

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO**

**BASES PARA UN
NUEVO DERECHO PENAL MEXICANO**

Los límites al delito y a la pena

TOMO I

ANTONIO BERCHELMANN ARIZPE

TM
K1
FDYC
2003
.B4
v.1



1020148586

— ÍNDICE TEMÁTICO —

**BASES PARA UN
NUEVO DERECHO PENAL MEXICANO
Los límites al delito y a la pena**

**INTRODUCCIÓN
EL SISTEMA PENAL EN MÉXICO**

- I. ¿Legalidad o legitimidad?
- II. El Derecho en un estado democrático
- III. El sistema penal en un estado de derecho o democrático
- IV. Los espejismos de justicia y los fines incumplidos del sistema penal
- V. Los factores jurídicos de la crisis del sistema penal
- VI. Las aporías, las falacias y las disfunciones en la jurisprudencia
- VII. Las aporías, las falacias y las disfunciones en la legislación
- VIII. La reforma integral del sistema de justicia penal
- IX. ¿Dogmas o herejías penales?
- X. ¿Hacia un sistema penal autoritario o garantista?

**PRIMERA PARTE
LOS LÍMITES SUSTANCIALES A LA POTESTAD DE PUNIR**

**CAPÍTULO PRIMERO
LAS BASES DE UNA POLÍTICA CRIMINAL GARANTISTA**

- I. El modelo de estado y la clase de su política jurídica
- II. Una política criminal garantista en un estado de derecho

**CAPÍTULO SEGUNDO
LOS LÍMITES A LA POTESTAD DE PUNIR**

- I. Los fundamentos que limitan la potestad de punir
- II. Los fundamentos tradicionales de la potestad de punir:
 - A. La tesis de la retribución
 - B. La tesis de la prevención general
 - C. La tesis de la prevención especial
 - D. La tesis de la adición compensadora.
- III. Los fundamentos modernos de la potestad de punir:
 - A. La tesis funcional de vigencia de la norma del sistema social de convivencia
 - B. La tesis funcional dialéctica
 - C. Las tesis garantista y reductora del poder punitivo



312627

TM
K1
FD40
2003
.BJ.
V.1



**FONDO
TESIS**

IV. La crítica a las tesis tradicionales y modernas de la potestad de punir.

- A. Las objeciones a la tesis de la retribución
- B. Las objeciones a la tesis de la prevención general
- C. Las objeciones a la tesis de la prevención especial
- D. Las objeciones a las tesis de la adición compensadora y del fin de vigencia de la norma en función del sistema social de convivencia
- E. Las objeciones y ventajas de las tesis moderadas:
 - 1. Las críticas y ventajas de la tesis funcional dialéctica
 - 2. Las críticas y ventajas de las tesis garantista y reductora

V. Conclusiones y toma de postura:

- A. Hacia una tesis democrática del Derecho Penal
- B. La fundamentación democrática de un Derecho Penal reductor según las etapas del poder punitivo frente a la persona

**CAPÍTULO TERCERO
LOS LÍMITES SUSTANCIALES PARA CONMINAR PENALMENTE**

I. La grave lesividad a bienes jurídicos

II. El principio de intervención mínima:

- A. El principio de reserva y las conductas inmorales
- B. El principio de reserva según la necesidad social de la pena y su rendimiento. La infracción a reglamentos de policía y a leyes administrativas
- C. La subsidiariedad del Derecho Penal con relación a otras materias del Derecho y el poder sancionatorio de éstas
- D. El principio de reserva y las lesiones más graves a bienes jurídicos esenciales por medio de conductas específicas
- E. El principio de reserva y la gravedad legal de las penas: Función de los principios de culpabilidad, dignidad humana y readaptación social como límites de la punibilidad legal
- F. El principio de reserva, la sistematización de las figuras típicas y la preponderancia de los bienes individuales. Breve alusión a la pena de muerte y a la punibilidad del aborto
- G. El principio de reserva y las conductas en contra del Estado

III. El Derecho Penal Alternativo. (El principio de intervención mínima y las medidas alternas que procuren la socialización responsable y la paz jurídica-social):

- A. La libertad caucional como alternativa a la detención y la prisión preventiva
- B. El arraigo limitado como medida cautelar alterna a la detención y la prisión preventiva en los delitos de penalidad alternativa
- C. La tercera vía (la reparación del daño y otros medios equivalentes extintivos de la acción penal):
 - 1. El sistema de faltas penales como vía sancionatoria alterna
 - 2. La querrela y el perdón del ofendido como causas que extinguen la acción penal en la perspectiva del principio de intervención mínima
 - 3. La conciliación en ciertos delitos como vía alterna que extingue la acción penal
 - 4. La reparación del daño y el perdón del ofendido en ciertos delitos no graves perseguibles de oficio como medios alternos que extinguen la acción penal
 - 5. La condena condicional y los sustitutivos penales, como medidas alternas a la prisión
 - 6. Algunas consecuencias concretas del Derecho Penal Alternativo como derivación del principio de intervención mínima
 - 7. Excurso: La reparación del daño y las garantías de víctimas y ofendidos

IV. El principio de reserva y la prevención general

SEGUNDA PARTE LOS LÍMITES FORMALES A LA POTESTAD DE PUNIR

CAPÍTULO CUARTO LEGALIDAD Y LEY PENAL

I. Los límites formales a la facultad de punir

II. No hay delito ni pena sin ley

III. La función garantizadora del principio de legalidad estricta

- A. Evolución y fundamentos adicionales
- B. La función garantizadora del principio de legalidad estricta con relación a la estructura del delito
- C. La función garantizadora formal y material del principio de legalidad estricta: Ley escrita y ley cierta. (Tipos en blanco y tipos abiertos):
 - 1. La exigencia formal de ley escrita como fuente del Derecho Penal y los tipos en blanco
 - 2. La exigencia material de certeza de la ley penal y los tipos abiertos:
 - a. El postulado de certeza de la ley penal
 - b. La función de la ley penal cierta (tipo penal cerrado)
 - c. La aporía entre el principio de certeza de la ley penal y la realidad legislativa. ¿Cómo reducirla?

IV. La aplicación de la ley penal y su interpretación

- A. La aplicación exacta de la ley penal y la prohibición de la analogía y de la mayoría de razón
- B. La interpretación de la ley penal
 - 1. Los criterios básicos
 - 2. La interpretación analógica. Su diferencia con la aplicación analógica
 - 3. La interpretación analógica en "bonam partem"
 - 4. Conclusiones

CAPÍTULO QUINTO LOS LÍMITES TEMPORAL, ESPACIAL, COMPETENCIAL Y PERSONAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

I. El ámbito temporal de la ley penal:

- A. Los principios rectores que limitan la aplicación de la ley penal en el tiempo
- B. El lapso para la aplicación de la norma penal y de sus consecuencias
- C. El principio de la norma penal más favorable, cuando se trate de sucesión de normas sustantivas penales
- D. La vía autoritaria de la norma especial para aplicar una ley penal muerta
- E. La sucesión temporal de normas procesales penales
- F. La distinción entre normas sustantiva penales y normas procedimentales o procesales penales para el efecto de la sucesión temporal de leyes
- G. Fijación de postura con relación a cuál norma es aplicable cuando hay sucesión temporal de normas penales y procesales penales: Igualdad de trato.
- H. Las garantías de ley penal vigente e irretroactividad perjudicial de cualquier ley en materia de extradición internacional

II. El ámbito espacial de la ley penal según el lugar de comisión del delito u otras circunstancias

III. Las excepciones al principio de territorialidad de la ley penal

- A. El principio personal
- B. El principio real
- C. El principio universal

IV. Los ámbitos de competencias en el Estado Federal Mexicano que limitan la aplicación de la ley penal

- A. Orden federal y orden común
- B. La diversidad legislativa penal y la política criminal coherente con los principios rectores de un estado de derecho (¿Unificación penal?)

V. El ámbito personal de aplicación de la ley penal

- A. La regla general y el principio de igualdad
- B. La minoría de edad
- C. Los inimputables en virtud de atraso o trastorno mental permanente y los que tengan incapacidad procesal por igual motivo
- D. La inviolabilidad parlamentaria
- E. La inmunidad parlamentaria

TERCERA PARTE

LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL DELITO CONFORME A UN ESTADO DE DERECHO

CAPÍTULO SEXTO

DERECHO PENAL, DOGMÁTICA Y SISTEMAS PENALES

I. Derecho Penal y dogmática penal

II. Estructura e implicaciones de la norma penal

III. Categorías básicas de la dogmática penal en cuanto a la teoría del delito

IV. Un esbozo de las modernas teorías del delito:

- A. El sistema causal-psicológico de Liszt y Bebing
- B. El sistema causal-normativo de Mezger
- C. El sistema final de Welzel
- D. Los sistemas funcionales de prevención positiva de Roxin y Jakobs
- E. El sistema funcional reductor de Zaffaroni

V. La propuesta de un sistema dogmático de Derecho Penal democrático en México

VI. Las fortalezas y debilidades del sistema dogmático del delito

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA CONDUCTA COMO LÍMITE A LA CONCEPCIÓN DEL DELITO

I. No hay delito sin conducta

II. Consideraciones generales y terminología

III. Los elementos de la conducta que puede ser penalmente relevante

- A. La condición objetiva: El carácter externo de la acción u omisión
- B. La condición subjetiva: La voluntad

IV. La conducta ciega

V. La conducta vidente

VI. La conducta con comprensión de su significado social

VII. Mi opinión sobre la conducta penalmente relevante conforme al Derecho Penal Mexicano y los límites de un estado de derecho

- A. Las premisas ónticas del finalismo acerca de la conducta y su adecuación a un concepto jurídico de la misma en un Derecho Penal democrático
- B. La función legítima del concepto final-valorativo de acción como reductor del poder punitivo del Estado
- C. Conclusiones acerca de la conducta que puede ser penalmente relevante

VIII. Los delitos de olvido, otros casos marginales y las conductas libres en su causa

IX. La ausencia de conducta:

- A. La fuerza física irresistible y el hecho de la naturaleza. (Elementos)
- B. Los arrebatos internos aparejan una conducta voluntaria
- C. La vis compulsiva implica una conducta voluntaria no libre
- D. Otras consecuencias sistemáticas de la falta de acción

CAPÍTULO OCTAVO LOS FUNDAMENTOS Y LÍMITES DEL TIPO PENAL

I. No hay delito sin tipo penal ni lesión

II. El bien jurídico como presupuesto —no elemento— del tipo penal

III. La función del tipo penal como concretizador de lo antijurídico

CAPÍTULO NOVENO TIPO PENAL Y SUS ELEMENTOS, CUERPO DEL DELITO, RESPONSABILIDAD PENAL Y SU CAUSA PROBABLE

I. Tipo penal, tipicidad y figura típica

II. Los elementos del tipo penal

III. Los elementos del tipo penal no se crean ni se reducen por decreto, mas por seguridad jurídica la ley sí debe precisar los que son

IV. Clasificación de los elementos del tipo penal

- A. Los elementos materiales o descriptivos del tipo penal
- B. Los elementos normativos del tipo penal
- C. Los elementos subjetivos del tipo penal

V. Los elementos del tipo penal con relación al cuerpo del delito y la responsabilidad penal, como categorías procesales en México

- A. La Iniciativa de Reforma y los dictámenes del Congreso de la Unión acerca de las reformas a los artículos 16 y 19 C. de 1997-99
- B. Importancia del dictamen del Congreso del Estado de Coahuila como parte del Constituyente Permanente, acerca de las reformas a los artículos 16 y 19 C. de 1997-99

1. El contenido conceptual del cuerpo del delito (qué es cuerpo del delito) y de la responsabilidad penal (qué es responsabilidad penal) y su necesaria congruencia con el contenido conceptual del delito
 2. El contenido conceptual de la causa probable de la responsabilidad penal
- A. La regulación en el CFPP, el CPPDF y el CPPC, del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad penal
1. Respecto del cuerpo del delito
 2. Respecto a la probable responsabilidad penal
- B. Reflexiones críticas y propuestas acerca de la regulación vigente en el CFPP, el CPPDF y el CPPC con relación al cuerpo del delito y la «causa probable» de responsabilidad penal
1. Con relación al cuerpo del delito
 2. Con relación a la causa probable de responsabilidad penal

CAPÍTULO DÉCIMO

LOS LÍMITES AL TIPO PENAL OBJETIVO

- I. Los límites al tipo penal que imponen el método para su análisis
- II. La conducta específica en su manifestación material u objetiva como elemento del tipo penal
- III. Las calidades del sujeto activo y/o pasivo como elementos objetivos —descriptivos o normativos— del tipo penal
- IV. El objeto material
- V. Los medios utilizados, los elementos normativos específicos y otras circunstancias objetivas de la figura típica penal
- VI. Las modalidades —agravantes o atenuantes— como elementos del tipo penal
- VII. El resultado material, el nexo causal y la imputación objetiva a la acción u omisión, como elementos y límites al tipo penal objetivo
 - A. Los delitos de resultado y los delitos de simple conducta
 - B. El nexo causal en los delitos de resultado y su imputación objetiva o jurídica a la conducta:
 1. La tesis de la equivalencia de las condiciones
 2. Referencia especial a la relevancia típico-penal de la "omisión" en los delitos impropios de resultado por omisión (comisión por omisión)
 3. La crítica a la teoría de la equivalencia de las condiciones y los filtros (límites) que se le imponen por tales motivos
 4. Los filtros (límites) del dominio del hecho o causalidad adecuada al caso concreto y de la imputación objetiva
 5. El filtro de la causalidad adecuada al caso concreto (postura finalista)
 6. Los nuevos filtros (límites) derivados de las teorías de la imputación objetiva o jurídica (postura funcionalista)
 7. El ajuste de la teoría de la imputación objetiva al Derecho mexicano orientado a un estado de derecho y sus consecuencias:
 - a. El ajuste de la teoría de la imputación objetiva al Derecho Mexicano
 - b. Las consecuencias y los límites al poder punitivo que se derivan de la tesis de la imputación jurídica del resultado a la conducta típica

VIII. El daño o peligro (lesivos significativamente) al bien jurídico como elementos del tipo penal

- A. Los bienes jurídicos cuya lesión se prevé en los tipos penales
- B. La imposibilidad de lesión jurídica por inexistencia del titular del bien o por inexistencia del daño o peligro
- C. La lesión jurídica como elemento común del tipo penal y del injusto
- D. La falta de lesión jurídica por consentimiento válido como causa de atipicidad
- E. Las condiciones para que el consentimiento sea eficaz y opere como causa de atipicidad
- F. La insignificancia de la lesión como causa de atipicidad

**CAPÍTULO UNDÉCIMO
LOS LÍMITES AL TIPO PENAL:
EL DOLO (TIPO PENAL SUBJETIVO) COMO ELEMENTO DEL TIPO PENAL**

I. Las bases jurídicas acerca del dolo, su evolución y sus implicaciones en el Derecho Penal Mexicano

II. Los elementos del dolo

IV. Dolo directo, dolo eventual, dolo múltiple y dolo alternativo

III. El dolo respecto a los elementos normativos del tipo penal (mención especial)

V. Los elementos subjetivos específicos del tipo penal

VI. La prueba del dolo y de los elementos subjetivos específicos

VII. El error de tipo como excluyente del dolo:

- A. La concepción del error de tipo y su tratamiento en el CPF, el CPDF y el CPC
- B. La invencibilidad y la vencibilidad del error de tipo
- C. La ignorancia y el error en el error de tipo y su diferencia con el error de prohibición
- D. Los presupuestos para examinar el error
- E. El error sobre la naturaleza de la acción u omisión
- F. El error sobre otros elementos descritos en la figura típica o circunstancias típicas que se conecten a ella:
 - 1. El error sobre la calidad del sujeto activo o pasivo
 - 2. El error sobre el objeto material
 - 3. El error sobre el curso causal en un tipo penal de resultado. (Error en el golpe)
 - a. El error en el golpe con resultado equivalente
 - b. El error en el golpe con resultado inequivalente esencial para excluir el dolo
 - 4. El error en el resultado:
 - a. El error en el resultado mayor al querido
 - b. El error irrelevante con un resultado menor al querido (delito en grado de tentativa)
 - c. El error con pluralidad de resultados típicos
 - 5. El error sobre los medios utilizados o acerca del modo
 - 6. El error sobre las circunstancias de lugar, tiempo u ocasión
 - 7. El error respecto a las modalidades y complementos de la figura típica penal
 - 8. El error sobre los elementos normativos de la figura típica:
 - a. La postura que aquí se mantiene
 - b. Otras posturas con relación al error sobre los elementos normativos del tipo penal y crítica a esas posturas
 - c. Conclusiones respecto a las diversas posturas del dolo y el error con relación a los elementos normativos del tipo penal

CAPÍTULO DUODÉCIMO LOS LÍMITES AL TIPO PENAL CULPOSO

- I. Las normas que regulan el tipo penal culposo
- II. La conducta y el resultado en el tipo penal culposo
- III. Las bases para el examen del tipo culposo
- IV. Los indicadores *normativos* de la conducta típica culposa:
 - A. La violación de un deber de cuidado.
 - B. El carácter conducente de deber de cuidado cuya violación se cuestione
 - C. La previsibilidad del resultado típico que se produce
 - D. La distinción entre la previsibilidad como indicador del tipo penal culposo y la previsibilidad como indicador de la culpabilidad
 - E. La infracción al deber de cuidado como causa del resultado
- V. Conclusiones

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO LOS LÍMITES A LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN EN LA REALIZACIÓN DEL TIPO

- I. Las formas de intervención como elementos del tipo penal
- II. Las formas de intervención como condición causal y sus primeros límites ontológicos y de legalidad
- III. Las autorías:
 - A. Los autores en el CPF, el CPDF y en el CPC
 - B. La idea de las "autorías" a través de la tesis del dominio del hecho
 - B. La autoría material o directa, como autoría única
 - C. La autoría mediata dolosa
 - D. Las coautorías:
 - 1. La coautoría material o directa
 - 2. La coautoría tumultuaria concertada
 - 3. La coautoría por co-dominio funcional
- IV. Los partícipes no autores (coparticipación):
 - A. La inducción y la complicidad previa o simultánea
 - B. Los requisitos comunes de la inducción y la complicidad:
 - 1. El carácter accesorio de la inducción y de la complicidad a la realización del tipo por el autor
 - 2. La confluencia de voluntades y la concreción de la respectiva forma legal de intervención con relevancia causal
 - C. Los requisitos de la inducción
 - D. Los requisitos de la complicidad
 - E. Las acciones neutrales en la complicidad
 - 1. La postura de la teoría de la imputación objetiva en materia de complicidad a través de acciones neutrales
 - 2. Las ventajas e insuficiencias de la teoría de la imputación objetiva para resolver la complicidad tratándose de ayuda o auxilio que sean neutrales y la necesidad de acudir al dolo del cómplice
 - F. La complicidad subsecuente

V. Las formas complejas de intervención:

- A. La autoría indeterminada.
- B. La intervención en delito emergente

VI. Las formas de intervención culposa distintas a la del autor material culposo e intervención culposa en un delito doloso:

- A. La autoría mediata y la inducción culposas del CPC
- B. ¿Cabe la intervención culposa en delito de autor doloso? ¿Cabe la intervención culposa más allá de quien o quienes realizan la última acción culposa?: La prohibición de regreso

VII. La comunicabilidad en las formas de intervención

VIII. El error en las formas de intervención como excluyente de la conducta típica penal

**CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO
LOS LÍMITES A LA TENTATIVA PUNIBLE**

I. El tipo penal de tentativa y el delito en grado de tentativa

II. Los elementos típicos de la tentativa punible

III. La univocidad, el dolo y la idoneidad de la conducta como elementos del proceso ejecutivo en la tentativa punible

IV. Las tentativas aparentes y el delito imposible

V. El elemento negativo de la tentativa

V. El desistimiento y el arrepentimiento en la tentativa

**CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO
LA ANTIJURIDICIDAD COMO LÍMITE A LA CONCEPCIÓN DEL DELITO**

I. La antijuridicidad, el injusto y la unidad del orden jurídico

II. Las normas que son objeto de contradicción en el injusto y su infracción en la culpabilidad

III. Desvalor de la acción y desvalor del resultado

IV. La antijuridicidad material y la antijuridicidad formal en el injusto

V. La relevancia de la conducta típica en el injusto

VI. La crítica a los elementos subjetivos en las causas de justificación y a la tesis de que el error acerca de sus circunstancias fácticas es causa de atipicidad

VII. La necesidad de la valoración ex-ante de las causas de justificación

VIII. La función sistemática del injusto y de su ausencia respecto al delito: las causas de justificación y su fundamentación general

IX. El cumplimiento de un deber

- A. La naturaleza del deber
- B. ¿Es el cumplimiento del deber excluyente de tipicidad o de antijuridicidad?
- C. La llamada "colisión de deberes"
- D. La necesidad del medio para cumplir el deber

X. La legítima defensa

- A. Fundamentos de la legítima defensa
- B. Los presupuestos de la legítima defensa:
 1. Los bienes jurídicos susceptibles de legítima defensa e individualización de la agresión
 2. El origen conductual de la agresión
 3. La naturaleza de la agresión
 4. El carácter antijurídico de la agresión
 5. El carácter "actual" o "inminente" de la agresión
- C. Las condiciones de la acción de defensa para que sea legítima:
 1. La necesidad de la defensa
 2. La racionalidad de los medios empleados en la defensa
- D. La legítima defensa privilegiada

XI. El estado de necesidad

- A. El estado de necesidad justificante e inculpable
- B. Las condiciones del estado de necesidad
- C. El valor de los bienes en conflicto

XII. El ejercicio de un derecho y la práctica de un deporte

XIII. El consentimiento presunto

XIV. El exceso en la conducta justificante

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO LA CULPABILIDAD COMO LÍMITE A LA CONCEPCIÓN DEL DELITO

I. La evolución de la culpabilidad en México

II. La fundamentación de la culpabilidad

III. La presunción de inocencia como deber de probar que se conocía la ilicitud o las condiciones razonables por las que se pudo conocer aquella y actuar conforme a la norma

IV. El presupuesto y los dos componentes de la culpabilidad

V. La capacidad de culpabilidad: Imputabilidad

VI. La conciencia del injusto penal

- A. El tiempo de la conciencia del injusto
- B. El objeto de la conciencia del injusto
- C. Los presupuestos de la conciencia del injusto penal
 1. Los errores que inciden en circunstancias fácticas que habrían dado pie a una causa de justificación (casas putativas de justificación)
 2. Los errores de prohibición invencibles sobre el alcance de la norma (que sin versar sobre las circunstancias de hecho que habrían dado pie a una causa de justificación, inciden sobre el carácter ilícito o penalmente ilícito de la conducta)
- D. Los grados de la conciencia del injusto
- E. El conocimiento de la trascendencia penal de la conducta
- F. Los parámetros para decidir la conciencia del injusto
- G. Los modos de la conciencia de lo injusto: La conciencia directa y eventual

VII. La exigibilidad-responsabilidad y las causas que la excluyen

A. Las causas de inexigibilidad de otra conducta.

1. El estado de necesidad y el temor fundado disculpantes
2. El error acerca del estado de necesidad y el temor fundado disculpantes
3. Otras causas de inexigibilidad (referencia especial a la objeción de conciencia)

B. Las causas disculpantes por excusa absolutoria que hace racionalmente innecesaria la pena.

VIII. Consideraciones finales respecto de la culpabilidad

**CUARTA PARTE
LOS LÍMITES A LA APLICACIÓN Y A LA EJECUCIÓN DE PENAS**

**CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO
LOS LÍMITES A LA APLICACIÓN DE LA PENA**

I. La culpabilidad como fundamento y límite de la pena

II. La peligrosidad social o la culpabilidad de autor y la medición de la pena

III. Los criterios y los límites básicos en la medición de la pena de prisión

IV. Los fines constitucionales de la pena y las penas alternas (sustitutivos penales)

V. La readaptación social como fin del sistema penal

**CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO
LOS LÍMITES A LA EJECUCIÓN DE LA PENA**

I. La readaptación social y la ejecución de la pena

II. El entendimiento erróneo de la readaptación social

III. Los límites a la ejecución de las penas

**QUINTA PARTE
CONCLUSIONES Y EPÍLOGO**

I. Recuento

II. La vinculación de la política criminal con la fundamentación del delito y de las penas en un estado de derecho

III. Los límites sustanciales de las conminaciones penales, de la aplicación y de la ejecución de las penas en el Derecho Penal Mexicano

IV. El autoritarismo y la disfuncionalidad en el Derecho Penal Mexicano

V. Hacia un Derecho Penal Mexicano garantista

VI. Las insuficiencias y los retrocesos en el Derecho Penal Mexicano de fin de siglo

VII. El sistema penal mexicano en el siglo XXI

VIII. Epílogo

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

EL SISTEMA PENAL EN MÉXICO

— I —

¿Legalidad o legitimidad?

Durante los últimos dieciocho años del siglo XX y los primeros de esta centuria se reformó sustancialmente la legislación penal y procesal penal mexicanas. Las reformas se iniciaron en el Código Penal Federal¹ y el Código Federal de Procedimientos Penales —vigentes en la República Mexicana desde 1931 y 1941— y alcanzaron hasta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por su parte, dos nuevos códigos —entre otros— iniciaron su vigencia el 1° de octubre de 1999 en el Estado de Coahuila: El código penal y el código de procedimientos penales. Y por último, el 16 de julio de 2002 se publicó el nuevo Código Penal del Distrito Federal, en vigor a partir del 13 de noviembre de 2002.

¿En qué medida esas reformas y esos nuevos códigos se orientan hacia el estado de derecho que tanto se proclama por las autoridades del Estado Mexicano? ¿Cuál fue durante el siglo XX y cuál es ahora la validez de la legislación penal con relación a las garantías que se enmarcan en la Constitución Mexicana? ¿Hacia dónde tiende el Derecho Penal como reductor racional del ejercicio de las potestades punitivas del Estado Mexicano y del Coahuilense? Las reformas penales que se dieron en esos órdenes durante las dos últimas décadas abren un terreno fértil para dar parte de las respuestas. Y ellas se completan con la legislación y los criterios judiciales que prevalecieron durante el siglo que terminó y los que surgen en los primeros años del que se inicia. Para saber, en suma, ¿cuál es el saldo jurídico del sistema penal mexicano en el siglo XX? y según él ver ¿en qué dimensión se ha cumplido en el sistema penal con la aspiración de un estado de derecho? Lo que, además, nos puede ayudar a reflexionar si en el siglo actual se va en una dirección correcta, errónea o si simplemente no hay una orientación precisa. Es decir, si las reformas penales redujeron o ampliaron la distancia entre la validez formal y la validez sustancial de sus normas o bien el curso es errático. Si es que hemos de entender que México aspira al modelo ideal del estado de derecho. Porque el orden normativo es soporte y cauce para la acción de gobierno en todo Estado. En él descansa el poder público; el ejercicio de sus atribuciones. Y de él se sirve para orientar su sentido y propiciar el sano desarrollo en el grupo social que se gobierna. Ello es válido tan en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, como en los ámbitos federal, estatal y municipal. Pues los actos de gobierno son arbitrarios sin leyes que los sustenten y más aún, cuando esos actos inciden de manera directa en la libertad de las personas. Más todavía cuando los motiva la grave afectación de otros bienes jurídicos de igual o mayor valor.

Más así como es injusto el acto de autoridad sin una ley que lo faculte; también lo es —al menos en un estado de derecho o democrático— el que se basa en pautas jurídicas que al regular las conductas del ser humano desechan su naturaleza y los derechos que le son inherentes; al igual que lo son las máximas que olvidan las garantías y que omiten los actos benéficos necesarios para desarrollar esos derechos, defenderlos y hacerlos

¹ A lo largo de este trabajo emplearé la expresión *Código Penal Federal* y sus siglas CPF para aludir indistintamente al código vigente con ese nombre, como a su predecesor el *Código Penal del Distrito Federal aplicable en toda la república en materia federal*.

respetar. En ese sentido los axiomas en que se funden los actos de gobierno pueden ser legales y, sin embargo, ilegítimos. De aquí que además de la legalidad del acto de gobierno se deba buscar su legitimidad.

No se trata entonces de legalidad o legitimidad, sino de *legalidad y legitimidad*.

