

1. ADVERTENCIA

Debo explicar el origen y las características de este opúsculo, destinado a las publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas acerca del nuevo sistema de justicia penal establecido al amparo de reformas constitucionales y novedades reglamentarias. Se trata de un asunto polémico, que discurre entre panegiristas y detractores. No soy ni lo uno ni lo otro. Por ello, no pretendo aportar elogios desmesurados —que abundan— ni censuras desmedidas —que no escasean—. Desde luego, hay motivos para el elogio y la censura.

Elaboré estas notas —que forman parte de un libro en curso— merced a la invitación amable y reiterada de mi distinguido amigo y colega Jorge Witker, quien ha favorecido el conocimiento y el progreso del nuevo sistema penal. Atiendo, pues, a ese requerimiento y lo agradezco. También reconozco las aportaciones que me hicieron, sea a través de sus obras, sea por medio de sus comentarios directos e informales, en coloquios de amigos y colegas, algunos estudiosos y prácticos del procedimiento penal, tanto partidarios fervorosos del nuevo sistema —al que se sigue llamando “oral, acusatorio y adversarial”, asignando al todo algunos rasgos de sus partes— como críticos severos. Igualmente, manifiesto mi reconocimiento al joven penalista licenciado Eduardo Rojas Valdez por su participación en la revisión del texto y sus útiles observaciones.

Obviamente, no me propongo reducir a unas cuantas páginas —límite natural de estos fascículos— el comentario de todos los temas contenidos en la regulación procesal penal de la ley suprema, a partir de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la reforma constitucional de 2008 y el Código Nacional de Procedimientos Penales. Ruego al lector que tome en cuenta este señalamiento para que no espere más de lo que puede contener este bre-

vísimo examen: observaciones concisas en torno a cierto número de temas destacados, dejando de lado su análisis más detallado y el estudio de otros temas, que forman parte de mi libro en proceso.

Dadas las características del presente trabajo, he prescindido de notas a pie de página, que figurarán en la obra más amplia a la que me he referido. Sin embargo, cada vez que invoque el parecer de algún tratadista mencionaré su nombre. Tampoco agoto aquí la referencia a preceptos constitucionales, legales e internacionales. Ajusto mis citas a las disposiciones más relevantes de esas fuentes normativas.

Durante muchos años me he ocupado en asuntos del procedimiento penal. Ahorraré la relación de los trabajos destinados a esta materia, en la academia y en la trinchera. Sin embargo, debo mencionar dos publicaciones que constituyen el cimiento sobre el que construyo ésta: *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México y La reforma penal constitucional. 2007-2008. ¿Democracia o autoritarismo?* En ellas hago el examen y la crítica de la normativa y el rumbo del procedimiento penal mexicano cuya actual etapa inició, propiamente, en 1996 con la cuestionable Ley Federal sobre Delincuencia Organizada, a la que llamé “El bebé de Rosemary”. Cuando me ocupé de la reforma penal de 2008 aludí a “un vaso de agua cristalina al que se agregaron unas gotas de veneno”. Acerca de estas expresiones, me remito a la explicación contenida en aquellos libros.

La justicia penal es un campo minado, escenario crítico de los derechos humanos y, por lo tanto, del Estado de derecho. Constituye la manifestación más elocuente del carácter democrático o autoritario de una sociedad y del poder público al servicio de ésta, para decirlo en palabras semejantes a las que utilizó el insigne reformador César Beccaria. En los siglos XVII y XVIII, el derecho penal constituyó el terreno en el que fue delineándose el modelo del Estado de derecho (Ferrajoli).

En este marco de preocupaciones y ocupaciones redacté este opúsculo dedicado al examen de la “nueva justicia penal” mexicana, que se invoca con expresiones equívocas o inexactas, como

“régimen adversarial” o, peor aún, “juicios orales” (debiéndose decir “juicios por audiencias”), y que se exalta o enarbola a menudo como receptora de un “nuevo paradigma”.

Hoy día contamos con una nueva Constitución, aunque no lo hemos confesado. Hay que destacar este hecho, no siempre reconocido y mencionado. So capa de reformas nos hemos dado una Constitución diferente, en buena medida, de la Carta de 1917. Media un abismo entre algunas decisiones fundamentales que constaron en ésta y en varias de sus reformas de mayor enjundia, y las que aparecen en la letra de 2015. Ha crecido extraordinariamente la extensión de la ley suprema (Fix-Fierro), y además se ha modificado su rumbo en puntos que se consideraron esenciales. Por lo que toca a la materia penal, entre 1994 y 2014 (sin contar la iniciativa sobre seguridad pública, de noviembre del mismo 2014) aparecieron nada menos que diecisiete decretos de reforma constitucional —en promedio, más de uno por año— que atañen directamente a la materia penal o la afectan indirectamente.

Recientes estudios han hecho notar que la “cultura de la legalidad” no es un rasgo predominante en la sociedad mexicana. No dejamos de rendir culto a una doble regulación que tomamos de otro tiempo y que ha llegado hasta el nuestro. La prevención “acátese, pero no se cumpla”, que imperó en la Colonia, aún prevalece en muchos órdenes de nuestra vida moderna, que navega entre “dos morales” o “dos legalidades”, una proclamada, otra practicada. Por ello no podemos confiar totalmente en la reforma normativa si no se acompaña de un cambio profundo en las instituciones y las prácticas.

En esta línea de pensamiento invoco la autoridad de Piero Calamandrei cuando se refiere al diseño del proceso y señala que éste no es, en la realidad a la que se enfrentan los justiciables, el mismo que estableció el legislador. Por encima o al margen del proceso legislado se halla el proceso vivido, cuyo diseño efectivo proviene de los personajes que lo operan y construyen: jueces, acusadores, enjuiciados, defensores y otros participantes, verdaderos autores, actores, constructores, reformadores del proceso.

2. EL PARADIGMA PROCESAL EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

El empleo de la expresión *paradigma* sugiere la posibilidad y la necesidad de reflexionar sobre el sentido de la justicia penal —y su instrumento procesal— en una sociedad democrática, y confrontar los desiderata que figuran en aquél con las aplicaciones que constan en un régimen procesal determinado, por ejemplo, el que acogen nuestra Constitución y el consecuente Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP).

Lo que nos interesa, finalmente, es la adopción y efectividad de un modelo de proceso penal democrático, que brinde seguridad y justicia al amparo de los valores y principios acogidos en una sociedad de ese carácter. Este modelo suele identificarse con el sistema acusatorio; su contrapartida, con el inquisitivo.

En este orden de consideraciones se subraya la necesidad —en una sociedad democrática, insistimos— de recibir y afianzar lo que se ha denominado “derecho penal mínimo”, expresión que puede proyectarse en los diversos ámbitos del quehacer preventivo-punitivo del Estado constitucional. Bajo este concepto, el empleo del instrumento penal se reduce a su dimensión indispensable; queda en reserva; es el último recurso —jamás el primero— del control social. Son otros los medios de los que se vale —ya que no de represión ampliada y adelantada— el Estado comprometido con los valores y principios de la democracia.

El modelo que ahora examinamos debe cargar el acento en el espacio de las libertades del individuo justiciable, sus derechos y garantías, sus defensas frente a la tentación tiránica que vela en todas las encrucijadas del laberinto penal. El mismo énfasis debe recaer en los derechos y las garantías de la víctima de la conducta ilícita, un personaje frecuentemente olvidado o postergado en el ejercicio penal, que hoy recupera derechos materiales y, con ellos, derechos procesales.

En el mismo conjunto de elementos que concurren a erigir el paradigma se halla todo aquello que permita determinar, revisar y controlar, con justicia y puntualidad, el alcance y el quehacer

de Leviathan en el proceso penal, donde comparece como una suerte de “cruzado”: el “defensor de la sociedad”. Bajo un modelo autoritario, el enjuiciamiento ensancha las potestades persecutorias del Estado; bajo uno democrático, acota esas potestades de manera que sea posible conciliar seguridad y justicia.

También es preciso establecer la congruencia entre el sistema procesal adoptado y la naturaleza de la misión punitiva del Estado, que se debe reflejar en la regulación del enjuiciamiento, y que depende —racionalmente— de la necesidad de preservar con eficacia principios y valores inherentes a la democracia y responder a la demanda general de justicia, cuya insatisfacción trae consigo una frustración generalizada y una peligrosa decadencia en la confianza de los ciudadanos. Esta declinación engendra tentaciones autoritarias: el retorno a la “mano dura”; gobernar “con el código penal”, o el regreso a la justicia por propia mano.

Se ha abierto paso un notorio “aire privatizador” con énfasis en la dispositividad de la persecución y de la sanción, reducidas a procesos negociables e incluso prescindibles. Esta privatización, que conduce a soluciones compositivas, ancla en excelentes intenciones. Puede alentar soluciones más liberales en el ámbito de la justicia penal —cuyo carácter de *justicia* se diluye o enrarece—, pero también erosionar o alterar fuertemente los principios, los fines y la eficacia de un orden penal declinante.

3. ANTECEDENTES E INFLUENCIAS

El sistema procesal penal mexicano, que durante buena parte del siglo XIX —especialmente antes del proceso codificador que alumbró en los años setenta y ochenta de esa centuria— quedó gobernado por la antigua normativa colonial, recibió más tarde la influencia francesa y acogió el régimen de enjuiciamiento mixto. Así lo advirtió la doctrina a propósito de los códigos distritales de 1880 y 1894, y el federal de 1908.

La Revolución trajo consigo la reducción de los poderes inductorios del juzgador y el auge del Ministerio Público. En la

etapa inmediatamente posterior a la expedición de la ley suprema de 1917 fueron emitidos los códigos distrital de 1931 —en paralelo con el ordenamiento penal material del mismo año— y federal de 1934. No fue sino hasta los años setenta y ochenta del siglo XX que se presentó en la escena una fuerte corriente de reforma penal sustantiva y adjetiva dentro de la frontera constitucional prevaleciente y conforme a orientaciones nacionales. Estos pasos adelante tomaron en cuenta, obviamente, diversas novedades constitucionales practicadas en el ámbito que aquí interesa en los años finales del siglo XX e iniciales del XXI.

En la actualidad la fuerza renovadora del procedimiento penal proviene de los Estados Unidos y de algunos países de América Latina. Juan Luis Gómez-Colomer considera que la reforma del proceso penal en América Latina se hallaba incompleta mientras México estuvo fuera de ella. Con el CNPP “ya podemos hablar de un nuevo mapa jurídico y de un nuevo sistema de justicia penal en la América hispanoparlante”.

El ímpetu de los cambios prohijados desde los Estados Unidos, básicamente, sin olvidar otras fuentes reformadoras coincidentes, se mostró en diversas formas a partir de la Ley contra la Delincuencia Organizada y poco antes de la reforma constitucional de 2008, pero sobre todo en esta misma y a partir de ella. Algunas entidades federativas iniciaron cambios normativos y prácticos antes de 2008, con distintos grados de avance y varios resultados.

La promoción de estas modificaciones es clara. El examen de los procesos normativos de entonces, con atención a las instituciones y despachos foráneos involucrados en ellas —examen que se puede emprender a partir de la información provista en internet y aportada por estudiosos y prácticos de la materia— permite seguir el examen de la reforma y justificar las palabras de Schünemann y Gómez-Colomer que adelante menciono.

El impulso más influyente —alentado por intereses variopintos— proviene del norte y procura ajustar nuestro enjuiciamiento al que rige en la Unión Americana. *La mano septentrional* tuvo

especial empeño en la reforma procesal mexicana, como se ha manifestado en diversas ocasiones. Al referirse a la reforma procesal penal en América Latina, a la que se ha sumado México, Gómez-Colomer afirma —siguiendo una expresión de Schünemann— que “parece como si el modelo de enjuiciamiento criminal de los Estados Unidos de América se hubiera instaurado en un desfile militar y marchara triunfalmente ante los espectadores presentes arrollando cualquiera otra iniciativa”. Sin embargo, el modelo norteamericano adoptado por nuestros países —o pretendido por éstos, con grandes expectativas— “se aplica en realidad a menos de un 2% de la criminalidad en Estados Unidos, lo que significa que la mirada se centra en poco más que una ilusión en su país de origen” (Armenta Deu).

Algunos participantes en sugerencias y anteproyectos conducentes a la legislación adoptada, así como concurrentes a foros y círculos de estudio, académicos o políticos, que desembocaron en aquélla —tras diversas vicisitudes— han hecho comentarios laudatorios o fuertemente críticos al ordenamiento que resultó en el curso de las fases prelegislativa y legislativa de aquel complejo proceso.

Moisés Moreno Hernández destaca la influyente concurrencia que han tenido en la construcción del nuevo sistema mexicano la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, por ejemplo. Esa injerencia externa —señala—

...ha encontrado aceptación en muchos países de la región, sobre todo porque ella ha ido aparejada de apoyos económicos; y, cuando se trata de una cuestión económica, surge también la idea del *negocio*... la reforma procesal penal en América Latina se ha convertido para algunos en un gran negocio.

En este orden de *realidades* han surgido *empresarios jurídicos, activistas expertos, expertos improvisados*.

El asunto que apenas he esbozado en las líneas precedentes amerita un cuidadoso y profundo estudio que ponga de mani-

fiesto sus orígenes, características e implicaciones. Tal estudio revelaría conexiones y colindancias no exentas de interés y de las que algunos analistas extraerán conclusiones encontradas. Se hablará, en un extremo, de progreso procesal; en otro, de colonización jurídica. En este contexto invoco, casi anecdóticamente, los signos inscritos en las puertas de salas de audiencia de un país latinoamericano: en una hoja, el correspondiente escudo nacional; en la otra, el logotipo de la agencia norteamericana que más activamente ha impulsado el nuevo sistema de justicia. En lo que respecta a México, no resulta ajeno al asunto que ahora comento la muy considerable aportación de recursos económicos —y humanos— destinados a facilitar la instalación del nuevo sistema judicial y, de paso, si se me permite decirlo así, la *reorientación* del cuerpo judicial mediante la formación de funcionarios.

4. DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008 AL CÓDIGO NACIONAL

En 2007 entraron en juego dos tendencias políticas generales y, al calor de ellas, dos corrientes político-procesales: una autoritaria y la otra moderada, e incluso progresista, impulsada por diversos agentes políticos, sociales y académicos. Se encontraron en el camino y optaron por pactar. De esta suerte, tuvimos una reforma de *transacción* y, en cierto modo, de *transición*, pendiente de que los platillos de la balanza se inclinen —o se sigan inclinando— en el sentido que domine entre ambas corrientes.

En 2007 y 2008, el Ejecutivo y los legisladores formularon el diagnóstico de los problemas existentes en el ámbito de la seguridad pública y la justicia penal, sobre el que debería actuar la enmienda constitucional. Coincidió con ese diagnóstico. Se denunció, en primer término, la impunidad, cuya magnitud es tan inaceptable como impresionante (Zepeda Lecuona). Se aludió a la corrupción, que grava los esfuerzos en favor de la seguridad y la justicia. Y se agregó la incompetencia —es decir, ineptitud, ineficacia— de agentes e instituciones que *velan* por la seguridad

y la justicia. Finalmente, se mencionó el envejecimiento de las normas jurídicas.

En mis comentarios a la reforma de 2008 he recordado que

...desde hace tiempo se ha insinuado, recogido o consolidado —tres pasos en una sola dirección, difícilmente reversible y sumamente preocupante— la idea de escindir el derecho penal sustantivo, procesal y ejecutivo, que fue construido a lo largo de dos siglos de trabajo en favor de la racionalidad y la democracia. La escisión trae consigo, por lo pronto, un sistema doble de justicia penal. Así se habría quebrantado la unidad tradicional, afanosamente conseguida, y tendríamos al frente una encrucijada y un doble camino —a reserva de que luego fuese uno solo, sinuoso— precisamente en el ámbito en el que es más necesario contar con seguridades plenas.

En efecto, dentro del marco constitucional establecido en 2008 (cuyo estudio detallado figura en mi libro, antes citado, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*. ¿*Democracia o autoritarismo?*), coexisten un sistema de procedimiento y ejecución ordinario y general, con buen acervo de derechos y garantías, que recoge la mejor tradición liberal y democrática, y un sistema de derechos y garantías atenuados, recortados o “flexibilizados”, por cuyas venas circula la corriente autoritaria.

5. LAS INSIGNIAS DE LA REFORMA DE 2008

Esta reforma enarboló la bandera del sistema acusatorio y el juicio oral. Algunos de sus promotores sugirieron que la adopción de estas *novedades* permitiría enfrentar con éxito la ola criminal que agobiaba a nuestro país y erradicar, de una vez, el prevaliente régimen procesal penal inquisitivo (por supuesto, no fue el caso de quienes, más versados en cuestiones jurídicas, señalaron la verdadera dimensión de las novedades). Doble error.

Un documento básico de la reforma aprobada en 2008, que es conveniente estudiar a la hora de interpretar y valorar las inten-

ciones del legislador y la orientación de las fórmulas acogidas por el poder revisor de la Constitución, es el dictamen elaborado en comisiones de la Cámara de Diputados con fecha del 10 de diciembre de 2007. Este dictamen sostuvo, con notorio error, que “el sistema (procesal penal) actual es preponderantemente inquisitivo”.

Es enteramente inexacto que la Constitución mexicana acogiera un régimen inquisitivo. El más apresurado lector de la Carta del 17 podría constatar lo contrario: ésta rechazó la inquisitividad penal que el propio Carranza había analizado y repudiado en el “Mensaje” con el que presentó al Congreso el proyecto constitucional (de reformas). Es lamentable que una de las mayores *ideas insignia* de la reforma de 2008 haya incurrido en tan palmaria equivocación. Desde luego, no desconozco que el orden procesal secundario llevó hacia un sistema mixto y que en la práctica aparecieron desviaciones inquisitivas.

He dicho anteriormente, y reiteraré en otros pasajes de este texto, que el nuevo sistema de justicia penal se ha identificado, para fines publicitarios, con la entronización y el desarrollo de los juicios orales. De ahí que un amplio sector de la opinión pública e incluso de los análisis especializados conozca a ese sistema bajo el concepto de juicios orales y no bajo la noción, acogida por Fix-Zamudio, de juicios por audiencias.

En torno a este tema han surgido relevantes comentarios que bajo aquel concepto analizan la oralidad y otros rasgos del sistema emergente, tanto desde la perspectiva jurídico-política y académica (Carbonell), como desde la óptica de la aplicación jurídica (Cristal). Las dos vertientes del examen —con participación de ameritados tratadistas— han contribuido significativamente a la difusión del sistema, aportando una valiosa suma de argumentos que es preciso conocer.

6. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2013: HACIA LA UNIFICACIÓN PENAL

México ha padecido, so capa de federalismo, una grave dispersión legislativa penal. El 1o. de diciembre de 2012, el Ejecutivo federal propuso, acertadamente, unificar el ordenamiento nacional de la materia. En el mismo sentido se pronunció el pacto suscrito poco tiempo después por el gobierno federal y varias fuerzas políticas. Este recto propósito tropezó muy pronto con oposiciones tradicionales, sin buena razón que las sustentara, que frenaron la unificación en el ámbito penal material. No fue posible persuadir a los adversarios de la unificación penal sobre los extravíos que estaban favoreciendo al persistir en este camino. Quedó pendiente la necesaria emisión de un código penal nacional, grave omisión que ha perjudicado la marcha global de la reforma penal. Por lo pronto —y a reserva de la indispensable rectificación— se federalizó —o centralizó— la legislación procesal penal, la normativa sobre mecanismos alternativos de solución de controversias y el régimen de ejecución de condenas.

En esta parte del comentario sobre el CNPP cabe recordar que a través de sendas reformas constitucionales se han incorporado *modalidades* o *variantes* en el sistema procesal penal, a partir de nuevas reglas de competencia, luego acogidas en el ordenamiento secundario. Delitos que se hallaban exclusivamente en el ámbito de jurisdicción federal podrán ser conocidos por el fuero común, e igualmente algunos ilícitos que correspondían a este último espacio de atribuciones han transitado hacia la competencia federal, o pueden hacer el viaje si así lo determina la propia autoridad federal. Son los *escapes* del federalismo bajo las circunstancias de inseguridad y las necesidades de corresponsabilidad persecutoria que impone la nueva era.

No puedo examinar ahora las variantes atraídas por la política penal emergente y recogidas en leyes generales. Sin embargo, conviene llamar la atención acerca de la discrecionalidad que dispone la fracción IV del artículo 20 del CNPP cuando señala que:

...en caso de concurso de delitos, el Ministerio Público de la Federación podrá conocer de los delitos del fuero común que tengan conexidad con delitos federales cuando lo considere conveniente, asimismo, los órganos jurisdiccionales federales, en su caso, tendrán competencia para juzgarlos.

Se advierte la potestad del MP para alterar competencias que tienen raíz constitucional y determinar, inclusive, el ámbito de atribuciones de los tribunales.

También es relevante la detallada regulación del CNPP acerca de la atracción federal de los delitos cometidos contra la libertad de expresión —regulación derivada de recientes enmiendas constitucionales—, en cuyos términos el Ministerio Público de la Federación podrá *federalizar* la investigación y el enjuiciamiento por delitos de esta naturaleza, cuando concurren determinadas circunstancias que enuncia, en forma alternativa, un catálogo de nueve fracciones alojadas en el artículo 21 del Código Nacional. La víctima u ofendido puede requerir al MP el ejercicio de esa facultad de atracción. De esta última posibilidad no se desprende que el MP federal esté obligado a ejercer la atracción, pero cabe entender que su negativa podría ser impugnada por vía judicial, que en su caso determinaría el fuero al que corresponda, a fin de cuentas, la competencia para investigar y conocer.

7. EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

En el camino recorrido hacia la aparición del CNPP hubo otras etapas cubiertas por proyectos de regulación procesal, entre ellos el auspiciado por la Conferencia Nacional de Tribunales Superiores de Justicia (Conatrib) para contar con un Código Federal consecuente con el modelo constitucional, que cimentara el nuevo sistema en la República entera, y que fue ampliamente comentado en su hora (Natarén Nandayapa); asimismo, en este conjunto de tareas figuran las cumplidas por la Secretaría del importante organismo creado para la instrumentación de la reforma consti-

tucional (SETEC), cuyos productos también fueron materia de comentario doctrinal (Ferrer Mac-Gregor).

Luego llegaría el ordenamiento calificado como *nacional* —calificación discutida— con base en la ya mencionada reforma constitucional de 2013. Reconozco y aprecio los trabajos que cumplieron muchos funcionarios y especialistas para la preparación del CNPP, como también observo la ausencia —por diversos factores— de otros posibles participantes, cuya intervención hubiera sido deseable. Entre éstos, los juzgadores.

Los comentaristas del Código —entre ellos algunos juristas que participaron en diversas etapas o en distintos *entusiasmos* que llevaron a término la elaboración de ese ordenamiento— dan testimonio de la diversidad de participantes que laboraron en este empeño. En el conjunto se suele citar a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, afirmación que debe ser matizada, sin desconocer que algunos integrantes de esa corporación tuvieron presencia e hicieron aportaciones en la elaboración de proyectos.

Entre los participantes en los periodos previo y posterior a la reforma constitucional de 2013 hay un apreciable grupo de juristas y abogados conocedores de la doctrina y la práctica del procedimiento. Las relaciones de protagonistas del esfuerzo realizado entonces constan en artículos de Moisés Moreno Hernández —quien se refiere a numerosos puntos cuestionables, que, en su concepto, “muestran que el diseño del CNPP estuvo carente de técnica legislativa, además de que evidencian su gran desaseo”— y María Elena Leguízamo Ferrer.

Es así que el Código “comienza a generar las primeras tensiones de nuestro modelo acusatorio con respecto a diversas disposiciones constitucionales y del DIDH” (Moreno Hernández). Varios servidores públicos involucrados en la aplicación del nuevo Código han destacado sus bondades, pero también los yerros que advierten en éste. Lo mencioné en líneas anteriores.

El CNPP no cuenta con una verdadera exposición de motivos. No basta con la presentación de resúmenes de las iniciativas consideradas por el Poder Legislativo, que pueden atender al fin

político de acreditar la concurrencia de diversas corrientes partidarias en la responsabilidad por la adopción y la aprobación del instrumento. En suma, el examen de los fundamentos del futuro CNPP se localiza en el dictamen presentado en la Cámara de Senadores el 3 de diciembre de 2013, bajo el rótulo “Valoración jurídica de las propuestas y consideraciones que motivan el sentido del dictamen”. Hace las veces de exposición de motivos el mismo dictamen senatorial, en la porción denominada “Objeto y descripción de las iniciativas”.

El legislador procesal penal, que ha debido seguir las orientaciones constitucionales, reconoce la fuente internacional de diversas normas relativas al procedimiento penal. Estas, invocadas por el CNPP, vinculan tanto a las autoridades como a los particulares que intervienen en él. Así ocurre, por ejemplo, en materia de principios y derechos procesales (artículos 1o., 2o. y 4o.), juicio para definir la responsabilidad penal y el debido proceso (artículo 12); información de derechos al imputado, al ofendido y a la víctima (artículo 18); delitos contra el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta (artículo 21, fracción IX); interés superior del niño (artículos 64, fracción V, y 109, penúltimo párrafo); deberes del MP sobre observancia de los derechos humanos (artículo 131, fracción I), y reposición del procedimiento por infracción de éstos (artículo 482, fracción I). Aquí se observa la huella del derecho internacional de los derechos humanos.

Al referirse a los principios en el procedimiento, el CNPP se interna relativamente en la prelación de las normas tutelares de derechos humanos, tema abordado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, que lo analiza y resuelve bajo el concepto de *parámetro de regularidad*. Considero que más allá de la fórmula utilizada, lo que viene al caso es la prelación de normas, que puede analizarse bajo el concepto de *bloque de constitucionalidad*, concepto de reciente y paulatino ingreso a la doctrina mexicana, y conforme al principio pro persona o *pro homine*, crucial en esta materia.

Se ha dispuesto la vigencia gradual del CNPP, con horizonte hasta el 18 de junio de 2016, previsión que atiende a la muy rezagada vigencia plena de la reforma constitucional de 2008. Efectivamente, el 18 de junio de 2016 concluyen los ocho años concedidos por las disposiciones transitorias de aquella reforma para la completa aplicación de lo que el mismo ordenamiento denomina, en otros preceptos, sistema procesal penal acusatorio.

Este plazo de ocho años es, probablemente, el de mayor duración que se haya previsto en el ordenamiento mexicano para una *vacatio* o un periodo preparatorio de la vigencia plena. Comenté, en su oportunidad, que “denota una preocupación saludable por asegurar, hasta donde es factible, el arranque y la marcha de las novedades, algunas de las cuales exigirán cambios profundos; entre ellos, cambios de mentalidad o actitud”. Lejos de aligerarse, el problema subió de punto en los últimos años.

Para hacer esa afirmación tomo en cuenta la lenta marcha de las entidades federativas —y *lentísima* de la Federación— para aplicar en su legislación secundaria las novedades constitucionales (en forma razonable, homogénea, armoniosa, se entiende). De ahí la inesperada federalización o centralización —como se quiera calificarla— de la normativa procesal penal, merced a una enmienda constitucional —verdadera *enmienda*—, que sobrevino como consecuencia de los magros resultados (reales) de la reforma de 2008 y que ha obligado a revisar los pasos adelantados y “andar de nuevo el camino andado”.

Es claro que la aplicación del nuevo ordenamiento procedimental implica disponer de una compleja infraestructura normativa, profesional y física —a la que también se refieren algunos preceptos transitorios del decreto que expidió el CNPP—, cuyo establecimiento demanda tiempo, trabajo, recursos cuantiosos y “cambio de mentalidad” por parte de los agentes de la justicia y de la sociedad en general. Se han destinado copiosos recursos financieros a la entronización del nuevo sistema, que también ha requerido una modificación a fondo, que está en marcha, de planes y programas de estudio de las instituciones de educación

superior en el área jurídica. Es importante considerar la descripción de estas tareas en su fase más reciente, aportada por diversos participantes y analistas (Fromow, Benítez).

