

⁶⁴¹ Cfr. González Bustamante, *Principios*, cit., p. 73, en relación con Carrancá y Trujillo, *La unificación de la legislación penal mexicana*, en "Cuadernos Criminalia", 1941.

⁶⁴² Aun con el carácter *mínimo* que tiene en México (véase *infra*, núm. 362), es absurdo que se autorice la presentación de *querrelas* ante la policía (véanse *infra*, notas 686 y 738).

⁶⁴³ Tampoco debería *citar* la policía por sí y ante sí: semejante cometido es propio de la autoridad instructora, sin perjuicio de que ésta se valga a tal fin de aquélla. En otras palabras: si partimos de que normalmente en toda citación hay un *emisor*, un *transmisor* y un *receptor*, sólo el segundo papel y no el primero debe encomendarse a la policía.

⁶⁴⁴ De las *excepciones* tratan, en cambio, los códigos de Jalisco y de Michoacán: *supra*, núms. 298 y 300, e *infra*, núm. 351.

⁶⁴⁵ "Hasta cierto punto", decimos, porque si bien su título I se ocupa en su mayor parte de extremos relacionados con la *actividad procesal*, sus dos primeros capítulos (acción penal y competencia) difícilmente encajan bajo tal concepto (véase *infra*, núm. 373); y en cuanto a los siete siguientes, no cubren tampoco la totalidad de la materia.

⁶⁴⁶ Para la distinción entre tribunales *especiales* y *excepcionales*, cfr. Alcalá-Zamora, *Derecho proc. pen.*, cit., tomo I, pp. 203-5, e *Il processo dei criminali di guerra*, en "Jus", Milán, octubre de 1950 (pp. 208-31), núms. 14-20.

⁶⁴⁷ Véanse *supra*, núms. 281 y 282 y notas 621, 622 y 624, e *infra*, núms. 439-41, 449-53 y 454-9 y nota 849.

⁶⁴⁸ Se habla a este propósito de *facultatividad* del proceso civil y de *necesidad* del proceso penal; pero tales rasgos sufren derogaciones —por lo menos, en algunos países— y permiten escalonar en ellos cuatro tipos distintos de proceso: proceso civil dispositivo, idem idem inquisitorio, idem penal por delitos privados e idem idem por delitos públicos: cfr. Alcalá-Zamora, *Los conceptos de jurisdicción y competencia*, cit., pp. 310-11, nota 48.

⁶⁴⁹ En las monarquías constitucionales, ella es consecuencia del principio según el cual, el rey reina pero no gobierna, que se traduce en declarar su persona sagrada e inviolable y en endosarle la responsabilidad a los ministros. Pero semejante fórmula no brinda solución para cuando el monarca, a espaldas o en contra del Gobierno, viole la Constitución ni para cuando cometa delitos comunes.

⁶⁵⁰ Cfr. Aguascalientes, art. 21; Baja California, 26; Campeche, 26; Coahuila, 39; Colima, 26; Chiapas, 17; Chihuahua, 67; Durango, 57; Guanajuato, 38; Guerrero, 37; Hidalgo, 22; Jalisco, 11; México, 42; Michoacán, 27; Morelos, 36; Nayarit, 30; Nuevo León, 53; Oaxaca, 37; Puebla, 32; Querétaro, 37; San Luis Potosí, 26; Sinaloa, 33; Sonora, 51; Tabasco, 40; Tamaulipas, 31; Tlaxcala, 25; Veracruz, 64; Yucatán, 19 y Zacatecas, 29. *Literatura*: José Diego Fernández, *El fuero que dan las Constituciones de los Estados, no comprende los delitos federales*, en "Revista General de Derecho y Jurisprudencia", 1931, pp. 71-95.

⁶⁵¹ Véanse, en el primer sentido, los artículos 148 del código penal federal y distrital y el 60 de la ley del ministerio público federal y, en el segundo, nuestro *Derecho proc. pen.*, cit., tomo I, pp. 219-22.

⁶⁵² Cfr. art. 17, frac. II, núm. 1, de la ley general de bienes nacionales de 31 de diciembre de 1941, cuya compatibilidad con la fracción V del 42 constitucional es, por lo menos, discutible. En todo caso, a la diferencia entre las nueve millas del susodicho artículo 17 y las tres tradicionales a que si-

guen apegados los Estados Unidos, obedece la frecuencia con que buques camaroneros norteamericanos son apresados y conducidos a puertos mexicanos.

⁶⁵³ Véase nuestro *Derecho proc. pen.*, cit., tomo I, pp. 225-9.

⁶⁵⁴ En su fracción I, comprensiva de diez divisiones, a saber: los previstos en leyes federales y tratados o en los artículos 2 a 5 del código penal; los cometidos en el extranjero por los funcionarios diplomáticos o consulares mexicanos o bien en las embajadas extranjeras en México; aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo; los perpetrados por o contra funcionarios federales en el ejercicio de sus funciones; los relativos al funcionamiento de servicios públicos federales o en menoscabo de los bienes a ellos afectados, y los que atañan al desempeño de atribuciones reservadas a la Federación. Desde el punto de vista del derecho internacional, habría que hacer algunas objeciones acerca de la equiparación que se establece entre funcionarios diplomáticos y consulares y de la extensión de la jurisdicción nacional respecto de embajadas extranjeras.

⁶⁵⁵ En otras épocas y todavía en países donde el espíritu de casta militar se desborda, la jurisdicción militar se asienta en tres títulos determinativos: *materia*, único que debe subsistir, *lugar* y *persona*. Véase *infra*, nota 662.

⁶⁵⁶ En efecto: el C.P.P. no tenía por qué contemplar la hipótesis de prejudicialidad penal en un proceso civil —prevista, además, aunque de manera insuficiente por el C.P.C. en sus artículos 345 y 386 (*supra*, núms. 88, 148 y 184)—, sino al revés: la civil, administrativa, constitucional, etcétera, que brote en uno penal (en este sentido, aun no siendo suficientemente explícito, cfr. art. 151 *FED.*), como sucede, por ejemplo, en los artículos 3 a 7 de la ley de enjuiciamiento criminal española: acerca de ellos, Aguilera de Paz, *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal* (Madrid, 1904); véase también Oderigo, *Prejudicialidad civil en el proceso penal* (Buenos Aires, 1945).

⁶⁵⁷ Véanse, por ejemplo, el § 7 de la ordenanza proc. pen. alemana de 1877, o los artículos 14 de la ley de cnjtº crim. española de 1882, 39 del cód. proc. pen. italiano de 1930 o 52 del francés de 1957/8.

⁶⁵⁸ Así, el de la demarcación donde se hayan descubierto pruebas materiales del delito; el de la aprehensión del presunto culpable (*forum deprehensionis*) o el de su domicilio (*forum domicilii*), sustituido a veces por el de la residencia; el que designe el superior jerárquico, cuando varios juzgadores ostenten los mismos títulos para conocer (*forum mandati*); el de la prevención de la causa (*forum praeventionis*) e incluso el de presentación de la denuncia. La palabra *lugar*, como criterio determinativo de competencia e inclusive de jurisdicción (por ejemplo: intervención de la militar en vez de la ordinaria: véase *supra*, nota 655), puede tener alcance más restringido, o sea el de zona, edificio, nave (*infra*, núm. 451) o construcción sometidos por razones especiales (fundamentalmente, exigencias de la defensa nacional u orden público) a un determinado juzgador. Tales derogaciones no deberían tener nunca carácter permanente y sí tan sólo transitorio.

⁶⁵⁹ Se le considere o no *recurso* (extremo muy debatido, según dijimos: *supra*, nota 328), también el amparo contra sentencias definitivas, especialmente el sustanciado ante la Corte Suprema, responde, como medio impugnativo, al principio de competencia funcional que aquí se recoge, aunque a la par implique, por la índole federal que tiene, un desplazamiento jurisdiccional, siempre que la decisión combatida provenga de juzgadores locales.

⁶⁶⁰ En consonancia con la competencia cuantitativa civil de los jueces de paz (*supra*, núm. 97), debería elevarse a doscientos pesos e inclusive a

más, como ya acontece en diversas entidades federativas (*supra*, núm. 65, *sub c*).

⁶⁶¹ La existencia o subsistencia de fueros personales resulta contraria, en países democráticos, al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley. Acerca de su desbordamiento hasta todavía muy avanzado el siglo XIX, cfr. Caravantes, *Tratado*, cit., tomo I, pp. 126-32 y 158-70.

⁶⁶² Para evitar la ruptura en cuanto a la unidad de conocimiento, cabría pensar, como fórmula *de lege ferenda*, en una de estas dos soluciones: a) la de encomendar el juzgamiento conjunto de militares y paisanos a la jurisdicción ordinaria, y b) la de constituir un tribunal mixto de jueces civiles y de la justicia militar. Acerca de la coparticipación delictiva de mayores y menores, véase lo que respecto del artículo 95 de la ley de 1941 decimos en la nota 840.

⁶⁶³ En lugar de hacerlo de "acumulación de autos", como de acuerdo con la terminología española hace el C.P.C. de 1932 (cfr. su art. 42) y de manera más explícita su antecesor el de 1884 (arts. 873-901), ambos con olvido: a) de que "autos" no es denominación unívoca, sino equívoca, puesto que sirve también para designar las resoluciones intermedias entre las sentencias y los decretos, y b) de que aun tomada la palabra en su acepción de conjunto documental del proceso, la acumulación no se asocia indisolublemente con los juicios escritos, sino que cabe referirla asimismo a los orales.

⁶⁶⁴ Este criterio debería reabsorber o eliminar al anterior, que podría desembocar en el resultado subversivo de que la acumulación haga competente al juzgador que conozca del delito más leve.

⁶⁶⁵ La solución, por tanto, aparece tan infundada como en materia civil la instaurada por el artículo 161 C.P.C. cuando pone en manos del tercerista la decisión de un caso análogo (*supra*, núm. 99): en ambas hipótesis debería hacerse intervenir al tribunal superior jerárquico inmediato común.

⁶⁶⁶ Acerca de tales extremos, véase nuestro *Derecho proc. pen.* cit., tomo II, pp. 59-99, y concretamente en cuanto a los principios rectores de su ejercicio, *infra*, nota 735. *Literatura mexicana sobre acción penal*: Briseño Sierra, *Acción privada y acción pública en el proceso penal mexicano*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 775-96; Palacios, *La correlación entre acción y sentencia* (con prólogo de Rafael Matos Escobedo, pp. I-XIX) (Monterrey, 1955); Pina, *El monopolio de la acción penal*, en "Anales de Jurisprudencia", 15 y 30 de abril de 1947, y luego en "Der. Proc. (Temas)", cit., pp. 109-23, y Rivera Silva, *Sobre la acción penal*, en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núm. 33, enero-marzo de 1947, pp. 73-4.

⁶⁶⁷ El mandato constitucional parece inspirado en la famosa definición de Celso acerca de la acción (civil): "Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debetur iudicio persequendi".

⁶⁶⁸ Cfr. Beling, *Derecho procesal penal*, traducción del compendio publicado en la "Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung" (1914) (Córdoba, Argentina, 1943), p. 109.