Ése paradigma es válido. En tanto la legitimidad del Derecho depende de la intrínseca sujeción de sus mandatos a los postulados de un estado de derecho y, por lo tanto, a los derechos fundamentales del ser humano que ese Estado reconoce, enlazándolos con los actos de gobierno que sean benéficos para la comunidad. El Derecho positivo se puede ajustar en su producción a las fuentes formales democráticas para su expedición y ser un Derecho formalmente válido. Y, sin embargo, ese mismo Derecho positivo puede ser contrario a los derechos o garantías personales o sociales que un estado democrático consagre en su Constitución y ser un Derecho sustancialmente arbitrario. El Derecho ha de ser un orden legítimo formal y sustancialmente. Ésta doble sujeción del Derecho no se impone sólo por la vía del derecho natural, sino, además, por el camino que recorren las Constituciones que acogen en su seno a los ideales de un estado de derecho. Porque entonces la ley positiva ha de ser formalmente válida en cuanto nazca de sus mecanismos formales de producción democrática —que se ajusten a iguales medios democráticos que la misma Constitución prevé para su realización—. Y, además, la ley —y más aún el Derecho que se forme con relación a ella— deben ser sustancialmente valiosos, al coincidir —o al menos pretender a ello— con los derechos fundamentales del ser humano y de la sociedad que se plasman en la misma Constitución. Y, por lo tanto, que se arreglan y orientan a la efectividad y protección de los derechos sustanciales —individuales y sociales— que se recogen en la carta fundamental.

Derechos sustanciales y garantías de rango constitucional que ya no están sujetos a que se les pueda desconocer o violar por virtud de la decisión de la mayoría que se pudiera dar en los cauces democráticos formales de generación de la ley, de su interpretación o en su aplicación. Porque una vez que los derechos sustanciales se constitucionalizan quedan fuera de lo que se puede decidir o no decidir en su contra. Esos cánones fundamentales son —como dice Ferrajoli—:

(...) vínculos sustanciales «negativos» generados por la garantía de libertad que ninguna mayoría puede violar; y vínculos «positivos» generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o decidir la no-satisfacción de un derecho social.²

— II —

El Derecho en un estado democrático

El que haya un orden jurídico legítimo depende en mucho de la concepción que se tenga del Derecho en un Estado. O al menos la que de él se goce en un Estado democrático. Para el que la democracia signifique algo más que la voluntad de la mayoría y la forma de elegir a sus gobernantes. Para el que la democracia simbolice una forma permanente de gobernar que reconozca la esencia del ser humano y el imperativo de organizar eficazmente los actos de gobierno con respeto y a favor de los bienes jurídicos de aquél. Es decir, de su vida y

² Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, p. 24.

de su salud, de su libertad y de su naturaleza como persona, de su dignidad y de su patrimonio, así como de las prestaciones sociales necesarias para su desenvolvimiento en la comunidad. En virtud de lo cual instrumenta las garantías para que se proteja a esos bienes y se les pueda defender. A la vez que implementa los mecanismos que permitan corregir oportunamente las desviaciones que se puedan cometer en perjuicio de ellos.

Ello es así, porque el sistema democrático parte del ser humano como su razón de ser. Pues si la democracia misma se cimienta en el derecho humano de elegir y la facultad de optar surge del derecho que tiene toda persona a ser libre y, por lo tanto, responsable, el estado debe entonces buscar en ese marco lo que sea benéfico para que las personas vivan libres, como seres dignos y responsables en la sociedad. La democracia que así se conciba será —en palabras del artículo 3° C—:

“Un sistema jurídico, político y de vida que se funda en el mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.”

Donde también la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 39 dispone que: *“La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo”*. Y, además, que: *“Todo poder público dimana del pueblo”* y *se instituye para beneficio de éste*.³ Donde el artículo 40 establece igualmente que: *“Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, «democrática», federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida «según los principios de esta ley fundamental»”*.⁴ El Estado que se apoye en esas bases será un Estado que se auto-limita en su poder para orientarlo en favor del grupo humano que gobierna.

De aquí que un Estado democrático deba crear al Derecho de acuerdo con aquellas premisas: Como conjunto normativo que observe los derechos esenciales de las personas y que se organice en su servicio y no para servirse de ellas. Como orden jurídico que contemple acciones que respeten al ser humano y beneficien a la sociedad, en vez de que desconozca sus derechos y menos que atente contra ellos. El Estado democrático es un Estado en el que el Derecho se estructura como un conjunto de normas que surgen de reconocer a los derechos humanos y procura que se desenvuelvan como tales en la sociedad para lograr el bien común; a la par que diseña las prestaciones sociales y de gobierno necesarias para que se disfrute de esos derechos y se logre su desarrollo con paz social. Por ende, un Estado en el que el Derecho se organiza con reglas benéficas que reconocen a esos derechos, al igual que al tutelar como bienes jurídicos las situaciones en las que aquellos derechos se disfrutan, limite la intervención del poder punitivo sólo para cuando se lesione aquellos bienes en forma especialmente grave y de ahí instrumente los preceptos conducentes para que se les respete y se les permita su mejora.

Por otro lado, con base en esos postulados y sin abandono de la técnica, es imperativo que se busque la eficacia de los mandatos jurídicos, al igual que se procure la claridad y sencillez posible de sus contenidos. Ello es también exigencia de seguridad jurídica. Da certeza a las personas, propicia la sana interpretación judicial y su desarrollo, hace confiable la garantía constitucional de la correcta y exacta aplicación de la ley y conduce a

³ Los corchetes, naturalmente, son míos.

⁴ Ídem.

una justicia uniforme. Mas sin olvidar que la eficacia de la ley de por sí no consigue la justicia ni mucho menos un orden social justo, ni éste lo logran tan solo la claridad y sencillez posible de los preceptos de la ley. Porque la protección y el disfrute de los bienes jurídicos de las personas y de la sociedad —así como la misma justicia y el bien común— sólo son posibles si es que a los derechos individuales es a los que se les reconoce y protege en forma clara y eficaz. Expresado de otro modo: El disfrute de los derechos humanos es realmente viable solo cuando en las mismas leyes y en su aplicación se les reconozca y se les respete y, además, cuando ellas dan medios por los que se les haga valer, se les defienda y se eviten o corrijan con oportunidad los abusos que se cometan en su perjuicio. Todo ello es condición indispensable si se aspira orientar la política del Derecho hacia la de un estado democrático. En todo estado bueno que anhele una real justicia y el bien común. Una justicia con respeto a los derechos humanos, beneficio y paz social.

— III —

El sistema penal en un estado de derecho o democrático

De esas concepciones no se escapa el «sistema penal»⁶ de un Estado que establezca a la democracia como una decisión fundamental. En la que a la democracia se le vea como una vía que va más allá de los medios por los que se elige a las autoridades y —de acuerdo con aquellos— se procede formalmente a dar cauce a los actos de un régimen. Sino la cual, además, alcanza al contenido que deben asumir los actos de gobierno en favor del pueblo. Y por ello, reconoce el imperativo de ceñir esos actos a normas que respeten y hagan respetar a los derechos de las personas y sean benéficas para la sociedad. Más aún, cuando de todas las materias del Derecho las pautas del orden penal son las que de manera más directa se ocupan de regular y sancionar del modo más enérgico las conductas del ser humano. Por lo que si el Derecho Penal, el Procesal Penal y el Ejecutivo Penal como limitadores racionales del sistema penal se han de destacar por el acato que muestren sus normas jurídicas a la esencia de las personas al regular y punir sus conductas y porque a la vez aquellos se dirigen a beneficiar y proteger a la sociedad, resulta claro entonces que se deban armonizar esos dos pivotes: personas y sociedad. Pues es falsa la tesis que plantea la disyuntiva de escoger entre la lucha contra la impunidad o el hacer efectivo el disfrute de los derechos y las garantías de las personas. Ya que no se puede disfrutar esos derechos, sin seguridad ni justicia. Como tampoco puede haber seguridad de los ciudadanos y justicia sin garantías ni respeto a los derechos humanos. El renunciar a uno de esos postulados implica dimitir de todos. Y cualquiera de esas alternativas es inadmisibles.

La comprensión contextual de los derechos humanos y las garantías constitucionales en materia penal —sustantiva, procesal y ejecutiva— permite descubrir que en la misma carta fundamental del país existe el legítimo interés de las personas y de la sociedad para que se combata a fondo, de manera permanente y eficaz a la delincuencia y a las causas de impunidad. Y el que ello sólo se puede lograr si se busca la verdad y se procuran la justicia y la paz jurídica y social con respeto a los derechos humanos y a las garantías

⁶ La alocución «sistema penal» la acuñó Zaffaroni en el Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre los sistemas penales y derechos humanos en América Latina; en 1984. En palabras del ilustre argentino, por aquél se entiende al «control social punitivo institucionalizado». Raul E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 7 a 10. Desde entonces esa expresión se generalizó entre juristas y criminólogos críticos. Ver, por ejemplo, a Emiro Sandoval Huertas, *Sistema Penal y criminología crítica*, Ed. Temis, Bogota, Colombia, 1989, pp. 5 y ss.; y —sin aludir expresamente a su concepto, pero implicándolo— a Sergio García Ramírez, *El sistema penal mexicano*, primera edición, Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., México, 1993, pp. 7 y ss.

individuales. Dicho en otras palabras, el reconocimiento constitucional del interés que tiene la sociedad de que se sancione a los responsables de los delitos y se proteja a las víctimas, corre a la par con la aceptación constitucional del derecho que tienen las personas a un orden penal que se organice eficazmente con atención a la esencia del ser humano y sus derechos fundamentales y en beneficio de la sociedad. Por lo tanto, así como se debe dotar al Estado de los medios necesarios para la consecución de sus medidas más severas, ello debe hacerse en un debido equilibrio con las garantías que tiene todo individuo —y por lo tanto todas las personas— a un sistema penal respetuoso de los derechos humanos y al debido proceso penal. Y el cual se integre a la vez en un plan eficaz que funcione en beneficio de la sociedad y de sus componentes. También para que al mismo orden penal tradicional se le contemple como el último recurso. Y el que en tal tesitura, cuando se trate de delitos leves ceda a alternativas distintas a sus vías usuales y a sus sanciones más drásticas si acaso ello es suficiente para hacer justicia sencilla, pronta y bastante para lograr la paz jurídica-social y la integración responsable del inculpaado en la sociedad.

Todo ello apareja el deber que tiene el Estado de brindar a la sociedad soluciones de fines y de medios. Y no sólo de fines ni sólo de medios. Sino de de vías y soluciones que sean coherentes con normas sustancialmente válidas, que se apoyen en los ideales de un estado de derecho a los cuales se acoge nuestra Constitución. Y la necesidad de que se evite confundir a los últimos con los primeros. Pues así como la ley penal se debe reservar para las más importantes lesiones ofensivas a los bienes jurídicos que se den a través de las conductas prohibidas que las ocasionen —y sólo si otras medidas menos severas no son plausibles o son insuficientes—. También se debe recordar que el debido proceso penal no es un fin. Es solo un medio y un recurso extremo. Es un expediente al que el Estado acude —o sólo debería acudir— en los casos que ello fuese indispensable para lograr los fines de la pena. Y, además, porque al iniciar el proceso penal ya quepa esperar con base racional y suficiente de verdad que habrá motivos para establecerla y se condene a la persona inculpada, a efecto de que se le impongan penas humanamente justas que procuren su socialización responsable.

El fin no es pues iniciar procesos penales. Éstos son sólo un medio con el que se busca —con base en la verdad y en el respeto a las garantías debidas— que se cumplan los fines del Derecho Penal. Sendas a las que se debe acudir cuando ya no haya otras vías para observar aquellos fines y sea necesario ceder a la pretensión de una pena de prisión. Sanción cuyo límite máximo sea hasta la medida de la culpabilidad personal; e incluso en menor entidad a aquella medida si con ello basta para conseguir la paz y lograr los fines constitucionales asignados al sistema penal. Por ello, también vale meditar en modificar sustancialmente el tradicional proceso penal, para ajustarlo realmente a los límites y directrices que impone la carta fundamental. Y a los que en gran medida se les trastoca y se les pasa por alto en la legislación procesal penal. Y porque también la pena entendida como mera consecuencia jurídica de un juicio de reproche por la conducta culpable no es en sí el fin del sistema penal. El sistema penal no se agota ni se redime en sí con la pena así pensada. Como asimismo el sistema penal tiene una misión de más amplios vuelos que la de sostener la fuerza del Derecho o afirmar la confianza en la vigencia de la norma. O que la del mero castigo o —en una concepción más noble pero aun muy parva— la de hacer Justicia por la culpabilidad. El fin del sistema penal —en un

amplio sentido— es —o debiera ser— el de promover la convivencia responsable de las personas libres en sociedad. Tal es el sentido plausible de la readaptación penal como fin del sistema penal que prevé el artículo 18 C.

De aquí que por igual importe que se reflexione en otras concepciones, vías y medidas alternas al pensamiento acostumbrado del orden jurídico-penal imperante en México, tanto sustantivo como procesal y ejecutivo. Y las cuales confirmen a la carta fundamental en su espíritu democrático. Las que por un lado permitan consumir aquel fin de manera justa, en forma pronta, expedita y de modo suficiente para lograr la paz social. Y por el otro, sin que aquellas ideas y vías contraríen los derechos y las garantías de las personas. Hay que pensar, pues, tan en contener a la punibilidad irracional en condiciones que miren tan a las conductas humanas prohibidas penalmente en islas pequeñas que delimiten su ámbito de prohibición en los tipos penales, dentro del gran mar de nuestro amplio derecho constitucional de libertad general de acción; como vean por igual la culpabilidad de la persona y la necesidad social y funcional de la pena según la responsabilidad personal en el caso concreto. Pero que, además, volteen hacia un Derecho Penal Alternativo. Hacia un Derecho de Readaptación Social. Sus raíces ya están en nuestro Derecho y se alimentan del apotegma de la socialización responsable cuya savia mana del artículo 18 C. cuando éste le asigna su misión al sistema penal.⁶ El destino del Derecho Penal en un amplio sentido es pues el de reducir las pretensiones intolerables de un poder punitivo irracional para ajustarlo a la idea de que sólo dentro ciertos presupuestos y límites jurídicos es lícito punir y mejor aún instrumentar vías y soluciones alternas a las tradicionales en función de la incorporación social responsable de las personas.

— IV —

Los espejismos de justicia y los fines incumplidos del Derecho Penal

Con todo, es un hecho que durante mucho tiempo perduró en México una legislación antigarantista y que ésta concepción se proyectó por igual al Derecho Penal. La pena se fundó en la peligrosidad y a la conducta humana merecedora de aquella se le concibió de manera artificial.⁷ A esto se le sumó una casi indestructible presunción legal de la intencionalidad que perduró desde 1931 a 1984.⁸ La cual al igual que la imprudencia colmaba a la culpabilidad, pero sin que de la primera se diera un concepto legal y el de la imprudencia fuese meramente casuístico.⁹ Con ello en realidad se canceló al dolo —o a la intención, según se le llamó— como reductor jurídico racional de la punibilidad y también se cercenó a la presunción de inocencia.¹⁰ Y, además, se

⁶ Ver el número IX de esta INTRODUCCIÓN; el número III del Capítulo Segundo; el número IV del Capítulo Tercero; los números IV y V del Capítulo Décimo Sexto; y el Capítulo Décimo Séptimo.

⁷ Ver el número IX de esta INTRODUCCIÓN; y los Capítulos Sexto Y Décimo Quinto.

⁸ La presunción de intencionalidad y las implicaciones que se apuntan, estuvieron vigentes en el artículo 9° del CPF hasta el 10 de enero de 1994, fecha en que se reformó ese artículo, según publicación en el Diario Oficial de la Federación.

⁹ El texto original del artículo 8 del CPF de 1931 establecía: "Los delitos pueden ser:

I. Intencionales, y

II. No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, que cause igual daño que un delito intencional".

¹⁰ El texto original del artículo 9 del CPF de 1931, establecía: "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general la intención de causar daño,

II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito, o si el inculcado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado;

privilegió el “*versare in re illicita*” para sancionar por el resultado, sin que importara en realidad el contenido final de la acción en su perspectiva de realidad ontológica que interesa al Derecho Penal, ni su influjo en el juicio de tipicidad en virtud su inmersión en el tipo —que de por sí debiera desprenderse de presupuestos legales cerrados de conductas prohibidas—. Ni menos aún interesara la función motivadora de las normas penales con relación a la culpabilidad. Pero es que la divisa —casi sin excepciones— fue —y aún sigue siendo en la práctica— “*la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento*”. Y las nociones garantistas que contradicen tal divisa —e incluso que se apoyan en la misma ley— todavía están ausentes en sectores importantes de la práctica legal, forense y judicial mexicanas. Es un hecho también, que casi nunca se plantea —y en la misma medida muy poco se considera en serio la idea— de que en ciertos pero numerosos casos los fines del Derecho Penal se pueden cumplir sin necesidad del proceso penal. Al contrario —como si faltaran alternativas razonables— seguido se inician procesos penales inútiles o no benéficos. Y al mismo tiempo —y lo que por igual es crítico— aun se cede con frecuencia a la seductora tentación de iniciar muchos otros con pruebas insuficientes, aunque con ellas no se pueda esperar, racional y jurídicamente, la condena del presunto responsable.

Aparte de lo injusto de los procesos que así se instrumentan, se genera tan sólo una ilusión de combatir la impunidad, mientras lo que en realidad se asegura es el éxito de la iniquidad. Porque después se desvanecen las quimeras de justicia que se originan por la pretensión de encausar a los inculpados de delitos leves. Ya sea porque el fin se malogra porque prescribe la acción penal con motivo de la inactividad de la autoridad que, entre otras causas, se da por el exceso de trabajo y las formas burocráticas —en sede de la averiguación previa o en sede procesal—. O ya sea porque el pretendido fin se frustra por un retraso tal que torna a la justicia en denegada. Lo mismo sucede con los espejismos de justicia que se dan cuando se intentan procesos con pruebas febles y sin que con ellas se pueda razonablemente esperar la condena del inculpadado. Porque el desvarío del encausamiento fútil para combatir la impunidad desaparece luego con la absolución del acusado. Pero en cualquier caso quedan la inutilidad y la arbitrariedad como únicas vencedoras. No así las víctimas u ofendidos. Ni la sociedad. Ni la justicia. Ni la Constitución. Bien dice Romero Apis: (...) La justicia no necesariamente triunfa cuando se adquiere y protege un derecho, sino que la justicia triunfa o se derrota fundamentalmente por la manera como se adquiere o protege ese derecho. De allí que el conflicto perpetuo en la justificación de los medios y la de los fines sea inexistente cuando se refiere al estado de derecho. El Estado de justicia no puede triunfar parcialmente. Si descuida los fines sin atender los medios o si claudica en los medios por obstinarse en los fines, habrá vencido en fracciones, y cuando la justicia triunfa a medias, quien ha vencido, en realidad, es la injusticia.”

III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;

IV. Que creía que era lícito el fin que se propuso;

V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y

VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93”.

Al respecto, ver, además, el número IX de esta INTRODUCCIÓN.

¹¹ José Elías Romero Apis, *Comentarios del Proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales*, en *Proyectos legislativos y otros temas penales*, *Segundas Jornadas sobre Justicia Penal*, coordinadores Sergio García Ramírez y Leticia A. Vargas Casillas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 143.

Cabe comprender entonces los cambios profundos —si bien insuficientes y algunos contradictorios— que se dieron en las leyes penales y procesales penales de México durante los últimos años del siglo pasado y los primeros años del que se inicia. Las innovaciones legislativas, entre muchos otros factores, pusieron en evidencia el gran rezago histórico en el sistema penal mexicano. Develaron una crisis que a la vez descubre el inexcusable dejo existente desde muchos lustros antes. La falta de capacitación, la improvisación y los vicios de corrupción son algunas de las notas que le caracterizaron. Y que aún persisten en prevalecer. Aunque con más claridad se le identifica con la impunidad y con la inseguridad pública. Y que en no poca monta también obedecen a la actual disfuncionalidad del sistema penal.

— V —

Los factores jurídicos de la crisis del sistema penal

Empero, en la reforma y atención de todo sistema penal se debe evitar confundir la medicina y el tratamiento, necesarios, con la enfermedad que les da motivo. Como también es esencial no olvidar los factores innumerables que originaron el mal que se quiere erradicar. Antes que tarde el sistema penal será autoritario cuando en sus fundamentos, en su legislación o en su interpretación dogmática y judicial, olvide, suprima o reduzca al ser humano o a sus derechos esenciales. O si con igual tendencia aquél pasa por alto a sus garantías. O ignore sus fines y las razones que le sustentan, limitan y encauzan. Pues aun cuando hubiera muchos otros motivos y argumentos aparentes en los que se pudiera basar un sistema así, antes que tarde él se servirá del ser humano en vez de servirlo.

De aquí que se deba empezar por reconocer que los juristas tuvimos y tenemos una dosis importante de responsabilidad en la gestación y mantenimiento de la crisis del sistema penal mexicano. En su justa medida, quizá más pero de seguro no menos que los cuerpos de policía y de seguridad pública. De los que su ineficacia y cuestionable integración y funcionamiento se manifestó luego en todo el país; y respecto a los que la federación, el Distrito Federal y Coahuila, entre otros estados, empezaron a instrumentar los planes y medios para renovarlos y capacitarlos desde la segunda mitad de la década de fin de siglo. Apenas cinco años antes de concluir la centuria y a casi ochenta años de la Constitución de 1917. ¿Muy tarde? : Sí. Pero mejor que nunca. De aquí que igual se deba admitir —como ya se hace— el gran rezago histórico que existe en la procuración y la impartición de justicia penal. Pero a fin de cuentas, atraso que en parte cierta lo facilitó el marco legal y el desarrollo jurisprudencial mexicanos. O el entendimiento que se tuvo de ellos, principalmente, durante más de seis décadas del siglo pasado.

— VI —

Las aporías, las falacias y las disfunciones de la jurisprudencia

Durante los años ochenta del siglo XX —al terminar su estudio sobre el trato jurisprudencial de las garantías en el proceso penal— Zamora Pierce sentenció en su obra Garantías y Proceso Penal que en México la principal

responsable de la violación de los derechos humanos era, o había sido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹²

¿Qué se podía decir? Si la jurisprudencia decidió que la detención ilegal era intrascendente al proceso. Ni ello era suficiente para invalidar las confesiones que en esas condiciones obtuvieran los agentes de la Policía Judicial y los del Ministerio Público. Criterio éste último que todavía subsiste.¹³ ¿Qué se podía decir? Si la Suprema Corte privilegió a las confesiones que se rendían sin defensor, sobre las que se vertían con la asistencia de él. Y, además, cuando sostuvo que prevalecían las que se obtenían en aquellas condiciones sobre casi cualquier retractación posterior del inculcado en el proceso.¹⁴ Postura que incluso se mantiene respecto de las confesiones que durante la averiguación se logran mediante la violencia.¹⁵ ¿Y qué se podía decir? Si la excepción a tal criterio se hizo consistir en que sin lugar a duda se probara que la coacción se había ejercido en forma directa para obtener la confesión.¹⁶ ¿Qué se puede decir? Si aún con la prueba de la

¹² Jesús Zamora Pierce, *Garantías y Proceso Penal*, 3ª Editorial Porrúa S. A., México, 1991, p. XXVII

¹³ Además de muchas otras, son ilustrativas las tesis siguientes: CONFESIÓN. DETENCIÓN ARBITRARIA. No estando probada la existencia de coacción alguna, la sola detención arbitraria no es suficiente para estimar que la confesión rendida ante el Ministerio Público y la autoridad judicial lo fue bajo un estado psicológico anormal producido por violencia, ya sea de orden físico o moral. (Primer Tribunal Colegiado Del Vigésimo Primer Circuito, Amparo directo 234/93: Mario Nava Guevara, 15 de octubre 1993, unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Víctor Hugo Enriquez Pogán. Véase: *Gaceta del S. J. F.*, Núm. 40, Abril de 1991, p. 130.) DETENCIÓN ILEGAL. NO NULIFICA LA CONFESIÓN DEL INculpADO. Aun admitiendo que el inculcado fue privado ilegalmente de su libertad, las violaciones que ello implica a disposiciones constitucionales no son reclamables en amparo directo, ni pueden serles atribuidas a las autoridades responsables de la sentencia o su ejecución, y tampoco tienen el alcance de anular la confesión del sentenciado ante la policía judicial, si no existen datos que lleven a la certeza de que su declaración haya sido moral o físicamente coaccionada. (Tercer Tribunal Colegiado Del Segundo Circuito, Amparo directo 797/92: José Juan Ramírez Juárez, 18 de noviembre de 1992, unanimidad de votos. Ponente: José Ángel Mandujano Gordillo. Secretario: Héctor Fernando Vargas Bustamante, *Gaceta del S. J. F.*, Parte XI-Marzo, p. 265.) DETENCIÓN SIN ORDENES DE APREHENSIÓN Y DE CATEO. NO NULIFICA LA CONFESIÓN DEL INculpADO. Aun admitiendo que el inculcado fue detenido sin orden de aprehensión emanada de autoridad competente, y que los agentes aprehensores se introdujeron a su domicilio sin orden de cateo, las violaciones que esa forma de actuar implican a disposiciones constitucionales no son reclamables en amparo directo, ni pueden serles atribuidas a las autoridades responsables de la sentencia o su ejecución, y tampoco tienen el alcance de anular la confesión de dicho inculcado ante la Policía Judicial Federal, si no existen datos que lleven la certeza de que su declaración haya sido moral o físicamente coaccionada. Este Tribunal no desconoce que lamentablemente con demasiada frecuencia las autoridades investigadoras utilizan en las aprehensiones métodos reprobados por nuestra Carta Magna; pero en atención a la técnica del amparo directo, las más de las veces no compete a este Tribunal analizar ese tipo de actos, debiendo concretarse a declarar que quedan a salvo los derechos del quejoso en turno para ejercitar las acciones judiciales relativas ante las autoridades correspondientes. (Segundo Tribunal Colegiado Del Quinto Circuito, *Gaceta del S. J. F.*, Parte 61, enero de 1993, Tesis V.2o. J/46, p. 87.)

¹⁴ Como se puede ver en las tesis siguientes: CONFESIÓN. PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO. De acuerdo con el principio procesal de inmediación procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de alocución o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores. (Primer Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, *S. J. F.*, Parte III, Segunda Parte-2, Tesis VI. 1o. J/12, p. 904. NOTA: Jurisprudencia publicada también en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* número 16-18, p. 159.) Nota. Igualmente aparecen en el Apéndice de 1995, Tomo II, Parte SCJN, Tesis 106, p. 60 y del Segundo Tribunal Colegiado Del Segundo Circuito, Octava Época, Apéndice de 1995, Tomo II, Parte TCC, Tesis 486, p. 290. Asimismo la Tesis II.2o.J/5, *Gaceta* número 64, p. 33; véase ejecutoria en el *S. J. F.*, tomo XI-Abril, p. 86. Esta tesis en su voz y texto coincide con la jurisprudencia número 70 de la Sala Penal de la Suprema Corte, formada durante la Sexta Época y que aparece a fojas 157, Segunda Parte, del Apéndice al *S. J. F. de 1917-1985*. CONFESIÓN MINISTERIAL EMITIDA SIN LA ASISTENCIA DE DEFENSOR ANTES DE LA VIGENCIA DE LAS REFORMAS AL ARTÍCULO 20, FRACCIONES II Y IX, CONSTITUCIONAL NO ES VIOLATORIA DE GARANTÍAS NI CARECE DE EFICACIA PROBATORIA. Si bien en las reformas al artículo 20 fracciones II y IX de la Constitución General de la República, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, vigentes a partir del cuatro de septiembre siguiente, se establecieron entre otros derechos para el inculcado, el de asistir por un defensor desde la averiguación previa, requiriéndole desde ese momento para que nombre uno y en caso de no querer o no poder hacerlo, la autoridad del conocimiento debe asignarle un defensor de oficio, determinándose que la confesión rendida ante el Ministerio Público o ante el juez sin la asistencia de un defensor carecerá de todo valor probatorio; empero, si la detención del enjuiciado y las diligencias de averiguación previa ministerial se realizaron antes de que esas reformas entraran en vigor, esto es, cuando sólo el artículo 20, fracción IX, constitucional contemplaba como obligatorio el nombramiento de defensor para el inculcado ante el juez de la causa, y como facultad exclusiva del enjuiciado la de asistir de defensor a partir de su detención; el hecho de que el Ministerio Público no le haya asignado un defensor de oficio durante la averiguación previa, ante su propia negativa o reserva en cuanto al derecho de nombrarse uno, no puede considerarse violatorio de lo establecido por las reformas al artículo 20, fracciones II y IX de la Carta Magna, ni tampoco, por tanto, privarse de toda eficacia probatoria a la confesión ministerial emitida por el inculcado; máxime que en tratándose de lo relativo a la defensa del detenido, tales disposiciones prevén derechos de carácter procesal que por su naturaleza no puede retrotraerse o aplicarse a situaciones procesales ya acontecidas, siendo además ilustrativo sobre el particular, el principio jurídico de que en materia procesal, no existe retroactividad de la ley. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, *Gaceta del S. J. F.*, Parte 62, octubre de 1994, Tesis VI.2o. J/331, p. 51.)