Los *atractivos escénicos* y la publicidad intensa del sistema introducido en la reforma de 2008 generó una notable animación en diversos ámbitos, atraídos por el espectáculo de los procesos orales practicados en otros países —sobre todo en los Estados Unidos—. A esto contribuyó la difusión de series y películas en programas de cine y televisión, que ciertamente no ofrecieron puntual testimonio de algunos tropiezos de este sistema desde la perspectiva de la justicia.

No siempre se advirtió que además de proliferar las escenografías del sistema *oral* en los centros de educación, había que multiplicarlas en los numerosos tribunales penales de la República (como también en tribunales de otras especialidades, en la medida en que el auge de la oralidad llegó a éstas), aunque sin alcanzar la majestuosa escenografía de las salas de audiencias en otros países. No sobra ponderar la cuantía de los recursos que se deberán destinar —o se han destinado ya— a este amplio montaje a lo largo y ancho del país.

Es claro que además de la adecuación normativa será necesario construir, en ocasiones desde su base misma, las nuevas profesiones —o bien, reconstruir las antiguas profesiones— que deberán asumir las delicadas tareas exigidas por el nuevo régimen procesal. Podemos cargar el acento, por diversos motivos, en todas y cada una de las profesiones que entran en juego. Me parece indispensable hacerlo, quizá sobre todo, en lo que respecta a la policía. Volveré sobre este punto cuando me refiera a los llamados sujetos del procedimiento, pero desde ahora adelanto algunas preocupaciones en lo que corresponde a la misión de la policía como dato destacado —decisivo, inclusive— para la buena operación del nuevo sistema.

El requerimiento de excelencia —o al menos de integridad y competencia— es particularmente relevante a la luz del régimen adoptado, que confiere a la policía, caracterizada como

sujeto del procedimiento (artículo 105, fracción VI, del CNPP), atribuciones de suma relevancia (artículo 132). Una de las iniciativas conducentes a la emisión del nuevo CNPP destacó este punto: “Se confiere a la policía la calidad de sujeto procesal, en el entendido que su actividad es de enorme importancia en el proceso acusatorio y siempre estará relacionada con el Ministerio Público, pero obviamente no se le reconocen los derechos de una parte procesal”. Afortunadamente, el CNPP no incurrió en este error y se limitó a colocar a la policía entre los sujetos del “procedimiento”.

Hay que subrayar con fuerza la selección, capacitación y supervisión de la policía, que en tiempos recientes ha tenido tropezos de máxima gravedad. Es obvio que aún no se encuentra a la altura de la misión que supone el sistema acusatorio, como lo demuestran algunos “casos” dramáticos que han alarmado a la sociedad mexicana.

8. ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO

El CNPP se desenvuelve en dos libros: primero, sobre “Disposiciones generales”, y segundo, acerca “Del procedimiento”. Digamos, de paso, que en los epígrafes se utiliza en ocasiones la preposición *de*, y a menudo se prescinde de ella, sin motivo aparente. Se trata de una cuestión de “gusto”. Cada libro está compuesto por títulos, y éstos, a su vez, por capítulos. No siempre se atiende al criterio de colocación pertinente a la hora de localizar los temas de títulos y capítulos: así, sólo por ejemplo, en el libro de disposiciones generales figura un extenso capítulo en torno a puntos que debieron quedar alojados en la sección destinada al procedimiento, y más específicamente a una fase suya: la investigación. Me refiero a las medidas de protección *durante la investigación*, precisamente; a las *formas de conducción del imputado al proceso* —que se actualizan, bajo ese opinable nombre, en la investigación— y a las medidas cautelares.

En efecto, el Código regula en el título VI del libro primero, relativo a “Disposiciones generales”, las “Medidas de protección durante la investigación, formas de «conducción del imputado al proceso» (así llamadas) y medidas cautelares”, temas —todos ellos— que corresponden a momentos específicos dentro del procedimiento, especialmente el periodo de investigación. Sin embargo, el Código destina al procedimiento un libro posterior, el libro segundo, rotulado “Del procedimiento”, y asigna al “Procedimiento ordinario” el título II de este último libro, y a la “Etapa de Investigación” el título III.

De esta suerte, han quedado fuera del conjunto de normas referentes a la investigación ciertos actos o figuras correspondientes precisamente a ella, como son las mencionadas medidas de protección *durante la investigación*, las denominadas formas de conducción del imputado —comparecencia, aprehensión, flagrancia y urgencia— que también corresponden a la investigación, y las medidas cautelares, que regularmente se aplican en esa misma parte del procedimiento.

El CNPP distingue entre *técnicas de investigación*, contempladas en el capítulo III, título III, del libro segundo, y *actos de investigación*, considerados en el título V del mismo libro, antes de prueba anticipada —capítulo III— y después de “actos de molestia” —capítulo I—, otro concepto que puede resultar comprensivo de las técnicas y de los actos de investigación. Estimo que los actos de molestia, los actos de investigación y las técnicas se identifican en una misma naturaleza, y que en todo caso aquéllas forman parte de un solo conjunto. Por lo tanto, resultaría más adecuado exponer en primer término los actos, que integran el concepto más general, y en segundo lugar las técnicas, que corresponden a un concepto más particular.

Por otro lado, el CNPP ha destinado el título I del citado libro segundo a las “Soluciones alternativas y formas de terminación anticipada” del procedimiento, antes de haber regulado el procedimiento ordinario mismo, que se analiza en el título II de ese libro. Lo adecuado es invertir estos términos y regular primero el

procedimiento ordinario y después las soluciones alternas y las formas de terminación anticipada, que se plantean en el curso del procedimiento ordinario, sea para evitar o modificar su continuidad, sea para concluirlo cuando ya ha comenzado, pero antes de ingresar en las etapas que siguen a la investigación.

Tampoco me convence el orden adoptado por el CNPP para referirse a la prueba. Esta materia queda abarcada en dos títulos del libro segundo, muy distantes el uno del otro: una parte, en el título IV, “De los datos de prueba, medios de prueba y pruebas”, y la otra, en el capítulo IV del título VIII, que se refiere, nada menos que a las “Disposiciones generales sobre la prueba”. Ahora bien, las cuestiones concernientes a la prueba se suscitan a todo lo largo del procedimiento, y por ello podrían merecer un tratamiento distinto que refleje esa múltiple aplicación.

El CNPP inicia el desarrollo de la materia probatoria en el mencionado título IV del libro segundo, después de la investigación (en la que se plantean los datos de prueba y abundan los medios de prueba, aunque las probanzas no resulten concluyentes para definir la solución final de la contienda) y antes de las etapas intermedia y de juicio. Por otra parte, las “Disposiciones generales...” son, en rigor, especiales en torno a determinadas pruebas, y por ello difícilmente se puede justificar su colocación en el capítulo IV del título VIII: “Etapas de juicio”.

Cabría analizar otras cuestiones de estructura, como la ubicación del título IX del libro segundo, sobre el “Procedimiento para personas inimputables”, tema que podría quedar abarcado en el heterogéneo contingente de los procedimientos especiales. En rigor, sería pertinente dedicar un libro al procedimiento ordinario, exclusivamente, y otro a los procedimientos especiales. Esto conduciría a reflexionar acerca del emplazamiento de los recursos, tomando en cuenta la posibilidad de colocarlos al cabo del procedimiento ordinario, pues se hallan en la misma línea que sigue éste y son su posible culminación; aunque no desconozco que también aparecen a propósito de los procedimientos especiales.

9. ALCANCE MATERIAL DEL CÓDIGO NACIONAL

El legislador procesal se halla legitimado, pero también limitado, por las facultades que explícitamente le confirió el artículo 73 de la ley suprema. Éste es el marco para considerar la constitucionalidad de ciertos contenidos del CNPP, esto es, el alcance del Código a la luz de la ley suprema. No se trata de un tema meramente académico. Pueden surgir reclamaciones sobre la conducta del legislador o la congruencia del Código con la ley fundamental. Algunos comentarios de buena factura ponen el acento en la discutible constitucionalidad de diversas disposiciones del CNPP (Adato Green).

Hay normas que se hallan absolutamente fuera de lugar en el ordenamiento procesal nacional; además, se localizan en un capítulo que nada tiene que ver con la materia de éste, espacio y frontera de sus normas. Mencionemos algunos supuestos en que se incurre en este error legislativo, incursionando en puntos claramente vinculados con cuestiones penales sustantivas, e incluso avanzando sobre la política criminal general del Estado mexicano.

El título XIII del CNPP, último de la serie, lleva el rubro de “Reconocimiento de inocencia del sentenciado y anulación de sentencia”. Sin embargo, se ocupa de asuntos que van mucho más allá del tema anunciado en aquel epígrafe. En efecto, enumera las causas de extinción de la acción penal —que en rigor lo son de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecución, y por lo tanto debieran quedar en el código penal (o mejor dicho, en la retahíla de códigos penales de la República)—, y entre ellas menciona el “reconocimiento de inocencia del sentenciado o anulación de la sentencia” (artículo 485, fracción III), que no son términos sinónimos o equivalentes, como parece desprenderse de la redacción del precepto.

En ese mismo título XIII se localizan dos puntos, dentro de un solo artículo, ajenos a la materia procesal penal en sentido riguroso, y por lo tanto fuera de las atribuciones constitucionales

les que autorizaron al Congreso de la Unión para legislar sobre el procedimiento penal nacional. Dice así el último párrafo del artículo 487 (precepto que ostenta el epígrafe “Anulación de la sentencia”, inaplicable al tema de ese párrafo): “La sola causación del resultado no podrá fundamentar, por sí sola, la responsabilidad penal. Por su parte los tipos penales estarán limitados a la exclusiva protección de los bienes jurídicos necesarios para la adecuada convivencia social” (disposición del mayor alcance, que expresa uno de los principios definitorios del derecho penal democrático y fija los linderos que el legislador debe respetar cuando formula tipos penales).

Bajo el mismo análisis acerca de la subordinación del Código Nacional a las facultades legislativas del órgano que lo emitió, resulta inconstitucional —lo han observado algunos autores (Ontiveros, Valdés Osorio)— la inclusión en el CNPP de otras normas claramente referidas a asuntos penales sustantivos, como ocurre a propósito de la formulación de excluyentes de responsabilidad: artículos 132, fracción IV: legítima defensa o cumplimiento de un deber; 290: legítima defensa y consentimiento del legitimado para otorgarlo; 405: causas de atipicidad, de justificación y de inculpabilidad); 30 y 410: definición y sanción del concurso de delitos; 410: criterios para individualizar “la sanción penal o medida de seguridad”, gravedad de la conducta, grado de culpabilidad, comunicabilidad de circunstancias en que actuó el autor del delito; 485: causas de extinción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas, y 108: caracterización genérica de la víctima y el ofendido. En todo caso, el legislador procesal pudo limitarse a hacer reenvíos a la legislación sustantiva para no desbordar la competencia legislativa asignada por la ley suprema al Congreso de la Unión.

10. PRINCIPIOS DEL PROCESO Y DEL PROCEDIMIENTO

Nuestro nuevo constitucionalismo ha optado por multiplicar en la ley fundamental la alusión o la enumeración de *principios*.

Sería interesante analizar el cúmulo de los principios recogidos por la Constitución y estudiar la pertinencia de que todos estos figuren en el texto supremo. También es necesario contar con una razonable caracterización de aquéllos, que suelen quedar a merced del ingenio interpretativo o de la ocurrencia circunstancial de los ciudadanos que los invocan o de las autoridades que los aplican. Desde luego, nada de esto significa rechazo a la inclusión de principios en el marco constitucional, y mucho menos en una etapa —la actual— en que la jurisprudencia de los altos tribunales carga el acento en el conocimiento y la aplicación de los verdaderos principios, contenidos en la Constitución, que iluminan y conducen el orden jurídico nacional.

En el caso de México, el constituyente permanente ha optado por la referencia a principios en el párrafo inicial del artículo 20. En mi concepto, la Constitución yerra al organizar normativamente los principios que acoge; no todos se ajustan al agrupamiento que técnicamente resultaría adecuado, y por ello encontramos principios en diversos párrafos del artículo 20, bajo el nombre de tales o con otras designaciones. En todo caso, este desaseo de técnica legislativa no altera, por sí mismo, la presencia y la operación de los principios.

11. DEBIDO PROCESO

La noción del debido proceso es oriunda de la tradición anglosajona; sobre ella se erige el procedimiento penal liberal y garantista. En las Constituciones de nuestros países ha sido doblemente recibida: primero, merced al influjo de la cultura jurídica norteamericana; más tarde, bajo la corriente del derecho internacional de los derechos humanos. En rigor, aquí viene al caso el *debido procedimiento penal*, considerado en su integridad, no apenas el *debido proceso*, que técnicamente inicia en una etapa avanzada del procedimiento. El CNPP se refiere a esta cuestión como *principio de juicio previo y debido proceso* (artículo 12).

El debido proceso —en el ámbito penal o en otros espacios de la intervención del Estado para la solución de controversias— implica un complejo haz de principios y derechos de diversa naturaleza, con un presupuesto determinante: la existencia de juez natural, esto es, independiente, imparcial y competente, instituido y regido por la ley. La fórmula del artículo 12 del CNPP no incluye referencias explícitas a la independencia y competencia del juzgador; por ello es preciso acudir a las alusiones implícitas y a las determinaciones de otros preceptos.

Nos hallamos ante una *materia clásica* en la formulación constitucional de derechos alojados en las Constituciones a partir del siglo XVIII. La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el debido proceso, límite de la actividad estatal, se integra con el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pudiere afectarlos.

Es posible que una Constitución no se refiera expresamente al debido proceso y a los principios que lo informan. Esto no significa que desconozca el concepto, que estará abarcado a título de *garantía innominada* (Linares). En todo caso, la Constitución asume los principios del debido proceso como bases, referencias, normas rectoras, instrucciones, fundamentos del enjuiciamiento penal.

12. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Se presume que una persona es inocente mientras no se declara, a través de sentencia, que es culpable (responsable) del delito que se le imputa. Este principio constituye uno de los ejes del proceso penal moderno de raíz democrática. Se halla en la doctrina beccariana y en el derecho internacional de los derechos humanos (artículo 8.2 de la Convención Americana). Una parte de la doctrina y la jurisprudencia consideró que este principio se localizaba implícitamente en el orden jurídico mexicano hasta

su inclusión expresa en el texto constitucional a través de la reforma de 2008. Hoy día, la presunción de inocencia se halla en un lugar destacado de la relación constitucional de *derechos de toda persona imputada*, expuesta en el apartado B del artículo 20 constitucional. También se ubica en el catálogo de los principios acogidos por el CNPP, a título de “principio de presunción de inocencia” (artículo 13). La fracción I del artículo 113 precisa que el imputado tiene derecho “a ser considerado y tratado como inocente hasta que se demuestre su responsabilidad”.

Se cuestiona que esta consideración del inculcado constituya una verdadera presunción, en el sentido estricto de la palabra. Sea lo que fuere, el redactor de una Constitución o de un ordenamiento procesal debe elegir entre las soluciones a su alcance: “o parte de la inocencia de la persona para que pueda exigir garantías, o de la sospecha y le niega esas garantías, o quizá de una posición neutra que apunta a quitarle colorido a las garantías” (Parra Quijano). Aun quienes niegan que la consideración de inocencia integre una auténtica presunción, se reconoce que contiene elementos aprovechables que se reflejan tanto sobre el trato procesal del inculcado: “debe ser tratado y considerado inocente”, como sobre las cargas probatorias de quien acusa (Montero Aroca).

Ahora bien, este principio tropieza con la normativa y con la realidad. Dificilmente se podría justificar —explicar es otra cosa— la drástica restricción en el ejercicio de los derechos de quien es *presuntamente inocente*. Esto se observa a la luz —o a la sombra— de la prisión preventiva, que entra en franca colisión con la presunción de inocencia.

Por encima del debate académico o práctico se eleva la convicción —característica del procedimiento penal de la sociedad democrática— de que es preciso dar al imputado, en la más amplia medida posible, un trato consecuente con el hecho de que aún no se ha determinado su responsabilidad plena con respecto al delito que se le atribuye. Si no existe esa determinación, es natural que se le califique como inocente y se le brinde el trato que

esta consideración reclama. En la práctica, prevalece la amarga experiencia de que se trata al sujeto imputado más como presunto culpable que como presunto inocente, incluso en la etapa en que se le identifica como indiciado, según la terminología tradicional, situación que reclama un profundo reexamen: no en las palabras; en los hechos.

13. IGUALDAD

Se afirma la igualdad de todas las personas ante la ley —y por lo tanto, ante los órganos de la justicia— y se proclama la consecuente igualdad de armas en el proceso. He aquí un plausible propósito, que no cala plenamente en la realidad. El proceso penal es fuertemente discriminatorio (Zaffaroni) y no parece posible igualar las armas que se hallan en manos del Estado acusador (Ministerio Público) y las que esgrime el ciudadano imputado. Empero, el orden procesal acusatorio pugna por la igualdad y contiene disposiciones que la procuran.

La Constitución no se refiere al principio de igualdad en el proceso penal, pero el CNPP lo contempla por partida doble entre los principios que enuncia el capítulo I del título II del libro primero (artículos 10 y 11), así como cuando se refiere al juicio (artículo 348). Plausible adición de un principio clásico del enjuiciamiento propio de la sociedad democrática.

14. ORALIDAD

Alcalá-Zamora ha señalado que el principio de oralidad —palabra que constituye el “mascarón de proa” de la reforma procesal penal— “no es más que uno de los que rigen la actividad procesal, o sea el relativo al medio de expresión en los juicios, en contraste con la escritura”, y que se propende, erróneamente, a darle un sentido más amplio, identificando la oralidad “con un determinado tipo de proceso en que además de ella convergen

otros principios, como los de inmediatividad, concentración, publicidad e identidad física del juez”. La designación de cierto tipo de proceso sólo como oral —señala el mismo autor— es “injusta en el discernimiento de méritos, ya que la superioridad, en conjunto indudable, de oralidad sobre escritura, más se debe a los principios de inmediatividad y concentración que a sus propias virtudes”.

15. INMEDIACIÓN

En otra oportunidad escribí:

...la intermediación ha sido letra muerta en la práctica de los tribunales mexicanos, o bien, en el mejor de los casos, se ha reducido excesivamente. Pero es preciso advertir que si no hay intermediación, si el juzgador no conduce directamente la audiencia, si no preside las diligencias fundamentales del proceso, todo lo demás será, en gran medida, inoperante. El juez dejará de ser juez; se convertirá en secretario proyectista, que sólo conoce a los litigantes, sus angustias, sus probanzas, sus alegaciones, a través del expediente; no por la observación directa, sino apenas por la lectura de los papeles. Sin intermediación carece de sentido la oralidad: en efecto, ¿quién será el destinatario de las actuaciones producidas en forma oral, si el juzgador se mantiene ausente?

Añadí:

El litigante que concurre a un tribunal, cualquiera que sea la especialidad de éste, aspira naturalmente a ser escuchado por quien habrá de sentenciar en su causa. Quiere que éste oiga directamente a los testigos, escuche las confesiones, interroge a los peritos; necesita alegar ante él; no basta la formalidad —tan informal, por otra parte— que ha suprimido de hecho los alegatos. Esos son sus derechos. ¿Se respetan?

No obstante el espíritu tutelar del CNPP con respecto al ofendido, en este punto se modera la garantía de intermediación, puesto

que “la víctima u ofendido y su asesor jurídico deberán concurrir, pero su inasistencia no suspende el acto, aunque si ésta fue injustificada se tendrá por desistida su pretensión en el caso de que se hubiera constituido como coadyuvante del Ministerio Público” (artículo 342).

En este extremo se requiere una profunda corrección del aparato judicial y, en general, de la presencia y actuación de sujetos y partes, pero también se necesita contar con el número de jueces suficiente —que no será pequeño— para que efectivamente marche la inmediatez en los términos queridos por el legislador constitucional y reglamentario.

Sin embargo, acaso no será tan grave el problema que suscite la inmediatez judicial si se piensa —como efectivamente piensan muchos— que realmente no nos proponemos cubrir todo el espacio de la justicia con el ejercicio de la justicia misma, sino con sucedáneos sistemáticamente aplicados: procedimientos abreviados, negociados, conducentes a soluciones rápidas, en bien de la economía procesal y de otras manifestaciones de la economía de medios.

16. CONTRADICCIÓN

El primado del contradictorio es otro de los grandes principios procesales convocados por la reforma constitucional de 2008 y el CNPP. Desde una perspectiva cautelosa, que ciertamente no sobra en la reflexión sobre la realidad del proceso y los fines que éste persigue, también se advierte que la “contradicción, llevada lejos, puede ocasionar que la resolución del proceso, ante un juez inerte, simple ordenador, pero *anacrítico*, se adopte por razón del combate retórico mantenido por las partes” (Fairén Guillén).

En mi concepto, estas últimas consideraciones (que surgen a propósito del principio de contradicción y del fin procesal de alcanzar la verdad, objetivo que también aparece en la Constitución y en el Código, así como del papel del tribunal como *garante* de los derechos humanos) deben conducir a soluciones

legislativas ponderadas, que no se reflejan adecuadamente en el CNPP, y aplicaciones prudentes por parte del juzgador.

Hemos ingresado, pues, a un tema que adelante abordaré con mayor detalle, a saber: la intervención del juzgador para servir a un fin esencial del proceso —anunciado por la Constitución y recuperado, por el CNPP como objeto del propio Código—, que entra en tensión frente a la distancia que se ha querido establecer —y que es propia del régimen acusatorio estricto— entre el papel retraído del juzgador ante este desiderátum procesal y la obtención de la llamada verdad histórica.

17. PUBLICIDAD

La publicidad, tomada como concepto y contemplada en sus primeras expresiones radicales, constituye una palanca democrática del proceso. Emparenta con la participación popular en la justicia, pero además concurre como instrumento de control poderoso, vigilia del pueblo que observa el quehacer de la justicia. Al hacerlo, contribuye a que ésta se haga de veras; pone en dirección correcta las manos temerarias o medrosas que la administran. La publicidad resuelve el problema, sea porque infunda temor a quien imparte la justicia, sea porque le confiera el valor que necesita. Por ambas vías cumple su tarea.

La impartición de justicia, bajo la mirada de los medios de comunicación masiva, puede caer en problemas que alteren sus virtudes. Esto llevaría a poner en jaque la independencia e imparcialidad de los jueces, y acarrearía la *politización de la justicia*, como dice Eberhard Schmidt; hay que recurrir, pues, a limitaciones lógicas, tanto más difíciles cuanto que aquí entran en contacto —y en colisión— prerrogativas tales como la publicidad procesal, el derecho a la información y la libertad de comunicación.

Veamos ahora el problema desde otro ángulo. El juzgador puede deslizarse en la complacencia del *star system*. Entonces “los propios jueces son permeables y partícipes de la intromisión, por *vedettismo*, vanidad, complacencia o infidelidad” (Berizonce).

Caen en un *exhibicionismo judicial* (ídem) perturbador, que en nada beneficia a la justicia. Con razón se advierte que “el firmamento en que se mueven los jueces estrella pugna con la idea misma de la justicia, cuya realización correcta riñe con los aspavientos y la teatralidad” (Dromi).

El CNPP aborda la publicidad tanto en el capítulo de principios (artículo 5o.) como en el artículo 64, que estatuye el conjunto de excepciones a dicho principio. Se ha querido preservar la integridad de las partes y de las personas convocadas al debate, cuidar la seguridad nacional, mantener el carácter secreto de ciertos datos protegidos contra revelaciones indebidas, amparar el interés superior del niño. Puesto que se trata de restricciones a un derecho fundamental del participante en el proceso, la fuente de la restricción debe ser legal, afirmación que permite cuestionar otras fuentes, como los acuerdos de los consejos de la judicatura u organismos de la misma competencia, a los que se refiere el artículo 5o. del CNPP.

Finalmente, es posible desplazar la aplicación del principio de publicidad cuando “el órgano jurisdiccional (lo) estime conveniente” (artículo 64, fracción IV). He aquí un motivo de excepción aparentemente adecuado, pues nadie mejor que el tribunal puede apreciar las condiciones específicas en que se plantea la publicidad en el caso sujeto a conocimiento judicial. Sin embargo, conviene reflexionar acerca de la admisibilidad de esta limitación, que pone el arbitrio judicial por delante de la ley.

18. CONCENTRACIÓN Y CONTINUIDAD. CELERIDAD Y PLAZO RAZONABLE

El tema del *plazo razonable* se halla presente en el ordenamiento procesal nacional e internacional, y enlaza con los principios de concentración y continuidad. En este punto difiere el tratamiento constitucional mexicano y la doctrina procesal. Ésta ha utilizado la voz continuidad como principio opuesto a la concentración. Bajo el principio de concentración:

...se concentran en una sola audiencia, o a lo sumo, en pocas audiencias próximas, los actos procesales fundamentales... Al principio de concentración se opone el de continuidad, así denominado porque a través de una serie de fases, el proceso se continúa, asegurándose el enlace y tránsito de unas a otras mediante su reducción a escrito. Por tanto, del mismo modo que concentración se asocia a oralidad, escritura y continuidad forman pareja (Alcalá-Zamora).

Es preciso que los juzgadores cuenten con el tiempo y la preparación necesarios para conducir efectivamente las audiencias de pruebas y alegatos; lo es que los participantes en ellas —abogados de las partes— posean capacidad de expresión, don de síntesis, aptitud de persuasión, cultura jurídica. Es necesario que existan verdaderas salas de audiencia a fin de que el público —el *pueblo*— se instale en condiciones razonables y siga el desarrollo de la audiencia. Si no se cuenta con estos recursos indispensables, corre riesgo de naufragio el tipo procesal que se quiso entronizar en 2008.

No es debido atar la concentración a la emisión inmediata de una sentencia. Del mismo modo que setenta y dos horas no son tiempo suficiente para que dos cuerpos legislativos dictaminen, discutan y aprueben una extensa reforma constitucional, tampoco lo son unos minutos para elaborar una sentencia, sin perder de vista que la *idea acerca de la posible sentencia* se fragua a lo largo del proceso (en este caso, en el curso de una actividad probatoria y argumentativa prolongada), pero al concluir la audiencia de juicio apenas se acaban de producir las pruebas en las que el tribunal sustentará su juicio (principio de inmediación) y los argumentos de las partes que analizan hechos y responsabilidad.

Estas consideraciones, y otras semejantes, vienen al caso para ponderar la brevedad de los plazos impuestos por el CNPP (artículos 400 y 401) para la deliberación y emisión de la sentencia en torno a los hechos y la responsabilidad, esto es, una parte esencial de la determinación de fondo —todavía pendiente la individualización de la sanción—, todo ello, seguramente, con el

apreciable objetivo de reducir al mínimo indispensable los largos periodos de *vacío procesal* que generan incertidumbre y afectan al imputado y al ofendido, sometidos a las consecuencias de la máxima sobre *justicia demorada*, trasunto de *justicia denegada*.

La reflexión jurisdiccional no siempre podría producirse de manera casi *fulminante*, como se desprende de los artículos 400, primer párrafo (sobre el fallo en general), y 409 (acerca de la resolución que individualiza la sanción y dispone sobre la reparación del daño). En el primer caso se alude a veinticuatro horas (ordinariamente) para la deliberación, y en el segundo a una liberación breve.

19. LEALTAD Y PROBIDAD

Quien se haya enfrentado alguna vez a juzgadores venales, abogados codiciosos y deshonestos y contrapartes vengativas conoce el altísimo valor del principio de lealtad y probidad. Éste impide que la malicia de los participantes ensombrezca la verdad, intimide al litigante y siembre de escollos, judiciales o extrajudiciales, el camino de la justicia.

La Constitución no enuncia el principio procesal de lealtad y probidad. En cambio, el CNPP invoca la probidad y ordena su observancia. El Código Nacional invoca el deber de probidad que vincula a las partes, y, en este sentido, el artículo 107 señala que aquéllas —no se refiere a otros sujetos, debiendo hacerlo— “deberán conducirse con probidad, evitando los planteamientos dilatorios de carácter formal o cualquier abuso en el ejercicio de las facultades o derechos que este Código les concede”.

