

# **TEMA II**

## **LA REFORMA PROCESAL PENAL Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

# PONENCIAS

## LA REFORMA PROCESAL PENAL Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Víctor Humberto BENÍTEZ TREVIÑO\*

SUMARIO: I. *Palabras de agradecimiento y presentación del tema.* II. *Delincuencia, procesos y derechos humanos.* III. *Postulados de la reforma constitucional y legal.* IV. *Artículo 16 constitucional.* V. *Artículo 19 constitucional.* VI. *Artículo 20 constitucional.* VII. *Artículo 119 constitucional.* VIII. *Palabras finales.*

### I. PALABRAS DE AGRADECIMIENTO Y PRESENTACIÓN DEL TEMA

Sean mis primeras palabras para agradecer a los organizadores de este XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, muy cordialmente, la confianza con que han querido distinguirme al invitarme a participar en este evento.

Sé lo que vale este testimonio de consideración y afecto. Conozco los méritos de cada uno de los maestros que dan prestigio a estas deliberaciones; sé de su entrega sin reservas, de sus afanes sin límites para engrandecer la ciencia del derecho procesal y ensanchar con ello los cauces de la justicia.

La mejor garantía del éxito de estos trabajos está en cada uno de ustedes: reside en su desinterés, en su fervor y en su dignidad profesional.

La Universidad Nacional Autónoma de México, que hoy pone techo a nuestros quehaceres, es símbolo de redención y manantial de conocimientos. Aquí se suele meditar sin prisas ni sectarismos. Aquí se busca el bien, el saber y la verdad. Aquí se gana la paz por la fuerza de la razón.

Como estudioso del derecho he observado, desde hace muchos años, lo que como procurador general de Justicia de la República he tenido la fortuna de vivir: es el derecho el único instrumento eficaz que tiene a la mano el poder público para la consolidación del orden y la consecución de la justicia.

Último en llegar al coloquio de esta asamblea que agrupa a juristas tan eminentes, no ignoro mis deficiencias, ni disimulo mis límites, lo único que puedo

\* Procurador General de la República.

ofrecerles es un propósito: el de responder al honor de su invitación con la modestia de mi contribución.

Nos hemos reunido hoy, para examinar uno de los temas de mayor interés jurídico en nuestros días: “La reforma procesal penal y la defensa de los derechos humanos”. Huelga decir que nuestro estudio no pretende, de ninguna manera, ni ser exhaustivo, ni cubrir la totalidad de las cuestiones que sugiere el amplio tema que da título a la ponencia.

## II. DELINCUENCIA, PROCESOS Y DERECHOS HUMANOS

No sale un solo diario en este país, y sin duda en los demás del mundo, sin que publique cuatro o cinco noticias sobre hechos delictuosos. A menudo hay una que salta, como un grito, a primera página y se destaca del contexto con grandes titulares, con ilustraciones y con todo el aparato informativo. Porque la violencia entre otras cosas también se vende y actúa de reclamo.

Los atentados y secuestros, la tortura física, los homicidios, las violaciones, el tráfico de enervantes... son expresiones de violencia que constituyen delitos graves, pero también lo son el chantaje, el engaño, la seducción, la difamación, la calumnia, la censura, la represión injusta, la explotación del hombre por el hombre, la degradación del medio ambiente..., hasta el silencio puede ser en ocasiones un acto de violencia delictuosa. Y de todo esto no hay una noticia, pero sí un clima en el que vivimos y respiramos. De ahí que la mayor parte de los hechos delictuosos nos lleguen a través de la prensa empaquetados y etiquetados en la sección correspondiente, bajo el epígrafe de *sucesos* o *notas policiacas*. De este modo se mitiga su impacto en los lectores y éstos de alguna manera se acostumbran a ver los hechos ilícitos como lo que “sucede”, lo que pasa en todas partes. Y lo que es peor, como lo que tiene que pasar.

Invariablemente, al producirse un hecho de violencia en las inmediaciones de nuestra existencia, en medio de nosotros, se repiten, y con sobradas razones, las condenas enérgicas. Entonces el Estado, los grupos de interés y de presión, los partidos políticos y los ciudadanos de buena voluntad se pronuncian condenando la violencia, venga de donde venga.

Condenar la violencia puede ser suficiente para justificarse a sí mismo, distanciándose de ella de modo manifiesto. Identificar a los culpables y publicar sus nombres puede hacer que los demás se sientan disculpados. Detener a los autores sirve de tranquilidad a todos los ciudadanos. Pero nada de esto es suficiente. Hace falta ser más radicales en el análisis de las causas que la generan y más resolutivos en la aplicación de los remedios. Esto, además, se presenta

como un deseo y necesidad de la opinión pública y como una respuesta inevitable para mantener el orden y la seguridad de la sociedad y del Estado.

Empero, debemos precavernos de que el Estado y sus instituciones no caiga en la espiral de la violencia. No es exacta la fórmula y menos aún conveniente de que a mayor violencia delictiva debe responderse con mayor violencia represiva.

Hay una coacción institucional inevitable y legítima para salvaguardar el bien público y la ordenada convivencia, pero hay también unos principios intocables que la Constitución consagra, que valen tanto o más que la eficacia concreta o inmediata, al margen de esos principios. Establecer la frontera entre aquellos valores y estos principios no será siempre fácil.

De ahí que para la teoría general del derecho procesal penal, la impartición de justicia a los contraventores de la ley penal, se traduzca en una permanente confrontación y en un, al parecer, irreductible conflicto entre el interés individual y el colectivo.

Ante el hecho violento, el Estado debe reaccionar en forma pronta e inmediata, lo que no sólo representa la respuesta de la justicia contra la actividad delictiva, sino que impide que el delincuente cometa nuevos delitos o se fugue o falsee las pruebas de su culpabilidad.

Mas ante la previsible privación de la libertad que el proceso penal supone en la mayoría de los casos, ante cualquier otro medio que impida o anule la efectiva defensa del inculpado, se alzan las garantías de la justicia penal que la Constitución consagra.

Así, el Estado busca enfrentar, “mediante un proceso racional, la irracionalidad del delito”.

Ya lo expresé cuando tomé posesión como procurador general de la República “[...] debemos procurar la aplicación irrestricta de la ley, con pleno respeto a los derechos humanos [...]”.

Atrás han quedado la tortura y la incomunicación; los tratos crueles, inhumanos o degradantes; cualquier otro tipo de agresiones físicas o psicológicas. Ahora sería interesante, como alguna vez lo expresara don José Ángel Ceniceros “[...] asomarse a ese infierno de la expiación, llevados de la mano de algún Virgilio de la historia penal [...]”, con el único propósito de entender, que no de justificar, épocas pasadas, pues si nos adentramos en ellas con la sensibilidad de quien siente profundo respeto por los derechos del hombre, nos parecerán aberraciones, pesadillas de la humanidad.

### III. POSTULADOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL

En el umbral del siglo XXI, el procedimiento penal está impregnado de una profunda influencia humanística. Las defensas de las garantías jurídicas del hombre y del ciudadano, del hombre-persona y del hombre-político, pasan como un hálito poderoso de justicia de la Constitución a las leyes, en que los conceptos jurídicos del procedimiento penal hallan su traducción cotidiana.

El 3 de septiembre de 1993 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* las reformas a los artículos 16, 19, 20 y 119, así como la derogación de la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como consecuencia de estas reformas, el 10 de enero del presente año se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* reformas y adiciones a diversos ordenamientos legales, entre los que cabe mencionar el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Estas reformas introducen una transformación integral en el procedimiento penal mexicano. Recogen reclamos e inquietudes. Son equitativas y equilibradas, profundamente respetuosas de los derechos humanos, pero al mismo tiempo protectoras del interés social.

Por una parte, no sólo regulan mejor y en forma más clara los derechos del inculpado, sino que, además, reconocen constitucionalmente los derechos de la víctima o el ofendido por algún delito, inexplicablemente olvidados en los textos anteriores.

Por otra parte, permiten descubrir que en el propio texto de la Constitución y en el de las leyes que en él se inspiran, subyace el legítimo interés de la sociedad en el combate permanente, enérgico y de fondo de la delincuencia.

Es así como el reconocimiento que la Constitución hace en favor del gobernado del derecho al “debido proceso”, lleva aparejado el deber por parte del Estado de que dicho proceso no sea fin en sí mismo, sino un medio para enjuiciar una conducta que se estima delictuosa e imponer, en su caso, la sanción que se estime justa; en otras palabras, el fin no es iniciar un proceso por el proceso mismo, sino que éste sirva de instrumento para absolver o condenar, según proceda.

Ya veremos luego que la exigencia constitucional y legal de que se acrediten “[...] los elementos que integran el tipo [...]” desde la orden de aprehensión, tiende a racionalizar y a hacer más justa la pretensión punitiva, pero también a aplicar la sanción penal al verdadero responsable.

En no pocas ocasiones con la intención de acallar reclamos de la sociedad o de las propias víctimas del delito, se adopta el sencillo expediente de iniciar un proceso sin contar con las pruebas necesarias para obtener sentencia de condena. A la postre, el espejismo de la justicia se desvanece con la absolución del acusado, y al final, queda la impunidad como única vencedora; no la víctima, ni la sociedad, ni el derecho.

Bajo las premisas anteriores, en las reformas que analizaremos se establecen las bases jurídicas para brindar respuestas oportunas, acciones y estrategias más eficaces en la lucha contra la delincuencia, pero con irrestricto respeto a los derechos humanos.

La metodología que emplearemos será la de la hermenéutica de cada uno de los artículos de la Constitución que fueron objeto de reforma, en relación con los artículos de las leyes adjetivas que hayan sufrido el impacto de esa reforma.

#### IV. ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

Como podrá observarse, el primer párrafo del antiguo texto del artículo 16 de la Constitución da ahora contenido a ocho párrafos independientes que hacen más inteligible y sistemático este precepto. Del segundo al séptimo, se introducen reformas esenciales que analizaremos por separado; no obstante, el primer párrafo es una introducción obligatoria “al debido proceso”, por lo que es necesario hacer algunos comentarios sobre su contenido, más aún cuando es una condicionante impuesta por algunas de las últimas reformas a las leyes adjetivas e impacta la exigencia constitucional de que desde el inicio del procedimiento se acrediten los elementos que integran el tipo penal.

El primer párrafo del artículo 16 de la Constitución exige, para todo acto de autoridad que origine molestias a las personas, un mandamiento escrito de autoridad competente, debidamente fundado y motivado. El mandamiento escrito importa seguridad jurídica, pues permite que el acto de autoridad trascienda a la vida jurídica. El requisito de competencia se traduce en que la autoridad actúe dentro de las facultades que la Constitución y las leyes le otorgan. La fundamentación radica en la obligación de invocar el derecho dentro del cual puede quedar comprendido el caso concreto. La motivación consiste en el razonamiento según el cual el caso concreto se adecua a la previsión de la ley.