¹⁵ La tesis siguiente habla por sí misma: CONFESIÓN COACCIONADA, ROBUSTECIDA CON OTROS DATOS. De acuerdo con el principio de inmediatez procesal, la confesión del inculcado en sus primeras declaraciones merece plena eficacia probatoria; de modo tal que, la existencia de la coacción argumentada por el quejoso no es bastante para invalidar el reconocimiento que de su culpabilidad hizo, ya que al encontrarse corroborada con otros datos que la hacen creíble y la robustecen, no por el proceder ilegal de los captores, se debe dejar en libertad a quien aceptó plenamente su participación delictiva. (Tercer Tribunal Colegiado Del Segundo Circuito, Amparo directo 251/91: Daniel González Rocha, 18 de octubre de 1991, unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores. *S. J. F.*, Parte: X-Septiembre, p. 248. Véase: Precedentes que no han integrado jurisprudencia, 1989-1985, Primera Sala, p. 205.)

¹⁶ Además de muchas otras, son ilustrativas las tesis siguientes: CONFESIÓN COACCIONADA, LA EXISTENCIA DE LESIONES DEL INculcado ESTABLECE LA CERTEZA DE. Cuando en la causa penal consta el dictamen médico que acredita la existencia de lesiones del inculcado, esta circunstancia es insuficiente por sí misma para demostrar que su confesión rendida ante el Ministerio Público fue obtenida a través de la coacción, máxime si dicha confesión se encuentra corroborada por otros medios probatorios existentes en el proceso. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, Amparo directo 376/96: Félix González Campos y otros, 9 de octubre de 1996, unanimidad de votos. Ponente: Antonio Meza Alarcón. Secretario: Héctor Enrique Hernández

coacción, las opiniones de los tribunales federales abundan ahora que la confesión obtenida mediante la violencia es válida para condenar si la apoyan otros elementos de prueba. Y sin siquiera excluir los frecuentes casos de que esos otros datos sean de por sí insuficientes para acreditar la intervención del inculpado que por medio de la violencia "confiesa" su —supuesta— ingerencia.¹⁷

Ni que decir que esos argumentos generan falta de confianza en procesos justos e imparciales. Porque en su lugar parece instaurarse un juego sucio que nadie quisiera jugar pero que todos juegan. Pues es claro que con aquellas razones se propicia el abuso y la impunidad. Y es igual de nítido que aquellas consideraciones violan los principios más elementales de la sana crítica en la valoración de la prueba. En efecto, es cierto que el fin inmediato del proceso penal es obtener la verdad de los hechos para de éstos derivar sus consecuencias jurídicas. ¿Pero acaso se puede obtener la verdad con base en una confesión viciada por la violencia? Pues si se halla que la confesión se vertió bajo coacción ninguna confianza de verdad puede tener el hecho que se contenga en aquella para auxiliar a establecerla. Y ello es válido incluso cuando se sostiene que la confesión viciada se convalidaría en virtud de los medios de prueba con los que ella se relaciona. Porque o bien los medios de prueba a los que se adminicula la confesión coaccionada son suficientes entre ellos —y sin tal confesión— para demostrar la responsabilidad penal, en cuyo caso ninguna razón existe para invocar aquella. O bien, con base en una confesión forzada es insostenible la razonable convicción del hecho que como verdad se pretende establecer. Ya que en este último evento es incuestionable que dicha "verdad" descansa en un medio de prueba cuyo contenido de credibilidad está afectado. Y el que, por tanto, carece de confiabilidad para demostrar la verdad, más aún si los demás medios de prueba resultan ser accesorios a aquél.

En efecto, si el fruto de la coacción fue la confesión, es también razonable pensar en su prefabricación en el acta donde se le hizo aparecer. ¿O qué acaso en esos eventos está fuera de consideración la coerción para que se confiese de tal o cual forma la participación? ¿O no merece miramiento el que esa coacción se pudo ejercer para lograr la firma del acta donde se hace constar la viciada confesión ya prefabricada? : Precisamente para que así la confesión concuerde o concorra con otros medios de prueba que le den a aquella

Torres.) CONFESIÓN DEL COACUSADO. AUN CUANDO EN AUTOS EXISTA CERTIFICADO Y FE DE LESIONES SI NO SE DEMOSTRÓ QUE ESAS ALTERACIONES LAS HUBIESE PRODUCIDO LA POLICÍA, TIENE VALOR PROBATORIO LA. Es inexacto que carezca de validez jurídica la confesión del coacusado, aun cuando de las constancias de autos se advierte la fe de lesiones y el dictamen correspondiente si no se demostró que esas alteraciones las hubiesen producido los agentes de la policía. Tribunal Colegiado Del Vigésimo Circuito, *Gaceta del S. J. F.*, Parte 78, junio de 1994, Tesis XX. J/81, p. 81.

¹⁷ Como se puede observar en las tesis siguientes: CONFESIÓN COACCIONADA CORROBORADA POR OTROS DATOS. Cuando una confesión es obtenida mediante la violencia física y ésta se encuentra aislada sin ningún otro dato que lo robustezca o corrobore, desde luego que la autoridad de instancia debe negarle todo valor; pero si una confesión es obtenida mediante golpes, y ésta se encuentra corroborada con otros datos que la hacen verosímil, no por la actitud de los elementos de la policía se deberá poner en libertad a un responsable que confesó plenamente su intervención en determinado delito, quedando a salvo desde luego el derecho del sujeto para denunciar ante la autoridad competente la actitud inconstitucional de los agentes de la autoridad que lo hayan golpeado. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, *Gaceta del S. J. F.*, Parte 85, enero de 1995, Tesis VI.2o. J/348, p. 85.) CONFESIÓN COACCIONADA, DEBE DARSELE VALIDEZ CUANDO SE ENCUENTRA CORROBORADA CON OTROS DATOS. Es cierto que en el dictamen médico de Comisaría se hizo constar que los quejosos presentaron lesiones al ser reconocidos físicamente; sin embargo, tal circunstancia carece de relevancia en el caso porque dichos agraviados confesaron ante los agentes policíacos que los detuvieron, haber formado una banda para cometer los diversos ilícitos de robo de vehículo que se les imputa, y tal declaración la ratificaron ante el Ministerio Público, donde tuvieron la oportunidad de denunciar la violencia física de que fueron objeto. Además, tales confesiones se encuentran apoyadas con la fe ministerial en la que se hizo constar que se tuvo a la vista los vehículos hallados en poder de los quejosos y con las declaraciones de los agentes de la policía estatal que intervinieron en su detención. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, Amparo en revisión 617/87: Constantino Calvo Ruiz y coagraviados, 26 de enero de 1988, unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: E. Gustavo Núñez Rivera. S. J. F., Parte: XIV-Julio, p. 512.) CONFESIÓN OBTENIDA POR COACCIÓN FÍSICA, VALOR PROBATORIO DE LA. Aun cuando quede demostrado que las confesiones vertidas ante los elementos del ejército mexicano fueron obtenidas mediante coacción física, tales confesiones no carecen de eficacia probatoria si se encuentran corroboradas por otros datos que las hacen verosímiles. (Tribunal Colegiado Del Décimo Tercer Circuito, S. J. F., Parte III, Segunda Parte-1, p. 217. Véase: Jurisprudencia número 71, Primera Sala, p. 163, Apéndice al S. J. F. de 1917-1985.) CONFESIÓN COACCIONADA CORROBORADA POR OTROS DATOS, VALOR DE LA. Si una confesión es obtenida mediante el empleo de la violencia física, pero la misma se encuentra corroborada con otros datos que la hagan verosímil, no por ello deberá ponerse en libertad a quien confesó su intervención en determinado delito, pues en tales casos queda a salvo desde luego el derecho del sujeto para denunciar ante la autoridad competente la conducta inconstitucional de los agentes de la autoridad que lo hayan golpeado. (Amparo directo 7883/80, Lorenzo Ortega Navarrete, 11 de septiembre de 1981, unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. S. J. F., Parte: 151-156, Segunda Parte, p. 33.)

consistencia o verosimilitud. Ya que si la autoridad se atrevió a violentar la ley y al acusado, se ve igual razón para que aquella también haya sido capaz de "adaptar" la versión confesoria a los demás indicios que sólo así se vuelven incriminatorios. ¿Dónde está pues, en esos eventos, el grado de confianza que todo medio de prueba requiere para que éste pueda ser útil a revelar la verdad? Y, además: ¿dónde queda la garantía de la fracción II del artículo 20-A C. que prohíbe toda coacción y todo medio que tienda a ella?. En nada. Y ¿qué se podía decir? : Si lo mismo sucedía con los cateos ilegales. ¿Qué acaso era y es confiable el resultado de un cateo que se practicó sin respetar la ley ni la C.? Y ello sin contar —en la práctica— a las incontables opacidades o la vaga amplitud inadmisibles en muchas órdenes de cateo acerca de los objetos que se buscan como medio de prueba —y que de hecho involucran "todo" lo que "pudiere" serlo, permitiendo así el aseguramiento y la sustracción indiscriminada de bienes— que están dentro del domicilio, todo ello en contravención de lo que prevé el artículo 16 C. En suma: ¿Qué acaso el fin pretendido justifica cualquier medio? ¿Y qué acaso no importa cómo se pueda obtener alguna supuesta prueba aunque para ello se empleen medios formalmente legales pero sustancialmente ilícitos?

¿Mas qué se puede decir? Cuando situaciones análogas se repiten ahora con relación a otros medios de prueba que luego se aportan al proceso. Díganlo si no los casos de testigos pagados o «protegidos» y la perversión de normas legales que debieran ser sólo de excepción y que sin embargo se emplean para abrir averiguaciones bajo el amparo de la Ley Contra la Delincuencia Organizada sin que los hechos tengan clara relación con los supuestos típicos, las condiciones, las razones, los fines y los límites de esa ley. Y por supuesto cuando luego resulta que los probables delitos no eran de los que prevé aquella ley. Y cuando ahora surge en la misma ley el señuelo engañoso de la impunidad a cambio de incriminaciones contra otros en los casos de delincuencia organizada, pero donde aquellas se aprovechan para inculpar de delitos que precisamente no son de delincuencia organizada.¹⁸ ¿Es eso cumplir lícitamente con el fin de obtener la verdad? ¿Se podrá tener confianza en un testimonio que se da por el interés de obtener dinero o de beneficiarse con una reducción de pena o de exclusión de la misma? ¿Y será válido cualquier medio —aunque sea ilícito— para obtener aquel fin? ¿Acaso se puede tener confianza en medios de prueba, cuando ellos se basan en la intromisión ilícita y subrepticia en ámbitos intangibles reservados, en los que el ciudadano espera sean de privacidad e intimidad y sin que los hechos que se investigan sean realmente de delincuencia organizada? ¿Y qué razón válida hay para que no se excluya de esa intervención a las comunicaciones del inculpado con su defensor, como ahora parecería considerarse? La exigencia legal de la obtención lícita de medios de prueba no pasa así de ser en muchos códigos procesales una mera norma declarativa sin efectos jurídicos. Un dogma ayuno de consecuencias expresas en la misma ley para invalidar aquella clase de medios de prueba y cuya ausencia motiva abusos de poder.

¿Y qué se podía decir? Si se entendió y todavía se entiende que se requieren condiciones mínimas de prueba para iniciar un proceso penal y librar una orden de aprehensión. Y antes, además, sin importar que la girara

¹⁸ Me refiero al sistema que ahora establece el artículo 35 de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, pero que ya se emplea para delitos y contra personas que no son de delincuencia organizada según lo prevé la misma ley. Como aconteció en el caso público y notorio del Pemexgate.

una autoridad judicial incompetente.¹⁹ Y es que de esto último —se aducía— no lo establece el artículo 16 C. que regula a la orden de aprehensión. Aunque el párrafo primero del mismo artículo 16 de la C. ¡sí exige la competencia de toda autoridad que ordene un acto de molestia! Y de lo primero se deducía —y aún se afirma— que las condiciones de prueba para iniciar procesos penales se incrementarían luego para dictar formal prisión, hasta completar las necesarias para que se dictara una sentencia de condena. Algo así como una sinfonía de tres movimientos: el preludeo, el andante y el fortísimo final. ¿Pero cómo podría darse ese incremento probatorio entre la orden de aprehensión y el auto de formal prisión? Ya que a éste —como lo dispone de manera expresa el párrafo primero del artículo 19 de la C. —: ¡Sólo se le puede sustentar en los datos que se obtuvieron durante la averiguación previa y no después! Lo cual ahora se empeora en la práctica ministerial dejando abierta la averiguación previa... aún cuando el carácter de autoridad del Ministerio Público con relación a los hechos averiguados debiere cesar con la consignación al juez, para asumir el de parte procesal. Y peor aún, cuando ante diversos jueces —y en contravención del artículo 23 C.— contra una misma persona se consigna de manera separada la misma averiguación (pero en original, duplicado, triplicado, etc.), por los mismos hechos que tipificarían varios delitos —o incluso aunque se trate de un mero concurso aparente de normas— todo ello para dificultar la defensa y, además, favorecer la negación de la libertad caucional —y no porque después se hayan obtenido datos nuevos que ameriten la multiplicidad de consignaciones.²⁰ Tales entendimientos facilitaron así —y todavía amparan— no sólo el abuso de poder, sino la deformación de las causas procesales y la generación de graves entelequias de justicia. Pues casi cualquier nota puede marcar la obertura del proceso —o de varios procesos— y, por lo tanto, el libramiento de la orden de aprehensión —o de varias ordenes de aprehensión—. Y lo que es más grave, los autos de formal prisión aún se dictan con frecuencia aunque la partitura éste tan incompleta que difícilmente se puede esperar concluir con éxito la

¹⁹ Al respecto es ilustrativa la tesis siguiente: ORDEN DE APREHENSIÓN, LEGALIDAD DE LA, AUNQUE EL JUEZ QUE LA DECRETE SEA INCOMPETENTE. El artículo 16 Constitucional no menciona que para dictar una orden de aprehensión, la autoridad que la decreta, sea competente, sino únicamente requiere que dicha autoridad sea judicial, ello sin perjuicio de que, durante el curso de la averiguación o del proceso, se promueva lo que se estime pertinente respecto de la incompetencia que se alega. (Tribunal Colegiado Del Décimo Tercer Circuito, S. J. F., Parte 181-186, Sexta Parte, p. 134.) Empero, cabe señalar que tal criterio se superó con acierto por el siguiente: ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBE PROVENIR DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE. El artículo 16, segundo párrafo constitucional, establece respecto de la orden de aprehensión, entre otros requisitos, que debe ser emitida por autoridad judicial; a su vez, el primer párrafo del citado precepto constitucional, garantiza la protección de la persona, al exigir que todo acto que implique una afectación a ésta, debe provenir de autoridad competente, es decir, aquella que esté facultada legalmente para emitir el acto de que se trate. Por ello, si la orden de aprehensión es un acto que afecta a la persona, pues tiene por efecto restringir de manera provisional su libertad personal o ambulatoria, con el objeto de sujetarla a un proceso penal, el juzgador que la emita, también debe ser legalmente competente para conocer del proceso penal que en su caso llegare a instruirse por el o los delitos por los que la libra, atendiéndose desde luego, a los criterios para fijar la competencia esto es, por territorio, materia, cuantía o conexidad. Novena Época, Primera Sala, S. J. F., y su Gaceta, Tomo IX, Mayo de 1999, Tesis: 1a. J. 26/99, p. 267. Contradicción de tesis 6/98. Entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, 7 de abril de 1999, cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guillermina Coutiño Mata. Tesis de jurisprudencia 26/99. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de catorce de abril de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Peñayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

²⁰ En este punto, la nueva legislación del Distrito Federal y la de Coahuila presenta ahora plausibles medios de control de esos abusos. Así el artículo 122 del nuevo CPDF señala: *(Non Bis In Idem.) Nadie Puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condena. Cuando existan en contra de la misma persona y conducta: I. Cuando existan dos procedimientos distintos, se archivará o sobreseerá de oficio el que se haya iniciado en segundo término. II. Una sentencia y un procedimiento distinto, archivará o sobreseerá de oficio el proceso distinto; o, III. Dos sentencias, dictadas en procesos distintos, se hará la declaratoria de nulidad de la sentencia que se pronunció en segundo término y se extinguirán sus efectos.* Por su parte, el artículo 7° del nuevo CPPC prevé que: *"ES INADMISIBLE EL DESISTIMIENTO DE LA INSTANCIA. Una vez que el Ministerio Público ejercita la acción penal, se convierte en parte procesal. Por tanto, con relación a los hechos que motivan la acción, no podrá renunciar a los actos procesales que realice, para dejarlos sin efecto y formular de nuevo acusación. Mientras que en párrafo tercero del mismo artículo se prevé que: Las diligencias que practique el Ministerio Público con abandono de la instancia, carecerán de validez. Y a su vez el artículo 62.fracción VII del nuevo CPC dispone: REGLAS PARA APLICAR SANCIONES POR CONCURSO DE DELITOS. Para aplicar las sanciones por concurso de delitos, el juzgador atenderá a las reglas siguientes: VII. PREVISIONES PARA CUANDO SE OMITA ACUMULAR PROCESOS. En el caso de que se instruyan dos o más procesos por delitos distintos sin que se acumulen, en cualquier tiempo el sentenciado podrá promover incidente de aclaración especial de sentencia ante el último juzgador que resolvió. Para que, en aclaración de la última sentencia que se dictó y con vista en los procesos, se readequen las sanciones que se le impusieron. Las que se deberán aplicar conforme a lo que dispone esta sección. Si alguno de los procesos se encuentra sin concluir, en la sentencia se tomarán en cuenta las penas que se impusieron en el proceso o procesos anteriores; de acuerdo con lo que prevé el párrafo que antecede. Lo que se dispone en esta fracción también se observará, tratándose de conductas típicas que debieron integrar concurso por delito continuado; cuando sean o fueron motivo de procesos sin acumular."*

acción.²¹ Y es que con las órdenes de aprehensión y los autos de formal prisión sucede lo mismo que con un vaso de agua... ¡no se le niegan a nadie!

¿Y qué se podía decir? Sí por una parte la Corte identificó en forma relucante al cuerpo del delito con los elementos del tipo penal. Pero a la vez sostuvo jurisprudencia de que aquél se nutría tan sólo de los elementos materiales de la infracción. Aun cuando eso signifique el contrasentido de sostener que el cuerpo es igual a sólo una parte de las unidades que lo componen.²² ¿Qué se podía decir? Si para fundar la probable responsabilidad era —y es— legalmente bastante con la presunción de que el inculpado intervino en el hecho típico, como si no importara que esa inferencia no deba sustentarse en un dato o en datos inconducentes o discordantes, o en signos vagos o imprecisos.²³ ¿Qué se podía decir? Sí en la declaración preparatoria —o al menos en la mayoría de los casos del orden común y en muchos del orden federal— a la persona inculpada no se le hacía saber con precisión en qué consistía el hecho delictivo —o cada hecho delictivo— que se le imputaba, menos se le habría de decir cuáles eran las circunstancias fácticas de cada uno de sus elementos típicos. Práctica que por lo demás todavía continúa en gran parte de la república. Ni que pensar que en tal diligencia haya que aclararle al inculpado como parte del motivo de la acusación en qué consiste la forma de intervención típica que se le atribuye en el hecho que previamente ya se le habría de especificar

²¹ Además de muchas otras, son ilustrativas las tesis siguientes: ORDEN DE APREHENSIÓN. NO REQUIERE QUE ESTE PROBADO EL CUERPO DEL DELITO. Cuando el acto reclamado en el juicio de garantías, lo constituye una orden de aprehensión, ni el juez de la causa, ni el de Distrito, tienen obligación alguna de estudiar lo referente a la comprobación del cuerpo del delito, ya que este requisito no se encuentra contemplado entre los exigidos por el artículo 16 de nuestra Carta Magna para dictar una orden de aprehensión, y en atención a esto, si no se realiza un análisis de esta cuestión, con ello no se perjudica al quejoso y menos aún se viola garantía alguna en su contra. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, *Apéndice de 1995*, Tomo II, Parte HO, Tesis 942, p.: 596. Octava Época. NOTA: Tesis VL2o./147, Gaceta número 45, p. 48; S. J. F., tomo VIII-Septiembre, p. 75.) ORDEN DE APREHENSIÓN, NO SE REQUIERE DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DEL CUERPO DEL DELITO PARA EMITIR LA. Es inexacto que para librar un mandamiento de captura sea necesaria la comprobación del cuerpo del delito, pues tal exigencia no se contiene en el artículo 16 de la Constitución General de la República, que es el precepto que consigna los requisitos que deben cumplirse para emitir un acto de tal naturaleza. (Segundo Tribunal Colegiado Del Segundo Circuito, Octava Época, *Apéndice de 1995*, Tomo II, Parte HO, Tesis: 943, p. 596. NOTA: Tesis II.2o./10, Gaceta número 70, p. 52; véase ejecutoria en el S. J. F., tomo XII- Octubre, p. 238.) ORDEN DE APREHENSIÓN. NO COMPRENDE EL EXAMEN DE LA CLASIFICACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO, SINO ÚNICAMENTE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL. Si tanto el juez de amparo, como la autoridad recurrente, coinciden en que la conducta imputada al quejoso constituye un hecho delictivo sancionable con pena corporal, ello basta para hacer evidente que se actualizan dos de los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional; si a esto se suma que la orden de aprehensión combatida fue girada por una autoridad judicial competente, precedida de una denuncia que se encuentra apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe y por otros datos que hacen probable la responsabilidad del inculpado, es claro que los restantes requisitos del precitado numeral también se encuentran plenamente satisfechos. Por tanto, si el juez natural decretó la orden de aprehensión en contra del quejoso por el delito de robo, y al parecer el hecho antijurídico que lo motivó no constituye propiamente ese delito, sino uno diverso, como podría ser el de abuso de confianza, tal circunstancia resulta intrascendente, porque sobre cualquier consideración debe prevalecer el que se actualicen las exigencias consignadas por el aludido precepto. (Primer Tribunal Colegiado Del Décimo Circuito, *Apéndice de 1995*, Tomo II, Parte HO 941, p., 595, Octava Época. NOTA: Tesis X.1o./13, Gaceta número 71, p. 80; véase ejecutoria en el S. J. F., tomo XII-noviembre, p. 239.)

²² Cabe apuntar que desde antes de 1983, la doctrina de nuestro máximo tribunal empezó a aceptar a los elementos "subjetivos" como integrantes del "corpus delicti" en orden a algunos ilícitos penales. Verbigracia, difamación, injurias, etc. (S. J. F., Sexta Época, Segunda Parte, Tomo XVII, p. 685.) Así mismo, desde antes de 1983 hay ejecutorias donde francamente se identifica al cuerpo del delito con la concreción del tipo penal, según se advierte de las tesis siguientes: "CUERPO DEL DELITO. Siendo la comprobación del cuerpo del delito la base del proceso penal, no estando acreditados en forma alguna los elementos constitutivos del tipo delictivo, no puede declararse la responsabilidad penal". (S. C. J. N., *Boletín, Primera Sala, 1960*, p. 629.) "CUERPO DEL DELITO. La comprobación del cuerpo del delito es la base del proceso, por lo tanto, no estando acreditados la totalidad de los elementos constitutivos del tipo delictivo, pero ni siquiera la modalidad del mismo, no puede declararse la responsabilidad jurídica penal". (S. C. J. N., *Boletín, Primera Sala, 1959*, p. 141.) "CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. Comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos tal como lo define la ley, al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente". (*Apéndice al S. J. F. de 1985*, Segunda Parte, Primera Sala, p. 184.) Finalmente, el 16 de diciembre de 1983; es decir, 10 años antes de la reforma constitucional de 1993 a los artículos 16 y 19 C., se reformaron los artículos 168 del *Código Federal de Procedimientos Penales* y 122 del *Código de Procedimientos Penales del D. F.* En esa reforma a la legislación secundaria ya es indudable que el legislador identificó al cuerpo del delito con la concreción histórica de todos los elementos del tipo penal. Pues los citados artículos 168 y 122 literalmente expresaban que: "Se tendrá por acreditado el cuerpo del delito cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictivos, según lo determina la ley penal". No obstante todo lo expuesto, no dejó de causar extrañeza que en el *Apéndice al S. J. F. de 1917-1988* (Segunda Parte, Salas y Tesis Comunes, Volumen I); apareciera aún publicada con el número 569 la Tesis Jurisprudencial del tenor literal siguiente: "Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal". Esta tesis jurisprudencial reproduce las del mismo tenor literal publicadas en los Apéndices de 1985 (Tesis N° 81) y de 1975 (Tesis N° 93.) Igual que las que con el mismo enfoque fueron antes publicadas con el N° 312 del *Apéndice* al Tomo XCVII y el N° 320 del *Apéndice* al Tomo XVII.

²³ Me refiero a la Tesis de Jurisp. 55 de la Primera Sala de la SCJN, *Apéndice al S. J. F.* de 1985, Novena Parte, Séptima Época, p. 87. La misma tesis se sigue sosteniendo todavía en el *Apéndice de 1995*, Tomo II, Parte TCC, Tesis 425, p. 245. AUTO DE FORMAL PRISIÓN. Para motivarlo, la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito. Ver al respecto el número V del Capítulo Octavo.

históricamente.²⁴ ¿Cómo es posible que sin ello pueda cumplirse a cabalidad con la garantía de declaración preparatoria que como salvaguardia fundamental de audiencia al inculpado prevé la fracción II del artículo 20-A C.? ¿Pero qué se puede decir? Si contra la garantía de litis cerrada del auto de formal prisión, todavía se afirma que es intrascendente que casi al final del proceso el Ministerio Público acuse al inculpado por un delito distinto al que motivó la causa. Pues se aducía —y todavía se alega— que en esos casos el inculpado tiene la oportunidad de conocer y contestar la acusación en sus conclusiones. Y ello sin concederle en forma expresa la oportunidad de luego aportar prueba en descargo del nuevo delito. Por el contrario, aquellos criterios consideran de manera implícita agotada la garantía de audiencia con la mera vista al acusado de la nueva acusación en fase de conclusiones. Y más aún: ¿Cómo puede ser eso de acusar por un delito distinto después del auto de formal prisión, sin respetar lo que dispone el artículo 19 C.? : ¡De que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito que se señale en el auto de formal prisión!²⁵ ¿Era y es eso respetar la garantía de litis cerrada? ¿Y era y es eso respetar la garantía de audiencia?

¿Mas qué se podía decir? Si en concepto de la Suprema Corte era innecesario que se fijara el carácter doloso o culposo del delito en el auto de formal prisión;²⁶ ni tampoco había que resolver en aquél acerca de las modalidades atenuantes o agravantes.²⁷ Nada de eso era parte del cuerpo del delito, ni de la responsabilidad penal del inculpado. Aunque con las mismas categorías había que dictar luego la sentencia de condena. ¿Qué

²⁴ Ver el núm. IX de esta INTRODUCCIÓN, en cuanto a la correlación que se hace entre los artículos 16, 19 y 20 fracción III C. Igualmente, ver infra, el número V del Capítulo Octavo.

²⁵ Al respecto son ilustrativas las tesis siguientes: CLASIFICACIÓN DEL DELITO. PUEDE VARIARSE EN LA SENTENCIA SI LO SOLICITA EL MINISTERIO PÚBLICO EN LAS CONCLUSIONES, TRATÁNDOSE DE LOS MISMOS HECHOS. Las conclusiones del Ministerio Público constituyen el límite de la actividad jurisdiccional del juzgador, dado que es a aquel funcionario a quien, por mandato constitucional, corresponde el ejercicio de la acción penal, el cual se perfecciona en el momento en que formula conclusiones; por tanto, debe estimarse legal la variación de la clasificación de los delitos, cuando se trate de los mismos hechos, pero además haya acusado en ese sentido el Ministerio Público, pues de lo contrario implicaría rebasar los límites de la acusación. (Primer Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, S. J. F., Parte XV-II, febrero, Tesis VI.10.231, p. 259 y S. J. F., Parte XV-II, febrero, Tesis VI.10.231, p. 259. Véase *Apéndice al S. J. F. de 1917-1988*, Segunda Parte, Primera Sala, primera tesis relacionada con la Jurisprudencia 43, p. 113.)

