

LA REFORMA DE LAS GARANTÍAS PROCESALES PENALES (El decreto de 3 de septiembre de 1993)

Jesús ZAMORA PIERCE

SUMARIO: I. *El artículo 16 constitucional.* II. *El artículo 19 constitucional.* III. *El artículo 20 constitucional.*

Por decreto publicado en el *Diario Oficial* de 3 de septiembre de 1993 se reformaron los artículos 16, 19 y 20 y se derogó la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (también se reformó el artículo 119, pero su reforma no será objeto de este estudio).

La reforma reviste una importancia capital, que resulta, en primer lugar, de que opera sobre nuestra carta magna, el texto jurídico de mayor jerarquía; además, en segundo lugar, de que afecta tres artículos: el 16, el 19 y el 20, que habían conservado prácticamente intacto su texto original, tal y como fue aprobado por el Constituyente de 1917, y a partir de los cuales se estructura el sistema de garantías del procesado penal. La reforma recoge tres cuartos de siglo de experiencia del derecho procesal penal mexicano, toma en consideración las lecciones de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia y, con esos elementos, pretende ser el punto de partida de una nueva época de la justicia penal, en la cual ésta puede lograr sus dos finalidades, diversas, que no contradictorias: asegurar el interés social en la eficaz persecución del delito, garantizando, simultáneamente, el derecho del inculpado a un debido proceso.

I. EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

1. *La orden de aprehensión*

Un Estado respetuoso de los derechos humanos debe proteger la libertad física de todos los individuos, y restringirla únicamente en los casos establecidos previa y limitativamente en la ley y mediante las formalidades y requisitos que ella establece. El artículo 16 constitucional establece un sistema de

protección de la libertad de los individuos, cuyo principio fundamental se encuentra (en el texto reformado) en las palabras: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial [...]” Esta es la regla general: de todas las autoridades del Estado, únicamente los jueces tienen la facultad de dictar órdenes cuyo efecto sea privar de su libertad a una persona. Pero aun la autoridad judicial, única facultada para ordenar aprehensiones, no puede hacerlo arbitrariamente. Debe dictar esa orden cuando se reúnan los elementos enumerados en la Constitución, y abstenerse de hacerlo cuando falte alguno de dichos elementos. De donde resulta que reviste la máxima importancia el determinar, con claridad y precisión, cuáles son los elementos que deben encontrarse presentes para que la orden de aprehensión sea legal.

Con anterioridad a la reforma se debatía si para dictar una orden de aprehensión era necesario comprobar que se había cometido un delito. La Suprema Corte de Justicia interpretaba la Constitución en el sentido de que ésta exigía la comprobación del cuerpo del delito únicamente para el dictado del auto de formal prisión (artículo 19) y que, en cambio, para dictar una orden de aprehensión no era preciso que estuviese comprobado el cuerpo del delito, pues el artículo 16 no lo exigía (tesis de jurisprudencia definida número 205, *Apéndice 1917-1975*, segunda parte, Primera Sala, p. 430). En su versión más extrema, la postura de la Suprema Corte pretendía leer la Constitución en el sentido de que, para librar una orden de aprehensión, bastaba una denuncia apoyada por un testigo. Bien flaca y débil era, en esas condiciones, la protección otorgada a la libertad.

El párrafo segundo del artículo 16 reformado dispone: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.” La expresa mención de los *datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal* como requisito indispensable para que se dicte la orden de aprehensión, hace inaplicable la vieja jurisprudencia de la Suprema Corte y otorga, para el futuro, una adecuada protección a la libertad.

2. La puesta a disposición del aprehendido

Antes de la reforma, el párrafo tercero de la fracción XVIII del artículo 107 constitucional disponía que fuese consignado a la autoridad el que, realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez dentro de las veinticuatro horas siguientes. El párrafo cuarto agregaba: “Si la detención se

verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y en el que se efectuó la detención.”

La ubicación de estas disposiciones era inadecuada, dado que el artículo 107 está destinado a enumerar las bases a las que debe sujetarse el juicio de amparo. Por otra parte, el Constituyente de 1917, al emplear, indistintamente, los términos *aprehensión* y *detención*, no permitía establecer con precisión si se refería a la privación de libertad ordenada por el juez o a aquella determinada por el Ministerio Público. Ello dio pie a sostener que las veinticuatro horas mencionadas por el párrafo tercero de la fracción XVIII eran el plazo fijado por la Constitución para la averiguación previa con detenido.

El decreto a estudio deroga la fracción XVIII del artículo 107, y lleva el contenido de sus párrafos tercero y cuarto a un nuevo párrafo tercero del artículo 16, que dispone: “La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.” La reforma es elogiada por varios conceptos. Por razones sistemáticas, desde luego, pues ubica esta disposición, correctamente, en el artículo 16, destinado a garantizar la libertad. Además, por emplear un lenguaje técnico y preciso, que imposibilita los equívocos, pues emplea el término *aprehensión* para referirse, únicamente, a la privación de libertad que es resultado de una orden judicial, en tanto que reserva la voz *detención*, para designar la privación de libertad consecuencia de un mandato del Ministerio Público (en el caso de urgencia) o de la acción de cualquier persona (en el caso de flagrancia). En la reforma, el Constituyente Permanente ordena a la autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión que ponga al inculpado a disposición del juez *sin dilación alguna*, sin concederle ya las veinticuatro horas anteriormente mencionadas en el párrafo tercero de la fracción XVIII. Este cambio es consecuencia de la enorme modificación que han sufrido los medios de transporte entre el principio y el final del siglo XX. La autoridad que hoy se transporta en avión o en automóvil no necesita, para entregar al aprehendido, del mismo tiempo que requería la autoridad que se transportaba a caballo.

3. *La detención en caso de flagrancia*

Antes de la reforma, la regla general establecida por el artículo 16 de la Constitución, conforme a la cual sólo puede privarse de su libertad a una persona por orden de la autoridad judicial, encontraba en el propio artículo una

primera excepción en “[...] los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndoles, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata”.

El Constituyente es de opinión que la flagrancia nos impone de tal forma la evidente culpabilidad del sujeto, que autoriza el rompimiento de la regla general y, sin esperar a la orden judicial, permite que lo detenga *cualquier persona*. En tan amplio concepto quedan comprendidos, desde luego, el Ministerio Público y los funcionarios encargados de practicar diligencias de policía judicial, pero también cualquier otra autoridad e incluso los particulares. Lo extraordinario de autorizar a un particular para que detenga a otro nos resultará evidente si recordamos que, fuera de esta hipótesis de excepción, esa conducta resultaría sancionable como delito de privación de libertad. El propio Constituyente limitaba esta intervención del particular, ordenándole que ponga al detenido, sin demora, a la disposición de la autoridad inmediata. Quería el legislador que esta detención terminara cuanto antes, y que, sin demora, sin dilación, el particular entregara el detenido a la autoridad, a la más cercana, a la autoridad inmediata. Pero la Constitución guardaba silencio sobre lo que debía ocurrir a continuación. La garantía se agotaba cuando el detenido quedaba en manos de cualquier autoridad, sin extenderse a determinar la conducta a seguir por esa autoridad, ni ocuparse de fijar un límite temporal a la detención.