## 1. *Juez natural*

La expresión autoridad competente, condicionante del acto de molestia, es un pre-anuncio de lo que en el párrafo segundo ordena el artículo 16, cuando dispone: “no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial [...]”. Trátase de un principio cuya necesidad aparece abonada por la historia de la humanidad entera, rica, por desgracia, en casos de terribles e irresponsables errores cometidos por tribunales no judiciales que juzgaron bajo el influjo de la pasión o del odio.

No basta, pues, con la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal. De nada sirve esta limitación al poder público si luego éste estuviese facultado para designar en cada caso el juez que, a su capricho, hubiera de intervenir. La garantía de fuero consiste en que para cada infracción y cada delincuente sólo hay un tribunal del orden judicial con competencia demarcada de antemano, objetiva e imparcialmente. Surge así la idea de juez natural, órgano investido de jurisdicción y competencia, único facultado por la Constitución para iniciar un procedimiento del orden penal.

En orden a la competencia de los jueces federales, llama la atención lo dispuesto por el artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales, en cuyos párrafos segundo y tercero adicionales se establecen sendos casos de excepción a criterios competenciales que siempre se han considerado tradicionales en cuanto a la definición del juez natural.

La primera excepción traslada a la jurisdicción federal, en caso de concurso de delitos, los del orden común que tengan conexidad con delitos federales. No obstante, no define ni qué concurso (si el real o el ideal), ni qué conexidad (si la objetiva o la subjetiva). Sería deseable que el precepto que se comenta fuese objeto de una nueva reforma que aclare su contenido, pues el texto vigente favorece la excesiva “federalización” de delitos del orden común.

La segunda es una excepción a la tradicional regla que finca la competencia en el juez del lugar en que se comete el delito. Tiene como supuestos: razones de seguridad en las prisiones; características del hecho imputado; circunstancias personales del inculpado o cualesquiera otras que impidan el desarrollo adecuado del proceso. Plantea dos diversos supuestos: uno, en el que la competencia se atribuye desde el ejercicio mismo de la acción penal; otro que opera aun ya iniciado el proceso, se puede decretar de oficio o a petición de parte e implica el planteamiento de una incompetencia por declinatoria que puede o no ser aceptada por el tribunal al que se le plantea, en cuyo caso tendrá que resolver la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Estas excepciones importan una reflexión, en tanto que dejan de lado el principio del juez natural; y por lo que toca a la última, no nos resulta claro que con el traslado del inculpado se garantice el desarrollo adecuado del proceso, en cuanto a sus garantías individuales, particularmente en la materia probatoria.

## 2. *Fundamentación y motivación*

La concurrencia de fundamentación y motivación es condición de existencia del acto de autoridad. Fundar es la exigencia constitucional impuesta a la autoridad de citar en forma concreta y precisa el precepto legal aplicable al caso concreto. Motivar es esta misma exigencia en orden a los razonamientos a través de los que la autoridad concluye que el caso concreto se ajusta exactamente a la hipótesis de la ley aplicable. Así, la sola mención de la ley, que es general y abstracta, nada resuelve en cuanto al caso concreto, y el caso concreto, sin una particular referencia a la ley, quedará sin su correspondiente apreciación jurídica.

La fundamentación y la motivación comprenden, por tanto, cuatro elementos: la norma de derecho, considerada como continente; los hechos con sus pruebas como posible contenido; un razonamiento lógico expresado a través de un silogismo hipotético, mediante el cual se demuestra la adecuación de los hechos al derecho, y, finalmente, la conclusión.

Para el Ministerio Público y los jueces la motivación consiste, entonces, en la obligación de exponer en pedimentos, autos y sentencias los razonamientos que, a su entender, hacen aplicable o inaplicable el derecho a cada uno de los puntos que deben plantear o decidir.

## 3. *Elementos del tipo penal*

En materia penal, para que pueda tener lugar un acto de molestia a las personas —calificación genérica establecida en el artículo 16— o para la especie acto de privación —prevista en el artículo 14—, la Constitución establece como requisito, la existencia previa de un tipo penal.

Así, el acto de privación deberá ser “conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho” (artículo 14, párrafo segundo); tampoco se puede aplicar “pena alguna que no esté decretada por una ley” (párrafo tercero). No podrá librarse orden de aprehensión contra alguien, si no se le acusa “de un hecho determinado que la ley señale como delito”, “y existan datos que acrediten

los elementos que integran el tipo penal” (artículo 16, párrafo segundo). El auto de formal prisión sólo podrá decretarse cuando “de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido” (artículo 19, párrafo primero).

Particularmente importante dentro del contexto global de la reforma constitucional, resulta la exigencia ahora impuesta por el artículo 16, párrafo segundo, que condiciona el libramiento de la orden de aprehensión a que se acrediten los elementos que integran el tipo penal. Esta reforma, sobre la que no se ha dicho lo suficiente, es tan importante como la que en su oportunidad se introdujo a otros textos de la Constitución en la materia educativa, agraria, electoral o en torno a la relación del Estado y las Iglesias.

No deja de sorprender que durante tantos años las órdenes de aprehensión se decretaran sobre la simple base de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, expresiones del artículo 16 de la Constitución antes de la reforma de 1993, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó en la jurisprudencia definida número 88, visible en la página 128, parte IX, sección especial del apéndice de 1985, al sentar criterio a través de la Primera Sala en el sentido de que para dictar una orden de aprehensión “no es preciso que esté comprobado el cuerpo del delito”. Incontables abusos se cometieron al amparo de este precepto y de esta tesis de jurisprudencia, que incluso motivaron que se acuñara aquella frase lastimosa de que “una orden de aprehensión no se le niega a nadie”, flagrantemente violatoria de uno de los derechos más estimables de la persona humana: la libertad.

A partir de la reforma de 1993, se insiste, es otra la exigencia: los elementos que integran el tipo penal deben estar plenamente acreditados, para todos los efectos del procedimiento penal: la averiguación previa, la orden de aprehensión o comparecencia, el auto de término y la sentencia definitiva misma.

Convenimos en que no es fácil conceptualizar lo que debe entenderse por tipo, sobre cuyo término hay tantas definiciones como autores. Pero si se quiere que el tipo deje de ser una sutileza doctrinal, para reasumir su principal cometido de límite a la acción de la autoridad, habrá que estudiarlo de acuerdo con el contenido y extensión que la Constitución y las leyes le reconocen.

De acuerdo con nuestra Constitución, entendemos por tipo, la descripción abstracta y rígida, hecha por el legislador, que tiene por función la individuación de conductas humanas penalmente relevantes.

Del tipo se deriva la tipicidad, que se define como la cualidad común a los hechos y a la ley penal de corresponderse entre sí.

El juicio de tipicidad es la operación mental a través de la cual se precisa si una acción es o no típica.

Sintetizando —afirma Zaffaroni— el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador, el juicio de tipicidad la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador y la tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio.

Hemos insistido en estas distinciones, porque en materia penal el principio de legalidad lo integran el tipo, la tipicidad y el juicio de tipicidad, fácilmente identificables en los artículos 14, 16, 18 y 19 de la Constitución; porque tipo, tipicidad y juicio de tipicidad son garantía de libertad para el gobernado quien no puede ser privado de ella sino cuando se ha comprobado la realización de una conducta que encuadre con todo rigor, en la descripción hecha por el legislador de una figura delictiva determinada; finalmente, porque tipo y juicio de tipicidad corresponden, respectivamente, a los requisitos de fundamentación y motivación exigidos en el artículo 16 constitucional para todo acto de molestia.

Particularmente, el juicio de tipicidad es la motivación exigida en el artículo 16 constitucional para todo acto de molestia a los gobernados en materia penal. El resultado de tal juicio es decisivo, porque hace posible que la descripción abstracta del delito adquiera concreción y los hechos puedan atribuirse ya a una persona determinada (el tipo del delito de homicidio, por una parte, y la conducta de A que priva de la vida a B, nada significan separados; sin embargo, por la tipicidad, resultado del juicio correspondiente, esos elementos se funden en uno solo nuevo y distinto: se atribuye a A el delito de homicidio cometido en agravio de B).

El juicio de tipicidad —dice Zaffaroni— cumple una función fundamental en la sistemática penal. Sin él la teoría quedaría sin base, porque la antijuridicidad deambularía sin fijeza y la culpabilidad perdería sustentación por desdibujamiento de su objeto.

Si el juicio de tipicidad consiste, en esencia, en enfrentar los hechos con el derecho para declarar la correspondencia entre ambos, parece razonable admitir que antes de esa comprobación deba verificarse la verdad del derecho, existencia y correcta interpretación del tipo, y la verdad, o, al menos, la verosimilitud de los hechos.

La verdad absoluta del derecho, en este caso del tipo penal establecido por la ley, debe darse siempre, por ser el punto fijo de referencia para establecer la comprobación; si el tipo no tiene contornos nítidos y precisos, será imposible intentar siquiera la adecuación a él. Por el contrario, la verdad absoluta de los hechos sólo es posible exigirla en una sentencia definitiva, después de agotados los procedimientos de averiguación previa, de preinstrucción, de instrucción, de primera o de segunda instancia, en su caso; pero tratándose

de resoluciones provisionales, dictadas en los periodos inmediatos, bastará la comprobación plena de los elementos que integran el tipo penal, y sólo la comprobación suficiente de los elementos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

De lo expuesto, vuelve a aflorar la importancia de la definición de tipo penal. El tipo penal —su comprobación, mejor dicho— asegura el bien jurídico libertad, “síntesis de los derechos naturales”, en frase del constituyente.

Desde que Beling introdujo el concepto técnico del tipo penal en 1906, encontramos variables doctrinas que se refieren a su naturaleza objetiva, subjetiva o mixta, por un lado, y a su avaloración o valoración, por el otro. Empero, a nuestro modo de ver, el camino para determinar este concepto debe recorrerse partiendo, no de la teoría, sino de los propios textos de la Constitución y de las leyes.

Si la entidad tipo penal carece de fijeza, la certidumbre respecto de la libertad personal desaparecerá en el oscilar de las teorías que cada autor de derecho o juez sustente. Se hace necesario, por tanto, precisar la extensión y alcance del término tipo penal, para que de esta manera cumpla con su alta función de garantía constitucional, descubriendo para ello el sentido exacto que la ley fundamental le atribuye.

Trasladado el término tipo penal a la legislación ordinaria, queda desbarazado de las concepciones subjetivas de tratadistas y jueces, pues sin soslayar su tecnicismo, el legislador opta por regular en forma detallada los elementos que lo conforman, fortaleciendo a través de una interpretación auténtica, la garantía de legalidad.

Los textos nuevos de los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de igual contenido ambos, disponen a la letra:

El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción y omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos; y
- III. La realización dolosa o culposa de la acción y omisión.