²⁶ Como se observa en las tesis siguientes: AUTO DE FORMAL PRISIÓN. ELEMENTOS. En el auto de formal procesamiento, únicamente se debe fijar el tema del proceso a encuadrar por el órgano jurisdiccional, los hechos delictivos en alguna de las figuras del catálogo de tipos que se señala el código y estimar si existen bases para reprochar la comisión del delito al imputado. De ningún modo está obligado el órgano jurisdiccional, en el auto de formal prisión, a precisar el "grado" de responsabilidad del imputado, ya que esto es lo que constituye el objeto del proceso penal, en el que se debe establecer un concreto si existió el hecho delictivo y determinar la responsabilidad del acusado conforme a las conclusiones del Ministerio Público, en que se fije y perfeccione el ejercicio de la acción penal; y, por tanto, en nada se agravia al reo por la determinación del resolutor de primera instancia al decretar la formal prisión simplemente por el delito de homicidio." (Amparo directo 8310/87, José Ruiz Martínez, agosto 7 de 1988, unanimidad 5 votos. Ponente: Mtro. Ernesto Aguilar Álvarez. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Informe 1988, p. 25.) "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBE CALIFICARSE EL DELITO QUE SE IMPUTA AL ACUSADO EN EL. Si el juez natural en el auto de formal prisión clasifica el delito que se le imputa al inculpado, es evidente que con ello está rebasando las exigencias a que se contrae el artículo 19 Constitucional, en virtud de que en dicho auto solamente debe puntualizarse el delito por el cual se le seguirá el proceso y determinar si existen pruebas que hagan probable su presunta responsabilidad en su comisión, pero de ningún modo se debe precisar su "grado" de responsabilidad, ya que esto es lo que constituye el objeto del proceso, en el que se debe analizar la pretensión punitiva y establecer en concreto si existió el hecho delictivo y determinar la responsabilidad del acusado conforme a las conclusiones del Ministerio Público, en el que se fije y perfeccione el ejercicio de la acción penal". (Amparo en revisión 502/80, Carlos Alejandro Flores Alvarado, 3 de septiembre de 1980, unanimidad de votos. Ponente: Gabriel Santos Ayala. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Informe 1980, Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, N° 5, p. 274.)

²⁷ La tesis siguiente ilustra al respecto: AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN. Atento a lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el auto de formal procesamiento sólo se precisará la materia de la causa a seguir, al determinar el órgano jurisdiccional los hechos delictivos que motivaron el ejercicio de la acción penal y subsumirlos provisionalmente dentro de una o varias disposiciones legales que tipifiquen tales hechos, sobre la base de que existan datos de la probable responsabilidad del acusado en su comisión. Por ello, todo juzgador al dictar un auto de formal prisión, debe limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado, sin analizar modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, ya que estos extremos deben ser objeto del proceso penal correspondiente y de la sentencia respectiva. No es obstáculo a la conclusión anterior, lo preceptuado por el artículo 20, fracción I, Constitucional, en el sentido de que al resolverse sobre la procedencia de la libertad provisional, deben tomarse en cuenta las calificativas o modificativas que para el delito materia del ejercicio de la acción penal se invoquen por el Ministerio Público, ya que esta última disposición no se refiere en concreto al auto de formal prisión, sino a la hipótesis en que el acusado solicite y se le conceda la libertad bajo caución; además de que al reformarse el último de los dispositivos legales citados, en los términos aludidos, no sufrió enmienda el artículo 19 de la Constitución General de la República. (Primera Sala Gaceta del S. J. F., Parte 16-18, abril-junio de 1989 Tesis 1a. /J, 4/89, P. 59. Contradicción de tesis 5/88. Entre las sustentadas por el Primero y Segundo Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito. 3 de mayo de 1989, mayoría de 4 votos, contra el voto de la ministra Victoria Adato Green. Ponente: Samuel Alba Leyva. Secretario: Carlos Arellano Hobelsberger. Tesis de jurisprudencia 4/89, doce de junio de mil novecientos ochenta y nueve. NOTA: Esta tesis también aparece publicada en el S. J. F., Tomo III, Primera Parte, p. 263.) Empero, cabe hacer notar que a esa tesis la superó la del rubro siguiente AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDO SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. (Novena Época, Primera Sala, S. J. F. y su Gaceta, Tomo V, febrero de 1997, Tesis 1a. /J. 6/AF, p., 197.) Cabe ahora preguntarse: ¿Es válido todavía el último criterio de acuerdo al nuevo texto del artículo 19 C.? Al respecto ver infra, el Capítulo Octavo, núm. V: "Los elementos del tipo penal en el cuerpo del delito y la responsabilidad penal, como categorías procesales en México".

se podía decir? Si los contenidos conceptuales de la responsabilidad penal y de las formas de intervención —que también la nutrían— peregrinaron en un limbo jurídico procesal. ¿Qué se podía decir? Si el conocimiento de la ilicitud penal y la exigibilidad de una conducta conforme a Derecho —como materia de la culpabilidad— eran temas desconocidos por el foro o de ordinario intocados por la judicatura, sin que se aludiera a ellos en la “responsabilidad penal”. Y cuando solo a finales del siglo pasado se ocuparon de esos asuntos en forma incipiente, reticente y confusa los postulantes, jueces, magistrados y el máximo tribunal del país.²⁸

¿Qué se podía decir? Si cuando la persona inculpada pedía ser careada con los testigos de cargo que declaraban en la averiguación previa, bastaba que ellos inasistieran a la diligencia para enseguida celebrar un careo supletorio. Obvio, sin la concurrencia de esos testigos.²⁹ ¿Qué se podía decir? Si con ese simulacro de careo en la sentencia se primaba luego al testimonio de cargo sobre la negativa del acusado. ¿Qué se podía decir? Si después de que se corrigió aquella ficción antigarantista, todavía es día en el que se ordena reponer el proceso por falta de un careo solicitado aunque el testigo —citado correctamente— haya faltado a la diligencia sin causa justificada, en vez de negar eficacia —en la sentencia— a la declaración que aquél vertió en la averiguación previa —imputación a la que de ordinario se le dará prevalencia sobre la negativa del inculpado—. Bien sea porque —tarde o temprano— el inculpado termine por desistirse del careo; o bien porque el remiso testigo asiste por fin a la diligencia. Y es que parecería que nadie tiene prisa, aunque el inculpado sea quien esté padeciendo el proceso o incluso esté en prisión preventiva. ¿Trampa veintidós?³⁰

Pero ¿qué se puede decir? Si aún ahora, cuando los testigos de cargo abdican en el careo de las imputaciones que vertieron contra el inculpado en la averiguación previa, se estima que se trata de «retractaciones» inadmisibles. Pues los motivos de la abdicación siempre se deducen como tales enmiendas sin justificar.³¹ Y

²⁸ El artículo 168 del CFPD, antes de sus reformas de 1990, sólo se refería a la “participación” del inculpado con relación a la categoría procesal de la “responsabilidad penal”, sin referencia alguna al dolo, a la culpa y a la culpabilidad. Por otra parte, la conciencia de la ilicitud penal y la exigibilidad de otra conducta, como contenido de la culpabilidad, por la vía de sus causas excluyentes se incluyeron en las fracciones VIII y IX del artículo 15 del CPF hasta el 10 de enero de 1994; fecha que se publicaron las reformas a ese artículo en el Diario Oficial de la Federación. Ver al respecto el CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO de este trabajo.

²⁹ Como se puede observar en las tesis siguientes: CAREOS SUPLETORIOS. No viola garantías del reo la falta de careos, si no se logró la comparecencia de los testigos de cargo y el juez dispuso que se practicaran careos supletorios. (Tercer Tribunal Colegiado Del Segundo Circuito, Amparo directo 714/92, Adán Vargas Castro, 6 de noviembre de 1992, unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretario: Francisco Javier Rebollo Peña. Véase: *Apéndice al S. J. F. de 1917-1988*, Segunda Parte, décima tesis relacionada con la Jurisprudencia 339, p. 588.) CAREOS SUPLETORIOS. No viola garantías del reo la falta de careos, si no se logró la comparecencia de los testigos de cargo y el juez dispuso que se practicaran careos supletorios. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, S. J. F., Tesis: VI.2o. J/196, p. 58).

³⁰ El artículo 373 del nuevo CPPC cambia ahora la perspectiva, al prever lo siguiente: “ARTÍCULO 373. CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA OMSIÓN DE CAREOS CONSTITUCIONALES. La práctica de los careos constitucionales es necesaria para la conclusión válida de la primera instancia. Excepto cuando no se lleven a cabo por inasistencia injustificada de quien, sin ser el inculpado, deba ser careado, no obstante que se le citó para la diligencia; o el juez dejó a cargo del Ministerio Público el citatorio para que por sí o por conducto de la policía ministerial lo cite o pueda presentarlo directamente. En cuyo caso, no tendrán validez legal las declaraciones del denunciante, querrelante, captor o testigo sobre hechos que le consten en contra del inculpado. En los demás casos, la omisión de careos constitucionales dará lugar a la reposición del procedimiento, si es que ello afectó a la defensa del acusado, por trascender de manera determinante en su perjuicio al resultado del fallo.”

³¹ Como se ve en las tesis siguientes: CAREOS. LA RETRACTACIÓN PRODUCIDA EN ELLOS DEBE PROBARSE. La celebración de los careos tiene por finalidad que los careados discutan entre sí para que puedan ponerse de acuerdo en cuanto a los puntos contradictorios que existan entre sus declaraciones, pues son un medio de buscar la verdad histórica en el proceso, pero ello no puede significar que si en tales diligencias existen retractaciones, las mismas no deban probarse y si esto no ocurre es evidente que sobre las retractaciones deben prevalecer las primeras imputaciones hechas, porque de no estimarse así, resultaría que cualquiera que imputara un hecho delictuoso a una persona en un momento dado se podría poner de acuerdo con ésta y al celebrarse los careos retirara su dicho en detrimento de la buena administración de justicia y de la interpretación lógica y jurídica de los elementos de prueba allegados al procedimiento. (Primer Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, S. J. F., Parte VIII-agosto, Tesis VI.1o. J/60, p. 114. NOTA: Esta tesis también aparece publicada en la *Gaceta del S. J. F.*, número 44, de agosto 1991, p. 50.) CAREOS. RETRACTACIÓN EN LOS. NO FUNDADA. Si bien es cierto que los careos, son un medio de buscar la verdad histórica del proceso, esto no debe entenderse en el sentido de que si en dichas diligencias existan retractaciones, éstas no deben fundarse, pues de ser así, resultaría que cualquiera que imputara un hecho delictuoso a determinada persona, en un momento dado se pusiera de acuerdo para retractarse de la acusación al momento de verificarse los careos, y esto iría en contra de la buena administración de justicia y de la interpretación lógica y jurídica de los medios de prueba allegados al procedimiento. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, S. J. F., Parte: VI, Segunda Parte-1, Tesis VI.2o. J/59, p.: 331. NOTA: Esta tesis también aparece publicada en la *Gaceta del S. J. F.*, número 34, octubre de 1990, p. 98. La presente tesis no fue reiterada como vigente, según los acuerdos a que llegó la Comisión Coordinadora encargada de los trabajos para la publicación del S. J. F. de 1917-1995.) CAREOS, ACLARACIONES Y RETRACTACIONES ILEGALES EN LOS. Cuando en la diligencia de careo el testigo singular, coacusado, hace aclaraciones y rectificaciones que benefician al reo, si estas no se apoyan en algún medio de prueba o en alguna circunstancia que las haga creíbles para tomarlas en

ello sin atender al fin constitucional de los careos. El cual en su fondo mira a la garantía de confiar en las declaraciones que se vierten dentro del debido proceso en vez de las que se dan antes de él. Como acontece con las versiones que se dan durante la averiguación previa; esto es, con relación a las que se obtienen de manera unilateral, en secreto y sin la intervención del juez, del inculpado y de su defensor. Motivos que deberían ser bastantes para que fuese una excepción la práctica actual de invalidar la abdicación en el debido proceso respecto a un testimonio que se dio en la averiguación en aquellas condiciones. Porque de no ser así: ¿Dónde queda la garantía y el fin de ser careado? La ineficacia de la abdicación podrá ser admisible cuando ella sea en sí misma notoriamente inverosímil. O porque haya datos que consten en autos que demuestren la falsedad de los motivos de la dimisión. Pero de ninguna manera la renuncia puede simplemente dejarse de lado por el hecho de que el testigo ya declaró de otra manera durante una averiguación que es secreta, en la que no hay intervención judicial y están ausentes las condiciones de igualdad de las partes. ¿Mas qué se puede decir? Si en la misma línea de pensamiento cuando el testigo de cargo y el inculpado se sostienen en sus dichos sin mayor razón en la sentencia se le da preferencia a la versión del primero sobre la declaración del segundo. ¿Dónde queda así el principio de la sana crítica para valorar los medios de prueba?³² A lo que se suman las ficciones legales del orden sustantivo penal y del mismo procesal —como la de estimar que el cuerpo de muchos delitos se comprobaba con la mera confesión—.

De aquí que si la judicatura complacía la injusta simulación y el abuso de poder antes dichos. A grado tal que la Suprema Corte y los tribunales con sus tesis habían facilitado el camino. Y con sus criterios tácitamente se le dio respaldo a esos procedimientos... ¿qué necesidad había entonces de destinar importantes recursos — de los ya de por sí exiguos—, además de tiempo, esfuerzo y dedicación constante y a largo plazo para depurar, seleccionar, capacitar y equipar cuerpos de policía, agentes del Ministerio Público y auxiliares? Lo mismo que a jueces y secretarios. Todos ellos honestos y de carrera. En realidad, con relación al respeto a la Constitución y a los derechos humanos, con aquellos criterios era y es otro el ejemplo —de juego sucio— y el mensaje —de trampa— para todos los integrantes del sistema penal, lo mismo que para los inculpados, los defensores y a los particulares que de alguna forma se veían —y se ven— involucrados en el procedimiento penal. En suma, en muchos casos la justicia parece actuar y administrarse, pero no procurarse ni impartirse. Esa fue la situación prevaleciente de la justicia penal en México durante casi todo el siglo XX y la cual en cierta medida aún persiste en descollar.

consideración, no pueden surtir efecto legal alguno en el juicio de amparo, como concepto de violación. (Primer Tribunal Colegiado Del Séptimo Circuito, S. J. F., Parte I, Segunda Parte/1, p. 163, Amparo directo 1039/87, Vicente Javier del Ángel de la Paz, 10 de febrero de 1988, unanimidad de votos. Ponente: Antonio Uribe García. Secretaria: Josefina Mora Dorantes.)

³² Los artículos 373 y 444 del nuevo CPPC dan ahora soluciones que salvan las críticas que se señalan. Pues disponen: **ARTÍCULO 373. CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA OMISIÓN DE CAREOS CONSTITUCIONALES.** La práctica de los careos constitucionales es necesaria para la conclusión válida de la primera instancia. Excepto cuando no se lleven a cabo por inasistencia injustificada de quien, sin ser el inculpado, deba ser careado, no obstante que se le citó para la diligencia; o el juez dejó a cargo del Ministerio Público el citatorio para que por sí o por conducto de la policía ministerial lo cite o pueda presentarlo directamente. En cuyo caso, no tendrán validez legal las declaraciones del denunciante, querrelante, captor o testigo sobre hechos que le consten en contra del inculpado. En los demás casos, la omisión de careos constitucionales dará lugar a la reposición del procedimiento, si es que ello afectó a la defensa del acusado, por trascender de manera determinante en su perjuicio al resultado del fallo. **ARTÍCULO 444. VALORACIÓN DE CAREOS.** Se concederá eficacia a la abdicación cuando en careo, alguno de los careados se añane a la declaración del otro; salvo que exista duda razonable, por lo menos, que revele falsedad en ella. Si los careados persistieron en sus declaraciones, el juzgador decidirá si hay o no hay motivos razonables para descartar o no descartar a alguna de aquéllas o a todas.

Las aporías, las falacias y las disfunciones de la legislación

Mas sería incorrecto —o al menos incompleto— señalar los criterios judiciales injustos y la insuficiencia protectora de muchos otros, sin denunciar otro factor jurídico principal que con mucho contribuyó a llevar al sistema penal mexicano a excesos autoritarios, y, además, a la ineficacia y disfuncionalidad reales. Ese factor lo fue sin duda la propia legislación penal mexicana —y el entendimiento de ella— que prevaleció en el siglo pasado durante más de setenta años. Y el que todavía persiste en imperar. Un código penal federal de 1931 hasta antes de sus reformas de 85-94 —y los de la gran mayoría de los estados de esa época— de corte positivista y totalitario. Entre ellos el de Coahuila de 1941 y —en menor medida— el de 1982 hasta antes de sus reformas de 91-94.

Dígalo si no: cuando el código penal federal de 1931 —y los códigos locales que le siguieron— facilitaron concebir a la conducta como manifestación de una voluntad "ciega". Ésta se limitaba a determinar las formas externas del acto u omisión, pues para que la conducta existiera no importaba el contenido de fin de la voluntad ni el conocimiento del hecho. ¿Qué se podía decir? Si aún cuando se decía que el análisis de aquellas cuestiones se haría en la culpabilidad, dicho examen de antemano se frustraba con la "presunción de intencionalidad". Presunción que subsistía aunque se probara que el sujeto no quiso el resultado que produjo o que erró sobre las circunstancias del hecho u obró con la creencia equivocada de que la conducta era lícita o ignorando el alcance penal de la ilícita.³³ Menos interesaría entonces determinar el fin del autor o su dominio del hecho, ni la ignorancia o el error, ni nada de la conciencia de ilicitud penal o la falta de ella; y ni que decir de si hubo o no hubo posibilidad razonable de ajustarse a la prohibición penal. ¿Qué se podía decir? Si durante lustros los códigos penales omitieron conceptuar la intención y la imprudencia de las que se estimó que —alternativamente— colmaban el concepto de culpabilidad. Y, además, ¿qué necesidad había de dar un concepto legal del dolo si en todo caso operaba la presunción legal de la intención? Y ni que pensar siquiera en fundamentar la falta de necesidad racional de la pena en ciertos casos límite. Todo lo cual, si se le suman las demás consideraciones, condujo en el plano formal y en la práctica material a privilegiar el "versare in re illicita" para imponer penas por el resultado. Atentándose de esta manera contra el principio de culpabilidad y, por añadidura, contra la garantía de "presunción de inocencia".³⁴ ¿Era y es eso regular conductas humanas en la ley penal y probarlas en el proceso? ¿Y era y es eso regular en dicha ley la falta de motivación responsable contra lo que se prohíbe penalmente en la ley? ¿O qué acaso en el Derecho Penal Mexicano —al menos en el

³³ La presunción de intencionalidad y las implicaciones que se apuntan, estuvieron vigentes en el artículo 9° del CPF hasta el 10 de enero de 1994, fecha en que se reformó ese artículo, según publicación en el Diario Oficial de la Federación.

³⁴ México forma parte de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" suscrita en San José de Costa Rica y del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" suscrito en la ciudad de Nueva York, E. U. A., ambos aprobados por la Cámara de Senadores el 18 de diciembre de 1980, según decretos que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981. Ahora bien, el inciso 2-8 del artículo 7 de la Convención, relativo a "Garantías judiciales", dispone: "Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Por su parte, el Pacto, en su artículo 14 inciso 2 señala: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se «pruebe» su culpabilidad conforme a la ley". (El corchete es mío.) Tales mandatos forman parte de nuestro Derecho vigente y son Ley Suprema de toda la Unión, de acuerdo con el artículo 133 C. El artículo 157 de la *Constitución Política del Estado de Coahuila* consagra "el derecho de toda persona a la presunción de inocencia". Y el artículo 50 del CPC dispone que "toda persona se presume inocente hasta que, previo el debido proceso legal, se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoria." En la *Constitución federal*, esa garantía también se colige de la exigencia de la prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad, lo cual a su vez se deduce de los artículos 16 párrafo segundo y 19 de la carta fundamental. En efecto, si para iniciar proceso penal la C. exige que esté comprobado el cuerpo del delito y haya causa probable de la responsabilidad del inculcado; a mayoría de razón, para que a esa persona se le condene, habrá de estar comprobada y declarada su responsabilidad, previo el debido proceso. El artículo 50 del CPC dispone: "Toda persona se presume inocente hasta que, previo el debido proceso legal, se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoria"

que debiera existir en un estado de derecho— no importa atender al ser humano y al contexto en el que se dio su conducta? ¿Y qué se podía decir? Si en lugar de un sano principio de culpabilidad que de entrada anularon los códigos penales, éstos a su vez optaron por el de la "peligrosidad" o "terribilidad" para fundar y medir la pena.³⁶ Y para agravarla tomaron como motivo a la "reincidencia", pasando así por alto al principio del hecho y que se traduce en la garantía de que se juzgue por la conducta que fue materia del proceso.³⁶ Y no por posibles conductas anteriores, futuras o diversas a aquella y de que a la misma conducta no se le juzgue ni puna más de una vez.³⁷

Dígalo si no: cuando con relación a los delitos de resultado por omisión, en el plano formal se prescindió de las fuentes jurídicas del deber de actuar cuya violación fundara la omisión. Y con ello, en el ámbito material se dio a los jueces poderes creadores de esos deberes, con violación de la garantía de legalidad en los delitos.³⁸ ¿Qué se podía decir? Si también se omitió dar reglas para decidir el "nexo causal". Y cuando sólo se limitó en parte la extensión ciega de la causalidad a la cual condujo la admisión jurisprudencial de la teoría de la equivalencia de las condiciones.³⁸ Ni que decir también de los tipos penales "abiertos" debido a su vaguedad y amplitud, al igual que de los tipos "en blanco" que permiten acudir a fuentes meta-legales y de los elementos normativos "abiertos" en los mismos tipos penales sin cláusulas regulativas que los limiten. ¿Pues qué se puede decir? Si aún se tolera la deslegalización de los ámbitos del tipo penal para fundar las prohibiciones de las normas penales en preceptos distintos a la misma ley penal y sin que esta haga reenvíos expresos a tal efecto: desde reglamentos hasta disposiciones administrativas internas; ampliándose así en forma desmesurada el ámbito del poder punitivo en detrimento de la garantía de estricta legalidad de los delitos que prevé el artículo 14 C. Parece olvidarse así que sólo la ley penal puede ser la fuente de las normas penales. Menos habría que inquietarse entonces por las múltiples expresiones normativas "abiertas" en el orden cultural de numerosos tipos penales, tales como "obscena", "degenerado" "pornográfico", contamine o dañe en forma

³⁶ Los artículos 51 y 52 del CPF dispusieron hasta el 10 de enero de 1994 que la pena se individualizaría de acuerdo con la peligrosidad del sentenciado. Por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación en la fecha que se indica, inició su vigencia la reforma de esos artículos, por la cual se suprimió ese criterio. Ver, además, los CAPÍTULOS SEXTO y DÉCIMO QUINTO.

³⁶ Esta garantía se infiere y colige del principio de legalidad estricta del artículo 14 C., con relación a la exigencia de la prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad, que se deduce del párrafo segundo del artículo 16 C., y del artículo 19 de la misma carta fundamental.

³⁷ Así lo dispone el artículo 23 C.

³⁸ Las fuentes jurídicas del deber de actuar cuya violación fundara la omisión se incluyeron el artículo 7° del CPF hasta el 10 de enero de 1994, según reforma a ese artículo que se publicó en esa fecha en el Diario Oficial de la Federación.

³⁸ El CPF y el CPDF carecen de una fórmula general que resuelva los problemas de causalidad o del "nexo causal" y sólo lo hacen con relación al homicidio (artículos 303 a 305 del CPF y 303 a 304 del CPDF.) Por su parte, a partir de 1994 se estableció la tesis jurisprudencial siguiente: NEXO DE CAUSALIDAD. Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad. (Tercer Tribunal Colegiado Del Cuarto Circuito, Amparo directo 485/94, Andrés Béjar Méndez, 10. de febrero de 1995, unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Ángel Torres Zamarrón. Octava Época, S. J. F., Tomo XV-II, febrero, Tesis IV. 3o.144 P. p. 415.) Como antecedentes, están también las siguientes tesis de la SCJN: RESPONSABILIDAD PENAL. NEXO CAUSAL. El hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta, por su parte puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la llamada omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non o de la equivalencia de las condiciones, la cual se enuncia diciendo qué causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce. Basta pues suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido; lo anterior sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la conditio sine qua non, sin que sea preciso acudir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de la aplicación de tal criterio, tales como el de la culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en éste debe encontrar solución, sin involucrar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea la culpabilidad. (Amparo directo 6619/58, Baldomero Berino Rangel, 18 de agosto de 1959, 5 votos. Ponente: Carlos Franco Sodi. Sexta Época, Primera Sala, S. J. F., Tomo XXVI, Segunda Parte, p. 134.) Tesis relacionada con Jurisprudencia 228/85. Además, ver al respecto el número III del CAPÍTULO DÉCIMO.

“grave” el medio ambiente, medio de “extrema” violencia, aviso “adecuado”, “depravación sexual”, “medio social” del ofendido, “crueldad”, “brutal ferocidad”, “casta” y “honesta” en materia sexual, ganado “mayor” o “menor”, etc. Relegándose así al principio de legalidad —como ley cierta— para dar paso al mero decisionismo judicial. ¿Era y es eso respetar el derecho a la certidumbre de la ley que involucra la garantía de legalidad penal? ¿O qué acaso para expandir el poder punitivo del Estado —al menos en el que se debiera ejercer en un estado de derecho— no importa atender a la ley como fuente de aquél? Más aún cuando son las conductas de ese ser humano las que se prohíben y se sancionan con pena. Y más todavía cuando la regla general es nuestro amplio derecho constitucional de libertad de acción y la excepción debiera de ser la prohibición de no realizar sólo ciertas conductas que cada tipo penal especifique en un ámbito cierto y definido —que por ello habría de ser «cerrado»— por la propia ley.

Pero a esos factores legales del ámbito sustantivo se les sumó con fuerza el autoritarismo y el engranaje fullero de la propia legislación procesal penal mexicana. Mismos que prevalecieron en la práctica del siglo pasado. Y los cuales al iniciarse este siglo aún tienen signos trascendentes en la mayor parte de los códigos de la república y en la realidad cotidiana. Un código federal de procedimientos penales de 1941 y los de muchas entidades federativas de cortes antigarantistas en aspectos importantes de su regulación. Pues, ¿qué se podía y se puede decir? Si una gran porción de códigos de procedimientos penales omitían y aun omiten regular muchas de las garantías en la averiguación previa. Y lo que es peor, daban y dan una regulación nugatoria de ellas o incluso francamente contraria a las mismas. O lo que no es mejor, con escamoteo de esas garantías por la redacción tramposa de los preceptos secundarios que las acompañan. Dígalo si no: Cuando al concluir el pasado siglo, al menos veintinueve legislaturas locales —y también la federal— aun no reglamentaban la garantía del artículo 21 C. para impugnar en vía jurisdiccional —y no en la administrativa— el inejercicio de la acción penal. No obstante que hacía más de cinco años que ese imperativo se había establecido como garantía de víctimas y ofendidos en la propia Constitución.⁴⁰ Menos todavía habría que regular a sus causas equivalentes, como cuando no se admiten, ni se acuerdan, ni se desahogan pruebas que ofrece el ofendido o la víctima —y ni que se diga respecto de las que ofrecen el inculpado o su defensor—. Como tampoco cuando se omite ejercitar la acción penal sin determinar que no se ejercita. Ni cuando se le ejercita por un delito pero se le omite por otros. Y nada cuando se acciona por un delito pero sin incluir a sus circunstancias agravantes.⁴¹ Y ello no obstante que el inejercicio unilateral y sin control jurisdiccional —externo e imparcial— de la averiguación y de la acción penal tanto ha contribuido a deslegitimar a la Institución del Ministerio Público en México.⁴² Dígalo si no: cuando más de las dos terceras partes de esas legislaturas poco han regulado sobre las garantías de los ofendidos y las víctimas en la averiguación previa y en el proceso.⁴³

⁴⁰ Hasta mayo de 1999 sólo Baja California y Coahuila habían legislado en vía jurisdiccional acerca de los recursos en contra las determinaciones de no-ejercicio de la acción penal.

