

A 00721  
410



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

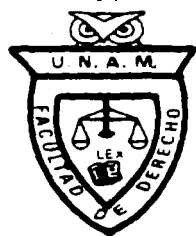
“DE LAS PRUEBAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA, A LA LUZ DE LAS REFORMAS AL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL, DE FECHA 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993”

## TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:  
**ALFONSO DE JESÚS HERNÁNDEZ RAMÍREZ**

ASESOR:  
DR. PEDRO HERNÁNDEZ SILVA





Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

13



FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO PENAL  
OFICIO INTERNO FDER/57/SP/02/03  
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION  
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.  
P R E S E N T E.

El alumno HERNANDEZ RAMIREZ ALFONSO DE JESUS, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA, la tesis profesional intitulada "DE LAS PRUEBAS EN LA AVERIGUACION PREVIA, A LA LUZ DE LAS REFORMAS AL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL, DE FECHA 3 DE SEPTIEMBRE 1993", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluído satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "DE LAS PRUEBAS EN LA AVERIGUACION PREVIA, A LA LUZ DE LAS REFORMAS AL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL, DE FECHA 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno HERNANDEZ RAMIREZ ALFONSO DE JESUS.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
Cd. Universitaria, D. F., 19 de febrero 2003

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO,  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/ipp.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

C

*A la memoria de mis padres:*  
*Gral. Francisco Hernández Domínguez*  
*y*  
*Concepción Ramírez Baños*

*A Elenita*  
*Por su amor, esfuerzo y confianza*

*A mis hijos*  
*Alfonso y Rodrigo*  
*Compañeros de mi Vida*

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas •  
UNAM a difundir en formato electrónico e imp-  
contenido de mi trabajo

NOMBRE: Alfonso de Jesús  
Ramírez Domínguez

FECHA: 14/11/2015

FIRMA: [Firma manuscrita]

4

*A mis hermanos todos, con cariño.*

*A Marco Antonio con especial cariño. Ejemplo de tenacidad y esfuerzo*

*A Javier, por su perenne apoyo y paradigma profesional*

*A mis maestros con gratitud, por su comprensión, nobleza y paciencia.*

*A mi Universidad, con eterna gratitud y compromiso.*

*J*

*A la memoria de mi querida sobrina Adrianita, con quien me hubiera gustado compartir el gusto de mi recepción profesional.*

*A mi hermano Juan Francisco, quien seguro estoy le dispensará su lectura a este trabajo y me hará algunas reflexiones.*

*Con el mejor de mis recuerdos a Liliane, por sus mejores votos.*

# INDICE

---

<b>Introducción</b>	<b>IV</b>
<b>Capítulo I.- La Averiguación Previa.</b>	
1.1 Noción general de Averiguación Previa.	1
1.2 Fundamentación Constitucional y Leyes Secundarias.	14
1.3 Limite, fin y Contenido de la Averiguación Previa.	18
1.4 El Ministerio Público en México.	23
1.4.1.- Reseña Histórica General.	23
1.4.2.- Actividad investigadora, función persecutora y la Acusación.	45
1.5 Corpus Delicti y Tipo Penal	56
<b>Capítulo II.- La Prueba en Materia Penal.</b>	
2.1.- De la Prueba en General.	63
2.2.- Importancia de la Prueba en Materia Penal.	69
2.3.- Principios que rigen la Prueba.	73
2.4.- Elementos de la Prueba: Objeto de Prueba, Organo de Prueba y Medio de Prueba.	79
2.5.- Clasificación de la Prueba.	84
2.6.- La Verdad Histórica, La Convicción y la Certeza Jurídica.	96

<b>2.7.- La Carga de la Prueba en Materia Penal.</b>	<b>101</b>
<b>2.8.- El Valor de la Prueba. Sistemas de Valoración y la Legislación Mexicana.</b>	<b>107</b>

**CAPITULO III.- De las Pruebas en la Averiguación Previa, en base a la Fracción X del nuevo artículo 20 constitucional.**

<b>3.1.- Presentación del tema. Importancia y consecuencias jurídicas.</b>	<b>122</b>
<b>3.2.- Situación jurídica antes de la Reforma.</b>	<b>126</b>
<b>3.3.- Problemas y soluciones. Justicia Penal.</b>	<b>128</b>
<b>3.4.- Razón y necesidad de la Reforma.</b>	<b>128</b>
<b>3.4.1.- Su teleología. Dignidad y Derechos Humanos.</b>	<b>128</b>
<b>3.5.- ¿ Qué pruebas se pueden y deben practicar, admitir y desahogar en esta fase procedimental?</b>	<b>129</b>
<b>3.5.1.- ¿Quienes deben y quienes pueden, practicar, ofrecer y desahogar las pruebas en este período?</b>	<b>129</b>
<b>3.5.2.- La función del Defensor en este período.</b>	<b>130</b>
<b>3.5.3.- El artículo 128 frac. III inciso e); así como los artículos 168 y 180 del código Federal de Procedimientos Penales; y el artículo 269 frac. III inciso f); así como los artículos 122 y 124 del del código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.</b>	<b>138</b>

**CAPITULO IV.- Consideraciones personales.**

<b>4.1.- Parquedad de la Reforma.</b>	<b>141</b>
<b>4.2.- Ante la realidad, retomar la esencia y los principios que informan la naturaleza jurídica del Ministerio Público y el artículo 21 de la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos.</b>	<b>153</b>



<b>4.3.- Obrando con cautela, privilegiar la Libertad, tanto Provisional como Definitiva e insistir en la búsqueda de substitutivos de la Pena de Prisión.</b>	<b>156</b>
<b>4.3.1.- Crisis de la Pena de Prisión</b>	<b>157</b>
<b>4.3.2.- Desaparición de la Prisión Preventiva y de la libertad provisional.</b>	<b>164</b>
<b>4.3.3.- Substitutivos de la Pena de Prisión.</b>	<b>170</b>
<b>4.3.3.1.- Prevención General.</b>	<b>170</b>
<b>4.3.3.2.- Prevención Especial.</b>	<b>179</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>182</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>186</b>

## INTRODUCCIÓN

Nunca como ahora en el Derecho se habían exacerbado sus tradicionales antinomias o paradojas, como son la justicia y la legalidad, el derecho y la fuerza. Y es que con la creciente incidencia criminal y su consiguiente inseguridad pública, la sociedad en su conjunto por un lado exige la aplicación severa de las leyes y en particular sus penas, al punto de llegar a reclamar la aplicación de la pena de muerte, contra aquellos delincuentes que cometen delitos tan graves como la violación, el asalto a mano armada y el plagio y/o secuestro; y al mismo tiempo se alza una voz colectiva demandando el irrestricto respeto a los Derechos Humanos y a la garantía de debido proceso.

En un análisis sereno y en una crítica responsable, advertimos que esta vieja crisis de la justicia y más aún en el ámbito del derecho penal, se aloja y se expresa mejor viendo la crisis política y social por la que atraviesa el país, sin embargo, todas las soluciones formuladas por el Estado se orientan más a la técnica y práctica judicial que a los problemas y soluciones subyacentes y responsables del desgarramiento del tejido social, como son la extrema pobreza, la falta de ocupación, la deficiente educación y por último, la falta de cohesión social y verdadero compromiso por parte del gobierno.

No obstante lo anterior, debemos reconocer que la técnica jurídica y los institutos de que disponemos, requieren de una revisión crítica y oportuna a fin de dar inmediata respuesta a este reclamo general. Y como siempre, le toca al Derecho Penal ser el agente e instrumento idóneo para palear esta ingente tarea que en realidad le toca a toda la sociedad en general.

Particularmente es en el ámbito de la Averiguación Previa y la Gestión Policial, en donde de algún modo se cristaliza todo el fenómeno de justicia y seguridad, de ahí la importancia de detenernos a reflexionar que se puede y debe hacer para mejorar este Instituto de la Averiguación Previa y hacerlo de tal forma útil y eficaz para que por un lado, ningún responsable del delito quede inulto, y la némesis los alcance a todos; pero a la vez, quede plenamente garantizado el que ningún inocente resulte ya no digamos condenado, sino molestado y sometido al desprestigio y denostación de que en muchos casos son objeto, más ahora con la persistente, morbosa e irresponsable injerencia que tienen los medios masivos de comunicación que se han encargado, al margen y por encima de las autoridades, a juzgar y hasta condenar a personas que sin ser todavía indiciados, ya los encuentran culpables.

Estoy convencido de que nuestra estructura legislativa sí responde a las expectativas de la sociedad; sin embargo, consideramos que no se le ha puesto la debida atención, en aquel periodo legal, que va desde el momento en que se comete el delito y tiene conocimiento la autoridad, hasta el momento en que se determina la existencia real del ilícito y la probable responsabilidad del ó de las personas que lo cometieron. Es aquí donde consideramos que hay una confusión

que ha persistido desde el constituyente de 1917 hasta nuestros días, con respecto de la llamada Averiguación Previa, ya que a ésta, el constituyente únicamente la mencionaba en el Artículo 19; ubicándola en un estadio de jurisdicción, como atinadamente lo refiere el insigne Paulino Machorro Narvaez, quien sostiene que el constituyente al referirse a la Averiguación Previa, a ésta la aloja en el período de preinstrucción, que conocemos como: "Término Constitucional, de 72 horas", en clara alusión a la periclitada fracción XVIII del Artículo 107 constitucional, que va desde que el indiciado es puesto a disposición del juez y éste le toma su declaración preparatoria, hasta el auto en que el mismo juez, determina la situación jurídica del imputado. En tal virtud y con esta interpretación, tal pareciera que la fase de indagación y de búsqueda de pruebas, previas a este período, indebidamente se le ha llamado Averiguación Previa; siendo una fase preliminar y preparatoria al juicio, resultando obviamente ajena al proceso, por lo que atinadamente García Ramírez la denomina Instrucción Administrativa.

Consecuente con lo anterior, nos toca hacer obligadamente, las siguiente precisiones: a) Si la Averiguación Previa también abarca la fase de investigación y/o averiguación del delito, preparatoria para el ejercicio de la acción penal, b) Si en ésta fase donde el llamado a llevar su trámite es el Ministerio Público, éste va a tener funciones cuasijurisdiccionales o parajurisdiccionales, c) Si en este período va a privar el sistema inquisitorial o se puede implantar el sistema acusatorio, d) Y, finalmente, si no estamos expuestos a una mezcla de que propicia por un lado, la arbitrariedad y la discrecionalidad, y por el otro, un impropio desempeño parajurisdiccional que convierta al Ministerio Público en juez y parte, retrasmóndolo indebidamente, en el Juez de Instrucción de infausta memoria en la época del Porfiriato.

En vista de lo expuesto, vemos con recelo las reformas constitucionales del 3 de septiembre de 1993, con respecto a la fracción X del Artículo 20, que en su párrafo cuarto prescribe:...."Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la Averiguación Previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan". Siendo que la Constitución únicamente nos habla de Averiguación Previa en su artículo 19, que se desenvuelve en sede jurisdiccional. Y por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 1º dice: "El presente Código comprende los siguiente procedimientos:

- I. El de Averiguación Previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal;
- II. El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de estos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculgado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar.

- III. El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, .....

De lo anterior, es válido deducir que la confusión persiste, ya que como se dijo, para el constituyente del 17, la Averiguación Previa como tal, realmente se ubica en una fase del Contradictorio, que debe estar en el llamado periodo de Preinstrucción, que se tramita ya ante el juez y, consiguientemente, en el mal llamado hasta ahora periodo de Averiguación Previa, el procedimiento es y debe ser preeminentemente Inquisitorial, y en todo caso llamarlo periodo de Instrucción Administrativa. Decimos inquisitorialmente, únicamente en el sentido de que sea la autoridad es decir, el Ministerio Público, el que va a tener y debe tener la iniciativa en el ámbito probatorio. Por lo demás, y superando obviamente las añejas y funestas prácticas de coacción, intimidación y tortura, propias de épocas ya superadas, revestir este periodo de las propiedades del sistema acusatorio, que serían: la oralidad, la publicidad (ésta con el requisito del siglo propio y necesario del momento que nos ocupa); y además de que el indiciado debe contar con el mal llamado hasta ahora, Defensor, habida cuenta de que en este periodo procedimental, éste no tiene en la ley, definida su intervención y únicamente se le ha considerado para evitar el constreñimiento al indiciado.

En este orden de ideas, consideramos infortunada la reforma Constitucional en comento porque no abarcó ni replanteó con el esmero que se requiere, ¿qué es la Averiguación Previa?; y realmente ¿cuál es la función que desplegaría en su caso y en esta fase procedimental el Ministerio Público?. Consecuentemente, creemos que en una correcta Dogmática Jurídico Penal, el indiciado en el periodo de Averiguación Previa, no puede ofrecer pruebas y menos solicitar su desahogo, pues se convertiría esta fase procedimental en un "miniproceso", a todas luces contrario a la más elemental técnica jurídica procesal. En todo caso, lo que puede y el Ministerio Público está obligado a recibir del indiciado, son **datos** y las circunstancias que de alguna manera auxilien al investigador; primero para comprobar la existencia del hecho, y que se constate que éste está tipificado en las leyes penales como delito; y al mismo tiempo, el investigador pueda determinar quien o quienes, fueron los autores del mismo, y dentro del principio de legalidad que le deviene obligatorio, cerciorarse si al indiciado no le asiste una excluyente de responsabilidad; para enseguida, determinar el ejercicio de la acción penal mediante la consignación ante los tribunales de la materia, o en su caso, determinar su no ejercicio.

Con todo lo anterior, es claro que nuestro afán esta dirigido en insistir en que se recobre la esencia y naturaleza primigenia del Ministerio Público, tal como lo pensó el constituyente de 1917; pero al mismo tiempo y con una acertada crítica tanto de su concepción teórica como de su experiencia histórica, su ubicación en la estructura del Poder Público, sus funciones y atribuciones; y acordes con la modernidad incluir de manera reglada la delicada y hasta ahora rechazada facultad de Oportunidad, promulgando asimismo, la Ley del Ministerio Público, contemplada junto con el Código Procesal Penal Tipo de 1963, registrada en la *Memoria* de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales 1958-1964, y derogar las hasta ahora vigentes Leyes Orgánicas. Y por lo que

hace a la Averiguación Previa como tal, sacarla del Artículo 19 Constitucional, dándole una nueva categoría y elevarla asimismo a rango Constitucional, no dejándola mencionada, como hasta ahora, en forma escueta e imprecisa, y decidiendo si la Averiguación Previa va a ser como hasta ahora la conocemos, pero que carece de nombre; o bien, llamar a esta fase, "Período de Instrucción Administrativa", dejando la denominación de Averiguación Previa al período de Preinstrucción como actualmente lo contempla el Artículo 19 de la Carta Magna. En nuestro concepto creemos que esto último es lo acertado para que esa Instrucción Administrativa sea objeto de un estudio detallado, lejos de la antigua confusión de la suigéneris Averiguación Previa considerada por el constituyente. En tal virtud, es obvio que la reforma materia de este estudio resulte del todo infortunada, raquítica y propiciatoria de mayor confusión, pues además de que arrastra los originales vicios, le agrega nuevos que para muchos convierte a la "Averiguación Previa" en un miniproceso, cosa que además de inadmisibles resultaría ruinosa, pues convertiría a los jueces en amanuenses del Ministerio Público, contrario a toda Teoría General del Proceso.

Finalmente es impostergable asignarle al Derecho Penal tanto material como procesal, una clara y seria orientación dentro de un esquema garantista; pero al mismo tiempo, soportándolo mejor con un andamiaje científico de Política Criminal y una más comprometida y responsable Política Social en general, democratizando sus estructuras y profesionalizando a sus órganos, al mismo tiempo que informando veraz y oportunamente a la sociedad, poniéndole límites legales y responsabilizando a los medios de comunicación

# **PAGINACION DISCONTINUA**

## CAPITULO PRIMERO

### 1.1.- Noción general de Averiguación Previa.

Como todo trabajo de corte académico, y con independencia de la orientación teórica y formal a la que nos hemos referido en la Introducción, se nos hace conveniente hacer una referencia filológica del vocablo Averiguación, para que vayamos entrando al estudio del Instituto con cierta solidez y puntos de apoyo.

Filológicamente **Averiguación** significa acción y efecto de averiguar. Y ésta a su vez, deviene del latín *Ad a, verificare: de verum, verdadero y facere, hacer*. Que se traduce en inquirir la verdad hasta conseguir descubrirla.<sup>1</sup>

Por lo que hace a la verdad, para los efectos de este trabajo, más que atender su cualidad filosófica, nos abocamos a su finalidad práctica. Y así tenemos que en nuestro concepto, la verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento. No pretendemos, ni lo consentiría el espíritu de éste trabajo, examinar si la verdad propiamente dicha, o más bien, la realidad absoluta de las cosas, puede someterse a las investigaciones del entendimiento humano o si éste no está obligado a contentarse con la simple apariencia. No nos detendremos a explicar la verdad lógica, aquella que por su oposición a la verdad material obtendremos por medio del razonamiento, y que resulta cuando las nociones concebidas de las cosas no se ponen en contradicción con las leyes conocidas, y colocaremos de paso en esta división lo supponible, lo posible lógicamente. No discutiremos sobre la naturaleza de la verdad trascendental, reivindicada por el filósofo con el conocimiento del mundo metafísico; ni nos proponemos hablar sino de una verdad empírica aplicada a las cosas del mundo sensible, y que nos basta para dirigir por ella nuestras acciones.

La verdad histórica objeto de nuestros estudios, es aquella que procuramos obtener siempre que queremos asegurarnos de la realidad de ciertos acontecimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y en el espacio.<sup>2</sup>

Siguiendo la ruta que nos marcan los diccionarios, justo es referirnos al Diccionario Jurídico Mexicano, que al aludir al término **Averiguación**, lo hace de la siguiente manera: Averiguación.- Repitiendo literalmente la versión del Diccionario

<sup>1</sup> Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la Lengua Española*. Editorial Espasa-Calpe, S.A. España, 1970.

<sup>2</sup> Dáximo Novena Edición, pág. 148

<sup>3</sup> C.J.A. Mittermaier *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. Insituto Editorial Reus, Madrid 1959. Novena Edición pág 79

de la Lengua, pasa a ser una consideración ya de carácter legal y nos dice: "El vocablo es utilizado, en forma más general y ordinaria en referencia a la esfera procesal penal..."

El Artículo 1 del Código Federal de Procedimientos Penales, al establecer los distintos períodos del procedimiento penal, señala en su fracción I el de la Averiguación Previa, que comprende las diligencias necesarias para que el Ministerio Público pueda determinarse en orden al ejercicio de la acción penal.

Esta etapa de averiguación previa también recibe la denominación de preliminar; las actuaciones son realizadas, en sede administrativa, por el Ministerio Público.

La fase de averiguación comprende desde la denuncia o la querrela (se pone en marcha la investigación) hasta el ejercicio de la acción penal, con la consignación o, <en su caso> el acuerdo de archivo con la conclusión de la Averiguación, o la determinación de reserva<sup>2</sup>, que solamente suspende la averiguación.

La Averiguación tiene por objeto que el Ministerio Público practique todas las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del diligenciado, en definitiva se trata de una preparación para el ejercicio de la acción penal.

La averiguación comporta, por consiguiente, todas las actuaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad material, de la verdad histórica.<sup>3</sup>

Por su parte la Nueva Enciclopedia Jurídica de Francisco Seix, accede al tema diciendo: "Averiguación del Delincuente".

**1. Consideración metodológica del problema.-** Una vez que se tiene noticia de la existencia posible de un delito, por el hallazgo de restos humanos, estar en presencia de un cadáver, o ante un herido que acude en socorro de los primeros auxilios médicos, etc., ha de procederse —dice acertadamente García Goyena— a determinar quién o quiénes sean las personas delinquentes, esto es, su autor o autores. He aquí expresamente indicadas las dos operaciones claves o básicas de toda investigación criminal: comprobación del delito y averiguación del delincuente.

Estas dos partes no aparecen materialmente separadas en todos los casos, porque unas veces, a la par que se prueba la existencia de un delito, se demuestra también quién es la persona delincuente; de aquí que en algunos sumarios las primeras diligencias encierran las dos partes que se desean indagar, pero en otras, estando claro el hecho, se investiga quién es su autor

<sup>2</sup> En materia de Fuero Común para el Distrito Federal, el acuerdo de reserva ha sido abolido.

<sup>3</sup> Márquez Píñero, Rafael. *Diccionario Jurídico Mexicano*. UNAM, México, 1982. Tomo I. Pág. 257.



fundamentalmente, centrándose toda la actividad policial o judicial a demostrar, sobre hecho cierto, quién fue su autor material y las relaciones de su actuación que determinan la ulterior calificación jurídica. La averiguación del delincuente constituye el objeto segundo del sumario -dice Tapia-, considerando que el primero es la determinación del delito cometido. Esta binaria consideración procesal del objeto de la actividad jurisdiccional se corresponde con el esquema mental sustantivo que distribuye, a su vez, la base de su indagación propia entre la teoría del delito y la del delincuente. Por tanto, el derecho material penal y el adjetivo trabajan acordes sobre una doble base común ideológica.

**II. Importancia o significado de la operación.-** La importancia o significado de la operación es extraordinaria. Sin la determinación exacta de sujeto responsable, el proceso trabaja en el vacío, es una máquina empeñada en lograr la condena de un fantasma, y esto es absurdo. No sólo el principio de identidad personal de delito y autor, sino la razón, exigen siempre la existencia judicial del sujeto responsable.

Pero ¿cómo lograrlo y conseguirlo frente a la contumacia del huido, evadido u oculto? La más elemental consideración del problema comprende *ipso facto* que tal operación, si fácilmente sucedera en la gran mayoría de la simple delincuencia, se complica a veces extraordinariamente en los delitos más abyectos y oscuros, precisamente en aquellos en que está más empeñada la acción pública, en conseguir una justa reparación al escandaloso crimen cometido.

La complejidad a que se presta la operación en muchas ocasiones, ha conducido al fomento y estímulo del sector de la novela policiaca, que tan felices cultivadores cuenta entre las últimas generaciones literarias y singularmente en el mundo anglosajón. El núcleo esencial de esta literatura lo suele componer el ingenio de la intriga para descubrir al autor del crimen entre la más cerrada maraña de circunstancias que conspiran generalmente a no dejar sorprender el secreto que oculta; la personalidad de aquél. A tan alto grado de perfección ha llegado el género, que cuenta orgullosamente entre sus producciones obras maestras de género poético de la humanidad, como es la creación novelística de Dostoyevski, titulada Crimen y Castigo, cuyo *leit motiv* lo constituye precisamente el descubrimiento del autor del episodio central de la obra.

Con lo expuesto queda dicho que la operación posee naturaleza y alcance que rebasan las fronteras de lo jurídico, puesto que exigiendo la caza del culpable singulares dotes de intuición y habilidad, capaces de superar las artes del más astuto de los criminales científicos, es obvio que invada el campo del arte policial o detectivesco y por tanto entregue su realización práctica al ingenio discrecional de la improvisación profesional, sobre el propio terreno de la acción. Por tanto, no es extraño que las leyes ofrezcan escasos preceptos articulados debidamente sobre la materia que, sobre ser superfluos, son de imposible captación en un esquema orgánico sistemáticamente articulado. El propósito supondría, nada menos, que conseguir el sobrehumano empeño de legalizar todas las combinaciones

desconocidas que le es dable urdir al ingenio humano en series y combinaciones teóricamente inagotables. En este aspecto no cabe más que afirmar que la malicia culpable sólo se supera con ingenio mayor, o que a la astucia sólo se la vence con astucia superior. Sobre esta base racional pueden exponerse, sin embargo, las escasas reglas legales que se han articulado en nuestro Derecho sobre tan sugestiva e interesante actividad jurisdiccional.

**III. Su significado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.**- La averiguación del delincuente está considerada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal como una de las operaciones claves de la pesquisa judicial o instrucción sumarial, de acuerdo con la indicación técnica que hemos expuesto. Según su artículo 299, el sumario lo constituyen las actuaciones encaminadas, entre otros fines, a hacer constar... «la culpabilidad del delincuente», en donde se halla implícita la condición de su determinación personal.

La propia ley, persistiendo en la idea, como una directriz de su arquitectura, encabeza la prueba en su título V, con la expresiva denominación: «De la comprobación del delito y averiguación del delincuente», dedicando los dos capítulos primeros al «cuerpo del delito», y el siguiente —capítulo 3º.— a «la identidad del delincuente y sus circunstancias personales», diligencias típicas de la operación general que venimos considerando. Los capítulos siguientes, lo hace a la articulación legal de los diferentes medios de prueba en general, en cuanto tienden a la determinación del sujeto y al objeto componentes del suceso criminal, y contribuyen a dicho fin; de aquí que convenga distinguir las reglas o normas genuinas o específicas de la operación consideradas, o las que lo son indirectamente, por medio de la actividad probatoria del singular medio de prueba a que afecta y de este modo ofrecer una exposición lo más correctamente articulada posible según un plan.

**IV. Naturaleza procesal.**- El poder de investigación o promoción autónoma de la prueba que la ley atribuye al juez penal en contraste con el civil, constreñido por las ligaduras del principio dispositivo, se desenvuelve —dice Florián— según tres direcciones: a) Actividad de adquisición de prueba; b) De aseguramiento de la misma con el sujeto culpable, y c) De coerción para obligarle a comparecer. La averiguación del culpable forma parte de la primera con título destacado, prorrogándose a la segunda como operación complementaria y accesoria, de tipo más de verificación responsabilista que probatoria propiamente dicha; pero así como las funciones segunda y tercera son típicamente propias del órgano jurisdiccional, la primera, como un «objeto del objeto procesal», compete, no sólo al juez instructor, sino a la policía, al fiscal e incluso al denunciante o actor, al perito y a cualquier ciudadano.

Desde el punto de vista de contenido. La diligencia posee un carácter complejo, o sea una prueba compuesta, precisando a colaboración de todos los medios y sujetos, y se integra por dos operaciones coordinadas entre sí: determinación de la persona o sujeto responsable (identificación del culpable o el

autor) e identificación de quién es la persona a que éste se corresponda (identificación de la persona o civil). El concurso de ambos componen o completan la operación judicial estudiada.

**V. Sus operaciones propias.-** La averiguación del delincuente, sea éste autor, cómplice o encubridor, dice Tapia que se hacía, en su tiempo, de cuatro maneras: primero, por escritos o documentos (por ejemplo, con cartas en que se comunicaron los delincuentes); segundo, por testigos; tercero, por confesión judicial o extrajudicial, y cuarta, por indicios y presunciones. La indicación es válida para nuestro Derecho actual, sin otra operación que añadir a la relación los peritos y la inspección judicial, para comprender todos los elementos de la prueba contenida en la ley procesal vigente. Su desarrollo íntegro supone el desenvolvimiento o exposición de todo el articulado legal de la prueba, lo que supera el contenido propio de la averiguación, pero puede verificarse el estudio específico de la misma seleccionando en síntesis los elementos básicos referentes a este objeto concreto, formando así como un esquema racional de la operación según la ley procesal.