Asimismo, se acreditarán si el tipo lo requiere *a)* Las calidades del sujeto activo y del pasivo; *b)* El resultado y su atribuibilidad a la acción y omisión; *c)* El objeto material; *d)* Los medios utilizados; *e)* La circunstancia de lugar, tiempo, modo y

ocasión; f) Los elementos normativos; g) Los elementos subjetivos específicos, y h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si existe o no acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

En líneas generales podemos afirmar que el legislador ha adoptado desde el punto de vista doctrinal, la concepción mixta del tipo penal objetivo-subjetivo.

Así, dentro del aspecto objetivo concurre todo aquello que se halla en el mundo exterior, ya sean elementos materiales o valorativos. Al mundo exterior pertenece la muerte de un hombre, la circunstancia de ser de noche, de estar en despoblado, de que un hombre esté indefenso, las nociones de edificio, vivienda, aposento, cuarto, vía pública, campo abierto, etcétera, pero también pertenecen a él la ajenidad de la cosa, el carácter de funcionario público, o sea que no debe confundirse el tipo objetivo con una materialidad ni con una facticidad; al lado de los elementos materiales hay que considerar los valorativos, ya sean normativos, como por ejemplo la ajenidad de la cosa en el tipo de robo o la calidad de poseedor originario en el de abuso de confianza; ya sean sociales, como la honestidad en la mujer en el estupro.

Al par de este aspecto objetivo del tipo se halla su aspecto subjetivo, que se traduce en la realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

El dolo requiere el conocimiento de todos los elementos que componen el tipo objetivo (aspecto cognoscitivo) y conforme a ese conocimiento la voluntad de realizarlos (aspecto cognativo). Ambos aspectos no pueden escindirse; podrá darse el cognoscitivo, pero sin el cognativo no hay dolo. La inversa es imposible, porque no puede haber ninguna voluntad de realización típica que no presuponga el conocimiento.

En la culpa, lo determinante es la forma de realización de la acción, que resulta violatoria de un deber de cuidado y determinante del resultado.

De este modo, una concepción mixta del tipo penal como la que han adoptado nuestros Códigos de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal implica en la teoría del delito lo que ya Zaffaroni reconoce, “que dolo y culpa no son dos ramas que se separan en lo alto del árbol —a nivel de culpabilidad— sino que lo hacen en el primer estrato jurídico-penal del concepto”. Esto permite, en principio, que el juicio de antijuricidad recaiga sobre una conducta humana y no sobre un proceso causal.

A estas alturas se habrá ya comprendido lo que anticipé en el apartado III de esta ponencia: las reformas que analizamos introducen una transformación

integral en el derecho penal sustantivo y adjetivo de México. Se abandona el causalismo; en lo sucesivo el delito o el tipo penal no será más la causación de un resultado lesivo. A partir de la reforma constitucional del 3 de septiembre de 1993 se adopta el finalismo.

El esquema o estructura finalista se perfila claramente en los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que comentaremos.

El delito o el tipo penal es tal porque: *a*) existe una conducta (desvalorada) en su doble aspecto de acción y omisión (fracción I); *b*) atribuible a un sujeto en cuanto autor material, no en cuanto autor responsable; *c*) que puede asumir diversas formas de intervención: dolosa o culposa (fracción II); *d*) con un resultado que lesiona o en su caso, pone en peligro un bien jurídico protegido (fracción I); *e*) ligada por un nexo causal que une la ejecución con dicho resultado; *f*) con la posible concurrencia de circunstancias o accidentes relacionados con el número, condiciones o cualidades del sujeto o sujetos que realizan la actividad u omisión típica, o del sujeto o sujetos titular o titulares del bien jurídico protegido; así como los medios, modos, lugar, tiempo u ocasión en que la conducta se realiza o el resultado se produce (párrafo segundo); a su vez, el injusto puede ser culpable o inculpable, lo que depende de que exista acreditada en favor del sujeto alguna causa de licitud.

La regulación detallada a que se contraen estos numerales obliga al Ministerio Público y al Poder Judicial a cumplir con mayor precisión sus exigencias. Su análisis seguramente puede ser mucho más extenso que el que aquí hemos realizado.

De cualquier forma estas nuevas disposiciones imponen un nuevo deber para el Ministerio Público y el Poder Judicial, encargados de perseguir los delitos e imponer las penas respectivamente: el deber de realizar el “juicio de tipicidad”.

El Ministerio Público debe cumplir con este deber: *a*) al ejercitar la acción penal ante los tribunales (artículo 137, fracción II CFPP y 286 bis, CPPDF); *b*) al formular conclusiones acusatorias (artículos 293, CFPP y 317 CPPDF). Los jueces y magistrados, en su caso: *a*) al dictar una orden de aprehensión o de comparecencia (artículos 157 y 195, CFPP y 286 CPPDF); *b*) al dictar auto de formal prisión o de sujeción a proceso (artículos 161 del CFPP y 287, CPPDF); *c*) al dictar sentencia condenatoria en cualquier grado.

Singular mención merece la restricción significativa que la reforma produce en el empleo de reglas especiales para la comprobación de los elementos del tipo penal en ciertos ilícitos.

#### 4. *Probable responsabilidad*

Cerciorado el Ministerio Público o el juez de que el hecho se produjo exactamente como lo describe el tipo, puede ya examinar la posibilidad de atribuirlo personalmente al indiciado. Establecer lo que en el párrafo segundo del artículo 16 de la Constitución se denomina “la probable responsabilidad del indiciado”.

La responsabilidad no puede ser otra que la identificación del inculpado como autor material. La imputabilidad, el reproche, la culpabilidad; circunstancias, todas ellas, referentes al sujeto activo.

Si a esos datos asociamos una medida de posibilidad, no de certeza, tendremos ya el contenido de la responsabilidad probable o presunta, como la llama la Corte.

Vistas así las cosas, el análisis de la probable responsabilidad se convierte, para la autoridad, en la doble obligación de verificar la existencia de pruebas que permitan la atribución provisional o la impidan absolutamente.

Mas no sólo esto. Ahora, conforme a la reforma del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, debe constatar si existe en favor del inculpado *alguna causa de licitud*, llamémosla las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, incumplimiento legítimo) o de inculpabilidad (estado de necesidad, error de prohibición invencible, miedo grave, temor fundado, incapacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad).

Destacamos esta última exigencia, porque deja sin efectos un viejo criterio de jurisprudencia que trasladaba el estudio de las causas de exclusión del delito hasta la sentencia.

#### 5. *Casos de flagrancia*

El párrafo cuarto del artículo 16 reformado se refiere al delito flagrante, y permite a cualquier particular aprehender sin orden de autoridad judicial, a toda persona sorprendida en el momento de cometer un delito o en un momento inmediato a su ejecución, para el único efecto de ponerla sin demora a disposición de la autoridad inmediata para que ésta, a su vez, con la misma prontitud, la ponga a disposición del Ministerio Público.

Esta excepción tiene lugar muy raras veces en la práctica, y comparada con otro tipo de detenciones implica muy pocos riesgos de llegar a causar perjuicios a personas inocentes. Claro está que tampoco puede descartarse por com-

pleto la posibilidad de un error, como por ejemplo, cuando se detiene a alguien por un hecho en la creencia de que se trata de un delito cuando en realidad no lo es.

Los artículos 193 del Código Federal de Procedimientos Penales y 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal reproducen en su parte inicial la esencia del precepto constitucional; sin embargo, en sus dos últimos párrafos facultan al Ministerio Público a retener al indiciado hasta por el término de 48 horas, como lo prevé el párrafo séptimo de la Constitución, para que durante ese tiempo se inicie o integre debidamente la averiguación respectiva, con lo que se resuelve una situación que antes originaba serios problemas, pero a la vez puntualiza que si el Ministerio Público decreta indebidamente la retención de alguna persona, contrae responsabilidad penal y la persona así detenida será puesta en inmediata libertad.

## 6. *Casos urgentes*

El párrafo quinto del artículo 16 constitucional se ocupa de los casos urgentes, que con los delitos flagrantes constituyen excepciones a la regla general de que nadie puede ser aprehendido sin mandato de la autoridad judicial.

Si bien se trata de una situación de la que ya se ocupaba este precepto de la Constitución y los relativos de los Códigos de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal, ahora se establecen nuevos requisitos para la detención, que cancelan antiguas prácticas viciosas, cuales son:

- a) Que se trate de delito grave así calificado por la ley;
- b) Que exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia;
- c) Siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, y
- d) Que la ordene el Ministerio Público bajo su responsabilidad.

Del concepto de delito grave nos ocuparemos en el apartado siguiente, porque no sólo es un requisito que condiciona la detención en casos urgentes, sino que influye en la operancia de otras instituciones reformadas.

Aunque el segundo requisito implica una operación subjetiva, en cuanto a que el riesgo fundado de que el sujeto se sustrajo a la acción de la justicia se determinará por la apreciación que el Ministerio Público o el juez, en su caso, realicen de las circunstancias del caso concreto; sin embargo, al califi-

carse la urgencia, en el tercer requisito, en función de los factores de tiempo o lugar, los riesgos de una apreciación arbitraria disminuyen.

En este orden de ideas, el Ministerio Público debe poner especial atención en que las circunstancias conducentes a establecer la urgencia queden claramente establecidas en la averiguación previa a través de las pruebas idóneas, con el fin de que su mención y análisis sirvan para constatar los requisitos señalados.

El tercer requisito presupone que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, datos estos que al incorporarse al texto del artículo 16 de la ley fundamental, sirven para constatar la imposibilidad efectiva de acudir ante la autoridad judicial, así como para limitar cualquier desvío de la autoridad ministerial al ordenar la detención de un indiciado por motivo de urgencia.

En la reforma constitucional se habla de hora, lugar o circunstancia, pero como la hora o lugar son circunstancias, precisamente de tiempo y lugar, debe entenderse que se quiso decir hora, lugar u otra circunstancia. Esta corrección ya se hizo en los textos de los artículos 194, inciso c), del Código Federal de Procedimientos Penales y 268, inciso c), del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El cuarto requisito concentra esta facultad de excepción exclusivamente en el Ministerio Público, quien bajo su responsabilidad ordenará la detención del inculpado. De esta manera se suprime la atribución que con todos los riesgos inherentes se otorgaba antes de la reforma a la autoridad administrativa, y de paso se observa la recomendación de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el sentido de no otorgar competencia a la policía judicial para decidir sobre la detención de una persona.

Por otra parte, en el texto que se comenta se advierten ciertas formalidades: Así, el Ministerio Público debe poner especial cuidado en fundar y motivar su proceder e incluir en la averiguación constancias suficientes que acrediten el porqué de su actuación.

## 7. *Delitos graves*

La expresión delitos graves se define en la exposición de motivos de la reforma constitucional como “aquellos delitos que por sus efectos alteran seriamente a la tranquilidad y a la paz pública”.

