los casos.

Era necesario establecer la facultad regulada y controlada de detención por el Ministerio Público. Lo ha hecho la reforma constitucional de 1993, en el quinto párrafo del artículo 16, con una redacción extraña y elusiva, que tiene, sin embargo, el punto a su favor de haber sacado este problema de las tinieblas:

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y motivando los indicios que motiven su proceder.

En esa fórmula del párrafo quinto, plagada de tropiezos, se soslaya la verdadera razón del cambio: es preciso que el Ministerio Público pueda ordenar la detención de un sujeto en el curso de la averiguación previa, por breve plazo, aunque no se esté en el supuesto de flagrancia, cuando existan datos que aseguren razonablemente su probable responsabilidad penal. Esto se oculta o enrarece con

la redacción curiosa del artículo 16, porque el problema no es la hora, ni el lugar, ni la circunstancia, sino la imposibilidad material de capturar a los delincuentes en pleno delito —es decir, en flagrancia— y de concluir la averiguación previa y ejercitar la acción penal en un instante. La práctica demostrará, me parece, que las verdaderas razones para la captura fuera de flagrancia y sin orden judicial vendrán a abrigarse en una interpretación a modo de la palabra “circunstancia”.

Otro punto que había estado pendiente de regulación adecuada era el relativo al tiempo de detención ante el Ministerio Público, antes del ejercicio de la acción penal, en su caso. Se invocaba, a veces, el periodo de veinticuatro horas que previno la fracción XVIII del artículo 107, suprimida por la reforma de 1993, aun cuando este plazo se refería claramente al caso en que se cumplía una orden judicial de aprehensión y se trataba de poner al capturado a disposición de su juez —como ha quedado finalmente establecido, con claridad, por la reforma de 1993 al artículo 16 constitucional, que colocó en este precepto la norma que se hallaba, fuera de lugar, en el 107—, supuesto radicalmente distinto del que se plantea en la hipótesis que nos ocupa, en que no hay orden de aprehensión y ni siquiera se ha ejercitado la acción penal.

El vacío fue colmado, con una redacción poco feliz, por el séptimo párrafo de dicho artículo constitucional, bajo la reforma de 1993. Aquél previene que “ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”. Tenemos, pues, una detención ordinaria —de duración ordinaria: cuarenta y ocho horas— y otra ampliada —de duración ampliada: noventa y seis horas.

En este último punto la norma constitucional ha tomado en cuenta el avance notable que ocurrió en la ley secundaria federal cuando ésta permitió prorrogar, hasta la duplicación del plazo, las setenta y dos horas concedidas al juzgador para resolver, mediante auto de formal prisión o de soltura, la situación jurídica del procesado (otros dirían del “indiciado”).

En el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados se reiteró que “uno de los males de nuestro tiempo es la presencia de nuevas

formas de criminalidad que por su grado de organización, por su creciente poder económico y por su letal capacidad de violencia, dificultan seriamente la acción legítima del Estado para su persecución, procesamiento y sanción”.

En seguida se establecen, *grosso modo*, los elementos que convienen a la definición de delincuencia organizada “la permanencia en las actividades delictivas que realicen, su carácter lucrativo, el grado de complejidad en la organización de dichos grupos, el que la finalidad asociativa sea la comisión de delitos que afecten bienes fundamentales del individuo y de la colectividad, y que a su vez alteren seriamente a la salud o seguridad públicas”.

Esa caracterización —no obstante las conexiones o los precedentes que pudiera tener— es particularmente frágil y cuestionable. En efecto, no parece necesario exigir —dado el propósito que la ley pretende al invocar medidas especiales contra esa grave delincuencia, a la que llama “organizada”— que ésta tenga “permanencia”; bastaría con la comisión de delitos por una sola vez o por algunas veces.