**VI. La espontánea manifestación.-** La investigación judicial, como ya dijimos, habrá de orientarse ante la presencia de un hecho delictivo por la mera intuición para lograr la busca y captura del culpable marchando sobre los datos o indicios que posea. Es evidente que ante el misterio de un crimen cierto, el caso más simple y no raro que suele ofrecer para el descubrimiento de su autor, lo constituye la presentación espontánea de éste ante las autoridades confesándose culpable por sí mismo. Esta comparecencia, por cuanto representa una anomalía en el orden normal de sucesión de los acontecimientos humanos al afrontar directamente la pesadumbre penal que supone el crimen cometido, es siempre mirada con recelo, al menos *prima facie*.

El supuesto, aunque extraño, no es imposible y se suele presentar más veces de las que pudiera suponerse, sobre todo en los delitos políticos en los cuales no se soslaya la persecución de la justicia cuando con ello se pretende obtener un título de falaz martirio cuya explotación ulterior se calcula artemente; o en los delitos de imprenta en que las confesiones <espontáneas> al amparo de una inmunidad profesional, sirven para exonerar de culpa a libelistas al servicio del confesante, y, en fin, una serie de supuestos fácilmente justificables en aquellos casos en que la confesión supone para ellos un acto canjeable por un beneficio penal estimable, como la exoneración de la pena capital, atenuación de la responsabilidad, etc.

Preveniéndose de posibles supercherías verificadas al amparo de tal supuesto real, la ley obliga al juez a esclarecer la realidad aun mediando la confesión, pues tal operación, dice la ley, no le dispensa de practicar todas las diligencias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito (art. 406 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). El Código penal, por su parte, concede a la confesión hecha a impulsos de arrepentimiento

espontáneo y antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, el valor de ser una atenuante de la responsabilidad criminal (art. 9º., circunstancia 9ª).

Tal declaración no ofrece otra especialidad procesal que producir una diligencia declaratoria mediante comparecencia, en la cual se procurará destacar el momento en que tiene lugar y los móviles que le impulsaron a hacerla y cuantas circunstancias revelen la sinceridad de su manifestación.

El segundo supuesto de hecho, en el orden ascendente de su complejidad material, concibe averiguar *ipso facto* el delincuente en los casos de delito flagrante, que define el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento criminal; o sea, de flagrancia o cuasi-flagrancia. Así, se consideran delincuentes al que es sorprendido en el mismo momento de cometer el hecho, y aquel que fuese detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan. La evidencia que proporciona prueba tan directa y plena, tanto del hecho como de quién es el sujeto responsable, provoca un procedimiento o proceso singular, caracterizado por la simplicidad o concentración de trámites regulados en la ley procesal en el título tercero y su libro cuarto.

Este procedimiento abreviado posee una curiosa e interesante tradición. En el Derecho germánico, y en todos los delitos en que era sorprendido el autor en él y por tanto se estaba ante <reo presente>, existió el sistema llamado *Gerüfte* (de *Rufen*, igual a llamar), porque se iniciaba por el llamamiento que hacía el robado o quien sorprendía el hecho a los vecinos para favorecer la detención del ladrón ya conocido. Con denominación equivalente en el idioma romanceado también se conoció en las fuentes españolas de la Edad Media, donde se usó la palabra <apellido> (de *apellare*, igual a llamar) para designarlo. Apellido significa —decían las Partidas— <voz de llamamiento que fazen los omes para ayudarse é defender lo suyo cuando recibe daño o fuerza> (Partida segunda, 26 y 24). López Ortiz se plantea la duda de si el <apellido> es una mera persecución de tipo policial o una actuación que desemboca en un proceso, y Valdeavellano entiende que puede ser también la fase inicial del proceso en los casos de delitos flagrantes. Independientemente de esta cuestión, el <apellido> es un caso <de reo cierto> y, por tanto, la averiguación del delincuente está manifiesta en el acto inicial.

Queda por considerar el supuesto más corriente en la práctica judicial, aquel en que sobre hecho cierto o presuntamente delictivo se indague la averiguación de autor, perdido en la confusión de los hechos o elementos de una prueba abigarrada o bien en la desolación de una ausencia o casi carencia de prueba. La complejidad de la operación bien merece una consideración propia.

**VII. Práctica en caso dudoso o complejo.**— Aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal rotule su artículo 5º con el doblemente expresivo <de la comprobación del delito y la averiguación del delincuente>, no reserva

expresamente ninguno de sus capítulos a la última operación como era razonablemente de esperar. En realidad la presupone, y sin constituir una dedicación especial de la misma desarrolla todo su articulado sobre los diversos modos o medios de prueba enfilado a este propósito procesal inconexamente entre sí. Sin embargo, puede intentarse una relación sintética de sus preceptos referidos al problema.

Frente al misterio de un delito en el cual hay indicaciones más o menos firmes sobre su autor, se ha propendido históricamente a lograr la confirmación o aseveración de tales índices por la propia confesión del reo. El reo convicto y confeso ha constituido y constituye el desiderátum de toda pesquisa policial o judicial, porque, decimos en nuestro Derecho procesal, <nunca descansa más confiadamente la conciencia de los magistrados que cuando apoyan sus resoluciones en una franca confesión del culpable que la realidad ratifica además>. Históricamente la provocación de la confesión estuvo ligada a los más oscuros tiempos de la vida judicial, utilizándose las más bárbaras e ingeniosas formas del tormento para obligar a un reo a reconocer su crimen. La evolución jurídica ha liberado a la administración de justicia de estas supersticiones y hoy las leyes procesales buscan la confesión por medios ingeniosos compatibles con la dignidad humana. Escuetamente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que el juez instructor posee poderes amplios en este orden de cosas, pudiendo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o querellante particular hacer que presenten cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos (art. 385). A este efecto basta que a una persona se le impute un acto punible para que <deba ser citada para ser oída> (art. 483). Las declaraciones reunirán los requisitos legales de ser juramentada, espontánea, consciente y judicialmente verificada. Una vez procesado, en la primera declaración será preguntado por sus circunstancias personales, a los efectos indagatorios de fijar las señas de su identidad personal, según el artículo 388 de la referida ley.

El interés social, en orden a la determinación y captura del culpable, proroga la jurisdicción inquisitiva del juez incluso al interior de los domicilios personales, terreno exento a otras intromisiones oficiales o privadas. El juez o Tribunal, dice el artículo 546, que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro de día o de noche en todos los edificios o lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen cuando hubiere indicio de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, etc.

Los testigos pueden, en muchos casos ofrecer noticias útiles o decisivas en la determinación del culpable. Normalmente, tal operación se verifica espontáneamente por las meras declaraciones de aquellas personas, sobre las circunstancias identificadoras del mismo, por haberla visto o incluso oído directamente en actos de realización delictiva, o incluso por noticias indirectamente captadas de referencia. Cuando dirijan cargos a determinada persona, deberán reconocerla judicialmente si el juez instructor, los acusadores o el mismo inculcado conceptúan fundadamente precisa la diligencia para la

identificación de este último con relación a los designantes, a fin de que no ofrezcan duda quién es la persona a que ellos se refieren. Pericialmente la prueba sobre la averiguación del delincuente se nos ofrece llena de sugerencias con sólo considerar las operaciones de dactilografía encomendadas esencialmente a la policía estatal, o las que ofrecen identificación de pelos, restos de tejidos, etc., encontrados en el lugar del suceso, los que sometidos a laboriosos procesos de investigaciones fisicoquímicas producen a veces pruebas apodícticas sobre la persona que se buscaba. Previéndose para estas posibles operaciones indica la ley que cuando el delito haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el juez instructor las recogerá y conservará procediendo al efecto de inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia del hecho.

Por último, el documento, esencialmente los modernos gráficos, fotografías, cinematografía, dictáfono, etc., son instrumentos de valor imponderables para la determinación y responsabilidad de los autores de los crímenes. Ingeniosas producciones artísticas han basado su apasionante trama en el desarrollo a que da lugar la determinación de los autores de un bárbaro atentado social realizado en forma tumultuaria, que escondidos en el anónimo del motín se ven terroríficamente sorprendidos cuanto la pantalla cinematográfica muestra al vivo el momento en que realizaron enfurecidos el asalto criminal que un "cameraman" captó clandestinamente. Las condiciones que este medio probatorio puede ofrecer al fin propuesto no es preciso encarecerlas porque se ofrecen evidentes a la consideración general.

**VIII. Identificación personal o real.**- La averiguación del delincuente se completa con la segunda operación identificadora que se denomina identificación personal o civil, que pretende determinar quién es el presunto culpable, ya físicamente conocido, o sea, determinar su filiación civil exacta. Sabido que la persona a quien nos referimos es el autor del hecho, se agota la operación determinando <quién es> este autor, o sea, con qué persona civil se corresponde. De la existencia procesal determinante de la necesidad de fijar indubitadamente la persona contra la cual se propone la pretensión penal, surge la necesidad - dice Carnelutti - de su identidad, o sea, determinar la coincidencia entre la persona indicada y la que está sujeta al juicio, pues sin acusado cierto éste no puede verificarse.

Normalmente ésta se realiza judicialmente mediante los documentos registrales del estado civil de las personas, certificados de nacimiento que prueban directamente las condiciones que se refieren a las relaciones parentales y ocasionales, sincrónicas, (como diría Carnelutti) en que el nacimiento y demás actos relativos al estado civil ocurrieran, y en defecto del mismo entran en juego las reglas subsidiarias del Código civil. Contribuyen también a este efecto los demás documentos, como antecedentes de conducta o personales en cuanto ofrecen datos que indican o muestran circunstancias de una persona cierta. Subsidiaria o constantemente contribuyen a este fin los datos ofrecidos o

suministrados por la policía mediante las precisas operaciones de identidad personal que constituyen uno de sus fundamentales cometidos. Y por último, contribuyen corroborando a los documentos o supliéndolos, los testigos que conozcan al inculcado, ello fundado <en la imperfección del Instituto del Nombre, pues lo que importa no es tanto la persona nominalmente indicada, sino la identidad del acusado>, lo que se practica por reconocimiento, bien sólo a presencia judicial o en rueda de presos, según determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Fijada su personalidad de modo incuestionable, la diligencia propuesta logra firmeza procesal franqueando la marcha del curso procesal a su destino legal final, el juicio oral.

**IX. Funciones colaboradoras de la actividad jurisdiccional.**- En función colaboradora con la pesquisa jurisdiccional actúan, según indicamos, otros elementos; como auxiliares del juez o Tribunal; Ministerio fiscal, particulares, peritos... y preponderantemente la policía como judicial.

Interviene el Ministerio fiscal en la operación en función del título eminente que le confiere la ley para representar su viva voz en los Tribunales, lo que se verifica bajo el triple aspecto: en cuanto jefe directo de la policía judicial, **aun en la menguada medida que nuestras leyes le reconocen**; en cuanto órgano de instrucción y en cuanto sujeto procesal-parte, solicitando la práctica de las diligencias que estime indicadoras al fin considerado o bien aportándolas directamente.

El particular contribuye espontáneamente en ejercicio de la función pública de colaborar a la persecución de los delitos o bien como testigo requerido judicialmente según hemos indicado. En relación con su primera intervención, dice la ley procesal que cualquiera puede detener a las personas que se encontrasen en los supuestos del artículo 490, todos ellos <casos de reo conocido>, con lo cual se tiene supuesta por la autoridad la identificación del culpable.

Finalmente, la policía judicial actúa en función relevante, puesto que con la misión preventiva de los delitos cumple la esencial de recoger y conservar las pruebas de los ya cometidos. Por ello merece una indicación particular.

**X. La intervención policial.**- En orden a la actividad policial dirigida al fin procesal propuesto, cabe indicarla según las dos funciones nucleares que venimos considerando: averiguación del sujeto delincuente e identificación personal del mismo. La policía judicial -dice expresivamente el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento criminal- tiene por objeto o misión, practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos y descubrir los delinquentes, etc. El cumplimiento de tan amplia función permite que aquellos practiquen cuantas diligencias les sugiera su celo a los fines de la perfecta identidad del culpable y la demostración de su culpabilidad. Así actúa la policía, directamente interrogando a los testigos, requiriendo la colaboración de las autoridades, peritos; incluso, puede practicar y practica detenciones directas en el marco de las garantías penales, e

interrogatorio de los presuntos culpables hasta que la culpabilidad se muestra patente. Los funcionarios de la policía judicial extenderán un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la mayor exactitud, constando las declaraciones é informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubieran observado y pudieren ser prueba o indicio del delito (art. 292).

La identidad de las personas culpables es una operación típicamente policial y cada día más precisa en la lucha contra el crimen. Es necesario prevenirse siempre de aquellos errores que la mala fe, la ignorancia o el descuido cometan. Importa buscar, pues, para cada hombre, no un nombre civil, sino un nombre imborrable, un nombre natural, o mejor dicho, un nombre antropológico, algo que nadie pueda arrebatárselo ni el mismo desprenderse de él como no sea destruyendo su personalidad. A esto tienden los tres procedimientos técnicos empleados en la identificación: la dactiloscopia, el retrato hablado o filiación descriptiva, y la fotografía, instrumentos poderosos de colaboración en la averiguación del delincuente, que proporcionan un rendimiento inestimable al fin propuesto.

**XI. Destino del proceso sin autor cierto.**- Si la averiguación del delincuente es condición esencial, presupuesto básico para que pueda dictar su resolución a fondo sobre su responsabilidad discutida, ¿cuál será el destino del sumario en que dicho inculpado no aparezca? ¿Qué efectos procesales producirá la indeterminación del sujeto responsable?

Es evidente, en supuesto semejante, que la relación jurídica material de causalidad que se monta sobre la base de que sólo se responde criminalmente por lo actos causados personalmente, queda en imposibilidad de actuar y, por tanto, el proceso se fija en un punto muerto que las leyes del criterio legal no pueden vencer. Ciertamente existe un hecho objetivamente delictivo, pero nos faltan datos o elementos de juicio capaces para incriminárselo o imputárselo a persona alguna, al menos con certeza moral de causalidad. Entre la prueba absoluta que conduce a la condena y la prueba negativa, que impone la absolución, los grados de certeza y duda sin infinitos, y como si se abre el juicio oral inexorablemente hay que dictar resolución, es una regla práctica muy conveniente abstenerse de provocar tal resolución en los casos de prueba deficiente en que es casi seguro que en el juicio oral no se va a lograr una mayor claridad que la incierta del sumario incapaz de conducir la condena. El peligro de resolución absolutoria es evidente porque al vetar preclusivamente el paso a toda ulterior indagación sumarial, por el principio *non bis in idem*, se corre el riesgo de desaprovechar pruebas ulteriormente descubiertas y que por desconocidas hasta ahora no actuaron en la resolución final.

En tal supuesto de prueba deficiente, incapaz de provocar en nosotros la convicción de quién es el autor del hecho procesal, la solución más natural y apropiada es la de sobreseer las diligencias suspendiendo su tramitación en



espera de que nuevos elementos de prueba autoricen o determinen la reanudación de la marcha progresiva interrumpida venciendo la crisis a que el proceso estuvo sometido. Procederá el sobreseimiento provisional - declara la Ley de Enjuiciamiento Criminal - cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores (artículo 641, núm. 2º). La labor de la crítica forense en tales casos se centrará sobre la <suficiencia del motivo> para acusar o no, lo que supone un problema de pura intuición personal.\*<sup>4</sup>

Tras lo magistralmente expuesto por el Dr. Enrique Jiménez Asenjo, nos toca ahora volver nuestros ojos al panorama doctrinal nacional; así vemos que nuestros tratadistas han considerado este Instituto con poco prurito, al punto de que como veremos más adelante, reina la confusión y la incertidumbre en cuanto a ¿que fue lo que el constituyente del 17, quiso decir y considerar como Averiguación Previa?, ya que como atinadamente lo refiere el Maestro Guillermo Colín Sánchez, ...."como la **Averiguación Previa**, tal parece que no paso en ningún momento por la mente de los constituyentes, sino más bien es creación de quienes elaboraron los Códigos de Procedimiento Penales,"....<sup>5</sup>

Sin embargo, el propio Maestro Guillermo Colín Sánchez en su estupendo libro Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, al referirse a la Fase Preparatoria de La Acción Penal, subtitula a la misma como la Averiguación Previa, nos da un concepto que al mismo tiempo que vago, no refiere en sí, al Instituto que nos ocupa, sino al procedimiento en general. Y con respecto a la averiguación previa, nos dice: "La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la Averiguación Previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, práctica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar para esos fines el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad".<sup>6</sup>

Por su parte, el Maestro González Bustamante para referirse a la Averiguación Previa, lo hace apoyándose en el exiguo referimiento que de la misma hace el Código Federal de Procedimiento Penales, que sostiene que el Procedimiento Penal se divide en cuatro fases; y el Maestro dice: "la primera es la Averiguación Previa a la consignación a los tribunales llamada también fase Preprocesal, que tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no, la acción penal. Es en otros términos, el medio preparatorio al ejercicio de la acción".<sup>7</sup>

\* Lo subrayado es mío.

<sup>4</sup> Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo III. Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1969. Dr. Enrique Jiménez Asenjo, págs. 208 y siguientes.

<sup>5</sup> Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Edit. Porrúa, S.A. 2ª. Edición. 1970. Pág. 233

<sup>6</sup> Op. Cit., pág. 232

<sup>7</sup> González Bustamante, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, S.A. 4ª. Edición, México, 1967. Pág. 123

En forma, por decirlo especializada, Cesar Augusto Osario Nieto nos presenta un libro intitulado *La Averiguación Previa*; y dentro del mismo nos da un concepto que, a nuestro juicio, resulta pobre y no hace más que repetir lo que otros tratadistas; sin entrar a fondo en el estudio del Instituto. Y solo nos dice: "como fase del proceso penal, puede definirse la Averiguación Previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal".<sup>8</sup>

Con más estructura y mejor metodología, Sergio García Ramírez en su *Curso de Derecho Procesal Penal*, dedica un epígrafe a la Averiguación Previa y haciendo referencia a menciones anteriores, dentro del mismo texto nos dice: "Hemos dicho ya, que la Averiguación Previa, desarrollada en sede administrativa, ante el Ministerio Público, es la primera fase del procedimiento penal mexicano. Con ella se abre, pues, el trámite procesal que en su hora desembocará, llegado el caso, en sentencia firme. No es posible, sin embargo, desencadenar de cualquier manera la Averiguación Previa. Para que ésta tenga arranque, es menester que se satisfagan los llamados requisitos de procedibilidad, entendidos estos, como condiciones o supuestos que es preciso llenar para que se inicie jurídicamente el proceso penal".<sup>9</sup>

Con todo y a pesar del tiempo transcurrido, habrá que reconocer que con más tino y haciendo gala de su gran sagacidad y profundidad el Maestro Manuel Rivera Silva, desde los años de 1949, ya atisbaba la necesidad de diferenciar con más cuidado lo que es y representa la Averiguación Previa, separándola del proceso y hablando por primera vez, del procedimiento; éste como género y el proceso como su especie. Lo que de ninguna manera puede ser atentatorio a la Teoría General del Proceso, donde encuentra perfecto acomodo, pues no se desconoce en sí, la unidad; pero en materia penal dada su especial naturaleza, se reclama mucho más prudencia para desencadenar la función estatal, ya que de inicio se pueden y de hecho se lastiman intereses y derechos ciudadanos en suma delicados, como son la libertad, el prestigio y la misma paz y tranquilidad, que a toda la sociedad y en particular al derecho le interesa preservar.

En ese tenor de ideas, el Maestro Rivera Silva nos habló de los períodos en que se divide el procedimiento penal mexicano, y parafraseando su estupendo ensayo, podemos decir que estos son:

- a) Período de preparación de la acción procesal.
- b) Período de preparación del proceso, y
- c) Período del proceso.

<sup>8</sup> Osario y Nieto, César Augusto. *La Averiguación Previa*, Edit. Porrúa, S.A. 8ª. Edición, México, 1997. Pág. 4

<sup>9</sup> García Ramírez, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, Edit. Porrúa, S.A., 4ª. Edición, México, 1993. Pág. 386.

Brevemente diremos que el Maestro se refiere en el primero de los períodos, a la Averiguación Previa, en el segundo al Término Constitucional de las setenta y dos horas y el tercero, al mal llamado por muchos, Juicio; toda vez que se trata de la Instrucción.

Con respecto al primer período, el Maestro textualmente dice: "Los tratadistas mexicanos e incluso nuestra misma ley (Artículo Primero del Código Federal de Procedimientos Penales) hacen una división de los períodos del procedimiento diversa a la que nosotros hemos dado. Esta división la llevan a cabo tomando como pauta instituciones extranjeras que no tienen acomodo en nuestro medio y que, por ende, es imposible aludir a períodos con esencia y finalidad propios, fijados por nuestros legisladores. Por ejemplo, al período que va del auto de radicación al auto de formal prisión o sujeción a proceso, no le dan autonomía, a pesar de su contenido y finalidad específica que le separa propiamente del proceso". Así mismo, el Maestro añade:

"Para entender con más claridad la división de los períodos, hemos de pensar que nuestro procedimiento tiene una estructura lógica basada en lo siguiente: Una vez que se tiene conocimiento de un hecho que puede ser delictuoso, lo primero que procede es que la autoridad investigadora averigüe y reúna los elementos que son necesarios para poder acudir al órgano jurisdiccional en solicitud de aplicación de la ley en el asunto concreto. El órgano jurisdiccional a quien le han sido consignados los hechos, busca si en el caso de su atención, puede haber elementos que justifiquen el proceso, es decir, si puede comprobarse la existencia de un delito y si hay datos que hagan posible la responsabilidad de un sujeto. Sin estos elementos, el órgano jurisdiccional no tiene por qué continuar ocupándose del asunto, ya que no hay base para que realice actividades y sin dicha base sería ocioso el desarrollo de sus funciones. Si el órgano jurisdiccional encuentra que hay base para el proceso, inicia éste; y después de que las partes aportan los medios probatorios que estimen pertinentes para la ilustración del órgano jurisdiccional, fijan su parecer tomando en consideración dichas pruebas, se aplica el derecho".

"En el panóptico presentado, claramente se deslindan los tres momentos en que hemos dividido el procedimiento: el primero, en el que la autoridad investigadora reúne los elementos necesarios para acudir al órgano jurisdiccional; el segundo en el que la autoridad judicial, antes de abrir un proceso, busca la base del mismo, mediante la comprobación del cuerpo del delito y la posible responsabilidad y, el tercero, en el que habiendo base para un proceso, se abre éste y las partes aportan los medios probatorios fijando sus posiciones; y tomando en consideración estos medios probatorios, el juez resuelve".

"La explicación hecha creemos que es lo bastante clara y que a ella se debían someter nuestras normas procesales, más por desgracia, no sucede así".<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Rivera Silva, Manuel. *El Procedimiento Penal*, Edit. Porrúa, S. A., 13ª. Edición, México, 1983. Pág.39

Con lo dicho hasta ahora, podemos considerar que ya tenemos una noción general de la Averiguación Previa; y al mismo tiempo, podemos constatar que pese a los inúmeros esfuerzos de nuestros tratadistas, no se ha podido llevar al plano legislativo una coherente articulación entre la teoría y la práctica, persistiendo un divorcio de funestas consecuencias que se ve reflejado en el hecho de que de 232,821 Averiguaciones Previas iniciadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en 1996, únicamente se consignaron ante el juez el 10%; y de éstas, los jueces sólo otorgaron un 10% de las ordenes de aprehensión solicitadas por el Ministerio Público. Y finalmente, solamente en un 3.8% de los casos sometidos a proceso, se logro una sentencia condenatoria. Y esta misma situación se vivió en el ámbito federal y en el resto del país, según lo reconoció públicamente el C. Presidente de la República en su 4º Informe de Gobierno.<sup>11</sup> Lo que nos da claras muestras de que en México priva la impunidad. Y sin entrar en guarismos las cosas siguen igual.

Cuenta habida que el presente trabajo irremediamente apunta a ser un epitome, no podemos extendernos en el tema; sin embargo, a lo largo del trabajo nos vamos a ir refiriendo al mismo tópico para que se vaya configurando la idea central que, como se tiene dicha en la Introducción, la situación de la Averiguación Previa en México reclama con urgencia una reforma integral y, básicamente, en el ámbito constitucional, para que de ahí se irradie a la legislación secundaria y se cumpla cabalmente con la filosofía y fines primordiales del Derecho Penal.

Por otra parte, no entraremos al terreno del Derecho Comparado ni a la doctrina extranjera, en función de que, como lo revela nítidamente páginas arriba, Jiménez Asenjo, en la legislación española no se reconoce a la Averiguación Previa con la misma connotación que entre nosotros tiene; y lo mismo sucede con Francia, Italia y Alemania, [Derecho Continental Europeo], con la que tenemos más semejanza; por lo que está de sobra decir que el tema nada tiene que ver en la legislación anglosajona. Aunque, con respecto a ésta, más adelante la vamos a referir y tomar en cuenta para algunas propuestas, particularmente cuando toquemos el punto del Ministerio Fiscal.

## 1.2 Fundamentación Constitucional y Leyes Secundarias

Pese a que el Constituyente menciona a la Averiguación Previa en el artículo 19 Constitucional, el fundamento de la Averiguación Previa realmente se encuentra en el Artículo 21 de la Carta Magna, en donde puntualmente, en la parte que nos interesa, dice: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. **La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél.**"\*

<sup>11</sup> 3º Informe de Gobierno del C. Presidente de la República, publicado en el Diario Reforma el 2 de septiembre de 1998.

\* Texto original de 1917. Aunque en el proyecto original presentado por el Primer Jefe, decía: "...Sólo incumbe a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos de policía y la persecución de los delitos, por medio del Ministerio Público y de la policía judicial, que estará a la disposición de éste.

De esta redacción, heurísticamente nuestro legislador secundario estatuyó en los Códigos Adjetivos, lo que a lo largo de casi un siglo hemos conocido como Averiguación Previa, la que tiene cualidades y propiedades que debiendo estar bien diferenciadas, con mucha frecuencia se confunden con otros períodos que al igual de importantes son significativamente diferentes, como lo es el llamado Período de Término Constitucional <Preprocesal> y al que realmente se refirió el Constituyente en su Artículo 19; el período de Instrucción o Proceso y el Plenario o Juicio, propiamente dicho, pues es donde se dicta la sentencia. Desde luego, sigue el período de Impugnación o Segunda Instancia, el que obviamente se aparta más de la Averiguación Previa, objeto y motivo de nuestro trabajo.

Por cuanto hace a los Códigos de Procedimientos Penales, el Código Federal vigente con buen tino legislativo la considera en la fracción I del artículo 1; destinándole además el título segundo. Por lo que hace al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, éste en forma menos precisa hace alusión a ella en el Título Segundo, englobándola con la Instrucción y refiriéndose como diligencias de Averiguación Previa, asignándole los Capítulos I y II de la Sección Segunda, pero reservándole al órgano jurisdiccional la declaración de cuándo un hecho es o no delito.

Atendiendo a su mejor construcción técnico-legislativa, o al menos así nos parece a nosotros, por cuanto hace al Instituto que nos ocupa, en mayor parte, a lo largo de este trabajo, preferentemente nos vamos a referir al Código Federal de Procedimientos Penales; aunque cuando lo consideremos oportuno, también vamos a considerar al Código adjetivo del Distrito Federal.