⁶⁶⁹ Cfr. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, vol. II (Roma, 1947; trad., Buenos Aires, 1950), núms. 168, 192 y 193-200.

⁶⁷⁰ La dificultad estriba en que los delitos podrían ser ambos de igual gravedad (habría entonces que aplicar analógicamente el artículo 489 *in fine*) y en que la calificación hecha durante la instrucción podría ser errónea.

⁶⁷¹ Aun cuando históricamente no siempre haya sucedido así: véase Alcalá-Zamora, *Legítima defensa y proceso*, en "Estudios Penales: Homenaje al P. Julián Pereda, S. J., en su 75º aniversario" (Bilbao, 1965), p. 5.

⁶⁷² Sobre cómputo de la prescripción, véase la Circular explicativa de la Procuraduría del Distrito y Territorios de 1º de octubre de 1937.

⁶⁷³ La primera impide la condena, mientras que la segunda la presupone; pero ambas tienen de común la extinción de la responsabilidad criminal. En realidad, la prescripción no se refiere tanto a la acción procesal considerada, como a la pretensión punitiva a ella inherente y, por tanto, es una institución de derecho substantivo, aunque con repercusiones procesales.

⁶⁷⁴ El artículo 93 del código penal, que lo autoriza sólo respecto de delitos perseguibles en virtud de querrela, lo asocia con el consentimiento (cuando podría muy bien otorgarse aquél sin haber mediado éste) y lo supedita a que no se hayan formulado aún conclusiones por el ministerio público, como si no pudiese recaer después, siempre que no se haya dictado todavía sentencia. En cuanto al perdón concedido durante el cumplimiento de la condena, extinguirá la pena, pero no la acción represiva, que con anterioridad a ese momento había llegado a su destino.

⁶⁷⁵ Sólo si el indulto se extendiese a delitos simplemente encausados, pero todavía no juzgados, extinguiría la acción.

⁶⁷⁶ En cambio, y a diferencia del argentino (cfr. art. 117 de su cód. pen. de 1921), el derecho mexicano no reconoce eficacia extintiva a la retractación pública del ofensor respecto de delitos de calumnia e injuria: véase Molinario, *La retractación en los delitos contra el honor: Un ensayo de historia interna en derecho penal* (Buenos Aires, 1949), donde muestra sus antecedentes españoles, relacionados con el trámite de *cantar la palinodia* ante el juez y los testigos (véanse nuestras *Estampas procesales*, cit., pp. 114-8). Otras posibles causas de extinción lo serían el pago u oblación voluntaria respecto de penas pecuniarias antes de emitirse la sentencia, o bien el allanamiento, en los códigos que lo prevén (cfr. Alcalá-Zamora, *El allanamiento en el proceso penal: supra*, nota 282).

⁶⁷⁷ A esas dos partidas habría de sumarse el *resarcimiento de perjuicios*, que no cabe identificar con la indemnización del daño en estricto sentido y que requiere también ser reparado.

⁶⁷⁸ Para la crítica de esta solución, aun no refiriéndose directamente a ella, véase Silva Melero, *El problema de la responsabilidad civil en el derecho penal*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", diciembre de 1950, pp. 635-69.

⁶⁷⁹ Quien merced a esta curiosa solución, digna de un celoso recaudador de impuestos, resulta beneficiado con la comisión de los delitos...

⁶⁸⁰ Debido a la forma desconectada como suelen elaborarse los códigos, cual si todos ellos no integrasen un mismo ordenamiento, el artículo 113 del código penal no concuerda con la susodicha fracción iv del 1161 del código civil en orden a la responsabilidad civil por injurias; y el problema se complica por la curiosa circunstancia de que aquél (1931) es posterior a éste (1928) en cuanto a fecha de promulgación, pero no respecto de la de entrada en vigor (17-ix-1931 y 1-x-1932).

⁶⁸¹ Para cerrar el número 357, diremos que el artículo 91 del código penal asocia la reparación del daño y el decomiso de los instrumentos y objetos del delito, en el sentido de que la muerte del delincuente no surte eficacia extintiva sobre ellos. A su vez, los artículos 40 y 41 del citado código disponen que los instrumentos y objetos del delito serán decomisados si son de uso prohibido; en caso contrario, se devolverán a sus dueños; y si pasasen tres años sin ser reclamados, se venderán como bienes mostrencos (cfr. arts. 775-81 del cód. civ.).

⁶⁸² Cfr. Chioyenda, *Principii*, cit., p. 272. *Literatura hispanoamericana sobre el tema*: Fornatti, *Excepciones previas en el proceso penal* (Buenos Aires, 1952).

⁶⁸³ Cfr. Pina, *Código penal para el Distrito y Territorios Federales. Texto íntegro incluyendo todas las reformas hasta la fecha. Concordancias, notas y jurisprudencia*, 3ª ed. (México, 1953), pp. 48-9.

⁶⁸⁴ Cfr. Alcalá-Zamora, *El cód. proc. civ. de Michoacán*, cit., p. 118, y *Legítima defensa y proceso*, cit., núm. 33. En este punto, sería preferible que se permitiese al juzgador únicamente llamar la atención a las partes acerca de la posible existencia de la circunstancia excluyente, a la manera del artículo 733 de la ley de enjuiciamiento criminal española (véase también el 897).

⁶⁸⁵ Pero esas fallas deberían conducir a que se reorganizase el servicio en cuestión y no traducirse en atribuir al juzgador poderes ajenos a su verdadero cometido. A lo sumo, semejante potestad podría justificarse frente a la prescripción, cuya toma en cuenta se reduce al cómputo (aunque éste no deje de suscitar dudas: véase *supra*, nota 672), pero nunca respecto de las excluyentes, que no cabe acoger a la ligera, sino tras el juego indispensable de la prueba y, en su caso, de la contraprueba. Véase *infra*, nota 813.

⁶⁸⁶ La reforma introducida en el artículo 264 C.P.P. por el decreto de 8 de noviembre de 1965 dedica su apartado segundo a la presentación de querrelas por las "personas morales".

⁶⁸⁷ Expuesta en *Derecho proc. pen.*, cit., tomo II, pp. 13-4, y luego en *Legítima defensa y proceso*, cit., nota 9. Sobre el tema, véase Flores García, *La responsabilidad penal de la persona jurídica (Principales corrientes)*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 30, septiembre-diciembre de 1957, pp. 29-73.

⁶⁸⁸ Cfr. Fontecilla Riquelme, *Derecho procesal penal*, tomo I (Santiago de Chile, 1943), pp. 146-7.

⁶⁸⁹ La *ancianidad* se toma, por ejemplo, en cuenta en Argentina, donde el artículo 261 del cód. proc. pen. de 1888 para la Capital Federal dispone que cuando el procesado fuere mayor de diez años y menor de dieciocho o *mayor de setenta*, el juez instructor deberá comprobar "su aptitud o discernimiento para delinquir". En cuanto al *sexo*, recordemos que en algunos pueblos orientales estaba prohibida la ejecución de la pena de muerte respecto de mujeres vírgenes; pero la norma se burlaba mediante la previa violación de la condenada por el verdugo; y en otros países era rarísima la aplicación de la pena capital a las mujeres y, en todo caso, se aplazaba y acababa por conmutarse tratándose de las embarazadas.

⁶⁹⁰ A diferencia del artículo 450, fracción III, del código civil, el artículo 67 cód. pen. de 1931 no distingue entre sordomudos que posean instrucción o que carezcan de ella en absoluto. Los segundos está bien que sea considerados inimputables, por el aislamiento en que se encuentran respecto del mundo psíquico exterior, y frente a ellos se hallan justificadas plenamente las medidas educativas del mencionado artículo; pero éstas no tienen razón de ser a propósito de los primeros, que incluso podrían ser personas cultísimas, a las que, por tanto, no debería extenderse a rajatabla el criterio de la inimputabilidad.

⁶⁹¹ ¿Cuál: la *civil* (21 años; art. 646 cód. civ.) o la *penal* (18; art. 119 cód. pen.)? Ha de entenderse que la primera, puesto que no se toma en consideración al menor a título de *presunto culpable* de un delito, sino como *víctima* del mismo, dispuesta a ejercitar un derecho, el de querrela. La duda

sigue en pie tras la reforma de 8 de noviembre de 1965, cuando tan poco trabajo habría costado eliminarla. Véase otra duda similar, en la nota 777.

⁶⁹² Véase *infra*, nota 697.

⁶⁹³ Siendo México país de monopolio acusador a cargo del ministerio público, pasamos por alto el examen de otras formas de acusación (popular, particular, privada, profesional). Acerca de ellas, véase nuestro *Derecho proc. pen.*, cit., tomo II, pp. 24-5 y 76-9, así como *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, cit., pp. 44-5, e *infra*, nota 704.

⁶⁹⁴ En contraste con los países en que se le permite constituirse en acusador particular (respecto de delitos públicos y en igualdad de plano con el ministerio público) o en acusador privado (en cuanto a los perseguibles a instancia de parte, frente a los que, como regla, no estaría legitimado el ministerio público).

⁶⁹⁵ En este sentido, la *libertad por desvanecimiento de datos* (*infra*, núm. 407) significa, simplemente, que tales sospechas se esfuman en un determinado momento y, al desaparecer, cesa la legitimación pasiva del hasta entonces presunto inculpado, sin perjuicio de que la misma resurja si más tarde se obtienen indicios que hagan de nuevo verosímil la culpabilidad.

⁶⁹⁶ Cfr. Alcalá-Zamora, *Premisas jurisdicción voluntaria*, cit., núm. 38, en relación con los autores (Gaglio, Chioyenda, Lent y Prieto Castro) que citamos en la nota 167 del trabajo.

⁶⁹⁷ Según la distinción establecida en nuestro *Derecho proc. pen.*, cit., tomo II, pp. 329-30, y acogida por Camaño Rosa en *La instancia del ofendido* (Montevideo, 1947), p. 81. Véase también Vélez Mariconde, *Acción penal dependiente de instancia privada* (o sea, aclaramos sujeta a que se renueva la condición de procedibilidad requerida), en "Estudios procesales en memoria de Carlos Viada" (Madrid, 1965), pp. 359-91, y antes en "Revista de Derecho Procesal" española, 1964, pp. 745-77.

⁶⁹⁸ Es decir, el de comportarse como "parte imparcial", según la a primera vista paradójica caracterización de Carnelutti (cfr. *Sistema*, cit., núm. 144 h), compartida por Werner Goldschmidt (en su folleto *La imparcialidad como principio básico del proceso* (*La "partidaiidad" y la parcialidad*) —Madrid, 1950—, p. 15; inserto también en la "Rev. Der. Proc." española, 1950, pp. 184-209), quien en este punto coincide con el maestro italiano y discrepa de su padre James Goldschmidt, que rechazó incumbiese al ministerio público un deber de imparcialidad (cfr. sus *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* —Barcelona, 1935—, p. 29).