⁴¹ En el artículo 9° del nuevo CPPC se consideran recurribles ante los tribunales unitarios de distrito del estado muchos otros actos y omisiones del Ministerio Público durante la averiguación previa y al ejercitar la acción penal, como equivalentes a la determinación de no-ejercicio de la acción penal y, por tanto, como. En tal sentido, el artículo 9° del nuevo CPPC amplió la garantía del tercer párrafo del artículo 21 C. y supera con creces lo que ahora prevé el nuevo apartado B del artículo 20 C.

⁴² Resta ver ahora el trato que dé la legislación federal y del orden común a la nueva garantía del apartado B fracción II, del artículo 20 C.; la cual dispone que el ofendido tendrá derecho a *“coadyuvar con el Ministerio público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes. Cuando el Ministerio público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa.”*

⁴³ En septiembre de 2000, se adicionó un apartado B al artículo 20 C, que recoge las garantías de los ofendidos y víctimas. El nuevo CPPC ya contempla esas garantías y las amplía considerablemente. Ver los artículos 43 y 45 a 50 del CPPC.

Dígalo si no: cuando entre las facultades del Ministerio Público durante la averiguación previa se desliza la de poder ordenar la "presentación" de inculpados sin más condición de que aquél así los considere y sin que antes se les haya citado formalmente ni hubiesen incumplido presentarse. No importa, pues, que la ejecución de esa "orden de presentación" no se distinga en lo absoluto de la orden judicial de comparecencia de la cual la SCJN ha sostenido que requiere de los mismos requisitos que la orden de aprehensión. Agravándose de hecho esa "presentación" cuando al inculpado o al testigo se les traslada fuera de su ciudad y/o se les hace permanecer ante el Ministerio Público por más de un día⁴⁴ y también cuando aquella se le emplea como subterfugio para así arraigar a las personas. Arraigos que permite la ley casi sin ninguna restricción en cualquiera de sus modalidades.⁴⁵ Y más aún cuando entre las medidas de arraigo se introduce desde la de internar al inculpado en un "cuarto" de hotel⁴⁶ hasta la de aislarlo en "casa de seguridad" sin posibilidad de salir de ellos.⁴⁷ ¿Qué diferencia existe entonces entre el aforo material de esas medidas y el hecho de la privación de la libertad personal? Ninguna.

Dígalo si no: cuando durante la averiguación previa el Ministerio Público no le admite al inculpado la designación de defensor que hace por escrito, ni por ende, que así el defensor tenga acceso a las constancias de aquella averiguación y ofrezca pruebas, pues para ello aquél estima necesario que el mismo inculpado antes se presente personalmente a "ratificar" su designación. No importa así que la designación por escrito de defensor no sea una "promoción" ni una "petición" —artículos 20 del CPF y 30 del CPDF— sino el simple pero fundamental ejercicio de una garantía constitucional —artículo 20-A-II-VIII de la C.— cual es —precisamente— la de designar persona que le defienda. Misma garantía que la ley no limita de tal modo durante la averiguación previa —artículo 20-A-párrafo-último de la C.—. Sin que sea válido el alegato de que —con base en los artículos 128-III del CFPP y 270-III-Bis del CPPDF— sólo se podría hacer valer aquella salvaguardia cuando el inculpado sea detenido o se presente a declarar ante el Ministerio Público. (Y el cual implica que el inculpado no podría contar con un defensor durante la averiguación previa ni aún presentándose a ratificar el escrito en el que designe persona que lo defienda, si acaso aquél no es detenido o no se presenta precisamente a declarar.) Y tal aberración es como se indica, porque los artículos 128-III del CFPP y 270-III-Bis del CPPDF se concretan a prever "...que cuando el inculpado sea detenido o se presentare a declarar se le hará saber los derechos que le otorga la Constitución...". Y el que al inculpado se le tengan que decir sus derechos constitucionales cuando (1) sea detenido o (2) se presente a declarar ante el Ministerio Público, de ningún modo significa —ni la ley lo dispone así— que sólo con motivo de la detención o de la comparecencia para declarar sería cuando el inculpado ya tendría el derecho constitucional de designar defensor, pero no antes ni fuera de esos casos.⁴⁸ Porque lo cierto es que la existencia de un derecho —y el correspondiente deber de respetarlo— no depende de que la misma autoridad se lo dé a conocer a quien lo tiene, ni tampoco la ley hace depender de tal condición ni de aquellas situaciones, el derecho del inculpado a designar defensor durante la averiguación

⁴⁴ En algunos casos más de un día, según se reporta con frecuencia en los medios de comunicación del DF.

⁴⁵ Ver artículos 133 bis del CFPP, 12 de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, 270 y 270 bis del CPPDF, 219 y 220 del CPPC.

⁴⁶ El artículo 220 del CPPC así lo prevé expresamente.

⁴⁷ El artículo 133 Bis del CFPP prevé el arraigo "domiciliario", sin sujetar a ese "arraigo" a ninguna restricción, ni precisar qué se entiende por "domiciliario".

⁴⁸ El CPPC adopta una posición garantista más clara respecto a los derechos del inculpado y su defensor en la averiguación previa. Ver artículos 53 y 57 a 63 del mismo CPPC.

previa. Dígalo si no: cuando muchos códigos todavía permitan discutir si se brinda o no se brinda una defensa adecuada cuando un pariente o amigo que es iletrado en derecho "asiste" a la persona inculpada en su declaración ante el Ministerio Público. Lo que se viene a empeorar con la tesis jurisprudencial de que en tales casos es válida la designación de la abuelita o de la amiga —aunque no conozcan de Derecho— ya que su interés en ayudar y apoyar al inculpado sobrepasaría con creces su falta de conocimientos.* ¿Garantía de «defensa adecuada» o garantía de «apoyo moral»? Dígalo si no: cuando la regla general casi absoluta es que durante la averiguación previa el Ministerio Público aporte y desahogue los medios de prueba ante y por sí mismo, sin necesidad de que se repitan en el proceso —o incluso sin que se admita que sea en la misma averiguación previa que se presenten al juez para su desahogo con intervención del inculpado y su defensor—. Ausencia que, de entrada —quíerose o no se quiera— coloca a los inculpados en desigualdad procesal con relación al mismo Ministerio Público.

¿Porqué no pensar pues en el argumento de Machorro Narváez? Él fue constituyente de nuestra C. de 1917 y sostuvo que en la regulación constitucional de la averiguación previa se entendió que ella era —o habría de ser— una auténtica "instrucción", en cuanto le competía al Ministerio Público buscar las pruebas con auxilio de su policía, más para luego presentarlas ante el juez en esa misma averiguación (salvo las primeras diligencias cuyo desahogo fuere urgente.)⁹⁰ Sin que contra esa postura sea válido el mito de la secrecía de la averiguación previa, porque tan es verdad que la reserva de la averiguación es necesaria para buscar las pruebas, como igual lo es que esconderlas deja de tener sentido cuando aquellas ya se encontraron y que, precisamente por eso ya es posible y necesario su debido desahogo formal. En otras palabras, podrá ser admisible el secreto de la investigación para buscar pruebas, pero para efectos de igualdad y transparencia resulta intolerable el ocultamiento de toda la averiguación previa, precisamente cuando las pruebas investigadas ya se encontraron, y sin que siquiera al inculpado ni a su defensor se les permita obtener copia de ellas. ¿Porqué no desahogarlas entonces ante un juez? Con lo cual se respetaría la igualdad en el procedimiento, además de la deseable publicidad de tal presentación. Además, así se garantizaría su honestidad. Porque la mitológica secrecía absoluta de la averiguación facilita su manipulación, su "filtración", el juego sucio y la impunidad. O dicho de otro modo, el que se oculte la averiguación previa favorece la corrupción y el abuso de poder. Transparentándola de aquella manera ya se daría un vuelco sustancial a la misma averiguación, al menos de como se le trata actualmente, garantizando así la igualdad y la honestidad en el desahogo de las pruebas y daría los cimientos para su confiabilidad.

* La tesis en cuestión es la siguiente: DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. EL INDCIADO TIENE LIBERTAD PARA DESIGNARLO AUNQUE CAREZCA DE TÍTULO PROFESIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN IX, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.) De acuerdo con lo dispuesto en el precepto constitucional mencionado, el acusado tiene una facultad amplísima para designar a la persona o personas que se encarguen de los actos de su defensa, pues ésta puede ser llevada por el propio sujeto o por otra persona que libremente designe, sin más limitación que la de ser de su confianza porque el Constituyente consideró necesaria la concesión de una plena libertad a los inculcados para decidir por quién desean ser defendidos dentro de un procedimiento penal, sin exigir que se trate de un profesional del derecho, pues una defensa adecuada no sólo la pueden ejercitar los profesionales del derecho, sino también diversos ciudadanos, que sin tener la calidad de abogados, debido a sus nexos de amistad o de parentesco con el inculpado, poseen mayor interés personal para ayudarlo y protegerlo o en el caso en que la defensa la ejerza por sí mismo, por tratarse precisamente del interesado, es notorio su interés en defenderse. (Novena Época, Pleno, S. J. F. y su Gaceta, Tomo XI, Abril de 2000, Tesis: P. L/2000, p. 69, amparo en revisión 1052/90, 17 de octubre de 1991, unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Marcos García José, Amparo directo en revisión 816/97, 15 de marzo de 1999, once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Felisa Díaz Ordaz Vera. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintiocho de marzo en curso, aprobó, con el número L/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de marzo de dos mil.)

⁹⁰ Paulino Machorro Narváez, "El Ministerio Público, la intervención de tercero en el procedimiento penal y la obligación de consignar según la Constitución", Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, DF., 1991, p. 13. Nota: La primera edición de este trabajo la publicó la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación.

Mas dígalos si no: cuando la mayoría de los códigos procedimentales ve como simple "presunción" a la causa "probable" de la responsabilidad penal.⁵¹ No obstante que la "presunción" puede basarse en un indicio o en indicios vagos, lo cual está muy lejos de la expresión "datos bastantes" que emplea el artículo 19 C. para regular esa garantía. La alocución "datos bastantes" equivale a indicios graves convergentes o concurrentes y sin que se les opongan indicios de igual gravedad a menos que jurídicamente se puedan descartar.⁵² Pero dígalos si no: Si no obstante así el CFPP homologa los medios de prueba a indicios y a la vez omite señalar cuándo en realidad hay un indicio y cuándo hay prueba indiciaria.⁵³ Sin que parezca importar que el indicio sea realmente un dato fáctico del cual es posible inferir el hecho o parte del hecho que se investiga y que, por ende, con frecuencia son necesarios varios medios de prueba para apenas fijar un indicio, sin que en esos casos se pueda decir que ya hay diversos indicios porque fueron varios los medios de prueba, siendo que en realidad estos apenas constituirían aquél indicio.

Dígalos si no: Cuando el artículo 134 del CFPP dispone que cuando aparezca que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado en los términos del artículo 168, *"el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la «forma de realización de la conducta», los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea".* ¿Pero como cuáles circunstancias objetivas —que siempre implica cualquier "forma de realización de la conducta"— podría prever la ley que fuese innecesario acreditarlas plenamente como parte del cuerpo del delito y que, por ende, fuese suficiente la causa probable? Ninguna de acuerdo con el artículo 19 C. A menos que el cuerpo del delito fueren el cadáver y el cuchillo pero no el hecho de un homicidio que nuestros códigos penales definen por la conducta de privar de la vida a otro. Sin embargo, ¿dónde queda la garantía de plena prueba de los elementos objetivos del tipo penal como parte esencial del cuerpo del delito cuando acerca de "la forma de realización de la conducta" —al menos en su aspecto objetivo— la misma ley exime al Ministerio Público de acreditarla? Ya no se trata pues de que el inculpado tenga un acusador, ¡sino de que la ley convierte al juez en cómplice del acusador...! Y quien por imperio de la ley tenga a un acusador como juez, ¡necesita a Dios como abogado! Y dígalos si no: cuando, además, el párrafo segundo de ese artículo 135 dispone que: *"las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizadas por el juzgador «después» de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo".* Esto es, aunque desde la averiguación previa o dentro del plazo constitucional se llegare a demostrar que no hubo delito por inexistencia de elementos subjetivos del tipo penal: *¡el Ministerio Público tendrá que consignar y el juez iniciar un proceso penal sin que pueda estimar probada una excluyente al resolver sobre la petición de la orden de aprehensión ni tampoco al definir la situación jurídica, sino que tendrá que dictar un auto de formal prisión!* Pero entonces, ¿cómo sería posible en esos casos fundar la categoría de

⁵¹ Como simple muestra, el actual párrafo tercero del artículo 168 del CFPP sólo se refiere a que "... de los medios probatorios se «deduzca» la participación dolosa o culposa...". (El corchete es mío.) Lo mismo dispone el artículo 122 del CPPDF.

⁵² Ver al respecto el número V del CAPÍTULO NOVENO.

⁵³ Ver los artículos 279 al 290 del CFPP y el artículo 261 del CPPDF.

la probable responsabilidad respecto al dolo en la orden de aprehensión y en el auto de formal prisión, pues si ya hay prueba que demuestra que falta el dolo, es imposible que a la vez pueda haber datos bastantes que sí lo hagan probable? ¿Qué acaso así es como se debe concebir el fin de saber la verdad de todo debido proceso penal? Claro, la ley se compadece del pobre inculpado, porque de acuerdo al artículo en cita, aquél sí tendrá derecho a que el juez analice esas causas de exclusión de delito *¡después del auto de formal prisión!*

Pero dígalo si no: Cuando por decir lo menos, en aquél código es parca la reglamentación del careo constitucional. Y cuando ahora, además de los testigos "pagados" o "protegidos", se intenta una modalidad nueva, la de los testigos de cargo sin cara ni nombre⁵⁴ —aunque por ahora limitada por los careos y por la sentencia si no se conoce la identidad de aquellos—, mas no así en cuanto a las ordenes de aprehensión, ni respecto a los autos de formal prisión ante la eventual inasistencia de esos "testigos" a la diligencia de careo durante el término constitucional. Dígalo si no: cuando en el proceso se le circunscribe a la defensa el derecho a contradecir los peritajes que obtuvo unilateralmente el Ministerio Público durante la averiguación previa, a tal grado que se vuelve nugatoria aquella garantía.⁵⁵ Dígalo si no: cuando existe una confusa y arbitraria regulación sobre la valoración de los medios de prueba y de la prueba misma. En la que no se dice —salvo excepciones— cuándo los medios de prueba son inválidos; ni se distingue entre indicios graves y leves, ni entre su concordancia o concurrencia. Menos se dice qué es duda razonable.⁵⁶ Pareciere ignorarse así que el sistema de sana crítica en la valoración de la prueba es una cosa muy distinta al mero decisionismo judicial.

¿Y qué decir de las reglas de competencia que desconocen a la garantía del artículo 20-A-IV de la C. de ser juzgado por un juez del lugar donde se cometió el delito?⁵⁷ Derecho que no se cancela por la C. cuando se trate de delitos del orden federal, ni cuando el Ministerio Público Federal ejerza su facultad de atracción de delitos del orden común conexos a delitos del orden federal.⁵⁸ ¿Y qué decir de las precarias y limitadas normas por las que se puedan corregir los abusos de poder, la obtención ilícita de pruebas y las diligencias nulas?⁵⁹ ¿Y qué decir acerca de que la acusación se concrete en las conclusiones? Esto es, casi al fin del proceso. Con lo que se pasa por alto que desde la declaración preparatoria al inculpado ya se le debió hacer saber el hecho que se le imputa, para que así "conozca bien la «acusación»", según lo dispone el artículo 20-A-II C. Y cuando el propio juez no puede librar una orden de aprehensión sin que antes se determine el hecho punible materia de

⁵⁴ Ver el artículo 17 de la *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*.

⁵⁵ En los artículos 220 a 236 del *CFPP*, al igual que en los artículos 162 a 188 y 254 del *CPPDF* —mismos que se refieren a los "Peritos"—, no se prevé la posibilidad de ampliaciones ni aclaraciones de dictámenes, en especial de los producidos durante la averiguación previa, ni la intervención de las partes al término de las juntas de peritos, para aquellos efectos; menos aun se habría de prever la invalidez del peritaje rendido en la averiguación previa por la inasistencia injustificada de los peritos al proceso.

⁵⁶ Contrariamente al *CFPP* y al *CPPDF* que omiten regular la duda razonable —el artículo 247 del *CPPDF* sólo alude a la duda, pero no dice cuándo procede—: El artículo 450 del nuevo *CPPC* dispone que: "... existirá duda razonable: 1) Cuando a la prueba del hecho se le oponga otra que no se pueda descartar razonablemente. 2) Cuando no se puedan descartar razonablemente uno más contraindicios o motivos infirmantes." ⁶⁰

⁵⁷ Ver el párrafo tercero del artículo 10 del *CFPP* con relación a la fracción VI del artículo 20-A C.

⁵⁸ La única excepción a la garantía de ser juzgado en el lugar donde se cometió el delito —fracción VI del apartado A del artículo 20 C. — es cuando el delito (del orden federal) no se comete en el territorio mexicano en estricto sentido. Sin que contra lo que señala el texto expreso de la C. sea válido el argumento de que la garantía en realidad sólo se refiere al derecho de ser juzgado en el lugar del delito cuando se trate de un jurado popular porque ese habría sido el fin del constituyente, según se razona en la tesis cuyo rubro y contenido se consigna en la nota 394 a pie de página. Y es que una cosa es lo que habría querido decir el constituyente y otra la es lo que dijo —y dice— expresamente en la C.

⁵⁹ Compárese la ausencia de nulidades de esa clase en el *CPPDF* —salvo las causas de invalidez de la confesión si faltó defensor y por el exceso en los plazos de detención a que se refiere el artículo 16 C.—. Así como la precaria regulación de las causas de nulidad por falta de formalidades esenciales de los artículos 27 bis del *CFPP* que exige se reclame esa nulidad en la actuación subsiguiente en que intervenga la parte a la que perjudique, además, que ese código sólo se refiere a dos causas formales de nulidad o invalidez de medios de prueba —por no efectuarse la inspección por el funcionario que la debe practicar (artículo 208) y la confesión vertida ante la Policía Judicial (penúltimo párrafo del artículo 267)—, con las cláusulas de invalidez respecto a la obtención ilegal de medios de prueba y diligencias defectuosas de los artículos 64, 68, 72, 76, 77, 151, 183, 184, 188, 191, 210, 210, 263, 264, 282, 296, 336, 374, 387, 403, 435, 439 y 471 del *CPPC*; así como de las causas de nulidad de pleno derecho, por falta de formalidades esenciales, de los artículos 150, 156, 176 a 183 del mismo código.

la acusación, según se desprende de aquél artículo en concordancia con los artículos 16, 19 y 21 C. Y más aún cuando el artículo 19 C. dispone que ya desde el auto de formal prisión se deben precisar las "circunstancias de tiempo, lugar y los medios de comisión" del delito. Y más todavía, cuando el mismo artículo 19 ordena que "el proceso se deberá seguir forzosamente por el delito que señale aquel auto". ¿Cómo es posible entonces que en la legislación secundaria se regule que la acusación no se concretará sino a partir de la primera instancia o juicio? Esto es, mucho después del ejercicio de la acción penal y de la diligencia de declaración preparatoria cuya principal misión constitucional es la de realizar la garantía de audiencia con relación a la materia de la acusación.

El sistema que perfila nuestra Constitución hasta el auto de formal prisión, proyecta en realidad a esa resolución judicial no sólo para salvaguardar a las personas de privaciones indebidas de su libertad y de las profundas afectaciones que un proceso penal le trae aparejadas a sus otros derechos personales. Y, quiérase o no, a los de su propia familia. Sino también para garantizar a la sociedad que no se empleen espejismos de justicia iniciando procesos penales deleznable en la prueba de hechos muchas veces "indeterminados" y en los que por ello es ya previsible la absolución del inculpado y los que por tales motivos son también arbitrarios y atentatorios de la libertad personal y las garantías individuales, al igual que de ninguna manera constituyen actos benéficos para la sociedad. Asimismo, ¿qué acaso es válido consignar por hechos imprecisos, de tal manera que en la declaración preparatoria el inculpado no pueda saber todavía en qué se hace consistir concretamente el hecho, ni en qué se hace consistir su forma de intervención en el mismo? Porque si ya se solicitó orden de aprehensión por un «hecho» que la ley prevé como delito (artículo 16 C.) y en la declaración preparatoria se ha de precisar la acusación en aquellos términos —incluso al consignar con detenido cuando sea en flagrancia—. (Artículo 20-A-II C.) Y luego se ha de fijar la litis al dictar formal prisión, precisando judicialmente los hechos y los puntos de Derecho aplicables con base en la prueba del cuerpo del delito y la causa probable de la responsabilidad del inculpado. (Artículo 19-párrafo tercero C.) Consecuentemente, el dictar un auto de formal prisión apareja que ya desde antes haya acusación por un hecho determinado suficientemente probado y, además, que antes de tal auto se permita al indiciado una audiencia cabal. Dándole —con base en ello— una íntegra oportunidad procesal para su defensa. Para que contradiga probatoriamente el hecho en que se basa la acusación. Tal como lo consagra el párrafo segundo del artículo 19 de nuestra carta fundamental. Y, por ende, que se valore debidamente la contraprueba que ya exista o que en esa fase se llegue a aportar. De tal guisa que si se dicta auto de formal prisión es porque se espera llegar al plenario — primera instancia o juicio— con motivos y argumentos bastantes que permitan esperar la condena de quién — con base en una acusación por hecho determinado y la prueba que le soporte— se estima culpable del delito. De aquí que dentro de la estructura constitucional del proceso penal, el auto de formal prisión sugiera positivamente abrir la antesala del "plenario" o "juicio", más que el inicio de una instrucción judicial "averiguatoria". Pues así como la carta fundamental no autoriza detener para investigar, menos permite ordenar la aprehensión y dictar formal prisión para luego indagar. Como Díaz Aranda objeta bien: "¿Qué acaso

es detener, consignar y en el proceso averiguar?".⁹⁰ Porque así es como ciertos sectores de la doctrina tradicional y acrítica mexicana han venido considerando incorrectamente al proceso penal mexicano. Y porque así es como se regulan los procedimientos penales en la mayoría de las leyes procesales en México. De tal suerte que durante el proceso se pretende llevar al cabo una supuesta "instrucción" que en realidad casi nunca se da, sencillamente porque el Ministerio Público raramente aporta nuevos medios de prueba durante esa "instrucción". Además, al pensar de aquella manera se ignora —ahora sí— a la averiguación previa, que es donde y cuando debería darse una auténtica instrucción con intervención judicial. Averiguación previa que también se norma por el artículo 19 C. Porque de ese precepto constitucional se infiere con claridad meridiana que la averiguación previa es la fase durante la cual el Ministerio Público ha de reunir los datos bastantes que demuestren el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad penal del inculcado. Condiciones que son indispensables para ejercitar la acción penal (cuyo monopolio le concede el artículo 21 C. a la misma Institución del Ministerio Público.)

Por otra parte, la doctrina "oficial" predominante pasa por alto que desde que se promueva la aprehensión se ha de precisar el "hecho" que prevea la ley penal como delito. De no ser así, ¿dónde queda entonces la garantía de que a la orden de aprehensión le debe preceder la precisión de un «hecho» que la ley prevea como delito? (Artículo 16 C.) ¿Y más que aquella, dónde queda la garantía del artículo 20-A-III de la C. que regula a la declaración preparatoria? La cual parte de que el inculcado "conozca el «hecho» punible que se le atribuye" como materia de la "acusación". Y sólo "para que lo conozca bien", es que después de que se cumpla con lo anterior, al mismo inculcado se le hará saber "la naturaleza" —el delito— y "causa" —las pruebas— de la "acusación." Y asimismo, ¿dónde queda la garantía del artículo 19 C? Por la cual el hecho que la ley prevé como delito y éste mismo deben quedar judicialmente determinados y, además, delimitados jurídicamente en el auto de formal prisión, en el que "se precisarán lugar, tiempo y circunstancias de ejecución" del hecho y el delito por el se deberá seguir el proceso. En suma, la acusación por un hecho determinado que la ley prevea como delito es la que debe marcar el inicio de la acción penal antes de la orden de aprehensión. Y es en la declaración preparatoria —y no después— que se ha de dar al inculcado un cabal conocimiento del contenido material de aquella acusación. (En la cual se precise en qué se hace consistir tan el hecho delictivo como la intervención concreta que se le atribuya al inculcado.) Y —sólo después de que eso se cumpla— para que la conozca mejor en la misma diligencia se le hará saber al indiciado la naturaleza y causa de la acusación. Por lo que si el cuerpo del delito es la concreción histórica-fáctica de los elementos del tipo penal. Y el auto de formal prisión conlleva siempre la compaginación del delito con las categorías procesales del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal, a efecto de que se examine la prueba del primero y la causa probable de la segunda. La conjunción de esas dos categorías procesales siempre equivaldrá entonces al delito. Ni más, ni menos. Salvo que se incurra en el despropósito de seguir procesos —y dictar luego condenas— por hechos que de antemano la ley penal no considera delitos. De esa manera es que el artículo 19 C. dispone que desde el auto de formal prisión se deban ya precisar las circunstancias de tiempo, lugar y circunstancias de ejecución del delito. Y más

⁹⁰ Enrique Díaz Aranda, "¿Detener, consignar y en el proceso averiguar?", en *Criminalia*, año LXV, N° 1, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Editorial Porrúa, S. A., México, enero-abril, 1999, p. 43

aún cuando el mismo artículo 19 ordena que el proceso se deberá seguir forzosamente por el delito que señale aquel auto.

En el anterior contexto, la actividad probatoria después del inicio de la acción penal y antes del auto de formal prisión le incumbe al inculcado y a su defensor. Los que ya deben saber cuál es la acusación material concreta. Esto es, saber de qué hecho e intervención históricamente concretos —previstos en la ley como delito— se acusa al inculcado, toda vez que la garantía de la declaración preparatoria parte de que aquél conozca el hecho punible que se le atribuye como materia de la acusación. Y después del auto de formal prisión la actividad de prueba le toca —principalmente— al inculcado y a su defensor, en cuanto a los medios de prueba que no pudo ofrecer o que por causa justificada —o injustificada— antes no se desahogaron. Y respecto al Ministerio Público para que en su caso ofrezca pruebas conducentes que vuelvan la probable responsabilidad en plena. Y aquél pueda controvertir conindicios menos graves o configurantes de una situación opuesta. Para excluir en tal evento la duda razonable. Y en virtud del principio de bilateralidad de la audiencia aquél también tenga la intervención que le corresponda en el desahogo de medios de prueba de la defensa y pueda refutar los mismos. Sólo así cabe sensatamente hablar de un sistema acusatorio en un procedimiento penal congruente con los ideales de un estado de derecho.⁶¹

⁶¹ Es importante mencionar otra vez la regulación del nuevo CPPC. La cual —en mi concepto— asume ahora en tales tópicos una postura más acorde con las bases de un sistema acusatorio ajustado al sentido de la carta fundamental, al prever que la acusación se concretara desde el inicio de la acción penal, suprimiendo el período de “conclusiones” y colocando en su lugar a los “alegatos”. Por su importancia, transcribo los artículos pertinentes del nuevo CPPC:

ARTÍCULO 34. ACUSACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO AL INICIAR LA ACCIÓN PENAL, POR HECHO DETERMINADO QUE INTEGRE TIPO PENAL. En Capítulo especial del pedimento por el que inicia la acción penal, el Ministerio Público determinará en proposiciones sencillas y concretas, con relación a cada inculcado:

I. FUNDAMENTOS DE LA ACUSACIÓN. Qué delitos le imputa. Para ello, citará sus nombres y los fundamentos legales que prevean el tipo penal de cada hecho por el que acuse al inculcado. Además, pedirá que se imponga a aquél las penas que correspondan; para lo cual invocará la penalidad legal aplicable a cada delito; con inclusión de las reglas por concurso, según proceda.

II. CONCRECIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL. Qué hecho o hechos determinados motivan su acusación. Cuidándose de precisar, en qué hace consistir la intervención del inculcado y las circunstancias de los demás elementos típicos esenciales para la punibilidad de cada hecho; según el o los delitos por los que lo acuse. Cuando el tipo penal del delito tenga conductas, circunstancias y/o modalidades alternativas, el Ministerio Público precisará en qué hace consistir sólo aquéllas por las que acuse.