Con respecto a la inserción y consideración de la Averiguación Previa en la Carta Fundamental, creemos oportuno citar la espléndida aportación que sobre el particular hace el doctor Jesús Zamora Pierce<sup>12</sup>, en su Ponencia relativa a La Sentencia Errónea en El Proceso Penal, con la que contribuyó en los trabajos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en relación a "La Importancia y Perspectivas de las Reformas Penales"; reformas habidas en México en el año de 1993.

En su exposición nos dice que con anterioridad a la Constitución de 1917, en México la investigación de los delitos estaba confiada al Poder Judicial, quien la ejercía a través de los Jueces de Instrucción, quienes contaban para ello, y bajo sus ordenes, con la Policía Judicial. En esa época ya existía el Ministerio Público, que aunque diferente al actual; podía intervenir en la investigación de los delitos, pero únicamente como Policía Judicial. En ausencia de los Jueces de Instrucción, los Jefe Políticos, los Presidentes Municipales, y hasta las autoridades militares intervenían levantando las actas necesarias, remitiendo de inmediato lo actuado al Juez de Instrucción, quien iniciaba de oficio del procedimiento investigador sin esperar para ello, ser requerido por el Ministerio Público.

<sup>12</sup> Zamora Pierce, Jesús et al. *La Importancia y Perspectivas de las Reformas Penales*. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México, 1994. p.73

Los Jueces de Instrucción en su función investigadora, eran claramente inquisitoriales, lo que dio motivo a que el Constituyente de 1917 hiciera una honda transformación a la tendencia, destacando la importancia que debería tener el Ministerio Público, para abolir el vicio de consolidar en una sola persona las figuras de Juez y Parte. Sin embargo el alcance de la Reforma parece haber escapado al mismo Constituyente, que al parecer, no estuvo consciente de que los actos del Ministerio Público, también integrarían una etapa procedimental, y no se preocupó por otorgar garantías que amparasen al indiciado durante esta etapa. Más aún, es posible que el Constituyente con el término "Averiguación Previa", se refiera a una etapa procedimental diversa de aquélla que nosotros denominamos así. En efecto, el texto Constitucional menciona la Averiguación Previa únicamente en su artículo 19, para el efecto de afirmar que el auto de formal prisión expresará: "... los datos que arroje la **averiguación previa** que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado". De donde podría sostenerse que el Constituyente designaba con el nombre de "Averiguación Previa" al período de setenta y dos horas que, conforme a los artículos 19 y 107 fracción XVIII (hoy derogada), de la Constitución Federal, es el límite de la detención a que puede someterse un individuo antes de dictarle el auto de formal prisión o de libertad. Es por esto que Guillermo Colín Sánchez afirma que: "...como la Averiguación Previa, tal parece que no pasó en ningún momento por la mente de los Constituyentes, sino más bien, es creación de quienes elaboraron los Códigos de Procedimientos Penales"<sup>13</sup>

Consecuente con lo anterior, el Constituyente Paulino Machorro Narváez, escribiendo en el año de 1941, se manifiesta sorprendido por "...el hecho de que el Ministerio Público, al recibir las denuncias y querrelas, practica averiguaciones completas y dilatadas, en ocasiones tardan meses y aún años, y hasta después de agotadas dichas averiguaciones, verdaderas instrucciones, consigna el caso a un juez, y aún esto a voluntad, al mero arbitrio del propio Ministerio Público, por que, cuando le place opinar que no hay delito, autoritariamente lo declara, sin intervención alguna de un juez, y el asunto a concluido para siempre. Se ha querido fundar esta práctica inusitada para todos los países civilizados y para todas las legislaciones, salvo quizá las de regímenes totalitarios, en la atribución que hace el artículo 21 de la Constitución al Ministerio Público, de la facultad de perseguir los delitos. Pero el texto Constitucional no autoriza esa interpretación, por que sus términos mismos colocan esa facultad del Ministerio Público en los límites de una intervención policiaca". Agrega Machorro Narváez, que la interpretación actual del artículo 21 Constitucional obedece a "... tendencias que hicieron su aparición, muchos años después de la Constitución" pues, conforme al criterio del Constituyente" averiguar, en consecuencia y tratándose del Ministerio Público, no quiere decir que en él radique la jurisdicción para practicar la instrucción, que supone un conjunto de actos jurisdiccionales, exclusivos del juez, sino tan sólo

<sup>13</sup> Colín Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.* p.234

que él auxiliará en la averiguación que el juez instruya; y, en el lenguaje constitucional mexicano, que ese auxilio lo prestará por medio de los agentes de la policía judicial".<sup>14</sup>

En éste mismo orden de ideas, vale decir que entre las bases que establece la Constitución de 1917 y el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, para el Procedimiento Penal, existen no pocas coincidencias. Las Constituciones de 1857 y 1917 son las que han reconocido con mayor amplitud los derechos humanos del inculcado para tratar de superar el procedimiento inquisitorio que heredamos de la colonia y particularmente del Tribunal del Santo Oficio. Inclusive, hay en la Constitución de 1917 derechos que tienen una mayor extensión que en el proyecto de reglas mínimas.

Sin embargo, el propósito de remontar el procedimiento inquisitorio no se ha podido alcanzar en forma definitiva, sobre todo, por que no se han podido separar con precisión, las funciones de acusar y de juzgar. **Bajo la vigencia de la Constitución de 1857 se trató de adoptar de Francia la figura del Juez de Instrucción**, pero en nuestro país se le distorsionó. En Francia, el Juez de Instrucción, como órgano del Poder Judicial, tiene la función fundamental de autorizar las medidas coercitivas (detenciones, cateos, etc.) que solicite el Ministerio Público y resolver si las investigaciones realizadas por éste, reúnen los requisitos legales para que se pueda iniciar el proceso penal ante un Tribunal distinto del Juez de Instrucción. Hay dos reglas fundamentales a saber: el Juez de Instrucción en ningún caso investiga ni conduce la investigación, pues éstas actividades le corresponden al Ministerio Público, y el Juez de Instrucción en ningún caso conoce del proceso penal, pues éste se debe someter al conocimiento de un Tribunal o Juez distinto.

La adopción del Juez de Instrucción en nuestro país no cumplió con ninguna de éstas dos reglas, nuestro Juez de Instrucción del siglo ante pasado sí investigaba y conducía la investigación y, además, era el que conocía y resolvía el proceso penal. Era el investigador, el acusador y el juzgador. Por eso Venustiano Carranza afirmó, en el mensaje que dio el 1º de diciembre de 1916, en la apertura de Sesiones del Congreso Constituyente, que "los jueces mexicanos habían sido, desde la consumación de la independencia hasta esa fecha, iguales que los Jueces de la época colonial; ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda desnaturaliza las funciones de la judicatura".

Carranza propuso superar esta distorsión atribuyendo al Ministerio Público "la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no

<sup>14</sup> Machorro Narváez, Paulino. *El Ministerio Público. La Intervención de Tercero en el Procedimiento Penal y la Obligación de Consignar Según la Constitución*. Publicaciones de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación. Correspondiente de la Real Madrid.

se hará por procedimientos atentatorio y reprobados, y la aprensión de los delincuentes"(en cumplimiento de las respectivas órdenes judiciales de aprensión).

Pero desde 1917 se ha venido dando una tendencia a incrementar las facultades del Ministerio Público y a darle un mayor contenido y alcance a la Averiguación Previa, que ha terminado por convertir a este órgano en un Investigador-Juzgador, y a la Averiguación Previa en prácticamente un juicio previo al proceso penal, en el que el Ministerio Público investiga y juzga si se han acreditado todos los elementos de delito. Aún más, la reforma de 1993 a los artículos 16 y 19 de la Constitución, fue la consolidación de ésta tendencia, pues facultó al Ministerio Público para ordenar la detención del inculpado en casos de "urgencia", sin necesidad de autorización judicial previa y prácticamente determinó que durante la Averiguación Previa se deban acreditar los elementos del delito, incluso del Tipo [permitiéndole además, recibir las pruebas que le ofrezca el Indiciado]. De este modo, cuando el Ministerio Público consigna una averiguación previa ante un juez para que se inicie un proceso, ya debe haber reunido previamente, todas las pruebas que acrediten todos los elementos del delito, que obviamente incluye la probable responsabilidad del aún Indiciado.

En el Proyecto de Reglas Mínimas se pueden encontrar una propuestas que pueden contribuir a aclarar estas distorsiones. En la regla 2, inciso 1, se establece como principio general, que "las funciones investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora"; en la regla 18, inciso 1, se señala, como regla general, que "sólo una autoridad judicial ajena a la investigación podrá dictar medidas procesales que impliquen una limitación de los derechos de la persona"; y en la regla 29, inciso 1, que "**todas las pruebas habrán de ser practicadas ante el tribunal sentenciador**".

Lo anterior nos sirve para considerar que si la tradición inquisitorial no nació de una invención prehispánica ni novohispana, sino de una tendencia común que se intensificó en España y sus dominios; y nada impide conocer y aprovechar las experiencias e innovaciones de otros países y organizaciones que han buscado transformar el procedimiento inquisitorio en un verdadero proceso acusatorio. Estas consideraciones la vamos a retomar y plasmar en los capítulos III y IV siguientes.

### **1.3.- Límite, Fin y Contenido de la Averiguación Previa.**

En cuánto al límite o límites de la Averiguación Previa, de lo dicho hasta ahora, es fácil advertir que dada la situación que priva en el derecho positivo mexicano, la Averiguación Previa arranca a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un **posible delito**, *notitia criminis*, y concluye con su Determinación, que lo mismo puede consistir en la Consignación ante el Juez Penal, lo que implica el ejercicio de la Acción Penal, o también, el no ejercicio de dicha Acción, misma que por mandato constitucional le fuere encomendada. Cabe hacer notar que en el ámbito federal, en el artículo 131 del



Código de Procedimientos Penales, el Representante Social al no contar con suficientes datos para consignar, puede optar por ordenar la Reserva del expediente, en espera de que en un futuro se le puedan allegar las pruebas o datos que le faltaren para comprobar el Cuerpo del delito, o la probable responsabilidad del Indiciado; y entre tanto se ordenará a la policía que haga investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos. Esta posición ha sido objeto de críticas e impugnaciones toda vez que se considera que el Presunto queda atado a una investigación que al lado de las molestias que ello implica, lo deja ante la Sociedad como un "sospechoso", lo que pugna con las más modernas tendencias del derecho Penal, pues equivale sostener a la infausta figura Romana Non Liqueat, "*no es claro*", proscrita en el artículo 23 Constitucional, al prohibirse la Absolución de la Instancia, que pugna abiertamente, con el Principio de Presunción de Inocencia, ya de rancia presencia en nuestro Derecho y contemplado en el artículo 14 Constitucional, al exigir el Debido Proceso; y no como se cree que es de cuño reciente, a virtud hecha por las reformas al artículo 9º del Código Penal Federal publicadas en el Diario Oficial el 13 de enero de 1984. Lo que sucede es que la redacción anterior a la reforma que rezaba "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario", obedecía a una pésima construcción legislativa, pues desatendía la Norma Constitucional antes aludida; más aún, ya en el siglo XIX el eminente jurista mexicano Don Ponciano Arriaga, pronunció esta sentencia "**Todo hombre esta en posesión perfecta del estado de inocencia mientras el juez competente no suspenda esa posesión por medio de un acto motivado que aclara la averiguación por la vía de la jurisdicción criminal**"<sup>15</sup>. Es por todos estos antecedentes que en las últimas reformas para el Distrito Federal, el Ministerio Público "ya no cuenta con dicha opción", lo que en nuestra opinión, resulta del todo saludable, máxime conociendo las corrompidas prácticas de nuestra policía judicial; de ahí que esperamos que en un futuro próximo, en el ámbito federal se suprima esta figura procedimental.

Por otra parte, es prudente y oportuno señalar que es el Ministerio Público, la única autoridad que con fundamento constitucional, puede y esta autorizada a iniciar la Averiguación Previa; con la excepción, en apariencia, del procedimiento previsto en el artículo 74, fracción V, en relación con los artículos 110 y 111 de la Constitución Federal, en donde la Cámara de Diputados, con respecto al juicio político, y superada la ya abrogada Acción Popular, contenida en el párrafo quinto del original texto Constitucional, por las reformas publicadas el 28 de 1982, en el Diario Oficial, ésta se convierte en el órgano de acusación; análoga situación se presenta respecto al 111, donde practica las investigaciones necesarias para acreditar la existencia del delito y en caso afirmativo, en sesión y con la mayoría absoluta de sus miembros presentes, declara si ha o no lugar a proceder contra el inculpado. Decimos que es en apariencia en atención a que esto supone una previa denuncia ante el Ministerio Público, y al final de dicho procedimiento, el dictamen de la cámara Alta, propiamente regresa ante el Órgano de acusación y que siempre lo es el Ministerio Público. Esta situación es del todo distinta a la que

<sup>15</sup> Sesión del H. Congreso de la Unión de fecha 4 de noviembre de 1956. Diario de Debates.

se contiene en la fracción VII del artículo 42 del Código Fiscal de la Federación, pues aquí si se contrapone una ley secundaria a la norma fundamental, ya que se pretende indebidamente, atribuir a las diligencias practicadas por la Secretaría de Hacienda, el mismo valor probatorio que el código de Procedimientos Penales le concede a las actas de la policía judicial, lo que es del todo inadmisiblemente atento a lo prescrito por el artículo 21 Constitucional, en donde se reserva al Ministerio Público el monopolio de la investigación y persecución de los delitos, de ahí que las actas y diligencias que practique la Secretaría de Hacienda, en forma alguna podrán configurar una Averiguación Previa, ni alcanzar el valor de prueba plena, como lo tiene ésta. Más aun, en nuestra opinión, ni siquiera las actas de policía judicial que levante ésta, antes de la intervención del Ministerio Público, tienen valor probatorio pleno en los términos contemplados en el artículo 286 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, ya que en una correcta hermenéutica, el numeral reclama que las mismas se ajusten a las reglas relativas a este código, lo que nos remite al artículo 262 de dicho ordenamiento, que es casi idéntico al 113 del código federal, el que lamentablemente acusa un defecto en su redacción al mezclar el pronombre singular con el plural, pero que no afecta sustancialmente su interpretación. Por lo demás, no podemos pasar por alto los artículos 123 y 126 de este último ordenamiento y su correlativo 274 del fuero común, en donde de manera por demás imprecisa e impropia, se contempla la posibilidad de que las actas y diligencias de averiguación previa las puedan practicar "autoridades auxiliares" del Ministerio Público y las autoriza para que dentro de los tres días siguientes y ya concluidas, se las remita al ministerio Público. Todavía con mejor técnica y mayor prurito, el código local dice: Cuando la policía judicial tenga conocimiento de la comisión de un delito que se persiga de oficio "sólo cuando por las circunstancias del caso, la denuncia no puede ser formulada directamente ante el Ministerio Público," levantará un acta, de la cual **informara inmediatamente** al Ministerio Público, en la que consignara..... Es obvio que la legislación secundaria con esto, esta contraviniendo los postulados de la prescripción contenida en la Carta fundamental, pues ahí en ningún momento habla de que el Ministerio pueda delegar sus especialísimas atribuciones, y solo reconoce como su auxiliar, a la policía judicial, la que estará bajo su autoridad y mando inmediato; es decir, ésta no se le puede adelantar. Y si por lógica y obvias razones interviene ante un hecho que se considera, Comúnis Opinís, delictuoso, lo hace como cualquier ciudadano en semejante tesitura, pero su actuación no reviste las propiedades ni tiene el valor que la ley le asigna a la Averiguación Previa. Por lo demás, esta de sobra decir que el código federal se sale del marco legal, pues ni siquiera precisa a que autoridades auxiliares se refiere, pero aunque lo hiciera, éstas no están ni pueden estar, reconocidas por la norma fundamental que es la que informa y rige las funciones y atribuciones del Representante Social.

Por lo que hace al Fin que persigue la Averiguación Previa, creemos que no hay unanimidad de criterio, ya que para el Maestro Colín es la preparación del ejercicio de la acción penal, mientras que para el Maestro Rivera Silva es el período de preparación de la acción procesal; nos toca aclarar esta diferencia, y

así tenemos que con rigor metodológico, al maestro Rivera Silva le asiste la razón, ya que en esta fase procedimental el ministerio Público únicamente esta explorando primeramente, si el hecho acaecido en el mundo fáctico es legalmente posible considerarlo como delito, y en segundo lugar, esta averiguando quien o quienes son los posibles responsables; y en caso de resultar positivos ambos extremos, toda vía la ley lo conmina a constatar si al presunto no le asiste una Causa Excluyente de responsabilidad; cumplido esto y encontrando elementos para consignar, el Ministerio Público realmente lo que ejercita es una Acción Procesal, toda vez que es hasta el momento de Formular Conclusiones, cuando concreta el cargo y ejercita la acción penal. En este mismo sentido se pronuncia a el eminente jurista Julio Acero<sup>16</sup> cuando dice: "Las conclusiones acusatorias equivalen a la demanda en el Procedimiento Civil. Abren propiamente el juicio; constituyen el verdadero ejercicio de la acción penal, pues es allí donde se acusa ya en concreto a determinado individuo y se pide para el una pena determinada". Con semejante criterio Gonzalez Bustamante sostiene que el "Ministerio Público tanto en la Averiguación Previa como en la Instrucción, lo que intenta es la acción penal en *abstracto*, y se impone concretarla en el proceso".<sup>17</sup> En nuestra opinión, esta concreción se realiza al término del período instructorio y constituye la fase acusatoria; que es cuando se formulan precisamente las Conclusiones. Dicho sea de paso, que pese a la importancia que reviste este Instituto procesal, el código local no le asigna un capítulo especial como sí lo hace el ordenamiento federal, por nuestra parte, esperamos que en un futuro proximo, la Asamblea lo considere y lo incluya en la legislación de manera especial.

Al margen de lo anteriormente expuesto, la jurisprudencia y la doctrina dominante se orientan en el sentido de que el ejercicio de la acción penal se inicia con el acto de consignación, que requiere la satisfacción previa de los requisitos del artículo 16 constitucional, precepto que, sin embargo, no habla de consignación ni de acción penal; pero para los fines de este trabajo así lo vamos a dejar.

Con respecto al Contenido de la Averiguación Previa, éste se asocia con los fines que la justifican y dan vida. Reconociendo que la actividad instructora del Ministerio Público gira entorno a las nociones capitales del procedimiento penal mexicano, de cuerpo del delito y probable responsabilidad, postulados y consagrados en los preceptos Constitucionales rectores del procedimiento, no es difícil advertir que el contenido de este Instituto se oriente a la satisfacción de estos elementos. Para lograrlo, las leyes han referido con puntualidad aquellas diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal. Para ello, bástenos ver lo que indican los artículo 2º, 123, 124, 125 y 180 del Código Federal de Procedimientos Penales. En la fracción II de su artículo 2º, textualmente lo conmina a "Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpadó, así como a la reparación del daño". Los

<sup>16</sup> Acero Julio. Procedimiento Penal. Editorial José M. Cajica Jr., S.A. 6ª Edición Puebla Pue. 1968. Pág. 136

<sup>17</sup> Op. Cit. Pág. 44

artículos 123 y 124, le indican el cómo, con tanta minuciosidad y detalle que pareciera que rayan en lo obvio, pues el primero prescribe: Inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictaran todas las medidas y providencias necesarias para: proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuosos, los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; saber qué personas fueron testigos; evitar que el delito se siga cometiendo y, en general impedir que se dificulte la averiguación, procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de delito flagrante. El artículo 124 siguiente previene que: "En el caso del artículo anterior, se procederá a levantar el acta correspondiente, que contendrá: la hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos; el nombre y el carácter de la persona que dio noticia de ellos, y su declaración, así como la de los testigos cuyos dichos sean más importantes y la del inculpado, si se encontrase presente, incluyendo el grupo étnico indígena al que pertenece, en su caso; la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular; los nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar; el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellas intervengan; las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar". El artículo 125 previene, con demasiada obviedad, que el Ministerio Público podrá citar para que declaren sobre los hechos que se investiguen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos. En el acta se hará constar quién mencionó la persona que haya de citarse, o porqué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación". Más allá de todas estas minucias, con más amplitud y propiedad el artículo 180 nos dice: "Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho". La única limitación, y más bien regulación, que se enfrenta a este precepto es la contenida en el artículo 132, que previene que "En la práctica de diligencias de averiguación previa se aplicarán en lo conducente las disposiciones del Título Sexto de este Código". Este Título se refiere precisamente a la Prueba en general y a los Medios de Prueba en particular.

Con lo expuesto, esta de manifiesto que el contenido de la Averiguación Previa es todo lo que el Ministerio Público puede y debe hacer en esta fase del procedimiento, sin más límites que la moral y el propio derecho.

## 1.4.- El Ministerio Público en México.

### 1.4.1.- Reseña Histórica General.

Dada la importancia que reviste en el moderno Derecho penal la Institución que nos ocupa, menester sería dedicarle toda una monografía; sin embargo, nuestro esfuerzo debe orientarse al tema central. No obstante, resulta imprescindible presentar una breve noción y una semblanza general, para dar paso en seguida al Ministerio público en México.

A manera introductoria podemos afirmar que en todo país, aún de organización media, se dan entre sus habitantes y el Estado, relaciones de distinta clase que pueden agruparse en dos rubros genéricos a saber, las que revisten carácter privado y las públicas.

La sociedad y el Estado "res pública" al igual que los particulares "res privata" tienen causa o intereses por los que deben velar y defender, de ahí la necesidad de la existencia de un organismo esencial, encargado del ejercicio de esas funciones, misión que se encuentra a cargo del denominado Ministerio Público. En orden a las segundas, el Ministerio Público no interfiere, es precisamente porque que tal clase de contiendas no afectan, en su fondo, a las Instituciones ni al Estado. Por el contrario, su gestión adquiere importancia y suma relevancia, cuando se ve afectado o amenazado el interés público. La órbita de su acción abarca, puede decirse, la totalidad del perímetro que demarcan los distintos problemas suscitados por los negocios del estado, las leyes y las costumbres de sus habitantes. Para fijar éstos conceptos, se intenta una definición y en este sentido puede decirse a manera generalizante, omitiendo detalles, "que es uno de los organismos mediante el cual se ejercita la representación y defensa del Estado y de la sociedad".<sup>18</sup>

Hoy en día, el Ministerio Público constituye, particularmente en México, un instrumento toral del procedimiento, así en la importantísima fase averiguatoria previa, como dijimos arriba "verdadera instrucción parajudicial o administrativa", como en el curso del proceso judicial, donde este órgano del Estado asume, monopolicamente o no, el ejercicio de la acción penal en nombre de éste.

En cuanto a quién representa, si a la Sociedad o al Estado, el debate no ha concluido. Para unos autores, el Ministerio Público representa a la Sociedad; para otros no pocos, representa al Estado. Siendo éste dueño de personalidad jurídica, que en cambio no tiene la Sociedad, concepto ajeno al orden normativo, responde a mejor técnica concebir al Ministerio Público como representante del Estado, esto a pesar de que de manera corriente aún en el Foro y la Curia, se le reconozca como el Representante Social.

<sup>18</sup> Manuel Osori y Florit et al. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Bibliográfica Omeba, Driskill S.A. Argentina, 1979. Tomo XIX p.769.

El reconocido procesalista Miguel Fenech define al Ministerio Fiscal como "Una parte acusadora necesaria, de carácter público, encargada por el Estado, a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal". Entre nosotros, Colín Sánchez la caracteriza como "Una institución dependiente del Estado ( Poder Ejecutivo ) que actúa en representación de la Sociedad para el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquellos casos que le asignen las leyes".<sup>19</sup>

Una semblanza general del Instituto nos orilla a referirnos al origen y caracteres del Ministerio Público; Ayarragaray se sitúa en una perspectiva histórica, al decir que "participa la Institución moderna del sello local que la evolución o la historia le ha impreso en cada país y en cada época. Con tal criterio debe estudiarse, verificando en cada caso y en cada circunstancia, sus caracteres esenciales y comunes". Atentos a esta consideración, vamos a poner mucho énfasis al desarrollar el estudio del Ministerio Público en México.

Al estudiar la figura del Ministerio Público, los antecedentes siempre versan en relación a la formulación de denuncias, de llevar a cabo pesquisas y hasta de sostener la acusación y persecución del delincuente.

La primera noticia que tenemos en la historia sobre la función represiva, es que se ejerció a través de la venganza privada, en los clásicos tiempos de la Ley del Talión: "ojo por ojo y diente por diente", en donde el autor de algún delito debería ser castigado en venganza privada por el ofendido del delito o por algún familiar, de la misma forma se cobraba la lesión que en cualquier orden se hubiera causado; este período se conoce como el cobrar las penas de la venganza divina. Posteriormente se cobro la venganza a nombre del interes público, período que se le reconoce como el período de la venganza pública.

Ya en el mundo civilizado vemos asomarse el primer embrión en la Antigua Grecia, donde aparece la figura del "Arconte", (del gr. *Árchon*, *archontos*, a través del lat. *Archontis*) Magistrado de muchas ciudades griegas especialmente en Atenas. Al comienzo del año 683 a. de C., y siendo parte del ejército ateniense, era quien actuaba ante el juicio en representación del ofendido y sus familiares, por incapacidad o negligencia de éstos; aunque la facultad en esta época era la del ofendido o sus familiares, ésta se hacía valer a través de este funcionario; al lado de esta figura aparecen también los llamados "tesmoteti" que eran meros denunciadores. Licurgo creó los "Eforos", encargados de que no se produjese la impunidad cuando el agraviado se abstenía de acusar. Con el tiempo los éforos fueron censores, acusadores y jueces. A partir de Pericles, el Areópago acusaba de oficio y sostenía las pruebas en caso de que el inculcado hubiese sido injustamente absuelto por los magistrados. Aquí el Areópago fungía como Ministerio Público, al ejercer la acción penal ante el tribunal del pueblo para revocar las sentencias dictadas en contra de la ley. Se piensa que en la antigua

---

<sup>19</sup> Op. Cit. Pág. 87

Roma a través de los funcionarios llamados "judices Questiones" que aparecen en el período de Tulio Hostilio, y reconocidos en las Doce Tablas, existía una actividad semejante a la del Ministerio Público, debido a que estos funcionarios tenían facultades para comprobar los hechos delictuosos; pero esta apreciación no es del todo exacta, porque sus atribuciones características eran netamente jurisdiccionales. Del Derecho Romano también son los *curiosi*, *stationari* o *irenarcas*, *advocati fisci* y *procuratores Caesaris*. Ya en la época imperial, los prefectos del pretorio reprimían los crímenes y perseguían a los culpables que eran denunciados, administrando justicia en nombre del Emperador.

A pesar del alto grado de desenvolvimiento jurídico que alcanzaron, tanto Griegos como Romanos, la institución del Ministerio Público fue desconocida para ambos, quizá porque como ya se dijo antes, la persecución de los delitos estuvo a cargo de la víctima y sus familiares.