La reforma destina a la flagrancia el párrafo cuarto del artículo 16, que dispone: “En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.” Posteriormente, en el párrafo séptimo del propio artículo 16, que estudiaremos más adelante, la reforma fija los plazos de la detención ministerial.

La reforma, así, supera las deficiencias del texto anterior, y logra el difícil triunfo de conciliar una mejor protección de los derechos del indiciado y una adecuada aplicación de las facultades investigadoras del Ministerio Público. Lo primero, porque el nuevo texto garantiza ya que el detenido en caso de flagrancia será entregado sin demora al Ministerio Público, y fija un límite temporal preciso a su privación de libertad. Lo segundo, porque otorga ese mismo plazo al Ministerio Público para integrar los elementos que han de permitirle ejercer la acción penal.

4. *La detención en caso urgente*

Antes de la reforma, la regla de detención por orden de autoridad judicial admitía, según el propio artículo 16 constitucional, una segunda excepción, ex-

presada en los siguientes términos: “Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.”

Los requisitos y condiciones con los que el constituyente rodeó a la detención en caso urgente la habían inutilizado como instrumento en la lucha contra el delito. Ya la exigencia de que “no haya en el lugar ninguna autoridad judicial” la hacía inaplicable en una República moderna, salvo, quizá, en las más apartadas rancherías. Pero el principal obstáculo era la orden del Constituyente a la autoridad que realice la detención de poner al detenido *inmediatamente* a disposición de la autoridad judicial. En consecuencia, la autoridad debía entregar al detenido a la autoridad judicial luego, al punto, al instante, del momento en el que ocurriera la detención. Entre ambos momentos no debía haber interposición de cosa alguna, ni debía transcurrir más tiempo que el absolutamente indispensable para transportar al detenido del lugar en el que fue privado de su libertad a aquel otro en el cual tenía su sede el tribunal. La Constitución no le otorgaba al Ministerio Público oportunidad para interrogar al indiciado, ni para llevar a cabo, teniendo al detenido en su poder, acto alguno de investigación del delito. Ahora bien, el Ministerio Público necesitaba haber reunido pruebas que demostraran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado antes de ejercer la acción penal. Luego entonces, el artículo 16, en su texto original, permitía al Ministerio Público efectuar detenciones en casos urgentes después, y únicamente después, de haber agotado la averiguación previa. En caso contrario, el representante social estaría en la imposible situación de no poder, ni conservar al detenido para perfeccionar la averiguación ni ejercer la acción penal; lo primero porque la Constitución se lo prohibía y lo segundo porque su incompleta averiguación no le daba base para ello.

Ahora, el decreto de reforma, en el párrafo quinto del artículo 16, dispone:

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

El análisis de este texto nos permite identificar los diferentes elementos que deben reunirse para que pueda dictarse una orden de detención; ellos son los siguientes:

- a) Debe tratarse de un caso urgente, y, por tal, el Constituyente Permanente entiende aquel en el que existe un riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia. Ya el Constituyente de 1917, en sus debates, afirmaba que el caso urgente se presenta cuando hay peligro de fuga. Respecto al texto reformado, aclaremos que lo *fundado* no es el riesgo (de fuga) sino la opinión que tiene el Ministerio Público de que dicho riesgo existe. En efecto, el representante social es de opinión que existe un riesgo de que el indiciado se fugue, y esa opinión es *fundada* si se apoya en motivos y razones eficaces.
- b) Debe tratarse de delito grave, así calificado por la ley. El texto anterior a la reforma limitaba la detención por caso urgente a los delitos que se perseguían de oficio; el texto reformado usa como criterio de limitación el de “delito grave así calificado por la ley”. Corresponde, ahora, al legislador ordinario, dar cumplimiento a este mandato del Constituyente Permanente, y enumerar, en los códigos procesales penales, los delitos que, en lo porvenir, serán considerados *graves*, para los efectos del artículo 16 constitucional y, como después veremos, para los efectos del artículo 20, fracción I.
- c) El Ministerio Público debe estar en la imposibilidad de ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia. Este requisito, que quizá hubiese sido mejor omitir, recuerda moleestamente la exigencia del texto anterior a la reforma de que “no haya en el lugar ninguna autoridad judicial”, y, mal aplicado, puede dar por la borda con la reforma. Porque, veamos, ¿para qué fin querría el Ministerio Público ocurrir ante la autoridad judicial? ¿Acaso para solicitarle una orden de aprehensión? En esa hipótesis la averiguación previa debe estar concluida, y el Ministerio Público debe tener ya los elementos necesarios para ejercer la acción penal. Es posible que en algunos casos (pocos) ésta sea la situación. Pero creemos que, con mayor frecuencia, el Ministerio Público se verá llamado a impedir una fuga cuando aún no ha integrado la averiguación previa. En esa hipótesis, la más frecuente, el Ministerio Público estará en la imposibilidad de ocurrir ante la autoridad judicial, no por razón de la hora, ni por razón del lugar, sino por razón de la *circunstancia*. Y esa *circunstancia* será, justa y precisamente, el hecho de que nada tiene que hacer ante el juez puesto que no cuenta con elementos suficientes para ejercer la acción penal.
- d) La detención será ordenada por el Ministerio Público. Desaparece, así, la facultad genérica que el texto anterior a la reforma otorgaba a la *autoridad administrativa*. Hoy sólo el Ministerio Público, a quien está re-

servado el monopolio de la acción penal, tiene facultades para ordenar la detención de un indiciado en caso urgente durante la averiguación previa.

- e) El Ministerio Público deberá fundar y expresar los indicios que motiven su proceder. Este requisito se antoja inútil reiteración de la garantía consagrada en el párrafo primero del artículo 16, conforme al cual toda orden de molestia deberá constar en mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

5. *El control de legalidad de la detención en averiguación previa*

La reforma agrega, al artículo 16, un párrafo sexto que dispone: “En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.”

Esta norma otorga al Poder Judicial la facultad de controlar, de oficio, y tan pronto como reciba la consignación del detenido, la legalidad de la privación de libertad efectuada en la etapa de averiguación previa, tanto en los casos de flagrancia como en los de urgencia. Este control deberá efectuarse de inmediato, y antes de que el juez se ocupe de cualesquiera otra cuestión, por cuanto la licitud de la detención es requisito previo de validez de todo acto procesal posterior.