Por su parte, el legislador ordinario en los artículos 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, reformados, enumeran en forma limitativa los delitos que

por su gravedad justifican la detención en casos urgentes. Empero, esta parte de los preceptos que se invocan, guarda una relación directa e inmediata con diversas normas legales, también reformadas, de los propios Códigos; pero fundamentalmente con los artículos 135 bis, 142 y 299 del primero de los ordenamientos citados; 133 bis, 286 bis y 556 del segundo de dichos ordenamientos; en las que según puede apreciarse de su lectura, se prohíbe la libertad provisional bajo caución, cuando el proceso se instruya por un delito grave o se reduce significativamente el término para radicar y resolver la consignación sin detenido, expidiendo o negando la orden de aprehensión, de diez días, término general a veinticuatro horas, término de excepción.

Igual conexión surge entre esta disposición y el contenido del quinto párrafo del nuevo artículo 136 de la Ley de Amparo, porque con el mismo criterio dispone que la suspensión en los casos de delito grave sólo tendrá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de distrito en el lugar que éste señale, únicamente en lo que se refiere a su libertad personal, quedando a disposición de la autoridad a la que corresponde conocer del procedimiento penal, para los efectos de su continuación.

## 8. Ratificación de la detención

En complemento a lo expuesto en los dos párrafos anteriores, el Constituyente consideró conveniente establecer un control de legalidad por parte del juez en relación con aquellas detenciones realizadas en caso de flagrancia o urgencia.

En efecto, el párrafo sexto del artículo 16 de la Constitución plantea que el juez del proceso para poder ratificar la detención de un indiciado, debe analizar si efectivamente éste fue privado de su libertad en flagrante delito, a cuyo efecto deberá examinar las constancias de autos para determinar la legalidad de la privación de la libertad y evitar, en su caso, que la violación que se haya podido cometer quede consumada irreparablemente.

Lo mismo acontece respecto de la detención ordenada por el Ministerio Público en caso de urgencia, en cuya hipótesis, para que el juez pueda ratificar la detención del indiciado, debe analizar si se cumplieron los requisitos que la Constitución y las leyes establecen, o sea si se justificó que se está en presencia de la hipótesis de delito grave y ante el riesgo fundado de que el indiciado se pudiere sustraer a la acción de la justicia; también deberá examinar cuál fue la causa por la que el Ministerio Público no pudo ocurrir ante la autoridad judicial a pedir su intervención para el libramiento de una orden de aprehensión.

Así las cosas, el juez no sólo debe verificar que no haya operado la prescripción de la acción penal o el hecho de que el delito no esté sancionado con

pena alternativa, sino que además deberá cerciorarse y examinar si se justificó la privación de libertad, ya sea por motivo urgente o en caso de flagrancia, debiendo decretar la inmediata libertad del detenido con las reservas de ley. Empero, si ello no está acreditado, con los mismos elementos que sirvieron para la consignación, el Ministerio Público podrá solicitar desde luego la orden de aprehensión correspondiente, si procediese.

El deber del juez de ratificar la detención se reitera en el artículo 134, párrafo tercero del Código Federal de Procedimientos Penales, y 286 bis, párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

### 9. *Retención del inculpado*

En el párrafo séptimo del artículo 16 de la Constitución se precisa el plazo dentro del cual el Ministerio Público puede retener a una persona que ha sido detenida en las hipótesis de flagrancia o urgencia. Este plazo es de cuarenta y ocho horas, y a su conclusión deberá ordenarse la libertad del indiciado o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Sin embargo, ello no significa que el Ministerio Público siempre vaya a agotar el máximo del plazo, sino que lo utilizará de acuerdo con el estado procesal que guarde la averiguación previa correspondiente.

Al establecer el plazo de retención hasta por cuarenta y ocho horas, la forma constitucional cumple con un doble propósito:

- a) Uno, en beneficio del indiciado, al darle la seguridad jurídica de que el hecho de estar involucrado en una averiguación previa no abre la posibilidad de una detención indefinida en su duración, sino que, como regla general, no podrá exceder de cuarenta y ocho horas.
- b) Otro, en beneficio de la sociedad, de las víctimas u ofendidas por el delito, al contar el Ministerio Público con un plazo razonable para integrar la averiguación previa correspondiente, evitando que la excesiva precipitación genere impunidad.

Conforme a lo anterior, ninguna persona podrá ser retenida para efectos de averiguación por más de cuarenta y ocho horas plazo en el cual el Ministerio Público ordenará su libertad o la pondrá a disposición de la autoridad judicial.

Los artículos 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establecen a nivel de ley ordinaria el término de retención por el Ministerio Público hasta por cuarenta y ocho horas.

Acordes con sus propias disposiciones, también establecen la obligación de poner en libertad al indiciado, en caso de que se requiera mayor tiempo para la integración de la averiguación previa, sin perjuicio de que en estos casos se decrete su arraigo en los términos previstos por la ley.

## 10. *Delincuencia organizada*

En el propio párrafo séptimo del artículo 16 de la Constitución, se prevé la posibilidad de prolongar la detención duplicando el plazo de cuarenta y ocho horas, en aquellos casos que la ley califica como delincuencia organizada.

Los artículos 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, antes invocados, definen en términos análogos lo que debe entenderse por casos de delincuencia organizada al establecer, textualmente: “que serán aquellos en los que tres o más personas se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos [...]” que los propios dispositivos enumeran.

Así pues, la condición de procedencia de esta figura no sólo surge al conjuntarse los elementos de su definición, sino además cuando se trate exclusivamente de los ilícitos y modalidades que los propios preceptos enumeran en su última parte.

Debemos cuidarnos de no confundir el concepto de delincuencia organizada de carácter procesal, con el de asociación delictuosa de naturaleza penal, porque, según se precisó, mientras en aquella se requiere que tres o más personas se organicen bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos, alguno de los delitos que se precisan en la ley; para que se configure el delito de asociación delictuosa, aun cuando se requiere que formen parte de ésta tres o más personas, y se dé la existencia de una organización con jerarquía, no es necesario que existan los fines lucrativos, sino simplemente el acuerdo en abstracto de cometer hechos delictuosos.

La duplicación del plazo de retención se adopta en razón de la dificultad que implica la investigación e integración de la averiguación, dada la amplia capacidad que los delincuentes tienen, por los recursos de que disponen, para ocultar o eliminar huellas de sus comportamientos ilegales y de silenciar por diversos medios a quienes puedan declarar en su contra.

## 11. Otras reformas

Antes de concluir el análisis de las reformas al artículo 16 de la Constitución, cabe destacar algunos otros cambios de esencia, observables en los párrafos segundo y tercero, por cuanto a la orden de aprehensión y su ejecución.

- a) Se reitera que la orden de aprehensión emanada de un juez es, por regla general, el único acto de autoridad que puede afectar a un gobernado en su libertad personal. Sólo serán excepciones los casos de flagrancia o urgencia.
- b) A fin de distinguir esta regla general de sus excepciones, se suprime la expresión “[...] o detención [...]” que como sinónimo se empleaba en el texto anterior. Ahora la detención corresponde al Ministerio Público, previa la satisfacción de los requisitos que con antelación se examinaron.
- c) Se confirma la regla en cuanto al requisito de procedencia de denuncia, acusación o querrela.
- d) Se establece que los requisitos procesales señalados en el inciso anterior se refieran a un hecho determinado que la ley señale como delito; con lo anterior se plasma en la Constitución el principio de la responsabilidad por el hecho, con lo que se busca garantizar que la ley sólo sancione conductas humanas de carácter antisocial y no meros aspectos de la personalidad del inculpado.
- e) Se sustituye el término pena corporal que más se identificaba con las prohibidas por el artículo 22 constitucional, por el de cuando menos pena privativa de libertad, comprensivo de penas de mayor entidad, como puede ser, en su caso, la de muerte.
- f) Se adiciona al artículo 16 de la Constitución, en el párrafo tercero, lo previsto antes de la reforma en el tercero y cuarto párrafos de la fracción XVIII del artículo 107 de la ley fundamental, sustituyendo el término de veinticuatro horas por la expresión *sin dilación alguna*, como indicativa de la forma en que tiene que actuar la autoridad que ejecuta una orden de aprehensión para poner al detenido a disposición del juez.

Sólo nos resta destacar que los Códigos de Procedimientos Federal y del Distrito Federal, a través de reformas a diversos artículos, han adaptado sus textos al nuevo contenido del artículo 16 de la Constitución. Ello se advierte fundamentalmente en las normas que establecen las “Reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa” y a los que regulan la “Comprobación de los elementos del tipo penal y la pro-

bable responsabilidad del inculpado”. También cabe advertir la libertad probatoria que en ambos ordenamientos se otorga tanto al Ministerio Público como a los tribunales para acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado. Los artículos 180 y 124 de los ordenamientos respectivos disponen, en términos análogos:

Para la comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpado, el Ministerio Público y los Tribunales [jueces] gozan de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de las que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.

## V. ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL

El artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra tres tipos de garantías en favor del gobernado que tenga el carácter de indiciado por haberse iniciado un proceso en su contra: la garantía de libertad personal deambulatoria; la de seguridad jurídica y de la integridad física.

En efecto, en el párrafo primero se establece el derecho a la libertad del individuo y la prohibición correlativa al juez de restringir aquélla, si no existen datos suficientes “que acrediten los elementos del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste”.

En el párrafo segundo se tutela la seguridad jurídica del individuo, en cuanto exige que todo proceso sólo pueda seguirse por los delitos establecidos en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Finalmente, el párrafo tercero, que no fue tocado por la reforma, establece la proscripción de todo maltrato o exacción económica en la aprehensión o en las prisiones.

Con relación a las reformas que se introdujeron al artículo 19 constitucional, destacaremos las siguientes:

### 1. *El término de setenta y dos horas*

Cabe advertir que en el nuevo texto del artículo 19 constitucional, la expresión tres días se cambió por la de setenta y dos horas, como término para resolver la situación jurídica del inculpado y decretar su formal prisión, sujeción a proceso, o libertad, en su caso.

Este cambio es afortunado no sólo porque el nuevo término es más preciso e inequívoco, sino porque establecido por horas, se cuenta de momento a momento, a partir de la hora que corresponda conforme a la ley, tal y como lo disponen los artículos 72 del Código Federal de Procedimientos Penales y 58 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En cuanto al punto de partida de este término, no nos queda duda de que principia a correr a partir de que el inculcado sea puesto a disposición de la autoridad judicial, según lo establece el propio artículo 19 de la Constitución, motivo por el cual el Ministerio Público, el juez, el encargado del reclusorio o del centro de salud, en su caso, deben dejar constancia del día y la hora en que el inculcado que se halla detenido, queda a disposición del juez de la causa; sin embargo, el Código Federal de Procedimientos Penales, en el artículo 134, párrafo segundo, reformado, trató de precisar, con poca fortuna, cuando el inculcado queda a disposición de la autoridad judicial, al establecer literalmente:

se entenderá que el inculcado queda a disposición del juzgado, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que el Ministerio Público lo interna en el reclusorio o centro de salud correspondiente. El Ministerio Público dejará constancia de que el detenido quedó a disposición de la autoridad judicial y entregará copia de aquélla al encargado del reclusorio o del centro de salud, quien asentará el día y la hora de la recepción.