⁶⁹⁹ Todo depende de la naturaleza que se reconozca a dicha etapa del enjuiciamiento criminal, y más concretamente a si se descubre o no en ella una relación jurídica procesal, cuestión que algún autor resuelve en sentido afirmativo, pero que parece más correcto contestar en forma negativa: cfr. respectivamente, Bartoloni Ferro —*El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales*, 1ª ed. (Santa Fe, Argentina, 1942), pp. 48 y ss.; 2ª (1944), pp. 257 y ss.— y Rende —*L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale*, en "Rivista di diritto pubblico", 1921, núm. 3-4, pp. 381-6.

⁷⁰⁰ Cosa distinta, claro está, en los países donde la instrucción se efectúa en la audiencia, dentro de la más estricta observancia del contradictorio.

⁷⁰¹ Véase nuestro *Derecho proc. pen.*, cit., tomo II, pp. 25-30.

⁷⁰² Según la frase de Franco Sodi, en *Código de procedimientos penales para el Distrito y Territorios Federales, comentado* (México, 1946), p. 16.

⁷⁰³ A la querrela (que adquiere algún mayor relieve como consecuencia de la reforma de 8 de noviembre de 1965) se refieren los artículos 159, 189,

262-4, 275 y 283. Otros grupos bien definidos de preceptos relacionados con el ofendido: a) asistencia médica a la víctima (arts. 109-11, 130-1 y 165); b) intervención en diligencias probatorias (183, 206, 225); c) comunicación del nombre del acusador al reo (290 y 307), y d) participación en la exigencia de responsabilidad civil (533 y 538-9). Añadamos algunas disposiciones aisladas, como los artículos 115 (relativo al cuerpo del delito en el robo) y 265 (indicación de la persona afectada por el delito).

⁷⁰⁴ Las deficiencias del ministerio público mexicano, hacen aconsejable que se introduzca o, mejor dicho, que se restablezca (*supra*, núm. 327) la intervención junto a él del ofendido como acusador en el proceso penal. En tal sentido, Pina, *ob. cit.* en la nota 666, y muy especialmente el acuerdo de las "Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal", celebradas en México en 1960, cuando por 26 votos contra 6 se rechazó la proposición del profesor Vélez Mariconde a favor del monopolio acusador del ministerio público, sustentada en su ponencia *Acción privada y acción pública en el proceso penal de los países americanos*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 759-70, así como en la 838 el resultado de la expresada votación.

⁷⁰⁵ Cabría llamarle también imputado, encausado, enjuiciado o reo. En el C.P.P. la terminología es vacilante y se habla, por ejemplo, de "delincuente" a propósito de las primeras diligencias, cuando aún no se sabe si realmente lo es o no (cfr. art. 267). Sin embargo, en diversos lugares se le denomina concretamente "inculcado" (verbigracia, en el título II, sección 1^a, capítulo III, y sección 3^a, capítulo I).

⁷⁰⁶ Entre la *consignación* y el *procesamiento* existe un manifiesto paralelismo: una y otro implican que a juicio de la autoridad respectiva (ministerio público, juez instructor) existen indicios suficientes para reputar a una persona presunta culpable de un delito y para enderezar contra ella la instrucción.

⁷⁰⁷ No "parte civil", como por influjo de una viciosa terminología francesa e italiana suelen llamarle diferentes códigos, con olvido de que tan parte y tan civil lo es el responsable en dicho orden, según en diversas ocasiones hemos puesto de relieve (últimamente, en *El cód. proc. civ. de Michoacán*, cit., pp. 111 y notas 52-4).

⁷⁰⁸ En cambio, en España la pluralidad acusadora da lugar a diversas combinaciones, según indicamos en los pasajes de los trabajos nuestros citados en la nota 693.

⁷⁰⁹ Sea cual fuere su clase, la pluralidad procesal subjetiva deja en pie la pluralidad de relaciones jurídicas procesales, pero las hace discurrir por un mismo cauce procedimental y pone término a ellas mediante una sola sentencia, si bien ésta puede afectar de distinto modo a los integrantes de aquélla. Cabe, sin embargo, que procesos unidos hasta un cierto momento, se separen después, en hipótesis (art. 505 C.P.P.) que antes examinamos (*supra*, núm. 354).

⁷¹⁰ Situaciones análogas podrían producirse respecto de otros delitos, como lesiones o daños. Dado el monopolio acusador del ministerio público en México, surge la duda de a cuál de los recíprocamente injuriadores e injuriados habrá de acusar, de presentarle ambos querrela: en rigor, a los dos; si es uno sólo, entonces el otro opondrá como excepción la compensación de injurias. Más datos, en *Legítima defensa y proceso*, cit., núm. 23.

⁷¹¹ La solución que el artículo 296 C.P.P. adopta es la misma que el artículo 53 C.P.C. implanta para el litisconsorcio, hecha la salvedad de que las *defensores*, a quienes se refiere aquél, no son *partes*, que es a quienes se

contra éste, y sin que pese al criterio del código procesal penal de Michoacán (cfr. su art. 130) quepa englobar a los primeros dentro del concepto de las segundas. Para la crítica de dicha solución, véanse las pp. 106-7 de nuestro citado estudio acerca del mencionado código.

⁷¹² Texto de 7 de mayo de 1940 (*supra*, nota 249), secuela de los artículos 21, 24 y 7º transitorio de la ley orgánica del Departamento del Distrito Federal de 31 de diciembre de 1928 (en la vigente de 31 de diciembre de 1941, véase el artículo 42, frac. x).

⁷¹³ De igual manera que en la nota 219 respecto del C.P.C., tomaremos ahora al azar en ésta, en cada una de las centenas del C.P.P., un artículo referente a actos procesales: 72 (estructura de las resoluciones judiciales), 177 (dictamen pericial), 264 (según el texto de 8-ix-1965: querrela), 316 (conclusiones del ministerio público y de la defensa), 451 (inhibitoria), 578 (copia certificada de la sentencia condenatoria irrevocable para el Departamento de Prevención Social) y 615 (solicitud de indulto necesario).

⁷¹⁴ Sea cual fuere la posición que se sustente en línea teórica acerca de la unidad o diversidad del derecho procesal —y desde luego hay que rechazar como totalmente infundada la tesis de quienes, como en fecha reciente Vélez Mariconde, llegan a hablar nada menos que de “abismo entre el proceso penal y el civil” (cfr. *ob. cit.* en la nota 697, p. 360)—, es innegable que en el terreno del derecho positivo, enormes sectores (actos procesales, prueba —siempre que se acoja un mismo criterio valorativo en las distintas ramas del enjuiciamiento—, recursos) podrían, sin la menor dificultad y con notorias ventajas, unificarse.

⁷¹⁵ Como más destacada, la del artículo 13, relativa a la línea a tirar al final de toda actuación judicial, norma que acaso por su detallismo no puntualiza las consecuencias que la omisión de semejante requisito entrañe: ¿la nulidad?: sería una consecuencia excesiva; ¿una multa?: no se alude a ella ni se fija su importe.

⁷¹⁶ A quien se le podrán facilitar cuando, a juicio del juez, no se entorpezca la averiguación; pero de ese modo se conculca el principio de bilateralidad, puesto que se discrimina a los defensores.

⁷¹⁷ La fórmula no es justa, salvo si se circunscribe a la anticipación, y a reserva de la condena final por el hecho del vencimiento.

⁷¹⁸ Entre las cuales hay que suponer incluidos a los abogados, sujetos nominalmente a tarifa en el Distrito Federal, siempre que no hayan convenido los honorarios (*supra*, nota 197). En relación con los aranceles a que se refiere el artículo 24 C.P.P., véanse los siguientes artículos de la L.O.T.: 289-96 (abogados), 312 (intérpretes) y 313-4 (peritos valuadores).

⁷¹⁹ Desde el instante en que para la celebración de audiencia en los tribunales colegiados exige únicamente la concurrencia de la mayoría de sus componentes. De ese modo, tanto en las cortes penales como en las salas 6ª a 8ª del Tribunal Superior (cfr. art. 424 C.P.P.), integradas unas y otras por tres miembros, cabe que a la postre, o sea al votar la sentencia, la opinión decisiva venga a ser la del ausente, siempre que los dos asistentes se pronuncien en sentido distinto. Y aplicado el principio a salas de cinco magistrados, como las de la Suprema Corte (aunque a ellas no se extienda el artículo 27 C.P.P.), permitiría que en definitiva la mayoría se forme con el voto de dos ausentes y uno presente, frente a los otros dos que concurrieron al debate final.

⁷²⁰ Puestos a diferenciar dentro del género, mejor habría sido denominar *mandamientos* a las segundas, como en el artículo 184 de la ley de enjuiciamiento criminal española, e incluso, cual también en ella, llamar *suplicatorios*

a los de índole ascendente (cfr. Alcalá-Zamora, *El nuevo código procesal civil de Guatemala*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", 1965, pp. 178, nota 98, y 192, nota adicional), ya que requisitoria tiene significado totalmente distinto del que le atribuye el artículo 38 C.P.P.: véase lo que decimos en *El cód. proc. pen. de Michoacán*, cit., p. 112, nota 56.

721 El precepto habla a un tiempo de que el exhorto interese "su *jurisdicción*" y de promover "*competencia*" (léase, cuestión de). En realidad, sin embargo, podría referirse por separado a las dos perspectivas: *conflicto de jurisdicción* (exhorto dirigido a juzgadores federales o de otra entidad federativa) y *cuestión de competencia* (dentro de la esfera jurisdicente del Distrito y Territorios Federales).

722 Como consecuencia, por un lado, del plazo de cuarenta y ocho horas fijado para la primera por los artículos 20, fracción III, de la Constitución y 287 C.P.P. (*infra*, núm. 391) y, por otro, del de tres días como máximo señalado para el segundo por el 19 constitucional.

723 El peligro estriba en el tiempo que antes de la consignación permanezca el presunto culpable a disposición del ministerio público y de la policía.

724 El precepto constitucional no puntualiza el *dies a quo* para el cómputo de los plazos que marca. ¿Lo será la fecha de comisión del delito?; pero aparte de que no siempre cabe establecerla con exactitud, pudiera suceder que se tardase más del señalado por la ley fundamental en detener al presunto culpable. Sigamos: ¿y si después resulta que el detenido es inocente y hay que enfilar las baterías en otras direcciones? ¿Lo será, por el contrario, el momento de la aprehensión?; y si se fuga luego el inculpado, ¿se interrumpe o no el plazo, o meramente se suspende? Finalmente, ¿desde el auto de procesamiento?; ¿y si más tarde se revoca éste? Además, el juzgamiento a que se refiere, ¿es la sentencia de primera instancia —en cuyo caso podría acatarse la norma constitucional, siempre que no se hipertrofié la instrucción— o bien la firme o ejecutoria tras una vía impugnativa que podría complicarse con el amparo —y entonces tales plazos no serían observables—?

725 La última posibilidad entraña la gravísima anomalía de que la audiencia se esté desarrollando sin la asistencia de funcionarios judiciales ni del ministerio público. En tales condiciones, el acto sería nulo y harto probable la responsabilidad de quienes hubiesen permitido su prosecución en forma tan irregular.