Si el juez encuentra que la detención no fue lícita, es decir, que no satisfizo los requisitos que fija el propio artículo 16, decretará la libertad con las reservas de ley. Esta resolución no se ocupa del fondo del asunto y, en consecuencia, deja viva la posibilidad de que el Ministerio Público, posteriormente solicite la aprehensión del inculpaado.

6. *La duración de la privación de la libertad en averiguación previa*

En un párrafo séptimo, resultado de la reforma, el artículo 16 dispone que:

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

El Constituyente Permanente emplea dos verbos a los que atribuye un sentido técnico preciso. El verbo *detener*, con el que se refiere al acto, de realización instantánea, mediante el cual se priva de su libertad a una persona, sin que esa privación sea resultado de una orden judicial, y el verbo *retener*, mediante el cual se refiere a la prolongación en el tiempo de esa privación de la libertad, durante la averiguación previa. *Detenida* una persona, bien sea en caso de flagrancia o en caso de urgencia, el Ministerio Público podrá *retenerla* (y continuar su averiguación previa) hasta un máximo de cuarenta y ocho horas. Dentro de ese plazo, el Ministerio Público está obligado a ejercer la acción penal, poniendo al detenido a disposición de la autoridad judicial, o bien a poner en libertad al detenido, lo cual no le impide continuar la averiguación previa. En forma excepcional, la reforma permite que se duplique el plazo de la privación de libertad en los casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Encontramos aquí un nuevo mandato del constituyente permanente al legislador ordinario, a fin de que establezca, en la legislación penal, el concepto de delincuencia organizada, a fin de hacer posible la aplicación efectiva de este precepto. También ordena el Constituyente Permanente se tipifiquen y sancionen como delito todas las conductas que, saliéndose de la normativa constitucional, lesionen la libertad individual.

Fijar plazos precisos y limitados a la retención ministerial garantiza la libertad de los indiciados, dando, simultáneamente, al Ministerio Público, la oportunidad de integrar la averiguación previa evitando el riesgo de que el indiciado se fugue. La reforma se preocupa, también, de proteger adecuadamente al indiciado detenido, y, para tal fin, amplía y fortalece sus garantías de defensa y de no autoincriminación, como veremos más adelante.

II. EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL

1. *Su texto derogado y su texto vigente*

Antes de la reforma, el artículo 19 tenía el siguiente texto:

Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancia de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la escuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Como resultado de su reforma, el artículo 19 tiene el siguiente texto:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.

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 escuela 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.

Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

La comparación de ambos textos nos permite señalar las siguientes modificaciones:

2. *La detención ante autoridad judicial*

El texto reformado indica que la detención a la que se refiere el artículo 19 es aquella que tiene lugar *ante autoridad judicial*, para distinguir ésta de la *detención en averiguación previa* ahora reglamentada por el artículo 16.

3. *El plazo para dictar el auto*

El texto original de la Constitución de 1917 se refería en dos ocasiones al plazo por el que podía prolongarse la detención del inculpado, ante su juez, antes de que éste dictara el auto de término. Y, en cada una de esas ocasiones, usaba un criterio diferente para fijar ese plazo. Tres días, decía en el artículo 19; setenta y dos horas, afirmaba en el primer párrafo de la fracción XVIII del artículo 107. En la práctica forense se aplicaba, invariablemente, el segundo criterio: el plazo se medía de momento a momento, a partir de que el detenido estaba a disposición de su juez y hasta el dictado del auto, y se contaba en setenta y dos horas.

El texto reformado se inclina por el criterio de medición en horas. La detención no podrá exceder de setenta y dos —dice— a partir de que el indiciado sea puesto a disposición del juez, sin que se justifique con un auto de formal prisión.

4. *Los elementos del tipo penal*

Antes de la reforma, el artículo 19 condicionaba el auto de formal prisión a la existencia de pruebas que bastaran para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. El texto reformado lleva al artículo 19 la misma terminología que empleó previamente en el artículo 16, y afirma que el auto de formal prisión deberá fundarse en pruebas que acrediten *los elementos del tipo penal* del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. El concepto de cuerpo del delito sale, pues, de la Constitución y de nuestro derecho procesal penal, para ser sustituido por el concepto de elementos del tipo penal. Este criterio probatorio se aplicará, en lo porvenir, para dictar tanto la orden de aprehensión como el auto de formal prisión.

5. *La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado*

La finalidad del artículo 19 es la de garantizar que la detención del inculpado no se prolongará más allá del plazo fijado por el propio artículo. Por esa razón, instruye al legislador ordinario que tipifique como delito la conducta del responsable de que esa detención se prolongue en exceso de dicho lapso, y que lo sancione penalmente. Pero ello —aclara— únicamente cuando la detención sea *en perjuicio* del inculpado.

Esta disposición hace referencia, al parecer, a la hipótesis contemplada en el párrafo final del artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, creado o adicionado por decreto publicado en el *Diario Oficial* de 12 de enero de 1988, y conforme a la cual el plazo fijado en la Constitución para el dictado del auto de formal prisión se duplicará cuando lo solicite el inculcado por escrito, por sí o por conducto de su defensor, al rendir declaración preparatoria, por convenirle dicha ampliación del plazo con objeto de recabar elementos que deba someter al conocimiento del juez para que éste resuelva sobre su situación jurídica. Es evidente que, en esta hipótesis, la prolongación de la detención no sería *en perjuicio* del inculcado, sino, por el contrario, representaría una prolongación *en su beneficio*, por cuanto le daría, a su elección, una más amplia oportunidad de defensa.

6. La sanción al carcelero

Para garantizar que la detención no excedería del término constitucional, la Constitución de 1917 hacía responsable de la misma al carcelero, y lo conminaba con sanciones penales. En primer lugar, en la parte final del primer párrafo del artículo 19 afirmaba que la prolongación de la detención “[...] hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten”. Después volvía a ocuparse del tema en los primeros dos párrafos de la fracción XVIII del artículo 107, cuyo texto decía:

Los alcaides y carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19, contadas desde que aquél esté a disposición de su juez, deberán llamar la atención de éste sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, lo pondrán en libertad.

Los infractores del artículo citado y de esta disposición serán consignados inmediatamente a la autoridad competente.

El tratamiento era poco técnico, tanto por ocuparse dos veces, en dos artículos diferentes, del mismo tema, cuanto por hacerlo, la segunda vez, en el artículo 107, destinado a fijar las bases del juicio de amparo.

La reforma, correctamente, deroga la fracción XVIII del artículo 107, y unifica el tratamiento del tema en el solo artículo 19, diciendo, en la parte final de su primer párrafo:

La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.