En la disposición de referencia, por más esfuerzo que se haga, no queda claro el momento preciso a partir del cual debe empezar el término constitucional para el juez del proceso, pues no se sabe si es el del internamiento; el de la formulación de la constancia; el de la entrega de aquélla al encargado del reclusorio o centro de salud; o el del día y la hora de la recepción que éstos asisten. Ojalá que en tema tan delicado, pronto se haga la enmienda aclaratoria correspondiente.

Como puede advertirse, la reforma reitera la prohibición dirigida al juez, de prolongar la detención del inculcado después de las setenta y dos horas, al establecer: “la prolongación de la detención en perjuicio del inculcado será sancionada por la ley penal”. Como puede apreciarse, no se proscribe toda prolongación de la detención, sino únicamente la realizada en perjuicio del inculcado; por tanto, es admisible la prolongación, cuando ésta le beneficia. Con esto se otorga respaldo constitucional a la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales y en el segundo párrafo del artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los que se confirma la posibilidad de duplicar el término constitucional cuando lo solicite el inculcado, por sí o por su defensa, al rendir

su declaración preparatoria, o dentro de las tres horas siguientes, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar o desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica. Estos preceptos sustituyen correctamente el término prórroga por el de ampliación e incorporan una obligación ya practicada de hecho por la autoridad judicial que la constriñe a comunicar dicha ampliación a la autoridad administrativa correspondiente, para los efectos a que alude el artículo 19 constitucional.

En la última parte del primer párrafo del invocado artículo 19, además de establecer la responsabilidad penal para quienes prorroguen injustificadamente la detención del inculpado, precisa la obligación de los custodios, de hacer del conocimiento del juez, el vencimiento del plazo, solicitándole copia autorizada del auto de formal prisión, y en su defecto deberán poner en libertad al detenido en un lapso no mayor de tres horas.

## 2. *Requisitos de constitucionalidad*

Para que el auto de formal prisión tenga validez en los términos del artículo 19 de la Constitución, es menester que de lo actuado se acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado.

De lo anterior se desprende que a partir de la reforma de los artículos 16 y 19 de la ley fundamental, el Constituyente establece los mismos requisitos para dictar una orden de aprehensión que para decretar un auto de formal prisión, situación ésta que a todos aprovecha:

- a) Para el juez, desaparece la angustia que implica el breve término de setenta y dos horas y el riesgo de pronunciar una resolución precipitada, en tanto que la actividad que tendrá que desplegar en este lapso, será la continuación natural de lo ya hecho por él al decretar la orden de aprehensión o ratificar la detención, en su caso. Más claramente: Si el juez ya acreditó la existencia del tipo penal y la responsabilidad probable del inculpado al dictar orden de aprehensión, o al ratificar la detención, le bastarán las setenta y dos horas para determinar la situación jurídica del inculpado.
- b) Para el inculpado, puesto que está en aptitud de defenderse adecuadamente, ya que existe una clasificación del delito que se le atribuye desde el momento en que se ordena la privación de su libertad por mandamiento de captura, ello, sin perjuicio de que al momento de que se resuelva su situación jurídica se precise en definitiva el delito por el cual se le seguirá el proceso.

- c) Para el desarrollo eficaz de la causa, en cuanto para determinar el hecho y la probable responsabilidad del inculpado, vale tanto lo actuado durante la averiguación, como lo actuado ante el propio juez.

Así pues, la equivalencia entre los requisitos que deben satisfacer ambas resoluciones judiciales: orden de aprehensión y auto de formal prisión, hacen válido para ésta las explicaciones que se hicieron para aquélla, sólo cabe agregar como una consideración útil, que el dictado del auto de formal prisión exige: “la verdad plena de los elementos del tipo penal del delito que se imputa al inculpado y sólo la verosimilitud de los elementos que hagan probable su responsabilidad”.

Las razones son evidentes: el tipo penal del delito está integrada —según antes se explicó— por hechos y circunstancias, objetivos y subjetivos, que, como tales, exigen comprobación. En cambio, la responsabilidad probable es un juicio lógico de atribución provisional, que admite ser formulado cuando hay datos indiciarios suficientes, no desvirtuados, que permitan considerarla como verosímil; de ahí que la Suprema Corte la denomina responsabilidad presunta.

El hecho de que en el texto actual del artículo 19 de la Constitución no se contemplen los requisitos que en el texto anterior se denominaban de forma y que aludían al lugar, tiempo y circunstancia de ejecución del delito, no implica que en los autos de formal prisión que ahora se pronuncien no deban satisfacerse, puesto que como ya se anticipó, el diverso artículo 16 de la ley fundamental obliga al juez a dictar todas sus resoluciones de manera fundada y motivada, y entre las motivaciones están todas las circunstancias unidas al hecho, no sólo las de lugar y tiempo, sino las de ocasión, medios, modos, los referentes a los sujetos activo y pasivo, así como al objeto material del delito.

Por lo tanto, la falta de motivación del auto de formal prisión, por no precisarse el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito que se atribuye al inculpado, no origina violación al artículo 19 de la Constitución, sino inobservancia del artículo 16 del propio ordenamiento, por lo que cuando se carezca de motivación en el auto de prisión preventiva, el amparo que se otorgue tendrá como único efecto que se deje insubsistente el auto de formal prisión, sin perjuicio de que la autoridad judicial dicte una nueva resolución, la que en derecho proceda, sin incurrir en defectos de forma.

### 3. *Importancia procesal*

El auto de formal prisión tiene una doble importancia procesal por cuanto determina la prisión preventiva y fija la litis penal.

### a) Prisión preventiva

El auto de formal prisión marca el inicio de la prisión preventiva. Antes, cuando el inculpado queda a disposición de la autoridad judicial, bien sea por efecto de la orden de aprehensión o de su consignación por el Ministerio Público, y que abarca hasta el auto de formal prisión o el de libertad por falta de méritos, hay detención preventiva judicial. Y más antes, cuando la detención tiene lugar en los casos de flagrancia o urgencia, hay detención preventiva administrativa, la que está regulada, como antes se ha dicho, por el artículo 16 de la Constitución.

Sugestivo sobre este tema nos parece un viejo precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en el tomo X, página 506, quinta época, del *Semanario Judicial de la Federación*, en el que se establece: “El auto de formal prisión no es otra cosa sino la declaración que hace la autoridad judicial de que existen motivos bastantes para convertir una detención en prisión preventiva.”

Pudiera parecer superflua proceder a tal precisión terminológica, pues en última instancia el artículo 20, fracción X, párrafo tercero, ordena categóricamente que: “En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención”, sin que se haga distinción entre detención administrativa o judicial o la motivada por la prisión preventiva. Sin embargo, como ya hemos visto, la Constitución ahora distingue entre aprehensión y detención; entre detención ante el Ministerio Público y detención ante autoridad judicial y entre detención preventiva y prisión preventiva, lo que obliga al uso correcto de los términos tanto en la ley como en las actuaciones procesales.

La prisión preventiva reviste, en nuestra opinión, cuatro caracteres esenciales: a) se trata de una medida precautoria privativa de la libertad personal; b) impuesta en virtud de un mandato judicial; c) de manera excepcional, y d) hasta el momento en que se dicte sentencia o auto definitivo que ponga fin al proceso.

### b) Litis penal

El auto de formal prisión o de sujeción a proceso establece judicialmente por cual delito o delitos se seguirá proceso al inculpado. En este acto, el juez determina la validez provisional de la pretensión jurídica de la acción penal y le comunicará al indiciado el delito o delitos por los cuales se le va a juzgar.

Así pues, esta resolución precisa la litis sin que sea dable cambiarla durante la secuela del proceso. Implica una garantía de seguridad jurídica, en tanto que la sentencia definitiva no puede resolver sino absolviendo o condenando, respecto al delito señalado en el auto de bien preso, y no por otro distinto.

Con algunas variantes importantes, el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución establece: “Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.”

Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

El mencionar el auto de sujeción a proceso en el nuevo texto mejora la norma. En el texto anterior, estrictamente quedaban fuera de la protección de esta garantía los sujetos a procesos por delitos no sancionables con pena corporal, lo que indiscutiblemente resulta inadmisibles.

El sustituir el sustantivo acusación, por el de averiguación, también resulta afortunado, pues resuelve con mayor claridad lo que el Ministerio Público debe hacer cuando “en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue”, con lo que se cancela la práctica viciosa de ampliar el contenido de la acción penal una vez ejercitada, aun en aquellos casos de delitos que por virtud del resultado criminoso, trasciendan de una figura delictiva a otra. Además, el cambio incide en la calidad con la que el Ministerio Público actúa, pues el adscrito al proceso en el que aparece el nuevo delito seguirá haciéndolo como parte, mientras que la averiguación separada que motive el nuevo delito implicará la intervención del Ministerio Público como autoridad.

Los Códigos de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal introducen las reformas legales necesarias para poner a tono con la reforma del artículo 19 constitucional, los preceptos que en estos ordenamientos regulan el auto de formal prisión, de sujeción a proceso y de libertad por falta de elementos para proceder. Desde luego, un análisis comparativo de ambos ordenamientos permite advertir una mejor técnica y un mayor cuidado en los textos del Código del Distrito Federal, en el que incluso, por la importancia que tiene, conviene destacar el texto del artículo 304 bis A que textualmente establece:

El auto de formal prisión o de sujeción a proceso se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos, materia de la consignación, y considerando los elementos del tipo y la probable responsabilidad correspondientes aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores.

## VI. ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL

Al establecer el artículo 20 de la Constitución que “en todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías [...]”, no hace sino consagrar los derechos que conforman el estatuto del inculpado.

La renovación de este estatuto, como certeramente lo observa el doctor Sergio García Ramírez,

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

El texto anterior circunscribía el estatuto a quienes estuviesen sujetos a un juicio penal, dado que el artículo original iniciaba diciendo: “En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías [...].” Con motivo de la reforma que nos ocupa, se modificó la redacción para expresar: “En todo proceso de orden penal tendrá el acusado las siguientes garantías [...].” Se advierte claramente el cambio de la expresión juicio del orden criminal por la de proceso del orden penal y el empleo del término inculpado en lugar del de acusado. Ello tiene por objeto definir correctamente la etapa procesal íntegra que se desarrolla ante el juez, y no solamente la fase final en que se precisa la acusación y se dicta la sentencia.

Por lo demás, la amplitud de la expresión proceso del orden penal permite que varias de las garantías que se consagran en este precepto, también tengan vigencia en la etapa de la averiguación previa, de acuerdo con lo que dispone su penúltimo párrafo, que textualmente dice: “Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan [...].”