726 *Indicaciones complementarias*: a) contra cualquier "providencia" en que se imponga una corrección disciplinaria, "se oír en justicia" al interesado (art. 21 C.P.P., análogo al 63 C.P.C. —*supra*, nota 225—, y ambos derivados del *incidente de audiencia en justicia* del derecho español: cfr. Alcalá-Zamora, *Acerca del juicio monitorio penal*, en "Ensayos", cit., p. 236, nota d), y b) combinando, como es obligado, los artículos 20 y 31, fracción II, C.P.P., resulta que las multas disciplinarias imponibles por el ministerio público o por los jueces de paz no podrán ser sino de diez pesos, por ser a la vez el *máximo* que les permite el primero de dichos preceptos y el *mínimo* que les consiente el segundo.

727 El remedio de reemplazar al defensor sobre la marcha, nada tiene de satisfactorio, porque de no suspenderse la audiencia durante el tiempo indispensable para que se entere de la causa, tendrá que improvisar su informe (véanse *infra*, notas 731 y 809). En cuanto al trato que se dispensa al ministerio público, carece asimismo de justificación: durante la audiencia, todos cuantos participen o asistan a ella, comenzando por los funcionarios

de aquél, deben quedar sometidos a la potestad disciplinaria del juez o magistrado que la presida. Además, en tanto el Procurador resuelve, si es que lo hace, y en el sentido de castigar a su subordinado con la rapidez y severidad pertinentes, ¿en qué situación queda el agente incurso en falta?

728 Si el acusado se dirige al público, se le castigará, así como a quien se comunique con él, con prisión hasta de quince días o multa hasta de doscientos pesos (art. 66), contingencia de que debería prevenirse a tiempo. Cuando intervengan varios defensores, no se oír más que a uno en “la defensa” (léase, en el informe principal), y al mismo o a otro en la réplica o rectificación (art. 69).

729 Aun cuando el precepto parece ampliar el alcance del artículo 9 C.P.P. (mero papel de coadyuvante) y desborda, desde luego, los límites de la que-rella mínima (circunscrita a delitos privados: arts. 262-4), no puntualiza si el ofendido se comportará como actor civil (ya que el legitimado para ello es, como regla, el ministerio público) o como acusador penal *de facto*, puesto que *de iure* no puede serlo, a causa del monopolio acusador del citado cuerpo.

730 A saber: los “impedimentos, excusas y recusaciones” (capítulo vi), en el número 326; los “incidentes criminales en el juicio civil” (cap. iii), en el 344; la “substanciación de las competencias” (cap. i), en el 350; la “acumulación de procesos” (cap. iv), en el 353; la “separación de procesos” (cap. v), en el 354; la “reparación del daño exigible a terceras personas” (cap. vii), en el 356, y la “suspensión del procedimiento” (cap. ii), en el 415.

731 Solución sobremanera precipitada, porque la contestación, aun tratándose de un incidente, no siempre se podrá improvisar, sino que exigirá verificación de antecedentes, consulta de textos y jurisprudencia, etcétera (véanse *supra*, nota 727, e *infra*, nota 809).

732 Debe entenderse que si el incidente surge en segunda instancia, cabrá revocación, a tenor del artículo 412 C.P.P. y por analogía con el empleo en tal caso de la reposición en materia civil (art. 686 C.P.C.).

733 Véanse *infra*, núms. 413-4. *Literatura sobre el tema*: González Bustamante, *La instrucción en el procedimiento penal*, en “Jus”, 1940, núm. 26, pp. 327-39.

734 Hasta el punto de existir en ellos un motivo recusatorio *ad hoc* para impedir que quien intervino como *instructor* en una causa, participe más tarde como *sentenciador* en la misma: véanse, entre otros, los códigos procesales penales de Alemania (§ 23), España (art. 54, núm. 12) y Francia (art. 49).

735 Aunque no de modo terminante, la norma transcrita deja abierta la puerta al principio de *oportunidad* o *discrecionalidad* en cuanto al ejercicio de la acción penal, en tanto que el artículo 21 constitucional (tampoco categórico al respecto) parece responder más bien al de *necesidad* o *legalidad*, propio de las naciones democráticas y, a fin de cuentas, expresión de igualdad ante la ley. Para más datos acerca de tales principios, véanse los siguientes trabajos nuestros: *Derecho proc. pen.*, cit., tomo i, pp. 389-90; *Algunas observaciones al proyecto de cód. proc. pen.*, cit., p. 22, y *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, cit., pp. 54-5, así como *supra*, nota 183.

736 Acerca de su paralelismo con el procesamiento, véase *supra*, nota 706.

737 Relaciones entre *notitia criminis* y acción penal: cfr. Alcalá-Zamora, *Derecho proc. pen.*, cit., tomo ii, pp. 83-9, y *En torno al proceso preliminar*, cit., pp. 304-10.

⁷³⁸ La querrela, inclusive la mínima del derecho mexicano, entraña una manifestación de voluntad (*supra*, núm. 365) en cuanto a la puesta en marcha de un proceso, y no siendo titular de éste la policía, sino la judicatura, carece de sentido que pueda presentarse (cfr. notas 642 y 686) ante aquélla. Con todo, la querrela mínima del C.P.P. se encuentra más cerca de la denuncia (cabría reputarla como una denuncia calificada) que de la querrela máxima. Véanse a este propósito las ilustrativas consideraciones de Vélez Mariconde en las pp. 381-7 del artículo suyo citado en la nota 697.

⁷³⁹ He aquí su lista: 18, 29, 33, 159, 169, 214, 283, 303, 335, 345, 347, 433, 434, 439 y 482.

⁷⁴⁰ Por ejemplo: alzamiento de la inmunidad o privación de la investidura que confiera fuero personal: véanse *supra*, núm. 339, e *infra*, núms. 454 y 457-8.

⁷⁴¹ Por de pronto, en buena técnica legislativa, la *sección* suele considerarse como división inferior al *capítulo* (así, verbigracia, en los títulos VI y VII del C.P.C.) y no al revés cual en C.P.P.; en segundo término, los capítulos concernientes a la prueba merecían haber integrado un título aparte, ordenado, además, en forma más correcta que ahora; finalmente, las “diligencias de policía judicial” no tenían por qué encabezar junto a la instrucción el título II, sino que dejando a ésta sola como epígrafe, habrían quedado relegadas a un simple capítulo suyo.

⁷⁴² En rigor, la primera y la última sólo, porque la segunda en estricto sentido corresponde a la fase de juicio y no a la de instrucción.

⁷⁴³ Tanto la *flagrancia* (del verbo latino *flagro* arder, quemar) como la *urgencia*, además de autorizar la aprehensión con menores garantías de las habituales, suelen determinar juicios especiales, de tramitación abreviada, en otras partes: véanse, por ejemplo, el *giudizio direttissimo* del cód. proc. pen. italiano (arts. 502-5) —para su estudio, Bellavista, *Il procedimento direttissimo*, en sus “Studi sul processo penale” (Milano, 1952), pp. 127-66— o el *procedimiento de urgencia* implantado en la ley de enj^o. crim. española por la reforma de 8 de junio de 1957 (con anterioridad, en la propia ley, el procedimiento en los casos de flagrante delito, reemplazado por el que acabamos de mencionar, y el de urgencia de la ley de orden público de 28 de julio de 1933): véase Alcalá-Zamora, en “Bol. Inst^o. Der. Comp. Méx.”, núm. 30, septiembre-diciembre de 1957, pp. 203-5.

⁷⁴⁴ Pueden servir con tal fin, ante todo, los documentos habituales de identidad (cédulas, credenciales, pasaportes, etcétera), y respecto de reincidentes y habituales, los datos del casillero judicial o policial y, en último extremo, testigos de conocimiento. En este punto, es mucho más explícito, por ejemplo, el artículo 16 J.P. del C.P.C.

⁷⁴⁵ En principio, el verdadero cuerpo del delito estaría constituido por la persona o cosa objeto del mismo (el cadáver, en el homicidio; el bien sustraído, en el robo); los instrumentos serían los medios utilizados para su comisión (el arma empleada, en aquél; la ganzúa o palanqueta, en éste); y las piezas de convicción, las huellas o vestigios de su perpetración (impresiones digitales, objetos o prendas del delincuente dejados en el lugar del crimen); pero el deslinde no siempre resulta fácil: pensemos en la realización de un delito-medio para efectuar un delito-fin (falsificación de un documento para llevar a cabo una estafa), o bien en el caso de que el instrumento utilizado para delinquir sea a la vez pieza de convicción (arma homicida que lleve marcadas las iniciales o el nombre del presunto culpable).

⁷⁴⁶ Se refieren a la descripción de personas y cosas relacionadas con el delito (art. 95), reconocimiento y descripción de lugares (art. 97), recogida, descripción y custodia de armas e instrumentos delictivos (arts. 98 y 100), levantamiento de planos y diseños y toma de fotografías (art. 101), intervención de peritos (arts. 96 y 99) y asociación de esta prueba y la de inspección judicial cuando se requieran conocimientos especiales (art. 121).

⁷⁴⁷ Esta exigencia, de alcance específico, constituye una seria dificultad tratándose de bienes adquiridos sin recibo o factura, o cuyos recibos o facturas nadie conserva, son destruidos al cabo de algún tiempo o contienen sólo una escueta y genérica mención de la cosa.

⁷⁴⁸ Preceptos todos más de índole médica que jurídica y que podrían, por tanto, haber sido reemplazados por el artículo 123, donde se prevé el dictamen médico en términos de mayor generalidad.

⁷⁴⁹ La justificación del cuerpo del delito en caso de robo, queda sometida por el artículo 115 a minuciosas reglas de prueba legal o tasada; y al no ser ellas de aplicación general sino específica, representan un buen ejemplo de normas probatorias materiales, conforme al criterio de Chiovenda expuesto en la nota 64.

⁷⁵⁰ Para la crítica de esta inexpresiva denominación, que debería ceder su puesto a *indagatoria*, véase lo que decimos en *El cód. proc. pen. de Michoacán*, pp. 112-3.

⁷⁵¹ El sistema no es recomendable, por prestarse al *relajo*; y como garantía para el inculpado bastaría con la presencia de su defensor y, a lo sumo, de un par de personas de su confianza, a manera de testigos instrumentales que firmarían el acta de la diligencia.

⁷⁵² Con insistencia digna de mejor causa, el C.P.P. habla en estos artículos una y otra vez de "acusación" y de "acusado" cuando todavía dista mucho de serlo (véanse *supra*, nota 705, e *infra*, nota 772).

⁷⁵³ *Literatura hispánica sobre procesamiento*: véase la que citamos en la nota 107 de *Unificación códigos procesales*, cit. Añadiremos a ella: Bartoloni Ferro, *El auto de procesamiento*, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1948, 1, pp. 293-304, y con posterioridad, Jiménez Asenjo, *Ventura y riesgo del auto de procesamiento*, y Ruiz Gutiérrez, *El auto de procesamiento debe desaparecer* (pero la argumentación que utiliza no tiene nada de convincente), ambos en "Estudios en memoria de Viada", cit., pp. 271-85 y 473-83, respectivamente, o bien en "Revista de Derecho Procesal" española, 1964, pp. 657-71, y 1965, pp. 273-83.