7. *El auto de sujeción a proceso*

Antes de la reforma, el artículo 19 otorgaba al inculpado el derecho de que su detención no excediera del término de tres días, a menos que su juez, dentro de ese lapso, dictara en su contra auto de formal prisión que justificara el que continuase privándosele de su libertad, ahora con el carácter de prisión preventiva. Pero, dado que, conforme al artículo 18 constitucional, sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, resulta que el artículo 19 nada decía respecto a quienes son procesados por delito que no merece pena de prisión, o bien sancionado con pena alternativa, y que tales inculpados no gozaban de las garantías establecidas por el 19.

Ahora, como resultado de la reforma, el párrafo segundo del 19 afirma que: “Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o *de sujeción a proceso*.” El resultado es extender las garantías del artículo 19, en lo que cabe, a todos los procesados penales, incluso a aquellos a quienes se les imputa delito que no merece pena de prisión, o sancionado con pena alternativa.

8. *El delito distinto del que se persigue*

El párrafo segundo del artículo 19, antes de la reforma, disponía que: “Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de *acusación separada*, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.” En este punto, la reforma se limita a cambiar el término de *acusación separada* por el de *averiguación separada*.

Por *delito distinto del que se persigue*, el constituyente se refiere a los *hechos* que pudieran resultar probados en la causa, con posterioridad al auto de formal prisión, y que pudieran, en opinión del Ministerio Público, tipificar nuevos delitos, diferentes de aquel señalado en el auto de formal prisión. El inculpado no podría ser procesado, ni mucho menos condenado, por ese delito que no fue señalado en el auto de formal prisión. Pero tampoco puede pre-

tenderse su impunidad respecto de tales hechos. El Ministerio Público conserva intacta su pretensión punitiva respecto de esos nuevos hechos, y, para preparar el ejercicio de su acción, debe tener oportunidad de iniciar una *averiguación separada* (que no una *acusación separada*), como afirma la reforma con pulcritud terminológica.

III. EL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL

1. *El párrafo inicial*

El párrafo inicial del artículo 20 constitucional, antes de la reforma, disponía: “En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías.” Como resultado de la reforma, el texto de ese párrafo es: “En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías.”

Se trata de una modificación terminológica, que emplea el término *proceso*, por considerarlo más adecuado que el de *juicio*, reservado a la etapa en que, habiéndose recibido conclusiones acusatorias y de defensa, se pasa a la audiencia final y se llega a la sentencia; sustituye el adjetivo *criminal* por el *penal*, empleado por los códigos mexicanos de la materia; y emplea la voz *inculpado*, como designación genérica de la persona en contra de la cual se endereza la acción penal, reservando el término *acusado* para el sujeto respecto del cual se han formulado conclusiones acusatorias.

La terminología anterior a la reforma, aun cuando incorrecta, no dificultaba, en la práctica, la aplicación del artículo 20. Su modificación se explica, únicamente en el contexto de una reforma de mayor trascendencia.

2. *La garantía de libertad bajo caución*

Se reforma la fracción I del artículo 20 constitucional, para que tenga, en lo porvenir, el siguiente texto:

Inmediatamente que lo solicite, 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 inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial.

El juez podrá revocar la libertad cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso.

Estamos ante una verdadera revolución copernicana. En efecto, con anterioridad a esta reforma, y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 18 y 20, fracción I, de la Constitución, la regla era que todo procesado por delito que mereciera pena corporal debía ser sometido a prisión preventiva, con la sola excepción de aquellos a quienes se imputase delito sancionado con pena cuyo término medio aritmético no fuese mayor de cinco años de prisión, quienes tenían derecho a obtener su libertad bajo caución; ahora, y como resultado de la reforma en estudio, la regla resulta ser que todo procesado tiene derecho a la libertad, con excepción de aquellos casos en que la ley prohíba expresamente conceder este beneficio, en virtud de la gravedad del delito imputado.

Esta reforma encuentra su antecedente en el decreto publicado en el *Diario Oficial* de 8 de enero de 1991, que reformó, entre otros, los artículos 399 del CFPP y 556 del CPPDF, para permitir al juzgador conceder la libertad provisional al procesado en caso en que la pena del delito imputado rebasaba el término medio aritmético de cinco años de prisión, exigiendo la satisfacción de los siguientes requisitos: I. Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño; II. Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social; III. Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y IV. Que no se trate de personas que, por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirán la acción de la justicia.

La reforma que hoy estudiamos presenta, al compararla con su antecedente, ventajas y desventajas. Lo primero porque, dada su jerarquía de norma constitucional, constituye una garantía individual aplicable a todos los procesados en la República, en tanto que la reforma de los códigos procesales era aplicable, únicamente, en la medida en que éstos lo eran. Lo segundo, porque los requisitos que debían satisfacerse para invocar la norma procesal no fueron recogidos por la norma constitucional; luego entonces, el juez queda ahora sujeto al deber imperativo de conceder la libertad, aun cuando tenga razones para temer que tal concesión constituye un grave peligro social o que el procesado evadirá la acción de la justicia. En todo caso, debemos aplaudir la reforma por cuanto, al reducir el número de procesados sujetos a prisión preventiva, ajusta nuestro derecho al principio de presunción de inocencia.

El estudio de la fracción I del artículo 20, reformada, requiere que nos detengamos en el análisis de las siguientes cuestiones: 1) las personas que pueden gozar de la libertad caucional, 2) las cauciones que deben otorgarse, 3) la posibilidad de disminuir el monto de la caución inicial, 4) la revocación de la libertad y 5) la fecha de entrada en vigor de esta parte de la reforma.

a) Las personas que pueden gozar de la libertad caucional

Todos los procesados tienen derecho a gozar de la libertad caucional, con excepción de aquellos casos en que la ley expresamente prohíba conceder este beneficio por tratarse de delitos graves. En el momento en que redactamos este artículo (marzo de 1994) ha entrado ya en vigor el decreto publicado en el *Diario Oficial* de 10 de enero de 1994, que reformó, entre otros, los artículos 194 y 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 268 y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para enumerar cuáles son los delitos graves que no permiten la libertad bajo caución.

b) Las cauciones que deben otorgarse

Habiendo ya entrado en vigor el decreto de 10 de enero de 1994, al que arriba nos referimos, tenemos conocimiento de que, en los artículos 399, CFPP, y 556, CPPDF, el legislador ordinario exige que el procesado otorgue tres diversas garantías para poder gozar de la libertad caucional: una por el monto estimado de la reparación del daño, otra por las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponérsele, y una tercera para caucionar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso. Nosotros encontramos incongruentes estas disposiciones con la fracción I del artículo 20 al que reglamentan. En efecto, el párrafo primero de la fracción I menciona dos garantías: una por el monto estimado de la reparación del daño y otra por las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponerse al inculpado. El párrafo segundo dice que el monto y la forma de la caución deberán ser asequibles para el inculpado, y agrega que la autoridad judicial puede disminuir el monto que inicialmente fijó a la caución, pero no exige una tercera garantía. Por último, el párrafo tercero no se refiere a las cauciones. Estamos, pues, obligados a concluir que no hay fundamento constitucional para exigir una caución que garantice el cumplimiento de las obligaciones procesales del inculpado. Si el Constituyente deseaba exigir tres cauciones, ciertamente pudo haberlo indicado con claridad en la fracción I.