También alude a la lealtad el artículo 128, que ordena al MP actuar en todo momento conforme a las disposiciones de la Constitución, el CNPP y otras leyes (debió incluir a los tratados internacionales, aunque esta obligación ya figura en el artículo 1o. constitucional). El segundo párrafo de ese precepto señala que el MP:

...deberá proporcionar información veraz sobre los hechos, sobre los hallazgos en la investigación y tendrá el deber de no ocultar a los intervinientes elemento alguno que pudiera resultar favorable para la posición que ellos asumen, sobre todo cuando resuelva no incorporar alguno de esos elementos al procedimiento, salvo la reserva que en determinados casos la ley autorice en las investigaciones.

Guarda relación con este tema el deber asignado al MP por la fracción XX del artículo 131: “Comunicar al órgano jurisdiccional y al imputado los hechos, así como los datos de prueba que los sustenten y la fundamentación jurídica, atendiendo al objetivo o finalidad de cada etapa del procedimiento”. Igualmente, el artículo 129 —en torno a objetividad y diligencia— marca al MP lineamientos vinculados con la conducta leal y proba de esta institución. Conciernen a la lealtad la figura del “descubrimiento probatorio” y los actos conexos con éste, cuya inclusión expresa, a título de ineludible obligación, constituye un acierto del CNPP (artículos 336, 337, 340 y 344).

20. PROHIBICIÓN DE DOBLE ENJUICIAMIENTO

La intangibilidad de la cosa juzgada y el principio liberal *ne bis in idem* —previsto por el artículo 14 del CNPP a título de principio— han declinado bajo corrientes basadas en la exigencia de justicia, tanto para reconocer la inocencia de quien pareció culpable, como para perseguir delitos de extraordinaria entidad y desacreditar absoluciones u otros obstáculos para la realización de la justicia. Así se advierte en el derecho internacional de los derechos humanos.

21. OBJETO (*RECTIUS*: FINES) DEL PROCEDIMIENTO Y DEL PROCESO

La fracción I del apartado A del artículo 20 constitucional alude al “objeto del proceso penal”, que es “el esclarecimiento de los

hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”. El CNPP contiene otra redacción.

La expresión utilizada por el legislador constitucional es errónea; probablemente el constituyente permanente ha querido hablar de los fines generales del proceso, no del objeto de éste (o quizá se ha querido referir al propósito del proceso, identificado como objeto). Técnicamente, el objeto fundamental del proceso “es una determinada relación de derecho penal que surge de un hecho que se considera como delito, y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se aplica el hecho, con el fin de que le sea aplicada a éste último la ley penal” (Florián).

El artículo 2o. del CNPP enmienda el error terminológico de la ley suprema y aborda —con algunas variantes— la misma materia que aquella fracción constitucional, pero alude al “objeto del Código”. Este precepto agrega una explicación sobre el designio general que persigue el ordenamiento: “contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”.

Veamos las estipulaciones del referido artículo 2o. Ante todo, la relativa al esclarecimiento de los hechos. Cabe preguntarse qué objetivo prevalece en la regulación constitucional y en el CNPP: ¿esclarecer hechos o zanjar contiendas? El ordenamiento procesal privilegia el propósito de resolver las contiendas con gran economía de tiempo y recursos, y acaso de justicia. Promover admisiones de hechos —realmente realizados o cometidos, o ajenos a quien los reconoce o a la forma en la que éste intervino en ellos—, mediante alicientes de diverso carácter, no es propiamente esclarecer hechos.

La normativa procesal se propone, asimismo, *proteger al inocente* (artículo 20 constitucional, apartado A, fracción I, y artículo 2o. del CNPP), que es un resultado indirecto del proceso, más

que un objetivo o principio de éste (además, habría que precisar el alcance de la expresión *inocente*, aunque no se haga en el texto de la Constitución: ¿la persona que no es responsable penalmente, atendiendo a la exoneración formal que derive del proceso?).

Vincenzo Manzini, autor de una sugerente doctrina acerca de la tutela provista por las normas procesales penales, considera que esa tutela se dirige principalmente al interés social relativo a la represión de la delincuencia, y además al interés social relativo a la libertad individual, que es algo diferente de garantizar la inocencia. Agrega: “el no ser reconocido como culpable no equivale a ser reconocido como inocente (concepto más amplio y genérico)”, y “no es oficio del proceso penal el de proclamar la inculpabilidad del imputado..., sino simplemente el de comprobar si concurren o no las condiciones para castigar”.

Nuestra normativa dispone, igualmente, “procurar que el culpable no quede impune” (artículo 20 constitucional, apartado A, fracción I, y artículo 2o. del CNPP), misión que abarca el conjunto de la política punitiva del Estado, además de que no se trata de sancionar al culpable, sino a quien, siendo culpable, es penalmente responsable. En este punto cobra presencia el contraste entre los principios de legalidad y oportunidad en la persecución, contraste que constituye una de las cuestiones de mayor importancia y trascendencia para el régimen procesal penal en su conjunto.

Es objeto del proceso y del CNPP “que los daños causados por el delito se reparen” (artículos 20, apartado A, fracción I de la ley suprema, y 2o. del CNPP). En México se considera que la reparación del daño es una *pena pública*. Bajo este erróneo concepto se ha buscado favorecer al ofendido, regularmente débil para alcanzar por sí mismo la satisfacción por el agravio inferido, entregando al poderoso Ministerio Público la reclamación del resarcimiento. Desde luego, no se ha alcanzado este bondadoso objetivo.

La nueva legislación abre la posibilidad de una reparación de mayor espectro, a través del texto constitucional reformado en 2008, de la Ley General de Víctimas y el CNPP. Merced a la reforma de 2008, la ley suprema brindó mayor alcance a la reparación considerada anteriormente.

El artículo 2o. del CNPP menciona otro objeto del Código, que no figura en el objeto constitucional del proceso: “contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho”, con lo que se sirve a uno de los proyectos de mayor alcance en el orden jurídico moderno: el acceso material y formal a la justicia, llave para la satisfacción de todos los derechos. A ésta se oponen múltiples obstáculos, sobre todo cuando se trata de sectores desvalidos dentro del conjunto social, a cambio de la relativa facilidad con que los pudientes acceden a la justicia; de ahí la necesidad de que el Estado remueva obstáculos, que suelen ser formidables, para el alcance de ese objetivo indispensable (Cappelletti).

Finalmente, el artículo 2o. del CNPP apunta el propósito de “resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito en un marco de respeto a los derechos humanos” (artículo 2o. CNPP), habida cuenta de que el llamado *drama penal* puede generar una contienda violenta que el Estado resuelve —o contribuye a resolver, con la participación de los litigantes— a través de medios pacíficos, bajo el imperio de la ley.

22. SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL. EL JUZGADOR

El CNPP no se refiere a los sujetos del proceso (aunque sí a las partes). Alude a los “sujetos del procedimiento penal”, que son los participantes más destacados, decisivos, primordiales —y en algunos casos, indispensables— para el inicio, el desarrollo y la culminación del procedimiento penal, que incluye el proceso penal como fase del conjunto.

El juez se halla en el centro del *debido proceso* legal. La jurisprudencia interamericana de los derechos humanos ha puntualizado que la intervención del *juez natural* constituye un presupuesto de ese debido proceso, más que un elemento de éste. En virtud de que la reforma constitucional de 2014 se ha referido sólo al procedimiento penal, la estructura de los poderes judiciales —federal y locales, llamados a aplicar la legislación procesal

nacional— queda en el espacio de atribuciones del Congreso de la Unión y de las legislaturas locales.

Es muy apreciable la incorporación del juez de control en la normativa mexicana. Este órgano tiene correspondencias en figuras de sistemas nacionales que asignan a un órgano jurisdiccional la misión de garantía inmediata de los derechos del individuo, y por este medio, de la justicia. Sin embargo, el juzgador de control no sólo tiene a su cargo una función garantizadora y preparatoria del juicio. También asume facultades de conocimiento y sentencia cuando sobreviene la terminación anticipada del proceso, notorio desiderátum del nuevo sistema de justicia penal, que en estos casos —muy numerosos: dominantes— excluye el juicio oral ante tribunal de enjuiciamiento.

En el elenco de juzgadores también cuenta el juez de ejecución, basado en la reforma de 2008 al artículo 21 constitucional. A partir de este precepto es posible construir esa figura judicial. El artículo 413 del CNPP ordena al Tribunal de enjuiciamiento remitir copia de la sentencia “al juez que le corresponda la ejecución correspondiente” (*sic*). En realidad, la ejecución no “corresponde” al juez; éste tiene otras atribuciones dentro de la etapa ejecutiva.

23. IMPUTADO

El primer párrafo del artículo 112 del CNPP señala que “se denominará genéricamente imputado a quien sea señalado por el Ministerio Público como posible autor o participe en un hecho que la ley señala como delito” (aquel señalamiento constituye, técnicamente, una *imputación*). El segundo párrafo se refiere al acusado y al sentenciado.

Lo estipulado por ese primer párrafo permite suponer que un individuo será imputado solamente a partir del primer acto en que el MP lo señale como probable responsable —aunque hoy sea diferente la terminología procesal—, acto que se presenta cuando aquel órgano formula la imputación en la audiencia ini-

cial del periodo procesal de investigación. Esto deja en el limbo al *sujeto del procedimiento* que aparece en éste, de grado o por fuerza, desde que se advierte la comisión de un hecho probablemente delictivo y el MP y/o la policía intervienen, sujeto al que se conoció como *indiciado* (dejando de lado, por supuesto, matices secundarios que surgen en el cotejo entre el anterior y el actual procedimiento penal). Empero, bajo el rótulo de imputado —conforme al artículo 112— se hallan referencias a derechos del individuo (legalmente, el imputado) que se pueden actualizar antes de que el MP formule imputación.

A la cabeza de los derechos del imputado se halla la presunción de inocencia. Pero este principio tropieza con la normativa y con la realidad. Entra en tensión con las medidas cautelares propias del enjuiciamiento penal: no se entiende la restricción de derechos, que puede ser muy severa, cuando quien las sufre es un *presunto inocente*.

Si el Derecho penal actual problematiza la privación de libertad como reacción frente al comportamiento desviado, con cuanta más razón el Derecho procesal penal debe cuestionarla como medio de evitar la frustración de los fines del procedimiento si, como declara, la persona a quien se aplica es reputada aún inocente hasta que una sentencia firme la declare culpable y la someta a una pena (Maier).

La fracción II del apartado B del artículo 20 constitucional recoge el derecho del inculcado al silencio, que tiene una obvia contrapartida: el derecho —no deber— de declarar. Anteriormente el derecho a declarar —como medio de defensa— quedaba de manifiesto a través de la diligencia denominada declaración preparatoria, que no se hallaba sujeta a “formalidades excesivas” —como se dijo, con exceso de imaginación, en el proceso de reforma—, ni constituía la única oportunidad para que el inculcado rindiera declaración, que podía emitir en otros momentos del proceso.

La fracción XVIII del artículo 113 del CNPP reconoce al extranjero el derecho a que se informe sobre su detención al consulado o embajada que corresponda, tema que también aborda el artículo 151 con mayor precisión y amplitud. No sólo se trata —bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— de informar a la embajada o consulado sino de enterar previamente al propio imputado, antes de que rinda su primera declaración ante una autoridad, que tiene el derecho de recibir asistencia por parte de los funcionarios consulares del país (o de los países) de su nacionalidad.

El imputado se halla a cubierto de afectaciones a su integridad. Conviene examinar el alcance de este derecho en relación con las técnicas y métodos de investigación que autoriza el CNPP, y con los hechos de la investigación, que a menudo contravienen aquel postulado.

Al referirse a la defensa del imputado, el artículo 17 constitucional dispone que el servicio de defensoría pública sea “de calidad”, es decir, que se halle a la altura de las necesidades del requirente y de las exigencias inherentes a un buen desempeño profesional. La falta de calidad en la defensa de los ciudadanos constituirá, por lo tanto, una violación de garantía. El artículo 121 del CNPP se refiere a la garantía de defensa técnica y a la “manifestación y sistemática” incapacidad del defensor.

El hecho de que el imputado tenga el derecho, consagrado constitucionalmente, de designar defensor “incluso desde el momento de su detención” —en este sentido se pronuncia también el artículo 115 del CNPP— contribuye a que la defensa pueda ser oportuna y completa, pero no lo asegura. La jurisprudencia federal se ha referido a la defensa efectiva del imputado, a cargo de un profesional, desde que aquél rinde declaración ante el MP. Debiera abrirse explícitamente, fuera de cualquier duda, la posibilidad de designación voluntaria de defensor legitimado para actuar en todo momento y ante las diversas autoridades ante las que convenga hacerlo, exista o no detención, tomando en cuenta que antes de este

acto quedan en riesgo los derechos del sujeto y debe actualizarse, por lo mismo, la posibilidad —o la seguridad— de que haya defensa efectiva de aquéllos.

El derecho del imputado y su defensor de acceder a los registros de la investigación rige “cuando el (imputado) se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán (imputado y defensor) consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa” (artículo 20 constitucional, apartado B, fracción VI). Los supuestos derivan, por lo visto, de cuatro extremos del procedimiento mencionados en la disposición constitucional: detención, declaración, entrevista y primera comparecencia ante juez; en este caso, no se alude al motivo de la comparecencia. A este punto se refiere también el artículo 218 del CNPP.

El supuesto de detención mencionado por la ley suprema no plantea problemas especiales; tampoco el correspondiente a la recepción de declaración. El caso de la “entrevista” —novedosa diligencia ¿procesal?— implica cuestiones de interpretación. ¿Qué es la entrevista, en el marco del orden procesal, escrupuloso en la caracterización de los actos del procedimiento, su naturaleza, propósitos, efectos? ¿Quién entrevista al imputado y con qué propósito? No sobra recordar el significado de aquella expresión conforme al *Diccionario* de la Real Academia Española: “Vista, concurrencia y conferencia de dos o más personas en lugar determinado, para tratar o resolver un negocio”.

Vale suponer que no se trata de entrevistas por parte de familiares, defensores, allegados o comunicadores sociales. Vienen al caso entrevistas, que no constituyen actuaciones procesales formales, por agentes del MP o policías, que en la especie pudieran interesarse en obtener informes extraoficiales o en “negociar” beneficios legales. El acceso a registros debiera ocurrir antes de la entrevista, para que el entrevistado pueda medir la situación que guarda antes de someterse a negociaciones y transacciones con

su interlocutor. Esta oportuna apertura de datos parece quedar a salvo en el artículo 218 del CNPP.

Dado que todos los actos del procedimiento se conciben y realizan en un marco de fines legítimos y derechos garantizados, es preciso considerar con gran cuidado todos los aspectos de la llamada entrevista, a fin de que no se disimulen, a través de ésta, actos desautorizados o reprobables, ni se pretenda atribuir a sus resultados un alcance que no podrían revestir y que corresponde a otros actos del proceso, menos “difusos” o “sigilosos”.

24. OFENDIDO O VÍCTIMA

Ofendido y víctima no son conceptos sinónimos. La confusión proviene de una reforma constitucional anterior a 2008 y reiterada en este año. La Suprema Corte de Justicia ha manifestado que los conceptos de ofendido y víctima no son equivalentes, y algún comentarista ha señalado que “la diversidad de criterios existentes (a este respecto) ha provocado una severa confusión en la práctica del derecho por parte de los operadores del proceso penal” (Carreón Herrera).

El artículo 108 del CNPP señala que “para los efectos” del propio Código se considera víctima del delito al “sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva”. La mención de sujeto pasivo invita a suponer, desacertadamente, que pudiera aludirse a quien tiene este carácter en la relación de derecho penal material. También es errónea la reducción a las afectaciones que se resienten sobre la *persona*, si se entiende que bajo este concepto nos referimos a la vida o a la integridad de una persona física, no de una colectiva, y no necesariamente a derechos o intereses de una y otra, como pudieran ser los de carácter patrimonial e inclusive la honra, el prestigio o la fama.

El mismo artículo 108 se refiere al ofendido. Sostiene que “se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión

prevista en la ley penal como delito”. No obstante la aceptable caracterización del ofendido, el propio artículo 108 incurre en el error de extender indebidamente este concepto, en una especie de versión ampliada o de figura equivalente o equiparada que no cuenta con justificación técnica:

En los delitos cuya consecuencia fuera la muerte de la víctima (es decir: del ofendido, o del sujeto pasivo del ilícito, que en esta hipótesis también es víctima de la conducta punible) o en el caso en que ésta no pudiera ejercer personalmente los derechos que éste Código le otorga se considerarán como ofendidos, en el siguiente orden, el o la cónyuge, la concubina o concubinario, el conviviente, los parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima.

Es inadmisibles que se considere titulares del bien jurídico a todos los sujetos mencionados en ese artículo, que no son titulares del bien lesionado o puesto en peligro y cuya relación con el verdadero ofendido no justifica esta consideración jurídica, que tampoco es necesaria para la tutela procesal de aquellos sujetos, y por eso deviene arbitraria.

Aún menos aceptable es la muy dilatada hipótesis de “cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima” (tal vez se quiso decir: con el ofendido, titular del bien jurídico). Hubiera sido preferible crear una figura para facilitar el acceso de estas personas al procedimiento, cuando no pudieran tenerlo quienes son, de veras, víctimas u ofendidos. Piénsese, también, en el supuesto de quienes no pueden ejercitar personalmente esos derechos por ser menores de edad o por motivos de salud que generen impedimentos insuperables. En fin de cuentas: ¿se ha creado la extraña figura del “ofendido suplente o equiparado”?

Si existe diferencia entre el ofendido y la víctima, que reconoce el propio artículo 108, no tiene sentido tratar ambas figuras en términos idénticos como si sólo vinieran al caso diversas denominaciones de un mismo sujeto, y resultara irrelevante emplear

una u otra designaciones. De ser así habría que reconsiderar drásticamente el texto del citado artículo 108.

El empleo erróneo de una sinonimia improcedente, vinculando las mismas consecuencias procesales a cada uno de sus extremos, puede traer consigo consecuencias perturbadoras; por ejemplo, multiplicación inmoderada de estos sujetos (sobre todo las víctimas en relación con un solo hecho delictivo), nombramiento de numerosos asesores (privados y públicos), tensión o contradicción entre las posiciones y decisiones asumidas por aquellos sujetos (principalmente las víctimas, potencialmente más abundantes), problemas para la reparación de daños y perjuicios, profusas intervenciones en distintos actos procesales (audiencias e interposición de recursos), conflictos en la constitución y el desempeño de la coadyuvancia, etcétera.

Para actuar como coadyuvantes en el proceso, la víctima o el ofendido deben constituirse formalmente con tal calidad después de la acusación formulada por el MP (artículos 338 y 339). Empero, hay actos de suma importancia que se pueden llevar adelante en una etapa anterior a la mencionada, e inclusive sin haberse constituido en coadyuvante.

La crecida legitimación que establece el CNPP trata de fortalecer, por encima de formalismos, la posición de aquéllos en la defensa de sus pretensiones. Es así que se permite a la víctima u ofendido proponer al MP la práctica de “todos aquellos actos de investigación que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos” (artículo 216). En la misma línea de legitimación ampliada, se permite a esos sujetos impugnar decisiones adoptadas en la investigación. Igualmente, pueden impugnar —en otro momento del procedimiento— las resoluciones sobre reparación del daño y las que pongan fin al proceso o se produzcan en la audiencia del juicio, si han participado en esta diligencia. En esas hipótesis queda en sus manos la interposición del recurso o la solicitud al MP para que lo promueva, en la inteligencia de que si éste no actúa en el sentido solicitado deberá explicar al solicitante el motivo de su abstención (artículo 459).

Por supuesto, explicar no implica aceptar; en todo caso, sigue abierta la posibilidad de impugnar.

Es relevante el interés por amparar al ofendido en la preservación y restitución de sus derechos, con el propósito de que no sufra una doble victimización: la que proviene del delito, en la que el Estado no ha tenido participación (salvo la que resulta de la responsabilidad general de proveer condiciones de seguridad a las personas que se hallan bajo su jurisdicción), y la que surge de un procedimiento largo, engorroso, complejo, plagado de reticencias, demoras y sorpresas.

Importa destacar el derecho de la víctima u ofendido a recibir asesoría jurídica. Por supuesto, la nueva y más vigorosa posición de la víctima u ofendido, no descarga al MP, a los auxiliares de éste y al propio juzgador de la obligación de apoyarle en el procedimiento sin alterar, desde luego, la aplicación del principio de igualdad y el equilibrio procesal, y mucho menos anticipar decisiones. Este derecho del ofendido o víctima y el correspondiente deber de aquellos otros participantes en el procedimiento se hallan estatuidos en la fracción II del artículo 109 del CNPP, que enlaza con otras obligaciones de protección a cargo del MP.

Conforme al CNPP, el asesor es un sujeto procesal y posee calidad de parte (artículo 105), calificación que resulta cuestionable, aunque el asesor se aproxime cada vez más a dicha calidad conforme a la normativa del Código, emparejándose progresivamente a la situación del defensor. Nada de esto implica, sin embargo, que ocupe uno de los vértices de la relación jurídica procesal; ello corresponde al ofendido o víctima.

Además de los derechos del ofendido o víctima mencionados en el artículo 109, que implican al asesor, éste tiene en su haber numerosas facultades que aparecen a lo largo del procedimiento, aunque no cuenta con un capítulo específico para este fin, como el defensor del inculpado. Cabe citar los artículos 17, 57, 109, fracciones VII y XV, y 110. En este orden es relevante la estipulación contenida en la parte final del artículo 110 —precepto central en esta materia—, que dispone que el “asesor jurídico in-

tervendrá en representación de la víctima u ofendido”. En rigor, no es un representante.

Ha hecho bien el legislador al permitir que la víctima u ofendido designen asesor en “cualquier etapa del procedimiento” (artículo 110), lo que implica la posibilidad de contar con éste desde el momento mismo en que aquél inicia, cosa que no se dice acerca del imputado y el defensor. Igualmente, el CNPP ha buscado la “igualdad de armas” al regular los regímenes de la defensa y la asesoría en lo que toca a la calidad profesional del asesor, no así en lo que concierne a la necesaria concurrencia de éste a toda la actividad procesal, a semejanza del defensor.

En lo que respecta a la competencia profesional del asesor, el mismo artículo 110 señala que el asesor jurídico “deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado, quien deberá acreditar su profesión desde el inicio de su intervención mediante cédula profesional”. Si el asesorado pertenece a un pueblo o comunidad indígena, el asesor debe conocer la lengua y la cultura correspondientes —como se dice en el caso similar del defensor— o actuar asistido por un intérprete que posea ese conocimiento.

Si el ofendido o víctima no cuentan con asesor particular, tendrán derecho a que se les designe uno de oficio. Debiera ser forzosa —como en la hipótesis del imputado y su defensor— la asistencia del asesor. Que lo haya no es sólo un derecho del ofendido o víctima (artículo 109, fracción VII), porque, bien visto, se trata de un personaje cuya presencia es tan necesaria para los fines de la justicia, como lo es la del defensor en relación con el imputado, si se quiere extender al ofendido o víctima una asistencia jurídica integral y eficaz. He aquí una nueva y válida expresión de la función social tutelar a cargo del poder público en el ámbito de la impartición de justicia.

En este orden, el citado artículo 110 dispone que “la intervención del asesor jurídico será para orientar, asesorar (*sic*) o intervenir (*sic*) legalmente en el procedimiento penal en representación de la víctima u ofendido”. Más allá de las redundancias (asesor que asesora, intervención para intervenir), es posible

asegurar que el asesor acompaña a su asesorado en los actos del procedimiento, participa en ellos conforme a la ley, promueve en favor de aquél, busca pruebas y formula alegaciones, interpone recursos en forma semejante a la que se previene para el defensor, que aún constituye una figura “más intensa” que el asesor, desequilibrio que el legislador ha procurado moderar con la disposición del mismo precepto *in fine*: el asesor intervendrá en igualdad de condiciones que el defensor.

Es discutible la reiterada expresión del CNPP sobre la representación que ejerce el asesor con respecto a sus asesorados. La idea de representación es ajena a la noción de asesoría. Por cierto, tampoco el defensor es en rigor un representante del imputado, cuya personalidad procesal concurre a fortalecer merced a la defensa obligatoria.

Mientras se reclama la presencia del defensor en todo el curso del proceso para asegurar la debida defensa del imputado, y el CNPP dispone correctivos diversos cuando no se ha observado esta regla, hay mayor *flexibilidad* en el caso del asesor. En algunos supuestos es posible que no asista a la víctima u ofendido y, por lo mismo, queden éstos insuficientemente protegidos. Por cierto, la ausencia permisible —sin sanción, diferimiento o reposición del acto— en algunas hipótesis alcanza también a la propia víctima u ofendido. Varias disposiciones ilustran sobre esta *asistencia de baja intensidad* por parte del asesor; así, los artículos 205, 258, 307, 327, 342, 351 (que no brinda al asesor el mismo tratamiento que al defensor), 355, 394, 398 y 409.

Agregaré ahora un comentario sobre la notificación a la víctima u ofendido de ciertos actos procesales. A mi juicio, sería pertinente reconsiderar el mandamiento del artículo 86, que se refiere al supuesto en que el imputado y el ofendido o víctima hubieran designado defensor y asesor particulares: bastará con notificar a éstos “sin perjuicio” de hacerlo también “al imputado y a la víctima u ofendido, según sea el caso, cuando la ley o la naturaleza del acto así lo exijan”. La buena intención del legislador y el rigor de la realidad aconsejarían, a mi entender, que siempre

se notifique al imputado y a la víctima u ofendido, *sin perjuicio* de hacerlo, también siempre, al defensor y al asesor particulares.

Entre los nuevos derechos que la reforma constitucional de 2008 asignó al ofendido se halla “solicitar las medidas cautelares necesarias para la protección y restitución de sus derechos” (artículo 20, C, fracción VI). Las medidas cautelares a las que se refiere el precepto pueden ser personales —que no debieran implicar privación de libertad del inculcado—, tendientes a proteger a la supuesta o real víctima frente a amenazas, asedios o agresiones, y reales, consistentes en el aseguramiento o la recuperación de bienes.

Evidentemente, la ley secundaria y su aplicación deben manejar este tema con gran cuidado, a fin de no generar, so capa de medida provisional, situaciones que implican decisión sobre el fondo y afectación severa de los derechos e intereses del inculcado, *probable inocente*, y al mismo tiempo brindar al ofendido la atención que necesita y merece, y que durante mucho tiempo no ha recibido.

La Constitución ordena al MP “garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas las personas que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de estas obligaciones” (artículo 20, C, fracción V, último párrafo).

Este deber de garantía, que compromete en serio al MP —y por su conducto o con su intervención, a todo el aparato público— no puede satisfacerse a través de la extensión inmoderada de las hipótesis de prisión preventiva, que a veces se vincula con la protección de la víctima y de la sociedad. Cuando se dice que “los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación” por parte del MP, el constituyente incorpora al juzgador en la atención de los deberes preventivos del Estado —en el caso concreto— y asumir, desde su propia perspectiva, una posición de garante.

La vigilancia significa observación, facilitada por el MP, que es el obligado primordial. Para que ello sea factible se necesita

que éste brinde información al juez y que éste pueda recabarla por su parte. También debiera significar la posibilidad de que el juzgador analice las garantías adoptadas y las reoriente en la forma que resulte adecuada. Si no tuviera esta facultad, se limitaría a mirar, impotente, lo que hace el MP, pero no agregaría eficacia a la actuación de éste.

El CNPP ha incluido un nuevo órgano —en realidad, un órgano que asume funciones anteriormente asignadas a otras dependencias, y menos que regularmente atendidas— para supervisar el cumplimiento de algunas decisiones que implican protección de la víctima o el ofendido a través de medidas cautelares (y otras determinaciones judiciales que no examinaré ahora). Se trata de la “autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso”, figura cuyos antecedentes se podrían localizar en personajes de la moderación penal y penitenciaria, como los oficiales de la libertad a prueba o el *probation officer*. Las obligaciones de este importante sujeto, indispensable para el buen desempeño de la justicia penal, constan en un amplio catálogo (artículo 177) colmado de buenas intenciones, cuyo cumplimiento aliviaría en mucho la revictimación de las víctimas u ofendidos.

25. MINISTERIO PÚBLICO

Con gran optimismo, el proyecto constitucional de Carranza aseguró: la reforma que se propone acerca del Ministerio Público implica “una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país”. Aunque la ley ha adoptado la figura del MP, “tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene carácter meramente decorativo para la recita y pronta administración de justicia”. La propuesta carrancista acerca del MP dará a éste “toda la importancia que le corresponde”. La “libertad individual quedará asegurada”. De esta suerte se atendería con mayor acierto la división de funciones que debe

prevalecer en este ámbito: el MP investiga y acusa; el juez conoce y resuelve.