⁷⁵⁴ Cfr. Alcalá-Zamora, *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, cit. núm. 35 (p. 57).

⁷⁵⁵ Este requisito, consignado en la fracción v del artículo, es el que imprime carácter al procesamiento y el que se corresponde con los indicios de criminalidad o de culpabilidad de otros códigos hispánicos (véanse, por ejemplo, el art. 384 ley enj^o. crim. española o el 274 del cód. proc. pen. chileno de 1906, texto de 1944).

⁷⁵⁶ Véase González Bustamante, *Principios*, cit., p. 206.

⁷⁵⁷ Artículos 306-7 (ante los jueces de paz), 314-5 y 328 (ante las cortes penales) y 353-4 (ante el jurado); véase también el 426 (diligencias para mejor proveer en apelación).

⁷⁵⁸ Como el de la necesidad de anticipar su práctica (*infra*, núm. 394); el de que todas las partes acepten como prueba una diligencia llevada a cabo durante la instrucción, o el de imposibilidad de repetirla en la audiencia, siempre que se haya ejecutado con plenas garantías en la fase instructora.

⁷⁵⁹ Fórmula poco feliz, que habría sido conveniente reemplazar por una como la del artículo 289, fracción x, C.P.C.: “Y demás medios que produzcan convicción (racional, debió haberse agregado: *supra*, nota 298) en el juzgador.”

⁷⁶⁰ Mientras, por ejemplo, Sabatini sostiene que la carga de la prueba funciona en el proceso penal tanto como en el civil, aunque con caracteres especiales (cfr. su *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*, 2ª parte—Catanzaro, 1911—, pp. 86-7), Florian estima que no opera en el cuadro del enjuiciamiento criminal (cfr. sus *Principi di diritto processuale penale*—Torino, 1927—, pp. 251-2). En cuanto al enunciado del artículo 248 C.P.P., debería haber sido sustituido por este otro: “Corresponde a quien afirma, la carga de la prueba” (*supra*, nota 296).

⁷⁶¹ Para la distinción entre *anticipación* y *conservación* de la prueba, véase Alcalá-Zamora, *En torno al proceso preliminar*, cit., nota 148 (pp. 300-1).

⁷⁶² El deslinde entre *prueba anticipada* y *prueba retardada* lo establecimos por primera vez en nuestro *Programa de Derecho Procesal y Cuestionario para el Acto del Examen* (Santiago 1933), p. 44. Más datos, en nuestros “Estudios de Derecho Probatorio”, cit., pp. 70, 73, 207 y 297 y especialmente en el ensayo *Prueba anticipada y prueba retardada en el proceso español* (pp. 183-6 vol. cit.).

⁷⁶³ Posibilidad, ante todo, de que sea arrancada mediante el *tormento*, sin que pese a los artículos 19, 20 y 22 constitucionales, se haya logrado eliminar tal contingencia, fomentada, en cambio, por la anómala atribución de efectos probatorios plenos a la confesión prestada ante la policía (cfr. arts. 249 y 286 C.P.P.). Añadamos otros factores: altruismo, dádivas, cinismo, vanidad inclusive, propósito de desviar la acción de la justicia mediante la confesión de un delito menor del efectivamente cometido. No cabe tampoco descartar que se acuda al hipnotismo para obtenerla y, sobre todo, a los llamados *sueros de la verdad* (*narcoanálisis*), que deben ser terminantemente prohibidos, pero que se utilizan no ya por las policías oficiales de diversos países, sino incluso por las particulares de establecimientos industriales y mercantiles. *Literatura jurídica sobre tales sueros*: véase la que mencionamos en “Estudios de Derecho Probatorio”, cit., pp. 86, nota í, y 101, nota 51.

⁷⁶⁴ Cfr. Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, traducción, tomo III (Buenos Aires, 1952), pp. 491-5. En el código procesal penal federal, la confesión constituye prueba plena en unos casos y mero indicio en los demás (*infra*, núm. 446 y nota 848).

⁷⁶⁵ O bien la rendida en juicio, dada la doble derivación del adjetivo *judicial* (*supra*, nota 221); pero de ningún modo la recibida por la policía, porque aun cuando se la etiquete de “judicial”, ni sus componentes son *jueces* ni las diligencias en que interviene poseen la naturaleza ni ofrecen las garantías de un verdadero *juicio*.

⁷⁶⁶ Tampoco puntualiza el artículo 138 cuáles sean el significado y el contenido de la confesión extrajudicial. En consecuencia, tanto esta laguna como la relativa a su apreciación habrán de cubrirse en vía analógica, o sea acudiendo a los artículos 407-10 C.P.C.

⁷⁶⁷ Acerca del primer extremo, la confesión se recabará, como regla, del inculpado, ya que el ministerio público, cuerpo de funcionarios, es parte en sentido formal, pero nunca material. Podrá también solicitarse del responsable civil (sea el inculpado o un tercero) e igualmente del damnificado, cuando como actor civil demande al tercero, porque entonces, tanto

si se sigue la vía incidental penal o la principal civil (art. 539), el proceso es de índole civil. En cuanto al ofendido, el código no es explícito, y no tiene en él la cualidad de parte con plenitud de atribuciones (presupuesto de la confesión), sino la de coadyuvante (o sea, diríamos, la de una subparte). Respecto del segundo punto, la retractación suele basarse en haber sufrido tormento. En todo caso, siempre que se aduzca habrá que determinar cuál de las dos declaraciones es la verdadera (de no ser falsas ambas). Además, podría haber mediado efectivamente tortura y, sin embargo, haberse dicho la verdad en la confesión así arrancada.

⁷⁶⁸ Dos aclaraciones: *a*) en relación con el artículo 152 debe entenderse que no es el acta original de la diligencia la que se remitirá al ministerio público, sino copia fehaciente de la misma, y *b*) el horario establecido por el artículo 153 para las visitas domiciliarias viene a ser, en el Distrito Federal, el tradicional desde la salida a la puesta de sol, todavía subsistente en materia procesal civil para la válida realización de actos (*supra*, núm. 118).

⁷⁶⁹ Debe entenderse, sin embargo, que únicamente cuando posean una preparación sensiblemente igual y no cuando medie notoria y abrumadora superioridad a favor del que no sepa castellano.

⁷⁷⁰ Ténganse en cuenta los artículos 247, fracción v, y 248 cód. pen., que estimulan la retractación de peritos, testigos o intérpretes mediante una penalidad atenuadísima (multa entre 10 y 250 pesos), a condición de que lo hagan antes de la sentencia y de que en la segunda declaración digan la verdad, pues en caso contrario se les agravará la sanción.

⁷⁷¹ La distinción entre *discordancia* (art. 170) y *discrepancia* (art. 178) peca de quebradiza. Cabría pensar que la primera se refiere a los puntos sobre que haya de versar la pericia y la segunda a las conclusiones del dictamen. En todo caso, el nombramiento de un tercero en discordia no es garantía de acierto, ya que los peritajes deben *pesarse* y no *contarse*, y si la verdad se encuentra en uno de los primitivos, el juzgador deberá apoyarse en él y no en el erróneo del tercero.

⁷⁷² Debe entenderse “denunciante o querellante”, puesto que acusador lo es sólo el ministerio público, y no cabe imaginar que sus miembros desconozcan el idioma oficial. Pero comenzando por la Constitución (arts. 19 y 20), se suele hablar de “acusación” en un sentido impropio (*supra*, notas 705 y 752).

⁷⁷³ No se puntualiza cuáles ni, cosa extraña en un código para el Distrito y Territorios Federales, se alude a los de estas entidades federativas. Para cubrir la laguna existen dos puntos de referencia: por un lado, el artículo 359 C.P.C. (*supra*, núm. 151) y, por otro, los artículos 108 de la Constitución y 2 de la ley de responsabilidades de 1939 (*infra*, núm. 454).

⁷⁷⁴ En lugar alguno se ocupa el C.P.P. de indemnización al testigo por gastos de transporte y estancia y pérdida de salarios o ingresos con motivo de su comparecencia para declarar.

⁷⁷⁵ La norma es contraria al principio de publicidad consagrado por el artículo 59, sin perjuicio de que, como es notorio, la conculquen periodistas y fotógrafos cuando se trata de procesos sensacionales.

⁷⁷⁶ Idéntico derecho ha de reconocerse a la defensa, so pena de desconocer el principio de bilateralidad.

⁷⁷⁷ De nuevo (*supra*, nota 691) surge la duda de a qué minoría de edad quiso referirse el legislador: si a la civil (21 años), a la penal (18) o más concretamente a la probatoria (14). Como la penal se contrae al inculpado, y la probatoria es objeto del artículo siguiente (el 213 del C.P.P.), ha de

entenderse, por exclusión, que la que está en juego es la civil; pero esta circunstancia no requería una mención *ad hoc*, por desprenderse de las preguntas generales del artículo 206.

778 Mejor dicho: “de clase análoga (*sic*), atendidas su educación (segundo *sic*), modales (tercer *sic*) y circunstancias especiales” (cuarto *sic*) (art. 219, frac. iv, donde se refleja la parte a un tiempo difícil, incierta e incluso cómica de la diligencia).

779 Queda, pues, excluido el ministerio público como sujeto de careos. En cambio, los funcionarios de la policía pueden quedar sometidos a él (por ejemplo, cuando el inculcado se retracte de una declaración que sostenga le fue arrancada por aquéllos mediante torturas, amenazas o engaños).

780 En el “careo supletorio” se lee al careante presente la declaración del ausente y se anotan las contradicciones entre ambos. En cuanto al careo mediante exhorto, requiere que los careantes comparezcan ante el juez exhortado, sin perjuicio (más como perspectiva futura que como realidad presente) de un careo telefónico mediante diálogo, o disputa, intervenido por el juez. *Literatura mexicana sobre el tema*: Alfonso M. del Castillo Jr., *El careo como derecho garantizado por la Constitución* (México, 1963).

781 El precepto, consagradorio del juramento de nueva noticia, no diferencia los documentos que lo sean por tal causa y los supervenientes (*supra*, núms. 104, 119 y 139).

782 Por “interesados” han de entenderse aquí el inculcado y el ofendido, mas, en su caso, el tercero civilmente responsable, con exclusión del ministerio público, a quien por no ser parte en sentido material, hay que considerar, en contraposición a aquéllos, como *desinteresado*.

783 De las tres perspectivas que el precepto brinda, la segunda y aun la tercera se encuentran bajo el signo de los principios dispositivo y de verdad formal, más propios del proceso civil que del penal, e incluso podrían desembocar, aunque sea poco probable, en colusión. En defecto de los documentos que enumera, el artículo no prevé la solución subsidiaria de que el obligado al reconocimiento escriba un trozo al dictado, bajo la intimación de que, si se niega, se aplicará la *ficta confessio*.