Es importante señalar que no todos los delitos causan daño patrimonial, ni todos los delitos aparejan sanción pecuniaria (multa); luego entonces, en de-

terminados casos, los únicos criterios invocados por el constituyente permanente podrían ser inaplicables.

c) La posibilidad de disminuir el monto de la caución inicial

El párrafo primero de la fracción I condiciona la libertad a que el procesado garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponerse al inculpado. Esta reforma tiene el mérito de ocuparse de los intereses y derechos de la víctima del delito, tantas veces olvidada por el derecho penal. El Constituyente Permanente adopta, para fijar el monto de la garantía, un criterio objetivo: el monto de la garantía deberá ser igual al monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias.

No obstante, en el segundo párrafo, el legislador aplica un criterio subjetivo para decir que el monto de la caución debe ser asequible para el inculpado; es decir, que debe estar a su alcance. Y, por si acaso el monto inicialmente fijado por el juzgador no fuese asequible al inculpado, permite al juez disminuirlo.

Al respecto, las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, al rendir ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión su dictamen sobre las dos iniciativas presentadas por diversos diputados federales de la LV Legislatura, y que habían de dar origen al decreto a estudio, con fecha 8 de julio de 1993, dijeron:

Asimismo, se busca conciliar este derecho del inculpado [a la libertad caucional] con el interés de la víctima o el ofendido, a que se le garantice el monto estimado de la reparación del daño. 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 aquel 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 al interés que se sacrifica. En este sentido, el juez, en circunstancias que la propia ley secundaria deberá contemplar, atendiendo al 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.

d) La revolución de la libertad

El párrafo tercero de la fracción I dispone que el juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cuales-

quiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso. Anteriormente a la reforma, la posibilidad de revocar la libertad caucional, aun cuando no mencionada en la Constitución, era ya debidamente reglamentada por los códigos procesales penales. Por esta razón, alguien podría pretender que el párrafo tercero de la fracción I en nada cambia la situación preexistente.

Nosotros somos de opinión que, por el solo hecho de mencionar la revocación de la libertad en la Constitución, hemos cambiado su régimen. Veamos: antes de la reforma, si el procesado no se presentaba ante el tribunal que conocía de su caso los días fijos que se le habían señalado para tal efecto, o bien cuando se le requería que lo hiciera, si se ausentaba del lugar sin permiso del tribunal, si cometía un nuevo delito, o, en fin, si desobedecía, sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del tribunal que conocía de su asunto, el juez le revocaba la libertad, hacía efectiva la caución y ordenaba su reaprehensión. Ahora bien, tan pronto como el sujeto era reaprehendido, solicitaba de nuevo su libertad caucional, y el juez se la otorgaba de nuevo. El criterio aplicado, aun cuando nunca formulado expresamente por el legislador, parecía ser que la revocación no estaba consagrada en la Constitución sino, únicamente, en los códigos procesales, y que, en consecuencia, sancionado el procesado con la pérdida de la caución, recuperaba íntegramente el goce de una garantía que la Constitución no limitaba. Ahora, cuando la revocación encuentra cabida directamente en el texto constitucional, pudiera cambiar ese criterio, y pudieran las revocaciones adquirir carácter definitivo.

e) La fecha de entrada en vigor de esta parte de la reforma

El decreto de 3 de septiembre de 1993, objeto de este estudio, dispuso, en su artículo primero transitorio, que entraría en vigor a partir del día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*. No obstante, en su artículo segundo transitorio, aclaró que lo previsto en el párrafo primero de la fracción I del artículo 20 entraría en vigor al año, contado a partir de la publicación. Subrayemos que únicamente el párrafo primero queda sometido a esta *vacatio legis* prolongada. El párrafo segundo y el tercero entraron en vigor al día siguiente a la publicación del decreto. Ya están en vigor, en consecuencia, la norma que exige que el monto de la caución sea asequible para el inculpado, y aquella otra que faculta a la autoridad judicial para disminuir el monto inicialmente fijado a la caución.

El constituyente permanente pospuso la entrada en vigor del párrafo primero a fin de dar oportunidad al legislador ordinario para modificar los diversos códigos de procedimientos penales de la República, enumerando los delitos graves que

no permiten la libertad bajo caución. Si acaso algún legislador estatal dejara de hacer esta enumeración expresa, la consecuencia sería que, a partir del mes de septiembre de 1994, la libertad procedería en todos los delitos, sin excepción.

Ahora bien, por decreto publicado en el *Diario Oficial* de 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero de 1994, y que ya mencionamos arriba, se reformaron, entre otros ordenamientos, el CFPP y el CPPDF, para, entre otras cosas, reglamentar la libertad caucional a la luz de la reforma constitucional. Estas normas procesales están en vigor, y deben aplicarse a partir del primero de febrero de 1994, sin esperar a la entrada en vigor del párrafo primero de la fracción I, en septiembre de 1994, con fundamento en el principio de que las garantías constitucionales son mínimos que el legislador ordinario puede ampliar válidamente.

3. La garantía de no autoincriminarse

Antes de la reforma, la fracción II del artículo 20 disponía que el acusado: “No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto.”

La misma fracción, como resultado de la reforma, tiene el siguiente texto: “No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.”

La comparación de ambos textos nos sugiere los siguientes comentarios:

- a) En tanto que el texto anterior afirmaba que el procesado no podría ser compelido a declarar *en su contra*, el texto vigente ordena, escuetamente, que no podrá ser obligado a declarar, sin extenderse en inútiles aclaraciones respecto al sentido de la declaración. Busca el legislador evitar la sofista conducta de quienes pretenden que sólo después de que un inculpado rinde declaración podemos saber si lo hizo *en su contra* o *en su favor*, y, para tal fin, otorga a éste un derecho ilimitado a guardar silencio.
- b) A continuación, y donde el texto original prohibía toda incomunicación o cualquier otro medio tendente a compeler a un sujeto a declarar en su contra, el texto reformado prohíbe toda incomunicación, intimidación o tortura, y anuncia que esas conductas serán sancionadas penalmente, lo que equivale a un mandato al legislador ordinario para que las tipifique en los códigos de la materia.

c) El texto reformado agrega una disposición de gran importancia: “La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio.” Ésta es la parte más importante de la reforma de esta fracción. Se priva de valor probatorio a toda confesión, salvo a aquella rendida ante el Ministerio Público o el juez, y aun ésta sólo tendrá valor si el declarante estuvo asistido de su defensor. Se emplea, así, la garantía de defensa para hacer efectiva la garantía de no autoincriminarse. El defensor, asistiendo a la declaración como testigo de calidad, asegura que ésta no sea coaccionada, permite que el declarante se manifieste con libertad, o bien, incluso, que ejerza su derecho a guardar silencio.