Las reformas al artículo 20 constitucional, publicadas el 3 de septiembre de 1993, introdujeron varios cambios importantes a este artículo en los siguientes aspectos: 1. Libertad provisional bajo caución; 2. Declaración contra sí mismo; 3. Derecho de defensa, y 4. Derecho de la víctima u ofendido. Nos ocuparemos en seguida de cada una de ellas.

### 1. *Libertad bajo caución*

Los cuestionamientos de la legalidad de la prisión preventiva, su consecuencia descrédito, más el respeto a la libertad del inculpado, han motivado criterios

cada vez más amplios para la concesión de la libertad caucional, como contrapartida para suprimir o disminuir los efectos negativos que aquélla produce.

Sobre el tema, son relevantes cuatro cuestiones que trataremos a continuación: A. Quién concede y cuándo la libertad caucional, B. Bajo qué requisitos se otorga y C. Con qué condiciones surte efectos.

#### A. *Quién concede y cuándo la libertad caucional*

Merced a la evolución de la ley secundaria en este punto, sobre todo desde 1971, y ahora gracias a la reforma constitucional de 1993, la libertad provisional es un derecho del inculpado ante el Ministerio Público y ante el juez.

Los artículos 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en un texto similar disponen: “Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad bajo caución, inmediatamente que lo solicite.” Queda, pues, claro que la libertad caucional puede otorgarla el Ministerio Público durante la averiguación previa cuando el inculpado ha sido detenido en caso de flagrancia o urgencia o cuando se ha presentado voluntariamente, con las mismas condiciones en que el juez lo hace en el proceso judicial. Así lo confirman los artículos 135 y 269, fracción I, inciso g), respectivamente, de los ordenamientos invocados.

#### B. *Bajo qué requisitos se otorga*

Es oportuno recordar que el Constituyente de 1917 vinculó la libertad provisional con la cuantía de la pena correspondiente al delito por el que se seguía el proceso, de tal manera que si en su término medio aritmético no rebasaba los cinco años de prisión, se otorgaba al inculpado.

La reforma legal secundaria de 1990 mejoró la situación del inculpado, pues permitió al juzgador ampliar la posibilidad de conceder la libertad provisional aun cuando la medida de la sanción excediera de cinco años. Esa misma reforma excluyó el beneficio en los supuestos de ciertos delitos graves, así como en los casos de reincidencia y habitualidad. De esta forma, con la concesión de esta libertad provisional, a la que se le otorgó el nombre de “procesal”, para distinguirla de la “constitucional”, se abandonó parcialmente la predefinición legal impuesta por el término medio aritmético de la sanción prevista por la ley y se introdujo una forma de arbitrio judicial en lo que corres-

pondría a los delitos con sanción superior a este término, pero no excluidos expresamente por la ley procesal.

Estos conceptos, el del término medio aritmético previsto en el texto anterior de la Constitución y el del arbitrio judicial, creado por el legislador ordinario para los delitos no graves que excedan de éste, desaparecen en el texto vigente, de manera que no queda condicionada la concesión de la libertad provisional a una determinada duración de la pena de prisión, sino a la gravedad del delito según lo estime el legislador ordinario. En el dictamen de la Cámara de Diputados se establece que:

Ante esta situación, corresponderá al legislador ordinario plasmar en la ley secundaria un catálogo limitativo de conductas que de manera precisa permita definir qué delitos tendrán que ser de los contemplados para no obtener la libertad caucional. Cabe recalcar que el propósito político-criminal de esta medida es ampliar el margen de libertades y restringir a lo necesario el uso de la prisión preventiva.

Así pues, la ley penal de cada entidad federativa y la que rige en el ámbito federal, deben expresar claramente cuáles delitos no darán lugar a la libertad provisional en atención a su gravedad. Esto permite que aun cuando la pena legal sea superior a los cinco años, si el autor de la ley no considera grave un delito podrá acordar para éste el beneficio de la libertad provisional.

Consecuentemente, hoy el juzgador no cumple papel alguno en la determinación de los supuestos en que procede la libertad provisional. Su actuación debe circunscribirse a ver si en la ley no se incluye el delito por el que se procesa como grave. Es, pues, al legislador ordinario a quien en última instancia corresponde establecer la procedencia o no procedencia de la libertad provisional.

Así se desprende de los artículos 399, fracción IV, y 556, fracción IV, respectivamente, de las leyes adjetivas que se vienen analizando, al establecer como requisito de procedencia de la libertad provisional bajo caución, que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en las propias leyes.

En este orden de ideas dos situaciones particulares llaman la atención: en primer término, no es necesario tomar en consideración las modalidades del delito de que se trate, pues a diferencia del texto anterior, que establecía “tomando en cuenta la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión”, en el texto vigente se dispone: “[...] no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíbe conceder este beneficio [...]”; en segundo lugar, aun cuando el juez advierta peligrosidad en el sujeto autor del ilícito penal, sea un reincidente o habitual, no podrá negar el beneficio de la libertad provisional.

### *C. Con qué condiciones surte efectos*

Este tema referente a la caución resulta ser el más complejo, dada la ambigüedad de la reforma constitucional. Cinco cuestiones se plantean, desde luego: *a)* el contenido de la caución, *b)* la cuantía, *c)* la reducción, *d)* las especies y *e)* la revocación.

#### *a) El contenido de la caución*

Comenta el doctor Sergio García Ramírez que “la nueva fracción I del artículo 20 limita el monto de la caución a lo necesario para atender la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que puedan imponerse, restricción que es un flagrante desacierto, que, sin embargo, no puede subsanar la ley secundaria”.

No obstante, el artículo 399, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales, y 556, fracción III, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, aparte de las garantías relativas a la reparación del daño y a las sanciones pecuniarias, exigen al inculcado: “Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso”, a fin de que pueda disfrutar del beneficio de la libertad provisional bajo caución.

Y es que la redacción del nuevo texto del artículo 20, fracción I, de la Constitución genera esta confusión al disponer: “inmediatamente que lo solicite [el inculcado] el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculcado [...]”.

A nuestro juicio, la caución que sujeta al inculcado al juez de su causa y que, por ende, garantiza el cumplimiento de las obligaciones que la ley pone a su cargo con motivo del proceso, deriva de los propios términos: “libertad provisional bajo caución”, que presupone una libertad que se obtiene provisionalmente cuando se cauciona, pues éste es el significado que tradicionalmente se ha atribuido a este beneficio. La expresión “siempre y cuando se garantice”, es un “además de”, condicionante; esto es, la libertad provisional con caución se otorga si desde luego se aseguran por su orden la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que puedan imponerse al inculcado. De esta forma se explica que en los artículos de las leyes adjetivas que se invocan, no sólo se haya incluido una garantía que asegure el cumplimiento de ciertas obligaciones del inculcado, especialmente la de hallarse a disposición de la justicia y comparecer cuantas veces sea requerido a juicio, sino que esta garantía aparezca en tercer lugar, después de que se haya asegurado

la reparación del daño y las sanciones pecuniarias a las que, bien o mal, el Constituyente da preferencia.

Finalmente, no podemos soslayar que la reforma constitucional plantea un doble desacierto en cuanto al contenido de la garantía: por una parte, se omite considerar los perjuicios tan importantes como los daños para la plena satisfacción del interés de la víctima o del ofendido por el delito; por la otra, en cuanto a la garantía de la sanción pecuniaria, se pierde de vista que dicha sanción puede sustituirse, en caso de insolvencia, por trabajo a favor de la comunidad.

### *b) La cuantía de la caución*

Dice la fracción I del artículo 20 de la Constitución “[...] el monto y la forma de la caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado”. Tal condición impuesta por el Constituyente puede resultar contradictoria, en algunos casos, con lo previsto en el párrafo primero que para nada toma en consideración la capacidad económica de quien deba cubrir la caución, que es lo que en última instancia significa el término “asequible”; más aún, si para hacer prevalecer este criterio, el juez tuviese que reducir la garantía de la reparación del daño, no obstante que el propio artículo 20, en su último párrafo, también consagra como derecho de la víctima la satisfacción de la reparación del daño.

Así pues, estimamos que el monto de la caución debe establecerse con base en las reglas previstas en el primer párrafo de la fracción I del artículo 20 constitucional, y en su caso, para que el término “asequible” empleado en el segundo párrafo tenga algún sentido, debe aplicarse sólo al monto de la caución relacionada con el cumplimiento de las obligaciones que la ley establece con cargo al inculpado en la razón del proceso.

En esta forma lo entendió el legislador ordinario, quien en el artículo 402 del Código Federal de Procedimientos Penales, al regular el arbitrio para determinar el monto de la caución a fin de hacerla “asequible” al inculpado; lo circunscribe a la caución para el incumplimiento de las obligaciones que se derivan del proceso.

Un argumento más fortalece este criterio: el propio párrafo que se comenta autoriza sólo a la autoridad judicial para disminuir el monto de la caución inicial, en circunstancia que la ley determine. Entonces no sería razonable que desde un principio se adopten parámetros asequibles al inculpado, con detrimento de la víctima u ofendido o del Estado, por cuanto a la sanción pecuniaria; para luego si aquél lo solicita, reducirlos aún más.

Por otra parte, aunque parezca cuestión de palabras, la Constitución emplea la palabra “caución” para referirse a la afecta a la libertad provisional del in-

culpado y la palabra “garantice” para aludir a las afectas al monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias y sólo predica el carácter asequible y la posibilidad de disminución, por lo que toca a la caución. Volveremos sobre este punto, cuando en el apartado siguiente nos ocupemos de la disminución de la caución.

Finalmente, la forma de la caución, a la que también alude la Constitución, debe atender igualmente a las circunstancias personales del inculpado, de manera que quien la fije, facilite formas, como la fianza, la prenda, la hipoteca o incluso la exhibición en parcialidades cuando no se puede constituir el total del depósito en efectivo.

### c) La disminución de la caución

Como ya se anticipó en el párrafo segundo del artículo 20 de la Constitución, también se prevé la “disminución” de la caución, y ello vuelve a plantear el dilema de si esta disminución puede afectar las garantías de la reparación del daño y de la sanción pecuniaria; en especial la primera.

Al respecto es muy orientador el texto del dictamen producido en la Cámara de Diputados en relación con este punto, cuando dice:

Sin embargo, en aquellos casos en que exista un conflicto grave entre estos dos intereses, en los términos que señale el legislador, se deberá preferir el de la libertad de quien no ha sido declarado culpable sobre el interés que protege a la víctima, en razón del principio de presunción de inocencia y de preponderancia de la libertad frente a los bienes tutelados por los delitos que alcanzan genéricamente este beneficio. En todo caso, se deberá pretender afectar lo menos posible el interés que se sacrifica. En este sentido, el juez, en circunstancias que la propia ley secundaria deberá contemplar, atendiendo las características del inculpado, tales como profesión u oficio, nivel educativo, ambiente familiar, posición económica, entre otros, podrá disminuir el monto de la caución inicial, o en su caso, que por los propios acontecimientos que se den dentro del proceso hagan factible tal disminución.