784 Véase Alcalá-Zamora, *Sistemas y criterios valoración prueba*, cit., núms. 12-21. Para explicarse, en parte, este retrógrado capítulo del C.P.P., conviene recordar que a falta hoy en día en México de un Ministerio de Justicia y de una comisión técnica que dentro de él prepare la obra legislativa (*supra*, nota 636), los códigos penales y procesales penales se vienen elaborando en las Procuradurías respectivas, donde, claro está, se tiende a favorecer la posición del ministerio público en el enjuiciamiento criminal. Y como un régimen de prueba libre o de sana crítica aumenta los poderes del juzgador, mientras que a través de la prueba legal se llega atribuir plena eficacia probatoria a las diligencias practicadas por el ministerio público y hasta por su subordinada la policía (cfr. art. 286; véase también el 249), de ahí que en el afán de exaltar la *acusación* aun a costa de la *jurisdicción*, no se haya vacilado en conservar soluciones valorativas de la prueba tan desacreditadas como anacrónicas.

785 En el artículo 260, como antes en el 245 (*supra*, núm. 404), “presunción” significa *indicio*. Eco del aforismo *testis unus, testis nullus* es la reducción del testimonio único a indicio (cfr. art. 260, frac. i).

786 La restricción suscita la duda de si, verbigracia, una prueba científica (cfr. art. 135, ap. final, C.P.P., en relación con el 289, frac. vii, C.P.C.) podrá quedar “desvirtuada” por una declaración amañada de testigos.

787 En efecto, "falta de méritos", ¿para qué o de qué clase? Pues, dicho se está, para continuar como procesado, es decir, para seguir siendo considerado como presunto culpable de un delito.

788 El objeto de la prisión preventiva es el mismo que el de la detención: ambas son medidas precautorias penales, de índole personal, que persiguen idénticos propósitos. Entre ambas media únicamente una diferencia cuantitativa y no cualitativa (similar, aunque no igual, a la existente entre el embargo preventivo y el apremiativo), en el sentido de que la prisión significa acentuación y prolongación de la detención.

789 Ello por dos causas: a) porque podrían ser en definitiva inocentes, y b) porque tratándose de delinquentes primarios se procura evitar que se contaminen de los malos hábitos de profesionales y reincidentes.

790 Pero aun con esta justificada restricción, si se prolonga hasta dicho máximo, y con mayor motivo si lo rebasa, la resultante será que una sentencia condenatoria dé entonces la sensación de resultar absolutoria, con efectos nada edificantes desde el punto de vista de la intimidación y la ejemplaridad. Otro problema es el de que tras haberse sufrido prisión preventiva, la sentencia condene a pena no privativa de libertad.

791 El legislador debería completar la prescripción relativa al abono de la prisión preventiva, con otra todavía más justa, concerniente a la indemnización a favor de quienes la hayan sufrido y sean luego declarados inocentes. Pero ni la Constitución ni el C.P.P. dicen una palabra acerca de este extremo, como si el peligro no existiese o fuese preferible desentenderse de él. Claro que si con motivo de una prisión preventiva mediase responsabilidad (civil o penal) de quien la decretó, habrá derecho a exigirla (*arg.*, art. 303 C.P.P., con el defecto de referirse sólo al ministerio público y a la policía y no también a la judicatura).

792 Véanse *infra*, núms. 431 y 432. Como diferencias esenciales entre ellas tenemos: a) por el *momento* en que tienen lugar, la libertad provisional es anterior a la sentencia y pertenece a la *fase de conocimiento*, singularmente a la instrucción, en tanto que las otras dos figuras presuponen la condena y corresponden a la *fase de ejecución*; b) por su *naturaleza*, la libertad provisional es una *medida cautelar* que bajo la amenaza de la pérdida de la fianza y de la reducción a prisión, tiene por objeto asegurar la comparecencia del inculcado ante la autoridad judicial, o bien la efectividad de la sentencia que contra él se dicte, mientras que las otras dos implican *beneficios* que se otorgan al reo condenado, cuando se satisfagan determinados requisitos, y c) por el *texto legal* que las regula, la libertad provisional se encuentra en el C.P.P.; la condena condicional está regida por el código penal sustantivo, y la libertad preparatoria es objeto de normas de ambos.

793 El único rasgo común entre las cuatro figuras es que en todas ellas se halla en juego la libertad de una persona, pero en la provisional y en la liberación puede afectar a un inocente, mientras que en la condicional y en la preparación se refiere a un culpable.

794 ¿*Quid* si se trata de un notorio sinvergüenza o de un delito contra el honor?

795 Acerca de los caracteres esenciales de cada uno de ellos, véase nuestro *Der. proc. pen.*, cit., tomo II, pp. 216-22.

796 La tesis de que el enjuiciamiento criminal responde en México a los cánones del sistema acusatorio se sustenta, por ejemplo, en la exposición de motivos del proyecto de código procesal penal de 1949: cfr. p. 3. col. 2ª,

del texto remitido a la Cámara de Diputados por el Ejecutivo (*supra*, nota 610).

⁷⁹⁷ Con olvido de las otras dos, a saber: la interrupción y la inactividad de las partes, esta última más propia del proceso civil que del penal, en el que al ministerio público incumben obligaciones funcionales contrarias a semejante eventualidad. Acerca de la paralización del procedimiento, cfr. Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., tomo II, pp. 281 y ss.

⁷⁹⁸ *Condiciones de procedibilidad*: cfr. art. 262 C.P.P. y *supra*, núm. 365 y nota 697. *Locura*: podría ser existente ya en el momento de cometer el delito, manifestarse en la instrucción o producirse durante el cumplimiento de la condena (*infra*, núm. 447); la segunda de esas formas, que es la que aquí interesa, no constituye motivo de *suspensión*, sino de *interrupción*: cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, cit., pp. 202-3.

⁷⁹⁹ La norma en cuestión consagra el alcance estrictamente personal de los motivos de paralización, a la vez que rompe la continencia de la causa.

⁸⁰⁰ En los casos de las fracciones II y III del artículo 477 debería reconocerse asimismo la legitimación del ofendido y del representante legal del demente.

⁸⁰¹ Véase *supra*, nota 319.

⁸⁰² Acerca de otras posibles formas extintivas, algunas no conocidas en el C.P.P., como el allanamiento (*supra*, nota 676), véanse nuestros libros *Derecho proc. pen.*, cit. tomo III, pp. 210-24, y *Proceso, autocomposición*, cit., pp. 77-95. Destaquemos sólo que la conclusión del proceso en virtud de reforma legislativa que borre el carácter delictivo del hecho u omisión perseguidos (cfr. art. 57 cód. pen.), se canaliza de distinto modo en C.P.P. y en FED.: véanse *infra*, núms. 433 y 446 (*sub y*).

⁸⁰³ La disposición revela que si el procedimiento es público y sumario, no por ello resulta concentrado, como tampoco luego en la hipótesis del artículo 309.

⁸⁰⁴ No se indica en qué forma; pero teniendo en cuenta la supletoriedad establecida por el artículo 312 (no obstante su defectuosa redacción), debe entenderse que se desarrollará como ante las cortes penales.

⁸⁰⁵ Equivalen a la demanda y contestación del proceso civil, pero debido a la distinta marcha de ambos enjuiciamientos, mientras éstas (salvo de mediar diligencias preparatorias) inician el juicio, las conclusiones penales recaen normalmente al cabo de bastante tiempo (en ocasiones, años) de comenzada la instrucción. Coinciden, en cambio, en ser escritos polémicos, con juego de pretensiones y existencia de relación procesal entre verdaderas partes, dudosa o inexistente durante la instrucción (*supra*, nota 699).

⁸⁰⁶ Olvida, además, que la actuación del ministerio público no debe responder al principio *in dubio pro reo* (cfr. art. 247), sino al *in dubio pro societate*, y puede arrastrar a desenlaces absurdos: por ejemplo, en virtud de descubrimientos o revelaciones supervenientes, se comprueba hasta la saciedad que un supuesto cómplice o encubridor fue, en realidad, autor, pese a lo cual, conforme al artículo 319, habría que continuar considerándolo como lo que no es. Una suspensión para realizar una información suplementaria y rectificar, en su caso, la calificación emitida, evitaría la anormalidad que señalamos (en tal sentido, verbigracia, el art. 746, núm. 6, ley enjt^o. crim. española).

⁸⁰⁷ Dadas las modalidades que la institución ofrece en los códigos hispano-americanos (contraste entre el provisional, que no todos acogen, y el defi-

nitivo; autoridades facultadas para pronunciarlo o para condicionar su emisión etcétera), no podría definirse más que como una resolución judicial en forma de auto, que produce la suspensión indefinida del procedimiento penal, o que pone fin al proceso, impidiendo en ambos casos, mientras subsista, la apertura del plenario o que en él se pronuncie sentencia (cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, cit., tomo III, p. 228). De las dos mencionadas manifestaciones de sobreseimiento, la acogida por el C.P.P. y con mayor detalle por el FED. es la segunda (el definitivo), mientras que del provisional nada se dice, acaso como consecuencia del mandato constitucional (art. 23) contrario a la absolución de la instancia, con la que aquél entronca a todas luces; pero pese a dicha prohibición, la liberación basada en falta de méritos o en desvanecimiento de datos (*supra*, núms. 406-7) no es sino una variante del mismo. *Literatura mexicana acerca del tema*: Cortés Figueroa, *El concepto de sobreseimiento*, en "Jus", 1950, núm. 139, pp. 91-7.

⁸⁰⁸ El nombre *vista*, procedente del derecho español y relacionado con el examen (*visual*) de los autos, debería ser reemplazado por el más expresivo de *audiencia* (también de ascendencia española, y ligado, en cambio, con la actividad *auditiva*, de donde asimismo los nombres *oidor* y *auditor*), con o sin el aditamento de "pruebas y alegatos", como en el C.P.C. (cfr. sus arts. 393, 398 y 400), con tanto más motivo cuanto que el C.P.P. se vale del epígrafe "audiencias", en el capítulo VIII del título I, y del vocablo en singular en el fundamental artículo 327.

⁸⁰⁹ A tal fin, hará falta que en las cortes penales exista una guardia de defensores. Además, si al Procurador se le conceden por lo menos quince días para que confirme o modifique las conclusiones no acusatorias de sus agentes, lo menos que cabe es otorgar al nuevo defensor un plazo prudencial para que prepare su informe (*supra*, notas 727 y 731).

⁸¹⁰ La solución concuerda, sólo que desde el punto de vista pasivo (defensa), con la del artículo 69 de la suspendida ley del jurado española de 20 de abril de 1888 para cuando las partes acusadoras soliciten la absolución de los procesados.

⁸¹¹ Siendo los recursos esencialmente actos de parte (salvo ciertas manifestaciones anómalas), la legitimación para apelar debería conferirse tan sólo al acusado y no también a su defensor. Además, en caso de discrepancia entre ambos acerca de la conveniencia de recurrir, ¿cuál de los pareceres debe prevalecer? El C.P.P. deja sin respuesta la pregunta, a diferencia del derecho español, donde en un caso análogo, relacionado con el allanamiento, se brinda solución al conflicto de voluntades entre patrocinado y patrocinante (cfr. arts. 655 y 694 ley enj^o. crim.).