4. *La garantía de ser careado*

La fracción IV del artículo 20, que concedía al acusado la garantía de ser careado con los testigos que depongan en su contra, fue reformada para otorgar ese derecho al inculcado *siempre que lo solicite*. Lo que quiere decir que esa garantía es, hoy, renunciable.

La irrenunciabilidad de los careos había llevado a nuestro derecho a consecuencias risibles, como la institución de los careos supletorios, conforme a la cual, cuando alguno de los que debían ser careados no era encontrado, o residía en otra jurisdicción, se leía al presente la declaración del ausente, haciéndole notar las contradicciones que hubiere entre aquélla y lo declarado por él. Este acto procesal era inútil, porque el careo constitucional tiene por objeto darle a conocer al inculcado las personas que deponen en su contra y permitirle interrogarlas sobre lo que estimare pertinente, y estas finalidades no pueden llenarse con el careo supletorio. A más de ello, en algunos casos, la omisión de los careos durante el proceso llevó a los tribunales de apelación a decretar la reposición del proceso; decisión, ésta, que daba acatamiento a la norma constitucional, pero que no proporcionaba a los juzgadores un mejor conocimiento de la verdad histórica, y que, ciertamente, perjudicaba al procesado, titular de la garantía formalmente violada.

5. *La garantía de brevedad*

El decreto a estudio conserva el texto original de la fracción VIII del artículo 20, y consagra la garantía de que el proceso penal será breve, afirmando que el inculcado: “Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos

cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediere de este tiempo”, texto original, al cual la reforma agregó: “Salvo que solicite mayor plazo para su defensa.”

Antes de la reforma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se enfrentó al conflicto que puede surgir entre la garantía de defensa y la garantía de brevedad, en el caso en que un procesado, considerando que necesita más tiempo para probar su defensa, pretenda renunciar a los plazos de juzgamiento fijados en la fracción VIII. El término —dijo la Corte— es fijado en beneficio del reo, quien, por su propia voluntad y para su mejor defensa, puede renunciar a ese beneficio y pedir la recepción de pruebas, y no puede denegarse tal solicitud sin infringir la garantía de defensa, que el mismo artículo 20 constitucional concede a todo procesado, pues esta garantía es de mucho mayor valor que la que se refiere a que éste sea juzgado dentro de un breve periodo de tiempo (*Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo LXXVI, p. 5084).

La reforma viene a consagrar este criterio a nivel constitucional, y, dada la máxima jerarquía de la carta magna, lo impone como criterio general ante cualquier conflicto, a nivel procesal, entre normas protectoras del derecho de defensa y normas destinadas a abreviar el proceso. En consecuencia, el procesado tiene el derecho de renunciar a todo plazo procesal, en aras de su mejor defensa. El Ministerio Público, en cambio, continúa atado a la necesidad de realizar sus conductas procesales dentro de los plazos y términos fijados por los códigos.

6. *La garantía de tener un defensor*

a) El texto derogado y el texto vigente de la fracción IX

El texto hoy derogado de la fracción IX del artículo 20 decía:

Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que, o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite.

Como resultado de la reforma, la fracción IX tiene el siguiente texto:

Desde el inicio de su procesado será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. 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 comparación de ambos textos permite identificar las diferencias entre ambos y hacer los siguientes comentarios.

b) El derecho de ser informado

La fracción IX, originalmente destinada a consagrar la garantía de tener un defensor, hoy principia otorgando al inculpado el derecho a ser informado de los derechos que en su favor consagra la Constitución. Dado que las fracciones III y VII del artículo 20 también mencionan diversas informaciones que deben proporcionarse al inculpado, quizá hubiera sido más correcto, sistemáticamente, ubicar en alguna de ellas este nuevo derecho.

Por otra parte, y por lo que hace a la forma en que deba darse cumplimiento al mandato del Constituyente Permanente, digamos que nuestra Constitución es extremadamente generosa al establecer derechos en favor del inculpado penal. A la fecha enumera más de treinta derechos individualizados. En esas condiciones, la autoridad que deba dar cumplimiento a esta disposición se enfrentará a una labor extrañamente semejante a un examen universitario, y, en el mejor de los casos, el inculpado escuchará un extenso inventario de derechos que no podrá conservar en la memoria ni comprender. Tenemos conocimiento de que las autoridades del estado de Hidalgo, para dar cumplimiento al mandato constitucional, han redactado e impreso un folleto que entregan oportunamente al inculpado. Éste parece ser el camino recomendable.

c) El derecho de tener un defensor

Antes de la reforma, la fracción IX permitía que el acusado se defendiera por sí o por persona de su confianza. No exigía que el defensor fuese abogado, y dejaba, así, abierta la posibilidad de que actuaran como defensores personas descalificadas técnica y moralmente.

La reforma otorga al inculpado el derecho de defenderse por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Menciona, pues, al abogado, pero no exige que el defensor lo sea. El abogado es, únicamente, uno de tres posibles

defensores. En consecuencia, la reforma no resuelve el problema de dotar al inculpado de una defensa capacitada. Peor aún, la reforma viene a confirmar, si esto estuviese en duda, que quien no es abogado puede ser defensor.

d) La defensa adecuada

La fracción IX otorga al inculpado el derecho a una defensa adecuada. Es difícil comprender lo que este adjetivo viene a exigir. Tampoco queda claro en qué forma garantizará el Estado que la defensa sea adecuada. Si acaso, conforme a la Constitución, el defensor debiera ser, necesariamente, un abogado, podríamos entender se calificara de adecuada la defensa realizada con pericia, por quien conoce el derecho y está sujeto a los principios de la ética profesional; pero dado que el inculpado puede confiar su defensa a una persona de su confianza, no profesional e ignorante, pareciera que nuestra norma fundamental otorga un derecho sin imponer las condiciones para hacerlo efectivo.

7. Las garantías durante la averiguación previa

La reforma agrega un cuarto párrafo a la fracción X del artículo 20, con el siguiente texto: “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; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna.”

Refirámonos, en primer lugar, a la parte final de este párrafo, a la frase que afirma: “Lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna”. El Constituyente Permanente se refiere a las garantías de libertad bajo caución y de no autoincriminarse, para afirmar de ellas que su observancia y aplicación no queda sujeta a circunstancias o acontecimientos futuros, que el goce de tales garantías debe ser irrestricto. Movié al legislador, sin duda, la gran importancia que atribuye a los derechos consagrados en las fracciones I y II, y su deseo de que nada los limite. Es posible, no obstante, que la introducción de esta frase en la Constitución sea inútil o, incluso, contraproducente. Inútil, dado que nadie afirma que las garantías estén sujetas a condición; contraproducente, por cuanto ahora es válido preguntarse si están sujetas a condición las garantías consagradas en las restantes fracciones del artículo 20.