En cualquier caso será innecesario que el Ministerio Público relacione por aparte cada circunstancia con su elemento típico. Pero éstas se contendrán en el hecho por el que acuse y, en su caso, motivará en forma especial las circunstancias agravantes.

III. ENUNCIACIÓN DE LOS DATOS QUE INDIQUEN LA CULPABILIDAD PENAL. Qué circunstancias indican la culpabilidad penal del inculcado.

ARTÍCULO 35. DENUNCIA O QUERRELLA POR HECHO DETERMINADO QUE INTEGRE TIPO PENAL. El Ministerio Público al iniciar la acción, se podrá remitir a los hechos de la denuncia o querrela, sólo si en ellas se determinaron aquellos en la forma que prevén las fracciones II y III del artículo anterior.

ARTÍCULO 36. ANTECEDENTES DEL HECHO TÍPICO PENAL. En la acusación del pedimento que inicia la acción; así como en la denuncia o querrela; se podrán incluir en Capítulo aparte los antecedentes que se consideren necesarios de los hechos típicos penales.

ARTÍCULO 37. PRESUPUESTO NECESARIO PARA EL DESARROLLO VÁLIDO DE LA RELACIÓN PROCESAL. Sólo los hechos que se determinen en la forma que señalan los artículos 34 o 35, se tendrán como acusación de parte legítima para el desarrollo válido del proceso penal.

ARTÍCULO 38. ACLARACIÓN DE PEDIMENTO POR DEFECTOS SUSTANCIALES AL DETERMINAR EL HECHO TÍPICO PENAL. El juzgador ordenará aclarar el pedimento que inicia la acción penal, si en éste se incumple con acusar por hechos determinados de acuerdo con los artículos 34 o 35. El auto que ordene aclarar, contendrá los motivos, razones y fundamentos para esa determinación.

ARTÍCULO 39. FALTA POR DESATENDER LAS GARANTÍAS DE ACUSACIÓN Y AUDIENCIA. Incurrirá en falta el juzgador que no mande aclarar el pedimento que inicia la acción y por el cual se pida orden de aprehensión o comparecencia, sin que en aquél se acuse por hechos determinados conforme a los artículos 34 o 35. Incurrirá en igual falta, si al consignarse con detenido se lleva a cabo la diligencia de declaración preparatoria, sin que la acusación se determine a más tardar al iniciar aquella. En ésta, el Ministerio Público podrá determinar la acusación en forma oral.

ARTÍCULO 40. CONSECUENCIAS PROCESALES POR INCUMPLIR LAS GARANTÍAS DE ACUSACIÓN Y AUDIENCIA. Será motivo para anular de pleno derecho la diligencia de declaración preparatoria; así como las actuaciones y resoluciones posteriores, salvo las que no se puedan renovar; al igual que para ordenar la libertad del inculcado: Si en esa diligencia se omite darle a conocer el o los hechos determinados de que se le acusa; o éstos no se hacen constar en el acta y el Ministerio Público omitió hacerlo antes en la forma que señalan los artículos 34 o 35.

ARTÍCULO 41. CLASIFICACIÓN TÉCNICA DEL DELITO POR EL QUE SE EJERCITA ACCIÓN. El nombre del o de los delitos y los fundamentos que con relación a ellos se invoquen en el pedimento que inicia la acción penal, no impedirán al juzgador reclasificarlos al resolver sobre la orden de aprehensión o de comparecencia; o la situación jurídica del inculcado. La facultad de reclasificar, incluirá los casos en los que los mismos hechos configuren varios delitos y en el pedimento se omitió mencionar algunos de éstos.

Para ello y en cualquier caso, el juzgador se estará a la prueba de los hechos y a la exacta aplicación de la ley penal; pero sin que pueda atender a circunstancias ajenas a la materia de la acusación que perjudiquen al inculcado.

El Ministerio Público o inculcado podrán apelar la reclasificación. Todo proceso se seguirá por los hechos y delitos que señale el auto de formal prisión o sujeción a proceso que quede firme.

Si durante el proceso aparecen hechos delictivos distintos a los que motivan el auto de formal prisión o sujeción a proceso, el Ministerio Público iniciará acción penal por separado; sin perjuicio de decretar la acumulación de procesos cuando sea procedente.

Más si en el proceso aparecen datos que revelen otros elementos alternativos del mismo tipo penal; que lo complementen; o agraven su penalidad; al igual que si el Ministerio Público omitió incluirlos en su acusación: Aquél podrá ejercitar de nuevo acción penal antes de cerrarse la fase probatoria, sirviéndole como base del nuevo ejercicio las constancias del proceso, de las que presentará copia certificada.

¿Y qué decir? Cuando a las indemnidades de aplicación exacta al hecho de la ley penal por el juez y de su exclusiva competencia para imponer penas (artículos 14 y 21 C.) se les subvierte a través de una interpretación torcida de las garantías del sistema acusatorio. Porque con extraña alquimia a la acusación se le hace capaz de convertir al juez en un instrumento que a su vez altere aquellas garantías. Esto es, para que de manera inexorable el juez trastorne las penas legalmente aplicables a los hechos o bien funja como consumidor de la impunidad. Y todo ello porque al acusar se invoque en forma defectuosa la fórmula de la penalidad legal que se deba imponer.⁸² Porque ¿cómo es posible justificar así la exacta aplicación de la ley penal que prevé el artículo 14 C.? Y en aquél contexto, ¿cómo es posible también cohonestar las garantías de ese artículo con las de los artículos 16 y 21 C.? ¿Porqué no ver entonces al sistema acusatorio como lo que él es conforme a la misma C.? Como un régimen de división de funciones que separa a quienes les compete acusar, a quienes les corresponde defender y a quienes les toca juzgar. Pero también como un método de ponderación entre las tareas de acusar y defender en condiciones de igualdad procesal de las partes. Un sistema que separe las acciones del poder del Estado que se manifiestan en el proceso penal entre órganos independientes entre sí. Pero que también armonice con ellos a otras garantías; y, asimismo, haga viables los fines inmediatos y mediatos del sistema penal. ¿Porqué no contemplar entonces a las garantías que se enlazan al sistema acusatorio en una dimensión equilibrada con éste? La cual evite que las acciones de acusar y de juzgar se distorsionen entre sí y procure entre ellas la compaginación debida al igual que con las demás garantías del inculpado. En tal tenor el sistema debe dar curso a la acusación oportuna y a la debida audiencia y defensa adecuada del inculpado. Impidiendo en lo posible y desde un inicio los factores intra-procesales escondidos de impunidad y de trato injusto. Es decir, propiciando un método de pesos y contrapesos que se den desde un principio y no al final para la pronta inmaculación de la causa y el debido proceso penal.

Pues es claro que la acusación vincula a la jurisdicción. Mas sólo la liga en cuanto a los "hechos" que constituyan la materia de la acción penal. El juez no puede atender a hechos diferentes de la acusación sin

Si en la nueva causa se dicta auto de formal prisión que incluya las circunstancias omitidas; o alguna de ellas; se sobreeserá el proceso anterior. En caso contrario, se sobreeserá el segundo proceso.

El inculpado podrá, con la asistencia de su defensor, renunciar a la fase probatoria y pedir que después del auto de formal prisión, se cite a la audiencia final. Al concluir la fase probatoria y antes de citar a la audiencia final, el juez dictará auto preventivo en tal sentido. El que notificará personalmente al Ministerio Público; quien dentro de los tres días siguientes a la notificación podrá pedir pena diversa a las de prisión y multa o corregir las que pidió; o que se aplique regla de penalidad por concurso de delitos; si es que omitió hacerlo antes en su pedimento de inicio de la acción penal o al respecto incurrió en error.

En tales casos, el juez dará vista de ello al inculpado y su defensor y citará a audiencia final. Después de ese plazo, el Ministerio Público no podrá subsanar ningún error u omisión.

ARTÍCULO 42. ACUSACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y CONCLUSIONES. Salvo el caso que se reclasifique al delito en el auto de formal prisión o sujeción a proceso que quede firme, las conclusiones serán innecesarias. Toda vez que la acusación se concreta desde que se inicia la acción. Por lo tanto, si no se reclasificó al delito, al concluir la fase probatoria se citará a audiencia final. En ella las partes presentarán alegatos si lo desean y se citará para sentencia.

⁸² La tesis siguiente es ilustrativa: **CONCURSO DE DELITO POR DOBLE HOMICIDIO, RESULTA INAPLICABLE POR EL JUEZ, CUANDO NO LO SOLICITÓ EL MINISTERIO PÚBLICO.** Cuando en la secuela procesal se estima demostrada la existencia de un concurso real de delitos, cualquiera que sea el carácter de éste, para que el juzgador de instancia se encuentre en la aptitud de imponer las que corresponda, sólo por el de mayor entidad o bien acumularlas por cada ilícito demostrado conforme a una correcta técnica procesal, dicha actuación judicial debe sustentarse a los lineamientos del pliego de conclusiones del Ministerio Público, quien es el titular indiscutible de la acción penal, mismo que por ser un órgano técnico, no corresponde al juez subsanar sus deficiencias u omisiones, de manera que si en la acusación omite esgrimir pedimento alguno para sancionar al procesado como responsable de un concurso real de delitos, a pesar de la prueba de éste, es obvio que dicho funcionario judicial se encuentra legalmente impedido para sancionar por ese concepto, por no existir acusación de parte de quien correspondía hacerla. En efecto, conforme al artículo 21 constitucional, el juzgador tiene una amplia potestad sancionadora. La cual constituye una de sus funciones inherentes. Sin embargo, la misma no puede ser absoluta, oficiosa, ni arbitraria, pues atento a los principios de legalidad, exacta aplicación de la ley penal, de defensa para un procesado y de equilibrio procesal de las partes, que se deducen de los preceptos 14, 20 y 21 de la Carta Magna, esa actuación punitiva judicial debe ser consecuencia de previa petición por parte del titular de la acción penal; de modo que, cuando éste omite efectuar consideración a ese respecto, no cabe justificar la imposición de las penas, subsanando la deficiencia ministerial, en detrimento a las garantías del acusado pues el argumento de que solamente corresponde a la autoridad judicial la imposición de las penas, deviene ineficaz en razón de que ésta, como se ha dicho, no es arbitraria, sino acorde y consecuente con una normatividad y a un estado de derecho en vigor, pues admitir lo contrario equivaldría a trastocar el sistema penal vigente hacia una postura eminentemente inquisitiva. (1. Sala, Gaceta del S. J. F., 7A, Número 75, marzo de 1994, Tesis J/1°. 5/93, p.11.)

rebasar ésta. Y porque aún cuando también es obvio que el Ministerio Público cuando ejercita acción penal debe invocar el delito y las penas aplicables a dichos hechos. Igual de nítido debiere ser que esa invocación de la ley penal aplicable no tuviere porque determinar la jurisdicción, ni menos aún para que se distorsione la propia ley penal que sea exactamente aplicable, ya que de acuerdo con lo que dispone la misma carta fundamental el juez sólo está sometido al imperio de la ley, sin que aquella autorice su dislocación, en tanto que las penas legales se deben aplicar por igual de manera exacta. Es por ello que al juez le incumbe clasificar o reclasificar el delito en el auto de formal prisión. Es decir, a él le compete fijar los puntos de la ley penal aplicable a los hechos materia de la acusación.⁶³ Mismos —hechos y delitos— por los que se deberá seguir el proceso —párrafo tercero del artículo 19 C.—⁶⁴ Ellas no son meras afirmaciones categóricas sin sostén. Porque así como al Ministerio Público le incumbe el ejercicio de la acción penal en atención a los artículos 14 y 21 C. Y es al mismo Ministerio Público a quien le compete formular la acusación por un hecho y delito determinados desde tal ejercicio de la acción o a más tardar —de consignar con detenido por flagrancia o caso urgente— al inicio de la declaración preparatoria en el período constitucional, de acuerdo con la fracción III del artículo 20-A C. con relación a los artículos 14 y 21 C. Es igualmente al juez a quien le incumbe aplicar la ley en el debido proceso (artículo 14 C.) Y es a él a quien le concierne aplicar la ley penal de manera exacta a hecho en igual acato al artículo 14 C. Por ello, a él compete en el auto de formal prisión declarar la prueba de los hechos materia de la acusación y con base en ellos fijar los delitos por los que se seguirá formal proceso en obediencia del párrafo tercero del artículo 19 C. Como también es a él a quien de manera exclusiva le toca en la sentencia imponer las penas que la ley señala para el delito de que se trate en cumplimiento del artículo 21 C. En tal marco la acusación y la jurisdicción encuentran su acomodo sensato con las garantías de audiencia y de defensa. Lo mismo que con el postulado de la igualdad procesal de las partes. Armonizándose en un sistema acusatorio congruo con los ideales de un estado de derecho, mismo que se debe manifestar desde antes de que se inicie el ejercicio de la acción penal, es decir, desde la averiguación previa. Porque de la misma C. se deriva que es durante la averiguación previa que el delito se investiga y se reúnen las pruebas acerca de él, mismas que se han de presentar ante un juez —artículos 19, 21 y 102-A de la C. —.

En el entorno de la C., las conclusiones acusatorias del actual modelo legal —en el que casi al final del proceso la acusación apenas se concreta— irrumpen contra el sistema acusatorio como expresión del estado de derecho que se plasma en la misma C. No sólo porque las conclusiones acusatorias significan un trámite procesal ocioso que desatiende a las garantías de brevedad y expeditéz (pues al cierre de la fase probatoria se debería citar a la audiencia final para "alegatos", en vez de antes dar otro tiempo para las conclusiones y después de ellas citar a la audiencia final.) Sino porque a esa lesión se le vuelve mucho más sensible en cuanto la misma conlleva en la mayoría de los casos la negación de las garantías de audiencia y de defensa adecuada —al omitirse precisar la acusación desde el ejercicio de la acción penal y al poderse cambiar el tipo penal del delito en las conclusiones acusatorias —. Y por añadidura, con el discutible mérito de ser un grave

⁶³ Ver al respecto los artículos 41 y 42 del CPPC transcritos en el penúltimo pie de página.

⁶⁴ Si después del auto de formal prisión surgen datos nuevos, la solución la da el párrafo tercero del artículo 19 C. La cual se regula adecuadamente —en mi concepto— en los párrafos cuarto y quinto del artículo 41 y el artículo 42 del CPPC; respetándose así la garantía de litis cerrada.

factor potencial de impunidad —en caso de que se incurra en una incorrecta petición del delito o la penalidad aplicable— que el juez tendrá que consumir.

Pero la situación tampoco parece halagüeña en el contexto de la libertad durante el proceso y de las vías y medios alternos al tradicional proceso penal para cumplir los fines del Derecho Penal. Dígalo si no, cuando hasta antes de 1993 en muy contados casos se prevenían delitos de penalidad alternativa o libertades bajo protesta. Dígalo si no: cuando la prisión preventiva tiende a ampliarse cada vez más, en vez de respetarse el principio de empleo mínimo de esa medida cautelar que se hizo patente en la reforma constitucional de 1993-94 a la fracción I del artículo 20-A C., a través de la idea de aplicarse sólo a "delitos graves" realmente.⁶⁶ Y más aún, cuando con tal aumento se pasa por alto que el derecho a la libertad caucional es una manifestación material del derecho a la presunción de inocencia reconocido en los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados y aprobados por México y vigentes en la república mexicana.⁶⁶ Dígalo si no: cuando en la legislación penal federal y del Distrito Federal la idea de intervención mínima del «sistema penal»⁶⁷ no se ha visto más allá que la de instrumentar una política por la que se evitan, derogan, seleccionan y sistematizan las figuras típicas y se prevean algunos sustitutivos de la pena de prisión o bien delitos sin dicha pena de prisión, cuando en realidad las acciones para la intervención mínima no se confinan a esos mecanismos —que en sí son encomiables—, porque las acciones de reserva también pueden y deben operar dentro del sistema penal con relación a sus vías tradicionales para cumplir sus fines. Esto es, no nada más para que en la ley se decida qué hechos se deben punir y cómo se han de punir. Ni nada más para que se mida de manera racional a las penas legales según la gravedad del delito y la mínima y máxima culpabilidad posible. Sino también para que se resuelva si con relación a muchos delitos se sustrae a las personas de la reacción más drástica del sistema penal, que es la pena de prisión. E incluso, con mayor razón, de la prisión preventiva. Y para que en atención a los fines de promover la socialización responsable o al menos la no-desocialización —los que se desprenden del artículo 18 C. — se considere a otras vías y medidas alternas de resolver los conflictos logrando la paz y cumpliendo los fines de tal sistema penal cuando se trate de ciertos delitos no graves. Vías para solventar o modificar los conflictos, distintas al usual proceso penal. Y las que conduzcan a medidas preventivas o sanciones diferentes a la privación de la libertad que a la vez sean coherentes con el ideal de un estado de derecho o democrático. Solo así pueden completarse los postulados de una intervención mínima pero funcionalmente eficaz del Derecho Penal.

Todo ello apareja en sentido amplio evitar o sustituir en muchos casos el mismo proceso penal y, por ende, la sanción privativa de la libertad, para pensar en una idea muy diferente a la de pretender un mero castigo o una

⁶⁶ El criterio de "delitos graves" debe tender a una valoración restrictiva por la especial lesividad del hecho a los bienes jurídicos más importantes y respecto a la forma de comisión que se revele gravemente seria, en especial las que impliquen violencia personal, de tal suerte que la prisión preventiva opere sólo como último medio para evitar la violencia de los no desviados o en contra de los mismos.

⁶⁶ Ver al respecto la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 10 de diciembre de 1948; así como en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* suscrita en San José de Costa Rica y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* suscrito en la ciudad de Nueva York, E. U. A., de 19 de diciembre de 1966. Los dos últimos tratados internacionales fueron aprobados por la Cámara de Senadores el 18 de diciembre de 1980 y sus decretos se publicaron el 9 de enero de 1981 en el Diario Oficial de la Federación.

⁶⁷ La expresión "sistema penal" la emplea el artículo 18 C. y no sólo comprende al sistema penitenciario, ni nada más al sistema de las penas, sino que tiene una connotación mucho más amplia, que capta, además, a todos los medios jurídicos de control social de naturaleza penal, con inclusión de los subsistemas policíacos, de procuración y administración de justicia penal. Al respecto, ver a Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 7 a 10.

ejecución correctiva que se pareciera implicar en una pena de prisión mal entendida en su fin. Esto significa que siempre que lo permita la no-gravedad del delito y la posibilidad de obtener la paz jurídica-social, además de lícito es socialmente necesario, racional y benéfico individual y comunitariamente que se acuda a instrumentos jurídicos alternos de solución o modificación del conflicto —dentro de los que caben algunos ya conocidos y otros nuevos—. Para así cumplir con los fines constitucionales del sistema penal de la incorporación social responsable de las personas, lograr la paz social y el bien común. El polo rector del sistema penal cual es la prisión en sus diversas manifestaciones debe —y puede— cambiarse así en muchos casos por el eje de la intervención mínima del Derecho Penal con la divisa de la socialización digna y auto-responsable. En efecto, un signo distintivo de un sistema penal moderno orientado a un estado de derecho se constituye por las alternativas penales que intenten la eficacia —pronta y expedita— de una justicia racional para lograr la paz jurídica-social y una resocialización útil. Y en cualquier caso, donde todas las vías y medidas alternas —sean ante o para-procesales o bien sustitutivos penales— se supediten a la garantía de la reparación del daño a los ofendidos en la medida de lo posible.

Con base en dichos principios y de acuerdo, además, con los artículos 18 y 20 de nuestra carta fundamental, es pues indispensable procurar la reserva de la prisión preventiva en los procesos penales y para ciertos delitos no graves ampliar la alternatividad de las penas cortas de prisión con otras penas no-privativas de la libertad. Sin embargo, ¿qué se puede decir? : Cuando en menos de ocho años en el orden federal ascendió a casi el triple el número de delitos por los que es improcedente la libertad provisional.⁹⁸ Ni que decir también de la fórmula del artículo 413 del CPF que niega gozar de tal “beneficio” (sic) (¿qué acaso no es un “derecho” garantizado en la C.?) de libertad caucional, a todos los que hayan acordado o preparado la realización de cualquier delito electoral. Y ello aún sin importar que algunos de esos delitos no tienen señalada pena de prisión (artículos 404 y 408 del CPF.) Así, de un plumazo y sin siquiera decir que se trata de delitos graves, ni atender a cada delito en particular o a las circunstancias específicas de ese delito o a su clase de penalidad, el legislador ignora el tenor, los motivos y la teleología que anima a dicha garantía constitucional de libertad y los que en su conjunto demandan que la prisión preventiva se guarde en estricta reserva sólo para los delitos realmente graves que así los clasifique la ley. E igual evita el que a la misma presunción de inocencia precisamente se le materialice a través de tal libertad caucional. Lo que ahora también se viene a empeorar con la pretensión de determinar la “gravedad” del delito y la improcedencia de la libertad caucional de acuerdo con la fórmula del término medio aritmético de cinco años según la penalidad legal del delito que se trate. O con la no menos aceptable receta aprobada por la asamblea del Distrito Federal para que se niegue la libertad caucional a los reincidentes, desconociendo que en esos casos el artículo 20-A-I de la C. garantiza al inculpado que el juez pondere concederla o negarla —y no que necesariamente la deba negar— si es que lo pide el Ministerio Público y sólo si el delito anterior fue calificado como grave por la ley.⁹⁹ ¿Dónde está entonces el espíritu que animó y todavía alienta la restricción constitucional de la prisión preventiva sólo a los delitos realmente graves —lo cual implica individualizar cada delito que así se estime e incluso en muchos de ellos

⁹⁸ Ver al respecto el número III-A del Capítulo Tercero.

⁹⁹ Reformas al CPPDF aprobadas por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal el 28 de abril de 2003.

sólo y nada más cuando en su comisión concurren ciertas circunstancias especialmente graves— y que constituyó la razón fundamental de la reforma a la fracción I del artículo 20-A C.?

Pero es importante reparar en la "conciliación" —que también establece el nuevo CPP de Coahuila— al igual que en el "perdón" y la "reparación del daño" en delitos perseguibles de oficio, como caminos en sí mismos alternativos del proceso y de las penas que afectan la libertad y los que, además, procuren la socialización responsable y la paz social. Así, con relación a la "conciliación" los artículos 5°, 8° y 196 del CPPC facultan al Ministerio Público a promoverla entre el ofendido, víctima e inculpado no sólo en los delitos que se persiguen previa querrela, sino también en los perseguibles de oficio en los que el código penal autorice el inejercicio de la acción penal por perdón del ofendido, reparación del daño o acto equivalente (dentro de los cuales se encuentran todos los delitos que no sean graves —salvo excepciones legales expresas—).⁷⁰ Y, además, disponen que el Ministerio Público determine el no-ejercicio de la acción penal o se desista de ésta, según corresponda, cuando se cumpla el convenio de conciliación antes o después de iniciar la averiguación previa. Sin embargo, tan el CPPDF como el CFPP contrastan con la regulación anterior. Dígalo si no: cuando el artículo 271 del CPPDF autoriza los convenios entre el inculpado y la víctima o el ofendido y sus causahabientes. *¡sólo como forma de eximirse de la retención por flagrancia en algunos delitos!* Mientras que la fracción X del artículo 2° del CFPP autoriza al Ministerio Público Federal a promover la conciliación *"...sólo cuando ella "proceda", mas sin que el mismo CFPP diga ¡cuándo es procedente la conciliación! ¡Ni menos aún señala qué efectos produciría!* Ni que hablar entonces de otras vías y medios alternos a los tradicionales procesos penales y a la pena de prisión para solucionar o modificar razonablemente los conflictos que originan hechos presumiblemente delictuosos. Vías y medidas alternas que son perfectamente posibles y, además, deseables como expresión legítima de una política racional que busque un justicia pronta y expedita que procure la satisfacción de las víctimas en lo posible y la incorporación social responsable de las personas. Como ahora los son en Coahuila el nuevo "sistema de faltas penales" y la "extinción de la acción penal por perdón o reparación del daño en delitos no graves perseguibles de oficio" —sujetos a ciertas condiciones—.⁷¹

⁷⁰ Los delitos perseguibles de oficio en los que cabe la extinción de la acción penal por perdón, reparación del daño o confesión, son los que no sean graves, no se cometan contra menor de 12 años de edad, no se cometan con la intervención de servidor público con motivo o en ejercicio de sus funciones y no haya reiteración delictiva real o ficta. (Artículo 155 del CPC.)

⁷¹ Respecto al "sistema de faltas penales" ver el número III del Capítulo Tercero. Y respecto a la extinción de la acción penal por perdón o reparación del daño en delitos no graves perseguibles de oficio, el CPC prevé lo siguiente: "ARTÍCULO 155. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR PERDÓN O ACTO EQUIVALENTE EN CIERTOS DELITOS PERSEGUIBLES DE OFICIO. La acción penal también se extinguirá cuando el delito se persiga de oficio, si se reúnen las condiciones siguientes:

I. DELITO NO GRAVE. El delito no sea grave, ni su penalidad exceda de cinco años de prisión en su término medio aritmético.

II. CALIDAD DEL OFENDIDO. El ofendido sea mayor de 12 años de edad y capaz, tratándose de delito doloso.

III. CALIDAD DEL INculpADO. El inculpado no se encuentre dentro de los casos de reiteración delictiva real o ficta; ni sea servidor público que intervino en el delito con motivo de sus funciones.

IV. PERDÓN, REPARACIÓN DEL DAÑO O ACTO EQUIVALENTE. El ofendido o representante legítimo formule perdón; o que se repare el daño, si es que se causó. Si no hubiere ofendido determinable, ni aparezca daño causado, será necesario que el inculpado confiese el delito y que según sus condiciones personales y circunstancias del caso, no aparezca que existe riesgo para la comunidad.

La causa de extinción que se previene en este artículo sólo operará por una vez y serán aplicables a ella los artículos 63 y 64.

63. CONSECUENCIAS DE LA REITERACIÓN DELICTIVA CON RELACIÓN A DELITOS O BENEFICIOS POSTERIORES. A toda persona que se le condene en sentencia ejecutoria por un delito, durante el tiempo en el que cumpla la condena, más un término equivalente a la prescripción de la pena de prisión que se le impuso:

I. IMPEDIMENTO PARA OBTENER BENEFICIOS PROCESALES. No se le concederá en nuevo proceso el sobreseimiento por perdón o acto equivalente como causa extintiva de la acción penal en delitos perseguibles de oficio. O bien para que se determine a su favor el inejercicio de la acción penal por dichos motivos.

II. EXCLUSIÓN DE CONDENA CONDICIONAL, TRATAMIENTO ANÁLOGO O LIBERTAD ANTICIPADA. Igualmente, cuando cometa delito dentro del término que señala el párrafo inicial de este artículo: En la nueva sentencia de condena y durante el primer tercio en que se deba ejecutar la pena de prisión, se excluirá al sentenciado de la aplicación de la condena condicional y de la aplicación de modalidades de tratamiento iguales o análogas a los sustitutivos.

Si en contravención de este artículo, se concede al sentenciado algún beneficio de los que se mencionan en las fracciones anteriores o se le deja en libertad anticipada; la víctima o el ofendido podrán pedir su revocación, a partir del día siguiente del que se aplicó y dentro de un tiempo igual al que señala el párrafo

Por último, en el ámbito de las penas imperó la de prisión como reina de las penas —y aún es la dominante con ciertos casos de excepción—. Quizá más que la confesión en la esfera de las pruebas. Como también prevaleció —y aún prevalece— la ejecución de la pena de prisión en el panorama penológico del país, salvo la potestativa condena condicional —que suspendía la ejecución de la prisión cuando la pena judicial fuese hasta de tres años—. Fuera de esos casos, durante mucho tiempo la duración de la pena de prisión se debió completar siempre, a menos que se concediera el indulto gracioso o la libertad preparatoria en contados eventos arbitrariamente regulados al concebir a aquella como "potestativa".⁷² Claro que luego aparecieron la remisión parcial de la pena y los sustitutivos de la pena de prisión. Mas la deficiente regulación de los segundos —al menos en el CPF— dificultó —y aún estorba— su aplicación.⁷³ Y lo que no es mejor, su implementación precaria impide saber si su ejecución es eficaz. ¿O qué acaso usted conoce o ha oído de pabellones fuera de los reclusorios, para que en ellos se cumpla la semilibertad? ¿O acaso usted conoce o ha oído de los delegados de libertad vigilada que actúen en nuestro país? Poca consideración parece tener así el ajustar las penas y su ejecución a las garantías de legalidad, seguridad jurídica y readaptación social. Al igual que a las exigencias de su eficacia. Con lo que se trunca el cumplir de manera real con el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Menos habría entonces que considerar —en virtud de ese principio— a otras medidas penales menos severas y más útiles a los fines de lograr sanciones adecuadas que permitan la readaptación social. O incluso para reducir o evitar el enjuiciamiento penal y, en cualquier caso, para lograr justicia con paz social.