⁸¹² Ahora bien: aparte de las *sentencias* y los *autos*, el C.P.P., no menciona (cfr. su art. 71) más resoluciones que los *decretos*, y a ellos no se refiere para nada el artículo 418 al enumerar las resoluciones apelables.

⁸¹³ Nos hallamos aquí ante una nueva medida de protección al reo (*supra*, núm. 358 y nota 685), determinada asimismo por el deseo de contrarrestar las fallas de las defensas de oficio. Con todo, preferible sería que el juzgador se limitase a informar al reo acerca de su derecho a apelar y que se obligase al defensor a estar presente en el momento de notificarse la sentencia.

⁸¹⁴ A saber: siempre que prospere la de forma (*errores in procedendo*) y también, en los países que siguen el sistema francés —no, en cambio, conforme al régimen español—, cuando triunfe la de fondo (*errores in iudicando*). Reenvío se da asimismo en la apelación extraordinaria (*supra*, núm. 165).

815 *Literatura mexicana sobre el tema*: María Antonieta Villarreal, *La institución del indulto en la legislación mexicana* (México, 1954).

816 En efecto: el uno pertenece a la esfera de la *gracia*, según revela su nombre, y es una institución administrada por el *Ejecutivo*, mientras que el otro corresponde al ámbito de la *justicia*, y lo otorga, tras un verdadero proceso de conocimiento, el *Judicial*.

817 Pero como tan injusta es la condena del inocente como la absolución del culpable (máxime si obedeció a maquinaciones dolosas del propio reo), no deben sentirse escrúpulos en introducir la revisión en contra, siempre que no haya mediado prescripción (véase, por ejemplo, el § 362 de la ordenanza proc. pen. alemana de 1877).

818 *Aclaraciones*: a) la fracción III (letra c del texto) no es suficientemente comprensiva, y a la hipótesis de que viva la *supuesta* víctima debió haber añadido la de que se acredite que falleció por causa distinta del *supuesto homicidio*; b) la fracción IV (letra d del texto) es consecuencia directa del artículo 23 constitucional; pero ni éste ni ella expresan cuál de las dos sentencias deba prevalecer. A nuestro entender, la primera, ya que la segunda desconoce el atributo de la cosa juzgada que aquélla adquirió (en este sentido, el art. 560, frac. v, *FED.*); pero se trata de punto debatido en la doctrina; c) en realidad, los diversos motivos de revisión podrían reducirse a uno solo, o sea el de que después de la sentencia firme sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba de tal naturaleza que evidencien la inocencia del inculcado (o, en caso de revisión en contra —*supra*, nota 817—, la culpabilidad del absuelto): cfr. art. 554, núm. 3, cód. proc. pen. italiano y 954, núm. 4, ley enj^o. crim. española.

819 Esta restricción, eco de la prueba legal, no se justifica: lo que interesa es que, con documentos o con otra cualquier prueba inobjetable, se acredite el motivo del artículo 614 en que la solicitud de indulto se funde. Además del condenado, deberían estar legitimados para pedir la revisión su representante legal (en caso, por ejemplo, de que aquél hubiese enloquecido después de la condena —*supra*, nota 798—) o sus sucesores legítimos, cuando haya muerto y se pretenda la rehabilitación de su memoria (cfr. art. 961 ley enj^o. crim. española).

820 El ministerio público no interviene entonces como órgano de la acusación, puesto que no se trata de un proceso de condena, sino de uno con pretensión constitutiva en contra, precisamente, de la condena recaída, sino como representante de la ley. Y si el ministerio público se asocia a la solicitud de revisión, el recurso no tiene siquiera carácter contencioso. Esos rasgos explican que en la vista informe primero el condenado o su defensor y después el ministerio público, que no interviene en él como parte atacante (cfr. art. 617).

821 Dicha decisión es, en rigor, una verdadera sentencia, aunque no se le llame así por el legislador.

822 La remisión de las diligencias al Ejecutivo es una consecuencia de concebir la revisión como indulto a conceder por el Ejecutivo y no como recurso a decidir exclusivamente por el Judicial.

823 Pero el legislador no indica cómo recuperará el indultado lo que hubiese pagado por reparación del daño. Creemos que a tal fin podrá dirigirse contra quien percibió dicha partida, contra el verdadero culpable (cuando haya habido otro) e incluso contra el propio Estado, cuyo servicio judicial lo condenó indebidamente.

824 Véase, por ejemplo, Malherbe, *Le juge d'application des peines*, en "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", julio-septiembre de

1959, pp. 635-55, en relación con los artículos 721-2 del nuevo cód. proc. pen. francés de 1958. El juez de la ejecución debería, sobre todo, intervenir en los procedimientos relativos a la libertad preparatoria y a la retención y, caso de generalizarse en México, en el régimen de medidas de seguridad.

⁸²⁵ Una de ellas es la transformación de la multa en prisión, hasta un máximo de cuatro meses, fijada por el juez (art. 29 cód. pen.). Otra es el cambio de la condena en caso de sentencia indeterminada (*infra*, nota 843). A ellas se suman las dos que examinamos en el texto.

⁸²⁶ En este sentido, viene a ser el reverso de la libertad preparatoria, y mediante el juego (premio y castigo) de ambas se tiende a fomentar el buen comportamiento de los reclusos en los establecimientos penitenciarios.

⁸²⁷ El artículo 603 C.P.P. se remite, para su concesión, a “la ley orgánica y el artículo relativo de la Constitución”. Este no cabe duda de que es el 38, cuyo apartado final dice, además, que “la ley fijará . . . la manera de hacer la rehabilitación”; pero ese texto, suponiendo que fuese necesario, no ha llegado a promulgarse.

⁸²⁸ Trátase, en realidad, de un dictamen o parecer (no vinculativo, por tanto: cfr. art. 608), de naturaleza análoga al que, por ejemplo, en tiempos emitía el Tribunal Supremo español como trámite previo al ejercicio definitivo de la jurisdicción electoral por el Congreso (cfr. art. 53 de la ley electoral de 8 de agosto de 1907).

⁸²⁹ Por ejemplo: de la ejecución de medidas de seguridad, a las que se refiere el artículo 24 del código penal, pero sin que el C.P.P. contenga disposiciones *ad hoc* para su cumplimiento (cosa distinta el FED. a propósito de los enfermos mentales y de los toxicómanos —*infra*, núms. 447-8— y la legislación tutelar de menores —*infra*, núms. 439-43 y nota 849—); de la de sanciones pecuniarias y responsabilidad civil, que se lleva a cabo conforme a los lineamientos de la procesal civil; o de los incidentes o incidencias que surjan durante la extinción de la condena. Véase acerca de tales extremos nuestro *Derecho proc. pen.*, cit., tomo III, pp. 442-6.

⁸³⁰ Véase *supra*, núm. 325. *Literatura sobre el jurado*: Alcalá-Zamora, *El jurado popular*, en “Estudios Sociológicos (Sociología Criminal): Tercer Congreso Nacional de Sociología 1952” (Monterrey), (México, 1954), pp. 207-17; Pina, *El juez no profesional en la justicia penal* (discurso en la Universidad de La Laguna el 1º de octubre de 1930; reproducido en “Derecho Procesal (Temas)”, cit., pp. 59-100); Sodi, Demetrio, *El jurado en México: Estudios sobre el jurado popular* (México, 1909).

⁸³¹ El artículo 408 debe entenderse, además, derogado por el texto posterior de la ley de responsabilidades de 1939 (*infra*, núms. 454-61).

⁸³² De esa manera, si los inculpados son varios y se conciertan, pueden llegar a descartar a cuantos les convenga excluir e incluso, si son muchos, podría resultar insuficiente el número de los insaculados. Para evitar tales inconvenientes habría que establecer una especie de liticonsorcio recusatorio (cfr. arts. 173-5 C.P.C.). Acerca de la recusación sin causa, véase *supra*, nota 134.

⁸³³ El artículo 349 constituye uno de los raros *preceptos-fórmulas* de la legislación procesal mexicana, como antes en el propio C.P.P., el 280 y después el 369 (*infra*, nota 837) o cual el 478 del C.P.C. (cédula hipotecaria; *supra*, núm. 210). Si alguno de los jurados se niega a protestar, además de sustituirse por otro, se le castigará de plano y sin recurso alguno a la sanción prevista por el artículo 182 del código penal, de acuerdo con el artículo 350 C.P.P., que en este sentido ofrece semejanzas con el *giudizio immediato*

(art. 435) del cód. proc. pen. italiano (aplicable a los delitos cometidos durante la audiencia), así como con el *jugement des infractions commises à l'audience* (arts. 675-8) del cód. proc. pen. francés.

⁸³⁴ Véanse *supra*, núm. 419 y nota 806.

⁸³⁵ ¿Con qué alcance? ¿Podría llegar a aceptar las conclusiones acusatorias del ministerio público, por muy graves que sean, cómo plenamente justificadas? En tal caso, se introduciría a trasmano el allanamiento en materia penal, pero sin las garantías indispensables (*supra*, nota 676).

⁸³⁶ De la misma manera que la *cosa juzgada* se suele reputar la *verdad legal* (cfr. art. 354 cód. proc. civ. federal), el *veredicto* sería la *verdad fáctica* conforme al criterio y a la conciencia de los jurados. Sólo que como éstos se limitan a contestar "sí" o "no" a unas preguntas (art. 373 C.P.P.), el veredicto conculca el principio de fundamentación y resulta netamente antiliberal, contra lo que suponen algunos partidarios del tribunal popular: cfr. Alcalá-Zamora, *Sistemas apreciación prueba*, cit., núms. 23 y 36.

⁸³⁷ El nombre "instrucción" hace caso omiso del distinto, preferente y muchísimo más amplio alcance que el vocablo tiene en el título II del C.P.P. Resulta, además, inadecuado, porque no tiende a instruir a los jurados, sino a recordarles los deberes del cargo. *Admonición* o *exhortación* habrían sido, por tanto, denominaciones preferibles. Dicha instrucción reemplaza en el derecho mexicano, como en otros países, al *resumen presidencial* del juzgador jurista acerca de los hechos, pruebas, participación delictiva, etcétera, que si bien podía influir en el ánimo de los jurados, salvaba a la institución en muchos casos. Como indicamos (*supra*, nota 833), este artículo 369 pertenece a la reducida categoría de los preceptos-fórmula.

⁸³⁸ Como, en cambio, la ley española de 1888 en sus artículos 110-5. En cambio, sí prevé la reforma o subsanación del veredicto defectuoso por el propio jurado (art. 377 C.P.P.).

⁸³⁹ El Centro de Observación comprende a su vez la Casa de Observación y las secciones de investigación y protección, pedagógica, médico-psicológica y de paidografía (arts. 24-5, desenvueltos por los siguientes hasta el 60). Y como establecimientos educativos figuran las casas-hogares, escuelas correccionales, escuelas industriales y escuelas de orientación (art. 7, frac. II).