Más adelante, en la época medieval, fueron los *Sayones* los depositarios de la acción pública. Entre los francos, los *graffion* son los que pronuncian las conclusiones para preparar la sentencia. Los *missi dominici*, que desaparecieron en el siglo X, eran vigilantes enviados por el Rey. Bajo San Luis, hubo *Procuradores Regis*. En Italia existieron, como policías y denunciadores, los *Consules Locorum Villarum* y los *Ministres*. En el siglo IX había denunciadores elegidos en cada lugar, y en el siglo XIII se crearon, con funciones de policía judicial y a semejanza de los irenarcas romanos, los administradores, alcaldes, ancianos, cónsules, jurados, sobrestantes, etc.

En cuanto a su verdadero origen, ya formal y que tiene los matices que hoy lo distinguen, los autores no se han puesto de acuerdo, pues hay quien sostiene que su origen es español, así Quintano Ripollés<sup>20</sup> sostiene que: "en las Partidas el *patronus fisci* fue "ome puesto para razonar e defender en juicio todas las cosas e los derechos que pertenecen a la Cámara del rey". Por su parte, Pertile, según refiere Manzini<sup>21</sup>, afirma que el Ministerio Público tiene raíz italiana, con apoyo en la existencia de los *avogadori de comun*, del Derecho véneto, que ejercen funciones de fiscalía. Otras figuras significativas en el mismo sentido lo fueron los Conservadores de la Ley, florentinos, y el Abogado de la Gran Corte, de origen napolitano.

La mayoría de los autores de consuno han admitido que el origen de el Ministerio Público, con su perfil actual, se encuentra en Francia, y así se pronuncia el maestro Juventino V. Castro, quien sostiene que "la figura arranca con los *Procureurs du Roi* de la Monarquía francesa del siglo XVI, instituidos "*pour la défense des intérêts du prince et de l'Etat*" disciplinado y encuadrado en un cuerpo completo con las Ordenanzas de 1522, 1523, y de 1586. El Procurador del Rey se encargaba del procedimiento, y el Abogado del Rey se encargaba del litigio en

<sup>20</sup> Antonio Quintano Ripollés. Compendio de Derecho Penal. Ed. Revista de Derecho Penal. Vol. I Madrid 1958. Págs. 84,85.

<sup>21</sup> Op.Cit. Pág. 312.

todos los negocios que interesaban al Rey. En el siglo XVI Felipe el Hermoso transforma los cargos y los erige en una "*bella magistratura*". Durante la Monarquía el Ministerio Público no asume la calidad de representante del poder ejecutivo ante el poder judicial, porque en esa época es imposible hablar de división de poderes.

La Revolución Francesa hace cambios en la Institución, desmembrándola en *Commissaires du Roi* encargados de promover la acción penal y de la ejecución, y *accusateurs publics*, que sostenían la acusación en el debate. La tradición de la Monarquía le devuelve la unidad con la Ley de 22 frimario, año VIII (13 de diciembre de 1799), tradición que será continuada por la Organización Imperial de 1808 y 1810 de Napoleón, en que el Ministerio Público --organizado jerárquicamente bajo la dependencia del poder ejecutivo--, recibe por la ley de 20 de abril de 1810, el ordenamiento definitivo que de Francia irradiaría a todos los Estados de Europa<sup>22</sup>.

Al margen de esta disputa, Ayarragaray sostiene que el Ministerio Público francés no tuvo origen legislativo. Lo adoptaron y organizaron las ordenanzas y adquirió desarrollo después del siglo XVI, al parejo de la evolución del procedimiento y de la aparición del sistema por denuncia e inquisitorial. Despuntó, señala, desde el siglo XII, al admitir el Papa Inocencio III la acusación pública y la denuncia, al lado de la acusación privada.

Con el panorama anterior, creemos que ya podemos con más solidez, avanzar en el terreno nacional y así tenemos que los orígenes del actual Ministerio Público en México reflejan tres influencias a saber; La Legislación Española, La Legislación Francesa y la Constitución Mexicana de 1917.

La legislación Española, como primer influencia y que estuvo vigente en nuestro país hasta la expedición del Código de Procedimientos Penales de 1880 por lo que respecta al fuero común, y por lo que respecta al fuero federal hasta 1908, año en que se expide el primer Código Federal de Procedimientos Penales. De esta legislación, la influencia más notoria, es la de la Novísima Recopilación.

Como segunda influencia tenemos la Legislación Francesa, la que a través de su Código de Instrucción Criminal, influye en la característica de la unidad del Ministerio Público; la irrecusabilidad del Procurador y sus agentes y por último, en la organización y gerarquización de la Policía Judicial.

Finalmente, la tercera vía de influencia la configura, precisamente la Constitución de 1917, en la que se dotó la titularidad del ejercicio de la acción penal en forma exclusiva al Ministerio Público y en la que se convierte la función de Policía Judicial en medio preparatorio de la acción penal. Para entender la influencia de la Legislación Española en nuestro derecho, tenemos que

<sup>22</sup> Castro V. Juventino. El Ministerio Público en México. Ed. Porrúa, S.A. Quinta Ed. Pág 5



remontarnos a los ordenamientos de Don Juan II, emitidos en Guadalajara, España, en el año de 1436 y a las disposiciones de los Reyes Católicos emitidas en Toledo en el año de 1480, por medio de las cuales se dispuso y confirmó, respectivamente, la organización de la Promotoría y Procuraduría Fiscal, determinando que las denuncias se hiciesen precisamente a través de estos órganos con el objeto de que los delitos no quedasen sin castigo por defecto de la acusación, otorgándole, asimismo, el deber de vigilancia en la ejecución de las penas; en razón del beneficio que esto representaba no sólo para la administración de justicia sino también para la Corona.

El mismo Don Juan II y los Reyes Católicos delimitaron las funciones de esos Promotores al ordenar que, para ejercer sus funciones, deberían residir en la Corte y Cancillerías, pudiendo ausentarse, con causa justificada, por breve tiempo y con licencia del Presidente de la Cancillería.

Tenían prohibido el patrocinio de asuntos civiles y penales. Se precisó en esa ley el ejercicio de sus funciones, por cuanto a su intervención en los procesos, al proponerse que estaban obligados a proseguir las causas y presentar todas las pruebas y testigos que pudiera haber.

El 21 de junio de 1494, los Reyes Católicos dispusieron que intervinieran en las audiencias o ante los Alcaldes del Crimen, en los casos de apelación que interpusieron las mancebas de Clérigos y otras personas, sobre la punición de otros pecados públicos y de otros *crímenes y delitos*, de tal manera que la justicia se administre y los tales pecados y delitos públicos no queden sin punición ni castigo. Así aparece el Promotor Fiscal en los recursos de apelación de las resoluciones en procesos penales.

Posteriormente, el 4 de diciembre de 1528, en Toledo, el Rey Carlos I expide la Ley en la que se distinguen las dos funciones encomendadas a Procuradores y Promotores Fiscales: Los primeros representantes de la Corona, por cuanto a los aspectos fiscales, y los segundos como acusadores y perseguidores de delitos. En efecto, la Ley dispone que: "en nuestras Audiencias ante los Alcaldes de ellas vienen y están *muchos procesos y condenaciones hechas, aplicadas a nuestras Cámara y Fisco*", y agrega "porque nuestros Fiscales no han hecho las diligencias que convienen", luego a los fiscales les estaban encomendadas las cuestiones de Cámara y Fisco y a los Promotores, como lo dispone la Ley de 1436 de Don Juan II, para que los delitos no queden ni finquen sin pena ni castigo por defecto de acusador, ordenó que haya *promotores para acusar y denunciar maleficios*, distinguiéndose así a éstos de los Procuradores Fiscales.

Al efecto, es notable la disposición de la Reina Isabel de 30 de agosto de 1503, la que prescribe "que si a algún oficial, abogado, escribiente o Procurador se le hubiese impuesto alguna pena, nuestros fiscales sin que para ello haya delator", debían pedir la aplicación de tales penas, estando obligados los Presidentes de

las Audiencias y Oidores a mandarlas ejecutar en las personas que en ellas hubieren caído y aunque los Fiscales no las pidan. De tal manera que, si el Procurador Fiscal no ejercitaba su acción para hacer efectivas esas penas, como tal hecho afectaba notoriamente a la Corona, la Audiencia y los Oidores estaban obligados, aun sin pedirselo el Fiscal, a hacer efectivas esas penas.

Estas disposiciones aun cuando continuaron regulando las funciones del Procurador Fiscal y no las del Promotor, son de importancia por cuanto a que la ley distingue las actividades del delator, de las del Promotor.

Sugiere Javier Piña y Palacios que "esta ley es por demás importante toda vez que en ella aparece algo relativo a la iniciación del procedimiento que, a su juicio, permite precisar el contenido de los términos " denuncia, <acusación> o querrela" que se contienen en el artículo 16 de la Constitución vigente". Encuadramos acusación, en función de que ya ha quedado suprimido este término en la redacción actual, lo que nos parece del todo plausible, pues con rigor, la acusación la formula el ministerio Público hasta Conclusiones; además, de esto nos vamos a ocupar con detalle en el párrafo siguiente.

Importante resulta destacar que ya desde el siglo XV, Don Juan II, el 22 de febrero de 1431 había dispuesto que los procuradores y ninguno de ellos, es decir los Promotores, podían acusar a persona alguna, ni demandar, ni denunciar contra ellos cosa alguna civil ni criminal, sin dar primeramente ante quien debiera conocer de la causa, delator de las acusaciones y demandas y denuncias, lo que debería hacerse ante Escribano Público y por escrito, y agrega: porque no pueda negar, ni venir en duda; pero esto siempre y cuando no fuere hecho notorio, es decir, tratándose de delinquentes sorprendidos *infraganti*, pues en este caso los promotores podían denunciar y acusar sin delator; en consecuencia para que se pudiera formular acusación por el Fiscal, debería preceder delación, salvo los casos de flagrancia o de pesquisa. Es de hacer notar la influencia que hasta nuestros días ha tenido esta vetusta legislación, pues hoy para que pueda proceder la consignación del Ministerio Público al juez, debe preceder, si no es que la persona fue aprehendida *infraganti*, denuncia o querrela; y esa denuncia o querrela debe estar apoyada por declaración que se rinda bajo protesta de decir verdad y debidamente ratificada. Como nota adicional, es de advertirse que el Constituyente de 1917, en el artículo 16 reclamaba que la denuncia fuera hecha por persona "digna de fe". La legislación local lo retomó; pero consideramos que si no tan solemne, sí es necesario que el responsable de la averiguación, al momento de recibir la denuncia o la querrela, averigüe suficientemente la calidad del deponente.

Dada la alta responsabilidad de los negocios encomendados a estos funcionarios "arduos y graves", tanto civiles como penales, el Emperador Carlos V en 1525 ordenó "que ambos fiscales se junten y entiendan" en tales negocios y con el parecer de ambos se traten". Aquí se destaca que la "Unidad del Ministerio Público" aun cuando se ha sostenido que esta peculiaridad dimana de la

Institución francesa, ya se pueden ver en la Ley Española sus larvas, para el correcto ejercicio de la acción penal. Así fue como el Promotor y el Procurador Fiscal intervenían para la pronta y eficaz administración de justicia.

Vemos que la denuncia debía hacerse por escrito ante Escribano Público; al efecto, el Promotor Fiscal tenía la obligación de asegurar a los Oidores o Alcaldes que conocían del asunto, que el delator había llenado el requisito, y de que presentaría testimonio o "cartas" del Escribano, conteniendo la declaración, apercibido, el Delator, de que si no presentaba las cartas en determinado plazo, se le aplicaría la pena que al efecto se señalase. Probablemente de ahí se originaron las disposiciones del Código de Procedimientos Penales de 1894, sobre la obligación de dar aviso al Juez Superior de la iniciación de los procesos y cuya consecuencia era que el denunciante, en el procedimiento colonial, quedaba ligado al procedimiento, así como el promotor fiscal. Por otra parte, si el Delator no probaba la delación, incurría en las penas que el Derecho Común establecía para los falsos delatores. Se ha establecido la diferencia entre el delator y el acusador diciendo que el delator se diferencia del acusador en que éste "hace parte del juicio" y aquél no. En resumen tenemos que las funciones del Promotor Fiscal son: Denunciar delitos, acusar a los responsables, intervenir en las apelaciones, intervenir en los procesos seguidos por Corregidores y "otras justicias"; así mismo, podían promover y llevar a cabo toda clase de diligencias, "de manera que la justicia se administre" (**buscar testigos, aportar pruebas, concurrir a las audiencias, pedir la aplicación de las penas, concluir la causa y hacer que se cumplieran las sentencias**). Nótese aquí la gran influencia que este Derecho ha ejercido en nuestra actual legislación. Además de lo anterior, los Promotores debían informar de hecho y de derecho; también, en ejercicio de sus funciones, habrían de visitar a los Oidores en sus casas. En las causas graves, reunidos y de acuerdo, el Promotor de lo Penal con el de lo Civil, debían sostener los puntos de vista en que ambos hubiesen llegado a un estado de acuerdo. Por otra parte, tenían prohibido el ejercicio de la profesión tanto en lo Civil, cuanto más en lo Penal; y salvo los casos de flagrancia y pesquisa, no podían ejercitar su acción sin que constara la denuncia del Delator por escrito y hecha ante Escribano Público.

Resulta necesario y oportuno hacer un señalamiento y establecer la diferencia entre el Delator y el Acusador; se afirma que lo que diferencia esencialmente la Delación de la Denuncia es que esta última es la manifestación de delitos tales como el robo, el homicidio, etc., mientras que la Delación descubre delitos políticos cuya definición es siempre muy vaga y por lo tanto puede servir para el cumplimiento de venganzas personales. Aquí se da una leve semejanza a lo que pasaba en fechas recientes con los llamados Delitos Electorales.

En la Nueva España en el siglo XVI, el primer Virrey Don Antonio de Mendoza, dictó las llamadas Ordenanzas de Mendoza, impresas en 1548, y por lo que respecta al Fiscal dispuso que el Procurador Fiscal es quien tiene la voz y el "pleito" de las causas concernientes a la ejecución de la Justicia, de que se apelere de los Corregidores o de otros jueces; que no cause sin que preceda

delator, salvo en hecho notorio o cuando fuere hecha pesquisa; que no ayuden contra el Derecho del Fisco, ni contra el Rey en manera alguna so pena de perdimiento de oficio y mitad de bienes para la Cámara; que salga a los pecados públicos y a la defensa de la jurisdicción real y sobre esto haga todas las diligencias necesarias.<sup>23</sup>

Complemento de las disposiciones de la Nueva Recopilación y de la Novísima, con respecto a las funciones de los Procuradores y Promotores Fiscales, son las disposiciones contenidas en el Cedulaario de Encinas y lo que en el siglo XVI, disponen las Leyes de Indias, en el Título XVIII del Libro II. La mayor parte de esas disposiciones reglamentan la defensa de la Real Hacienda, es decir, lo fiscal; pero en cuanto al ejercicio de funciones con relación a las causas criminales encontramos las siguientes disposiciones: En el año de 1575 se ordena que los fiscales auxilien a los indios tanto en las causas civiles como criminales, disposición que se encuentra también en las Leyes de Indias; en 1563 se ordena que los fiscales intervengan en la ejecución de la justicia cuando se apela de los Corregidores y de otros jueces. Recomendación especial es la persecución de delitos que fue dada en 1563 que rezaba "Item mandamos que haya de salir y salga a los pecados públicos y a la defensa de la jurisdicción real y sobre ello haga todas las diligencias necesarias". Al Fiscal se le recomienda dar cuenta con particular relación de hecho contra las buenas costumbres, al ordenar que los fiscales tengan cuidado de la defensa y conservación de la Jurisdicción, Patronazgo y Hacienda Real y castigo de pecados públicos y de darnos cuenta con particular relación de todo lo que en esto hubieren".

En cuanto a sus funciones con relación a los indígenas, estaban obligados a ser protectores de los indios con el objeto de "alcanzar justicia y alegar por ellos en todos los pleitos civiles y criminales de oficio y partes, con españoles, demandando o defendiendo y así lo den a entender a los Indios".<sup>24</sup>

En resumen, el Promotor Fiscal sólo intervenía en los siguientes casos: a) **Por denuncia**, la que tenía lugar cuando la persona ponía en conocimiento del juez, el hecho delictuoso, sin que éste le hubiese afectado; en tanto que en los casos de acusación y querrela quien desempeñaba el papel de acusador era la parte directamente ofendida; ahora bien, si ésta abandonaba la acusación la continuaba el Promotor Fiscal; b) cuando el delincuente fuese aprehendido infraganti, en caso de hecho notorio y, c) cuando se hubiere hecho pesquisa, entendiéndose por pesquisa, la orden girada por el Soberano para realizar una aprehensión. motivo

Nos toca preguntarnos ¿en que casos se ejercita pues, la acción que correspondía al Promotor Fiscal? Como ya lo expresamos, sus funciones

<sup>23</sup> Ordenanzas y compilación de leyes por el muy ilustre señor Don Antonio de Mendoza. Virrey y Gobernador de la Nueva España. Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1945.

<sup>24</sup> Carlos Herrejón Peredo en Derecho del Licenciado Quiroga sólo algunas provisiones del Real Consejo de Indias. Ed. Cien en México. SEP. 1985 Pág. 168 y siguientes.

aparecen en la legislación recopilada claramente diferenciadas a las del Procurador Fiscal. Las de éste están encaminadas a aquello que correspondiera a las áreas netamente fiscales que interesaran a la Real Corona, es decir, lo relativo a multas, impuestos, etc., y las de aquél, el Promotor, referidas exclusivamente a los asuntos del orden penal y tendientes a promover precisamente la Justicia Penal.

En el Período Colonial como ya vimos, el Promotor Fiscal se sigue rigiendo por la legislación Española, con algunas modalidades que tenemos apuntadas. Importante es destacar que en los casos de acusación o querrela, quien formulaba el pliego de acusación era directamente el ofendido; lo que tenía lugar una vez que se hubiera terminado la primera parte del proceso, o sea, la Sumaria y ya dentro del Plenario. Ese momento es el mismo en el que, en el procedimiento actual, se formulan por el Ministerio Público, sus Conclusiones. Así que desde luego, podemos afirmar que de alguna manera, conservamos en el Ministerio Público, por lo que respecta al momento en que se formula la acusación, el mismo momento procesal en que el Promotor fiscal formulaba la suya. De acuerdo con la práctica de la legislación, el momento en que debía intervenir el Fiscal está claro en la legislación Española y es "una vez concluido el sumario, se deberá hacer saber al pariente el estado de la causa después de la confesión, para que dentro de un breve término que se le habrá de asignar, se muestre parte y acuse en forma al reo, con apercibimiento de que de no hacerlo, dentro de él, se procederá a lo que haya lugar". Si no hay parte interesada que acuse o, aun cuando la haya, si no comparece, nombra el juez en las causas graves un Promotor fiscal; pues aunque este nombramiento no sea absolutamente necesario, ni por falta de él se anule el proceso, puesto que ninguna ley previene que se haga, es sin embargo, muy conveniente, para la mejor expedición de las causas y así no se omite el hacerlo, sino en las de poca gravedad, las cuales se cortan por lo regular después de la confesión"

En la Ilustración del Derecho Real de España, se expresa que: "de la confesión del reo en adelante el juicio es público, y las partes pueden asistir a todas las providencias que se dicten en él; la que inmediatamente se dicta es la de hacer saber el estado de la causa a la persona o personas que puedan tener en ella algún interés, como por ejemplo, si es de homicidio al marido, mujer o pariente más cercano del muerto, para que si quiere formalice su acusación dentro de un breve término que se le señale y siendo menor, se le previene que nombre para ello curador, si está en edad de hacerlo, o se le nombra por el juez. Más si el pariente no comparece, o no quiere ser parte en el juicio, se nombra por el juez un Promotor Fiscal, que debe ser mayor de veinticinco años, aunque no es preciso que sea letrado, pero sí que obre con dirección de él"<sup>25</sup>. Se advierte que los mismos tribunales juzgaron indispensable las actividades del Promotor Fiscal, su intervención para la integración del proceso, de tal manera que, no había ley que ordenase la presencia del Promotor Fiscal, pero la jurisdicción lo impuso como

<sup>25</sup> Sala Juan. Ilustración del Derecho Español. Librería de D. V. Salva. París, 1844. Pág. 342.

parte acusadora, ya que debía estar éste presente en el proceso, para la mayor expedición de las causas.

Corresponde ahora analizar la influencia de la Legislación Francesa en México, con respecto al Ministerio Público. Para acceder al tema, consideramos conveniente hacer un repaso a las Leyes que de una u otra manera fueron introduciendo las peculiaridades de este Instituto como se presentaron en el Derecho Francés. Primeramente, tenemos a la Ley Lares de 16 de diciembre de 1853; el concepto que tiene esta Ley del Ministerio Público, es una mezcla de lo que era el Promotor Fiscal con algunos aspectos de sus funciones cerca de los tribunales, característicos de la Institución Francesa, como son: El Ministerio Público constituye una Magistratura especial, con organización propia e independiente, aunque agregada a los tribunales, como parte integrante de ellos, para mejor proveer a la administración de justicia, sujeta a la disciplina general de los mismos. La Ley Lares conserva la denominación de "Promotores Fiscales" en las disposiciones respectivas; pero se inicia la introducción de algunas características del Ministerio Público francés con respecto a la Unidad de la Institución al expresarse "los Promotores Fiscales están inmediatamente subordinados al Fiscal del Tribunal, al del Supremo Tribunal y al Presidente de la República por medio del Ministerio de Justicia. Su oficio es de buena fe y lo ejerce con arreglo a las leyes. No puede ser recusado". Estaba obligado a defender a la Nación en los juicios civiles en que ésta sea parte, e interponer su oficio en los pleitos y causas comunes que correspondan a la autoridad judicial e interesen a las demarcaciones, pueblos y establecimientos públicos dependientes del gobierno, al mismo tiempo que estaba obligado a interponer su oficio en todas las causas criminales y en la civiles en que se interesara la causa pública o la jurisdicción ordinaria", además podían promover cuanto interesara a la pronta administración de justicia y al castigo a los jueces o subalternos que faltaran a sus deberes". Ya aquí, el fiscal estaba facultado para entablar o perseguir de oficio o "auxiliado" el derecho de las partes a favor de la observancia de las leyes, y expresamente tenía encomendado acusar con arreglo a las leyes a los delincuentes, así como averiguar las detenciones arbitrarias y promover su castigo y reparación e intervenir en todo lo que las leyes dispusieran, artículo 246. Tales deberes y atribuciones competen a nuestros fiscales dice la ley, es decir, a esa "magistratura especial" agregada a los Tribunales para mejor proveer a la administración de justicia. Magistratura que de acuerdo con el artículo 268, fracción I debía integrarse: con promotores fiscales, agentes fiscales, fiscales de los Tribunales Superiores y Fiscal del Tribunal Supremo. Los fiscales se consideraban los titulares de esa facultad, al tener la potestad de dirigir por sí mismos los negocios más importantes de su oficio. Para 1858, el 29 de diciembre, aparece la denominada Ley Miranda en claro homenaje a su autor Don Francisco Javier Miranda, a la sazón Ministro de Justicia y Negocios Eclesiásticos en el Régimen del Presidente Zuluaga, del Partido Conservador, y por ser éste un gobierno ilegítimo, esta ley nunca entro en vigor y no hubo necesidad de derogarla, por lo que no representa un antecedente legislativo, sino más bien como un estudio jurídico; pero no por ello dejó de ejercer una notoria influencia en

la legislación penal posterior, al punto que de la misma Don Miguel Macedo dijo que "en ella se organizó más sistemáticamente la administración de justicia y se desarrollaron con acierto y ciencia, los principios de la anterior Ley de Lares, constituyendo un verdadero Código de Procedimientos y organización de los Tribunales"<sup>26</sup>. También dejó sentir su influencia en la famosa Ley de Jurados Juárez, en cuanto al Ministerio Público, así como en el proyecto de Código de Procedimientos Criminales de 1872. En esta Ley, en el capítulo de Nombramiento y Categoría del Ministerio Fiscal, se dice que se estableció con el objeto de que "los intereses de la Nación y el Gobierno puedan estar debidamente representados desde la primera instancia, con el fin de evitar los gravísimos perjuicios que hasta aquí, dice la ley, se han seguido a la Nación por esa falta, es decir, por no estar debidamente representados en primera instancia los intereses nacionales, es por eso que el Ministerio Fiscal se constituye como una Magistratura especial con organización propia e independiente, aunque agregada a los Tribunales como parte integrante de ellos, para mejor proveer a la administración de justicia y sujeta a la disciplina general de los mismos, conforme a la Ley. Esta Ley con toda puntualidad nos dice porqué razón el Ministerio Fiscal constituye una Magistratura; para que los intereses nacionales estén debidamente representados en primera instancia, lo que no dice la Ley Lares. Al igual que la Ley Lares, impulsa la sumisión de los Promotores a los Fiscales del Tribunal Superior, y los de éste a los del Supremo, y éste al Presidente de la República. En esta sumisión se advierten los caracteres de la Unidad, propias del Ministerio Público Francés. Los Promotores Fiscales siguen conservando su adscripción a los Juzgados. Por cuanto hace al Procurador General, la Ley Miranda copia lo dicho por la Ley Lares con respecto a su ejercicio en los negocios de hacienda, en los Juzgados de Hacienda y en los Tribunales Superiores, también de Hacienda, debiendo ser oído el Procurador en los negocios que afectasen Tratados y Relaciones Internacionales, así como en las Expropiaciones; pero ninguna función por lo que respecta a la cuestión penal, sino que, como la Ley lares, el Promotor Fiscal será el que interpondrá de oficio en las causas criminales, acusando conforme a las leyes a los delinquentes, averiguando las detenciones arbitrarias y procurando su castigo.

Nada se expresa, en la citada Ley, respecto al contenido del Pliego de Acusación; pero sí el momento en que debe formularse y al respecto dice: "cuando se proceda por acusación formal, se dará al acusado la audiencia que corresponda, oyendo al Fiscal después del acusado y con entera igualdad a lo que se concede al reo"; pero nada dice respecto al contenido del citado Pliego. Sin embargo, estimamos que como en la Ley de Lares los requisitos del Pliego de Acusación es muy puntual y explícito, esta ley lo que hace es repetir la misma práctica que para entonces ya estaba muy asentada, inclusive por la misma Ley de Jurados Juárez.