La decadencia del juez instructor —sostenido en algunos países y desechado en otros— ha motivado el engrandecimiento institucional y funcional del Ministerio Público o Ministerio Fiscal. Éste constituye una pieza de primer orden en la reforma procesal latinoamericana, y ha sido materia de revisión en México, donde sus funciones —que pueden ser variadas e intensas— se han concentrado paulatinamente en el terreno penal.

Dentro o fuera del Poder Ejecutivo —como antes, dentro o fuera del Poder Judicial—, el MP debe ser —y *sentirse a sí mismo*— como una magistratura de la legalidad y atenerse con rigor y austeridad a esta elevada misión. De ahí su dependencia estricta de la ley, que debe guiar todos sus pasos en el procedimiento penal, jamás al servicio de *consignas* que empañen su encomienda.

La irrupción del principio de oportunidad en la persecución de los delitos, merced a la reforma constitucional de 2008, que ha sido prudente en la referencia a esta materia, y al desarrollo provisto por el CNPP, que la ha reglamentado en forma desbordante, pone en manos del MP atribuciones políticas, así se trate de *política criminal*, y facultades discrecionales que pudieran desviar su desempeño.

Un punto cuestionable y cuestionado de la reforma constitucional de 2008 acerca de las atribuciones del MP y la relación entre éste y la policía es el relativo a la autoridad que aquél ejerce sobre la policía investigadora —y sobre cualquier policía que intervenga en actos de investigación—, tema tratado y resuelto por el constituyente de 1917 con la asignación de poderes de mando al MP sobre la policía judicial: ésta se hallaba bajo la autoridad y mando inmediato de aquél, que de tal suerte se convertía en superior jerárquico de la policía y en garante de la legalidad de los actos de esta corporación. Nadie ignora las tentaciones *centrifugas* de la policía y la necesidad absoluta de sujetar a sus integrantes a reglas de legalidad estricta, bajo el

imperio de una *magistratura de la legalidad*, como es el Ministerio Público.

No se trata de resolver apenas la buena organización de una institución compleja, sino de algo más difícil e importante: asegurar el buen desempeño de la policía en lo que respecta a los derechos de los particulares y, en definitiva, en lo que atañe a la integridad del Estado de derecho.

Es posible que este tema no “quite el sueño” a los analistas ajenos a la práctica del procedimiento, pero sí a los ciudadanos que esperan respeto a sus derechos y debido cumplimiento de los deberes de un órgano de autoridad tan importante y potencialmente “avasallador” como es la policía. Ni qué decir de la relevancia que reviste el control del MP sobre cualesquiera otros agentes de investigación que concurren —llamados o no por el MP— en la persecución de conductas delictivas.

Con sustento constitucional, se confiere al MP la facultad de

...conducir la investigación, coordinar a las policías (varias corporaciones, se entiende, incluso quienes no son organismos policiales, pero intervienen activamente en actos de investigación a solicitud —o no— del MP) y a los servicios periciales durante la investigación, resolver sobre el ejercicio de la acción penal en la forma establecida por la ley y, en su caso, ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar, o no, la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión (artículo 127).

El legislador debió cuidar con mayor esmero la ubicación de deberes o funciones del MP. Si nos atenemos al artículo 21 constitucional y a la naturaleza misma de la institución, habría que destacar el ejercicio de la acción penal, en sus diversas proyecciones. De ahí la pertinencia de instalar a la cabeza del artículo 131 —o bien, en un segundo término, tras el enunciado de principios y la subordinación a la ley suprema y a los tratados internacionales— esa “función constitucional” específica. No lo ha visto así el CNPP.

El artículo 131 del CNPP contiene veinticuatro fracciones que mencionan las atribuciones del MP. La última es el conocido “cajón de sastre”, remisión cautelosa y necesaria a otras facultades y deberes que pudieran localizarse en diversas normas (“las demás —obligaciones— le confieran este código y otras disposiciones aplicables”). La fracción XXIII, por su parte —es decir, la última fracción que enuncia y describe deberes del órgano, que debió ser la primera—, señala los principios que debe honrar el MP en su desempeño: “actuar en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución”. Este mismo deber aparece, literalmente, en el régimen aplicable a la policía, sólo que en este caso, quizá por obvias razones (una “preocupada toma de conciencia”), figura en la primera fracción del artículo respectivo.

El dictamen de los diputados del 10 de diciembre de 2007, acerca de la reforma que sería adoptada en 2008, erró al señalar que se estaba fijando el deber del MP de “diseñar estrategias para la protección de las víctimas y los ofendidos” —entre otros sujetos—, cuando en realidad la reforma planteó mucho más que un “diseño de estrategias”; reclamó con énfasis una “garantía de protección”. La fracción XV del artículo 131 recoge la previsión constitucional. Afortunadamente, no alude a estrategias, sino al deber del MP de “promover acciones necesarias” para brindar seguridad y “proporcionar auxilio” a diversos participantes en el procedimiento, y a “todos los sujetos que con motivo de su intervención” en éste enfrenten peligro para su “vida e integridad corporal”.

26. POLICÍA

Ya aludí a los cuestionables cambios que introdujo la reforma de 2008 en la relación entre el Ministerio Público y la policía, aligerando el mando inmediato de aquél sobre ésta, y alterando así la posibilidad de que el MP asuma plenamente —de veras—

el control de juridicidad en el desempeño de la policía investigadora.

Es indispensable destacar el papel decisivo que el nuevo sistema de justicia penal asigna a la policía (y que también asumen, sin ser policías, otras corporaciones llamadas a auxiliar a la autoridad civil en la lucha contra la delincuencia, tomando en cuenta la extrema debilidad e incluso la irregularidad que han caracterizado a las corporaciones policiales en años recientes).

Esta necesidad ha determinado la inaceptable disposición constitucional que prohíbe la reinstalación de policías —y otros funcionarios de seguridad pública— indebidamente separados de sus cargos, a los que sólo se concede indemnización, pero no reposición (artículo 123 constitucional, apartado B, fracción XIII). Obviamente, no es razonable perseguir el plausible objetivo que pretendió el constituyente permanente a costa de los principios de irretroactividad y legalidad y con detrimento de los derechos laborales igualmente insertos en el marco de decisiones fundamentales acogidas en la Constitución. Éste es un claro ejemplo del empleo de medios desacertados para alcanzar un fin encomiable. Reiteremos: el fin no justifica los medios.

27. AUDIENCIAS

El CNPP ha buscado modificar la práctica que muestra al imputado bloqueado por rejas o vidrio, o inmovilizado por cadenas o esposas. Por ello ha dispuesto que en la audiencia “el imputado podrá declarar con libertad de movimiento, sin el uso de instrumentos de seguridad, salvo cuando sea absolutamente indispensable para evitar su fuga o daños a otras personas” (artículo 377), o a él mismo, se pudo agregar, siguiendo la línea del artículo 62. Ha aquí otro dato del nuevo enjuiciamiento penal al que probablemente nos acostumbraremos, como lo hicimos —lamentablemente— al “enjaulamiento” del imputado que caracterizó a las audiencias penales.

No será sencillo el papel del juzgador como responsable del orden y garante de la seguridad, del interés superior del niño, del secreto legal y legítimo, etcétera, porque tropezará con ciertos *usos* y enfrentará incomprensiones, inconformidades e inercias. Algún trabajo costará al tribunal organizar, como lo quiere el CNPP, la identificación y presencia de los periodistas o de los “medios de comunicación acreditados”, para “ubicarlos en un lugar adecuado para tal fin” (la comunicación social, la información al público, se entiende), quienes “deberán abstenerse de grabar y transmitir por cualquier medio la audiencia” (artículo 55).

28. REFERENCIAS TEMPORALES

El juzgador deberá actuar con gran prudencia cuando la parte en cuyo favor se estableció un plazo renuncie a él o consienta su abreviación. La renuncia a beneficios puede hallarse bien informada y ser pertinente, pero también puede ocurrir lo contrario, si opera sobre esta “voluntad de pérdida” de ventajas la “voluntad de adquisición” de aquéllas por la contraparte beneficiada o la mera ignorancia del interesado que cede o concede.

29. NULIDAD

El principio general de esta materia, establecido por el artículo 97 del CNPP, postula que “cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada por el órgano jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento”. Nos hallamos, pues, ante una nulidad absoluta, insanable: gran acierto del Código Nacional, que no hace concesiones.

Para apreciar la aplicabilidad de este rotundo principio será preciso analizar el catálogo de derechos humanos contenido en el texto constitucional y en los tratados internacionales, inclusive la

jurisprudencia interpretativa de aquél y de éstos, y aplicarlo en sus términos al caso concreto; será el lente para mirar y ponderar los actos procedimentales; no lo será, en cambio, la ley secundaria.

30. MEDIOS DE APREMIO Y CORRECCIONES

Mencionemos aquí un “desliz” del Código —transgresión a la ley suprema y a su interpretación generalizada—, a propósito de medidas de apremio no previstas en el catálogo del artículo 104, sino en el párrafo final del artículo 355, que sanciona con “arresto hasta por quince días” (privación de libertad establecida en el artículo 21 constitucional antes de la reforma de 1982, que posteriormente inspiró las disposiciones y prácticas acerca de arrestos administrativos o judiciales: hasta treinta y seis horas) por “contumacia” (se ha querido decir por incumplimiento reiterado) de las obligaciones procesales de testigos o peritos que atenten contra el principio de continuidad.

31. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Es interesante mencionar en forma textual el comentario del legislador, contenido en los documentos preparatorios del CNPP —dictamen senatorial del 3 de diciembre de 2013, bajo el rubro “Valoración jurídica de las propuestas y consideraciones que motivan el sentido del dictamen”—, acerca de los llamados criterios de oportunidad, y más ampliamente, el principio de oportunidad, cuestión que ha suscitado un amplio debate y que puede provocar quebrantos muy inquietantes para el Estado de derecho y la política criminal o de defensa social.

Antes de incursionar en este tema, quiero manifestar con “cautela” que de ninguna manera niego legitimidad y necesidad al principio de oportunidad “reglada” —quiero decir, “bien reglada”: bajo conceptos de legitimidad y razonabilidad, necesidad y eficacia—, ni pretendo que sea ignorado o desechado. Reconozco las virtudes que puede tener. Y no olvido que en mérito de sus

ventajas —¿o no?— se le ha recibido con extensión en el enjuiciamiento penal de muchos países, no sólo en el norte de América —fuente de inspiración de muchas reformas—, sino en otros varios que han respondido a diversa tradición jurídica.

Desde luego, el principio que mayores garantías ofrece al individuo, a la sociedad, a la administración de justicia, es el de legalidad: aplicación puntual e invariable de la ley; ejercicio de la acción penal cuando se han acreditado los extremos que la sustentan: hecho y probable responsabilidad; decisión final del juzgador, sin interferencias, por encima de la voluntad o las mutuas concesiones de las partes.

La pretensión punitiva del Estado —enseña Manzini— debe hacerse valer por el órgano público al efecto, siempre que concurren en concreto las condiciones de ley, en cumplimiento de un deber funcional, absoluto e inderogable, que excluye toda consideración de oportunidad. Este canon fundamental pasa bajo el nombre de regla de la legalidad del proceso penal.

El principio de legalidad, hoy en parcial decadencia —según afirma el dictamen destinado a sustentar el proyecto de CNPP, que se presentó en la Cámara de Senadores el 3 de diciembre de 2013—, no sólo significa que se ordena ajustar el comportamiento de los órganos del Estado al mandato de la ley, como es consustancial al Estado de derecho. Legalidad es persecución de todas las conductas delictuosas de las que se tenga noticia —y prueba suficiente, claro está—, y culminación de esa persecución en una sentencia emitida por el órgano judicial que expresamente condene o absuelva al imputado. Es un principio “rígido y mecánico” que opera sistemáticamente, sin margen para la excepción, la benevolencia o la conveniencia. El confesado retrainimiento del principio de legalidad en la formación del Código Nacional ha determinado cuestionamientos relevantes (Adato Green).

Ahora bien, parece impracticable la *absoluta* sumisión del procedimiento penal al principio de legalidad, que implica —en puridad— persecución de todos los delitos y solución judicial

de todos los litigios. No hay Estado que pueda hacerlo. Esto —y otras consideraciones, entre ellas los vientos privatizadores y el imperativo *económico* que soplan sobre el enjuiciamiento criminal— abre las puertas, cada vez más, al principio de oportunidad, que igualmente permite moderar las consecuencias inaceptables de la tipificación excesiva.

El Estado carece de la posibilidad de perseguir todos y cada uno de los hechos delictivos que aparecen en la realidad. Esta limitación es aplicable, en principio, a cualquier Estado (con mayor o menor profundidad); lo es, sin duda alguna y sin necesidad de prueba (por ser hecho público y notorio), al Estado mexicano. Por lo tanto, el Estado se ve en la necesidad de moderar el imperio del principio de legalidad asignando preferencias —por buenas o malas razones— en el tratamiento de los asuntos penales y acometiéndolos con diferente fuerza, calidad persecutoria y velocidad. Éste es un dato difícilmente refutable en la explicación del *rezago* persecutorio de los órganos de justicia penal, a reserva de otros factores que influyen en esa situación.

No pasaré revista a todas las alabanzas y objeciones planteadas con respecto a los principios de legalidad y oportunidad, ponderando ventajas y desventajas. Sólo agregaré algunos comentarios de tratadistas que formulan observaciones críticas a propósito del régimen de oportunidad. Fairén Guillén sostiene que

...un Estado de Derecho debe atenerse al principio de legalidad; si comienza a admitir consideraciones de oportunidad por razones aparentemente aceptables... en algunos países, llevan congénito el peligro de su aplicación errónea y, con ella, la... impunidad.

Montero Aroca puntualiza que si los fines de utilidad pública e interés social en los que se sustenta el principio de oportunidad

...pueden lograrse perfectamente manteniendo el principio de legalidad procesal penal, la opción entre aumentar los poderes del juez o los poderes (del Ministerio Público) comporta una

decisión política de gran trascendencia y, al mismo tiempo, muy reveladora de la concepción que se tiene del Estado.

La “opción favorecedora del MP supone admitir que el Poder Ejecutivo debe ser hegemónico en la sociedad y que debe privarse al Poder Judicial de atribuciones que hasta ahora tiene”.

En el citado dictamen senatorial del 3 de diciembre de 2013, que sustentó la adopción del CNPP, se dijo que:

...la aplicación (del principio de oportunidad) implica un verdadero cambio de paradigma. Significa dejar atrás la institución de la estricta legalidad y replantear el concepto de justicia (glosemos: lo que no es, ya lo dije, cosa menor: no lo es “dejar atrás la estricta legalidad”, ni “replantear —nada menos— el concepto de justicia”). Los criterios de oportunidad consisten en acotados márgenes de discrecionalidad —ya no de arbitrariedad— a través de los cuales (*sic*) el Ministerio Público podrá ejecutar la política criminal del Estado mexicano.

Aquí se ha producido, pues, un cambio de hondura mayor en el sistema actual del enjuiciamiento, a partir de la reforma de 2008, detallada y profundizada por el CNPP.

En la adopción de este cambio no se reflexionó suficientemente sobre la posibilidad de avanzar en la procuración del mismo resultado a través de la revisión del ordenamiento penal sustantivo, suprimiendo o rectificando tipos penales que han proliferado al empuje de circunstancias más o menos inquietantes y de criterios a menudo discutibles. Es preciso analizar la vía de la destipificación, no sólo gravitar en el empleo de la oportunidad. Por supuesto, otro tema de reflexión no siempre atendido en los *cambios paradigmáticos*, sería el que mayor cambio solicita: eficacia y probidad.

La aplicación del criterio de oportunidad por parte del MP se plantea desde el inicio mismo de la investigación. El artículo 221 del CNPP —que se halla bajo el epígrafe “Formas de inicio”— señala que “el Ministerio Público podrá aplicar el criterio

de oportunidad en los casos previstos por las disposiciones legales aplicables o no iniciar investigación cuando resulte evidente que no hay delito que perseguir”. Se trata, desde luego, de dos supuestos diferentes. El primero concierne a la inmediata aplicación del criterio de oportunidad. El segundo presenta ciertas complejidades. Si no hay delito que perseguir, el Ministerio Público debe abstenerse de hacerlo, pero no siempre es tan inmediata y sencilla la conclusión a la que llega aquel órgano: en ocasiones no existe el hecho o éste es manifiestamente atípico, lo cual puede advertirse de primera intención; en otros casos será preciso iniciar la investigación e incluso avanzar en ella para arribar a la conclusión de que no existe delito que perseguir.

El artículo 256 del CNPP regula los supuestos de oportunidad en siete fracciones agrupadas bajo el epígrafe “Casos en que operan los criterios de oportunidad”, todos los cuales se hallan sujetos a un requisito de procedencia: que se haya reparado o garantizado la reparación de los daños —y perjuicios, agreguemos— causados a la víctima u ofendido, o exista desinterés de éstos, formalmente manifestado, en la reparación que les corresponde. Por lo menos se ha procurado que el empleo de la oportunidad no cause lesión al ofendido o a la víctima en su derecho a la reparación, aunque pudiera afectarles en otros extremos, afectación que también alcanza a la sociedad interesada en el despliegue razonable y puntual de la justicia. Hay un intenso despliegue del “espíritu privatizador” del litigio penal, que limita la actuación del Estado. En fin: se satisface el derecho de la víctima u ofendido a la reparación —no así a la justicia— aunque se soslaye el interés de la sociedad.

No haré una revisión detallada de las fórmulas completas contenidas en esas fracciones. Me limitaré a sus rasgos esenciales. La fracción I determina la aplicación del criterio de oportunidad cuando “se trate de un delito que no tenga (prevista) pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia”.

Se autoriza la impunidad, pues —contrariamente al objeto del proceso penal (artículo 20, apartado A, fracción I de la Constitución, o del Código de Procedimientos Penales, artículo 2o.)— cuando el delito imputado se sanciona con pena relativamente menor, punibilidad que traduce —o debiera traducir, si la criminalización y la penalización son razonables— la gravedad menor de los hechos imputados (pero cinco años de prisión no son una pena leve, ni sería la sanción previsible para los delitos llamados de “bagatela”). Se entienden los motivos de la dispensa, pero se advierte que ésta contraría los fines asignados al proceso por la Constitución y el CNPP, al menos en lo que respecta a la sanción del culpable. Fuera de la franquicia quedan los ilícitos calificados por la violencia que ejerce el autor.

La fracción II del mismo artículo 256 autoriza la aplicación del criterio de oportunidad cuando “se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas”. Por supuesto, el legislador no ha pensado en los delitos fiscales, que son patrimoniales y regularmente se perpetran sin violencia alguna, y que indudablemente tienen aquella naturaleza, aunque en ellos el patrimonio afectado corresponde al Estado —o más precisamente a la sociedad—. Tampoco se ha tomado en cuenta la gravedad que pueden revestir delitos no violentos de contenido patrimonial, como acontece en el supuesto de fraudes cuantiosos que afectan a un gran número de personas.

La misma fracción II autoriza la aplicación del criterio de oportunidad cuando se trata de delitos “culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares”.

Esa autorización de impunidad pudiera explicarse o incluso justificarse en un elevado número de delitos culposos, pero no en todos —como lo pretende la citada fracción II—, si se toma en cuenta la extrema gravedad que revisten algunos ilícitos realizados por agentes que actúan sin hallarse influidos o determinados por la ingestión de drogas, como son la mayoría de los perpetra-

dos con motivo del tránsito de vehículos —terrestre, marítimo o aéreo—, que cobran numerosas víctimas, o por culpa grave del autor. A la inversa, habrá que ponderar la exclusión del criterio de oportunidad en el supuesto en que el agente actúe “bajo el influjo de narcóticos” que ha consumido por razones de salud y bajo prescripción médica.

La fracción III del precepto comentado alude a un tema de carácter humanitario, que la legislación penal, pero no la procesal, suele manejar como factor para la exclusión de pena: que el imputado “haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave”, o cuando “haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena”.

En la fracción IV se incurre en un inaceptable ejercicio del criterio de oportunidad, que opera en función de las penas aplicables o ya aplicadas al inculcado en otros procesos y por otros ilícitos. En primer término, la fracción IV contempla el supuesto en que “la pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta al inculcado por otro delito, o la que podría aplicarse al mismo por otros delitos”. Preguntemos: ¿de veras se quiere decir que la pena *carezca* de importancia, o lo que se pretende manifestar es que sea *menos severa*, considerando su naturaleza e intensidad? ¿Pena impuesta por otro delito? ¿Cuándo? ¿Mucho tiempo atrás? ¿Inmediatamente antes? ¿Posible pena aplicable al mismo sujeto por otros delitos? ¿Cuáles? ¿Cuándo?

Sigamos con otros extremos contemplados por la misma fracción, que igualmente autoriza la aplicación del criterio de oportunidad cuando la citada pena carezca (*sic*) de importancia si se le compara con “la pena que previamente se le haya impuesto o podría llegar a imponérsele en virtud de diverso proceso tramitado en otro fuero”. Más preguntas: ¿previamente impuesta? ¿Cuándo? ¿Años atrás? ¿Días atrás? ¿Cómo se calcula la pena que pudiera imponerse en un proceso diverso? ¿Considerando el

tipo y la punibilidad? ¿Invocando y valorando todos los datos de individualización penal que el propio CNPP refiere en el artículo 410? Y si se trata de otro fuero (por ejemplo, el militar) ¿cómo aventurar la sanción aplicable?

Esto significa que la punición debida por un delito cometido, eventualmente grave, se suprime en aras de otros delitos cometidos por el mismo inculcado y de otros procesos cuya culminación es incierta. No es fácil explicar este influjo de unas causas sobre otras, aduciendo factores de “importancia” en relación con las consecuencias jurídicas generadas por esos otros delitos.

La fracción V recoge, como elemento que determina la aplicación de la oportunidad persecutoria —traducida en impunidad— “cuando el imputado aporte información esencial de un delito más grave del que se le imputa, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio”. La negociación de la persecución penal alentada por esta fracción constituye uno de los puntos más discutibles del régimen establecido por la reforma de 2008, acaloradamente defendido por motivos prácticos, con precedente en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

La fracción VI permite aplicar el criterio de oportunidad “cuando la afectación al bien jurídico tutelado (por el tipo penal que incrimina las conducta realizada) resulte poco significativa”. Así, el MP se constituye en juez de la afectación del bien jurídico, a la que califica como muy significativa o poco significativa, y por lo tanto condiciona el desempeño natural del juzgador, que debiera ser quien califique ese significado lesivo y resuelva sus consecuencias con base en sus facultades de individualización. Por supuesto, es el legislador quien puede y debe ponderar la lesividad de una conducta como dato para formular tipos penales o abstenerse de hacerlo.

Por último, la fracción VII del artículo 256 legitima —o mejor dicho, legaliza— el imperio de la oportunidad del MP, con ancha manga, al autorizarla “cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de

la política criminal”. De tal suerte, el MP formaliza su presencia como “llave de la política criminal”, que debe conocer e interpretar a fin de resolver sobre la impunidad de ciertas conductas a la luz, precisamente, de esa política. De este modo, sobrepasa al legislador y al juzgador. Esto nos hace recordar una expresión de Pedro Bertolino: “Colocados dogmáticamente en el sistema de enjuiciamiento propiamente dicho y funcionando en el campo del servicio de la justicia, los órganos de acusación en definitiva terminan insertándose en el marco mayor de la política criminal”.

No puedo omitir la referencia a una causa de exclusión absoluta del criterio de oportunidad, aunque se presenten los elementos que enuncian, para aplicarlo, las aludidas fracciones del artículo 256. Aquí, el legislador acoge el principio de legalidad, con toda su fuerza: “no podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público”.

Dejo de lado los delitos fiscales, en los que se aplica “todo el rigor de la ley”, con doble propósito: recaudatorio y punitivo, más intensamente que en otros supuestos punibles. En cuanto a delitos contra el libre desarrollo de la personalidad y de violencia familiar, procede recordar que se trata —salvo reforma constitucional— de ilícitos sujetos a la atribución legislativa de las entidades federativas, que pueden tener diversos conceptos acerca de lo que es el “libre desarrollo de la personalidad”, asociada a menudo con ilícitos contra la seguridad y libertad sexuales, y de violencia familiar. Por lo tanto, el CNPP establece un supuesto de punición rigurosa con respecto a hipótesis insuficientemente definidas.

En cuanto a la persecución de los delitos “que afecten gravemente el interés público”, cabría formular algunas reflexiones. Por ejemplo, si un ilícito sólo afecta “levemente” el interés público, quizá debería salir del Código Penal y alojarse en un ordenamiento administrativo o civil. En todo caso, tenemos aquí otro espacio de amplia discreción para el MP —considerado ins-

titucionalmente—, que determinará cuándo se aplica el criterio de oportunidad y cuándo no, en función de su propio concepto acerca del interés público y de la grave afectación.

En el propio artículo 256, el CNPP ha querido sortear los riesgos evidentes que trae consigo el sistema de oportunidad adoptado, disponiendo que las decisiones sobre su aplicación —suponemos que en cada caso, específicamente, no en hipótesis abstractas, generales— deben ser autorizadas por el procurador o por el servidor público en el que la “normatividad aplicable” delegue esta facultad.

Esta disposición no coincide estrictamente con el hecho de que la aplicación de criterios de oportunidad se pondera al amparo de “criterios generales” que al respecto emitan esos funcionarios, aunque pensamos que la aplicación de la oportunidad en cada caso será finalmente autorizada por aquéllos, y que el subalterno sólo propondrá el ejercicio de esa facultad conforme a los referidos “criterios generales”.

La atribución de la facultad de discrecionalidad —oportunidad— a tan alto funcionario, el procurador (o el fiscal general, su equivalente), mitiga los riesgos, pero no los suprime. Además, considérese que las facultades del procurador son materia de la legislación federal o local, que organiza al MP y fija las atribuciones de sus órganos, y que dicha legislación puede alojar diversas soluciones, según la voluntad de las legislaturas federal y locales. En consecuencia, podría plantearse un heterogéneo panorama nacional en torno a este asunto, que requiere, obviamente, soluciones uniformes, bien justificadas y aplicadas.

32. PRUEBA

Nos hallamos ante una cuestión mayor de la justicia penal, que ha suscitado fuertes debates. Algunos analistas del sistema procesal consideran que una de las notas diferenciales de suma importancia en el deslinde entre los regímenes inquisitivo y acusatorio reside en la actividad probatoria del juzgador: en el inquisitivo,

éste lleva adelante, con amplitud, la indagación de los hechos y de la responsabilidad; es *buscador de la verdad*, no sólo árbitro entre las partes; en el acusatorio, las partes indagan la verdad —o la “pactan”, pero esto es un fenómeno diferente— y el juzgador se mantiene a distancia, en condición de gran árbitro que se atenderá a lo que aquéllas invoquen y acrediten.

Cada solución tiene sus propios méritos y defectos, que no necesariamente se asocian con las consideraciones políticas que han concurrido a forjar la imagen de los sistemas inquisitivo y acusatorio. El punto es resolver si conviene reconocer o atribuir al juzgador una función indagatoria en función de la verdad procurada y la justicia requerida —e incluso de la seguridad, adecuadamente considerada—, y de ser así, en qué medida se podría desplegar esta facultad indagatoria, o bien, si es conveniente que el tribunal asuma una entera neutralidad —con respecto a las partes, por supuesto, pero también en relación con el hallazgo de la verdad, sobre la que instalará su sentencia— y se atenga a los medios de convicción que provean los contendientes.

En este punto entran en colisión, inexorablemente, la corriente que favorece plenamente el hallazgo de la verdad —es decir, el verdadero esclarecimiento de los hechos, como fundamento de la justicia que imparte el Estado—, y la que favorece con igual empeño el protagonismo —palabra que utilizo en el mejor de sus sentidos— de las partes (víctima, ofendido, inculpado, MP) y la solución convenida, como solución conveniente (en general), que el juzgador no debe interferir.

Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, debo concluir que la regulación del CNPP en esta materia es particularmente cuestionable, aunque estoy consciente de que ha recabado el aplauso de quienes rechazan la injerencia probatoria del tribunal. El citado Código apenas contiene algunas alusiones, sumamente débiles, sobre la posibilidad de que el juzgador ordene la práctica de pruebas (artículo 390).

Cabe mencionar aquí la figura de *prueba anticipada*. Ya he señalado que los medios de prueba, propiamente, acuden a la es-

cena del procedimiento en la etapa del proceso, esto es, en el periodo que se desenvuelve ante la autoridad jurisdiccional, y, más precisamente, en la fase de juicio ante el órgano judicial de conocimiento. Será éste quien reciba las probanzas, las pondere —conforme a su legitimidad y eficacia persuasiva— y dicte, con este soporte, la sentencia definitiva.

En este sentido se pronuncian, entre otros preceptos, el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción III (“Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquéllas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio...”), y los artículos 261 (“Datos de prueba, medios de prueba y pruebas”), 259 (“Para efectos del dictado de la sentencia definitiva sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, salvo las excepciones previstas en este Código”), 358 (“La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá desahogarse durante la audiencia de debate de juicio, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código”) y 403, fracción VI (la sentencia incluirá la “valoración de los medios de prueba que fundamenten las conclusiones alcanzadas por el tribunal de enjuiciamiento”), del CNPP.

De esa regla, que constituye un punto central en el sistema procesal adoptado, escapan algunas salvedades con sustento constitucional y desarrollo secundario: lo dicen la ley suprema y el artículo 358 del Código Nacional. Aquélla manifiesta: “La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo”. He aquí, pues, una hipótesis probatoria que se sustrae al principio de inmediación. El supuesto de anticipación y su normativa se hallan en el artículo 304. Es preciso que “haya motivos fundados y de extrema necesidad” y se pretenda “evitar la pérdida o alteración del medio probatorio”. La diligencia se practicará ante el juez de control —que no es el juez de la causa— conforme a las reglas generales en materia de prueba.

No hay duda sobre la necesidad de legitimar las pruebas anticipadas: lo impone la realidad y lo reclama la razón. Pero tam-

poco hay duda sobre la necesidad de que esta práctica, que se supone excepcional y no sistemática, se desarrolle con máxima pulcritud, considerando los riesgos que implica para la justicia. La proliferación de pruebas anticipadas sin verdadera necesidad puede acarrear una profunda crisis al sistema probatorio adoptado por la Constitución y por la ley, que no sería un quebranto menor.

33. LICITUD

La prueba debe ser atendible, considerando su materia, su fuente y la observancia de la ley al momento y en la forma de obtenerla. Esto nos pone en la puerta de un gran tema: la legalidad y la licitud de los actos procesales —la prueba entre ellos— y sus consecuencias para el proceso. Es deseable fortalecer la exigencia de licitud en la recepción y atención de la prueba, con la mirada puesta en la doctrina de los “frutos del árbol envenenado”. Es indispensable hacerlo —sobre todo cuando los sistemas policial y procesal se han visto afectados por abusos y violaciones, y se requiere “sanear” a fondo la justicia penal— y extremar el rechazo de actos y pruebas (o datos, como dice el CNPP cuando elude hablar francamente de pruebas) viciados gravemente, sin perjuicio de aceptar el saneamiento de los que sean rescatables, siempre bajo un examen riguroso. De esta suerte podremos alejarnos de la tentación de que el fin justifique los medios, y adherirnos al apotegma de signo opuesto, al que me he referido en diversas oportunidades: los resultados obtenidos se justifican (y por lo tanto se tienen en pie) a la luz de los medios legítimos empleados para alcanzarlos.

Es oportuno y orientador recordar el criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca del llamado “efecto corruptor” del proceso penal que pueden arrojar las actuaciones ilícitas o ilegales. La profesora Armenta Deu se ha referido a “La verdad en el filo de la navaja. Prueba ilícita”, y hace notar la “tremenda permeabilidad del tratamiento de

la prueba ilícita a los vaivenes en materia de seguridad pública”, los cuales asocia principalmente —desde su perspectiva española— con graves hechos de terrorismo.

La tratadista considera que no existe un tratamiento perfecto para esta cuestión: “sucede como con otras instituciones que se sitúan en el filo de la navaja: los derechos y libertades en juego, el garantismo frente a la impunidad, frecuentemente enfrentados, implican un equilibrio inestable en el que difícilmente se alcanzará una solución satisfactoria”.

34. VALORACIÓN

La fracción II del apartado A del artículo 20 constitucional dispone que la valoración de la prueba “deberá realizarse de manera libre y lógica”. Probablemente se ha querido entronizar la apreciación bajo régimen de sana crítica. Hay aquí una contradicción en el texto constitucional: si la valoración es libre —como lo es en el régimen de jurado, cuerpo que resuelve en *conciencia*, esto es, con libertad— no puede subordinarse a la lógica, que obliga a la expresión de motivos y suprime la absoluta libertad valorativa.

35. GASTOS DE PRUEBA

Vayamos a un asunto que menciona el epígrafe del artículo 103, pero no resuelve el precepto: gastos de la prueba. El aparato de la defensa penal o la promoción y sustento de intereses de la víctima u ofendido puede requerir la participación de peritos, incidentalmente considerada en el artículo 136, que introduce la figura del consultor técnico de las partes en el procedimiento. La intervención de peritos y consultores implica erogaciones que pueden ser considerables, e incluso cuantiosas. Son “gajes” de la justicia. ¿Quién sufragará estos costos?

El Ministerio Público dispone de servicios periciales; el tribunal puede convocar peritos, a cargo del Estado. ¿Y los particulares, imputado u ofendido o víctima? La carencia de recursos por

parte de éstos, que en el caso de la defensa se quiere subsanar con el tradicional defensor oficioso o público, puede llevar a situaciones de indefensión o extrema debilidad procesal. La “glorificación” del nuevo sistema de justicia penal ganaría mucho con la provisión de medios para que los “débiles” cuenten con apoyos técnicos que les permitan —de veras— sustentar sus posiciones frente a la contraparte y ante las autoridades que conducen el procedimiento.

36. CONVICCIÓN DEL JUZGADOR

La referencia central sobre la convicción del juzgador se halla en el artículo 402 del CNPP:

Nadie podrá ser condenado, sino cuando el tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable (otro término importado: *reasonable doubt*, que utiliza igualmente el artículo 359), de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que se siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado.

El concepto *beyond reasonable doubt* proviene de la jurisprudencia inglesa de los siglos XVII y XVIII, a cambio de la noción de *intime conviction* formada en la tradición francesa y cuyo nivel de certeza es menos accesible que el implicado bajo el concepto de duda razonable. La figura francesa deriva de la deliberación de los juzgadores con respecto a la prueba legal, que imperó antes de la Revolución francesa (Delmas-Marty).

A partir de la reforma de 2008, la fracción VIII del apartado A del artículo 20 constitucional dispone que “el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado”. Esto supone una convicción previa: acerca de la existencia de los hechos punibles, en la que se instala la culpabilidad del imputado. Ese texto exige un alto grado de comprobación, del que surge la convicción del tribunal (lo cual entra en conflicto con la afir-

mación, contenida en una iniciativa conducente a la reforma de 2008, en el sentido de que “una epistemología muy ingenua... asume que es posible acreditar plenamente hechos del pasado”). Ahora bien, lo *grave* del asunto —más allá de aquella supuesta *ingenuidad*— es que el delito y la culpabilidad del imputado se hallan en el pasado y que la sentencia condenatoria depende de la comprobación plena de aquéllas, comprobación que no debiera ser ni somera ni ligera

37. CONFESIÓN Y DECLARACIÓN

Destaquemos ciertos aspectos relevantes de la confesión, no sin antes señalar que el Código ha querido desvanecer o desfigurar —o *maquillar*— esta prueba a través de una regulación eufemística en la que se alude a la “declaración del imputado” ante el MP o el órgano jurisdiccional (por ejemplo, artículos 114, 307, 309, 312, 377 y ss.), o a las “entrevistas” que realiza la policía con fines de investigación (artículo 132, fracción X), entrevistas cuyo contenido y documentación no se hallan claramente regulados —como sería pertinente, bajo el signo garantista— y que no se contraen al inculpado. Por encima —o por debajo del eufemismo— lo cierto es que la confesión está presente en el CNPP y ha adquirido —aunque con diversas denominaciones— un papel central en el sistema adoptado por éste.

38. TESTIMONIO

Es indispensable brindar protección a quienes intervienen en los procedimientos penales a título de testigos, intervención que tiene, en principio, carácter obligatorio (artículos 360 y 364). Así lo reconocen la normativa y la jurisprudencia internacionales y el orden jurídico nacional, éste a través de diversos ordenamientos, señaladamente el artículo 367 (con correspondencia en el 370, para otros participantes en el enjuiciamiento), que alude a la adopción de medidas especiales para tal propósito.

También es indispensable atender con cautela, objetividad, rigor ético y jurídico, la calificación de los testigos que deban ser protegidos y el alcance de esa protección. No es posible olvidar los abusos, conocidos por la opinión pública, en que se ha incurrido en relación con supuestos testigos, declarantes de conveniencia, ilícitamente “persuadidos” sobre la utilidad y el sentido de su declaración. Esta práctica reprobable equivale a la llamada “siembra” de pruebas.

39. DICTAMEN

Es muy reducida la regulación del CNPP sobre peritos y prueba pericial. Se limita a describir la naturaleza de este medio de prueba (artículo 368), los conocimientos requeridos para el desempeño pericial (artículo 369) y ciertas medidas de protección para peritos y otros participantes (artículo 370). Se ha optado por dejar a la legislación orgánica estatal —más la distrital y su equivalente procesal— la regulación de los servicios periciales. El perito auxilia al MP en la etapa de investigación, pero el dictamen que rinde en esa etapa no basta para los fines de la sentencia; debe declarar en la audiencia de juicio (artículo 272).

Cabe esperar que prevalezcan el orden y el concierto en la regulación orgánica, a fin de contar con un sistema integral coherente sobre la prueba pericial, que reviste creciente importancia. La criminalística —en sus diversas vertientes— y otras disciplinas auxiliares de la impartición de justicia se manifiestan de manera decisiva en el procedimiento penal.

40. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO. INVESTIGACIÓN

No es posible abordar la investigación dejando para otro momento lo que el CNPP designa como “Formas de conducción del imputado al proceso”, expresión pintoresca —independientemente de la consideración que merece la fuente de la que se haya tomado—

que invita a pensar en una toma física del imputado para llevarlo de un sitio a otro, que es lo que ocurre cuando se conduce a alguien.

Ni la flagrancia y la urgencia —supuestos de detención del probable responsable, según el artículo 16 de la ley suprema—, ni el citatorio y las órdenes de comparecencia y aprehensión son “formas para conducir al imputado” al proceso (¿al procedimiento?), sino situaciones, hechos normativamente calificados, actos jurídicos de autoridad —en sus respectivas circunstancias— que se hallan en un punto inicial del procedimiento penal. La terminología utilizada —más literaria que jurídica— obedece al mismo prurito que ha bautizado el auto de procesamiento como auto de vinculación.

41. DELACIÓN, DENUNCIA Y QUERRELLA

Regularmente, el procedimiento inicia mediante denuncia o querrela sobre un hecho probablemente delictuoso (artículo 16). Este marco implica una garantía frente a la práctica —de muy antiguo cuño— de emprender la investigación sobre otros actos de arranque que permitan la injerencia de la autoridad en el espacio de libertades de un ciudadano: así, la delación secreta o anónima que pobló las “bocas de la verdad” del Medievo. Beccaria impugnó las delaciones, mal de su tiempo, pero también de éste.

El CNPP mira las cosas de otra manera: legitima lo que llama denuncia anónima, es decir, la delación, en tanto la formulación de ésta determina actos de investigación (de los hechos denunciados) por parte de la policía y del MP (artículos 131, fracción II, y 132, fracción II). En estas circunstancias, se faculta al MP para aplicar los criterios de oportunidad que el Código regula.

El CNPP (artículo 222) dispone un muy cuestionable deber de denuncia (que no es apenas obligación moral, sino jurídica). Sin embargo, no existe ni podría existir sanción para quien incumpla ese deber, salvo que se quiera formar un ejército de denunciantes amenazados con sanciones impracticables.

Es probable que el legislador haya querido acentuar el deber (moral o cívico) de los ciudadanos de colaborar en el restablecimiento de la seguridad extraviada y en la efectiva operación de la justicia penal. Conviene motivar a los ciudadanos en este sentido, propiciando una cultura de responsabilidad cívica, pero seguramente habrá mejores medios para promoverla o conseguirla que el establecimiento de este quimérico deber universal de denuncia. No hay duda, en cambio, sobre el deber de denuncia a cargo de quienes se enteran de la comisión de un delito en virtud de la función pública que ejercen.

42. FLAGRANCIA Y URGENCIA

La anterior legislación procesal habló de flagrancia, cuasi flagrancia y flagrancia presunta. En puridad, la flagrancia se actualiza, como lo indica la etimología de la palabra, cuando el delito se halla a la vista, es manifiesto. Conforme al *Diccionario de la lengua española*, “flagrancia” implica que algo “flagra”, que “se está ejecutando actualmente”. Y flagrar es “arder o resplandecer como fuego o llama”. En su antiguo diccionario, el clásico Joaquín Escriche puntualiza: “se dice que un delincuente es cogido en flagrante cuando se le sorprende en el mismo hecho”.

Tanto los anteriores ordenamientos procesales como el animoso CNPP han pretendido salir de ese marco —adoptado por la ley fundamental—, y *flexibilizar* el concepto de flagrancia. Ya sabemos que cuando se habla de *flexibilizar* algo en los dominios del derecho o de los derechos, éstos quedan en franco riesgo. Así ha ocurrido en el caso que me ocupa.

La asimilación o equiparación a la flagrancia de otras hipótesis, con esfuerzo de interpretación o imaginación, sirve al propósito —que no se podría satisfacer si el legislador no llamara flagrancia a lo que no lo es— de facilitar la detención y la retención, ampliando sus fundamentos, así se haga con “dudosa constitucionalidad” o en mala lógica jurídica y detrimento de los derechos del ciudadano. Esto es visible en el supuesto señalado

por el inciso *b* de la fracción II y por el párrafo final del artículo 146 del CNPP, en los que reaparece una figura de antiguo estremo, la flagrancia presunta —con muy *elástica* presunción— ahora llamada *flagrancia por señalamiento*. Hay precedente en la legislación procesal reformada el 8 de febrero de 1999.

En las hipótesis acogidas por el inciso *b* de la fracción II del artículo 146, la llamada flagrancia se conforma con tres datos: *a)* señalamiento por parte de la víctima, el ofendido, un testigo o un participante en la supuesta conducta delictuosa; *b)* posesión de objetos que hagan presumir fundadamente la participación en el hecho delictuoso del individuo señalado, y *c)* continuidad de la persecución a partir del momento en que se realizó ese hecho. Así, “se considera que la persona ha sido detenida, en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización”.

Es evidente que la ininterrumpida búsqueda o localización puede desarrollarse por muy diversos medios (inclusive virtuales) y prolongarse por mucho tiempo. En tales casos no habrá flagrancia en el sentido preciso de este concepto, según aparece en el quinto párrafo del artículo 16 constitucional: detención del indiciado “en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido”.

Los anteriores códigos federal y distrital fueron más allá del texto constitucional al “inventar” la flagrancia por señalamiento, pero el CNPP ha resultado todavía menos garantista —y más despegado de la letra de la Constitución— al abrir la posibilidad de que la flagrancia opere sin los acotamientos de tiempo que previeron las normas federal y distrital anteriores al CNPP.

43. INJERENCIA DE LA AUTORIDAD PERSECUTORIA EN EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD. APREHENSIÓN

Una vez presentadas la denuncia o la querrela o actualizados los supuestos de detención mencionados, se plantea el inicio o

el avance de la intervención de la autoridad persecutoria en el ámbito de libertad de un individuo. La reforma de 2008 a los artículos 16 y 19 constitucionales suprimió la invocación del cuerpo del delito o de los elementos del tipo penal, acreditados con prueba plena (conceptos de intención garantista, cuyas respectivas fórmulas encendieron debates tanto en los procesos parlamentarios como en los exámenes doctrinales), como supuestos para la detención o la formal prisión —el procesamiento—, y optó por una fórmula más amplia y vaga: que se trate de “un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

Los documentos preparatorios de la reforma constitucional explican que se ha modificado —es decir, aligerado, reducido, relativizado, flexibilizado— el estándar probatorio para la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso. Las exigencias anteriores a la reforma implicaban —se dijo— un “excesivo estándar probatorio”, sólo justificable cuando se trata de sentencia, no así cuando vienen al caso otras resoluciones de menor trascendencia.

Menudean las *confesiones* del legislador constituyente acerca de la reducción de garantías y las *razones* que la informaron. En el dictamen de los diputados se afirmó: “es necesario establecer un nivel probatorio razonable para la emisión de la orden de aprehensión”. En “el nuevo proceso (que se pretende instituir) resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura”; por lo que respecta al auto de formal prisión (ahora de *vinculación al proceso*), el dictamen sostuvo que se utiliza un *excesivo estándar probatorio*.

Quizá no se consideró seriamente que este excesivo estándar y sus consecuencias no sólo atañen a la relación y al desempeño de las funciones del MP y del juzgador, sino concierne a la relación profunda entre la autoridad y el ciudadano y al ejercicio de un derecho tan relevante como es la libertad. La palmaria reduc-

ción de garantías se apoyó además con la consideración de que los excesos o desaciertos en que incurriera el MP —o el juez de control, en su caso— al requerir la aprehensión o la vinculación a proceso, podrían corregirse, con arreglo a mejores probanzas, en la sentencia que dicte el tribunal de conocimiento.

El legislador olvidó que la consignación, la aprehensión y la entonces formal prisión —ahora vinculación— traen consigo consecuencias graves, que no se “evaporarán” en el “juicio final” del tribunal de conocimiento. Así, el “modelo procesal” incubado en el gabinete olvidó la “realidad del procedimiento”.

El CNPP pudo moderar el entuerto cometido en la Constitución, regulando este asunto bajo signo garantista. Sin embargo, el legislador secundario no rectificó la solución restrictiva de derechos. Se limitó a reproducir la disposición suprema, tanto en lo que respecta a la orden de aprehensión (artículo 141) como en lo que toca al auto de vinculación (artículo 316).

44. IMPUTACIÓN Y VINCULACIÓN

En la etapa de investigación el justiciable queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación (artículo 211, fracción I, a). Esto constituye una plausible novedad del nuevo procedimiento. En este periodo de la investigación destacan la imputación, la declaración del imputado, el ofrecimiento de pruebas y la vinculación a proceso —procesamiento—, en su caso.

El CNPP sostiene que la imputación “es la comunicación que el MP efectúa al imputado, en presencia del juez de control, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito” (artículo 309). En rigor, la imputación es mucho más que una comunicación del MP al imputado, aunque desde luego tenga las características formales del acto de comunicación: es un acto de atribución de delito, con el que la autoridad investigadora y persecutoria también establece su posición ante la autoridad jurisdiccional, justi-

fica actos procedimentales previos y aporta la base para el procesamiento de un sujeto. Por ende, concierne tanto al imputado como a la actividad jurisdiccional que se desencadena a partir de la imputación. No es una formalidad que la autoridad juzgadora presencia apenas como testigo.

Carnelutti destaca la relevancia del acto procesal de imputación: atañe al estatus del inculpado; constituye un paso adelante, de enorme importancia, en el “estado de vinculación del sujeto del proceso criminal, que va aumentando con el progresar del procedimiento”; ese paso adelante implica una reducción del *status libertatis*.

En 2008, la expresión *auto de vinculación a proceso* sustituyó al antiguo concepto de formal prisión (término inadecuado) o sujeción a proceso (término pertinente). No fue una elección acertada. Mejor hubiera sido auto de “procesamiento”, conforme a la naturaleza de la decisión y de sus consecuencias. En otro tiempo se criticó la tradicional denominación de *auto de formal prisión* —que en su hora no entrañaba, por fuerza, la prisión del inculpado— y se hizo notar la pertinencia de llamarle auto de procesamiento, “de acuerdo con su ascendencia hispánica y con el propio criterio del Código de Procedimientos Penales, que en diversos lugares habla de procesado” (Alcalá-Zamora).

En el dictamen de los diputados, del 10 de diciembre de 2007, se indicó que

...la idea de sujeción a proceso denota justamente una coacción que por lo general lleva aparejada alguna afectación a derechos, en cambio, vinculación únicamente se refiere a la información formal que el MP realiza al indiciado para los efectos de que conozca puntualmente los motivos por los que se sigue una investigación y para que el juez intervenga para controlar las actuaciones que pudieran derivar en la afectación de un derecho fundamental.

Si en un párrafo anterior señalé que la imputación formulada por el MP es mucho más que un acto de comunicación —aunque así lo califique el artículo 309 del CNPP—, lo mismo debo decir, con mayor énfasis, ante la peregrina idea de que la vinculación sólo “se refiere a la información formal que el MP realiza al indiciado”.

La emisión del auto está sujeta a la satisfacción de requisitos de forma y fondo (artículo 316), éstos con apoyo en “datos de prueba”, que no responden al anterior concepto de prueba plena sobre los hechos, e indiciaria o semiplena con respecto a la responsabilidad, sólo probable.

En suma, se ha insistido en facilitar o *flexibilizar* el ejercicio de la acción y la emisión de la orden de captura y el auto de procesamiento. Quedan frente a frente los argumentos que apoyan cada solución. En mi concepto, hemos retrocedido en el régimen de garantías y debilitado la exigencia constitucional y su correspondencia legal con respecto a un fenómeno tan delicado como es la injerencia penal del Estado.

45. ETAPA INTERMEDIA

El artículo 335 determina que al cabo de la investigación complementaria —si la hubo— el MP apreciará si cuenta con elementos suficientes para ejercer la acción penal y, de ser así, presentará la acusación. Según el CNPP, el MP ejercita la acción penal a través de la acusación que plantea en este momento (*idem*). Esto apareja que sus actuaciones anteriores, en las que ya ha requerido el desempeño de un órgano jurisdiccional, el conocimiento por parte de éste de algunos extremos relevantes acerca de los hechos y la probable responsabilidad, la adopción de medidas cautelares —entre ellas la prisión preventiva—, etcétera, no entraña ejercicio de acción penal: queda a media vía entre la investigación esencialmente administrativa —con fuertes ingredientes jurisdiccionales, bajo el CNPP— y el proceso judicial que sólo inicia

cuando el actor ha realizado el acto que determina la intervención jurisdiccional: la acción penal.

No puedo compartir este criterio del legislador, que deja en el aire la naturaleza jurídica de las actuaciones del MP previas a la acusación —especialmente la imputación—, y la intervención del juez anterior a este acto ministerial principalmente el auto de vinculación a proceso. Considero que hay ejercicio de acción desde que el MP recaba el despliegue de la jurisdicción a propósito de la alegada existencia de un hecho delictuoso y de la probable responsabilidad penal de cierta persona. Sobre esta base se forma la relación procesal.

En la etapa intermedia aparecen, desde luego, otros actos o situaciones que revisten notable importancia y a los que aludí o aludiré en diversos puntos de este breve comentario. Entre ellos figuran los acuerdos probatorios (artículo 345), que constituyen uno de los extremos que mayor análisis merecen, en la medida en que permiten la operación de una verdad pactada entre el MP y el acusado —con cierta intervención del ofendido o víctima—, y de esta suerte se apartan de la búsqueda y comprobación de los hechos delictuosos, esto es, de la verdad histórica como sustento de la justicia. Asimismo, en la etapa intermedia aparece el denominado *descubrimiento probatorio* (artículo 337), que constituye —en mi concepto— una aportación plausible del CNPP, consecuente con el principio de lealtad y probidad al que antes me referí.

46. ETAPA DE JUICIO

El artículo 348 del CNPP advierte que el juicio “es la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso”. Se diría, pues, que todo el procedimiento conduce al juicio —el juicio “oral”— y que nos hallamos en la desembocadura natural y necesaria de aquél. Pero no es así. En el camino y antes de arribar al juicio se hallan diversas formas de evitar éste y zanjar el litigio penal

por otros medios. El verdadero objetivo del nuevo sistema y su mayor éxito consisten en el desahogo de la justicia a partir de las alternativas: dicho de otra manera, la *elusión del juicio*. Esta es la realidad —que sí existe, pese al discurso— en el sistema de juicios orales, bandera que todos enarbolamos.

En fin de cuentas, el proceso adversarial “ha tenido que reconocer su incapacidad para atender al mayor número de asuntos que le son propios, es decir, su incapacidad para que el mayor número de casos llegue a la audiencia del juicio oral” (Moreno Hernández).

En contraste con esta orientación real del sistema, la iniciativa del nuevo CNPP, del 4 de abril de 2013, declaró la intención de “aplicar los juicios orales al mayor número de casos, sobre todo los más graves”, aunque también planteó —en forma un tanto contradictoria— el desarrollo de alternativas “para despresurizar el actual sobresaturado sistema penal y así generar un sistema más ágil donde los juicios orales puedan cumplir con su función”. ¿Cuál? ¿La de hacer justicia, por vía jurisdiccional?

47. LA DOBLE MATERIA DEL PROCESO Y LAS SENTENCIAS

El CNPP ha escindido la etapa final del proceso en dos figuras de audiencia, relativas a las grandes cuestiones sometidas al tribunal: una, la determinación acerca de los hechos y la participación del imputado, contenida en una sentencia; otra, la decisión sobre las sanciones aplicables, en ejercicio del poder de individualización, que implica una de las más delicadas y trascendentes misiones del juzgador, recogida en otra sentencia, como se desprende del segundo párrafo del artículo 409.

El CNPP debió prevenir claramente en qué pronunciamiento judicial figurará la determinación específica y puntual de la sanción: si en la sentencia condenatoria que fijará las penas o en su caso la medida de seguridad (artículo 406), o en la sentencia de individualización de sanciones y reparación del daño (artículo 409), en la que el Tribunal de enjuiciamiento “procederá a ma-

nifestarse con respecto a la sanción a imponer al sentenciado y sobre la reparación del daño...”. Asimismo, fijará las penas (artículo 409). Se requería un texto de mejor factura.

Me parece positivo este deslinde procesal, que vuelve los ojos hacia las consecuencias particulares del delito y resuelve en torno a la pena o medida justas. Así el tribunal examina con mayor atención este aspecto del enjuiciamiento, asumiendo tanto la perspectiva del jurista, como la del criminólogo y el penólogo.

48. TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO ORDINARIO. LA “NEGOCIACIÓN PENAL”

He formulado observaciones críticas sobre la *justicia negociada*. Esta supone *negociación* —con lo que ello implica, en términos de mercado—, pero no siempre culmina en *justicia*. No son pocos los casos —lo enseña la experiencia de otros países— en que el resultado es contrario: admisión de falacias para arribar a soluciones prontas y desviar el rumbo de la justicia en aras de la economía.

Por supuesto, me refiero a *negociación* en un sentido amplio y crítico, que refleja una realidad cotidianamente observada y aceptada. De ninguna manera milito a favor de negociaciones de muy dudosa juridicidad. En este sentido, mencionaré la observación de Zamora Pierce:

Admitir la posibilidad de que el Ministerio Público y el inculpado negocien la acción penal va en contra de toda la tradición jurídica mexicana... El concepto mismo de negociación entre el Ministerio Público y el inculpado es un absurdo. La negociación sólo puede darse entre iguales. El Leviathan no negocia con sus súbditos. Les impone su voluntad.

Conozco la opinión de quienes destacan, como punto favorable en la reforma de la justicia penal, la confianza otorgada al MP a través de la atribución de facultades negociadoras de la persecución. Moreno Cruz sostiene, al referirse a la potestad

de ejercicio o no ejercicio de la acción penal, que aquélla constituye “la concesión de una importante atribución” y un “reconocimiento de confianza al representante social”. Por mi parte, he manifestado que “estas negociaciones pueden culminar en graves atropellos a la justicia”.