Pero es que la idea de "readaptación social" se deformó en las leyes penitenciarias o en su interpretación. Ya que a esa noción se le trastocó en un instrumento opresivo de la libertad personal y en un medio al servicio del Estado. Pues en vez de concebir a aquella como garantía —que lo es—, la que como tal respeta al ser humano y beneficie a la sociedad, de esa expresión se derivó la imagen falsa de que nuestra Constitución apoya la idea de un tratamiento terapéutico forzoso de «readaptación» (sic) mediante una pena. La cual en el fondo parte de un desconocimiento de los fundamentos de lo que es en verdad la readaptación social: Un sistema jurídico que en el orden penal debe promover y garantizar la incorporación social responsable. Y el que incluso puede operar antes y no sólo en la aplicación y la ejecución de las penas. Pero en cualquier evento, es una garantía muy lejana a la de un sistema correctivo forzoso de la personalidad. Con el cual se plantea en las leyes un difuso, impreciso y arbitrario «grado de readaptabilidad» que se deriva de esos supuestos "tratamientos correctivos" o de "readaptación".⁷⁴ A los que con frecuencia se les usa para negarle al

inicial de este precepto; o al que reste de la condena; según corresponda. El Ministerio Público deberá pedir la revocación. En ambos casos, conforme lo prevea el Código de Procedimientos Penales.

ARTÍCULO 64. CAUSAS FICTAS DE REITERACIÓN DELICTIVA. Quién obtenga el inejercicio de la acción penal o sobreseimiento, por perdón o acto equivalente como causa extintiva de la acción penal en delitos perseguibles de oficio:

Tendrá impedimento para obtener de nuevo dichos beneficios, durante un tiempo equivalente a la prescripción de la acción penal que corresponda al delito que se le atribuyó en la primera causa. Si fueron varios delitos, se estará al más grave.

Si en contravención de este artículo, se volviere a conceder al inculpado alguno de los beneficios citados; la víctima o el ofendido podrán pedir su revocación, desde el día siguiente del inejercicio de la acción penal o el sobreseimiento y dentro del tiempo que se señala en el párrafo anterior.

El Ministerio Público deberá pedir la revocación. En ambos casos, conforme lo prevea el Código de Procedimientos Penales.

Serán inaplicables los supuestos de este artículo y del anterior en los casos de la fracción VII del artículo 62.

⁷² Ahora los artículos 84 del CPF y 46 de la *Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Distrito Federal* conciben su otorgamiento de manera imperativa si se reúnen las condiciones para ello.

⁷³ A tal efecto, compárese la regulación de esos sustitutivos penales en los artículos 70 a 76 del CPF y 27 del CPDF, con la de los artículos 77 a 91 del CPC.

⁷⁴ Ver al respecto los artículos 84-II y 97 del CPF y, en general, la *Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de Coahuila*.

sentenciado sus derechos de reducción penal o de reincorporación a la libertad. A ello se suman criterios "potestativos" —y por lo tanto, "arbitrarios"— en las leyes para decidir acerca de la existencia de esos derechos.⁷⁵ Y a los que sólo se les llama "beneficios" pasándose por alto que antes que ello son "derechos". Lo que se agrava con la falta de regulación legal clara del trámite de los que se dan en sede de ejecución. Lo que significa dejar de lado —objetablemente— al principio de legalidad en el tratamiento de esos derechos dentro de la ejecución penal. Porque en vez de que la ley federal regule su trámite, éste se rige por meros reglamentos, decretos, circulares de carácter administrativo y hasta meros acuerdos internos de igual índole. Y nada para que en vía judicial se resuelva la petición. Con todo ello se anula lo que debiere ser la naturaleza y el fin de esas normas. Pues estas son —o debieren ser— instrumentos jurídicos que garanticen la readaptación social. Mecanismos que sean congruos con los principios de legalidad y de acceso al control externo e imparcial de la judicatura. Y los cuales hagan posible —de manera real y racional— a la garantía de readaptación social en un ámbito de seguridad jurídica y paz social.

La garantía de readaptación social es en su sustrato sustantivo *el derecho de las personas a una reincorporación oportuna, digna y responsable a la sociedad*. Y el que en su carácter de garantía la ley debiere proteger. Más aún cuando no se trata tan solo de respetar el derecho del sentenciado de incorporarse responsablemente a la sociedad; sino, además, del interés de ésta de que realmente así suceda. Porque el fin del "sistema penal" es la readaptación social. Y ésta —con apoyo en nuestro artículo 18 constitucional— apareja una concepción mucho más amplia —y a la vez sencilla— que la que se le ha dado, que es la de promover de manera oportuna la reincorporación social responsable. Dentro de esa idea la readaptación social admite métodos legales por los que sea posible evitar la criminalización innecesaria que —quírase o no— traen aparejada los procesos penales y la contaminación criminógena de la prisión. O bien que consienten acortar esa pena a través de instituciones "jurídicas". Las que se sustenten en bases objetivas y racionales que permitan a la sociedad evitar al preso el brusco golpe de su libertad. Impacto que lo vaya a confrontar de nuevo con aquella a través de nuevos delitos. Por ello y por la dignidad del sentenciado como persona hay que facilitarle los medios físicos y los instrumentos jurídicos que le permitan con oportunidad aspirar a una vida libre y responsable. Para que se incorpore a la comunidad con decoro. Y en lo posible se disminuyan los riesgos de que afecte bienes jurídicos de terceros. De aquí que en nada favorezca el legislador a la sociedad cuando amplía con desmesura las penas de prisión.⁷⁶ Pues con ello cancela la posibilidad de una reinserción social útil y digna del sentenciado. Como en nada beneficia el poder legislativo a la gente cuando niega a los sentenciados la posibilidad de cualquier derecho de reducción de la pena si se trata de ciertos delitos. O cuando por motivos de reiteración delictiva real o ficta de plano veda la garantía de readaptación social que da el artículo 18 C., como acontece con unas tendencias actuales.⁷⁷ Por el contrario, esas fórmulas le reducen la

⁷⁵ Cabe señalar que respecto al llamado "grado de readaptabilidad" la mejor librada es la *Ley de Ejecución de Sanciones del Distrito Federal*. Y la que sostiene la posición más criticable es la *Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de Coahuila*.

⁷⁶ El saldo de las reformas de 1995-99 en ese rubro, es la posibilidad de una pena máxima de prisión de hasta sesenta años en el CPF y el CPC. Y de cincuenta años en el CPDF. (Artículos 25 del CPF y 67 del CPC.) (Artículo 25 del CPDF.)

⁷⁷ El saldo de las reformas federales de 1995-99 en ese rubro, da como resultado que no se podrá conceder la libertad preparatoria a los sentenciados por cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 85 del CPF, pero asimismo a los sentenciados a que se refieren los artículos 70 último párrafo, 85 y 90 del CPF (antes de su reforma en 1999), 86 del CPDF y 8° de la *Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados*, se les prive del derecho a los sustitutivos de libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad y multa; así como de la condena condicional, la remisión parcial de la pena, la preliberación y la libertad preparatoria. Lo mismo se prevé en los artículos 33 Bis y 42 de la *Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal*. Queda por verse si tales artículos son ahora aplicables con la abrogación del CPDF de 1931 y el inicio de vigencia del código nuevo a partir

posibilidad a la comunidad de que el sentenciado la evite afrontar de súbito. De tal modo, que en vez de disminuir el riesgo, para ella se eleva el peligro de que aquél se vea precisado a no respetarla. Todo ello en realidad implica la ausencia de actos de gobierno que respeten los derechos humanos y las garantías individuales. Y los que, además, sean benéficos para la sociedad. ¿Hacia un estado de derecho o democrático?

Es pues inaplazable un prototipo diferente. El nuevo paradigma ya está en la C. A él se le ignoró por la legislación y la jurisprudencia mexicanas del siglo XX. Hoy toca rescatarlo buscando su cumplimiento a través de las siguientes diez bases fundamentales:

1. El ajuste de los fines del sistema penal a los del estado de derecho. El fin del sistema penal es la integración social responsable de la persona conforme a los postulados de un estado de derecho.

2. El ajuste al principio de Intervención mínima en las conminaciones penales y a través de vías alternas. Las leyes penales se regirán para sus conminaciones conforme a los principios de grave lesión al bien jurídico e intervención mínima. Unas y otras se concebirán en el marco de los derechos y las garantías que la Constitución reconoce y que amplíen las demás leyes, así como atendiendo al principio de que ninguna persona se le obligará a hacer lo que no manda la ley, ni se le afectará por lo que ella no prohíbe. Igualmente, las leyes no señalarán más penas que las estricta y evidentemente racionales y necesarias. Por lo tanto, las leyes establecerán vías y medidas alternas al proceso penal y a la pena de prisión para los delitos no graves, cuando con ello se pueda promover la integración social responsable de la persona.

3. El ajuste al sentido regulador de conductas prohibidas de las normas penales. Y a que ellas se delimiten en presupuestos fácticos y normativos cerrados que se especifiquen a través de ley cierta. La autoridad se ajustará al entendimiento ontológico y social normativo de las conductas desaprobadas penalmente cuyo ámbito fáctico de prohibición se especificará de manera cerrada por la ley en los tipos penales. Asimismo, la ley dará pautas regulativas que complementen a las expresiones normativas abiertas que contengan los tipos penales cuya única fuente será la ley.

4. El ajuste a los principios de culpabilidad y de responsabilidad penal. La ley y la autoridad se ajustarán a los principios de culpabilidad y responsabilidad penal en la concepción del delito. Ellos se entenderán como límites a la pena. Por lo tanto, no se impondrá pena cuando en el caso concreto no le sea razonablemente exigible al imputado una conducta conforme a la norma, o la pena sea irracional o innecesaria en el caso concreto. La ley regulará la ejecución de toda pena privativa de la libertad en atención a una reinserción social digna, oportuna y responsable, así como los medios para suspenderlas, sustituirlas, modificarlas o acortarlas en virtud de tal fin, los que se resolverán en la vía judicial.

5. El ajuste a los principios de igualdad, publicidad e inmediación procesal. Los medios de prueba que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad se buscarán durante la averiguación previa; pero en esta misma fase y una vez que se identifique al inculcado, tan pronto se obtengan los medios de prueba se desahogarán ante un juez instructor en condiciones de igualdad procesal de las partes.

Se exceptuarán de lo anterior los medios de prueba que se obtengan en las primeras diligencias cuyo desahogo sea urgente y en los casos de delito flagrante, o cuando aquellos no se puedan desahogar con motivo de caso urgente; mas sin que ello impida que, si al inculcado se le dicta auto de formal prisión o de sujeción a proceso, los medios de prueba no desahogados ante el juez se vuelvan a repetir ante él para que sean estos lo que tengan validez, a menos que por la naturaleza del medio de prueba obtenido, éste sea irrepetible.

del 13 de noviembre de 2002: A primera impresión pareciere que tal interrogante debiere contestarse afirmativamente a la luz de la fracción III del artículo Cuarto Transitorio del nuevo CPDF que prevé: "La autoridad ejecutora al aplicar una modalidad de beneficio para el sentenciado considerará las penas que se hayan impuesto, en función de la traslación del tipo, según las modalidades correspondientes". Sin embargo, si se le mira bien, el supuesto se refiere a la aplicación de la modalidad de un beneficio en atención a la penalidad impuesta, pero no así a los casos que de antemano se habría de negar aquél por razón del delito mismo previsto en el CPDF de 1931 y no de la pena a ejecutar. Por lo que cabe pensar que los artículos 33 Bis y 42 de la ley en comento ya devienen de imposible aplicación dado que el artículo QUINTO Transitorio del nuevo CPDF abroga al CPDF de 1931 que es al cual se refieren los artículos 33 Bis y 42 en consulta. Y más aún —y sobretodo— cuando el nuevo CPDF ya no prevé las indebidas restricciones de cancelar los derechos a esos beneficios de libertad anticipada.

Siempre que lo solicite el inculpado o su defensor, los que declaren en contra del inculpado, los que obtengan evidencias de cualquier clase y los que practiquen peritajes, deberán comparecer ante el juez a efecto de declarar al respecto, ampliar o aclarar peritajes. Su inasistencia sin motivo justificado motivará que se invalide el medio de prueba presentado.⁷⁸

6. El ajuste al principio de obtención lícita de la prueba. Carecerán de validez los medios de prueba que se obtengan ilícitamente, con inclusión de la confesión del inculpado si acaso la vierte mientras esté detenido ilegalmente antes de su consignación ante el juez.

7. El ajuste al principio de acusación por hecho determinado suficientemente probado. Siempre será necesaria la acusación por hecho determinado previsto en la ley como delito en la que se concrete, además de aquél hecho, la forma típica de intervención del inculpado y en qué se hacer consistir aquella, la que se formulará al pedir la orden de aprehensión o a más tardar al inicio de la declaración preparatoria y no al final del proceso. Con relación a la averiguación que motivó la acusación, el Ministerio Público ya no podrá seguir actuando como autoridad respecto a los inculcados contra los que formule acusación, sin perjuicio de promover ante el juez las pruebas que estime pertinentes si se niega orden de aprehensión o se dicta auto de libertad.

8. El ajuste a la oportuna garantía de audiencia. La garantía de audiencia en la declaración preparatoria reside en hacerle saber al inculpado, como materia de la acusación, en qué consiste concretamente el hecho punible que se le imputa como delito y en qué consiste concretamente la intervención de aquél en ese hecho; además de hacerle saber la "naturaleza" —nombre del delito— y "causa" de la acusación—medios de prueba que la soportan—. El incumplimiento de lo anterior será motivo para invalidar de pleno Derecho el proceso.

9. El ajuste a los principios de acusación con prueba y jurisdicción imparcial vinculada a la ley. Al juez le incumbirá verificar los hechos materia de la acusación con base en la valoración jurídica de la prueba de aquellos y fijar el delito en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Mismos por los que se seguirá el formal proceso.

Al cuerpo del delito se le entenderá como la concreción histórica de los elementos del tipo penal de un delito. A la responsabilidad penal se le concebirá como la culpabilidad basada en la conciencia posible de ilicitud penal de la conducta, la exigibilidad personal de conducirse conforme a la norma penal en el caso concreto y la estricta necesidad racional de la pena en ese caso. Y por causa probable se entenderá al conjunto de indicios graves concurrentes y/o concordantes acerca de aquella responsabilidad y sin que se les opongan otros de igual gravedad que jurídicamente no se puedan descartar.

Si después de dicho auto aparecen nuevos datos o éstos se omitieron al ejercitar la acción que varían el delito o constituyen otros distintos: haciendo mención de lo anterior, se ejercerá de nuevo acción penal ante el mismo juez hasta antes de que se cite a audiencia final, sobreseyéndose el primer proceso si en el segundo se dicta formal prisión.

El inculpado, asistido de su defensor, podrá en cualquier caso renunciar a la fase probatoria que se dé después del auto de formal prisión.

10. El ajuste a los principios de contradicción procesal y de presunción de inocencia. Durante cualquier fase probatoria la ley dará a las partes la oportunidad de prueba y de contraprueba en condiciones de igualdad,

⁷⁸ Las propuestas que se contienen en la base 5) evitarían la fase de "instrucción judicial" en la mayoría de los casos —la cual se regula después del auto de formal prisión o de sujeción al proceso—: en tanto que dicha fase se daría en la misma averiguación previa. Sin embargo, aunque es obvio que esa reestructuración no abreviaría el proceso, paradójicamente, sí haría más eficaces tan el derecho de breve juicio, como a otras garantías. En efecto, el proceso se iniciaría a partir de que el Ministerio Público empezara a presentar los medios de prueba ante el juez y el inculpado fuese llamado para que él, su defensor o ambos estuviesen presentes en el desahogo de pruebas y pudiesen contradecirlas con las pruebas de su intención. Asimismo, con la intervención judicial en la averiguación previa y el acceso del inculpado y su defensor al desahogo formal de las pruebas que presente el Ministerio Público y las que aquellos ofrezcan, se harían más efectivas las garantías de audiencia, de publicidad, de igualdad procesal, de inmediatez y de contradicción en el debido proceso legal. Pero hay dos propuestas análogas a aquella alternativa en algunos de sus efectos. Ellas son las siguientes: 1) Que los testimonios que se viertan durante la averiguación previa sólo puedan tener valor hasta el auto que define la situación jurídica; debiendo repetirse necesariamente durante la fase probatoria, a efecto de que sean éstos los que se toman en consideración. Lo mismo sería exigible para todos los demás medios de prueba susceptibles de repetirse. O bien: 2) Que aún cuando los medios de prueba desahogados durante la averiguación previa tengan validez en el proceso; el inculpado o su defensor tengan derecho a pedir que se repitan aquellos que estimen pertinentes, en cuyo caso sólo éstos serán los que tengan validez. Restándose validez a todos aquellos medios de prueba cuya repetición se solicite y que sin motivo justificado queden sin desahogarse en el proceso. El nuevo CPPC siguió una ruta similar a esta última alternativa; aunque de manera limitada. En efecto, por una parte, el artículo 263 nada más concede —críticamente— "potestad" al juez para... "repetir cualquier diligencia que se practicó durante la averiguación previa, siempre y cuando su desahogo no sea imposible." Por la otra, el artículo 373 dispone que: "no tendrán validez legal las declaraciones del denunciante, querrelante, captor o testigo sobre hechos que le consisten en contra del inculpado; ...siempre y cuando los careos ...no se lleven a cabo por inasistencia injustificada de quien, sin ser el inculpado, deba ser careado, no obstante que se le citó para la diligencia; o el juez dejó a cargo del Ministerio Público el citatorio para que por sí o por conducto de la policía ministerial lo cite o pueda presentarlo directamente". Asimismo, el artículo 403 del CPPC dispone: "No tendrán validez los dictámenes que se rinden en la averiguación previa por peritos que sin motivo justificado no se presenten en el proceso, no obstante que se les citó legalmente; o que el juzgador dejó a cargo del Ministerio Público la presentación de peritos oficiales que laboren en la Procuraduría General de Justicia del Estado; o que aquél admitió por parte del ofendido o víctima o acordó de oficio y no hubiesen sido propuestos por la defensa o el inculpado".

salvo los límites que señala la Constitución y estas bases. Pero al concluir aquellas fases se citará a audiencia final para alegatos y enseguida se citará para sentencia. Toda persona se presume inocente hasta que, previo el debido proceso legal y con base en prueba suficiente se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoria.

Para cumplir con ese modelo que se deriva de la misma C., principalmente se requiere que cambie la legislación procesal y ejecutiva penal. Y, además, de ciertas reformas menores pero de fondo a la ley sustantiva penal en su Parte General y una amplia revisión de las figuras típicas o delitos en particular a efecto de cerrar los tipos penales. Se necesita pues de una reingeniería legal y jurídica al sistema penal mexicano en esos tres ámbitos. La cual en el terreno sustantivo fije límites legales punibles acordes con la garantía de readaptación social, haga un esfuerzo de cerrar los tipos penales y fije cláusulas regulativas de muchos conceptos imprecisos, así como normas claras acerca de la imputación de delitos, la coparticipación delictuosa, la culpabilidad y la aplicación e individualización de la pena. En el ámbito procesal precisa del ajuste de la ley a los postulados de un sistema acusatorio congruente con la Constitución en un estado de derecho. Y, además, que dé vías y medidas alternas de solución para delitos no graves. Y el arreglo del espacio ejecutivo a las exigencias de legalidad, certeza y control judicial externo e imparcial en función de la incorporación social responsable de las personas.

Si se continúa omitiendo el cambio del procedimiento penal mexicano para hacerlo acorde con los postulados de la carta fundamental —y aún en el supuesto de ya existiesen las bases legales de carácter sustantivo para un nuevo Derecho Penal Mexicano orientado al ideal del estado de derecho— seguirán teniendo toda su fuerza las reflexiones de Zaffaroni. Él apunta:

(...) En un derecho penal más republicano, las infracciones no son signos sino lesiones a derechos o bienes jurídicos, que conllevan un mal en sí mismas. Por ello, es necesario saber qué es lo que se imputa al sujeto (fijarlo en una acusación) y debatir entre partes la prueba al respecto. Esto requiere que las funciones procesales se separen nítidamente y que la materia de la acusación quede bien determinada antes del debate o juicio. *De allí las bases del sistema acusatorio, que es la manifestación procesal del derecho penal liberal o de garantías.* Queda claro, pues, que se impone una regla de correspondencia o paralelismo entre ambas legislaciones y ambos campos del conocimiento jurídico. No obstante, es sabido que —lamentablemente— no son pocas las legislaciones que no respetan la regla de correspondencia o paralelismo, dando lugar a una asimetría legislativa entre ambas regulaciones, que, por lo general, se traduce en una ley penal liberal o garantizadora y una ley procesal marcadamente inquisitoria: lo que en realidad no es otra cosa que un modo de burlar la limitación propia del estado de derecho y consagrar un estado de policía con un discurso penal liberal.⁷⁹

— VIII —

La reforma integral del sistema de justicia penal

Se debe empero reconocer que los factores de la inseguridad pública y de la impunidad son muy complejos. Como también lo es cualquier solución integral que se quiera dar para superarlos. Son problemas serios, que por decir lo menos, se dejaron crecer durante muchos lustros con subterfugios, falacias y espejismos como los que se señalaron. Dificultades que a su vez se incrementaron con el gran aumento de la población. Y con su gran movilidad. A lo que se sumó la ampliación y profundización de las brechas de desigualdad social, económica y cultural que México padece por siglos. Y a lo que se le añadieron las recurrentes crisis económicas, la merma de bases éticas y la irrupción del narcotráfico, desmedida e incontrolable. El atraso histórico es impresionante. Al que solo le supera la magnitud de las oportunidades para empezar a vencerlo. Sin duda ninguna solución integral al problema podría descansar tan sólo en la reforma legislativa, ni en el cambio de criterios judiciales. Pero tampoco la cabe, que sin innovaciones legales garantistas y democráticas en el sistema penal, ni siquiera se podrían iniciar —ni desarrollar— soluciones de fondo y a largo plazo.

Para que se empiecen a renovar los criterios jurídicos. Para que al Derecho Penal se le sustente en concepciones acordes con la naturaleza de las conductas humanas que regula y prohíbe. Y con los fines

⁷⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Proceso Penal y Derecho Humanos: Códigos, Principios y realidad, en América Latina: Análisis Regional*, p.8.

propios de un sistema penal dentro de un estado de derecho. Y en el mismo sentido para que se funde a los procesos penales en bases reales, firmes y justas que sean a la vez congruentes con las garantías individuales. Procesos en los que se honren por igual los derechos de inculpados, de las víctimas y de la sociedad. En los que se respete cabalmente a las formalidades esenciales del procedimiento; al igual que equilibren las funciones de la acusación, de la defensa y de la jurisdicción. En los que la confiabilidad y la obtención lícita de la prueba sean divisas que corran a la par con las del contradictorio, la publicidad, la oralidad y la igualdad de las partes con el fin de obtener la verdad histórica y en su caso aplicar exactamente el Derecho Penal. En un «sistema penal» coherente e integral. El que, además de los cuerpos de policía y de las esferas orgánicas y funcionales de procuración, administración y ejecución de justicia penales, se involucre en la reforma no sólo a las leyes sustantivas y adjetivas penales donde y en todo lo que sea necesario, sino también a las ejecutivas. Comprendiendo las que corresponden a los menores infractores y los inimputables que deban someterse a medidas de seguridad. Sin que se confunda a los fines con los medios. Pues el proceso penal es un medio y no un fin en sí mismo. De que si se acude a él, es porque es necesario y no hay otra alternativa viable. Y de que si se dicta formal prisión a una persona es porque se cuenta con datos suficientes con apego a la verdad y los que en un auténtico y debido proceso penal permitan racionalmente esperar con cierto grado de confiabilidad que se podrá lograr la condena justa del inculgado.

Las soluciones de fines presuponen medios justos. Y éstos requieren de instrumentos eficaces y oportunos. Por lo que vale que se busquen con seriedad alternativas que eviten procesos innecesarios y que a la vez obtengan justicia y paz social; al igual que procuren la socialización responsable. Porque el que se destinen en lo posible más y mejores recursos humanos, materiales y técnicos en la lucha contra la delincuencia es solo una parte de la solución a la crisis del sistema de justicia penal. Ésta prioridad presupone algo más que planeación. Ese algo es más que tener una aspiración. Ese algo es más que fijarse una misión. Ese algo es tener una visión que se soporte en principios que conciban a la persona como la razón de la sociedad y del Estado. Y de la necesidad y el derecho que tiene la sociedad de los actos benéficos de gobierno. Pues sin la persona no pueden ser la sociedad ni el Estado. Como tampoco estos se pueden desenvolver sanamente si se desconoce a los derechos humanos o no se les respeta de manera debida. Acato que tiene uno de sus pilares en las leyes que sean atentas del ser humano y benéficas a la sociedad. Las que realmente le permitan y garanticen su libertad, dignidad y desenvolvimiento. Y que verdaderamente sean eficaces para hacer que funcione el sistema penal cumpliendo con los fines que le asigna el modelo de un estado democrático de acuerdo con la carta fundamental del país.

— IX —

¿Dogmas o herejías penales?

El lector atento desde luego advertirá que mucho de lo que hasta aquí expuse carece de debida fundamentación o de suficiente explicación. Además, puede validamente reflexionar que si la ley o la jurisprudencia regulan en contra de lo que afirmé, pues más vale que me ponga a rezar en misa, en vez de tratar decirla. Porque la ley es la ley. Y, por lo tanto, es dogma. Lo demás... es herejía.

Puede que ello sea verdad... en parte. Pues nadie que se precie de hacer dogmática con seriedad la intentará crear fuera de los cauces de la ley dada. A menos que se cuide de precisar que esa ley se aparta de lo que para él sería la ley deseada. Pero ello en realidad corrobora que sólo es válido lo que se pontifica dentro de la ley. Y que hacerlo en contra de ella... es apostasía... salvo que se preconice a la luz de una más alta regulación: la Constitución. Por lo tanto, eso de dogma y herejía es relativo. Pues lo que parece credo bajo el prisma de la ley, se puede convertir en abjuración cuando se le contrasta con la carta fundamental. ¿Pero será permisible tal argumento frente a la jurisprudencia? Porque en el plano formal es difícil aducir que a aquella se le tache de contraria a la Constitución. Por lo menos cuando la tesis jurisprudencial interprete a la C. en forma directa. Sin embargo, cuando un criterio se opone realmente a los principios que deben regir al sistema penal; límites que surgen de la concepción de un estado democrático y éste sea el que acoge la carta fundamental: la respuesta debe ser sí. Porque aunque se respete a la jurisprudencia como norma o decisión válida formal, cabe denunciar aquella que viole esos principios y límites en contradicción con el espíritu de la propia Constitución. Ya que ésta es la que consagra al Estado Mexicano como a un estado con aspiración democrática y de derecho. Si ello no se reconoce así, entonces vale más permanecer en deserción. Aunque sea al arrimo de la razón y de la conciencia y, por supuesto, con base en los principios de nuestra carta fundamental. En verdad, en su octava y novena época la SCJN ya asumió criterios garantistas con relación a algunos pocos de los casos anotados, de los que ha tenido la oportunidad de pronunciarse, mismos que apuntan al ideal de un estado de derecho. Falta siquiera que vayan al mismo paso la jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito y en especial el criterio de muchos tribunales y juzgados penales de los órdenes federales y comunes. Y falta en realidad una reforma a fondo de las legislaciones penales. Mucho más quizá en el ámbito procesal y el ejecutivo que en el sustantivo. Al igual que escasea la actualización y la capacitación amplia, intensa y constante por parte del foro, de los servidores públicos y de la judicatura en la materia penal.