---

<sup>26</sup> Proyecto de Ley de Justicia de Paz, para la ciudad de México. Exposición de motivos de Miguel S. Macedo. Imprenta Antonio Enriquez, 3ª de Manrique No. 27, México, 1913. Pág. 50

Para el 15 de junio de 1869 aparece la Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal, la que gracias a la Ley de Jurados Juárez, junto con la Ley Montes y la Ley Transitoria del Código Penal de 1871, fue posible que pudiera ponerse en vigor, con una vida hasta 1880, fecha en que se expidiera el Código de Procedimientos Penales. Esta Ley dispone que hubiera tres Promotores Fiscales para los Juzgados de lo Criminal, los que estaban obligados a "proporcionar todo lo conducente a la averiguación de la verdad en los procesos criminales, de que tomaran conocimiento desde el auto de prisión formal", que se les notificaba al efecto, "como el que en su lugar se proveyere", disponiendo además "que la averiguación no se elevaría a formal causa sin los Promotores Fiscales que constituían la parte acusadora en toda causa criminal" y en las que el denunciante o querellante podrían valerse de ellos y auxiliarlos para promover la prueba; pero si los interesados no estuviesen de acuerdo con el Promotor Fiscal, podrán promover por su parte, cualquier prueba y el juez la admitirá o no bajo su responsabilidad y según la calificación que hiciera de su conducción, y así pues, el Ministerio Público es parte en el procedimiento y se fija el momento preciso en el que debía actuar. Cuando ha sido decretada la formal prisión, tiene la facultad, el procesado, de nombrar defensor dejando de ser reservada la averiguación para él y para el Promotor Fiscal, el denunciante y la parte agraviada; art. 11 de la Ley. En la Ley de Jurados se estableció que el momento de formular la acusación sería después de que habían terminado los interrogatorios, inclusive los del juez; es decir, terminado el sumario, según se lee en los artículos 4,6,7,8,20 y 22. Formalmente es en esta Ley, en donde por primera vez, aparece un texto legal con la descripción de la forma que debe tener el contenido del Pliego de Acusación, toda vez de que las Leyes anteriores, tanto la de Lares, Miranda y la de Jurados Juárez no tuvieron aplicación en el foro.

Para concluir el análisis de la impronta francesa en nuestro Derecho, podemos decir que de las instituciones francesas relacionadas con el Ministerio Público, se adoptó entre otras, la policía Judicial, su organización y funcionamiento. Por lo que respecta a la institución misma de Ministerio Público, se fue introduciendo a través del Proyecto de Legislación Procesal del Fuero Común de 1872 y el Código Procesal Penal de 1880, en la Ley Orgánica de Tribunales del mismo año y en su Reglamento. En efecto, en la Ley Orgánica de Tribunales de 1880, aparece con plena claridad la característica de "unidad" al disponer que habrá un Procurador que representa al Ministerio Público y del que dependerán unos agentes adscritos al mismo Procurador, otros a los jueces civiles, otros a los penales, encontrándose subordinada a aquellos la Policía Judicial, facultándose al Procurador si lo estimare conveniente, para encargarse él mismo de los negocios, ( arts. 53 y 61 de la Ley orgánica de tribunales); y al determinar la ley que el procurador puede comunicar a los agentes las instrucciones que estime convenientes y que a ellas deberán sujetarse los agentes ( art. 64 ), está estableciendo la subordinación jerárquica, otra más de la características del Ministerio público Francés. También se establece que ni el Procurador ni los agentes son "recusables" ( art. 71 ) y es así como se incorpora otra característica más de la Institución Francesa a nuestro derecho. Como "desde



que tiene conocimiento del hecho" el Ministerio Público está obligado a participarlo al juez, se pone así en sus manos el ejercicio de la acción penal y su intervención en el proceso desde el primer momento en que se tiene conocimiento del delito. Cabe mencionar que la adopción por parte del Ministerio Público de la Policía Judicial, ya aparecía en el proyecto de Código de Procedimientos Criminales de 1872. En el Código de 1880, y repitiendo lo ya sostenido por la legislación del 72, le daba al Procurador la facultad de "vigilar" que se ejecuten puntualmente las sentencias; y esto deriva de que en la doctrina francesa el ejercicio de la acción se divide entres períodos a saber: Primer período de Investigación; Segundo Período de Persecución y Tercer período de Represión, consistiendo este último, precisamente, en la intervención que tiene el Ministerio Público en el período *postjudicial*, o sea, el de la aplicación de la pena; facultad que se conserva en la legislación de 1880; pero cuyo ejercicio no se encuentra reglamentado, ya que en el Reglamento de la Junta de Vigilancia de Cárceles, también de esa fecha, no aparece; y por lo que se refiere a la Legislación Procesal, sólo se conserva su intervención en cuanto a la Libertad Preparatoria, como es deberse en el Código Penal de 1931; pero se debe hacer notar que no interviene en la ejecución de la pena como se hace en Francia. El precepto relativo a la Libertad Preparatoria, se conservó en el Código de 1894, pero el artículo 2º dice que el Ministerio Público "cuidará", no "vigilará", como se expresa en el Código Procesal Penal de 1880 "de que las sentencias se ejecuten puntualmente", como así lo disponía el Proyecto procesal de 1872 en su artículo 2º. En síntesis, la influencia del Ministerio Público francés en la Institución mexicana pasa por tres etapas: a) se inicia por la adopción de la Policía Judicial para la preparación de los actos instructorios; b) establece el orden jerárquico de funcionarios incluyendo la policía Judicial y, c) la unidad e irrecusabilidad. Se hace el hincapié de que hasta finales del siglo XIX El Procurador General ejerce un Ministerio Público, es una función no una institución, y esto se debe a que no se tenía clara conciencia de su naturaleza, y atendiendo a su simple denominación, se entiende como si se tratara de una Secretaría de Estado o de una función de guardián de las correctas funciones del gobierno.

La Constitución de 1917, su influencia e importancia en la Institución que nos ocupa. Es de reconocerse el ingente y plausible esfuerzo que el Constituyente de 1917 hizo para sacudirse el lastre que representaba el famoso Juez de Instrucción del siglo que le precedía, debiendo tomarse en cuenta además, la premura y lo álgido del ambiente en que se elaboró la Norma Suprema; sin embargo, y como lo reconociera veintitrés años después el propio Paulino Machorro, el propósito no se logró a plenitud, toda vez que pareciera que lo que se hizo fue substituir aquél por el nuevo y flamante Ministerio Público que ahora tenemos. Pese a todo, el aporte es de singular importancia, lo que sucede es que el Constituyente Permanente de fechas posteriores, no le ha puesto la debida atención ni ha parado en mientes para considerar la enorme importancia que este Ministerio representa para la justicia y seguridad jurídica de los mexicanos, y que es en particular la Averiguación Previa, el cimiento de toda la Justicia Penal. Efectivamente, como acertadamente lo dice el maestro Colín, ha sido a través de

la legislación secundaria, como se ha pretendido colmar las insuficiencias de la Carta Magna del 17, siendo que lo propio es que sea mediante una reelaboración del precepto Constitucional, como se dé salida al problema de la adecuada, justa y segura preparación del proceso de incriminación, y eso sólo se podrá lograr reelaborando aparte del artículo 21 Constitucional, los artículos 19, 102 y el 89 fracción IX, y los demás que hagan falta, que en una u otra forma están concatenados para el inicio del procedimiento penal.

El Constituyente de 1917, al referirse al Ministerio Público, lo hizo en los artículos 21, y en el ya derogado artículo 73 fracción VI base 5ª, así como en el 102, en donde en su segundo párrafo, estableció sus funciones y atribuciones, al decir: "Estará a cargo del Ministerio Público de la Federación la **persecución**, "ante los tribunales", de todos los delitos del orden federal: y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los reos; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos, hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la misma ley determine". En el párrafo siguiente hablaba de la intervención del Procurador en los negocios de la federación y, en el último, de que éste sería el consejero jurídico del Gobierno.

Por cuanto hace a la base 5ª de la fracción VI del artículo 73, sólo hacía mención de que el Ministerio Público en el Distrito Federal y los antiguos Territorios estará a cargo de un Procurador General, que residirá en la ciudad de México y dependerá directamente del Presidente de la República.

En el artículo 21, el Constituyente dispuso: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La **persecución** de los delitos **incumbe** al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél"<sup>27</sup>.....

Como se ve, el Constituyente en ningún momento habló de "Averiguar", "Investigar", ni nada por el estilo; él insistió únicamente, en la "**Persecución**" "**ante los Tribunales**", lo que pone en duda y nos hace preguntar ¿a partir de cuándo, se inicia la intervención del Ministerio Público en esa persecución de los delitos?. Según el texto, sería a partir de que la "**Imputación**" se encontrase ya, ante los Tribunales, lo que nos llevaría de regreso a la vieja "Acción Privada", de la que ya hablamos arriba. Sin embargo, la cosa no es tan simple en realidad la intención del Constituyente era más seria y tenía en mente lograr una honda transformación en el sistema de enjuiciamiento penal.

Para captar mejor esto, es menester hacer un poco de historia y remontarnos al momento aquél en que se dieron los hechos:

<sup>27</sup> Felipe Tena Ramírez. Leyes Fundamentales de México 1808-1971. Ed. Porrúa, S.A. 4ª edición, 1971. Págs. 824, 847 y 859.

Al término del movimiento revolucionario y hecha la convocatoria por el Jefe del Movimiento Constitucionalista, se llevaron a cabo las elecciones para diputados a fin de integrar el Congreso Constituyente, el que se instaló formalmente en la ciudad de Querétaro el 21 de noviembre de 1916. En su sesión inaugural, Don Venustiano Carranza presentó el proyecto de "reformas" a la Constitución de 1857, (algo realmente impropio, ya que en realidad se trataba de una Nueva Constitución, y no de una simple Reforma de la de 1857, como atinadamente lo señala el maestro Tena Ramírez, cuando afirma "La de 17 es sin duda una Constitución, por su contenido y por su nombre; pero por respeto a la de 57, se impuso el único cometido de reformarla"<sup>28</sup>) junto con su informe en el que expuso los motivos que sirvieron de fundamento para su elaboración, que en su parte medular estructuraba la nueva misión del Ministerio Público, al colocarlo como el único persecutor de los delitos, dejando a su cargo la búsqueda de los elementos de convicción, así como a la Policía judicial, a fin de separar esta función de la de dirimir controversias judiciales que le debía corresponder exclusivamente al órgano jurisdiccional, y con ello acabar con los procedimientos atentatorios a los derechos elementales del gobernado, quitando a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad que habían tenido de aprehender a cuantas personas juzgaran sospechosas, sin más sustento que su propio criterio y, en muchas de las veces, bajo su capricho injustificado.

El texto primario que sobre el Ministerio Público se propuso fue el siguiente:

"Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Sólo incumbe a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos de policía y la persecución de los delitos, por medio del Ministerio Público y de la Policía Judicial, que estará a la disposición de éste."

En la 27ª sesión ordinaria del 2 de enero de 1917, en Querétaro, se dio lectura a este proyecto; y sin mucha discusión, se admitió que el proyecto no colmaba las expectativas de la nueva sociedad, así que después de algunas observaciones, sobre todo en lo relativo a la novedad de la Policía Judicial, se propuso hacerle el añadido respecto a las multas, dejando casi incólume lo demás, quedando a discusión el nuevo proyecto. Así las cosas, el día 5 de enero del mismo año, tuvo lugar la sesión 31ª, donde se retiró el proyecto y se entró a discusión. En esta sesión tuvo lugar una muy interesante y ardua discusión respecto a el sentido y los alcances del proyecto original, participaron entre otros, los diputados Rivera Cabrera, Palavicini, Mújica, Machorro Narváez, Macías y Enrique Colunga. Por su lucidez y conveniente para nuestros propósitos, vamos traer la brillante exposición del diputado Macías que al efecto expuso: "Ha habido una confusión en la que es natural que haya incurrido la muy respetable 1ª Comisión y para desvanecerla, voy a hacer una explicación sencilla del organismo jurídico que se trata de establecer en el proyecto del ciudadano Primer Jefe. Cuando México se hizo independiente - tomo la cuestión desde allí para que esta

<sup>28</sup> Op.Cit. Pág. 816.

respetable Cámara pueda darse cuenta exacta del asunto -, entonces se encontró con que la autoridad judicial no era más que parte del Poder Ejecutivo, porque no había entonces la división de poderes que existe en el Derecho moderno, del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, sino que todos los poderes que había en la Nación los ejecutaba la Corona, de manera que era la que legislaba, la que aplicaba las leyes y perseguía a los delincuentes, de manera que todos los poderes estaban confundidos en uno solo. Se hizo México independiente y este poder, de hecho, quedó en esa misma forma; se estableció la soberanía del pueblo, pero de hecho los poderes quedaron enteramente concentrados en una misma mano, y aunque nominalmente se hizo la división de poderes, de hecho quedaron confundidos y el Poder Judicial se consideraba facultado no sólo para imponer la pena, para decidir en el caso concreto sujeto a su conocimiento, sino que se consideraba con facultades para perseguir, el mismo Poder Judicial, a los delincuentes, y por eso entonces se estableció la Policía Judicial, es decir, los agentes que no eran jueces sino empleados que estaban a su servicio para buscar las pruebas, para averiguar los detalles con los cuales se había cometido un delito y estaban enteramente dependientes de él. Si los señores diputados se toman el trabajo de leer cualquier diccionario de legislación correspondiente a esa época, verán comprobado con toda exactitud lo que acabo de manifestar. Vino después en México la Institución del Ministerio Público; pero como se han adoptado entre nosotros todas las instituciones de los pueblos civilizados, como se han aceptado y se aceptan, de una manera enteramente arbitraria y absurda, se estableció el Ministerio Público; y el Ministerio Público no pudo ser, como dice el ciudadano Primer Jefe en su epígrafe, más que una entidad decorativa, porque en lugar de ser el que ejercite la acción penal, el que persiguiese a los delincuentes acusándolos y llevando todas las pruebas, no hacía más que cruzarse de brazos para que el juez practicara todas las diligencias y él, estar pendiente en todos estos actos. El Código de Procedimientos Penales actualmente vigente en el Distrito Federal, está tomado del Código de Procedimientos de Francia, y allí se dice: la Policía Judicial está comprendida por tales y cuales funcionarios; pero se cometió el error de hacer Policía judicial al Ministerio Público, y el Ministerio Público no es la Policía Judicial; de manera que este fue el error. Se hizo una amalgama enteramente confusa e imposible. De allí resultó que era Policía Judicial el Ministerio Público. La Policía Judicial propiamente dicha, es una y la Policía Preventiva es enteramente distinta, es lo que quiero aclarar para evitar la confusión. El ciudadano Primer Jefe en este artículo tiene que adoptar precisa y necesariamente, porque se trata de una obra científica, el tecnicismo científico empleado en toda la Constitución. La Constitución le dice en uno de sus artículos: "El Poder Público de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial", de manera que no existen más que tres poderes: el Legislativo, que es el que da la ley; el Ejecutivo que hace que se cumpla, y el Judicial que es el que va a resolver los casos concretos en que haya contienda y que se precisa su intervención para aplicar la ley al caso que se trate. Ahora bien, como hay que deslindar, porque se trata de hacer una implantación definitiva de las instituciones libres, viene este problema: el poder que va a perseguir a los delincuentes, ¿a qué ramo pertenece?. Desde luego

no puede pertenecer al Legislativo, porque indudablemente no va a dar la ley; tampoco puede pertenecer al Judicial, porque él va a aplicarla. Entonces, lo lógico, lo jurídico, es lo que acaba de decir el señor Machorro Narváez, viene la institución del Ministerio Público y el Ministerio Público no es más que un órgano del poder administrativo, es decir, del Ejecutivo. Por eso tienen ustedes que en todos los países en que existen las instituciones libres, es decir, en donde está dividido el poder en tres ramas, el Ejecutivo acusa en nombre de la nación de que se trate. Por eso es que en Estados Unidos, por ejemplo, se dice: "El Procurador General de la Nación en nombre del Presidente de la República..." porque él es representante del Presidente de la República en materia penal. En los estados el Procurador General del Estado es el representante del Gobernador del Estado porque es él quien va a perseguir. Ahora, ¿cómo persigue? Pues persigue de una manera muy sencilla. La Policía Judicial en los países libres está dividida en dos clases: la Policía Preventiva y la Policía Inquisitiva, que se llama Policía Judicial, que es el nombre técnico con que se designa. La Policía Preventiva es el "gendarme" que está en cada esquina cuidando el orden; éste no se preocupa de si se va a cometer un delito o no; sus atribuciones se reducen únicamente a cuidar que no se altere el orden público, o que los reglamentos de policía en toda circunscripción que le corresponde se cumplan debidamente siempre que estén a su vista. Esto es lo que en Estados Unidos se llama *policeman* y lo que entre nosotros se llama gendarme; de manera que todavía en el interior de la República se le designa con el nombre de "policía" y por las noches con el de "sereno"; pero todos son Policía Preventiva, que es la que trata de evitar que se cometa un delito, pero ésta no es la Policía Judicial.

La Policía Judicial la forman los agentes que el Ministerio Público tiene a su disposición para averiguar dónde se cometió el delito, qué personas pudieron presenciarlo, etcétera. Es una cosa parecida a lo que entre nosotros ha estado muy mal establecido con el nombre de policía de seguridad, porque en ésta, los individuos que la forman no andan vestidos de policía; en los Estados Unidos éstos traen una placa con la cual se revela inmediatamente que tratan de ejercer sus funciones; nadie los conoce como agentes de la autoridad. Un ejemplo claro: se encuentra un cadáver en una plaza pública, por ejemplo, y la Policía Preventiva, que no supo cómo se cometió el delito, se limita únicamente a dar cuenta de que hay un cadáver; no se vuelve a ocupar de otra cosa la Policía Preventiva. Entonces el agente del Ministerio Público, que es el que representa al gobierno, es decir, a la autoridad administrativa, toma conocimiento del hecho y manda a sus agentes, quienes van al lugar de los sucesos y allí averiguan a qué hora apareció el cadáver allí y qué personas pudieron presenciar el hecho; toman todos los datos conducentes para aclarar la averiguación, y de esa averiguación puede resultar: "pues este delito lo cometió una persona que tenía tales y cuales señas", se llega a saber el nombre del asesino y el lugar en que se oculta; da cuenta inmediatamente, y el Ministerio Público presenta la acusación ante el juez, diciendo: "tal día, a tal hora, se cometió un delito de tal clase y el cual consiste en esto; el Policía Judicial fulano de tal, ha tomado todos los principales datos; vengo, pues, a acusar a don fulano de tal, bajo la protesta de que es cierto el hecho que

se le atribuye, el cual se encuentra escondido en tal parte". Entonces el juez, en vista de esto, libra orden de aprehensión y la Policía Judicial la recibe, hace la aprehensión y pone al reo a la disposición de la autoridad, de manera que, como ven ustedes, la Policía Preventiva es enteramente distinta de la Policía Judicial; la Policía judicial la forman los auxiliares mediante los cuales el Ministerio Público ejerce sus funciones, y el Ministerio Público es el representante de la sociedad, el representante del gobierno; esta es la función que le corresponde. Por esto verán los señores diputados que lo que el ciudadano Primer Jefe en su discurso, está enteramente conforme con lo que expresa el artículo. La Policía, el poder administrativo, persigue a los delinquentes mediante su órgano, que es el agente del Ministerio Público; el agente del Ministerio Público desempeña esa función con los auxiliares que tiene al efecto o sea la Policía Judicial. La reforma consiste en acabar con esa amalgama que habían hecho las leyes anteriores conservando el Poder Judicial enteramente independiente del poder administrativo, y por otra parte, descentralizando al poder Judicial de sus funciones, al convertirse en el inquisidor de todos los hechos que ameriten la aplicación de una ley penal. Esta es la explicación que tenía que dar a ustedes." (*aplausos*)<sup>29</sup>

Finalmente, en la sesión 40ª de fecha 10 de enero de 1917, el diputado Enrique Colunga, presentó un Voto Particular en donde le hizo algunas enmiendas y adiciones al proyecto original, y habiendo sido aprobado por ciento cincuenta y ocho votos, el texto quedó como sigue:

"Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiera impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días".

A petición del diputado José Alvarez, y con argumentos sólidos de tipo social, inspiradores del movimiento revolucionario, a este artículo se le hizo como apéndice el siguiente añadido: " Si el infractor fuere jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo en una semana." Como nota al margen, se señala que en la actualidad el artículo en comento ha permanecido casi intacto, agregándosele únicamente, por lo que respecta a las sanciones administrativas y las multas, lo siguiente: el arresto, en ningún caso excederá de treinta y seis horas; se incluye entre los posibles infractores a "trabajadores" y "trabajadores no asalariados"; y en todos los casos, la multa no podrá exceder de un día se *jornal, salario o ingreso*.

Como "Nota" al margen, cabe destacar que este artículo 21 Constitucional sea

<sup>29</sup> Historia de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Tomo I. México, D.F. 1996. Págs. 83, 84, 85.

mantuvo intacto por casi ochenta años, hasta 1996, cuando el 3 de julio de ese año el Constituyente Permanente reformó el texto Constitucional y le agregó en las atribuciones del Ministerio Público, "**La investigación**", además de la "Persecución" de la que, como ya vimos, desde un principio estaba dotado. Con esto procedemos a obliterar la nota, ya que de estos tópicos nos vamos a ocupar más adelante, con la debida amplitud.

Es palpable que en el Constituyente de 17 había confusión y no mucho conocimiento del tema, tratábase como dijimos, de un momento difícil y además, los diputados en su mayoría no eran abogados sino Hidalgos patriotas que luchaban por una Patria mejor y más justa; ya que críticamente, el artículo 21 no revelaba todo lo que de manera tan clara, pero eminentemente subjetiva, nos dice el diputado Macías. Ello explica el porqué fue necesario que en la Ley Orgánica del Ministerio Público del 9 de septiembre de 1919, se aclarasen y adecuaran las nuevas tendencias del Ministerio Público adoptadas en el artículo 21 de la carta magna. Sin embargo, en esta ley todavía perduraron rasgos del pasado, lo cual motivo reformas a sus artículos 9º, 10º y 16, realizadas mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha 19 de noviembre de 1924.

Cabe también mencionar que el Código de Procedimientos Penales del 15 de diciembre de 1894 fue sustituido por el Código de Organización y Competencias de Procedimientos en Materia Penal del 4 de octubre de 1929, mismo que fue abrogado y sustituido con la promulgación de los Códigos Penales y de Procedimientos Penales del 17 de septiembre de 1931, elaborado por Martínez de Castro y que de alguna manera, sigue vigente en la actualidad; pero cuyo texto original ha sufrido múltiples modificaciones, lo que ha provocado que se piense en una nueva codificación penal.

Como se ve, con las reformas Constitucionales de 1917 respecto de Ministerio Público, se estableció de manera clara y objetiva que este organismo tenía a su cargo con carácter exclusivo, la persecución de delitos y la búsqueda de los elementos constitutivos del mismo, de esta suerte al Ministerio Público, con la Policía Judicial a su disposición, le queda como facultad expresa la acción persecutoria de los delitos <al respecto es imprescindible hacer el comentario de que técnicamente ese artículo nace con una deficiencia en su estilo descriptivo, porque el Ministerio Público, en la primera fase del procedimiento, no persigue al delito, sino que se avoca a averiguar e integrar su Averiguación Previa; debe hacerse llegar a datos bastantes y suficientes para su integración; debe recabar toda una serie de medios probatorios o indiciarios suficientes para la acreditación del Cuerpo del Delito y, en su oportunidad, determinar si hay delito que perseguir y señalar el probable responsable>. La persecución, viene después.

El Constituyente nos dejó como legado importante, la advertencia jurídoco-histórica de que el Ministerio Público tiene propiedades particulares que deben ser reconocidas sin que exista modificación alguna para ellas, a saber:

La de que es *Imprescindible*, es decir, ningún tribunal del ramo penal puede funcionar sin tener un agente del Ministerio Público adscrito, esto es, ningún proceso penal puede ser iniciado ni continuado sin intervención de un agente del Ministerio Público.

Es *Uno y Único*, porque representa una sola parte, la sociedad o al Estado; además en él no hay jerarquía ni diferencia por razón de su competencia; el Ministerio Público no es responsable de las imputaciones que se le hagan con motivo del ejercicio de la acción penal, ni por las molestias o daños que cause con motivo de las detenciones en las que participe.

El Ministerio Público es además, **Independiente**, pues no defiende a nadie, se rige por su propia Ley Orgánica y actúa bajo la dirección y el mando de un solo jefe, que lo es C. Procurador General de Justicia.

El Ministerio Público es una **Institución de Buena Fe**, porque no lo mueve un interés particular, de ahí que debe ser respetuoso de los derechos y garantías de los individuos, por ello debe basarse en dos principios básicos: fundamentación (invocar con toda precisión y exactitud el derecho aplicable al caso concreto) y la motivación (exponer los principios lógicos que permitan adecuar la conducta atribuida, a las normas jurídicas invocadas).

El Ministerio Público ejerce el **monopolio del ejercicio de la acción penal**, pero no es propietario de la acción penal, ésta pertenece a la sociedad, de "Quien no es sino un representante, consecuentemente no puede disponer a su arbitrio de aquella acción ni manejarla según sus singulares apreciaciones; sino conforme a sus competencias."<sup>30</sup>

Finalmente, es **Irrecusable** ya que de su conocimiento e intervención, nadie puede oponerle Tacha o Parcialidad, ni tampoco puede alegar Incompetencia.

Pero para entender mejor al Instituto, es necesario revisar sus funciones y características primordiales:

"Fundamentalmente el Ministerio Público tiene el carácter de órgano estatal permanente para hacer la pretensión penal nacida del delito, y su vida está íntimamente ligada a la acción penal. La Constitución de 1917 estableció, en materia penal, una doble función del Ministerio Público: como titular de la acción penal y como jefe de la Policía Judicial ; que es el medio preparatorio al ejercicio de la acción penal y es definida como "el acto por medio del cual el Ministerio Público reúne los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal y tiene por objeto llenar los requisitos del artículo 16 constitucional. El artículo 286 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal le da a las diligencias practicadas por el Ministerio Público y la Policía Judicial un valor probatorio pleno

<sup>30</sup> Martínez Garnelo, Jesús. *La Investigación Ministerial Previa. Un Nuevo Sistema de Administración de Justicia*. Editorial Porrúa. México, 1998 pp- 247 a 252.



-judicial- siempre que se ajusten a las reglas relativas de ese código respecto a las pruebas.<sup>31</sup> Esto, como más adelante lo vamos a demostrar, es del todo impropio, pues se vulnera de manera flagrante, el principio de contradicción que es donde se sustenta el sistema probatorio.

Pero su actividad no se contrae a la de *accionante o requirente*, ya señalada con anterioridad, junto a ella, se señala la *función dictaminadora*, de la que serían muestras los pareceres que habrá de emitir ( en cuestiones de competencia); *la actividad interpretativa e integradora* que desempeña por parte de sus subordinados o del propio Procurador General de las normas jurídicas cuya aplicación postulen ante los tribunales, esto, como consecuencia de ser la institución representante de la ley (entendida la palabra en su acepción amplia de fuente de Derecho, sea o no legislativa). Se contempla además, *la actividad administrativa o burocrática*, que reviste modalidades sumamente diversas, desde representar menores e incapacitados, hasta participar obligadamente en toda la jurisdicción familiar.

Al lado de todo lo anterior, destaca la función de *instructor en materia criminal*, dada su posición predominante en el proceso penal, y donde a merced de los poderes que detenta en cuanto al ejercicio de la acción, puede impedir que recaiga condena e inclusive impedir que se abra siquiera la instrucción en estricto sentido, contra el presunto culpable de un delito, con sólo eludir la consignación.<sup>32</sup> Quedan atrás las funciones de Abogacía del Estado, de Asesoramiento Jurídico respecto del Ejecutivo, en razón a las reformas de 1994-1995.