La aplicación de esta disposición constitucional en la ley secundaria se ve en el artículo 400 del Código Federal de Procedimientos Penales y 560 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. De sus textos se advierte que a petición del procesado o su defensor. “en la proporción que el juez estime justa y equitativa”, podrá reducir la caución que garantice el cumplimiento de las obligaciones que la ley establece a cargo del primero, en razón del proceso, cuando concurra alguna de las circunstancias que los propios preceptos enuncia de manera alternativa y ejemplificativa. Tal se dice en la primera parte de los artículos que se invocan; pero en sus últimos párrafos, la reduc-

ción se hace extensiva a las garantías relativas al monto estimado de la reparación del daño y a la sanción pecuniaria; sin embargo, la procedencia de esta reducción se reduce a un único caso: “la imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aun con pagos parciales”; no hay más alternativas, ni arbitrio judicial. Además, el legislador ha querido subrayar lo excepcional de la medida al disponer:

En este caso, si se llegase a acreditar que para obtener la reducción el inculpado simuló su insolvencia, o bien, que con posterioridad a la reducción de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, de no restituir éstas en el plazo que el juez señale para ese efecto, se le revocará la libertad provisional que se le tenga concedida.

La disminución del monto de la garantía se tramitará como incidente no especificado en los términos del artículo 494 del Código Federal de Procedimientos Penales y 541 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por no tener forma específica de sustanciación.

#### *d) Las especies de caución*

Por lo que toca a las especies de caución, la última parte del artículo 399 y el artículo 404 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como el artículo 562 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, autorizan el depósito en efectivo, en una sola exhibición o en parcialidades, la fianza, la prenda, la hipoteca o el fideicomiso. El depósito, la hipoteca y la fianza son las garantías tradicionales; posteriormente se incluyó la prenda y en esta última reforma a las leyes adjetivas se agregó el fideicomiso. Los artículos 416 y 573 de los respectivos ordenamientos, también fueron reformados para el solo efecto de permitir que un tercero pueda constituir fideicomiso en garantía de la libertad del inculpado.

#### *e) La revocación de la libertad provisional bajo caución*

En el último párrafo de la fracción I del artículo 20 de la Constitución se introdujo la revocación de la libertad provisional bajo caución, al disponer: “Cuando el procesado incumpla en forma grave cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se derivan a su cargo en razón del proceso”.

Como la Constitución alude a “[...] las obligaciones que en término de ley se derivan a su cargo en razón del proceso [...]”, ello implica que sólo el incumplimiento de éstas es causa constitucional de revocación; sin embargo, en

las leyes adjetivas se incluyen otras, que aun cuando justificables, carecen de sustento en la ley fundamental, como el que con posterioridad se justifique la insolvencia del fiador, a la que alude el artículo 413, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales.

### f) Libertad provisional sin caución

Sin duda, una de las innovaciones de la reforma procesal la constituye la libertad provisional sin caución que introducen los artículos 135 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y 133 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, medida que procede cuando el término medio de la pena no excede de tres años, no se trate de un delito grave y se satisfagan los requisitos que los propios preceptos establecen.

Esta modalidad de la libertad provisional es cuestionable a la luz de la Constitución, pues si la expresión “libertad sin caución alguna” comprende la que debiera fijarse para responder del monto de la reparación del daño, con ello se contraviene el artículo 20 de la ley suprema, pues no establece excepciones por cuanto al deber de constituir esta garantía, sin que pueda argumentarse que al favorecerse al inculpado no se da tal violación, porque ahora la víctima o el ofendido también gozan de una amplia protección constitucional, según tendremos oportunidad de verlo.

Por lo demás, en esta nueva forma de libertad provisional, llama la atención su desubicación en la ley, fuera del capítulo relativo; su traslape con la libertad bajo protesta, aun cuando ésta sólo se concede si la pena máxima no excede de tres años de prisión, mientras que aquélla alude al término medio aritmético de la pena aplicable al delito por el que se siga el proceso, así como la magnanimidad del legislador al descartar toda forma de garantía, aun cuando sólo fuese la mínima consistente en la palabra o promesa de quien obtuvo el beneficio.

A nuestro juicio, hubiese sido más conveniente desde todos los puntos de vista, ampliar la procedencia de la libertad bajo protesta, en vez de crear esta extraña figura de libertad provisional sin caución.

## 2. *Declaración contra sí mismo*

La prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo que se establece en la parte inicial de la fracción II del artículo 20 de la Constitución, reconoce como antecedente la máxima difundida en Inglaterra, a fines del siglo XVI, de que “nadie está obligado a acusarse a sí mismo”. Quienes entonces pro-

pugnaban dicho principio argüían que una persona no debía ser sometida a juicio y obligada a contestar preguntas en su perjuicio. La idea ganó pronto terreno y llegó a convertirse en uno de los axiomas de la seguridad individual en el Estado constitucional o de derecho.

Se trata de proveer a la declaración del inculpado de la más amplia y eficaz protección posible, a fin de que sea prestada en el pleno dominio de la libertad corpórea, intelectual y espiritual del individuo. Quedarían al margen de la Constitución todos los medios de cualquier índole que fuesen, tendientes a influir sobre el inculpado en cualquiera de los aspectos señalados. Así, sin duda, están terminantemente prohibidas la incomunicación, la intimidación o la tortura a las que la Constitución se refiere expresamente; pero también lo están el empleo de cualquier sustancia, droga, tóxicos, hipnosis o narcoanálisis, dirigidos a desarticular el mecanismo psíquico del inculpado y destruir el control de la conciencia, más aún cuando de las observaciones y experiencias de la criminología se concluye que “el subconsciente no revela la verdad, y según opiniones valederas, miente más que la conciencia íntegra y libre”.

La reforma a esta fracción introdujo la obligación para el legislador ordinario de penalizar las prácticas consistentes en incomunicar, intimidar o torturar a los inculpados, lo que no excluye que se puedan tipificar otras conductas. La Ley sobre tortura cumple este propósito.

La propia reforma establece que la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta al Ministerio Público o al juez, o ante éstos sin la asistencia del defensor, carece de todo valor probatorio, con lo cual se da seguridad al detenido y se evitan declaraciones hechas ante autoridades policiacas rendidas en forma, pero sin contar con la presencia de la defensa.

Esta exigencia la reitera el artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, aun cuando con un vicio de inconstitucionalidad, al establecer que la confesión debe ser hecha “[...] en presencia del defensor o persona de su confianza [...]”, siendo que la ley fundamental es categórica al exigir únicamente la presencia del defensor. Este error no se advierte en el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que para obviar problemas remite a las formalidades señaladas por el artículo 20, fracción II, de la Constitución.

### 3. *Derechos de defensa*

Algunas otras fracciones del artículo 20 que fueron objeto de reforma tienden a ampliar los derechos de defensa del inculpado; entre ellos: el de ser informado desde el inicio del proceso de los derechos que a su favor consigna la Constitu-

ción; el de ser careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra y el de ser juzgado en los plazos que la propia Constitución establece.

En este orden, procederemos a su estudio.

### *A. El derecho de ser informado sobre las garantías que le otorga la Constitución*

De acuerdo con el contenido del artículo 20, fracción IX, párrafos primero y segundo, desde el momento en que el inculpado es detenido, aun en la averiguación del delito, hay obligación de que se le informe de los derechos que la propia Constitución consigna en su favor, para una defensa adecuada. Además, por lo que hace a la garantía de defensa, estable que ésta deberá ser “adecuada”. Finalmente señala: “También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.”

La disposición constitucional se proyecta en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales y en el artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. El supuesto para la operancia de estos preceptos, contenido en su primer párrafo, es el hecho de que alguien sea detenido o se presentase voluntariamente con motivo de un proceso.

El deber impuesto por la Constitución corresponde inicialmente al Ministerio Público, y la fracción III de los preceptos que se mencionan en el párrafo precedente desarrolla el derecho de ser informado sobre las garantías siguientes:

- a) “No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor.” El inculpado tiene, pues, derecho constitucional y legal al silencio. El declarar asistido por su defensor obedece más al propósito de evitar que durante la diligencia se menoscaben sus derechos o se le cause algún perjuicio ilícito, que a dispensarle asesoría, pues si así fuera, se desvirtuaría la declaración inicial, que de ese modo perdería su libertad y espontaneidad.
- b) “Tener una defensa adecuada por sí, por una persona de su confianza, o si no quiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio.” Es trascendente el avance derivado de la reforma constitucional de 1993, a propósito de la defensa “adecuada” que al tenor de esta expresión no puede ser cualquier defensa. Así pues, no sólo el incumplimiento de la obligación de designar un defensor, sino el desempeño negligente o ineficaz provocarán indefensión y, por ende, violación a la garantía de audiencia.

El término “defensa adecuada” nos hace pensar en que en el ánimo del Constituyente y del legislador priva la idea de que sea confiada a un abogado, pues de otra suerte no sería eficaz.

El anterior derecho y éste constituyen los límites máximos del derecho de defensa. El primero implica el derecho a callar y negar; el segundo obliga al defensor, por la confianza en él depositada, a apoyar el silencio o negativa de su defensor.

- c) “Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación.” Fórmula ésta más afortunada que la del texto constitucional, pues el deber de comparecer no debe circunscribirse a cuando se le requiera, como se establece en dicho texto, sino cuando su presencia se haga necesaria en atención al acto procesal que se verifique.
- d) “Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa.” En consecuencia, la averiguación previa no es secreta con respecto al inculcado y su defensor, quienes por el contrario tienen libre acceso al expediente.
- e) “Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca [...]” Ello constituye una garantía constitucional que se extiende en favor del inculcado desde la averiguación previa conforme a la reforma de 1993 y tiende a favorecer su defensa, permitiéndole el desahogo de pruebas de descargo, mas sin incurrir en prolongaciones indebidas del procedimiento administrativo, por lo que como complemento dispone: “Cuando no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el inculcado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas.”
- f) “Para efectos de los inciso b) y c) se le permitirá comunicarse con la persona que él solicite [...] utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer [...]” Inicialmente la posibilidad de comunicación podía hacerla el inculcado con quien estimase conveniente; ahora parece vinculada con el desempeño de la defensa, dada la remisión que se hace a los citados en los que se alude a este tema.

## B. Careos

En la fracción IV del artículo 20 de la Constitución, la reforma de 1993 introduce variantes en la práctica de los careos. En el texto anterior se veri-

ficaban con los testigos de cargo y autorizaba el careo supletorio si los testigos residían fuera del lugar del juicio. Esta posibilidad fue suprimida y además, sólo se practican a petición del inculpado.