Tampoco es necesario, en lo absoluto, requerir que la actividad delictuosa tenga “carácter lucrativo”. En efecto, no lo tiene el terrorismo, no lo tienen las vindictas políticas o religiosas, que pueden ser, sin embargo, casos muy inquietantes de delincuencia organizada.

En cuanto al “grado de complejidad en la organización de dichos grupos”, el dictamen no dice mucho: habrá que trabajar cuidadosamente el concepto para deslindarlo —en el caso de que realmente sea factible el deslinde— de la asociación delictuosa.

La calificación en orden a la finalidad perseguida por la “organización delictuosa” parece excesiva, y por ello deja fuera supuestos que sería deseable incluir: hay delitos temibles que no necesariamente afectan “bienes fundamentales” de los individuos y la colectividad, ni “alteran seriamente” la salud o seguridad públicas; sería, por ejemplo, el caso de delitos patrimoniales de escasa cuantía individual, cometidos sistemáticamente al través de operaciones bancarias o comerciales por un grupo organizado para este género de infracciones, con carácter permanente como postula el dictamen.

Sigue diciendo el dictamen, ahora acerca de la detención ampliada, que “la duplicación del plazo que se prevé, se adopta en razón de la dificultad que implica la investigación de esta forma de criminalidad violenta. Por ende, dicha duplicación no debe operar para la persecución e investigación de formas de criminalidad no violentas o de escaso grado de desarrollo en su organización”. Como se

ve, aquí el dictamen está introduciendo en el concepto de crimen organizado un dato de notable importancia que había quedado fuera de la descripción arriba transcrita y comentada: la violencia. Parece razonable calificar el delito en función de la violencia desplegada, para efectos de punición, pero no lo parece ligar el concepto de crimen organizado —con sus consecuencias, incluso procesales— a la violencia de que hagan uso los delinquentes.

Tampoco es siempre la “delincuencia organizada” el motivo para que resulte recomendable la detención ampliada; lo que en realidad importa es la complejidad del caso que apareja severos problemas para la investigación y la consecuente e inmediata consignación, trátase o no de delincuencia organizada.

## XVI. COMENTARIO FINAL

No ha concluido la evolución del Ministerio Público. Sus posibilidades no están agotadas, sino sólo detenidas por una tradición reticente a las novedades y oscurecida por los desaciertos. Viendo —lo digo de nuevo— que no hay necesidad de mayores cambios urgentes en la ley procesal sobre la averiguación previa; la hay de aplicarla con el esmero apetecido. Existe, sí, “pendiente de manera expresa”, una sola novedad: la vía para la revisión de la sentencia definitiva absolutoria, impugnada por el Ministerio Público.

Señalo que esto se halla “pendiente de manera expresa”, porque la Ley orgánica de la Procuraduría advierte —por ahora más como reflexión docente que como norma estricta— que la persecución de los delitos del orden federal también implica la “impugnación, en los términos que la ley prevenga, de las sentencias definitivas que causen agravio a los intereses jurídicos de la sociedad, cuya representación corresponde al Ministerio Público” (artículo 7, fracción III).

Pero la ley no previene nada todavía. Pudiera instituir un recurso, al que no necesariamente llamaremos amparo, semejante a la revisión que permite la fracción I-B del artículo 104 constitucional en contra de sentencias dictadas por los tribunales de lo contencioso administrativo. Entonces podría desaparecer tranquilamente una porción del indescifrado e inaplicado artículo 180 de la Ley de Amparo, que tratándose de juicios de garantías directos ante tribunales colegiados de circuito, permite al agente del Ministerio Público que intervino en el proceso penal “presentar sus alegaciones por escrito”



ante el tribunal, y de esta suerte abre una pequeña escotilla para que por ella emerja, con recato, el representante social, sin saberse bien a bien para qué formula alegatos en un juicio en el que no es parte. Ese medio impugnativo pondría de manifiesto, por lo demás que la tutela de la seguridad pública no es menos importante que la defensa del erario.