El dictamen formulado el 10 de diciembre de 2007 en la Cámara de Diputados para sostener la reforma constitucional, contiene encendidos alegatos en favor de la negociación compositiva. Se argumentó:

Sin la existencia del juicio oral sería válida la crítica que muchos enderezan en contra de la llamada justicia negociada o por consenso, en el sentido de que admite un proceso penal sin prueba y sin verdad. No obstante, la posibilidad de un juicio con garantías como derecho fundamental del imputado permite hacer una anticipación de lo que en él ocurrirá y determinar la mejor forma en que se quiere enfrentar la persecución penal. Quien se sepa inocente optará siempre por un juicio oral para que se le absuelva.

Esta argumentación “ahorra” muchas cosas. Por ejemplo, ahorra el conocimiento de la realidad en la que se desenvuelve el procedimiento penal; ahorra considerar en serio la situación en que con frecuencia se encuentra el imputado, asediado —con razón o sin ella— por el aparato punitivo del Estado o por la fuerza de su adversario particular; ahorra la consideración sobre los riesgos numerosos que representa el proceso penal y los amagos que en su curso aguardan al justiciable; ahorra la reflexión sobre el peso de la verdad, en un platillo de la balanza, y la gravitación de la economía: sea economía de recursos, sea economía de tiempo, en el otro. De ahí las fáciles conclusiones a las que llegó ese dictamen tan alentador, que parece arrancado de un *thriller* de “buena fe” o de una amable serie de televisión en la que todo ocurre como “debe suceder” y al final del túnel aguarda, invariablemente, la luz.

Por ello, al comentar el dictamen no pude menos que señalar:

Llama la atención (la) notable capacidad de predicción (de los autores de ese documento), que permite hacer una certera y tranquilizadora anticipación de lo que sucederá, y no sorprende menos la certeza de absolución que ilumina los días del inocente. Por otra parte, en las expresiones transcritas se desliza la idea de una estrategia negociadora que puede arraigar o no en la verdad: “determinar la mejor forma en que se quiere enfrentar la persecución penal”. En fin —concluí entonces—, el constituyente permanente ha desplegado una buena intención. Ojalá no tenga raíz en una epistemología muy ingenua”.

La fracción VII del apartado A del artículo 20 constitucional regula la terminación anticipada del proceso, merced a la “persuasión” que opera sobre el inculpado. Hay antecedentes de la vía sumaria, que significaron abreviación del procedimiento por motivos razonables —no a partir de negociaciones oficiales entre las partes—: menor complejidad procesal y facilidad probatoria.

El CNPP reglamenta la terminación anticipada (artículos 201 y siguientes). Por motivos que el lector advertirá a través de este comentario, la terminación anticipada o procedimiento abreviado tiene clara conexión con el “llamado eficientismo penal, basado en la pretensión de hacer más eficiente y más rápida la mecánica de la justicia penal, a costa de los derechos de los imputados y de la verdad material en el proceso” (Baratta).

El procedimiento que ahora examinamos emparenta con el *plea bargaining*, aplicado en Estados Unidos desde el final del siglo XIX, que favorece la celeridad y la economía de resultados que le caracterizan (Bartollas y Jaeger). Es uno de los datos característicos del sistema norteamericano de justicia penal (Cole). Implica que el inculpado “renuncia a su derecho al juicio a cambio de una reducción en los cargos y/o en las penas” (Bartollas y Jaeger). Otra caracterización apunta: “en sentido amplio, el *plea bargaining* puede ser definido como la conformidad —o el acuerdo— del imputado de declararse culpable de ciertos cargos criminales, con la razonable expectativa de obtener, a cambio, la *consideración* del Estado” (Cole). La mayoría de los

casos sujetos a enjuiciamiento criminal culminan a través del *plea bargaining*.

No pocos analistas del *plea bargaining* consideran que éste es ineficiente e injusto; lleva a conclusiones contrarias a la justicia; desfigura los fines del proceso; sustrae el conocimiento de la verdad, aunque se acomode a los designios eficientistas de postulantes, acusadores y tribunales (Weaver *et al.*). Frecuentemente el Estado ejerce una fuerte presión para orientar el procedimiento criminal por la vía del *plea bargaining*. A menudo el tribunal aplica sanciones más severas al inculpado que rehúsa negociar el *plea* (Clemens y Jaeger).

Se ha dicho que los acusadores —*prosecutors*— que utilizan el *plea* desfiguran su misión y se conducen en forma diferente de la que debiera caracterizarlos: así, actúan como administradores diligentes del tiempo y los recursos del tribunal, y de los suyos propios; como abogados que procuran la mayor levedad de los castigos a cambio de la expeditéz del procedimiento; como jueces del inculpado, en tanto determinan u orientan la condena, y como legisladores, por cuanto moderan la severidad de las penas previstas por aquéllos (Alschuler). La legislación procesal suele favorecer la actuación de acusadores que *manipulan* la justicia a través del *plea* (Moore *et al.*).

Zamora Pierce se refiere al *plea bargaining* al estudiar la figura del procedimiento abreviado. En la crítica que formula a aquella institución, observa con ironía:

El triunfo del *plea bargaining* se explica porque favorece los intereses de todas las partes en el juicio. Bueno, de casi todas. Se nos ha olvidado hablar del acusado. Éste se enfrenta, simultáneamente, a un Ministerio Público que exige que se declare culpable, a un defensor que afirma que, en efecto, eso es lo que más le conviene, y a un juez que dice: si usted no se declara culpable seré severo al condenar.

En mi concepto, el procedimiento abreviado no puede entrañar una alteración de los principios que iluminan la justicia pe-

nal, con perjuicio de los derechos del imputado, deterioro de la función judicial y quebranto del papel que incumbe naturalmente al MP. Ese procedimiento debe retener los principios básicos del proceso propio de la sociedad democrática: presunción de inocencia, búsqueda de la verdad histórica, valoración judicial de la prueba, etcétera. El problema radica en la devaluación que el procedimiento abreviado hace de tales principios, invitando a suponer que han desaparecido o se han retraído de la justicia penal.

La situación que hoy nos interesa tiene su origen y marco en una fórmula incorporada por la reforma constitucional de 2008: “Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y con las modalidades que determine la ley”. Esto sugiere la posibilidad de “entendimientos o negociaciones” entre el MP y el inculpado, o suficiencia probatoria inmediata, o iniciativas *prácticas* del órgano acusador.

Según el dictamen de los diputados del 10 de diciembre de 2007, en lo que atañe al tema que ahora nos interesa,

...cuando el imputado renuncia expresamente a su derecho a un juicio oral (*rectius*, ordinario) y acepte el hecho que se le imputa (es decir, confiese) a cambio de un beneficio legal (en otros términos, llegue a una transacción con la autoridad) ...será juzgado por el juez de control (que se convierte, contrariando su naturaleza, en juez de la causa) con los antecedentes que arroje la investigación del Ministerio Público, que de esta suerte adquieren un valor que la reforma constitucional no les reconoce en otros supuestos.

Desde aquí se plantea una interrogante: ¿la renuncia al juicio oral es, *per se*, una renuncia al debido proceso? ¿Puede el imputado prescindir, por obra de su voluntad, de la garantía central del justiciable, punto de referencia de todas las garantías que entraña el acceso a la justicia?

Aquí ocurre una conversión del juez de control en juez de la causa, si se toma en cuenta, además, que una vez satisfechas las condiciones que marca la Constitución, aquél citará a “audiencia de sentencia”. En ésta no se trata de recabar pruebas y escuchar alegatos (salvo los conducentes a la individualización penal), sino de emitir resolución definitiva.

La opción por el procedimiento abreviado no depende del imputado. El motor es el Ministerio Público, “secundado” por el juez de control. Una vez más, aquél atiende a los fines de política criminal que informan el principio de oportunidad. Lo señala el propio legislador:

Los lineamientos de su procedencia (del procedimiento abreviado) responden a una política criminal más que a un catálogo de delitos o a un límite de penalidad admitida. Más que un derecho del imputado, es de un derivado (*sic*) del principio de oportunidad y su objetivo es evitar el juicio.

Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción (es decir, pruebas, conforme a la terminología usual en nuestro idioma) suficientes para corroborar la imputación, el juez citará para audiencia.

A esto se refieren varios preceptos del CNPP (artículos 203 a 206, principalmente).

La fórmula constitucional acerca del enjuiciamiento abreviado contempla estos datos:

- a) Que exista reconocimiento por parte del imputado —esto es, confesión— ante la autoridad judicial de la participación delictuosa (es decir, admisión por el inculpado de ser autor o participante en los hechos punibles, para emplear los términos utilizados por los artículos 16 y 19). Este reconocimiento, que el artículo 20 contrae a la participación, no abarca necesariamente otros elementos que resultan indispensables para fundar una condena —así,

- culpabilidad y ausencia de excluyentes—, porque en la especie se trata de una confesión, no de un allanamiento a las pretensiones del acusador.
- b) Que el imputado que reconoce —o confiesa— lo haga “voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias”. La alusión a la voluntad de reconocimiento o confesión pudiera resumirse como exclusión de apremios que obliguen a ese reconocimiento, pero no como exclusión de motivos que persuadan al declarante, con el señuelo de obtener ciertas ventajas, como adelante mencionaré. “Conocimiento de las consecuencias” podría ser mera noticia acerca de las sanciones aplicables, en general, a no ser que se llegue al extremo —sumamente discutible— de anunciar puntualmente al declarante la sanción que se le impondría.
 - c) Que existan medios de convicción (es decir, pruebas) que corroboren la imputación. La confesión no basta, por sí misma, si no la apoyan “otros medios de convicción suficientes”.
 - d) Con esta base, el juez citará a audiencia de sentencia. Bajo esta expresión, queda claro que sólo se trata de emitir resolución definitiva. La admisión hecha por el imputado y las pruebas o evidencias que la corroboran, más el análisis que haga el tribunal, tienen valor suficiente para sostener la sentencia, sin necesidad de mayores probanzas o consideraciones. Preguntémonos si en esta hipótesis se vulnera la norma contenida en la fracción IV el apartado A: “El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente”.

Hay más en la fracción VII del referido apartado A: “La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad”. Aceptar la responsabilidad es más que admitir los hechos y la intervención en éstos. El sujeto que acepta su responsabilidad cede a la expresión de hechos y a la imputación de autoría o participación que formula el Ministerio

Público a través de la acusación. Empero, subsiste la necesidad de confirmar la veracidad de la admisión, porque ésta no suprime el objeto del proceso penal consistente en *esclarecer los hechos, proteger al inocente y procurar que el culpable (rectius, responsable) no quede impune* (salvo en los casos de negociación penal). En consecuencia, habrá que ponderar si hay medios de convicción que corroboren la imputación. “El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad (se quiere decir: de la responsabilidad) del procesado”.

El párrafo referente a beneficios permite una doble lectura. Literalmente, se refiere al supuesto en que el inculcado acepta su responsabilidad; por lo tanto, se trata de beneficios *a posteriori*, o sea, *premios penales*. Bajo otra lectura, ese párrafo permite entender: beneficios ofrecidos *a priori* (¿sólo por el Ministerio Público? ¿Por éste y por el juez, que convalida la oferta? ¿Únicamente por el tribunal?), para motivar la admisión de responsabilidad, que serían medios de persuasión o “estímulos” penales; ofertas de benevolencia, que orientan —de grado ¿o por presión moral?— la decisión del sujeto, cuya verdadera libertad se reduce en el contexto de un proceso y bajo la amenaza —legal o judicial— de una sanción severa.

Habrà que precisar la naturaleza de las ofertas premiales o persuasivas —aunque en el fondo siempre revisten este último carácter—, determinando si se trata de favores procesales o de ventajas sustantivas. De esta suerte se elude aplicar la consecuencia jurídica (pena) que realmente correspondería al sujeto, en función de la entidad del delito y de la culpabilidad del agente. Pasa a primer plano la economía de la persecución, con beneficios prácticos —no siempre éticos— para el Estado que persigue y juzga y para el inculcado, al que se libera de la carga de un largo enjuiciamiento y de la incertidumbre sobre sus resultados. En síntesis, el enjuiciamiento será breve y los resultados predecibles y moderados.

Veamos otros extremos aún más delicados en la regulación de esta figura. Uno de ellos es la supeditación de la pena al plantea-

miento que haga el MP. Es verdad que el juzgador no podría rebasar la petición del acusador, pero en la especie el MP se adueña de la decisión punitiva, de acuerdo con el inculpado. Se presenta una especie de convenio penal. Por esta vía, el inculpado *reconoce* su responsabilidad y así *facilita* la tarea del acusador y media-tiza la del juzgador: “No podrá imponerse una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado” (artículo 206, segundo párrafo).

Hay otro punto extremo, fruto de la “lógica de la negociación”, que obliga a los negociadores a cumplir lo pactado o desechar los acuerdos y retomar el problema desde su inicio. En este caso se abre la puerta al zigzagueo en la acusación del MP. Supongamos que el MP formula una acusación “benévola”, una vez que ha negociado el punto con el inculpado. Pero consideremos que hubo errores que mueven al juzgador a rechazar la solución propuesta. Si esto ocurre, el MP puede dar marcha atrás a su acusación, que se tendrá por no formulada. Habrá que acusar de nuevo, sin compromiso derivado de la anterior acusación: eventualmente, se podría presentar una reformulación *in pejus* (artículo 203, CNPP). Así, el fracaso de la negociación desconocerá la *verdad pactada* y reconvertirá la benevolencia en rigor.

En este catálogo de sorprendentes disposiciones figuran otras normas acerca de la pena aplicable en diversos supuestos cuya determinación corresponde al MP, no a la autoridad judicial. Al respecto, llama la atención el artículo 202 que maneja dos hipótesis. En una de ellas, vinculada a los antecedentes penales del inculpado y a la punibilidad relativamente moderada (no más de cinco años, según la media aritmética entre los extremos de esa punibilidad), el MP podrá solicitar “la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la pena mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa”. La redacción no es tan clara como debiera ser en un tema tan importante. Empero, cualquiera que sea la interpretación que se haga —sobre todo si se entiende que la pena aplicable es la

mitad o las dos terceras partes de la mínima legalmente prevista— la reducción es muy relevante.

En la segunda hipótesis, que se refiere a “cualquier caso” —menos el anteriormente mencionado, se entiende—, “el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta un tercio de la mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la mínima en caso de delitos culposos”. De nueva cuenta aparece una drástica reducción de la pena legalmente prevista. Ahora bien, es preciso recordar que “no podrá imponerse una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado”.

Lo expuesto permite ver en qué medida se hallan alteradas las funciones regulares del acusador y el juzgador cuando se trata de procedimiento abreviado, que también compromete o determina —bajo presión difícilmente resistible— la voluntad del inculpado. difícilmente se podría ignorar que existe un fuerte resabio inquisitivo en esta mecánica de intervenciones ministeriales y re-tratamientos judiciales.

Es así que se alienta la decadencia —o el uso restringido, para emplear un eufemismo— del juicio oral, cuya práctica pareció ser la “carta” principal en el naipe de la reforma, como en el discurso que la sustenta. No ha sido así. En la normativa —y en la realidad— esa carta es el procedimiento abreviado, más otras figuras dominadas mejor por la economía que por la justicia y que generan tensión con respecto a los fines explícitos del proceso.

La terminación anticipada del proceso también es aplicable en las hipótesis correspondientes a la responsabilidad penal de la persona colectiva (artículo 424). Esto supone que el representante deberá (o mejor dicho, podrá) renunciar al juicio oral y reconocer la responsabilidad que tiene por el delito que se le imputa. Parece excesivo que así sea, sobre todo si se toman en cuenta las consecuencias que la renuncia y el reconocimiento tendrán sobre terceros, que pueden ser numerosos y ajenos —más bien víctimas que victimarios— al delito (trabajadores, empleados, proveedores, clientes, etcétera).

49. (OTRAS) SOLUCIONES ALTERNAS

Recordemos brevemente que la solución de un litigio no se alcanza sólo a través del proceso. Hay otros medios, de los que se ha ocupado en una obra señera el profesor Niceto Alcalá-Zamora, quien acredita el impulso inicial que estos conceptos recibieron de Carnelutti. Esos medios son la autocomposición y la autodefensa. La primera representa una forma de composición que excluye el juicio formal ante la autoridad estatal, mediante la voluntad desplegada por las partes en el litigio —el pretendiente y el resistente— y el acuerdo alcanzado entre ellas, que hace cesar la controversia.

Diversos motivos suscitan la autocomposición: entre ellos, la convicción, la debilidad, la fatiga, el tiempo disponible, la ponderación de fuerzas, la inducción de un tercero (con diferente identidad —abogado, acusador, funcionario judicial, allegado, colega de profesión o de interés, comunicador social— y con distinta intención). En torno a esta materia, Alcalá-Zamora ha hecho ver que

...entre el fundamento jurídico de la autocomposición, a saber, la convicción de no tener razón, en todo o en parte, en cuanto a la pretensión formulada o en cuanto a la resistencia opuesta, y que conduce a... actitudes de renuncia o reconocimiento..., y los móviles internos que a ella impulsen, puede mediar divorcio y no coincidencia, tanto por faltar en el fondo la espontaneidad del sacrificio (autocomposición resignada o coaccionada), como por no ser éste altruista en realidad (autocomposición falsa o aparente).

El territorio natural de la composición es el de los conflictos sobre bienes o derechos disponibles. La autonomía de la voluntad se despliega con facilidad y el Estado se retrae y observa, cuidando —o debiendo cuidar— de que el ejercicio de la libertad no desemboque en abuso o atropello en agravio del más débil, problema que constituye siempre el filo de la navaja sobre el que circulan las soluciones compositivas, o culmine en injusticia o

lesión para el interés público, otro riesgo en el resbaladizo campo del avenimiento.

La contienda penal no ha sido el escenario regular del entendimiento entre víctima y victimario. El Estado *expropió* a éstos la facultad de arreglar su conflicto, y asumió la solución en una suerte de monopolio del poder punitivo, que sólo recientemente y de manera gradual se ha mermado en favor de la voluntad compositiva de los particulares, que “readquieren o rescatan”, como cosa suya, la solución del conflicto. Ésta no se privatiza —señalan los partidarios de la solución compositiva—, sino se “repersonaliza”, es decir, “vuelve a las partes” (Neuman).

Veamos las soluciones alternas, ateniéndonos a su identificación en el CNPP: acuerdo reparatorio y suspensión condicional del proceso (artículo 184). El ordenamiento mexicano prohíba la conciliación en varias vertientes, con la consecuente marginación del proceso, tendencia que aplaudo cuando se halla rodeada de garantías de racionalidad y justicia. Esta tendencia se observa en materia penal, hacia soluciones alternas o compositivas del litigio, que excluyen el enjuiciamiento ordinario, la tramitación del proceso por vía acusatoria y oral hasta el arribo de la sentencia de fondo, y la ejecución forzada de la condena.

Las medidas alternas son las “válvulas de escape” al sistema acusatorio diseñado por la Constitución y el CNPP; en ellas reside el “cambio de paradigma” que pudiera alojar el modelo procesal penal mexicano (Azzolini). De ahí la enorme importancia de estas figuras compositivas, favorecidas o instrumentadas por la ley emitida en 2015.

El sexto párrafo del artículo 18 constitucional, tras la reforma de 2005, que reorienta la justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal (que no es una justicia penal, según la apreciación certera del constituyente permanente [Villanueva Castilleja], no compartida por algunos observadores) señala que “las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema” (integral de justicia para adolescentes). El cuarto párrafo del artículo 17 constitucional indica que “las leyes

preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”. La citada enmienda de 2013 al artículo 73 facultó al Congreso de la Unión para legislar tanto en el orden procedimental penal como en materia de soluciones alternas y ejecución de sanciones.

El CNPP dedica el título I de su libro segundo, “Del procedimiento” a las “Soluciones alternas y formas de terminación anticipada”, todas las cuales suponen “economías de procedimiento y, en general, de persecución”—a menudo justificables— y entendimientos entre sujetos procesales que por este medio excluyen, reducen o mediatizan la tradicional potestad jurisdiccional penal y reconducen el procedimiento a través del *arreglo*; la pena *legal* se sustituye por la pena *contractual*, en palabras de Fairén Guillén. Es en este punto donde se plantea y resuelve la tensión entre justicia y economía.

La ley favorece la opción por las alternativas; o mejor dicho, la promueve: el CNPP alienta al MP y al juez de control en este sentido (artículos 131, fracción XVIII), e impulsa al defensor hacia la promoción de alternativas al proceso (artículo 117, fracción X).

Al examinar estos temas nos internamos en el espacio de la composición como alternativa del enjuiciamiento, y transitamos al análisis de la justicia restaurativa, que ha ganado aceptación y prestigio como método que enfrenta la criminalidad al amparo de valores y principios diferentes de los que caracterizan a los sistemas en boga, recupera procedimientos tradicionales que “emergen” nuevamente y cuenta con apreciables ventajas con respecto a los modelos punitivos convencionales: prevención de nuevos delitos, satisfacción de la víctima, facilitación de las tareas a cargo de los órganos de justicia penal y ahorro de recursos (Johnstone).

La justicia restaurativa ha marchado adelante en el pensamiento y la iniciativa de observadores y partidarios —así como de ór-

ganos internacionales— que denuncian el fracaso de los sistemas tradicionales de combate al delito y represión del delincuente. Entre ellos figura Elías Neuman, quien pondera las virtudes de la mediación penal: un “claro ejemplo de lo que alienta y pretende la justicia restaurativa fincada en la armonía entre los hombres y un cabal saneamiento de las desgarraduras que produce el delito en el entramado social”.

No es posible emitir un pronunciamiento terminante en torno a una cuestión que reviste tantas complicaciones prácticas y puede desembocar en aciertos o en fracasos que serían puntos de referencia —sin embargo, referencias débiles, insuficientes, cuestionables— para aceptar o rechazar en bloque alguno de los extremos en pugna. No hay duda, sin embargo, sobre la conveniencia de favorecer soluciones éticas a determinados aspectos de la contienda penal, para reconstruir la relación entre víctima y victimario, en la más amplia medida posible, y a la postre generar en el seno de la sociedad factores de paz, convivencia y solidaridad. Retornamos, pues, a las soluciones morales que militan al lado —y se diría por encima— de los expedientes puramente represivos. Habrá que ponderar con exquisito cuidado el movimiento de los platillos en la balanza de la justicia, para alcanzar soluciones pertinentes y razonables, que no dejen fuera los deberes de la justicia ni desdeñen la fuerza moral de las razones y las capacidades de los involucrados en el hecho criminal, conforme a sus características, a sus alcances, a su entidad.

La iniciativa que mayor influencia tuvo en el proyecto finalmente aprobado como Código Nacional acentúa la relevancia del papel que compete a la víctima y al ofendido en el proceso penal, que enlaza con la idea de incorporar en el proceso “figuras como el principio de justicia restaurativa cuyo fin es atender la esencia del conflicto derivado del hecho delictivo, con la consecuente participación y satisfacción de las víctimas u ofendidos”.

La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LMA) fue publicada el 29 de diciembre de 2014, es decir, apenas unos meses después del CNPP

y estuvo acompañada, como cabía esperar —o temer— por la reforma a siete artículos del CNPP. Éstos pudieron tener desde el principio la formulación que adquirieron a partir de aquella reforma, si se hubiera reflexionado acerca del camino y el destino que el legislador deseaba dar al régimen de soluciones alternas.

El CNPP señala dos soluciones alternas del procedimiento: el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso (artículo 184), figuras que, en general, merecen consideración favorable. El Código también menciona en el título I del libro segundo (artículo 185) que “el procedimiento abreviado será considerado una forma de terminación anticipada del proceso”. En rigor, todas estas figuras son soluciones alternas del litigio penal, que implican la exclusión del proceso ordinario, y aparejan negociación (sea vertical: entre la autoridad y el inculpado, con participación de la víctima u ofendido; sea horizontal: entre víctima y victimario).

La LMA ha querido incorporar la justicia restaurativa —débilmente anunciada en el CNPP—, a través de un ordenamiento que “reglamenta” o complementa al CNPP, y además se ha contraído a una figura específica acogida en este Código: los acuerdos reparatorios. Para ello establece un complejo sistema que abarca principios, derechos y deberes de los participantes, procedimientos, órganos y supervisión, entre otros datos inherentes al procedimiento de acuerdo.

En su versión original —pocos meses antes de las aportaciones de la LMA— el artículo 186 del CNPP definió los acuerdos reparatorios como “aquellos (es decir, aquellos acuerdos) celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la conclusión del proceso”. La LMA redefinió este último punto, diciendo: “tienen como efecto la extinción de la acción penal”. Ambas expresiones son aceptables y pudieron quedar en una sola fórmula si hubiera existido menos premura en la aprobación del CNPP, porque la

extinción de la acción penal lleva necesariamente a la conclusión del proceso.

Este mecanismo de solución viene al caso (artículo 187, CNPP) cuando se trata de delitos perseguibles por querrela o requisito equivalente, “o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido” agregó la reforma de 2015 al CNPP; agregado probablemente innecesario, dado que la persecución de los delitos sujetos a querrela cesa cuando se otorga el perdón; culposos o patrimoniales cometidos sin violencia contra las personas. El mismo precepto contiene algunos supuestos de improcedencia, entre ellos el de “delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las entidades federativas”, exclusión *ope legis* muy discutible si se trata —como efectivamente se trata— de impulsar la justicia restaurativa, que implica, entre otras cosas, el propósito de reconstruir la relación entre víctima y victimario.

La LMA contempla la existencia de personajes que actúan en este ámbito, como el facilitador (artículos 48 y ss., LMA) y los órganos del Estado especializados en la práctica de estos “mecanismos” (artículos 40 y ss., LMA), y los “seguimientos” para el cumplimiento de los acuerdos adoptados (artículos 36 y ss., LMA). Este ordenamiento ha creado un frondoso aparato de agentes y de laboriosos procedimientos. Si se alcanzan los objetivos asignados a cada pieza de este conjunto, los resultados pueden ser muy atractivos sin perjuicio, por supuesto, de la indispensable valoración a la que han de estar sujetos desde la perspectiva de la justicia. El despliegue de medios es notable e invita a la reflexión y a la observación. No olvidemos que el fracaso de los sustitutivos de la pena privativa de libertad se ha debido, en mucho, a la carencia de adecuados y eficientes instrumentos de acompañamiento y verificación.

Llaman la atención la figura del facilitador y el posible ingreso de la comunidad a la solución concertada de las controversias. El facilitador —con ésta u otras denominaciones— es una figura universalmente reconocida en el escenario de la justicia restaurativa y las soluciones alternas. Tiene importante papel —de

verdadero protagonista— en la mediación (artículo 21 LMA), en la conciliación (artículo 25 LMA) y en la junta restaurativa (artículo 27).

No menos llamativa es la participación de la *comunidad afectada* en la *junta restaurativa* a la que se refiere el artículo 27 LMA. No se ha expuesto el detalle para la identificación de la comunidad participante (conforme a la “afectación” que el delito ha causado en ella), de la convocatoria a la junta en la que puede participar y del peso que en ésta tengan sus aclamaciones y reclamaciones. Por ello será muy relevante el criterio que adopten los órganos estatales a cargo de los mecanismos y, sobre todo, el acierto con que se conduzca el facilitador, cuyo desempeño se halla en el corazón mismo de la junta restaurativa, como se desprende del procedimiento instituido en el artículo 27. Una vez más, el facilitador será artífice de los resultados que arrojen los *mecanismos*.

Para alentar la *confianza* de las partes en el intento de acuerdo reparatorio, que pudiera resultar infructuoso, el Código dispone con sentido práctico —aunque de nuevo se ponga distancia entre la verdad real y la verdad convencional— que “la información que se genere como producto de los acuerdos reparatorios no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso penal” (artículo 196).

Ocupémonos en seguida de la suspensión condicional del proceso. El artículo 191 del CNPP indica que dicha suspensión es “el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado” (pero la suspensión no es, en rigor, un planteamiento) que contiene:

...un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias... condiciones (mencionadas por el CNPP) que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que en caso de cumplirse pueda dar lugar a la extinción de la acción penal.