Ejercí la profesión de abogado desde hace treinta años. Principalmente como postulante y en la judicatura. Confieso que muchas veces fui hereje en mis reflexiones frente a la ley y ante ciertos criterios de jurisprudencia. En algunas ocasiones creí fundadamente que mis herejías no eran tales bajo el manto protector de la Constitución. En algunas otras, sólo tuve la percepción de que me protegía el amparo supremo de la carta fundamental. Pero en unas y otras mi repudio lo atiné a fundar en mi conciencia y en la razón de que esas herejías —que recusaban a la ley— lejos de contrariar a la Constitución la refrendaban en su espíritu democrático. En el sentido de ser concepciones benéficas que el Estado debe instrumentar para el debido equilibrio entre los intereses legítimos de las personas y de la sociedad. Con agrado participé para que numerosas de esas apostasías se convirtiesen en dogmas. En otras ocasiones vi con igual gusto, cómo muchas otras de esas renegaciones se convirtieron en credos. Ahora se les reconoce en la ley o por la jurisprudencia. Pero igual admito que en no pocas ocasiones defendí con ahínco dogmas de los que después abjuré. Y declaro, además, que hay muchos otros en contra los que todavía me rebelo... aunque entre ellos se hallan de los que aún dudo cuál herejía es la correcta. Y es que eso depende en mucho de si el planteamiento se acerca a la concepción de un estado democrático. O bien si la propuesta se distancia de ella y se orienta a la de un estado autoritario.

Este libro trata acerca de una pequeña pero fundamental parcela de esos «dogmas» y esas «herejías» del sistema penal en México y en Coahuila a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y al inicio de la presente centuria, la relativa a la ley penal y al delito en el ámbito de la "Parte General" del Derecho Penal. Pero dogmas y herejías en la medida en que los preceptos de la ley se distancian o acercan al ideal de estado de derecho al que aspira nuestra Constitución. Y del grado de separación o proximidad a ese ideal al que pudieran apuntar muchas de las reformas penales a la Parte general de los códigos penales. Tan del federal y el del Distrito Federal, como el de Coahuila. Por ello, el enfoque de este estudio no necesariamente es en el sentido que se da a una dogmática formal de la ley positiva. En especial dentro de la ley penal en su amplio sentido. Es decir, como disertación sistemática y circunspecta de las normas penales vigentes en determinado tiempo y espacio. Y, según esto, construyendo ciertas teorías y estructuras formales que hagan coherente el entendimiento de las normas positivas. En tal contexto es indudable que la dogmática es o no es válida, según tenga o carezca del apoyo que le brinden los preceptos legales que intérprete. Y por ello, en el último aspecto el «dogma» podría ser tal si se basa en las disposiciones jurídicas a las que se refiere. Con todo no deja de ser paradójico el que el mismo dogma pueda ser una herejía. Ello dependerá de la medida en que la interpretación o la norma misma y su contenido se alejen de o se acerquen a los principios que animan al estado de derecho que acoge nuestra carta fundamental. Y es que por igual ha de admitirse que de por sí ya existe en sí una latente ilegitimidad jurídica en la idea misma del modelo ideal del estado de derecho. Ella se debe al anhelo de las promesas que se encierran en las normas constitucionales que aspiran a ese modelo de Estado y que luego no se mantienen en sus normas secundarias o en la interpretación judicial de ellas y menos aún en la práctica cotidiana de evidente pobreza. Quizá y sólo en cierta medida —como dice Ferrajoli— aquella paradoja constituya:

(...) una aporía insuprimible en el modelo ideal de un estado de derecho. Pero en verdad —agrega el paradigmático jurista de Italia—: (...) esa ilegitimidad puede alcanzar grados patológicos cuando las normas del sistema superior son del todo inefectivas.⁸⁰

Y esto es lo que sucedió y sucede aún en México respecto a muchas manifestaciones legislativas, judiciales, administrativas y prácticas. Las que muestran claras divergencias, oposiciones y lagunas con relación a la efectividad de las garantías y los derechos fundamentales —humanos y sociales— que recoge nuestra Constitución. De las que el sistema penal —lejos de estar exento— se nutre en forma constante. Y ello sin incluir los intentos conscientes o inconscientes que se renuevan en ese ámbito y siempre con desdoro del ser humano y la sociedad para cebar ese sistema con fórmulas del pretérito cuya ineficacia ya se demostró. Porque ya se pretendió y aún se intenta ir hacia el futuro para regresar al pasado con un gatopardismo trasnochado: ¡Que se vuelva a cambiar la ley! ¡...pero para que todo siga igual o más autoritario a como antes lo estuvo!

Uno de los objetivos del libro es, pues, ver a grandes trazos la evolución jurídica de la Parte General del Derecho Penal dentro del sistema de justicia penal en México y en Coahuila a luz del modelo del estado de derecho que se deriva de nuestra Constitución. Mas ese propósito tiene un fin de más amplios vuelos en tanto se trata de saber si los cambios que se dieron en los últimos 18 años del siglo XX y los primeros años del siglo

⁸⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 4ª Editorial, Editorial Trotta, Madrid, España, 2000, pp. 852 y ss.

que se inicia fueron y van en la dirección correcta. De tal modo que se puedan sentar las bases fundamentales de lo que sería un nuevo Derecho Penal Mexicano: en la dogmática de la ley penal y del delito y en su aplicación cotidiana por los tribunales que se ajusten a las aspiraciones de un estado de derecho. Ello involucra examinar algunos de los principales dogmas con los que se nutrió esa parte del sistema. Y en qué medida esas creencias se oponían o ajustaron a dicha concepción del Estado. Muchos de tales criterios, como ya dije, creo que ya se les superó —en especial en la esfera legislativa— durante los últimos dieciocho años del siglo que terminó y los primeros del milenio que se inicia —aunque falte su desarrollo en la jurisprudencia y la praxis—. Axiomas que se le sustituyó por nuevos paradigmas con un enfoque democrático. De los que antes se consideraron herejías. Y los que, sin embargo, aún están por encontrar su eficaz realización. Mas este libro también intenta probar el porqué son validas nuevas alternativas. Y el porqué es mejor para la sociedad que la política criminal de un Estado se oriente en contra de un sentido autoritario —propio del totalitarismo— y sí a favor del garantismo penal. Para ello me apoyaré en los parámetros de justicia, racionalidad y legitimidad que surgen de las garantías en materia penal en los ámbitos sustantivo y ejecutivo. Intentaré aclarar en qué medida se inobservaron o desatienden esos baremos y las garantías penales por la legislación penal ordinaria o en la interpretación judicial o doctrinal. Y aunque de ningún modo desconozco que el quebrantamiento de esas garantías permea igualmente —y con mucho más— a las esferas procesal penal, administrativa y policial —tanto en el campo legislativo, como en el judicial y el práctico—, los límites de este libro, entre otras carencias y apuros, me impiden ir más allá de lo que ya he tocado en esta Introducción.

Debo destacar igualmente que el «método garantista» —que se basa en el contraste de un modelo ideal del estado de derecho con la legislación, la jurisprudencia, la administración y la praxis— de ordinario sirve para deslegitimar las manifestaciones legislativas o jurisprudenciales y las prácticas de carácter autoritario en el sistema penal. Pues acusa su discrepancia con el modelo propio del estado de derecho que se plasma en la Constitución. Sin embargo, ese método de igual manera se puede utilizar para deslegitimar algunas decisiones fundamentales que se pudieran contener en la misma Constitución. ¿Cómo sería eso posible? Ello se podría dar en la medida que aquellas normas constitucionales se alejaren de la auténtica concepción del estado democrático. Pues si al estado democrático idealmente se le caracteriza porque sus normas y acciones han de ser realmente respetuosas de los derechos esenciales del ser humano y benéficas para la sociedad. Entonces sería sustancialmente ilegítima la norma constitucional que permitiera que se instrumenten medidas de corte autoritario contra las personas o que en el fondo no sean benéficas para la comunidad. Se estaría así ante la obligación de sostener una herejía máxima. Pero no por ello perfectamente posible. Y, por lo tanto, del todo válida —de lege ferenda— si es que de veras se pone en evidencia el carácter antidemocrático y autoritario de la regla. Sería pues una herejía que —al denunciar la ilegitimidad de una norma constitucional— se basaría en que esa pauta fuese contraria al modelo ideal del estado de derecho, porque en vez de contemplar acciones respetuosas del ser humano y benéficas para la sociedad, permitiera la restricción o afectación injusta o irracionalmente intolerable de sus bienes jurídicos esenciales. Si existe o no existe algún atisbo de ello en el sistema penal que se desprende de nuestra Constitución Mexicana es algo que está por verse. —Y que en su totalidad no corresponde a este trabajo—. Pero si fuera necesario me atrevería a ser hereje para denunciar algún rasgo opresor en la carta magna. Siquiera para que se demuestre lo contrario. Y ya sea para que a la

interpretación de ese precepto en lo posible se le redirija en concordancia con la aspiración fundamental del pueblo mexicano que es la de constituirse en una república democrática. En la cual, a la soberanía que el pueblo depositó en el Estado y que le pertenece originariamente al pueblo, aquél la ejerza en beneficio del pueblo y de las personas que somos parte de ese pueblo.

Claro es que todo ello involucra en el fondo a problemas de teoría del derecho y de política del derecho. Y aunque ambos aspectos tienen íntima ligazón, se pueden valorar por aparte. La teoría del derecho puede llevar a prescribir ciertas regulaciones. Y un programa legislativo se puede basar en determinados fundamentos teóricos. Mas aunque este trabajo no pretende profundizar en teoría del Derecho y, menos aún, en política de las leyes, esta tesis sí trata en parte de discurrir acerca de la política criminal que se estima adecuada dentro de un estado de derecho para poder contribuir a sentar los fundamentos de un nuevo Derecho Penal Mexicano. Porque incluso desde la perspectiva del estado de derecho, la oposición entre jusnaturalismo y positivismo jurídico ya no se pueda plantear como antes. Mas bien la oposición entre lo que el Derecho «es» y lo que el Derecho «debe ser» se ha de orientar a un examen hacia el interior del orden jurídico y el que se deba conformar con base en una Constitución de corte democrático como lo es la mexicana. Para ver las divergencias posibles entre las leyes o su entendimiento y aplicación práctica —con inclusión del sentido de la propia Constitución— con la Constitución misma y con su espíritu democrático. O dicho de otro modo, para analizar las discrepancias entre el Derecho y su eficacia en el entorno jurídico que ese Derecho debería crear y lo que es igual o más importante, con la realidad que habría de generar. De esa manera, cuando a un estado de cosas se le legitima se justifica el que se le mantenga. Mas cuando se le deslegitima extrañamente se legitima la necesidad de que el mismo cambie. En especial cuando esa deslegitimación y esa legitimación se hacen a la luz de las pautas constitucionales antes dichas y, además, al amparo del espíritu del estado democrático. De aquí que también pretenda examinar, desde una perspectiva jurídica, cuál fue y cuál es la validez de la legislación penal con relación al entendimiento del delito, según los derechos humanos y las garantías penales —reconocidos por la C. — que deben gobernar ese entendimiento en México, en el Distrito Federal y en Coahuila. Las reformas penales que se dieron durante el fin de siglo pasado y el inicio del presente en el orden federal y los nuevos códigos penales del Distrito Federal y del Estado de Coahuila abren un terreno fértil para esto. En tal sentido acusaré las divergencias y los contactos entre aquellos bloques de garantías y las realidades jurídicas del Derecho Penal en el orden federal, del Distrito Federal y el coahuilense. Pues creo que con la denuncia de las oposiciones y la afirmación de las aproximaciones que haya entre el «deber ser» constitucional y el «ser» legislativo y jurisprudencial, es que pueden surgir propuestas para que se reduzca la distancia que haya entre esos extremos en la conformación de un nuevo Derecho Penal Mexicano.

— X —

¿Hacia un sistema penal autoritario o garantista?

Todo ello tiene interés. Porque la justicia penal es la gran preocupación del Estado Mexicano. Porque el que no se dé en los últimos años una respuesta racional, completa y equilibrada con la carta fundamental para el combate contra la delincuencia ha favorecido una serie de políticas inconstantes, muchas de ellas tan coyunturales como disfuncionales y antidemocráticas. Los índices de criminalidad dejaron de ser cifras negras.

La inseguridad ciudadana cada vez más se vino a convertir en un hecho cotidiano y notorio que sufre cualquier persona. Por ello la seguridad pública frente al delito representa el gran reto de la Nación de cara al siglo XXI. Es un hecho que la sociedad reclama basta ya a la delincuencia y a la impunidad. Pero también es un hecho que los mexicanos reflexionamos sobre el sentido real del sistema penal que debemos tener. Y no cabe duda que todos por igual pedimos de manera urgente una respuesta, la cual debe dar el Estado al problema de la delincuencia. Sin embargo, también es un hecho que todos toleramos —o al menos permitimos de manera inconsciente— que naciera el punto crítico que enfrentan las instituciones. Y de que los juristas tuvimos y tenemos mucho que ver en esas faltas de permisión y de omisión. Aunque paradójicamente a nosotros toque abrir los cauces nuevos para un Derecho Penal Mexicano con espíritu democrático.

Creo que algunas de las causas principales de la infuncionalidad en la procuración e impartición de justicia son la serie de espejismos, falacias y lagunas en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina en amplio sentido. Los que empañan a lo largo de la historia el acceso efectivo a la justicia penal. Y la indiferencia, la ignorancia y la gran resistencia para acceder a nuevos paradigmas. El Poder Legislativo con su imprecisión y sus huecos, por decir lo menos, y el Poder Judicial con muchos de sus criterios, ayudaron al pavimento del camino. Bien señala Luis Efrén Ríos Vega que: (...) Los encargados de las instituciones fueron complacientes e incluso cómplices con la indebida simulación de justicia en la investigación y persecución del delito. Y en realidad con los vicios antedichos no se necesitaban... funcionarios honestos y de carrera. Ni técnicos y profesionales. Lo que se requería... era, absolutamente, lo contrario.⁶¹ En 1998 se planteó y aún se intenta regresar —y en algunos casos continuar— con el sistema corrompido aún más por la práctica. Así al finalizar el siglo se propuso modificar la misma Constitución en sus artículos 16 y 19 para facultar al juez a que limite la libertad de los individuos por la vía de «flexibilizar» los requisitos para detener a una persona y someterla a un proceso penal. Y aunque en el fondo la intención y la letra de la iniciativa fueron diversas a sus motivos, éstos fueron desafortunados por decir lo menos. Porque es verdad que la iniciativa apuntaba a una innecesaria disminución de la carga probatoria para resolver la orden de aprehensión y el auto de formal prisión; pero también la es, que ella no proponía modificación alguna en el punto esencial de la prueba sobre la forma de intervención del inculcado —en su aforo material— ya que ella en su semblante objetivo como elemento del tipo debía estar probada para dictar el auto de formal prisión. La iniciativa tampoco planteaba alteración alguna a la estructura de los elementos del tipo penal —y del delito mismo— según ya se les refería por los artículos 16 y 19 C., en el CPF y otros códigos. Sino que aquella aludía que para dictar el auto de formal prisión debían quedar demostrados los elementos objetivos del tipo penal —lo cual como ya mencioné incluía a la intervención del inculcado en su aspecto material—. Y solo sería suficiente la causa probable de los elementos subjetivos del tipo penal y de la culpabilidad.⁶²

Sin embargo, las críticas a la iniciativa se sucedieron con percepción aguda y se enderezaron fundamentalmente contra su motivación. Ésta suscitaba en verdad confrontaciones innecesarias. —Y también

⁶¹ Luis Efrén Ríos Vega, "Hacia un sistema penal autoritario" en *ABZ. Información y Análisis Jurídicos*, ABZ Editores. Morelia, Mich. Méx. núm. 90, año IV, 2a. quincena de marzo de 1997, p. 6.

⁶² Aunque se debe reconocer que el dejar a los elementos subjetivos del tipo penal del lado de la responsabilidad penal ya implica una seria limitación y un descalabro a las garantías de libertad y seguridad jurídica, dadas la inadecuada reglamentación y la ambivalente jurisprudencia de cuándo y con base en qué se debe estimar que hay causa «probable» de responsabilidad penal. Al respecto, ver el CAPÍTULO NOVENO.

era indicadora de que la misma reforma era infundada y peligrosa—. Contra aquella motivación se argumentó que si sólo se requiriese un mínimo de exigencia probatoria para detener a una persona, ¿para qué entonces se habría de capacitar a los cuerpos de policía? Porque parecía volver a cristalizarse la tentación de iniciar procesos con pruebas deleznable, convirtiéndolos en un fin en sí mismos. Y ello aunque —en el fondo y a la postre— el resultado fuese la impunidad a través de sentencias absolutorias a costa de más vulneraciones de la libertad personal. Ante esa situación el Congreso de la Unión intentó zanjar el debate con justicia salomónica. Pero el subterfugio parlamentario partió al niño en dos, porque volvió a la añeja expresión del “cuerpo del delito”. Y más aún, en los motivos del dictamen se la acotó a su significado más pobre —ya superado por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia mexicanas antes de la reforma de 1993 a los artículos 16 y 19 C—: El cuerpo del delito equivaldría al conjunto de elementos materiales u objetivos de la infracción. Y en la categoría de la responsabilidad habría de examinarse la causa probable de la intervención del inculcado. Con lo cual pareció trasladarse como materia de la causa probable, no solo a los elementos subjetivos del tipo penal, sino, además, a las formas de intervención en su aspecto objetivo. Ello quizá podrá ser así ahora..., al menos que sea la misma ley o la judicatura las que —sensatamente— visualicen el contenido correcto de la garantía y la amplíen, dándole al cuerpo del delito su auténtico contenido conceptual. De tal modo que el cuerpo del delito equivalga a todos los elementos del tipo penal. O al menos a “todos” los elementos objetivos del mismo tipo penal —y, por lo tanto, que como parte de él deba quedar probada la intervención típica del inculcado en su aspecto material— dejando la causa probable sólo para la culpabilidad en el primer caso; o al dolo, a la culpa y a la misma culpabilidad en el segundo. Y si con relación a la primera postura se argumentase que la exigencia de concebir a los elementos subjetivos del tipo penal dentro del cuerpo del delito contradiría los motivos del constituyente, ello de todas suertes es posible y perfectamente válido en tanto la C. prohíbe restringir las garantías, pero no veda el extenderlas. Mientras esto no suceda —o incluso se vuelva a reformar la misma C. — el concepto de «causa probable» adquiere de nuevo alcance relevante como categoría especial de prueba de la responsabilidad penal a efecto de iniciar un proceso penal. Camino que es el que se debe transitar en cualquier caso para decidir la categoría sustantivo-procesal de la responsabilidad penal que funde una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

No es tarea del Derecho Penal examinar el porqué esos y otros intentos de deforma y la resistencia a nuevos rumbos de Derecho con sentido democrático tienen en el ámbito procesal penal un contenido autoritario e infuncional. El populismo es su divisa. Y él dice: A la delincuencia hay que combatirla (reduciendo las exigencias para que el Estado intervenga en la esfera jurídica de las personas.) Y aquél agrega: Si a ese combate se le limita, se favorece la impunidad, (aunque eso signifique iniciar procesos con pruebas endeble que a la postre sí determinan esa arbitrariedad). Se olvida así que lo que importa es la eficacia de la lucha contra la impunidad y no la simulación ni los espejismos de esa eficacia. En su fondo aquella retórica es tan falsa como lamentable. Más aún cuando con ella lo que se logra es que empeore la situación. Mas todavía cuando esas ilusiones de justicia se cristalizan a costa de las libertades individuales, de los derechos humanos mismos y de la frustración de los ideales de un estado de derecho. Empero, sí toca al Derecho Penal Mexicano ver las categorías del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal como normas que instrumentan al delito del campo sustantivo al terreno adjetivo. Y, por lo tanto, si una labor dogmática del Derecho Penal es la

concepción jurídica del delito; también será tarea de esa dogmática examinar la compaginación que debe haber entre la noción del delito con esas categorías procesales. Lo que de paso permitirá analizar cuándo hay «causa probable» de la responsabilidad penal. Y ver un aspecto del por qué el flexibilizar los medios para que se accione y administre la justicia, por una parte; y por la otra, el endurecer a aquélla de manera ciega, en realidad se traduce en abuso y relajamiento en la investigación del delito. Así como por qué aquello da motivo a más venganzas de corrupción y vuelve a plantear la generación de quimeras de justicia. En vez de combatir a los primeros y hacer a la segunda una realidad eficaz. Con relación a la reforma de 1998-1999 a los artículos 16 y 19 C., aquél fue el sentir de muchos destacados juristas mexicanos. Dentro de los que sobresalen —además de muchos otros— Enrique Díaz Aranda, Fernando García Cordero, Sergio García Ramírez, Raúl González Campos-Salas, Olga Islas, Moisés Moreno Hernández, Saúl Lara Espinoza, Gabriel Regino, Raúl Plascencia Villanueva, Luis Efrén Ríos Vega, Jesús Zamora-Pierce, Guillermo Zepeda Leucona, Arturo Zamora Jiménez y Arturo Cedillo Orozco.⁶⁵

La reforma y la deforma al sistema penal se pretendieron y se pretenden dar en un tiempo de crisis y de evolución del sistema penal mexicano. En un tiempo en el que persisten hábitos arraigados y fuertes inercias. Y, además, reacciones para volver al afejo sistema del que muchos todavía se aferran y se resisten en abandonar. Pero en un tiempo en el que, a la vez, se plantean nuevos paradigmas. Y cuando otros ya se superaron por otros modelos nuevos, aunque parece que muchos aún no lo adviertan así en la doctrina, en la judicatura y en el foro. Más esos nuevos prototipos que exigen un cambio ya están aquí y ahora. Este libro tiene por objeto aclararlos y visualizarlos en el espectro de la Parte General del Derecho Penal Mexicano. Y a la vez, exponer algunas de las falacias que se sembraron en el campo sustantivo penal y que evitaron e impiden consolidar en la práctica el sistema penal que fluye de nuestra carta magna. Parte de la base de que una porción de la inoperatividad y disfuncionalidad de la justicia penal en México se debe a la distorsión de conceptos, instituciones y principios jurídicos del sistema penal que emana de la Constitución de 1917. Pero también trata de apuntar cuáles son las bases y las directrices a seguir en el ámbito de la ley penal y el delito —en el plano legislativo, judicial y dogmático— que nos acerquen cada vez más al ideal de un estado de derecho. La política totalitaria —que con insistencia pretende dominar— carece de memoria. Olvida que las

⁶⁵ Enrique Díaz Aranda, *Cuerpo del delito: Causalismo y finalismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001 y "Cuerpo del delito ¿causalismo o finalismo?", en *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, en coautoría con Enrique Giménez Ordeig, Christian Jäger y Claus Roxin; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001; Fernando García Cordero, "La Iniciativa de Reforma Constitucional 1997-98" en *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril de 1998, pp. 58 y ss.; Sergio García Ramírez, "Una reforma constitucional inquietante (la Iniciativa de 9 de diciembre de 1997)" en *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril de 1998, pp. 3 y ss.; Raúl González Campos-Salas, "¿Reformar la Constitución para combatir la delincuencia?" en este país. *Tendencias y opiniones*, Méx., Núm. 90, septiembre de 1998, pp. 37-41; Olga Islas, "Comentarios a la Iniciativa de Decreto que reforma los artículos 16, 19, 20, 22 y 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" en *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril de 1998, pp. 42 y ss.; Moisés Moreno Hernández, "Análisis de la Iniciativa de Reformas Constitucionales en Materia Penal (artículos 16 y 19)" en *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril de 1998, pp. 84 y ss., así como "El combate a la delincuencia" en *El Universal*, Bucarell Ocho, Méx., domingo 8 de septiembre de 1998, p. 18 y ss.; Saúl Lara Espinoza, *Las Garantías Constitucionales en materia Penal*, Editorial Porrúa, México, 1999, pp. 207 y ss.; Gabriel Regino, "Reflexiones sobre la iniciativa de reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo" en *Lex, Difusión y Análisis*, Méx., Tercera época, año IV, núm. 34, abril de 1988, pp. 17 y ss.; Raúl Villanueva Plascencia, "La iniciativa de Reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución y la Propuesta de Reformas al Código Penal" en *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril de 1998, pp. 114 y ss.; Luis Efrén Ríos Vega, "Hacia un sistema penal autoritario" en *ABZ Información y Análisis Jurídicos*, ABZ Editores, Morelia, Mich., Méx., núm. 90, año IV, 2a. quincena de marzo de 1997; Jesús Zamora Pierce, "El juicio penal en rebeldía", *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril de 1998, pp. 52 y ss.; Guillermo Zepeda Leucona, "Delincuencia: fachada reformadora y los sótanos de la impunidad" en *Revista del Senado de la República*, Méx., V. 4, no. 11, abril-junio de 1998, pp. 87 y ss.; Arturo Zamora Jiménez "Cuerpo del delito y tipo penal", tercera reimpresión, Ángel Editor, México, DF., 2001; y la amplia opinión de Arturo Cedillo Orozco, en la misma obra inmediata anterior citada, pp. 35 a 39. No obstante, también hubo quien se expresó en contra de la reforma constitucional de 1993, como sucede con José Nieves Luna Castro en su estudio monográfico "El concepto de tipo penal en México, (Un estudio sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional)", Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.

tendencias autoritarias ya vieron su fracaso al generar ellas mismas la crisis en la procuración e impartición de justicia. Es necesario pasar ahora de la espiral viciosa al círculo virtuoso, en el que se destierren de la legislación, de la jurisprudencia y de la praxis a los mitos y las fallas que envenenan el sentido real del sistema penal que programa la carta fundamental. Y que permita que se le construya con principios seguros, sólidos, humanistas y democráticos. Es tiempo pues de que la impunidad se combata con una política criminal democrática o apoyada en los ideales de un estado de derecho que renueve las instituciones y anime la interpretación del Derecho con el que se construya el sistema penal mexicano. El que se base en reconocer a los derechos humanos. Y el que a través de la eficacia real de sus normas en verdad ofrezca la seguridad, la justicia y el bien común que tanto pide y necesita México.

Solo resta apuntar que para hacer el análisis y los contrastes de la legislación penal y su jurisprudencia con la Constitución y el modelo ideal del estado de derecho, me referiré principalmente al Código Penal Federal (CPF) de 1999 —que tiene su antecedente inmediato y completo en el Código Penal del Distrito Federal aplicable en toda la república en materia federal de 1931, pues salvo la reforma de algunas disposiciones en el año de 1999 solo se le cambió de nombre—⁸⁴, al nuevo Código Penal del Distrito Federal (CPDF) en vigor desde el 13 de noviembre de 2002, y al Código Penal de Coahuila (CPC) —que inició su vigencia el 1° de septiembre de 1999—. Así como a la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (C.) Ocasionalmente cito también al Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal (CPPDF) y al Código de Procedimientos Penales de Coahuila (CPPC.)⁸⁵ Al igual que a tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) o de sus tribunales colegiados de circuito y del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila (TSJC.) Escogí en particular esos códigos por dos motivos: Porque por un lado, el CPF sirve de modelo principal para ver la evolución en general del Derecho Penal Mexicano hasta fin del siglo XX y principios del siglo XXI. Y por el otro, porque apenas el CPC inició su vigencia el 1° de septiembre de 1999 y el CPDF la inició el 13 de noviembre de 2002 y ambos reflejan —aparente y realmente— diferentes alcances de la política criminal instrumentada, aunque en lo que atañe al entendimiento del delito, muchas de ellas coinciden y otras —las menos— difieren con las que se pueden desprender del CPF.

El desarrollo de este libro lo hago en las cuatro partes siguientes: **Primera parte.** Las bases de una política criminal garantista y la fundamentación de un Derecho Penal según los fines y los límites sustanciales a la potestad de punir. **Segunda parte.** Los límites formales a la potestad de punir y los ámbitos de aplicación de la ley penal. **Tercera parte.** El sistema dogmático de un Derecho Penal con orientación democrática. Los límites sustanciales a la concepción jurídica del delito: La conducta y el tipo penal como límites a la concepción del delito. El tipo penal y el cuerpo del delito. El contenido del tipo penal y sus límites a la concepción del delito. Los límites a las formas de intervención en el tipo penal. Los límites a la tentativa punible. La antijuridicidad como límite a la concepción del delito. La culpabilidad como límite a la concepción del delito. **Cuarta parte.** Los límites a la aplicación de las penas y su ejecución.

⁸⁴ Cuando me refiera a normas del CPF, vigentes antes de 1999, en realidad me referiré en realidad al citado *Código Penal del Distrito Federal aplicable en toda la República en materia federal de 1931*.

⁸⁵ También emplearé las abreviaturas siguientes: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); Semanario Judicial de la Federación (S. J. F.); Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF); y Tribunal Superior de Justicia de Coahuila (TSJC.)

PRIMERA PARTE

**LOS FUNDAMENTOS Y LOS LÍMITES SUSTANCIALES
A LA POTESTAD DE PUNIR**