De lo expuesto, y respecto a la actividad del Ministerio Público, Vincenzo Manzini, nos dice: "En el sistema de derecho, el acusador es un órgano público: el ministerio público, que tiene, por así decirlo, el monopolio de la acción penal; cumple idéntica función ya respecto de los delitos perseguibles de oficio, ya en orden a los punibles por querrela del ofendido, toda vez que el derecho de querrela no es un derecho de acusación o de acción, sino una condición de punibilidad. Por lo tanto el acusador, como sujeto del proceso penal, se identifica con el Ministerio Público; y éste, como lo hemos advertido, solo tiene carácter de parte en sentido puramente formal e impropio."<sup>33</sup>

Esta noción del Ministerio Público como parte, es objeto de discusiones, pues como lo expone Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, de todos los sujeto procesales, el Ministerio Público es el que despliega actividad mas variada. Desde el punto de vista procesal, la más relevante está constituida por la índole accionante o requirente, merced a la que se conduce (al menos, en sentido formal) como parte en juicio y realiza, con igualdad de plano con los litigantes los actos y promociones expeditos a éstos de acuerdo con la corriente acaso más

<sup>31</sup> Castro, Juventino V. *El Ministerio Público en México* Editorial Porrúa, México, 1983 pp. 24 a 28.

<sup>32</sup> Alcalá-Zamora Niceto. op.cit. pp.507, 508.

<sup>33</sup> Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal* .Ediciones Jurídicas Europa- América-Argentina, 1951.Tomo II p.314

generalizada todavía, y abstracción hecha, de sus actividades extraprocesales, el Ministerio Público sería parte en juicio. Pero semejante tesis reviste modalidades, no ya diversas, sino incompatibles entre sí. Así para algunos constituye parte en sentido material, y de aceptarse ésta interpretación, hallaría fundamento, como reflejo del principio de igualdad entre los litigantes, la condena en costas que al Ministerio Público imponen a veces algunas leyes procesales, como acontece con la del Enjuiciamiento Civil español, cuando se ha desestimado un recurso de casación por él interpuesto. Creemos sin embargo, que tal punto de vista resulta indefendible, porque significaría erigir al Ministerio Público como simple representante del Ejecutivo o de la Sociedad, en sujeto de una contienda de Derecho Sustantivo, (civil o penal) a la que fue sujeto ajeno en el instante mismo en que, encausada por el proceso, avanza hacia la decisión jurisprudencial. Pruébalo el hecho de que mientras el litigio pueda resolverse —valiéndose de la terminología de Carnelutti— mediante autocomposición, incluso después de haber desembocado en proceso, (pensemos en una transacción judicial) y hasta, en ocasiones, si es de índole penal, (perdón del ofendido respecto de delitos privados) en ella el Ministerio Público nada tendría que hacer, precisamente por ser ajeno a la relación jurídica material controvertida. Ello determina que reúna más adeptos la doctrina a cuyo tenor, únicamente es parte en sentido formal, es decir, sujeto de la acción (concebida, a la vez, con criterio procesal y dual, que abarque por igual al actor y al reo, en contraste con el sujeto de la jurisdicción, o sea el juzgador. En esta dirección, el Ministerio Público forma pareja con la substitución procesal (conocida por la legislación mexicana como el ejercicio de acciones oblicuas) en la que el sustituto aparece como sujeto del proceso, en tanto que el sustituido lo sería del litigio. Dentro de la tendencia que venimos examinando, Carnelutti concibe al Ministerio Público como parte imparcial, a fin de reflejar mediante ésta paradójica caracterización la objetividad con que debe conducirse en el proceso, por lo mismo que es extraño al conflicto jurídico material en él controvertido. En todo caso, y por lo mismo que el Ministerio Público representa el interés social en la administración de justicia, preferible es que peque por exceso que no por defecto de celo en su actuación. Dicho de otra forma, mientras el Juzgador Penal, garantiza suprema de la libertad, ha de absolver en caso de duda, el ministerio público, instituido como se lee en el artículo 21 de la Constitución mexicana, "para la persecución de los delitos", y por lo tanto, para evitar, en lo que de él dependa, que queden impunes, deberá acusar, salvo, naturalmente cuando se desvanezcan por completo las sospechas contra una persona, máxime en los ordenamientos que rige el sistema acusatorio (*nemo iudex sine actore*), por que la ausencia o la retirada de la acusación impedirá en ellos al juzgador pronunciar sentencia de condena. Como se ve, al *in dubio pro reo*, a que ha de atenerse el Juez, se contraponen el *in dubio pro sociate* a que debe ajustarse el ministerio público.

El mismo autor cita las corrientes que niegan la calidad de parte al Ministerio Público, criticándose dicha postura al no tomar en cuenta el sentido formal y material del concepto, ni aislar los distintos cometidos de la institución. Una tercera tesis, lo exhibe como *órgano jurisdicente*, recalcando Alcalá-Zamora,

que mientras que el Juez manda, el Ministerio Público no pasa de pedir, destacando que cosa distinta es que el Ministerio Público desempeña actividad *cuasi-jurisdicente*. Otros pareceres lo consideran como *órgano administrativo*, a quien corresponde la tutela de los intereses propios del estado y cooperador inmediato del mismo. Concluye el autor en que la falta común de las distintas opiniones que acabamos de recoger, consiste en querer definir una institución de cometidos múltiples<sup>34</sup>.

Como se ve, habrá que reconocer que el Constituyente del 17 vertebró al Ministerio Público moderno, al separarlo y sacarlo tajantemente, de la férula del Poder Judicial, con lo que dio nacimiento en potencia, al sistema Acusatorio, <aunque, como se verá más adelante, lo que ha privado es el llamado Sistema Mixto> puesto que **ya las pruebas no las buscaría ni las aportaría el juez, sino que esta importantísima tarea le tocará a otro poder, al Ejecutivo por medio del Ministerio Público**. Se dotó a éste, como ya dijimos, de la Unidad, al decir que este Ministerio estará a cargo de un Procurador General y que tendrá el número de agentes que determine la ley, quienes en todos los casos actuarán a nombre de él, además de que actúa en representación de la Sociedad; lo inviste de la facultad para "pedir la aplicación de las penas"; y como algo especial, determina que el Procurador General será el "consejero jurídico del gobierno". Esto último se nos hace importante y de especial trascendencia porque, como siempre se pensó quien mejor que él para representar dignamente los derechos de la Nación?. Sin embargo, y con razones bien ponderadas, como dijimos arriba, con las reformas de 1994-1995, esta atribución se le quito.

Un aspecto relevante a destacar, y muy importante para nuestro estudio, es que en el artículo 21 de la Constitución de 1917 y aún en su versión actual, "no queda muy claro" qué es lo que abarca y dónde comienza la "persecución de los delitos"; ya que como apuntamos en la nota de arriba, no fue sino hasta 1996 cuando se antepone a ésta, la "Investigación". Por este motivo, en el párrafo siguiente nos vamos a ocupar con más amplitud y puntualidad, de la actividad investigadora, la función persecutora y de la acusación, como funciones primordiales del Ministerio Público.

#### **1.4.2.- Actividad Investigadora, función Persecutora y la Acusación.**

A manera de introducción al tema, diremos que lo que trataremos de hacer es una disección, mejor dicho, una "vivisección" como dijera Renan,<sup>35</sup> del artículo 21 Constitucional, por tratarse de un ente jurídico que está vivo, palpante y actual, a fin de esclarecer en qué consiste la actividad Investigadora del Ministerio Público; en qué se distingue de la función Persecutora y, por fin, qué es y a que se reduce la Acusación.

<sup>34</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Derecho Procesal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1976. Tomo I, pp. 504 a 514.

<sup>35</sup> Ernest Renan. ¿Que es una Nación? Alianza Ed. Madrid 1987. Pág. 60.

Actividad Investigadora.- A todas luces la reforma de 1996 era necesaria e impostergable; pero estimamos que no fue del todo afortunada ya que introdujo un término extraño, que no armoniza y se aparta tanto de la tradición jurídica mexicana, como de los propios textos que le dan sustento. Efectivamente, en ninguna parte de toda la literatura jurídica mexicana, se habla de investigación, ya que tanto los artículos 19 como el 20 Constitucionales, únicamente se refieren a la "Averiguación" Previa; y en ese tenor, obviamente también la legislación secundaria se refiere a la averiguación. Sin embargo estimamos que el Constituyente Permanente empleó este término como sinónimo de la averiguación. En razón directa de esta circunstancia y por tratarse de un trabajo eminentemente académico, nosotros nos vamos a referir a la Investigación, habida cuenta de que además de la Ley Fundamental, la doctrina dominante así lo hace.

Siguiendo el patrón que nos hemos impuesto desde el principio, empezaremos por hacer su referencia filológica; y así tenemos en orden progresivo, que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua dice: **Averiguar.** ( Del lat. *Ad, a, y verificare*; de *verum*, verdadero, y *facere*, hacer.) tr. Inquirir la verdad hasta descubrirla. Por lo que hace a la palabra **Investigar**, el mismo Diccionario nos dice: **Investigar.** ( Del lat. *Investigare*. ) tr. Hacer diligencias para descubrir una cosa<sup>36</sup>. Como se ve, son sinónimos pero el término averiguar va encaminado hacia la verdad, en tanto que investigación, se dirige a "una cosa". Por tal motivo creemos que hubiera resultado mejor y más conveniente haber hablado de "Averiguación", en lugar de Investigación.

Nociones preliminares.- Como todos sabemos, la seguridad de la sociedad se halla a menudo comprometida como consecuencia de hechos que el Estado reputa como delitos. Es entonces que aquél en defensa de los valores elementales de la comunidad, pone en movimiento al poder público, cuyos órganos destinados a este fin, repondrán el orden jurídico perturbado y aplicarán la coacción para garantizar las condiciones normales de la vida social. Esta es una consecuencia necesaria del hecho de que la pretensión punitiva del Estado sólo es realizable en cuanto un delito haya sido efectivamente cometido por un individuo imputable y responsable. Recién entonces se llega a la declaración de certeza procesal relativa a la pretensión punitiva del Estado, que se hace en virtud del principio de la investigación de la **verdad real**. Es necesario pues, la declaración de culpabilidad, como corolario de lo afirmado. Situación jurídica a la que sólo puede llegarse mediante el proceso penal, cuya finalidad específica es el descubrimiento de la realidad. De ahí que surja la necesidad de la Investigación, que es el modo de penetrar, con toda escrupulosidad en la verdadera e intrínseca naturaleza de los hechos, sin dejar nada al arbitrio, pues no se trata aquí del individuo singular, ni de perturbaciones que puedan ser o no ser tales según su libre voluntad, sino que se trata de toda la Sociedad en su conjunto.

No es necesario hacer resaltar la importancia que la investigación

<sup>36</sup> Op. Cit., Págs. 148, 758.

asume en la elaboración del proceso. Con lo afirmado puede intuirse su relevancia y afirmarse sin temor a equivocarse que sin ella no hay proceso.

Es necesario dejar sentado que en la tarea de sistematizar el estudio dogmático de la investigación del delito, a menudo se tropieza con dificultades de diverso orden, que es necesario destacar. Primeramente, falta una bibliografía que estudie el tema en forma integral y desde un punto de vista puramente jurídico. Por otro lado, debe trabajarse sobre un tema que escapa, las más de las veces del campo jurídico puro, para introducirse en el objeto mismo de la Ciencia Policial moderna sobre la investigación del delito, que, desde luego, ha incidido frecuentemente en nuestra consideración del tema, pero en ningún modo nos ha hecho desviar de la finalidad jurídica perseguida. En este último aspecto la bibliografía es inmensa e interesante y muchas veces nos ha servido como base para desarrollar el tema central de la investigación. Como fuente de comprobación es fácil confundir la investigación con los medios de prueba, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, por lo que es menester establecer nítidamente su concepto y sus alcances en el proceso penal.

Lo anteriormente expuesto nos hace preguntar ¿Qué es la Investigación?. Hemos afirmado enfáticamente que sin investigación no hay proceso penal. Ahora, nos referiremos a qué entendemos por investigación del delito, a la vez que definiremos esa actividad dinámica del proceso.

El desvelo por descubrir el delito y encontrar los elementos necesarios para probar la autoría del delincuente, es lo que caracteriza en términos muy amplios la Investigación, desde el punto de vista. Es un aspecto de la tendencia innata en el hombre de llegar a la verdad, que sobrepasa los límites del laboratorio y se consubstancia con la realidad palpitante y vívida.

Todos los pasos encaminados a este fin constituyen actos investigadores. Ella, la Investigación, no se refiere a cuestiones ajenas a la vida, sino a hechos materiales que la vida misma modifican y ante cuya solución, en uno u otro sentido, la Sociedad no puede permanecer indiferente. Es que este hecho, el delito, es la vida misma. Él produce angustias y perturba el orden de la comunidad. Es por eso que toda ella aparece comprometida y de ahí la importancia de la investigación en el mundo moderno.

Investigar un delito no consiste meramente en informar o ilustrar a alguien o a la autoridad judicial sobre la existencia de un hecho o de sus pormenores, sino en determinar la realidad fáctica que se reputa delito y la atribuibilidad del o de los autores del mismo. Además también consiste en acreditar la relación de causalidad ente ese hecho y el imputado. Para lo cual debe recogerse la prueba que suscitará en el ánimo del juzgador la certeza en la determinación de la responsabilidad por un hecho ilícito. En conclusión, para nosotros la Investigación del delito es la actividad encaminada a obtener y posibilitar la reconstrucción de la realidad pretérita. Esto nos recuerda a Carnelutti cuando nos dice: "Se ha dicho

que el juez hace historia; no es todo lo que haya que decir de él, pero lo cierto es que el primero de sus cometidos es, precisamente, el de la historia, o mejor el de la historiografía, concebida en sus términos más estrictos y acaso no suficientes. El historiador escruta el pasado para saber cómo ocurrieron las cosas. Los juicios que él pronuncia, son por tanto juicios de realidad, o más exactamente juicios de existencia; en otras palabras, juicios históricos. El juez, al principio se encuentra ante una hipótesis; no sabe cómo ocurrieron las cosas; si lo supiese, si hubiese estado presente a los hechos sobre los que debe juzgar, no sería juez, sino testigo y se decide, precisamente, que convierta la hipótesis en tesis, adquiriendo la certeza de que ha ocurrido o no un hecho, es decir, certificando ese hecho. Estar cierto de un hecho quiere decir conocerlo como si lo hubiera visto<sup>37</sup>

De ahí que la tarea requiere, por lo tanto, singulares dotes intelectuales: conciencia viva y despierta, experiencia y seguridad ante las soluciones que deban adoptarse sin dilaciones. Por consiguiente, se requiere el empleo de las principales fuentes de conocimiento: la observación, la experimentación y el razonamiento tanto inductivo como deductivo. Tampoco pueden desdesharse -- aunque con las debidas reservas -- la aplicación de la Intuición, principios apriorísticos y la imaginación.

Pero no hay lugar a dudas que ante los fenómenos que desfilan ante los órganos sensoriales del investigador de un hecho delictuoso, la actividad del intelecto sólo puede ser verdaderamente útil y fecunda cuando ella se dedica a observarlos, recogerlos, seleccionarlos, describirlos, compararlos, clasificarlos y analizarlos. Es, entonces, cuando obtenidos esos elementos que acreditan la materialidad del hecho delictuoso y la identificación del autor, que finaliza la actividad del investigador y comienza la obra del jurista. En definitiva, la Investigación es la actividad que se traduce en la suma de motivos que produce la certeza de un hecho y su imputación a alguien.

Nos toca tratar sobre la Naturaleza de la Investigación del Delito. Si como dijimos, la investigación del delito es la actividad encaminada a obtener y posibilitar la reconstrucción de la realidad pretérita, como la hemos definido, ella es la suma de motivos que produce la certeza de un hecho y su imputación a alguien, y como tal, no es otra cosa que un modo de aprehender la realidad efectiva, histórica y material de un hecho y de un sujeto, que generalmente se materializa en el proceso penal mediante la prueba. La Investigación del delito, entonces, debe tender a obtener la verdad, la verdad material, determinando si es un hecho delictuoso y, en ese caso, recoger su antecedentes y consecuencias, a la vez que deberá establecer el autor o autores, cómplices e instigadores del hecho material y además, la existencia de dolo o culpa en la conducta del agente.

A este respecto es importante establecer que para el inicio de la Investigación Criminal, y ciertamente en el ámbito de la Averiguación Previa, es menester que al margen de la querrela que formule el sedicente ofendido o la

<sup>37</sup> Francesco Carnelutti, Como se Hace un Proceso. Segunda Edición. Ed. Colofón, S.A. México 1990. Pág.52

denuncia que presente el testigo, hace falta que el Ministerio Público se cerciore de que el hecho puesto bajo su conocimiento, reviste las propiedades de un delito, aunque en este momento se configure únicamente, lo que se llama *delito hipotético*, para ello el Ministerio Público tendrá que formular un *juicio de posibilidad*, ya que al formular su Ponencia de Consignación, el juicio que habrá de formular es un *juicio de probabilidad*; pero ambos deben ser juicios apodícticos, aunque el primero se sustente en la intuición, teniendo el barrunto de que el hecho acaecido en el mundo fáctico puede configurar un delito tipificado y sancionado por las leyes penales. Esto es en función directa de que el procedimiento penal reclama para su existencia e inicio, ciertos Presupuestos, Requisito y Causas. Las Causas propiamente dichas, a diferencia del Derecho Civil, en el ámbito penal no se registran, a excepción hecha de aquellas necesarias para que el proceso llegue a su término, como sería el que, en las actuaciones instructorias no apareciese persona alguna a la que se le pueda imputar el hecho supuestamente delictivo como su autor, cómplice o encubridor, etc. ; pero estas causas afectan más bien al proceso y no a la iniciación de la investigación, es por ello que de ellas en este trabajo no nos vamos a ocupar. Siguen en su orden, los Requisitos, que en nuestra legislación se les reconoce como Requisitos de Procedibilidad, cuyo centro de gravedad esta en la Querrela, que es necesaria para que se pueda abrir la averiguación. Finalmente, estan los Presupuestos y aquí queremos reparar en su importancia real para una sana, eficaz y conveniente procuración de justicia.

Al respecto y con obvias referencias al Derecho Español, Miguel Fenech nos dice: "Entendemos por presupuesto absoluto determinante de la iniciación del proceso instructorio o sumario aquel sin cuya concurrencia no puede procederse a la iniciación del sumario en ningún caso; tiene carácter ficticio, y está constituido por las circunstancias que ha de reunir un hecho de la vida real para que puede ser considerado *prima facie* como constitutivo de un delito. Basta que el hecho tenga una existencia hipotética, pero que cualesquiera que sean los indicios existentes permitan suponer fundadamente su realidad, y revista la apariencia de un delito de los incluidos en el Código penal.

Decimos hecho y no acto, porque si bien el delito ha de ser en todo caso un acto, también puede estar constituido el presupuesto por un hecho, ya que en muchos casos hay hechos que producen el mismo resultado aparente o real que un acto delictivo. La aparición de un cadáver, por ejemplo, es el presupuesto de la iniciación de un proceso en el curso del cual se averiguará si la muerte ha sido producida por obra de una actividad humana o no, y lo mismo puede decirse respecto a los daños causados por un incendio o por un terremoto.

Para que se inicie un proceso instructorio concurriendo el presupuesto absoluto de procedibilidad, es necesario que el hecho llegue a conocimiento del Instructor en cuyo territorio radique, el lugar donde se sospecha que se ha cometido. Sin embargo, al estudiar la competencia territorial vimos que no sólo es competente para la iniciación del sumario el juez en cuyo territorio se ha cometido

el hecho, sino que, en virtud de los criterios subsidiarios, basta con que lleguen a noticia del juez, ignorándose el lugar de los hechos, otras precisiones relacionadas con el mismo, que determinan su actuación. Las normas reguladoras de la competencia territorial son requisitos de lugar de procedibilidad" y nos remitimos a ellas.

Ahora bien, la concurrencia del presupuesto absoluto de procedibilidad determina la actuación inmediata del Juez instructor, salvo que esté vedada la iniciación, por haber transcurrido los plazos de prescripción establecidos en las leyes ( arts. 113 y 114 CP ), siempre que pueda establecerse el transcurso del plazo del contenido mismo del acto constitutivo del presupuesto de iniciación. Por ejemplo, si se trata de un delito de injuria a particulares, que prescribe a los seis meses de su comisión, la querrela presentada al año de haberse cometido el hecho, en la que se hace constar la fecha de éste, es inadmisibles y ha de rechazarse por falta de concurrencia del presupuesto absoluto de procedibilidad<sup>38</sup>.

Nosotros en nuestra legislación y sobre todo en la praxis, debemos insistir y poner énfasis en estos presupuestos; porque no podemos perder de vista que en una indagatoria, a la vez que se quiere evitar la impunidad, también nos debe preocupar las molestias e inconvenientes que se le pueden ocasionar a las personas, sin necesidad ni porvenir jurídico penal alguno; esto además de los trastornos de saturación de expedientes y el auspicio a la corrupción.

Efectivamente, vemos con demasiada frecuencia que en las Procuradurías de todo el País, el Ministerio Público levanta el acta de inicio sin hacer la menor consideración jurídica del hecho o hechos que se le ponen a su consideración, en un aparente alarde de observancia a los Principios de Legalidad e Indisponibilidad a que esta sometido, a sabiendas de que, en muchos casos, el hecho no configura un delito o bien, le falta palpablemente un elemento del tipo, o finalmente, éste ya está pre escrito. Sin embargo, abre la Averiguación Previa y practica inútilmente, toda una serie de diligencias que al final ningún valor van a tener; pero en el inter, ya cito al Presunto responsable, a los testigos; hizo uso de peritos, practicó la Inspección Ocular; en fin, armó un mamotreto que al Estado le costo y a la Sociedad un amargo sabor de boca le dejó. A nuestro juicio, lo correcto sería que para evitar esta practica viciosa, se legislara con más precisión respecto al cuándo, cómo y porqué se debe abrir una Averiguación, y para ello insistimos en que el Ministerio Público, previamente y antes de la Averiguación, (si se quiere), haga una "Investigación" **evaluativa** para determinar si realmente estamos frente a un delito o se trata de un hecho o situación que corresponde a una esfera distinta al Derecho Penal. Esto en manera alguna atenta contra el Principio de Legalidad, ni se pretende manejar la Oportunidad o Discrecionalidad; de lo que se trata es de mejorar y robustecer la correcta Procuración de Justicia Penal, pero sólo cuando el caso verdaderamente lo amerite. Para el efecto, el

<sup>38</sup> Miguel Fenech. Derecho Procesal Penal. Vol. Primero. Segunda Edición. Editorial Labor, S.A. 1952. Págs. 330 y 331



procedimiento a seguir sería que la Denuncia o Querrela, primeramente se registrara en el Libro de Gobierno o de Turno; se oyerá al deponente y en seguida, se determinará si ha lugar o no a la "apertura" de la Averiguación Previa; en caso de ser negativa, darle a conocer esta situación al compareciente y, al mismo tiempo, elaborar el "Oficio" respectivo, dirigido a la Entidad Pública que corresponda, con independencia de que el compareciente conserve o no el interés de seguir la Causa en el cause y los términos que legalmente pudiera corresponder. De este modo, ni se saturan las Procuradurías, ni se da pie a las corruptelas; además se evitan gastos y molestias innecesarias.

Retomando el concepto y naturaleza de la Investigación, diremos que con base en lo dicho, no debe confundirse la Investigación con la prueba, pues la primera no constituye material probatorio, sino que orientará al juez en el conocimiento de la verdad, a la vez que selecciona y es un modo de proporcionar los elementos que en el proceso servirán de medios de prueba. La denuncia es una prueba si se le equipara al testimonio; pero como acto procedimental originario es también fuente de la investigación del delito, por cuanto indica los primeros elementos que conviene acreditar y los medios por los cuales esos elementos han de ser llevados eficazmente a la psiquis del juzgador. Puede decirse que es el primer eslabón de la Investigación de Cargo.

Para la búsqueda de la verdad, desde siempre los órganos de la justicia han respaldado toda investigación de un hecho con las ciencias naturales, cuyo progreso decisivo en el siglo que acaba de terminar, abrió un campo enorme en la lucha contra la delincuencia, a la vez que introdujo mayor certeza en la determinación de los actos punibles y su imputabilidad. Así en el caso de muerte sospechosa de un individuo el análisis realizado en las vísceras de la víctima, en los modernos laboratorios determinará con toda exactitud si esa muerte fue provocada o se debió a causas naturales. De este modo la Investigación obtiene una eficacia indubitativa aportando al proceso la prueba esclarecedora de un hecho.

Los Códigos modernos en general y obviamente nuestros Códigos de Procedimientos Penales han establecido normas especiales acerca del modo y forma en que debe realizarse la Investigación y sobre todo en lo referente a la comprobación del Cuerpo del Delito. En ellos se indica qué debe ser objeto de la investigación y la manera de realizarla. Lo que la ley procesal ha querido es averiguar y comprobar la realidad por medio de una Investigación Integral, traducida en facultades del Ministerio Público para investigar en la indagatoria, en forma autónoma y en todo el ámbito de la posible producción de los hechos, sus antecedentes y consecuencias, sin otras limitaciones subjetivas que las expresamente contempladas en la ley y, objetivamente, sólo limitadas por la imposición de estar íntimamente relacionadas en su determinación, con el núcleo fáctico de la imputación. De ahí que la labor del Ministerio Público, en la verificación del elemento material del delito, se traduce recogiendo los rastros o huellas dejadas que acreditan el llamado "cuerpo del delito". En esta fijación de

los hechos no le basta su buena voluntad y el conocimiento jurídico; le es necesario, además, poseer un conjunto de conocimientos que no se adquieren sin estudios especiales y una bien lograda experiencia. Estos estudios especiales a que nos referimos se orientan primordialmente a la Ciencia Policiaca, que se ha dado en llamar Policía Científica. Ésta ha consagrado nuevos métodos de investigación de los que no puede prescindir todo procedimiento judicial en su persecución de la verdad, que es, como se ha dicho, la finalidad específica del proceso penal. En este orden de ideas, se hace más necesaria la comprobación efectiva de los hechos y de la responsabilidad del sujeto activo por medio de las pruebas materiales y físicas, las que tienen la virtud de dar al juzgador la certeza de sus resoluciones y de precaverlo del error. Es allí donde la ciencia aplicada a la investigación ha dado resultados magníficos, restándole la importancia decisiva que tenían la confesión y la prueba testifical. Es hora entonces, que la investigación moderna del delito se encamine a hallar y obtener por sí misma las pruebas materiales y físicas, y posponer a segundo plano la confesión y la declaración testimonial. Pues es sabido el valor relativo de estas últimas, no solamente porque en muchos de los casos pueden resultar falaces, sino que no es extraño que varias personas den una versión totalmente diferente sobre un hecho que han presenciado. Esto es muy común respecto a hechos ocurridos en la vía pública y sobre todo en los accidentes de tránsito. Esto no quiere decir que los avances de la ciencia, como la psicología o la psiquiatría no se puedan también aplicar a la prueba de confesión o al dicho de los testigos; pero esto se nos antoja mejor para el período de Instrucción, y no en el ámbito de la Averiguación Previa; sin embargo en el capítulo siguiente al tratar La Prueba, veremos las importantes investigaciones realizadas en este campo por el eminente jurista de la escuela de la escuela de Kiel, el maestro Dr. Erich Döhring; así como los sabios consejos y comentarios del insigne Francesco Carnelutti.