El artículo 195 del CNPP establece un muy amplio conjunto de posibles condiciones que el juzgador de control podrá imponer al imputado para los fines de la suspensión condicional del proceso. Se trata de un verdadero “plan de vida” que es preciso considerar con racionalidad, a fin de evitar excesos que lesionen al imputado de manera improcedente. Es preciso analizar con gran objetividad la pertinencia de la condición con relación en los objetivos de la suspensión. Se halla latente la posibilidad de excesos que oscurecerían el panorama de esta solución alterna, de suyo complejo.

No deja de inquietar el hecho de que a pesar de ser tan extenso el conjunto de medidas previstas en el catálogo legal, éste no limita la potestad judicial ni brinda al imputado, en consecuencia, suficiente seguridad. El primer párrafo del precepto citado señala que el juez “determinará imponer al imputado una o varias de las condiciones que deberá cumplir, las cuales en forma enunciativa mas no limitativa se señalan...”. Y la fracción XIV ensancha la discrecionalidad judicial cuando acepta “cualquier otra condición que, a juicio del juez de control, logre una efectiva tutela de los derechos de la víctima”.

En el marco de las soluciones alternas examinadas en los párrafos precedentes podemos inscribir, bajo la misma línea del entendimiento y la economía, los denominados “acuerdos probatorios” celebrados “entre el Ministerio Público y el acusado (artículo 345). Nos encontramos en el territorio de la prueba convencional, establecida mediante acuerdo entre los contendientes, no mediante investigación de las autoridades a las que compete —se supone— la veracidad y la justicia en el proceso. De aquel sistema probatorio “puede resultar un perjuicio para la verdad y, por tanto, para la justicia”. En la discusión sobre este punto se observa que

...el sacrificio de la verdad es la contrapartida inevitable de una ventaja que se asegura mediante ese riesgo; y aquí debe tenerse en cuenta el beneficio de la certeza que es la base del sistema de

la prueba legal o más bien de todo el sistema de la prueba legal”. El “poder de disposición de las partes en cuanto a la valoración de las pruebas marcha paralelamente con su poder de disposición sobre la tutela de los intereses en litigio” (Carnelutti).

El CNPP no restringe la posibilidad de estos arreglos a determinado conjunto de delitos, como ocurre en los supuestos de acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso. Podemos entender que los inquietantes acuerdos, que forjan una *verdad convencional*, ciñen el objeto del proceso en todos los supuestos. De esta suerte se ha *negociado* el alcance del proceso en cuanto a su tema o materia y, por vía de efecto, en lo que respecta a las consecuencias jurídicas del delito real o supuestamente cometido.

Existe una doble posibilidad de ejercer cierto control sobre las desviaciones que puede entrañar el arreglo o acuerdo probatorio. La frontera reside tanto en la oposición del ofendido o víctima, que no es determinante, puesto que puede ser desechada por el juzgador, como en la decisión de este mismo, que debe mirar hacia la justificación del acuerdo propuesto “por existir antecedentes de la investigación con los que se acredite el hecho”.

En la fracción III del apartado B del artículo 20 constitucional aparece también una norma de considerable alcance en torno a la delincuencia organizada. El segundo párrafo no sólo autoriza, sino ordena modalidades especiales en la persecución, la sanción y la “premiación” de sujetos involucrados en esa criminalidad: “la ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada”.

Tenemos aquí otra expresión, muy relevante, del arreglo entre el MP y el inculcado. Ese fragmento, heredado de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, ha “constitucionalizado” un supuesto excepcional, que operaba en la penumbra de aquel ordenamiento y ahora se manifiesta a la luz de la pro-

pia Constitución. Se quiere instituir un régimen de “beneficios”, medidas “premiales”, a favor de ciertas personas y a propósito de delincuencia organizada, no de otras hipótesis de persecución penal. Tómese en cuenta, en segundo término, que esta disposición “benéfica” abarca tanto a inculpados como a sentenciados: afecta, pues, la marcha del proceso y el cumplimiento de la condena.

Como resumen de lo dicho en las páginas anteriores, podemos señalar que si se observa la “marcha de los acontecimientos”, se advertirá que progresa, quizás incontenible, la opción por soluciones negociadas en el ámbito de la justicia penal, llámense privatizadoras, llámense “personalizadoras”. Constituyen, según los entusiastas de esta vía, la mejor posibilidad de lograr justicia: haciéndola los mismos justiciables, no apenas recibéndola de otra persona. Generalmente esas opciones sólo operan frente a delitos de escasa lesividad, cuyo espacio se amplía cautelosamente. El Estado y la sociedad se interesan menos en ellos e inclusive quisieran liberarse de una carga que agobia —¿innecesariamente? ¿Perturbadoramente?— los cauces formales de la procuración e impartición de justicia. En todo caso, es cierto que la operación estricta de la legalidad penal, sin injerencia de procesos de autocomposición ni alivios que sustituyan o aligeren el enjuiciamiento, no parece alcanzar —en la realidad— los fines para los que fue pensada y en los que deposita, todavía, sus mejores defensas.

Como he dicho en otra ocasión, las decisiones finales de política criminal, insertas en una política social de más amplio espectro, deben tomar nota del medio al que se dirigen y del momento en el que se aplican: desarrollo, fortaleza institucional, cultura de legalidad, respeto por los bienes de la persona y de la sociedad, rechazo de la violencia, adhesión a la paz, civilidad. No es sensato prescindir de ciertos principios característicos de la justicia en una sociedad democrática; tampoco, desatender el diagnóstico social y administrar la misma receta en todas las circunstancias.

50. MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares se sustentan en un examen de probabilidades en torno a la situación presente y a la necesidad futura; aquélla tiene que ver con el conocimiento que ya se tiene sobre el tema de la contienda y ésta se relaciona con la posibilidad de que el proceso se desarrolle normalmente y de que sea ejecutable, en su oportunidad, la sentencia que se dicte.

Por ello se consideran el *fumus boni juris* y el *periculum in mora*. Al referirse al *periculum in mora*, Calamandrei hace notar que aquel aparece cuando

...hay necesidad de que para obviar oportunamente el peligro de daño que amenaza el derecho, la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta, de manera que, en espera de que se madure a través del largo proceso ordinario la providencia definitiva, se deba proveer con carácter de urgencia a impedir con medidas provisorias que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera.

Y en cuanto a la apariencia de buen derecho, señala que

...la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia de derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar.

Las medidas cautelares tienen características específicas en el proceso penal “derivadas fundamentalmente de la relevancia constitucional que presentan determinadas medidas de carácter personal cuando inciden en derechos fundamentales, del principio de oficialidad y de la necesaria presencia del acusado en el juicio” (Armenta Deu).

Las cautelares entrañan —resume Aragoneses— actos de coerción consistentes “en una limitación más o menos intensa de la libertad física de una persona o de la disponibilidad de ciertas cosas por tal persona para una finalidad procesal penal”.

No abundaré ahora sobre la evidente tensión que existe entre las medidas cautelares penales restrictivas de libertad —en rigor, privativas de ésta— y la presunción de inocencia que supuestamente favorece al imputado. Difícilmente se justificará —aunque se explique con designio pragmático— la prisión de un sujeto cuya responsabilidad penal no ha sido acreditada: se trata, en verdad, de un anticipo de la sanción que pudiera imponérsele, o que nunca se impondrá si se le declara inocente de los cargos que provocaron la adopción de la medida.

Las medidas calificadas como cautelares serán “impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento” (artículo 153 del CNPP).

Retengamos varios extremos de la legislación procesal, que determina la esencia y las fronteras de la medida. Uno de ellos es el propósito estricto de la medida en los términos del artículo 153 transcrito. Éste alude a las condiciones que justifican y acotan la adopción de medidas restrictivas de derechos y libertades. A este respecto, la legislación constitucional y secundaria ha ido más allá de las fronteras naturales de una medida cautelar, en tanto la autorizan en supuestos que no se vinculan rigurosamente con los que aparecen en el artículo 153 (que desde luego no tiene rango constitucional, pero regula el tema con mayor acierto que el texto supremo proveniente de la reforma de 2008).

El CNPP establece el contenido de los conceptos que maneja el artículo 153; lo hace a través de una serie de elementos —fruto de la experiencia— aportados por el MP u observados por el propio juzgador (agregaré: y provistos por la autoridad supervisora de medidas cautelares) cuya valoración casuística permita advertir, hasta donde sea posible, que existe o no peligro de sus-

tracción del imputado (artículo 168), probabilidad de obstaculización del desarrollo de la investigación (glosemos: no sólo de la investigación, sino de todo el procedimiento) (artículo 169) o riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad (artículo 170). Volveré sobre algunos de estos conceptos al referirme a la prisión preventiva, en la que se actualizan con fuerza las consideraciones restrictivas de derechos inherentes a las medidas cautelares.

Otro extremo que es preciso destacar figura en el artículo 156, bajo el epígrafe de “proporcionalidad”, que no abarca necesariamente toda la materia a la que se refiere el precepto, pero pone al intérprete sobre una pista adecuada. El juzgador que dispone la medida —juez de control— debe aplicar “el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución”, que de ninguna manera contiene una correcta referencia sobre este asunto. Con una redacción que pudo ser más directa y terminante, el artículo 156 menciona —con razón— elementos a considerar por el juzgador para resolver la medida: idoneidad y proporcionalidad, esto es, que la medida sea pertinente para el logro de los fines a los que sirve —los mencionados en el artículo 153— y que su aplicación no implique mayor quebranto que el que se trata de evitar.

Evidentemente, el juzgador debe llevar adelante un complejo juicio en torno al riesgo de evasión, la posible afectación del procedimiento, la seguridad de la víctima o de los testigos. Esto implica un diagnóstico razonable y apunta a un pronóstico, concepto muy debatido en el ámbito penal —en el que atrae inquietantes consideraciones sobre peligrosidad o temibilidad—, pero difícilmente excluible del razonamiento del juez que analiza la pertinencia e idoneidad de la medida cautelar y que deberá “justificar —en la resolución que dicte— las razones por las que la medida cautelar es la que resulta menos lesiva para el imputado” (último párrafo del artículo 156). Obviamente, este razonamiento correrá en paralelo al que sustente la opción por determinada

medida cautelar: necesidad y características de ésta, a la luz de los fines que se pretende alcanzar.

En este terreno, el CNPP pretende brindar al juez apoyo externo, *científico o técnico* —que no menciona con estas calificaciones—. Así, señala que para determinar la idoneidad y proporcionalidad mencionadas “se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral, en términos de la legislación aplicable”. Entra en juego el órgano previsto por el CNPP —novedoso en relación con la legislación anterior— bajo el nombre de “Autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso” (artículos 176 y ss.), órgano al que aludí líneas arriba y cuya función es “proporcionar a las partes información sobre la evaluación de riesgos que representa el imputado y el seguimiento de las medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso” (artículo 176).

Erróneamente se ha invocado solamente a las partes, no al juzgador, que será quien pondere la información provista por aquella autoridad, sea que la reciba directamente, sea que la examine a través de los planteamientos de las partes. Por supuesto, cualesquiera que sean la competencia profesional de los analistas y la calidad de su análisis, el juez será responsable de la decisión que adopte.

El artículo 155 refiere, en larga relación, diversos “tipos de medidas cautelares”, que se proyectan en unos casos hacia la persona misma del imputado, y en otros, hacia su patrimonio. Es positivo que el ordenamiento despliegue un amplio elenco de medidas, como alternativas razonables a la prisión preventiva —por ser menos invasivas del ámbito de libertad, sin mengua de su eficacia cautelar—, entre ellas el empleo de “localizadores electrónicos”, método que suscita, sin embargo, diversos cuestionamientos.

En este sentido, el régimen del artículo 155 ha sido benéfico, pero el mismo precepto erró gravemente al recoger en el catálo-

go la medida que conocemos como “arraigo”, entronizada por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y “constitucionalizada” por la reforma de 2008 a la ley suprema. Esta recepción ocurre bajo la ya citada fracción VI del artículo 155, que permite “el sometimiento (del imputado) al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada”.

Se atribuye al MP y a la víctima u ofendido la facultad de solicitar la adopción de medidas cautelares, una vez formulada la imputación o vinculado a proceso el imputado (artículo 154). Acertadamente, el CNPP establece un procedimiento contradictorio, con audiencia de partes, para la imposición de medidas cautelares, su revisión, modificación o conclusión, en la correcta inteligencia de que las medidas son temporales y revisables conforme a las circunstancias (artículos 157 y ss.), sin perjuicio de las reglas específicas aplicables a la prisión preventiva.

En el escenario de este procedimiento —que constituye otra positiva aportación del Código Nacional— adquiere importante presencia la autoridad supervisora a la que antes me referí, un ente administrativo-técnico llamado a ejercer un relevante papel en el procedimiento penal, y al que habrá que mantener dentro de los linderos que trazó el legislador y observar en su efectiva subordinación a los principios que rigen su desempeño y en la sana relación con las partes y con diversas fuentes de información.

En lo que respecta al tema que ahora desarrollamos, esa autoridad “se regirá por los principios de neutralidad, objetividad, imparcialidad y confidencialidad”. Cuenta con muy amplias atribuciones (artículo 177), entre las que figuran intervenciones frecuentes e invasivas en la vida del imputado, como el requerimiento a éste de muestras o de resultados de exámenes de laboratorio para acreditar consumo de alcohol o drogas (fracción V).

No sobra insistir en la necesidad de “custodia del custodio”, es decir, “supervisión del supervisor”, así como control judicial sobre medidas de notoria relevancia o severa injerencia en la vida del imputado. Siempre estará presente el riesgo de que el sistema

garantista pretendido por el legislador tenga “vías de escape” a través del régimen de supervisión, que es, en sí mismo, incuestionable e indispensable.

51. DETENCIÓN

La detención por cualquier sujeto se limita a la hipótesis de flagrancia, desfigurada por el CNPP a través de la “flagrancia por señalamiento”. La detención a manos de una autoridad se sujeta a la propia flagrancia, a la existencia de un “caso urgente” y al cumplimiento de una orden de aprehensión. Ésta proviene del juzgador, previa instancia del MP.

La privación de libertad vinculada a un procedimiento penal que apenas inicia —en rigor, el procedimiento a menudo comienza con la propia privación de libertad— debe satisfacer condiciones de forma y fondo. Al hablar de los requisitos para la injerencia de la autoridad en el ámbito de la libertad personal, me he referido a las condiciones de fondo de una orden de aprehensión —con reducción de garantías merced a la reforma de 2008 al artículo 16 constitucional—; en cuanto a las de forma, éstas se asocian a la emisión de la orden por autoridad judicial competente, atendiendo a las formalidades previstas por la ley.

La jurisprudencia interamericana se ha pronunciado sobre las condiciones que debe satisfacer una orden de detención, tema al que se refiere el artículo 7o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sirve a “la protección de la libertad del individuo contra la interferencia arbitraria o ilegal del Estado y, a su vez, la garantía del derecho de defensa del individuo detenido” (*Caso Instituto de Reeducción del Menor*). No basta con que la detención sea legal; también debe ser legítima. El mismo artículo 7o. del Pacto de San José, en su apartado 3, prohíbe la detención por “causas y métodos que —aun calificados como legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad”.

52. PRISIÓN PREVENTIVA

En este punto recogeré expresiones contenidas en mi *Panorama del proceso penal*. La privación preventiva de la libertad, conectada con un procedimiento penal en marcha, es esencialmente injusta, sin perjuicio de los motivos que pudieran conferirle ventajas prácticas. Constituye, en expresión del clásico Beccaria —tecnicismos a un lado—, “una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito”. Carnelutti la coloca a media vía entre la restitución y la pena. Existe una colisión entre la presunción de inocencia y las medidas de coerción, colisión que se radicaliza en la hipótesis de privación cautelar de libertad. En nuestros países —o acaso en el mundo entero— se utiliza demasiado la preventiva. Esta tendencia pugna con recomendaciones internacionales y genera en el universo penitenciario el gravísimo problema de los presos sin condena, que agobia a las prisiones latinoamericanas (Elías Carranza *et al.*).

El sistema acusatorio restringe el empleo de la prisión preventiva; prefiere la libertad. De ahí el rigor de alguna jurisprudencia que revisa los extremos de la prisión preventiva, habida cuenta de la afectación que ésta significa para el derecho fundamental de libertad y considerando la necesidad de que se halle suficientemente fundada y de que en la orden respectiva —que puede reconducirse como negativa de excarcelación— se observen las exigencias de fondo y forma que la legitiman.

Los supuestos de prisión preventiva deben hallarse claramente previstos en la ley, lo cual lleva a cuestionar la discreción judicial para resolver el encarcelamiento cautelar. Pero la mera previsión legal no legitima la preventiva. Es reprobable que la ley establezca supuestos de prisión preventiva forzosa u obligatoria, más allá de las hipótesis que concurren a *justificarla*, como hoy día lo hace la legislación mexicana: en peores términos la Constitución que el CNPP.

En cuanto a los extremos que debiera satisfacer la orden de prisión preventiva, el profesor Fairén Guillén puntualiza criterios

atendibles: ante todo “la prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar preventiva, restrictiva de la libertad de locomoción, tendrá el carácter de excepcional, y nunca será obligatoria por la ley ni tendrá carácter punitivo”.

Para resolver esta medida, es preciso, por una parte, que haya prueba de la que se desprenda una fuerte probabilidad de que el inculpado sea responsable de un delito de gravedad elevada, medida en función de la punibilidad prevista en la ley, para evitar que por infracciones de “bagatela” se restrinja un derecho fundamental. También es necesario que exista presunción bien sustentada de que el sujeto procurará sustraerse a la justicia, afectar a quienes participan en el proceso o destruir pruebas.

El artículo 202 del proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica reclama —además de la existencia de elementos de convicción para sostener razonablemente que el imputado es probable autor o participante en un delito— “la existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad”. Y en seguida el mismo proyecto detalla en qué circunstancias se fundará la apreciación sobre la existencia de peligro de fuga (artículo 203) y peligro de obstaculización (artículo 204).

Aquí caminamos sobre tierra movediza. Se pretende, nada menos, formular un pronóstico sobre la conducta de la persona, aparentemente sencillo en algunos casos —por datos objetivos—, y sumamente complicado en otros, además de que siempre es controvertible la afectación de derechos en virtud de pronósticos, que se basan en probabilidades, suposiciones, inferencias, conjeturas. En el fondo de estas consideraciones también se agita un tema escabroso: la peligrosidad.

La prisión preventiva está limitada por los principios que acoetan la imposición de medidas cautelares. La jurisprudencia interamericana ha estudiado con frecuencia los límites de la preventiva, y sostenido que “ésta es la medida más severa que se le puede

aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”.

Aunque la lógica del sistema acusatorio favorece el desarrollo del procedimiento con libertad del imputado, la alarma social por la delincuencia creciente o muy lesiva determina otras soluciones: negativa franca de la libertad y empleo de la prisión preventiva, o exigencia de caución muy elevada, sea para prever el resarcimiento por el daño causado, sea para retener al inculcado en prisión.

En fin, las necesidades de la realidad —en orden a la marcha de la administración de justicia, no siempre de la justicia misma— han llevado a tolerar la preventiva en algunos supuestos que el propio Beccaria reconoció: probabilidad de que el imputado se sustraiga al proceso y riesgo de que altere la marcha de éste, motivos —y límites— que acoge la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la interpretación de la Convención Americana, vinculante para los Estados parte en este pacto, entre los que figura México.

Ahora bien, en ninguno de estos instrumentos se propicia la valoración de la *peligrosidad* del imputado —vía para el retorno del Derecho penal de autor, que ha ganado terreno en el ordenamiento y en la práctica penal de nuestro país—, pretensión que parece desprenderse —pero no puedo asegurar enfáticamente que así sea— de uno de los textos considerados en el proceso de elaboración del CNPP: la iniciativa del 30 de abril de 2013. Esto se vincula con los factores a considerar en torno a la pertinencia de la prisión preventiva.

En esa iniciativa del 30 de abril se sugiere

...reconocer y reglamentar los servicios previos a juicio, una buena práctica que ha sido documentada en algunas entidades federativas de la República mexicana, que cuentan ya con dichas

oficinas. Deberán ser instrumentadas en aquellas instituciones que permitan generar, entre las partes intervinientes y el público en general, una percepción de objetividad, y tendrán como función obtener toda la información que permita hacer una evaluación ponderada del riesgo que el imputado representa en términos de probabilidad de fuga, de la afectación de la víctima o de la comunidad.

Prefiero rescatar el propósito —que no se satisfizo en toda su extensión— que expone el mismo documento de

...que la regulación de las medidas cautelares (glosemos: entre ellas, la más importante, la prisión preventiva) sea acorde con los principios constitucionales y con los instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por México y que ahora constituyen el bloque de regularidad constitucional, en virtud de la reforma de derechos humanos publicada en 2011.

Examinemos a continuación las disposiciones sobre prisión preventiva contenidas en la Constitución a partir de la reforma de 2008, por una parte, y las incluidas en el CNPP, por la otra. En el artículo 20 constitucional, apartado B, fracción IX, quedaron incorporadas algunas prevenciones acerca de la prisión preventiva, que es preciso conectar con las normas sobre la misma materia en los artículos 18 y 19 de la ley suprema. Conviene destacar tanto la prisión preventiva a solicitud del MP como la discutible preventiva oficiosa o forzosa, que dispone el juzgador *ope legis* y que “da pauta al abuso de la prisión preventiva, contradiciendo el espíritu de la reforma” (Urosa Ramírez), contradicción con respecto al componente democrático de la ambigua reforma de 2008, no así con su componente autoritario, del que deriva en línea recta la privación oficiosa de la libertad.

El MP solicitará al juzgador la prisión preventiva del imputado cuando no parezca suficiente, en la especie, la adopción de otra medida cautelar por los motivos que señala la propia Constitución, o bien, “cuando el imputado esté siendo procesado o

haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”, supuestos, éstos, que evidentemente desbordan el marco natural de la preventiva, trasladando a un proceso situaciones relacionadas con otros.

La preventiva forzosa u oficiosa, determinada por el juzgador sin necesidad de pedimento del MP, tiene que ver con los delitos por los que se sigue el proceso y en tal virtud constituye una típica anticipación de la pena o una medida de prevención general, que se halla fuera de lugar. La relación de supuestos para esta forma anómala de medida cautelar es muy extensa, tanto en los términos de la Constitución como en la lista verdaderamente enciclopédica que contiene el artículo 167 del CNPP. Por cierto, esta relación vincula la preventiva con preceptos del Código Penal Federal, no así —y sería impracticable cualquier ensayo de formulación casuística— con los artículos de los códigos locales a los que inevitablemente deben remitirse los jueces estatales y del Distrito Federal, que se verán forzados, seguramente, a buscar las concordancias entre el CNPP y dichos códigos particulares.

Si se mira con desgano la prisión preventiva, es necesario ponerle plazo y sustituirla cuando lo permitan las circunstancias del caso. También aquí se plantea el problema del plazo razonable, que sube de punto cuando el inculpado se halla cautivo. No es razonable prolongar excesivamente la privación de libertad, y menos todavía si el motivo es la demora injustificada en la impartición de justicia.

La ley suprema conserva disposiciones tradicionales: la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo máximo de reclusión que correspondería al delito cometido, y ese tiempo se computará para los fines de la pena impuesta. Añade, como novedad, la conclusión automática de la prisión cuando ésta alcance dos años sin que se dicte sentencia, “salvo que la prolongación se deba al ejercicio de defensa del inculpado”. Un año es el tiempo máximo para la duración del juicio por delitos sancionados con las penas más ele-

vadas, conforme a la fracción VII del apartado B del artículo 20 constitucional, que dispone el plazo: “antes de un año”.

Esta regla quiere conciliar las necesidades a las que sirve la prisión cautelar con la justicia que debe gobernar la conducta persecutoria del Estado. Supone diligencia en la conducción de los procesos y en la actuación de autoridades directamente obligadas por la garantía constitucional: el titular de la jurisdicción, por una parte, y el MP, por la otra.

La norma constitucional suscita algunas cuestiones importantes. En primer término, no dispone salvedad alguna en lo que respecta a categorías de delitos o de probables infractores; por ejemplo, la delincuencia organizada. En segundo término, la citada fracción IX señala que la prisión podrá extenderse por más de dos años cuando la prolongación del proceso “se deba al ejercicio del derecho de defensa del inculpado”. ¿En qué casos será la defensa responsable de la tardanza y en qué supuestos se deberá ésta a la combinación de las conductas procesales de los sujetos y participantes en el enjuiciamiento?

Por lo demás, ¿es debido poner en hombros del inculpado, que ejerce un derecho constitucionalmente previsto y esencial dentro del proceso —la defensa—, ciertas consecuencias desfavorables que pudiera traer consigo su conducta legítima e incluso necesaria? ¿Se podría definir una segunda etapa de *comprensión o tolerancia* para la demora procesal, al cabo de la cual sobrevenga, sin más indagaciones, la excarcelación del sujeto?

En tercer término, habrá que ver cómo debe entenderse la expresión: “Si cumplido este término (*rectius*: plazo, de dos años) no se ha pronunciado sentencia...”. La privación cautelar de la libertad puede correr a lo largo del procedimiento, eventualmente desde la etapa de investigación y hasta que se dicte sentencia de la que derive la liberación definitiva del sujeto o la sumisión también definitiva de éste a prisión sancionadora (o a pena diversa).

Consecuentemente, habrá que entender —otra cosa implicaría restricción secundaria de una garantía constitucional— que

el plazo de dos años para que cese la prisión preventiva abarca todo el tiempo que ha durado la privación cautelar de la libertad, y que la prisión necesariamente concluirá cuando transcurran esos dos años y no se cuente con sentencia firme inatacable (salvo por medio de amparo).

Observemos ahora que el CNPP introdujo novedades que amplían con acierto la garantía constitucional. Vale destacarlo en mérito del Código. Esto concierne a los siguientes puntos: *a*) la duración de la preventiva en general (artículo 165, segundo párrafo), que no excederá de un año; *b*) la sustitución judicial de la preventiva oficiosa, a solicitud del MP, por “no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad” (artículo 167, último párrafo), y *c*) la aplicación de la medida en el domicilio del imputado o en centros médicos o de cuidado de la salud cuando se trate de persona mayor de setenta años, enfermos graves o en fase terminal, mujeres embarazadas y madres en el periodo de lactancia (artículo 166). En cuanto a la segunda hipótesis, nótese que la sustitución se condiciona a que exista pedimento del MP. Sería preferible que el propio juzgador pudiera resolverla cuando advierta que existen los supuestos marcados por el citado párrafo del CNPP.

53. ARRAIGO

El denominado *arraigo*, al que incidentalmente aludí *supra*, ha sido una de las medidas cautelares más fuertemente controvertidas y más insistentemente retenidas y hasta ampliadas en la legislación mexicana, a partir de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada e incluso por obra de la reforma constitucional de 2008. Esta medida anticipa de hecho, con cobertura *de iure*, la prisión preventiva del imputado, desatiende la presunción de inocencia e implica la detención para investigar y no, como sería debido, la investigación para detener.

Por supuesto, no me estoy refiriendo al arraigo tradicional, regularmente contemplado en la legislación procesal civil e incluso penal, que se reduce a la prohibición de salir de un lugar determinado —ciudad, región o país—, sino al arraigo concebido como verdadera detención del sujeto, originalmente aplicada en locales más o menos ocultos e informales, y luego practicada en establecimientos de manera ostensible y frecuente: notorios *centros de arraigo*.

El generalizado cuestionamiento del arraigo, cuya inconstitucionalidad fue apreciada por la Suprema Corte de Justicia (acción de inconstitucionalidad 20/2003), hizo que sus favorecedores prohijaran la “constitucionalización” de la medida, que así se elevó desde el subsuelo de la inconstitucionalidad hasta la cumbre de la Constitución.

El dictamen de los diputados del 10 de diciembre de 2007, conducente a la reforma constitucional del año siguiente, favoreció el arraigo. Sostuvo: “Es claro que la creciente organización de la delincuencia, incluso transnacional, ha puesto en algún nivel de riesgo las clásicas instituciones jurídico-procesales, por lo que el legislador ha ampliado el espectro de medidas eficaces para contrarrestar su impacto en la percepción de inseguridad pública, una de éstas es el arraigo”. En sentido similar se pronunció, mecánicamente, el correspondiente dictamen de la Cámara de Senadores, frente a esa “propuesta novedosa para el tratamiento de la delincuencia organizada”.