Consecuentemente, la práctica de careos deja de ser obligación legal del juez, porque éste las acordará sólo a petición del inculpado, lo cual es en principio comprensible, por ser a aquél a quien interesa conocer a su acusador o a quien de alguna manera lo implica como el autor del delito que se le imputa.

El artículo 265 del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 225 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en sus textos nuevos reiteran que los careos “sólo se celebrarán si el procesado o su defensor lo solicitan”.

Así pues, de acuerdo con la reforma ni el Ministerio Público puede solicitar careos, ni el juez puede ordenarlos aun cuando este medio de prueba le resulte útil para mejor proveer, lo que en cierta medida puede ir en detrimento de la justicia.

### *C. Plazos para concluir el proceso*

La reforma a la fracción VIII del artículo 20 constitucional reviste particular importancia, porque concilia la garantía de defensa legal con la de enjuiciamiento en breve término.

En efecto, si bien es cierto que el inculpado debe ser jugado antes de cuatro meses, si la pena que pudiera imponérsele no excede de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediera de ese tiempo, también lo es que por su propia voluntad y para su mejor defensa, puede renunciar a estos plazos, solicitando su ampliación.

Los plazos que establece la Constitución para que concluya el proceso, son aplicables tanto para la primera como para la segunda instancia y rigen para todos los inculpados incluyendo aquellos que se encuentran gozando de la libertad provisional bajo caución.

## *4. Derechos de la víctima u ofendido*

El olvido inexplicable de la víctima u ofendido fue notorio y perjudicial en el desarrollo del derecho penal, hasta el agregado de un último párrafo al artículo 20 de la Constitución por virtud de la reforma de 1993. Los trastornos de todo tipo que sufren las víctimas u ofendidos por el delito no podían soslayarse por más tiempo, ya que el fenómeno delincuencial difícilmente se explica sin el análisis de quien sufre los daños materiales o morales del delito.

Hoy las víctimas u ofendidos cuentan, por primera vez, con derechos del más elevado rango constitucional. Se sientan bases para un más amplio desarrollo de estos derechos que ya encuentran cabida en el artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales y en el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. De ellos nos ocuparemos a continuación, aun cuando sea de forma breve:

- a) “Recibir asesoría jurídica y ser informado cuando lo solicite, del desarrollo de la averiguación previa o del proceso.” El primer derecho se recoge en la Constitución, no así el segundo que otorga el legislador ordinario y que debe verse con alguna reserva cuando se refiere a la averiguación previa, sobre todo cuando se trata de diligencias investigatorias que cumple la policía por instrucciones del Ministerio Público.

La asesoría jurídica deberá serle brindada por el Ministerio Público, mientras el Estado estructura las dependencias necesarias para desarrollar esta labor de asistencia.

- b) “Coadyuvar con el Ministerio Público.” En la última parte de los artículos que se citan en el párrafo primero de este apartado, se regula la coadyuvancia al facultar a los ofendidos a

[...] proporcionar al Ministerio Público o al juzgador directamente o por medio de aquél, todos los datos o elementos de prueba con que cuenten, que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculpado, según el caso, y la procedencia y monto de la reparación del daño.

Como puede advertirse, la intervención del ofendido en el proceso penal cobra singular relevancia, transformándose en un verdadero actor, más que un coadyuvante, pues excepción hecha del ejercicio de la acción penal que la Constitución reserva al Ministerio Público, puede intervenir en el proceso aportando todos los datos y pruebas conducentes para acreditar los requisitos constitutivos de dicha acción, en su doble aspecto (punitivo y resarcitorio).

- c) “Estar presente en el desarrollo de todos los actos procesales en los que el inculpado tenga este derecho.” Aquí se recoge el principio de la igualdad de trato de las partes dentro del proceso y su carácter contradictorio.
- d) “Recibir la asistencia médica de urgencia y psicológica cuando lo requiera.” La constitución únicamente se refiere a la asistencia médica de ur-

gencia, no así a la psicológica, aun cuando cabría pensar que queda comprendida en la primera, tenemos la impresión de que el legislador ordinario quiso destacarla por la singular relevancia que tiene para las víctimas de ciertos delitos.

- e) “Las demás que señalen las leyes.” El legislador ordinario no hace sino repetir la última frase del párrafo final del artículo 20 constitucional, desaprovechando una magnífica oportunidad para enriquecer el catálogo de los derechos de la víctima u ofendido por el delito. Pudo haber hecho mención a la protección que debe brindárseles al rendir su declaración acerca de los hechos que se investigan o cuando se les intimida o reciben amenazas; a que se mantenga en reserva su nombre cuando se trata de ciertos delitos, etcétera.

## VII. ARTÍCULO 119 CONSTITUCIONAL

El artículo 119 se modificó sustancialmente con motivo de la reforma constitucional.

Como se advierte de su nuevo texto, se simplifica la tramitación de las extradiciones interestatales, sobre la base de que en cada estado de la Federación se debe dar entera fe y crédito a los actos públicos y procedimientos judiciales de todos los otros, principio federalista que consagra el artículo 121 de la propia ley fundamental y que en términos precisos reitera el artículo 41 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al disponer:

Se dará entera fe y crédito a los oficios de colaboración y a las requisitorias que libren, según el caso, el Ministerio Público, tribunales y jueces de la República, debiendo en consecuencia cumplimentarse siempre que llenen las condiciones fijadas por la ley o por los convenios de colaboración celebrados conforme al artículo 119 constitucional.

En esencia, aun cuando no con la misma precisión, este texto se reitera en el artículo 55 del Código Federal de Procedimientos Penales.

De esta forma, ante un requerimiento de extradición, la autoridad requerida no tiene por qué enjuiciar en su validez intrínseca el acto de la requiriente; ello abrevia trámites y mantiene el propósito de que las personas perseguidas por la justicia sean entregadas sin demora por la autoridad requerida, con lo que en paralelo se protegen los derechos de los indiciados, procesados o sentenciados, a través de la abreviación de los procedimientos de extradición. El texto también se refiere al aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito.

Cabe advertir que las diligencias de entrega de personas o cosas requeridas por el Ministerio Público o la autoridad judicial se realiza con intervención de las Procuradurías como lo dispone de manera expresa la norma constitucional. “Esta intervención —como bien lo advierte el jurisperito Eduardo Andrade Sánchez— sustituye a la actividad de los jueces que anteriormente tenían que tramitar estos asuntos por la vía del exhorto”, apreciación que también se desprende de la exposición de motivos de la iniciativa de reforma a la Constitución, que en su parte conducente dice:

La reforma que se propone al artículo 119 de nuestro máximo ordenamiento, obedece a la necesidad de establecer mecanismos más ágiles de colaboración y coordinación interestatal, para la atención y entrega de los inculpados y sentenciados, así como el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos y productos del delito, suprimiéndose la vía de extradición interestatal a solicitud del juez, por lo que a partir de la reforma propuesta, de obtener el voto aprobatorio, el mecanismo en este renglón será, que habiendo orden judicial de aprehensión y en los casos de flagrancia o urgencia, los trámites de extradición, se deberán desahogar sin demora alguna conforme a los convenios de colaboración y coordinación que celebren las entidades federativas entre sí o con el Distrito Federal, con intervención de sus procuradurías generales.

En lo sucesivo, el exhorto judicial no se hará necesario para llevar a cabo la detención y entrega de quien se halle sujeto a proceso o haya sido sentenciado, puesto que una vez librada la orden de aprehensión por el juez competente, el Ministerio Público se encargará de su cumplimentación, independientemente del lugar donde se encuentre el inculcado. De igual manera, el Ministerio Público ve agilizada su actividad durante la averiguación previa, cuando tiene que practicar una diligencia fuera de su circunscripción territorial.

La mayor rapidez y sencillez con que ahora se actúa, obedece al convenio de colaboración cuya concertación autoriza la Constitución entre las entidades federativas, el Distrito Federal y la Federación a través de sus Procuradurías Generales de Justicia, como instrumento para regular lo que la exposición de motivos denomina extradición interestatal. El convenio vigente fue suscrito el 25 de septiembre de 1993, veintidós días después de publicada la reforma constitucional, bajo la denominación de “Convenio de Colaboración que en base [*sic*] en el artículo 119 Constitucional celebran la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y las Procuradurías Generales de Justicia de los 31 Estados integrantes de la Federación.” Este convenio deja prácticamente sin vigencia a la Ley Reglamentaria

del artículo 119 constitucional, más aún sin que se pueda afirmar que dicha Ley haya sido abrogada, pues un convenio no puede producir tal efecto.

En el tercer párrafo del artículo 119 constitucional se establece la extradición internacional, cuyo trámite debe efectuarse a través del Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Procuraduría General de la República. Sin embargo, según puede advertirse de su texto, se requiere la intervención de la autoridad judicial, en el procedimiento respectivo, pues corresponde al juez de distrito cumplir la requisitoria, decretar la detención del inculcado hasta por sesenta días naturales y emitir la opinión respectiva.

## VIII. PALABRAS FINALES

Vuelvo a algo que indiqué al comienzo de mi ponencia y que me parece fundamental en el tema. No nos cabe duda que la reforma a la que nos hemos referido es esencialmente innovadora. En ella se recogen principios básicos de un derecho procesal penal moderno y humanista. Sin embargo, quiero terminar recordando que lo verdaderamente importante no son sólo las buenas leyes, pues por sí mismas no bastan para mejorar la sociedad en la que vivimos. Más trascendente aún es que todos contribuyamos a crear una sociedad pacífica, fraterna y solidaria, basada en una estructura justa y educada para la armonía, la convivencia y el respeto mutuo.

El verdadero orden y la verdadera paz no están sólo en la fuerza del derecho, que al fin de cuentas no es sino un medio para lograrlos. Orden y paz sólo podremos obtenerlos cuando todos pongamos los medios que a ellos conducen. De lo contrario incidiremos en contradicciones. No basta, por ejemplo, con felicitarnos por la abolición de la pena de muerte como una conquista de la humanidad que de tiempo atrás asumimos en nuestros ordenamientos jurídicos, si descuidamos lo más difícil: a saber, la constitución de una sociedad que haga innecesaria e inviable la pena capital. Si no lo hacemos con el esfuerzo de todos, volverán a surgir voces, como las que ya principiamos a escuchar, que pidan su reimplantación, aunque esas voces sean de quienes están en contra de todo y a favor de nada o de quienes no han hecho el más mínimo esfuerzo para la eliminación de la injusticia. Lo mismo vale para quienes muestran su frustración ante la democracia. Una cosa es la conciencia de sus límites y otra la añoranza de un pasado antidemocrático. Criticar la democracia para mejorarla, sí, pero no para preferir soluciones antidemocráticas, que retrasen su difícil aprendizaje.

Los mexicanos queremos tener orden y paz, no por sí mismos, sino para convivir mejor, para crear, para tener un sentido más profundo de nuestra existencia y un horizonte más amplio que dé sentido a nuestro camino, a nuestro único camino: México.