En su parte inicial, el párrafo cuarto de la fracción X consagra ahora, como garantías del indiciado durante la averiguación previa, su derecho a ofrecer y desahogar pruebas, a ser informado y a tener un defensor. Procedamos al estudio de cada uno de estos derechos.

a) La garantía de defensa durante la averiguación previa

El defensor, cuando interviene durante la averiguación previa, tiene una función primordial: la de estar presente en todo interrogatorio que se haga al indiciado, a fin de cerciorarse de que se respeta su derecho a guardar silencio, o bien, que sus declaraciones son libremente emitidas. Así, el respeto a la garantía de defensa sirve de protección a la garantía de no autoincriminarse. En caso contrario, si no se protege la libertad del indiciado en el momento de rendir declaración durante la averiguación previa, el proceso judicial puede iniciarse sobre la base de una confesión coaccionada. A partir de ese momento, y dada la jurisprudencia de la Suprema Corte conforme a la cual debe dársele preferente valor probatorio a esa declaración inicial, el proceso se convierte en un rito vacío, de resultado prefijado. Al impedir la intervención del defensor durante la averiguación previa, hacemos inútil su posterior actuación durante el proceso.

Por ello, la sección III del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal, reunido en Viena, Austria, en octubre de 1989, adoptó la conclusión de que: “Toda persona tiene derecho a la asistencia efectiva de un defensor en todas las fases de los procedimientos penales, desde el principio mismo de la investigación.”

En México, por acuerdo del presidente, licenciado Carlos Salinas de Gortari, publicado en el *Diario Oficial* de 31 de enero de 1989, se iniciaron las labores de un foro general de participación y consulta para la integración y ejecución del Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994. Dentro de ese foro general, correspondió al procurador general de la República, licenciado Enrique Álvarez del Castillo, el establecimiento y la coordinación del Foro de Consulta Popular sobre Seguridad Pública y Administración de Justicia. Por último, el procurador designó al autor de este artículo como coordinador de los estudios de justicia penal. El foro efectuó 82 reuniones en diversas ciudades de la República, y recibió comunicaciones de miembros de los diversos poderes federales y estatales, de catedráticos de escuelas de derecho, de diversas asociaciones culturales y científicas, de barras y asociaciones de abogados y de toda clase de agrupaciones e individuos. Después de dar lectura a centenares de comunicaciones recibidas en el Foro, al formular conclusiones ante el procurador general de la República manifestamos:

De todos los rincones de la República llega hasta esta Asamblea el clamor de los ponentes del foro; nos informan que los procedimientos penales se inician, frecuentemente, con la detención de un ciudadano sin que medie orden de aprehensión ni flagrancia, con su incomunicación y con su posterior consignación ante el Poder

Judicial [...] en calidad de confeso. Tan pronto como se encuentran ante el juez, los procesados se niegan a ratificar la declaración rendida durante la averiguación previa, afirmando que fueron coaccionados a declararse culpables. Los tribunales le otorgan valor de prueba plena a esa confesión inicial rendida por un hombre ilegalmente detenido, incomunicado y que no contaba con la asistencia de un abogado defensor. En esas condiciones, el posterior proceso judicial es inútil. Inútil la intervención del defensor ante el juzgado. Inútil la formal observancia de todas y cada una de las normas aplicables ante el Poder Judicial. Inútil el proceso acusatorio judicial que debe ceder ante los procedimientos inquisitorios de la averiguación previa. Numerosos ponentes, en forma reiterativa, propusieron ante este foro: Que se reconozca al indiciado penal el derecho de ser asistido por un abogado defensor siempre que rinda declaración durante la averiguación previa. Que si se niega a designar abogado defensor se le nombre desde ese momento uno de oficio. Que si no se encuentra presente el defensor, la declaración inicial no tenga valor probatorio. En estas condiciones, el defensor, con su presencia, garantizará que el indiciado rinde su declaración en forma espontánea. Estoy obligado a subrayar que ésta es la propuesta de un gran número de ponentes. Ninguna otra logró tal apoyo.

Por otra parte, durante los años de 1987 y 1988, en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, una comisión integrada por el licenciado Roberto Hernández Martínez, el doctor Moisés Moreno Hernández, el licenciado José Ovalle Favela, el doctor Celestino Porte Petit, el licenciado Bernardo Tirado Gutiérrez y el doctor Jesús Zamora Pierce, se ocupó de redactar un anteproyecto de Código de Procedimientos Penales. Dicho anteproyecto consagra el derecho del indiciado a tener defensor durante la averiguación previa. Los estados de Hidalgo, Querétaro y Baja California pusieron ya en vigor, en 1989, códigos redactados conforme al anteproyecto. Los artículos 3 y 4 del Código de Procedimientos Penales de Querétaro tienen el siguiente texto:

Artículo 3 [Defensa]. El derecho de defensa es inviolable en todo grado y estado de los procedimientos penales. El imputado tendrá derecho a la asistencia de un defensor desde que se inicien las diligencias de preparación del ejercicio de la acción penal hasta la terminación del proceso; a ser informado, en el momento de su detención, de las razones de la misma y a que se le reciban, dentro del plazo legal, las pruebas que ofrezca en relación con los hechos imputados.

Artículo 4 [Confesión]. El imputado no podrá ser compelido, por medio alguno, a declarar en su contra. La confesión coaccionada será nula. No tendrá ninguna validez la confesión de una persona a quien no se le haya dado oportunidad de designar defensor.

El decreto de 3 de septiembre de 1993 viene a consagrar, a nivel constitucional, el derecho del indiciado a nombrar un defensor durante la averiguación

previa. La fracción IX del artículo 20 constitucional dispone que si el procesado no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. Esta garantía, al ser aplicable dentro de la averiguación previa, debe entenderse en el sentido de imponer al Ministerio Público el deber de hacer tal designación supletoria de defensor. Esto nos obliga a plantearnos una pregunta: ¿cuál será el origen de los defensores de oficio durante la averiguación previa? No parece deseable que sean empleados a sueldo de la Procuraduría, por cuanto ello arrojaría sobre ésta dos funciones contradictorias: la de acusación y la de defensa. Quizá sería mejor, al reglamentar esta reforma constitucional, dejar a cargo de las Comisiones de Derechos Humanos el proporcionar estos defensores de oficio.

b) La garantía de información durante la averiguación previa

El párrafo cuarto de la fracción X del artículo 20 constitucional, reformado, dispone que, durante la averiguación previa, será observada la garantía prevista en la fracción VII del propio artículo 20. Esta última, a su vez, establece que el inculpado tendrá la garantía de que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso (léase: en la averiguación).