Sólo nos resta decir, como corolario a lo expuesto, ¿Cuál es el objeto de la Investigación?. Se ha dicho que para determinar el conocimiento de una disciplina científica o de un cierto saber, se hace indispensable fijar, con la mayor exactitud posible, cuál es el objeto que esta disciplina conoce o aspira a conocer. Siguiendo este orden podemos decir, en términos muy generales, que el objeto de la Investigación del Delito es la actividad encaminada a descubrir la verdad material e histórica de un hecho que pueda acarrear una responsabilidad criminal. Preciso es destacar que como lo dijimos al principio de este trabajo, la verdad que se busca no es de carácter filosófico, es decir una noción ontológica, sino a la certeza, que resulta del conocimiento objetivo y que a través de los sentidos nos la brinda la realidad. Para llegar a este fin las leyes procesales han puesto al servicio de los órganos de justicia encargados de la Averiguación, un conjunto de actos que ellos deben realizar. En síntesis, la investigación es el modo usado por el órgano encargado de la procuración de justicia para que a través de las pruebas recogidas por su intervención, permitan a los sujetos procesales en especial al juzgador, obtener los elementos objetivos y subjetivos de la realidad fáctica jurídico penal. Desde este punto de vista, la Investigación contempla y estudia al hecho en su objetividad y en su subjetividad. El hecho en su objetividad

comprende el núcleo central, sus antecedentes y consecuentes, y también eventualmente sus adherencias. El núcleo es la conducta humana enjuiciada ante la posibilidad de su existencia, y debe ser examinada en todas sus circunstancias de modo, tiempo y lugar en cuanto jurídicamente interesen. Los antecedentes de la conducta hacen los rastros dejados para alcanzar su producción y a las situaciones requeridas por la ley para la tipificación del hecho o su eliminación como delito; los consecuentes son los rastros materiales o morales dejados en las cosas o en las personas, que contribuirán a la reconstrucción de la conducta. En cambio, el hecho en su subjetividad se refiere al elemento humano de esa misma conducta, en cuanto a su vinculación física, biológica y psíquica con el acontecer jurídicamente valorado. Su análisis ha de tener trayectoria temporal, anterior, concomitante y posterior al acontecimiento analizado. Es entonces que la Investigación no cesa con la comprobación de un hecho y la determinación de un autor; debe también esclarecer si no ha concurrido alguna causa de justificación que excluya la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo penal.

**Función Persecutora.-** Consecuentes con el método impuesto, nos toca considerar lo que filológicamente significa la palabra "persecución", y de manera tangencial el término función.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia dice: Persecución. ( Del lat. *Persecuti, -onis.*) F. Acción de perseguir o insistencia en hacer o procurar un daño. 3. Fig. Instancia enfadosa y continua con que se acusa a uno a fin de que condesienda a lo que de él se solicita.<sup>39</sup> Como es de apreciarse, el diccionario no nos alumbró el camino para los fines propuestos, de ahí que acudimos a la Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-americana que al respecto dice: "Perseguir. Del lat. *Persequi v.a.* Seguir al que va huyendo, con ánimo de alcanzarle. Este verbo presenta las mismas formas irregulares que *seguir*. Nótese también cómo este verbo en la acepción que le dieron los clásicos jamás puede significar *proseguir, continuar*, ni mucho menos *asegurar* ni *desear*. Dice un eminente filólogo a éste propósito: "Las frases: yo persigo mi intención, tu persigues un plan, ella persigue los fines de su pasión, vosotros perseguís las aspiraciones personales, ellos persiguen altos designios, etc., son *persecuciones* que trastornan y desfiguran el recto uso de este verbo, por torcerlo al uso francés. Porque los franceses de la misma manera que *persiguen* la liebre, *persiguen* el derecho, el cargo, el negocio, el propósito, el camino o el plan comenzado; es decir, *prosiguen, continúan, insisten*, puesto que en su idioma tanto vale *perseguir* como *proseguir*, como quiera que el verbo *poursuivre* les sirve para figurar entrambas acciones, totalmente distintas y aun opuestas en lengua castellana, que da á cada una su propio y particular verbo".<sup>40</sup>

Después de esta interesante y muy ilustrativa información que nos

<sup>39</sup> Op. Cit. Pág. 1012.

<sup>40</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-americana. Ed. Espasa-calpe. S.A. Madrid 1979. Tomo XLIII Pág. 1089

brinda la Enciclopedia Universal, y recordando la impronta del Derecho Francés que aún estaba latente y viva en nuestro espíritu legal, nos resulta fácil deducir el por qué el Constituyente de 1917, empleó este término como la función primordial del Ministerio Público; pero al mismo tiempo nos siembra la duda y nos hace reflexionar sobre lo que nos dice Paulino Machorro, Ut supra, y que lo refuerza el Maestro Colín, en el sentido de saber ¿ cuándo empieza y cuándo termina esta función?. Da la impresión de que el Constituyente de alguna manera se refiere al período que corre, ya ante el Juez, desde el del Auto de Radicación, al Auto de Procesamiento, mal llamado de Formal Prisión, habida cuenta que no en todos los casos en que se abre proceso, se ordena el aprisionamiento del reo; período que hoy se reconoce como Término Constitucional. Y esto es consecuencia de las secuelas del infausto Juez de Instrucción, vigente y actuante en el Porfiriato. Por otra parte, esta interpretación nos lleva a pensar que el Constituyente caviló en la posibilidad de la Acción Popular; y con un sentido práctico, dejar en manos de los particulares la *proposición*, que no la *formulación*, de la **pretensión penal**, la que desde siempre le estuvo reservada al Ministerio Público, y con más exactitud al propio Juez, como enseguida se vera. En este orden de ideas y con la referencia filológica, podemos concluir validamente, que desde 1917 a la fecha, la Función Persecutoria se refiere al hecho o actividad del Ministerio Público de *insistir*, *continuar* su duración, allegando al proceso más pruebas o perfeccionando las ya obtenidas durante la fase de Investigación; y esta función se desenvuelve ante el juez, en el Proceso y culmina con el Auto que declara Cerrada la Instrucción. ( art. 291 del CFPP).

Cabe hacer notar que no se ha reparado con el debido cuidado, en determinar quien hace la *imputación*, que ya implica un estado o *status* como dijera Jelinek, "*status libertatis*"<sup>41</sup> en que se coloca a la persona que va a ser sometida a juicio. Todo pareciera indicar que es el Órgano accionante, el Ministerio Público; si embargo, quien hace el juicio de imputación es el juez, que es quien recibe real y formalmente, "*la declaración preparatoria*" de aquel que puede o no quedar sujeto a proceso; además a él (juez) le toca presidir el interrogatorio que se le formule al – todavía – indiciado, para después dictar el Auto que en Derecho y con base a las constancias, corresponda.

En cuanto a Función, el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española es muy claro y puntual al decir: función. ( Del lat. *Funtio*, *-onis*.) 2. Acción y ejercicio de un empleo, facultad u oficio.<sup>42</sup> Con lo que queda claro que es la actividad o tarea que le esta encomendada, por ley, al Ministerio Público y en ningún caso la podrá desempeñar un particular, aunque se tratase de la víctima, aún en tratándose de los delitos perseguibles por querrela. Y esto se explica porque frente al delito, el Estado reacciona sí, en protección del individuo cuyos derechos se violaron, pero fundamentalmente, despliega una función *normofiláctica*, es decir, protege su propia ley violada y, como consecuencia,

<sup>41</sup> Francesco Carnelutti. Cuestiones Sobre el Proceso Penal. Ed. EJEA Buenos Aires 1961. Pág 136

<sup>42</sup> Op. Cit. Pág. 642

satisface el interés individual cuya vulneración — y no la de la ley — llevó al particular a acudir en busca de la protección jurisdiccional<sup>43</sup>

La Acusación.- Aunque en apariencia resulta obvio entender lo que es la Acusación, en realidad este Instituto ha sido materia de serios debates, ya que la opinión ha estado dividida, pues algunos tratadistas como el maestro Rivera Silva, consideran que ésta se plantea desde la misma consignación; otros, con quien compartimos la opinión, como el maestro Juan José Gonzalez Bustamante, sostienen que la Acusación se concreta al momento de formular el Ministerio Público sus Conclusiones "acusatorias", y al efecto señala " Intentada la acción penal en *abstracto* al promover ante los tribunales, se impone concretarla en el proceso. Esta concreción se realiza al término del período instructorio y constituye la fase *acusatoria*".<sup>44</sup> Creemos que la consideración de Gonzalez Bustamante no queda en una mera *doxia* sino que representa un argumento *episteme*, tomando en cuenta en qué consiste y cómo se da. Veamos pues, arriba dijimos que la Función Persecutoria termina con el Auto que declara cerrada la Instrucción; terminada ésta se inicia el período de preparación del juicio, que también se le llama "preparación de la audiencia", que termina con las conclusiones formuladas por las partes, fijando cada cual su posición. Por lo que toca al Ministerio Público, su fijación provoca la culminación del ejercicio de la acción penal, o sea, que tras la secuela del procedimiento, arribó a la convicción de que al procesado no le asiste ninguna causa de lícitud o excluyente de responsabilidad para pedir el sobreseimiento y, por el contrario, de las pruebas que obran en autos se desprende su responsabilidad. Aquí el Ministerio Público llega a su posición zenital, pues excita al órgano jurisdiccional a que aplique la ley al caso concreto, es decir, excita al juez para que resuelva sobre la relación de un hecho concreto con una situación jurídica especial; el juez tiene forzosamente que decidir atendiendo a la excitación que el Ministerio Público le hace; más esa excitación no es de carácter general, no es un simple provocar el movimiento del órgano jurisdiccional; es darle dinamismo, pero señalándole dirección, para que decida no solamente sobre una situación concreta, sino también sobre una determinada consecuencia jurídica. Ahora bien, toda esta precisión, esa fijación y dirección, esa determinación de relación a la que el juez debe dar vida, sólo se puede lograr en el momento más evolucionado de la acción procesal penal, y esto es cuando se formulan las Conclusiones. Antes, en la fase Persecutoria, la acción procesal penal está en formación. Es decir, esta tomando sus perfiles propios y en la fase acusatoria ha llegado a la madurez, o sea, al establecimiento definitivo de sus contornos, es cuando ya se concreta la Acusación. En mérito a todo esto es que resulta importante destacar que el ofendido o denunciante cualquiera, no acusa, se queja ( querella ) o pone en conocimiento de la autoridad un hecho que a su entender puede constituir un delito, estando impedido inclusive, a categorizarlo. De allí deviene el considerar que *el proceso penal es un instrumento peligroso*, por lo que el principio de que la formulación de la pretensión penal debe estar

<sup>43</sup> Miguel Fenech. Op. Cit. Págs. 347 y 348

<sup>44</sup> Juan José Gonzalez Bustamante. Principios de Derecho Penal Mexicano Ed. Porrúa, S.A. México, 1967. Pág. 44

reservada al Ministerio Público, y en ningún caso ni motivo alguno se debe dejar en manos de los particulares, como se esta pretendiendo y ya se escuchan algunas voces, en suma irresponsables.

### 1.5.- Corpus Delicti y Tipo Penal.

La más profunda raíz histórica del "tipo" se halla en el concepto de *corpus delicti* contenido en las viejas leyes que todavía perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos. El término "cuerpo del delito" fue utilizado por primera vez a mediados del siglo XVI por Farinaccio y posteriormente se puede encontrar a principios del XIX en la obra de Feuerbach, quien se refiere al supuesto de hecho o cuerpo del delito en su *Lehrbrugg des Germeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts*, al decir *Tatbestand des Verbrechens order corpus delicti*.<sup>45</sup> Sin embargo, en ese momento el autor no utilizó el término como sinónimo de Tipo Penal, ya que esa categoría del sistema penal se crearía casi un siglo después con la teoría de Ernst Beling, y el sistema clásico instaurado por Franz von Liszt. Y así Hall subraya que la doctrina del tipo ha surgido del concepto de *corpus delicti*; Antolisei estima que hay en ella una reminiscencia de este viejo concepto procesal; Jiménez de Asúa también expresamente reconoce que el tipo penal ha surgido del *corpus delicti*. Tan autorizadas y contundentes afirmaciones están respaldadas por el pensamiento de Pietro Ellero, al esclarecer los tres diversos sentidos y acepciones de la expresión Cuerpo de Delito; Ellero manifiesta que en primer término, *el cuerpo del delito o corpus delicti*, unas veces se ha entendido como el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, insito en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; otras, como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración, "un cadáver, un edificio incendiado, una puerta rota", etc.; y en una tercera y última acepción, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada, "un puñal, una joya, un frasco con residuos de veneno", etc.

Al irse independizando el llamado actualmente, tipo delictivo del *corpus delicti*, aquél se presenta como la suma de todos los caracteres o elementos de delito, en su contenido de acción. Esta fue la manera en que se concibió antes de Beling. Como conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infracción, trataron de él, en 1805, Cristobal Carlos Stübel, y Luden en 1840. También Kärsher en 1873 y Schaper por la misma época, mantenían esa noción del tipo, como figura del delito específica, en la que se conjuntan la totalidad de sus elementos internos y externos.

La Teoría del Tipo hace su solemne ingreso en el campo del Derecho Penal por obra de Beling, el cual atribuye al Tipo, como indica Bettiol<sup>46</sup>, —el puesto de primer orden en la jerarquía de los elementos esenciales a la noción de

<sup>45</sup> Díaz Aranda Enrique. *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*. Universidad Nal. Autónoma de México. 2001. Pág. 22

<sup>46</sup> Giuseppe Bettiol. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Temis Bogotá 1965 Pág.172.173.174.175.176

delito". Preciso es empero subrayar, para evitar errores y equívocos, que con Beling primero se materializa, y después se espiritualiza el concepto de tipo penal. Se materializa cuando en 1906 se publica su fundamental obra *Die Lehre vom Verbrechen*; se espiritualiza veinticuatro años más tarde, cuando en 1930 da a conocer *Die Lehre vom Tatsbestand*.

Según la original fórmula belingniana, el tipo es la suma de aquéllos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito, e integra el núcleo del concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos. Casi todas las definiciones de delito, considerado como fenómeno abstracto y desvinculado de sus manifestaciones singulares - escribe Maurach<sup>47</sup> - lo califican comúnmente, antes de 1906, como "una acción antijurídica, culpable y sancionada con una pena". En éstas definiciones la característica de "ser sancionada con una pena" venía considerada más o menos como un apéndice exterior respecto al presupuesto fundamental de la acción antijurídica, incondicionalmente puesto en el centro de la doctrina de delito.

Esta sistematización teórica era una consecuencia de la grandiosa "Teoría de las Normas" de Binding. Partiendo del punto de vista de Binding, para quien el contenido ilícito de la acción criminal radicaba en la desobediencia a la norma imperativa o prohibitiva que forma el substrato de la leyes sancionadoras penales, era natural que la cuestión de la antijuridicidad fuere la primera en presentarse y quedase entendido como cosa obvia que no toda especie de desobediencia a la norma, sino solamente a *aquellas normas que son sancionadas con la pena* puede tener relieve penal. En la elaboración de su sistema apoyado sobre el concepto de tipo penal, el mismo Beling ha indicado que en última instancia, solo pretendió un desplazamiento del valor en el ámbito del los elementos de delito comúnmente reconocidos. La conformidad a cada especie de tipos, de simple atributo accesorio destinado a señalar los límites del Derecho Penal a través de la calificación de *acción sancionada con pena*, deviene la forma fundamental del delito; esto es, aquélla determinada acción tipificada por el legislador y que, precisamente por esa tipificación, podía automáticamente considerarse como antijurídica. El tipo penal describe - y circunscribe-abstractamente, los elementos materiales necesarios que caracterizan cada especie de delito. Esta concepción del tipo penal es la que, en líneas generales y sin entrar en el problema de sus relaciones con los demás elementos del delito, norman también actualmente los pensamientos de Mezger y Grispligni. El primero dice: " El tipo es un grupo relevante de presupuestos materiales de delito". El segundo afirma: " El tipo legal es el conjunto de los elementos externos propios de un singular delito" <sup>48</sup>.

Ya en el año de 1930, el propio Beling hace una nueva presentación de su doctrina, en la que altera e idealiza alguno de sus primitivos puntos

<sup>47</sup> Reinhart Maurach. Tratado de Derecho Penal. Ediciones Ariel, S.A. Barcelona 1962. Pág. 271

<sup>48</sup> Edmundo Mezger. Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio. Editorial Bibliografía Argentina 1958. Págs. 143,144 y 145

fundamentales. La idea medular de Beling es ahora, la separación que establece entre el "tipo" y la "especie delictiva", concebido aquél como un todo compuesto de una pluralidad de elementos, previstos a veces *expressis verbis* y otras *sub intelligenda*, para precisarse o completarse por la interpretación, que se encuentra en la correspondiente descripción legal. Estos elementos son: unos de naturaleza externa y objetiva; verbi gracia: los que caracterizan la antijuridicidad; y otros de naturaleza subjetiva, como por ejemplo, los que configuran la culpabilidad. Todos estos elementos, empero, se orientan hacia una "imagen unitaria" que viene a ser el cuadro conceptual que funda la unidad de la especie delictiva y, sin la cual, aquéllos elementos perderían su sentido como elementos integrantes de la "especie delictiva". Esta "imagen unitaria" es el "tipo" que informa y preside la creación y vida de cada "especie delictiva" y representa esquemáticamente, su contenido esencial. El tipo no es ya, para Beling, el hecho objetivo abstracto y conceptualmente descrito por sus elementos materiales; sino la imagen rectora, cuadro dominante o "*tipo regens*", que norma y preside cada especie delictiva. Así quería resolver Beling algunos problemas que en la primera formulación de su doctrina quedaban en el vacío, como la tentativa y el de la complicitad; habida cuenta de que la conducta intentada y la de los participantes no eran plenamente subsumibles en la descripción del tipo. Pese a su esfuerzo, la "idealización" del tipo que hizo Beling en 1930, no encontró suficiente arraigo en el pensamiento jurídico penal. Sería, empero, desconocer la extraordinaria aportación que representa la primigenia doctrina de Beling sobre el tipo penal. Ceteramente Bettlioh hizo notar que la importancia del tipo penal no consiste tanto en la interpretación "*nullum crimen sine lege*", sobre el que todos los juristas están de acuerdo –un hecho que no se adecua perfectamente a un tipo delictivo no puede ser susceptible de valoración penal", sino más bien, en la función metódica que ofrece a los fines de la exposición y sistematización de las especies delictivas.

El concepto de *corpus delicti* es medular en el sistema mexicano, pues sobre él descansa el sistema punitivo y sus criterios científico rectores. Preciso es subrayar, empero, que fundamentalmente erraría quien concibiese este concepto trascendente sólo en el Derecho Procesal Penal, e irrelevante en el Derecho Penal sustantivo. Por ser como hemos dicho, un concepto medular de todo el sistema, obvio es que el mismo deja sentir su impronta en la dogmática de delito. Y en forma específica, en el estudio de la Tipicidad.

En el ordenamiento jurídico mexicano existen inequívocas bases dogmáticas que permiten afirmar que la expresión "**cuerpo del delito**" tan frecuente en la Constitución Federal y en las leyes del procedimiento, está empleada en el primero de los sentidos indicados arriba, esto es, como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva que describe el código punitivo o una ley especial. No desconocemos, empero, que en los artículos 168 a 187 del Código Federal de Procedimientos Penales y 94 a 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se contienen numerosas disposiciones que recogen el sentido que la expresión *corpus delicti* tiene según las acepciones segunda y tercera anteriormente citadas; pero



también afirmamos que dichos preceptos hacen concreta referencia a la comprobación del cuerpo del delito; esto es, a los medios legales de acreditar lo que en el sistema de ley se entiende por cuerpo del delito, y esta realidad evidencian plenamente, que son conceptos totalmente diversos, el concepto sustancial y abstracto del *corpus delicti* y el de los medios arbitrados por las leyes de procedimientos para obtener su comprobación. De este modo es posible reconstruir el concepto de *corpus delicti*, como firmísima base para orientar, asentar, fincar y erigir el tipo penal. No es un hecho aislado y sin paralelo la elaboración jurídica de transformación del *corpus delicti* en *tipo penal*, operada en Alemania; sobre similares bases y análoga reconstrucción dogmática, es dable afirmar que la Teoría del Tipo tiene también en México los innatos privilegios que se derivan de la territorialidad.

No quedaría, a nuestro juicio, completo el análisis, si hiciéramos alto y nos estancáramos en las bases científicas y dogmáticas que han sido expuestas. Ellas ministran, es cierto, los criterios rectores más estables y comunes para la elaboración jurídica; pero no pueden en forma alguna ser rígidamente aceptadas en todas las hipótesis que el Derecho contempla. Las construcciones jurídicas, trasunto de la propia vida, han de ceñirse y reflejar la compleja realidad fenoménica; precisamente por esto tanto la concepción beligniana como la construcción del *corpus delicti* - fincadas ambas sobre rígidas bases eminentemente objetivas- se afirmaron por poco tiempo. El punto débil de una y de otra, bien pronto revelado, fue limitar la significación y alcance del tipo penal y *corpus delicti* a lo estrictamente objetivo. Pronto se evidenció que no era siempre posible estructurar el tipo penal sobre una base estrictamente objetiva; como también, que no era tampoco siempre posible constreñir el *corpus delicti* a lo estrictamente material. La razón de esa doble imposibilidad yace en que, como el **tipo delictivo concretiza la antijuricidad** y el *corpus delicti* **corporiza el delito**, esta labor de concreción o corporización no siempre es posible hacerla sin tomar en consideración elementos subjetivos situados en el ánimo del agente. Así surgieron en la doctrina científica penal alemana, los llamados *elementos típicos subjetivos*; esto es, aquélla especial intención o aquélla determinada **finalidad que tiñe de ilicitud** la conducta y configura al tipo penal. Así también surgió la elaboración científica en la Curia mexicana. En la doctrina jurisprudencial sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en orden al *Corpus delicti*, vemos ya lo que nosotros denominamos elementos corporales de raíz subjetiva, esto es, aquélla especial intención o finalidad, situación o aptitud psíquica de la que depende la configuración del cuerpo de delito. Este nuevo paralelismo que registramos en la evolución de la doctrina científica del tipo penal y en la doctrina científica y jurisprudencial del *corpus delicti*, nos confirma nuestra arraigada convicción de que *corpus delicti* y tipo penal se funden en un todo en la dogmática del delito construida en la legislación nacional.<sup>49</sup>

Según la teoría del causalismo, el tipo penal es un concepto jurídico

<sup>49</sup> Jiménez Huerta, mariano. *Derecho Penal Mexicano Introducción al Estudio de las Figuras Típicas*. Editorial Porrúa. México, 1972. Tomo I. Pp. 23-34.

moderno, creado en 1906 por Beling. Para este autor, como dijimos, el fundamento de la tipicidad yace sobre la esfera objetiva; es decir, en esta primitiva concepción del tipo se le asigna una función descriptiva objetiva, lo subjetivo pertenece al mundo subjetivo o psicológico, a la culpabilidad. Es a partir de Welzel, que el "tipo" deja de ser una mera descripción objetiva del delito, y se convierte en un fenómeno complejo, comprensivo de la voluntad, de la manifestación de la intención, y del resultado, al que define como una acción antijurídica, plasmada en una figura enlazada al resultado.

Siguiendo a Eugenio Raúl Zaffaroni, diré que: "El tipo penal es una instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptivo, que tiene como función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas)....."

Finalmente, diremos que al lado de su importancia dogmática con respecto a la alteridad que guardan el Cuerpo del Delito y el Tipo penal, el análisis de su diferencia cobra inusitado interés al llevarlo al plano legislativo para la creación del derecho positivo. Basta, para confirmar lo dicho, ver el sinnúmero de yerros y protestas que provocó la Reforma Constitucional de 93-94, cuando en aras de la modernidad jurídico-penal, el Constituyente Permanente sustituyó el término Cuerpo del Delito por el de Elementos del Tipo, y en la legislación secundaria estableció, en el Código Federal de Procedimientos Penales, cuáles eran dichos elementos. En esta reforma, el Constituyente estableció en el artículo 16, la condición de que sólo se libraría Orden de Aprehesión, cuando en la Averiguación Previa se hubieran comprobado los Elementos del Tipo, substituyendo la antigua formula del Cuerpo del Delito.

No pocos estudiosos aplaudieron la reforma, y consideraron que ya se había dado el tan esperado paso para que el sistema penal mexicano se ubicara en el contexto de los países de vanguardia. La argumentación fue que se dejaba atrás el ya obsoleto sistema causalista, para dar paso a la moderna teoría finalista, cuyo germen se encuentra en las teorías de Welzel.

Sin embargo, ya en la práctica judicial, la reforma topo con muchos problemas; el más constante fue que los jueces, en un número alarmante, se negaban a obsequiar las Órdenes de Aprehesión que les eran solicitadas por el Representante Social. La razón resulto muy obvia, y es que el Ministerio Público no estaba ni está, acostumbrado ni capacitado para llevar a cabo una "Instrucción" que es en lo que se traduce el hecho de acreditar, en el período de Averiguación Previa o en cualquier otro, los Elementos del Tipo, habida cuenta que tradicionalmente, la comprobación del Cuerpo del Delito se limitaba a la comprobación de los elementos materiales "externos" de la infracción.

Esta situación, que prevaleció a lo largo de cinco años y que durante este lapso, por múltiples y muy diversas causas se incremento en el país el índice de criminalidad, provocó que en los diferentes sectores de la sociedad e inclusive en

el mismo gobierno, se dijera que la causa obedecía a que con los rigores impuestos al Ministerio Público, de comprobar, en el período de averiguación previa, los elementos del tipo, (lo que por "razones de tiempo" resultaba materialmente imposible), se estaba propiciando la impunidad.

Este cúmulo de cosas y sobre todo la falta de conocimiento e información oportuna, coherente y responsable, hizo que el Ejecutivo tomara la decisión de presentar en el año de 1999, la Iniciativa de Reforma en la que con lamentable palíngenesia se restauró, como requisito para la Consignación y el despacho de las órdenes de aprehensión, la comprobación del Cuerpo del Delito. Y esto no es lo grave, sino los motivos que expuso el Ejecutivo para esta moción.

Efectivamente, ante la presión de la sociedad en el sentido de abatir la delincuencia "a como diera lugar", el Ejecutivo Federal acudió a una solución práctica, pero poco afortunada; consistente en aliviar la carga probatoria a cargo del Ministerio Público. Sin embargo, el problema no está como equivocadamente lo entendió el Ejecutivo y de paso el Congreso de la Unión, en cuanto a estimar que el problema reside en la escuela o sistema penal que se adopte para la aplicación de la justicia penal, ya sea la llamada Escuela Clásica o Neoclásica, como la Finalista y Funcionalista; de lo que se trata es de determinar si el hecho acaecido en el mundo fáctico constituye un delito y le es atribuible a alguien. Y esto se da tanto en el sistema causalista como en el sistema finalista, pues la única diferencia está en el método y la ubicación del elemento volitivo, que en la Escuela Causalista este último se encuentra alojado en la culpabilidad, mientras que en el Sistema Finalista está en la misma conducta. Por tanto, el que se adopte determinado programa o sistema penal, obedece más a una Política Criminal que a un problema de técnica jurídica.