Pese al clamor nacional e internacional, el CNPP no suprimió esta medida, sino la “disfrazó”, a través de otra figura todavía más inquietante e irregular. En efecto, entre las medidas cautelares previstas por el artículo 155 se halla “el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada” (fracción VI), providencia cuya vigilancia queda a cargo de la autoridad instituida por el CNPP para supervisar el cumplimiento de las medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso (artículo 177, fracción VII).

Algunos analistas de la ley procesal justifican el arraigo en función de las graves condiciones de inseguridad que prevalecen actualmente y de la necesidad de enfrentar con vigor la delincuencia organizada. Así, Moreno Cruz señala:

“si bien es cierto que con esta disposición se está ignorando el principio de presunción de inocencia, debe entenderse que es necesaria”; “el arraigo es atentatorio a derechos inherentes a la persona, pero considerando que se circunscribe a los hechos contemplados dentro del ámbito de delincuencia organizada, el arraigo con rasgo (¿rango?) constitucional lo entiendo como una excepción justificable para combatir la inseguridad”; “es una medida dura pero necesaria”.

54. MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

La justa preocupación social por la suerte de la víctima u ofendido, y el consecuente interés del legislador han determinado la regulación de las denominadas “medidas de protección y providencias precautorias” (capítulo I del título VI del libro primero del CNPP). Su inclusión en el Código responde al frecuente señalamiento acerca de la desprotección real del ofendido o víctima en el curso de la investigación y el proceso, que requiere una eficaz intervención correctiva por parte del Estado.

Hay comunidad de objetivos e incluso de naturaleza entre las medidas previstas para la protección inmediata de ofendido, víctima y sociedad, y las cautelares recogidas en otro espacio del CNPP, comunidad que pudo sustentar el tratamiento unitario de unas y otras a través de una cuidadosa regulación.

Las medidas que ahora examino tienen carácter cautelar, si se considera que buscan proteger bienes jurídicos en riesgo, favorecer el proceso y permitir, en su hora, la ejecución de la sentencia. Nótese que esa protección se destina única y exclusivamente a la víctima u ofendido; por lo tanto, no es pertinente adoptar medi-

das de este carácter en atención a un posible resguardo de grupos sociales (sin individualización de beneficiarios, a título de víctimas u ofendidos) o de la sociedad en general. Para ello servirán otras acciones de policía o buen gobierno, que desde luego es necesario regular y aplicar.

En el régimen del CNPP, el MP puede adoptar medidas de protección que se dirigen, sobre todo, a la salvaguardia de los individuos en lo que respecta a su seguridad personal, su integridad, su incolumidad (artículo 137); las precautorias, cuya adopción incumbe al juez de control a solicitud del MP, se destinan al resguardo de bienes para garantía de reparación del daño (artículo 138). De ahí que las medidas de protección se relacionen primordialmente con acciones de policía, limitaciones al tránsito, la visita o la residencia, y las precautorias, con afectaciones patrimoniales: embargo e inmovilización de cuentas y valores (artículo 138).

No parece justificado que el MP pueda ordenar, por sí mismo, las medidas de protección sobre personas —medidas que acotan derechos y libertades—, y se encomiende exclusivamente al juez, en cambio, la adopción de providencias precautorias sobre bienes de carácter material. Es conveniente —además de posible, mediante comunicaciones expeditas— que sea el juzgador quien acuerde todas las medidas, a petición del MP.

Las providencias destinadas a brindar tutela a la persona o a los bienes e intereses del ofendido o víctima frente al imputado (artículo 137) corresponden a la prevención genérica de males posibles o probables, que el MP debe ponderar para evitar abusos y limitaciones o restricciones arbitrarias a los derechos del imputado, cuando apenas inicia el procedimiento penal y se está lejos —en general— de disponer de medios de prueba que sustenten los temores del beneficiario de la medida y de la autoridad que la adopta.

Insistamos: las medidas de protección y precautorias —como cualesquiera de orden cautelar— entrañan acotamientos a derechos y libertades de quien aún no ha sido reconocido como res-

ponsable de delito. Por lo tanto, se extienden sobre sujetos a los que ampara la hipotética presunción de inocencia, principio vertebral del enjuiciamiento de orientación liberal y democrática. Por ende, deben plegarse a los principios que legitiman tales actos: legalidad —que la hay, en los términos del CNPP—, necesidad, pertinencia, inevitabilidad, proporcionalidad, temporalidad. El MP que dispone las medidas de protección —se entiende que con carácter urgente y/o por motivos apremiantes— debe atenerse a esos principios y ejercer un estricto juicio de ponderación. Por fortuna, éste se sujeta al control jurisdiccional. El juez de control ejercerá, con audiencia de los interesados, sus atribuciones de esta naturaleza: convalidará, ratificará o modificará (artículo 137, antepenúltimo párrafo).

El artículo 140, que se localiza en diverso capítulo (II, “Libertad durante la investigación”), contiene otra medida de protección de más amplio espectro, enlazada con la libertad del imputado en el supuesto de que se detenga a éste en situación de flagrancia, no sea practicable la llamada prisión preventiva oficiosa y el MP no se proponga solicitar la prisión preventiva ordinaria como medida cautelar. En tal supuesto, el MP liberará al detenido y:

...lo prevendrá a fin de que se abstenga de molestar o afectar a la víctima u ofendido y a los testigos del hecho, a no obstaculizar la investigación y comparecer cuantas veces sea citado para la práctica de diligencias de investigación, apercibiéndolo con imponerle medidas de apremio en caso de desobediencia injustificada.

Digo que aquí viene a cuentas una medida de protección de más amplio espectro, porque el MP previene al imputado sobre el respeto que debe a la víctima u ofendido, a través de expresiones tan genéricas y ambiguas como *molestar* y *afectar* —cuyo alcance no es particularmente preciso—, y porque aquella autoridad adelanta al imputado los datos que justificarían la prisión preventiva que pudiera disponer la autoridad judicial: evitar mo-

lestias y afectaciones a los testigos —lo que implica preservación de los medios de prueba y, en definitiva, de la buena marcha del proceso—, no obstaculizar la investigación y comparecer para la práctica de diligencias.

Por ser cautelares y hallarse sujetas a las decisiones finales en el proceso principal, las medidas de protección y las providencias precautorias tienen duración limitada y condicionada (artículo 139). En suma, existe un plazo perentorio; no ignoramos que el transcurso de éste no constituye, por sí mismo, garantía de que han cesado las causas que determinaron las medidas, pero la disposición del CNPP es terminante: no más de noventa días, incluida la prórroga. Esto es aplicable —puesto que se trata de una restricción de derechos y no hay salvedad en el ordenamiento procesal— incluso en el supuesto de que no se haya garantizado la eventual reparación del daño, que se quiso asegurar a través de las providencias precautorias.

55. ACTOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

La reforma de 2008 introdujo las técnicas de investigación en el texto constitucional. A ellas se refiere el capítulo III del título III del libro segundo del CNPP. Posteriormente, el título V del mismo libro regula los denominados “actos de investigación”, y coloca a la cabeza de éstos un capítulo sobre “actos de molestia”, que hace pensar en las “molestias a las personas” de que habla el primer párrafo del artículo 16 constitucional, un precepto central para la relación entre autoridades e individuos.

Estamos en un terreno complejo, colmado de riesgos y lesiones para los derechos humanos —sobre todo cuando viene a cuentas el ejercicio de la función penal del Estado, no siempre atento a su condición “democrática”—, que es preciso regular con gran cuidado y rodear de garantías para contener a Leviathan en sus incursiones en el ámbito de derechos y libertades de los ciudadanos, sin evitar o mellar el curso de la justicia

penal. Aparecen, pues, múltiples tensiones y colisiones que la Constitución y el código procesal deben advertir y resolver adecuadamente.

Las técnicas de investigación son procedimientos de los que se vale la autoridad para indagar hechos y proveer al aseguramiento de elementos útiles para el procedimiento. Los actos de investigación son medios conducentes a la indagación de delitos y responsabilidades con el propósito de satisfacer el objeto y alcanzar los fines del procedimiento penal. Son —o pueden ser, con frecuencia— actos de molestia para los gobernados, en tanto implican presión sobre los derechos de éstos, en su persona o en su patrimonio. El concepto de actos de investigación tiene mayor alcance que el de técnicas de investigación; aquél abarca a éste, en alguna medida; y en todo caso las referidas técnicas se despliegan a propósito de la investigación.

El CNPP no define los actos de molestia, pero es razonable entender que se trata, como ya señalé, de conductas de la autoridad investigadora (ordenadora o ejecutora) que implican alguna injerencia, invasión, afectación del derecho o la libertad de un individuo (o una persona colectiva). El artículo 266 contiene una prevención general garantista, aplicable a todos los actos de esta naturaleza, y dos alusiones a actos o a circunstancias específicas.

Es plausible la prevención general de signo garantista: “Todo acto de molestia deberá llevarse a cabo con respeto a la dignidad de la persona en cuestión. Antes de que el procedimiento se lleve a cabo, la autoridad deberá informarle sobre los derechos que le asisten y solicitar su cooperación”. Habrá que poner especial cuidado en que los actores de las molestias estén al tanto del ancho significado del término *dignidad*, que preside todos los actos del procedimiento, cualquiera que sea su calificación, porque se localiza en la entraña misma de los derechos humanos, de los que es fuente, marco y razón.

Esta prevención general ordena informar al destinatario acerca de los derechos que le asisten y requerir su colaboración. Sería

irregular —contraventor de la ley— iniciar la molestia sin miramiento para la dignidad del sujeto y sin informarle adecuadamente acerca de los derechos que tiene con respecto al acto de que se trata; esta información debe comprender, en abono de la racionalidad con que actúa la autoridad, referencias a las características materiales del acto que se pretende realizar, e incluso al propósito —en general— que lo justifica.

Se procurará que el destinatario del acto colabore con la autoridad que lo realiza. Es posible —y hasta probable— que en determinados supuestos aquél oponga resistencia, que se resolverá en los términos que autoriza la ley. La solicitud de colaboración también implica que la autoridad emplee la persuasión que conduce al objetivo mencionado por aquélla —que no es sólo una sugerencia razonable, sino un mandato legal—, y esto entraña, a su vez, que el funcionario ejecutor cuente con la preparación necesaria para alcanzar ese objetivo.

Además de esta disposición general del artículo 266, el precepto incluye, como dije, dos referencias específicas. Una de ellas tiene que ver con la debida comunicación del inculpado —o quien se halle sujeto a la medida— con la autoridad, cuando aquél “no habla español”. Es preciso ampliar la disposición del artículo 266 a través de su lectura conjunta con la del artículo 45, referente a quienes “no hablan o no entienden” el idioma español, y a quienes padecen una discapacidad que les impide entender la información que se les transmite.

La segunda referencia específica contenida en el artículo 266 está fuera de lugar, porque alude a un acto que cuenta con su propio régimen normativo en otro precepto del CNPP (artículos 268 y 269). Aquel artículo señala que “se realizará un registro forzoso sólo si la persona no está dispuesta a cooperar o se resiste”, franquicia que no resulta clara ni suficiente si no se vincula con la necesidad del registro y las características de la resistencia.

56. INSPECCIÓN

A partir del artículo 267 se regulan diversos actos de investigación, algunos de ellos con características de especial complejidad desde la perspectiva de los derechos del imputado, sin perder de vista —lo destaco— las necesidades de la investigación que es el cauce, o debiera serlo, de la justicia.

Ante todo se halla la inspección en general, que corresponde a la antigua prueba de inspección encomendada a agentes del MP y juzgadores. El artículo 267 autoriza a la policía para realizar inspecciones de lugares, objetos, instrumentos o productos del delito. Ese artículo no menciona al Ministerio Público, pero cabe suponer que los agentes de esta institución podrán practicar directamente inspecciones, puesto que integran el órgano constitucionalmente facultado para la investigación de los delitos, al igual que la policía, que ahora goza de notable autonomía, aunque debe actuar bajo la conducción del MP.

Los siguientes preceptos abordan una materia particularmente delicada: la inspección “sobre una persona y sus posesiones, en caso de flagrancia (posesiones: concepto de muy amplio alcance, que contempla bienes de muy diversa naturaleza), o cuando existan indicios de que oculta entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo instrumentos, objetos o productos relacionados con el hecho considerado como delito que se investiga” (situación que cae bajo el concepto de flagrancia, con la extensa y muy discutible connotación que aporta el CNPP) (artículo 268). Ese precepto no permite la exposición de partes íntimas de la persona sin autorización judicial, pero no prohíbe la revisión de aquéllas; sobra el comentario sobre la inconveniencia de autorizar revisiones de este carácter sin control judicial.

57. REVISIÓN CORPORAL Y TOMA DE MUESTRAS

Entre los actos de molestia conectados con la investigación figura la “revisión corporal”, que va mucho más allá de su deno-

minación, en tanto incluye la toma de muestras —voluntaria o no— del cuerpo del individuo, con una sola limitación: “que no implique riesgos para la salud o la dignidad de la persona” (artículo 269).

Si la persona se resiste, el MP deberá recabar la autorización del órgano jurisdiccional, que observará las reglas y restricciones asociadas a las medidas cautelares en general, particularmente a las que tienen mayor fuerza invasiva: deberá considerar el “principio de proporcionalidad y motivar la aplicación de dicha medida, en el sentido de que no existe otra menos gravosa para la persona que habrá de ser examinada o para el imputado, que resulte igualmente eficaz e idónea para el fin que se persigue, justificando la misma en atención a la gravedad del hecho que se investiga” (artículo 270).

Pensemos en las diversas circunstancias en que se aplicará la toma de muestras de quien se resiste a ello. En ocasiones será necesario aplicar considerable fuerza para vencer la resistencia, e incluso utilizar medios que reduzcan o eliminen su capacidad de resistir. Esto obliga al mayor cuidado en la disposición y ejecución de la medida, así exista mandamiento judicial, e incluso a prescindir de ella y sustituirla —cuando sea posible y razonable— por presunciones que trasladen al interesado que opone resistencia la carga de la prueba adversa a lo que la autoridad afirma.

Del texto citado —y de la lógica misma de los actos de investigación— se desprende que la toma de muestras puede aplicarse al imputado o a otra persona, ajena a la participación en los hechos, lo cual extrema la delicadeza de la medida. El “modelo de investigación” puede explicar la toma forzada de muestras, pero hay otros “modelos” —los que derivan de la práctica— que obligan a considerar y reconsiderar la pertinencia y la conveniencia de estas medidas coercitivas.

Bien que el precepto 270 ordene al juzgador atenerse a la regla de intervención mínima y a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, expresando los motivos que justifiquen la medida; pero estas consideraciones no se contraen a

la violenta toma de muestras físicas, sino son aplicables a cualquier acto de autoridad que implique molestia para el individuo. Bien, asimismo, que se atienda —para profundizar en el razonamiento de la autoridad judicial— a la gravedad del hecho que se investiga; sin embargo, aquí no sólo viene al caso la gravedad del supuesto delito, sino la gravedad de la medida de investigación que se aplica.

58. LOCALIZACIÓN

La posibilidad de localización de una persona en tiempo real, a través de la interceptación de comunicaciones, fue cuestionada durante el proceso de elaboración del CNPP y de otras normas. Sin embargo, estimo necesario contar con medidas de este carácter, no sólo para investigar graves delitos cuya indagación resulte urgente y difícil o imposible por otros medios, sino para salvar bienes eminentes —la vida misma— de las víctimas. Nos hallamos ante un dilema que debe ser resuelto en favor del bien jurídico de mayor entidad; la vida, la integridad personal y la libertad. Desde luego, la aplicación de estas disposiciones debe atenerse estrictamente a la *ratio legis* y quedar fuera de toda sospecha. Es fácil advertir el grave perjuicio que se ocasionaría al sistema penal si se empañara el empleo de estas facultades de la autoridad.

59. ASEGURAMIENTO Y PRIVACIÓN DE DOMINIO

El CNPP contiene detallada normativa acerca del aseguramiento de bienes diversos (artículos 229 y siguientes). No me extenderé sobre este punto. Sin embargo, considero necesario llamar la atención sobre algunas medidas. Es preciso asegurar en forma completa y oportuna los productos del delito —que a menudo *eluden* al investigador y al juzgador—, cuyo decomiso contribuye a desalentar las conductas delictivas. No es una cuestión

menor. En esto hay que cifrar los mejores esfuerzos, la inteligencia policial, el ingenio del investigador, la coordinación entre autoridades a escala nacional e internacional, sin olvidar que el decomiso es una sanción penal, consistente en la privación de un bien —afectación a fondo de un derecho patrimonial— y que por ello debe operar con sustento en una sentencia judicial, exactamente como la privación punitiva de la libertad.

Otros puntos dignos de consideración son el abandono y la privación de dominio. Aquél tiene raíz en la preocupación constitucional por asegurar y extraer del mercado ciertos bienes previamente asegurados y no reclamados: en determinadas circunstancias, éstos causan abandono, señala el segundo párrafo del artículo 22 de la ley suprema, que se esfuerza en distinguir estas desposiciones de la confiscación proscrita por el mismo precepto, que en este último punto ha seguido una línea tradicional.

También aludí a la privación de dominio, traída de modelos externos y celebrada bajo las políticas recientes de lucha contra la criminalidad. El dictamen de los diputados, del 10 de diciembre de 2007, alega en favor de la nueva figura. Señala que “tiene como objetivo el enfrentar a la delincuencia de manera sistémica, afectando directamente a la economía del crimen, aumentando sus costos y reduciendo sus ganancias, así como el ataque frontal a los factores que causan, asocian, propician o promueven el comportamiento delictivo”. Se ha querido “encontrar una herramienta eficaz que coadyuve a desmembrar las organizaciones delictivas y limitar sus efectos nocivos, impedir que se reproduzcan pero principalmente decomisar sus activos...”.

En el mismo artículo 22 constitucional se despliega la extinción de dominio. El constituyente ha querido separar esta medida, que entraña una severa afectación del derecho de propiedad —o por lo menos de la posesión de bienes—, de las penas derivadas de la comisión de un delito: específicamente, el decomiso. El esfuerzo del legislador tropieza con la naturaleza misma de la medida, evidentemente penal, por cuanto se funda en la comisión de hechos delictivos.

En efecto, la fracción I del artículo 22 señala —en una norma imaginativa y voluntariosa— que el procedimiento para la extinción “será jurisdiccional y autónomo del de naturaleza penal”. Empero, esta autonomía —que llevaría a suponer que se trata de un procedimiento administrativo— procede en “casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos, trata de personas y enriquecimiento ilícito”, y afecta bienes que “sean instrumento, objeto o producto del delito”. Es manifiesta la fuente delictiva de la medida y su carácter privativo de bienes, como es propio del decomiso (en este caso, anticipado a la sentencia penal y obtenido por resoluciones de otra denominación).

He observado —y lo reitero— que

...en siete ocasiones se refiere expresamente el artículo 22 a *delitos* como factor determinante de la extinción de dominio, además de las alusiones contenidas en la fracción II (delincuencia organizada y delitos contra la salud), y de la relativa a hecho ilícito (que puede tener mayor alcance) considerada en el inciso *a*). De esas siete alusiones, una se halla en este inciso *a*); dos, en el inciso *b*); una en el *c*), y tres en el *d*). No hay duda, pues, (acerca de) la conexión entre el hecho delictuoso, sobre el que se vuelca la persecución penal, y la extinción de dominio, que el legislador ha considerado como un asunto autónomo con respecto a la materia penal.

Es plausible que se bregue contra la criminalidad a través de la indispensable afectación de bienes, instrumentos, productos, rendimientos de ésta; ahí “duele” al criminal la acción del poder público. Pero es discutible que esta necesaria afectación se haga fuera del esquema de garantías propio del enjuiciamiento penal, disfrazado como procedimiento jurisdiccional no penal, a pesar de que posee los datos centrales —origen y consecuencias— de un procedimiento derivado de la comisión de delitos y culminante en la aplicación de una pena privativa de derechos patrimonia-

les. Las declaraciones del legislador no modifican la naturaleza de las cosas.

60. RECURSOS

Ahora me referiré al control de la sentencia por una autoridad superior en grado, en el marco de la jurisdicción ordinaria. Esto tiene que ver con la no muy clara redacción de la fracción II del artículo 468 del CNPP, por una parte, y con la disposición contenida en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretada por la Corte Interamericana, por la otra.

La fracción II del artículo 468 indica que es apelable la sentencia definitiva emitida por el tribunal de enjuiciamiento “en relación a aquellas consideraciones contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, o bien aquellos actos que impliquen una violación grave del debido proceso”. Y la Convención Americana contiene una garantía del debido proceso (garantía judicial) concebida en los siguientes términos: “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha referido a esta importante cuestión, y en algunos pronunciamientos —con fuerte impacto sobre las estructuras y los ordenamientos judiciales nacionales— ha sostenido que “el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa sea revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”. En cuanto al alcance de la revisión, ha señalado: “independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”.

Como se ve, la norma internacional es fuertemente garantista y establece un derecho de impugnación que no se halla limitado por principio procesal alguno —así, el principio de inme-

diación—, ni por la naturaleza del acto impugnado —violación grave o violación “leve”—. La norma del CNPP no coincide con esta disposición del Pacto de San José, interpretado y aplicado por la Corte Interamericana.

61. RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA

No es afortunada la denominación del título XIII del libro segundo del CNPP como “Reconocimiento de inocencia del sentenciado y anulación de sentencia”. Debió distinguirse entre ambos extremos, aunque aquél traiga consigo la consecuencia prevista en éste: anulación de la sentencia condenatoria. Además, el citado título abarca materias que debieron quedar bajo un rótulo más comprensivo.

El artículo 485 se encuentra bajo el epígrafe de “Causas de extinción de la acción penal”, que evidentemente alude a una cuestión procesal, pero el primer párrafo del precepto establece las causas de “extinción de la pretensión punitiva y (de) la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad”, denominación que traslada el punto al espacio penal sustantivo. Con deficiente técnica legislativa, el precepto enumera diez hipótesis. La contenida en la fracción III se refiere al tema total del título XIII, esto es, “reconocimiento de inocencia del sentenciado o anulación de la sentencia”. Ya mencioné que el reconocimiento y la anulación no son términos sinónimos, como sugiere la redacción del precepto. Cabe preguntarse, por otra parte, sobre el posible deslinde entre supuestos en que puede operar la anulación de la sentencia (así, por ejemplo, supresión del tipo penal, existencia de sentencia anterior por los mismos hechos) y casos en que carecería de sentido la anulación (por ejemplo, cumplimiento de la pena o de la medida, muerte del acusado o sentenciado).

El artículo 485 incluye en un gran agrupamiento heterogéneo causales que poseen diversa naturaleza: cumplimiento de la pena y medida de seguridad (fracción I), muerte del acusado o sentenciado (fracción II), perdón del legitimado (fracción IV), indulto

(fracción V), amnistía (fracción VI), prescripción (fracción VII), supresión del tipo penal (fracción VIII), existencia de sentencia anterior por los mismos hechos (fracción IX), “cumplimiento del criterio de oportunidad” (que en rigor no se “cumple”, sino se “aplica”) o de la solución alterna correspondiente (fracción X) y reconocimiento de inocencia (fracción III), que se plantea

...cuando después de dictada sentencia aparezcan pruebas de las que se desprendan, en forma plena (gloso: he aquí una insólita referencia a la prueba plena, o en todo caso a la plenitud probatoria para formar el criterio del juzgador), que no existió el delito por el que se dictó la condena, o que, existiendo éste, el sentenciado no participó en su comisión, o bien, cuando se desacrediten, formalmente, en sentencia irrevocable, las pruebas en las que se fundó la condena” (artículo 486).

62. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES Y ASISTENCIA PENAL INTERNACIONAL

Bajo este rubro aparecen diversos procedimientos: para inimputables, indígenas y personas morales y acción penal de particulares (título X del libro segundo). En seguida se regula la asistencia penal internacional (título XI). Aquí sólo mencionaré algunos extremos de este conjunto heterogéneo.

Es discutible la existencia —sugerida por el texto del artículo 420— de un procedimiento penal especial cuando se afectan bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígenas. En tal hipótesis, ¿a quién se aplicaría el procedimiento especial: al indígena, sujeto activo del ilícito, o al no indígena, en la misma condición? En rigor, el procedimiento penal especial tiene que ver con individuos identificados como indígenas, a quienes se imputa la comisión de un delito; la especialidad opera a partir de la aplicación a éstas de un orden jurídico tradicional correspondiente a los pueblos y comunidades a los que pertenece una persona física.

Es importante que el CNPP regule esta materia, aunque lo hace en forma escueta e insuficiente, tomando en cuenta la necesidad de precisar en qué supuestos y en qué medida son aplicables a la impartición de justicia los sistemas propios de los pueblos y comunidades indígenas. No es posible entregar a esos sistemas toda la justicia penal, sin matices o condiciones; ni desconocer —lo cual contrariaría la letra y el espíritu de la Constitución— la pertinencia de abrir un espacio para que aquéllos operen en la mayor medida posible.

Con todo, el CNPP inicia el camino para la aplicación del derecho indígena a la solución de litigios penales, que aún habrá que recorrer para contar con una normativa suficiente y eficiente. También es preciso vincular la regulación nacional con las disposiciones locales acerca de comunidades indígenas y sus integrantes. Aquí hay otro ámbito pendiente de mayor exploración para conciliar atribuciones federales y locales en una materia compleja y delicada.

La construcción de la responsabilidad sustantiva de la persona moral —que tiene implicaciones adjetivas— no es un asunto del resorte procesal; compete al derecho material establecer esa responsabilidad y sus consecuencias. Pero aquí vendrán al caso los ordenamientos federal y estatales, que pudieran tener —y aparentemente comienzan a tener— diversas concepciones en torno a dicha responsabilidad.

Al tiempo de redactar estas líneas, alguna entidad ha legislado sobre la materia: es el caso del Distrito Federal. Éste llevó adelante, al final de 2014, una amplia reforma legal que abarca buen número de ordenamientos, entre ellos el Código Penal. En él se revisa a fondo la responsabilidad penal que surge “en el seno de una persona moral o jurídica” (artículo 27 de dicho código), y la “responsabilidad penal de una persona moral o jurídica” (artículo 27 bis).

La complejidad de esta materia sube de punto si se advierte que el establecimiento de la responsabilidad penal, genérica y específicamente, concierne a la legislación penal sustantiva, no

a la adjetiva. Por lo tanto, puede haber soluciones diversas en la treintena de códigos sustantivos que rigen en la República. He aquí otra arista de la dispersión penal, que sólo se resolvería bajo un código sustantivo único, proyectado sobre el código adjetivo único. Aquél no existe y éste no puede resolver ambas vertientes del problema.

En general, estimo positivo que la acción procesal relacionada con ciertos delitos —así, los que se suele identificar como “privados”, designación impropia— se encomiende a los particulares agraviados. Es un paso en la misma dirección que acoge a la querrela privada como requisito de procedibilidad y determina la conclusión del proceso por obra del perdón del legitimado para otorgarlo. De esta suerte el MP puede reorientar sus fuerzas hacia la persecución de delitos en los que no es posible ni deseable el relevo de titulares de la acción penal. La fórmula que utiliza la Constitución no permitía saber en qué dirección se proyectaría la acción de los particulares, orientación que ha quedado al CNPP y que este mismo podrá modificar en el futuro, puesto que no existe un límite constitucional intransitable.

Como se ve, el CNPP ha dado apenas los primeros pasos en el camino de la acción particular, con la lacónica apertura que provee la Constitución. Parece hallarse en una etapa “experimental”. Es comprensible. Hemos escuchado expresiones de preocupación por parte de algunos informados litigantes, que temen que esta apertura multiplique sin razón el número de asuntos llevados a los tribunales penales —sobre todo en casos escandalosos, con motivación indigna o raíz “política”, ajenos a los objetivos legítimos de la justicia penal—, favorezca la tergiversación de la justicia a través de arreglos arbitrarios —como ha ocurrido con los cambios *negociados* de clasificación de delitos para establecer la necesidad de querrela cuando en rigor debe operar la persecución de oficio—, y cause tensiones entre el MP y el particular en hipótesis en las que aquél debe intervenir para autorizar o disponer actuaciones relacionadas con esta materia, como determina el citado último párrafo del artículo 428.