Pierde así la averiguación previa su carácter secreto.

El indiciado podrá exigir que se le informe, y el Ministerio Público está obligado a informarle, del nombre de su acusador y de la naturaleza y causa de la acusación, así como de las pruebas que se aporten a la averiguación por el denunciante o querellante, o de las que el propio Ministerio Público ordene. ¿Hasta dónde llegará el derecho de indiciado? ¿Podrá, acaso, solicitar copia certificada de todo lo actuado en la averiguación?, o bien ¿Podrá exigir que se le informe del ejercicio de la acción penal? Temas son éstos que quedarán aclarados cuando el legislador ordinario establezca los “requisitos y límites” previstos por el constituyente permanente.

c) La garantía probatoria durante la averiguación previa

El derecho genérico de defensa comprende, a más del derecho a tener defensor, otros, entre los cuales el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a ofrecer pruebas. La Constitución consagra este último, en la fracción V del artículo 20, que dispone: “Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.” El pá-

rrafo cuarto de la fracción X del artículo 20 constitucional, reformado, viene ahora a extender la garantía probatoria a la averiguación previa.

Esta reforma encuentra su antecedente inmediato en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, conforme a su texto reformado por decreto de 16 de diciembre de 1983, publicado en *Diario Oficial* de 27 del mismo mes y año, según el cual, en la parte conducente manda:

El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor oportunamente aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponda, en el acto de consignación o de liberación del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el pleno desahogo de pruebas de la defensa, se reservarán los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial y el Ministerio Público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para el ejercicio de la acción.

Podemos constatar que ambas normas (la fracción V del artículo 20 constitucional y el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales) coinciden en otorgar al inculpado el derecho de ofrecer pruebas, y en imponer a la autoridad el deber de recibirlas. Pero la coincidencia termina ahí, porque, en tanto que la fracción V ordena al legislador ordinario conceda al procesado el tiempo necesario para el ofrecimiento y desahogo de pruebas e instruye al juez que lo auxilie para hacer factible tal desahogo, el artículo 128 procesal no concede al indiciado plazo alguno para el ofrecimiento o desahogo de sus probanzas, ni impone al Ministerio Público el deber de auxiliar tal desahogo.

Hoy, cuando la reforma constitucional hace aplicable la fracción V a la averiguación previa, estamos obligados a preguntarnos si ello exige conceder a la defensa un plazo probatorio y el auxilio autoritario para el desahogo de sus pruebas. Aprovechamos esta oportunidad para manifestar que, en nuestra opinión, ello no debe hacerse.

Conceder al indiciado un pleno derecho de defensa durante la averiguación previa, permitirle que ofrezca y desahogue pruebas, otorgarle para ese fin un plazo probatorio y, por último, imponer al Ministerio Público el deber de auxiliar al indiciado para el cabal desahogo de esas pruebas, mismas que, posteriormente, deberá valorar para decidir si ejerce o no la acción penal, tanto quiere decir como otorgar al Ministerio Público, durante la averiguación previa, un conocimiento plenario que la Constitución reserva al juez durante el proceso. El Poder Judicial quedaría relegado a la función de mero revisor de lo actuado por el Ministerio Público, y, aun eso, únicamente en los casos en los que el ejercicio de la acción penal permitiera esa revisión.

El derecho concedido al indiciado de ofrecer pruebas durante la averiguación previa no debe impedir al Ministerio Público ejercer la acción penal tan pronto como reúna elementos suficientes para hacerlo. Tampoco debemos imponer al representante social la función de auxiliador de la defensa, por cuando ello sería esencialmente opuesto a la función persecutoria del delito que le está encomendada. Cuestiones son, éstas, que, una vez más, deberán ser resueltas por el legislador ordinario cuando establezca los “requisitos y límites” previstos por el constituyente permanente.

Estas circunstancias no son meramente teóricas; tras ellas se esconde el peligro de que, como el fénix de sus cenizas, en la figura del Ministerio Público renazca el viejo juez de instrucción, sin haber cambiado otra cosa que el nombre.

8. *Los derechos de la víctima*

La reforma agrega un quinto párrafo a la fracción X del artículo 20, con el siguiente texto: “En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y los demás que señalen las leyes.”

En el dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, al referirse a este párrafo, se afirma:

El desarrollo de la cultura de los derechos humanos, ha llevado progresivamente a analizar al proceso penal, ya no sólo como un problema entre el Estado y el delincuente, en el cual la víctima sólo tiene un papel secundario como mero peticionario de una indemnización. La sensibilidad de la sociedad mexicana frente a la impunidad y a los efectos del delito sobre la víctima, da lugar a una exigencia para que se le reconozca a la víctima u ofendido una mayor presencia en el drama penal, sobre todo con la finalidad de que en la medida de lo posible, se le restituya en el ejercicio de los derechos quebrantados por el delito. En su tenor, la iniciativa eleva a nivel de garantía constitucional la protección de los derechos de la víctima u ofendido, como expresión genuina de la solidaridad que la sociedad le debe al inocente que ha sufrido un daño ilegal.

Bueno es que el legislador se ocupe de la víctima del delito, pero no todos los derechos que le reconoce el quinto párrafo de la fracción X, por el solo hecho de ser mencionados en el texto constitucional, han sido elevados al nivel de garantía. Concretamente, no es garantía constitucional el derecho a la reparación del daño, aun cuando ahora se le mencione en el capítulo que nuestra

norma fundamental dedica, precisamente, a las garantías. Recordemos que toda garantía individual se manifiesta como una relación jurídica que existe entre el Estado y sus autoridades, por un lado, y el gobernado, por el otro, en virtud de la cual surge para éste un derecho subjetivo público, con la obligación estatal correlativa, la cual implica o bien una abstención (respeto) o bien un hacer positivo. Para que la reparación del daño tuviera el carácter de garantía, sería necesario que, ante el derecho de la víctima, se consagrara la obligación del Estado de reparar el daño. La verdad, en cambio, es que la reparación del daño continúa siendo un derecho de quien lo ha sufrido, que se corresponde con la obligación de quien lo ha causado, en nada cambia esto como resultado de la reforma a estudio.

Sí adquieren, en cambio, rango de garantía constitucional, los otros derechos que reconoce a la víctima el quinto párrafo de la fracción X. Por ello, el Estado adquiere la obligación de dar asesoría jurídica a la víctima, de permitir su coadyuvancia en el ejercicio de la acción penal y de prestarle atención médica de urgencia. Las dos primeras obligaciones recaen en el Ministerio Público, la atención médica ha de prestarse por conducto de las unidades médicas adscritas a las agencias investigadoras y por conducto de los hospitales del sector público.