⁸⁴⁰ Y sin que la eventual pugna se salve mediante el actual indulto necesario (*supra*, núm. 426), mientras no se añada algún motivo *ad hoc* al artículo 614 C.P.P. (imaginemos que por un delito que sólo haya podido cometer una persona sean condenados, por las respectivas jurisdicciones, tanto un mayor como un menor; véase *infra*, núm. 446, *sub y*). Y el conflicto tampoco lo resuelve el artículo 95 L.T.M. al disponer que cuando se trate de delitos cometidos conjuntamente por mayores y menores, los tribunales que juzguen a unos y a otros se remitan recíprocamente "copia de lo actuado", puesto que la norma no tiene proyección *vinculativa* ni *prejudicial* y sí únicamente *informativa*. Véase *supra*, nota 662.

⁸⁴¹ La segunda para repartir las consignaciones entre los miembros del tribunal en atención al sexo (*sic*) y condiciones personales de cada juez; pero no se concibe cómo podrá satisfacerse el requisito concerniente al sexo cuando los tres jueces sean de uno mismo. Será, además, difícil que las consignaciones se escalonen de tal modo que permitan una equitativa distribución de trabajo entre los jueces en atención a sus condiciones personales.

⁸⁴² Cfr. Alcalá-Zamora, *El antagonismo juzgador-partes*, cit., p. 14, núm. 8.

⁸⁴³ Cfr. Jiménez de Asúa, *La sentencia indeterminada*, 2ª ed. (Buenos Aires, 1948). La 1ª (Madrid, 1913) llevaba el título de *El sistema de penas deter-*

minadas a posteriori. Con anterioridad, Dorado Montero, *La sentencia indeterminada*, ponencia para el Congreso penitenciario de Washington (1909), impresa en "El derecho protector de los criminales" (Madrid, 1915), pp. 19-44.

⁸⁴⁴ Véase *supra*, nota 654.

⁸⁴⁵ Los delitos de prensa son frecuentes, pero no suelen perseguirse, y los otros, o no se producen, o se les enjuicia bajo etiquetas menos aparatosas y, por ende, sin que sea necesario el jurado.

⁸⁴⁶ Si hay juez de distrito, éste presidirá el tribunal, y si no, será sustituido por el juez del juzgado penal de primera instancia o del mixto correspondiente. Los otros dos puestos serán desempeñados por el funcionario federal o, en su defecto, local, de mayor jerarquía en materia sanitaria y educativa, respectivamente.

⁸⁴⁷ Como si la gravedad del delito y de la pena se correspondiese siempre con la complejidad de la instrucción y la dificultad del juzgamiento: verbigracia, un asesinato flagrante suscitará menos problemas que una habilísima estafa de poca monta.

⁸⁴⁸ Salvo en el caso del artículo 279, en relación con el 174, fracción I (confesión del robo), y con el 177 (idem del peculado, abuso de confianza o fraude), en que hace prueba plena. Véase *supra*, nota 764.

⁸⁴⁹ Se encuentra regulado por los artículos 500-22 *FED.*, coincidentes en líneas generales con el procedimiento de la *L.T.M.* para el Distrito. Como órgano auxiliar intervienen los Consejos de Vigilancia (art. 503), a quienes incumben funciones ejecutivas, de vigilancia, asistencia y asesoramiento. Cuando de la averiguación practicada se desprenda que el menor fue influido, aconsejado o ayudado en el delito por adultos, el tribunal de menores remitirá testimonio de las constancias al ministerio público federal para que proceda contra ellos (art. 519 *FED.*).

⁸⁵⁰ Véase *supra*, nota 840.

⁸⁵¹ El enjuiciamiento de enfermos mentales y, sobre todo, el de toxicómanos no traficantes, debería asociarse con el de malvivientes, a título todos de sujetos peligrosos, y al mismo tiempo, causar baja la tipificación de la vagancia como delito (arts. 225-6 *cód. pen.*): cfr. Alcalá-Zamora, *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes*, primero en "Revista italiana di diritto penale", 1937, núm. 5, pp. 526-42, y luego, completo, en "Ensayos", cit., pp. 175-234; véase también Calvo Blanco, *El juicio de peligrosidad*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 13, enero-abril de 1952, pp. 43-54.

⁸⁵² Véase *supra*, nota 617. *Literatura*: Calderón, *Derecho procesal militar* (México, 1947); Idem, *El Ejército y sus tribunales*, 1ª y 2ª partes (México, 1945/46). Téngase, además, en cuenta el "Boletín Jurídico Militar" que durante años publicó la Secretaría de la Defensa.

⁸⁵³ Al expresarse así, el artículo 37 *C.J.M.* olvida que en materia penal militar no existen delitos mediatizados en cuanto a la actuación del ministerio público por la condición de procedibilidad representada por la querella mínima del derecho mexicano (*supra*, núms. 365, 367 y 383). Ello no obstante, el artículo 57 *C.J.M.*, tras ratificar que los delitos del orden común que exijan querella necesaria no serán de la competencia de los tribunales militares, añade que salvo en los casos de los incisos *c* y *e* de la fracción II de la propia norma, a saber: los cometidos por militares en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial y los realizados por militares en conexión con alguno de los castigados en el libro II del

C.J.M.; pero bueno será advertir que la citada regla no se compagina con el espíritu del artículo 13 constitucional, que restringe la jurisdicción castrense a los delitos contra la disciplina militar.

⁸⁵⁴ Si una vez ratificado su parecer por el Procurador General de Justicia Militar, el ministerio público no acusa, el instructor dictará auto de sobreseimiento, con alcance de sentencia absolutoria, y ordenará la inmediata libertad del procesado (art. 622).

⁸⁵⁵ En virtud de la protesta, los vocales se comprometen a resolver "conforme a las leyes sobre la materia" las cuestiones que se les sometan, "mirando sólo por la conservación de la disciplina y por el prestigio del Ejército Nacional", cuando en rigor debería ser únicamente por la emisión de una decisión justa.

⁸⁵⁶ La Secretaría de Defensa y la autoridad militar podrán suspender la ejecución de la pena de muerte, y la primera conmutarla por la de prisión extraordinaria (art. 712). Si bien la sentencia no es apelable, el expediente original se enviará al Supremo Tribunal Militar para que, en su caso, se exija responsabilidad a los componentes del consejo (art. 716); como en tantos códigos de justicia militar, la obsesión por la ejemplaridad puede llevar a que primero se ejecute al presunto culpable (*supra*, núm. 451 *sub d*) y luego se compruebe que era inocente o que no merecía la pena capital. En general, el procedimiento ante el consejo de guerra extraordinario ofrece tan escasas garantías como su concordante y acaso modelo el juicio sumarísimo del C.J.M., español de 1890 (arts. 649-62; 918-37 en el actual de 1945).

⁸⁵⁷ Según se desprende de los artículos 7, 20 y 69 de la expresada ley de responsabilidades.

⁸⁵⁸ Como los privilegios deben restringirse en un Estado democrático, surge la duda de si el añadido es sólo *a*-constitucional o a todas luces *in*-constitucional.

⁸⁵⁹ Este trámite tiene las características de un *antejuicio* (cfr. Alcalá-Zamora, *En torno al proceso preliminar*, cit., núm. 36 y nota 197) para remover la condición de procedibilidad que cierra el paso al *juicio*, o sea la existencia de inmunidad (véanse *supra*, núm. 339 y arts. 262, frac. II, C.P.C., y 113, frac. II, FED.).

⁸⁶⁰ *Indicaciones complementarias*: a) recaída sentencia condenatoria por delitos oficiales, no cabe indulto (arts. 112 Const. y 12 L.R.; ha de entenderse que la prohibición no se extiende al necesario y sí sólo al por gracia); b) la responsabilidad por delitos y faltas oficiales sólo puede exigirse durante el desempeño del cargo y un año más (art. 113 Const. y 4 L.R.), plazo notoriamente exiguo y propenso, por tanto, a que se frustren los fines perseguidos por la ley fundamental y su complementaria; c) en demandas civiles, los funcionarios no gozan de fuero ni inmunidad (arts. 114 Const. y 6 L.R.; véanse, sin embargo, *supra*, núms. 189-90 y nota 170).

⁸⁶¹ *Título I*: Disposiciones preliminares (arts. 1-12); *Tít. II*: De los delitos y faltas oficiales (13-22); *Tít. III*: Del procedimiento respecto de los delitos y faltas oficiales de altos funcionarios de la Federación y de los Estados (23-68); *Tít. IV*: Del procedimiento respecto de los delitos y faltas oficiales de los demás funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales (69-76); *Tít. V*: Del jurado de responsabilidades oficiales de los funcionarios y empleados públicos (77-97); *Tít. VI*: Disposiciones complementarias (98-111); Transitorios.

⁸⁶² Véase *supra*, nota 624.

⁸⁶³ Cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, cit., tomo I, p. 87.

⁸⁶⁴ Como en el derecho español, que a partir del código penal de 1848, y a través de las sucesivas reelaboraciones de 1870, 1932, 1944 y 1963, habla desde su artículo 1º de delitos y faltas y reserva a las segundas su libro tercero. Más aún: el propio código de 1928, pese a responder a distinta trayectoria, coincide en este punto con los citados.

⁸⁶⁵ Dada la vinculación del ministerio público y de la policía judicial con el Ejecutivo, no cabe depositar muchas esperanzas en que vayan a actuar contra altos funcionarios, que serán del propio Gobierno o ligados con él.

⁸⁶⁶ El *dictamen* de la sección instructora equivale, pues, al *auto de procesamiento* (cfr. arts. 297 C.P.P. o 161 FED. y *supra*, núm. 392).

⁸⁶⁷ Existe aquí el riesgo de tras la privación de investidura por la Cámara, el tribunal común, que no queda vinculado por tal acuerdo, dicte luego sentencia absolutoria respecto del presunto culpable, con la consiguiente desautorización para aquélla, pero sin que la L.R., se haya preocupado de señalar sus consecuencias jurídicas (por ejemplo: reposición del funcionario, si es que no, en algún caso grave, disolución de la Cámara: cfr. art. 85 de la Constitución republicana española de 1931).

⁸⁶⁸ La frase "tener fuero" (que a veces sirve sólo para cometer... desafueros) significa tanto como gozar de inmunidad. El legislador no se ha representado en este punto el problema de la prescripción.

⁸⁶⁹ ¿Por qué no también las absolutorias, que podrían hallarse incursas en vicios tan graves cómo las de condena? Desde el momento en que tales sentencias se asientan en veredictos, la apelación contra ellas sólo debería consentirse cuando medie algunos de los motivos que dan lugar a la reposición del procedimiento (*supra*, núms. 424 y 438).

⁸⁷⁰ Este procedimiento, en virtud del cual los poderes políticos (Ejecutivo y Legislativo) mediatizan al Judicial, atenta contra la inamovilidad y la independencia de la judicatura y carece de naturaleza tanto jurisdicente como penal, siendo, en rigor, de carácter disciplinario.

⁸⁷¹ Si un funcionario aparece *prima facie* como presunto culpable de apoderamiento ilegítimo de bienes de la Nación, del Distrito o de los Territorios Federales, no se concibe cómo la investigación no haya de ser de índole penal, sin perjuicio de que a la postre, como en otro cualquier proceso, la sentencia pueda resultar absolutoria.