Por otra parte y como dijimos líneas arriba, lo importante es no olvidar que la figura del Cuerpo del Delito tiene dos vertientes o connotaciones, una procesal y otra de naturaleza material; y para efectos del artículo 16 Constitucional tiene un significado preponderantemente formal, tomando en cuenta la estructura actual de nuestro esquema procesal. Al respecto, con gran claridad y sencillez, el eminente jurista alemán Günther Jakobs nos dice: "El concepto de tipo se obtuvo al desarrollarse la doctrina del *corpus delicti*. Se llamaba *corpus delicti* a aquellos signos externos de un delito que justificaban especiales medidas de persecución (< inquisición especial >). El *corpus delicti* era, pues, un concepto procesal —en el entendimiento actual—. El concepto de tipo desaloja al de *corpus delicti* al trasladarse el interés desde lo procesal (¿qué ha de considerarse como ocurrido?) a lo material (¿cómo ha de valorarse lo ocurrido?).<sup>50</sup> Esta atinada reflexión nos lleva a considerar que en el futuro y a través de una reforma integral, llegaremos a reinstaurar la figura de "Elementos del Tipo Penal" en la fase de averiguación previa, y como condición para consignar; pero obviamente con otra organización del Ministerio Público y un Juez de Instrucción, independiente y distinto al Juez

<sup>50</sup> Günther Jakobs. Derecho Penal Parte General. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1997. Págs. 188 y 189.

de Decisión. Sale a colación y merece ser mencionado, lo que en su día dijera el distinguido maestro Julio Acero que al respecto apuntó: "Sólo en materia militar y en el anterior Procedimiento Común del Distrito Federal, como en otros países más adelantados, ha habido categorías de funcionarios especiales encargados de continuar la averiguación y de nada más que eso, los cuales reciben muy propiamente por lo mismo, el nombre de jueces instructores o jueces o tribunales de instrucción. Ellos decretan las providencias transitorias y concluyen de recoger todas las declaraciones y datos posibles ; pero *no juzgan* de ellos; no fallan el proceso, sino que concluida su tarea pasan por eso la causa a los verdaderos tribunales o jurisdicciones de juicio. ( En el actual procedimiento capitalino, el instructor tampoco sentencia solo, pero forma parte de la Corte sentenciadora ).<sup>51</sup>

No abundamos por ahora en este tópico porque estimamos más prudente hacerlo en la parte final de este trabajo, como conclusión y propuesta.

---

<sup>51</sup> Julio Acero. Procedimiento Penal. Sexta edición. Editorial José M. Cajica Jr., S.A. Puebla Pue., México. 1968. Pág. 31.

## CAPITULO SEGUNDO.

### LA PRUEBA EN MATERIA PENAL.

#### 2.1.- DE LA PRUEBA EN GENERAL.

Se sostiene que así como el proceso es el cuerpo que materializa el Derecho, la Prueba es el alma del proceso. Sin embargo, la prueba como tal es un instituto que tiene enormes implicaciones y usos, es por ello que trataremos de ser lo más precisos y cautos en su exposición.

Hago hincapié que de inicio, vamos a presentar un panorama global de la prueba, válida para el Derecho en general; aunque en el camino vallamos haciendo algunas referencias propias al Derecho Penal, lo que de alguna manera mostrará los contrastes y diferencias esenciales de la prueba penal del resto del sistema probatorio.

A diferencia del método filológico que hasta ahora veníamos observando, en el caso de la Prueba vamos a acudir al método histórico así como a las raíces etimológicas, sin perder de vista la propia semántica.

*Etimología.* Sentido idiomático. Es difícil, quizá imposible, llegar a entender una institución si la palabra que la presenta no es la adecuada para ello o tiene múltiples significados, o si en esa palabra no nos hemos detenido ( no ha determinado en nosotros el Interés de hacerlo) para aclarar y desentrañar su contenido idiomático, su valor semántico.

*Prueba*, como la mayoría de las voces, llega a nuestro idioma procedente del latín; en el cual, *probatio*, *probationis*, lo mismo que el verbo correspondiente (*probo*, *probas*, *probare*), vienen de *probus*, que quiere decir bueno, recto, honrado. Así pues, lo que resulta probado es bueno, es correcto, podríamos decir que es *auténtico*; que responde a la realidad. ( No se olvide que *auténtico*, del latín *authenticus*, y éste del griego *authentikos*, es lo que tiene autoridad; y que por eso, el *documento auténtico* merece plena fe y hace prueba plena en todo aquello a que alcanza su autenticidad ) Esta y no otra, es la verdadera significación del sustantivo *probo* y del verbo *probar*: verificación o demostración de autenticidad.

Aunque, por extensión, el Diccionario nos dé otros significados de estas palabras, diciéndonos que prueba es también “ensayo o experiencia que se hace de una cosa”, o la “operación que -en Aritmética- se ejecuta para averiguar la exactitud de otra ya hecha”. Al respecto, Carnelutti nos señala que “ no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no

afirmada, sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada"; y agrega, como aplicación terminante: "Acaso el ejemplo más a propósito para dilucidar este contenido común del concepto se encuentra en la antítesis entre la *operación aritmética* y la *prueba de la operación*: hasta que se ha efectuado la operación no se piensa en la prueba, y ello tan sólo para verificar el resultado nuevo que aquélla llega a afirmar".<sup>52</sup> En fin, de estos dos conceptos, el primero sólo conducirá a demostrar la autenticidad o no de lo que ensayamos; el segundo no tendrá por objeto averiguar sino acreditar la exactitud de la operación, si efectivamente aquélla se ha realizado correctamente.

Ahora bien; el idioma no se detiene en ese significado. Si la prueba es verificación o demostración, también se entiende por prueba la "acción o efecto de probar"; y tendremos así la *actividad probatoria* y el *resultado probatorio*; y prueba será "razón, argumento, instrumento u otro medio con que se puede mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa"; tendremos entonces los *argumentos de prueba* y los *medios de prueba* aunque no servirán para "hacer patente la verdad o falsedad de una cosa", sino la verdad o falsedad de lo que se haya afirmado respecto de una cosa, ya que *objeto de prueba no son las cosas ni los hechos sino las afirmaciones*. Entonces podremos observar la importancia que tiene diferenciar los hechos y las cosas de las *afirmaciones* que se refieren a ellos. Así, algunos medios de prueba, y en particular el reconocimiento judicial y la prueba de peritos, carecerían de sentido si el objeto de la prueba fuera la cosa y no las afirmaciones que se hacen con respecto a ella. De ahí el aforismo latino "*Probatio est demonstrationis veritas*" (*Prueba es la demostración de una verdad*).

En resumen: se ha dicho con razón que el concepto de prueba no debe buscarse en el ámbito del derecho procesal por ser más bien propio de la ciencia extra jurídica, porque la prueba es, en todo caso, una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición; es en sí, una figura poliédrica, por ello debemos comprender las diferencias cualitativas de sus diversas categorías que implica su mundo. Sin embargo, en su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar, y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.

Ya en el campo de lo estrictamente jurídico, en ese concepto, o si queremos, con este vocablo se confunden frecuentemente, lo que son los elementos, los medios, las razones o motivos y el resultado, por ello, cuando se habla de prueba unas veces se hace referencia a su contenido sustancial, otras a su manifestación formal, y otras, en fin, al resultado que de ellas surge<sup>53</sup>. Por su parte, Hugo Alsina ha dicho que "no existe en los códigos de procedimiento ninguna disposición de la que pueda inducirse un concepto integral de la prueba, sino que, por el contrario, en títulos independientes se legislan los distintos medios de prueba, determinándose las condiciones para que cada uno de ellos haga

<sup>52</sup> Francesco Carnelutti. La Prueba Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1982. Ed. Págs. 38 y 39

<sup>53</sup> Eugenio Florián. De las Pruebas Penales. Tomo 1 De la Prueba en General. Ed. Temis Bogota. D.E. 1968  
Pág. 5

plena prueba<sup>54</sup>. Por nuestra parte opinamos que lo mismo se puede decir frente a la doctrina.

De lo dicho hasta ahora podemos decir que, si Prueba es verificación, demostración, *constatación*, deberemos ya anticipar que este campo del derecho, seguramente el más importante de él, por ser el más real, tiene un carácter "meta" jurídico. La prueba es un concepto genérico; y la prueba jurídica o la prueba judicial o la prueba procesal, no puede ser otra cosa que una manifestación concreta, específica, de aquella prueba genérica. Lo que sí puede ocurrir es que, al especificarse, se desvirtúe y deje de ser prueba; ésta requiere *libertad*; una prueba disminuida, limitada, deja de ser prueba. Una falta de libertad para probar lo que se ha afirmado, está en pugna con el concepto de prueba. Si se ha dicho que las formas son el precio de la libertad y las pruebas, como veremos, en el terreno procesal, han de sujetarse a formas y plazos, al mismo tiempo que es una garantía para el justiciable, puede constituir la asfixia de su razón y de su pretensión.

Nos toca hacer un deslinde entre dos términos que aunque semejantes, son distintos *averiguar* y *verificar*. Estas son dos palabras con sentidos no opuestos sino diferentes; acaso complementarias. *averiguar*, como muchas palabras que llevan el prefijo latino *a*, significa tender, ir, caminar *hacia algo*; en este caso, *hacia la verdad*; a diferencia del griego que tiene un sentido absolutamente negativo: *a-político*, *a-pátrida*, etc. Así pues, cuando se trata de *acertar*, será tender, caminar, ir *hacia lo cierto*; y así en *adverar*, *afirmar*. Fenómeno semejante se nos presentará en las palabras que llevan prefijo *in*, como *in-quirir*, *in-vestigar*, *in-dagar*. *Querere* significa buscar; de ahí *in-quirir*; en el mismo sentido, *in-vestigar* es seguir los vestigios, y tiene la misma significación que *buscar*.

En cambio, *verificar*, al igual que otras palabras de idéntica construcción, *certificar*, *clasificar*, se refiere a hacer o presentar como verdad, como cierto, algo del mundo fáctico. Verificar no es ir hacia la verdad, sino ofrecerla, presentarla. No se trata, pues, ente *averiguar* y *verificar* de dos conceptos opuestos, sino correspondientes a dos etapas o momentos sucesivos: primero se averigua, después se verifica.

Pero no se equivocaron las Partidas al utilizar la palabra *averiguamiento*; en el siglo XIII, el verbo *averiguar* ya existía, y se formó primero ese sustantivo masculino, que vivió hasta el siglo XV, dando paso después al femenino *averiguación*, aparecido en el siglo XVI. Verificar como cultismo puro, se lo encuentra en 1578, y no viene a sustituir a averiguar, sino a representar un concepto distinto, equivalente a *comprobar*.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Hugo Alsina. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. T.III. Segunda Edición. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1961. Pág.227

<sup>55</sup> Joan Coraminas. Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana. Biblioteca Románica Hispánica. Editorial GREDOS. Madrid. 1961

Nos toca hacer una breve pero no por ello menos importante, reseña histórica de esta institución. La evolución histórica de la prueba es materia de suma importancia, en cuanto pone de manifiesto que la prueba aparece vinculada a la formación histórica y a las condiciones sociales de cada pueblo. Grandes pensadores como Theodoro Mommsen y A. J. Toynbee, han sostenido que para conocer la historia de los pueblos, basta conocer su Derecho; por su parte, Michel Foucault dice: "Entre las prácticas sociales en las que el análisis histórico permite localizar la emergencia de nuevas formas de subjetividad, las prácticas jurídicas, o más precisamente, las prácticas judiciales están entre las más importantes"<sup>56</sup>. Yo digo que para conocer su grado de civilización es necesario conocer su sistema probatorio.

Validamente podemos afirmar que si los estudios históricos se sujetan a la ley de los tres estados, a saber: teológico, metafísico y positivo, según Augusto Comte; o a las etapas del sentimiento, la razón y la experiencia a juicio de Claudio Bernard; o a las edades animistas, religiosa y científica, en concepto de Segismundo Freud, las instituciones probatorias deben ser agrupadas según la relación que han tenido con el concepto de verdad, o sea: revelada, o período *místico o supersticioso*; impuesto por la autoridad religiosa o secular, o período *dogmático u objetivo*; u objeto de la libre crítica apoyada en las adquisiciones científicas, o período *crítico y científico*.

En el período *místico o supersticioso*, cuando todo está animado por la divinidad (animismo) la prueba tiene fuertes compromisos místicos, por estimarse que los únicos medios que pueden conducir a la verdad son aquellos en los que el Animador de todo, tiene intervención. El hombre primitivo afirmará que nada sucede caprichosamente, y que la divinidad, cuando es invocada, ilumina hasta los más pequeños actos, dando a conocer la verdad. Considerado el delito como hecho ofensivo a la divinidad, a ésta se recurre para la prueba, se registra una prueba eminentemente mágica, como lo revela el Derecho germánico con sus "ordalías" y el llamado "juicio de Dios", y otros medios por el estilo, decidiendo la afirmación o negación de responsabilidad de actos que eran signo de la voluntad divina. Estas pruebas mágicas parece que también fueron practicadas por las culturas mesoamericanas; y llegan hasta nuestros días perdurando en el inconsciente colectivo, como lo revelan las expresiones "meter la mano al fuego" o el mismo "juro por Dios" para acentuar una afirmación o acreditar una verdad.

El período *objetivo o dogmático*, el romanismo de las culturas, mata lo que hay de sagrado o místico, convirtiendo al mundo en una cadena si interrupción de causas y efectos. La razón se entroniza y entonces la prueba necesita la ayuda de ella, estimándose como medios apropiados para conocer la verdad, todos aquellos en que la "razón", con su luz especial, vuelca la inteligencia sobre las cosas por averiguar. Sócrates conduce al hombre a

<sup>56</sup> Michel Foucault. La Verdad y Las Formas Jurídicas. Pág. 17 Editorial GEDISA Mexicana, S.A. 1a. Ed. México 1983.



buscarse a sí mismo, alejándolo del azar y del ciego destino, en forma totalmente opuesta a la visión de Esquilo. Al estudiarse el hombre descubre su aislamiento e insignificancia, por lo que busca ansiosamente puerto de refugio, que lo encuentra en “el otro” que es un “no yo”, como nos lo explica Max Sheler cuando nos habla de la “alteridad”. A partir de entonces, los ojos del hombre que antes se fijaron en los astros, ahora se dirigen a la tierra para acogerse y someterse a una nueva autoridad. El hombre se somete a la sabiduría de los maestros y de los legisladores, quienes le entregan la verdad.

El escolasticismo aparece con todas sus reglas y limitaciones; crea la jerarquía de los espíritus y la objetivación de los conocimientos, los cuales se traducen en el orden jurídico y en la autoridad del legislador. Se inicia el período de la sistematización de las pruebas; se fija a los jueces determinadas normas legales que constituyen una demostración de la racionalidad de los fallos y que permiten una mayor rigidez y precisión en los juicios.

La confesión se erige en la prueba por excelencia, la que ya nunca faltara, recurriéndose en todo caso, para obtenerla, al tormento.

La ley Carolina, dictada por Carlos V para el Sacro Imperio Romano, y a la cual ya nos referimos al principio, en el primer capítulo, incorporó el sistema inquisitivo e impuso su teoría legal probatoria, creando la aritmética jurídica con la misma división de la prueba en plena y semi-plena.

La ley Carolina, para aprovechar la tortura como prueba de verdad, condiciona los indicios en forma que conduzcan a la cuestión, y califica de indicios suficientes, después de haberlos llamado razonables, a los que resultan probados por los buenos testigos. Al subordinar el indicio a la confesión, le quita toda eficacia para sustentar una condena. No deja, sin embargo, de ser minuciosa y metódica en la reglamentación de esa prueba: el articulado contiene detalladas instrucciones para que los jueces sepan recoger los indicios y sacar el mejor provecho de ellos.

Nos toca preguntarnos ¿El período de la prueba legal o dogmática significó un progreso para la justicia?. La respuesta es que poco ganó la humanidad al abandonar las pruebas de fuego y del combate singular, sustituidos por la confesión siempre arrancada por la fuerza o junto a las hogueras. La historia de ese período es la más trágica y terrible que podemos imaginar. Ningún pueblo se libró de aquellos males. Basta recordar a Emersión, y actualmente como lo refiere el mismo Foucault, “las atrocidades que se cometían en Inglaterra en el siglo XVIII, donde había 313 o 315 delitos que se castigaban con la pena de muerte. Esto convertía al código, la ley y el sistema penal inglés de ese siglo en uno de los más salvajes y sangrientos que conoce la historia de la civilización”<sup>57</sup>. El período *crítico y científico* es la Edad de Oro de la Prueba. El hombre empieza a adquirir la

<sup>57</sup> Michel Foucault. O. Cit. Pág. 92

verdad por su propia experiencia y razonamiento. La prueba es el resultado de las investigaciones filosóficas del siglo XVIII y constituye una repulsa a la arbitrariedad con que procedían los tribunales cerrados en el secreto del sistema inquisitivo. La prueba toma otros derroteros y se vigoriza con la aportación de la filosofía positiva.

Una serie de acontecimientos producidos en el mundo, hacen posible desentrañar impenetrables enigmas e incógnitas que antes eran indescribibles.

Los descubrimientos de la pólvora, la imprenta y la brújula abren la época moderna; el viaje de Colón demuestra que la tierra es redonda; la hazaña de Copérnico enseña que la tierra gira alrededor del sol. Es decir, lo que los sentidos creían plano e inmóvil, de repente aparece esférico y con variados movimientos; en otros términos, se nos convence de lo engañoso que son los conocimientos obtenidos por los sentidos, y se nos enseña a desconfiar de las apariencias.

Con las leyes de Kepler, los principios de Galileo, la ley de la gravitación universal de Newton y escrutados los cielos con el telescopio, se afirma la astronomía como ciencia y se nos acostumbra a manejar los grandes números, los que sirven no sólo para conocer el Cielo sino también la Tierra. A partir de entonces no sólo contemplamos lo infinitamente grande, sino también lo infinitamente pequeño, lo que nos permitirá enfrentarnos a todas las verdades.

De otro lado, Jeremías Bentham, el principal exponente de la filosofía positivista, con sus estudios sobre la certidumbre en los juicios criminales, sienta las bases para investigaciones posteriores. Mittermaier introduce profundas innovaciones en las ideas que Bentham tuvo sobre la prueba, admitiendo los procedimientos de investigación externa y de análisis objetivo que Bentham rechazaba. Para Mittermaier la adquisición de la certidumbre debe ser la consecuencia de un proceso subjetivo-objetivo; su doctrina se apoya en una concepción esencialmente psicológica<sup>58</sup>. Eduardo Bonnier completa y perfecciona la obra de Bentham, Mittermaier y otros, cuyas más importantes doctrinas y teorías expone y examina con profundo criterio, adaptándolas o dándoles nuevo grado de utilidad práctica.

A fines del siglo XIX y principios del XX, el Derecho aprovecha y hace suyo el método experimental, explicado e introducido por el doctor Claudio Bernard en la medicina. Esto permite espiritualizar la prueba al dar nuevo sentido a la confesión, al testimonio y a la prueba indiciaria especialmente. De este modo se ahonda el problema penal que antes quedaba en lo externo, en lo formal, y se puede ya discernir la efectiva responsabilidad de lo culpable y diferenciar la naturaleza y carácter de los hechos imputables, al penetrar en el origen de ellos.

Con Freud, el psicoanálisis aparece y causa una revolución en la prueba, al sostener que en tanto el hombre es objeto de prueba, posee dos aspectos: el

<sup>58</sup> Carlos José Antón Mittermaier. Ob. Cit. Pp.71 y siguientes.

externo, que es mentiroso, y el interno, en el que va empotrada la verdadera esencia del hombre, por fijarse ahí todas las fuerzas que lo galvanizan; llevando así a los medios probatorios a las rutas abismales del alma, totalmente olvidadas en el pretérito.

Con lo antes expuesto, damos cuenta y presentamos un panorama general de la institución de la Prueba, nos toca ahora tratar de manera particular la prueba en materia penal y su importancia.

## 2.2.- IMPORTANCIA DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL.

Salta a la vista la irrefutable importancia que la prueba tiene en la aplicación del derecho y más aún en el derecho en donde se decide la libertad y la dignidad de las personas; y al mismo tiempo se salvaguardan los intereses de la Sociedad. Al respecto Florian nos dice: "Los altos fines públicos del proceso penal, las facultades de juez en constante crecimiento, el impulso del interés general que dichos fines le imprimen, la extensión cada vez mayor que el objeto del proceso penal va adquiriendo en correspondencia con los nuevos fines de la justicia penal ( por ejemplo, las medidas de seguridad ), conducen a una separación cada vez más clara y a una distinción cada vez más notoria entre el proceso civil y el penal. Casi esta de más observar que no tiene trascendencia jurídica el hecho de que algunas nociones puedan o deban, en virtud de la índole de las cosas, ser unas mismas ( por ejemplo, testigos, sentencia, etc.) en los dos procesos pues, en realidad puede tratarse de nociones que aparecen comunes exteriormente, por así decirlo, mientras que en su contenido varían o pueden variar en los dos procesos". Más adelante nos dice: Innegablemente, una analogía más estrecha vincula a las pruebas penales con las pruebas del derecho administrativo, como es la que surge del carácter de derecho público que tienen las relaciones jurídicas que respectivamente les sirven de objeto a las dos jurisdicciones. De ahí la mayor amplitud que se atribuye a la investigación y al descubrimiento de la verdad, la cual en el procedimiento administrativo también es verdad sustancial y de hecho, por ello las pruebas de valor formal ( juramento y confesión ) no encuentran cabida en él".

"La estrecha afinidad que en parte existe entre las pruebas aducidas en el juicio penal y en el juicio administrativo, se apoya de manera especial en dos principios que sirven típicamente para caracterizar un sistema de pruebas: el primero es el poder que le corresponde al juez administrativo de allegarse pruebas sobre hechos nuevos y de emplear nuevos medios de prueba, y el segundo es la facultad de apreciar las pruebas recogidas según su convencimiento. Esta libertad es mucho más amplia que la que se admite en el campo civil y es la que precisamente lo asemeja al juez penal"<sup>59</sup>

En la estructura técnica y sistemática del proceso penal, las pruebas son actos jurídicos procesales; Carmagnani ya colocaba las pruebas dentro del

<sup>59</sup> Eugenio Florian. Delas Pruebas Penales. Tomo I. Ed. TEMIS. Bogotá 1968. Págs. 28 y siguientes

concepto y bajo el título de *actos legítimos*; pero, ojo, no son simplemente actos procesales del juez, como algunos lo sostienen, ni tampoco actos procesales únicamente de las partes. Por un lado, las pruebas son a un mismo tiempo campo de actividad del juez y de las partes; éstas desarrollan en el proceso una actividad de presentación y elaboración y el juez despliega una actividad de dirección y decisión. Por otra parte, en nuestro derecho el Ministerio Público en la fase de averiguación previa, adelanta una actividad de investigación y de presentación; pero a nuestro juicio, lo hace la margen del proceso como tal. De ahí que podemos decir que en estricto sentido procesal, las pruebas siempre constituyen actos procesales; quedando en el limbo desde luego los actos de averiguamiento. En este sentido, surge la antigua polémica entre civilistas y penalistas que suele ser también entre unitaristas y separatistas, cuando se observa que para los unos -( penalistas: separatistas ) la prueba es averiguar, y para los otros ( civilistas: unitaristas ) es verificación. Lo que está ocurriendo es que se comparan o se toman en consideración términos heterogéneos. Verificar es actividad probatoria; averiguar no lo es, consistiendo ésta en la obtención de **elementos** que después, en la etapa netamente probatoria, deberá el juez utilizar, valorándolos, para verificar las afirmaciones, que son al final el objeto esencial de la prueba.

No será exagerado decir que, en la distinción entre *medios* y *fuentes* de prueba, la función averiguadora se refiere a las fuentes, tratando de encontrar todas aquellas susceptibles de dar lugar a medios, los cuales producirán o determinarán esa verificación de las afirmaciones sentadas en virtud de las fuentes con que se contaba. Acaso cuando el fenómeno se observa con mayor claridad es cuando un autor estudia las pruebas en ambos campos o cuando hace referencia a las dos manifestaciones en una visión amplia de todo el fenómeno probatorio.

Pero, en general, los autores de derecho procesal penal, dominados siempre por el principio inquisitivo, y hoy por la etapa de averiguación, que suelen considerar fase inicial del proceso penal, ven en ésta el objeto de ese proceso. Si los autores de derecho procesal penal nos dijeran que la averiguación es una función que realiza el Ministerio Público que tiene a su cargo funciones más bien policiales que judiciales, sería del todo admisible; pero que no incluyeran esa función en la actividad probatoria, nos entenderíamos perfectamente. Es claridad lo que se necesita para comprender bien la materia estudiada; claridad como ya al principio de este trabajo se dijo, respecto a la naturaleza de la Averiguación Previa, la figura del Ministerio Público, y respecto a las resoluciones que en sede administrativa éste puede dictar.

Para mí, la cosa está muy clara ya que de la simple lectura de los artículos 1º fracción I y 2º, del Código Federal de Procedimientos Penales, las actuaciones del Ministerio Público en la fase de averiguación previa son preparatorias para el ejercicio o no de la acción penal, ya que la fracción I, del artículo primero al referirse a los diferentes procedimientos dice: "I. El de averiguación previa a la

consignación a los tribunales, **que establece las diligencias** legalmente necesarias para que el Ministerio Público **pueda resolver si ejercita o no la acción penal**". Por su parte, el artículo segundo claramente prescribe: "**Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer en su caso, la acción penal ante los tribunales**". A su vez, la fracción segunda de este artículo indica: Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculgado, así como la reparación del daño. Y si de estos textos se clarifica que las actuaciones ministeriales son preparatorias al juicio ( o sea, que no forman parte del juicio ), que se practican para hacer averiguaciones y para dejar constancia de la perpetración de los delitos, es fácil comprender que no tienen naturaleza estrictamente judicial, y que no se puede considerar un absurdo jurídico el que se le atribuya a la averiguación, como lo sostiene el Dr. García Ramírez, naturaleza netamente administrativa. La averiguación o investigación, como hemos dicho, tiene naturaleza policial y no juzgadora; la de preparación, no es absurdo considerarla preprocesal, pues inclusive el, por nosotros, llamado Término Constitucional, ya en sede jurisdiccional, para el Maestro Rivera Silva sigue siendo una etapa preprocesal. A nuestro entender, las actuaciones encaminadas a preparar el juicio serán siempre de naturaleza preprocesal, de ahí que las de averiguación de la perpetración de los delitos que ofrecen un carácter policial o **detectivesco** que al llevarse a cabo por funcionarios de la administración, no puede haber error ni crítica si se les califica de administrativas. Ahora bien, al aseguramiento de las personas, con su carácter mucho más grave de asegurar las responsabilidades pecuniarias, no debe atribuirse otra naturaleza que la de aseguramiento de bienes; y esa naturaleza es la de una medida precautoria, de la cual no deberá hacer uso más que cuando sea absolutamente indispensable para asegurar la paz y seguridad pública así como el resultado del proceso, el cumplimiento de la sentencia que, en su día pueda recaer. Así pues, la detención preventiva, la libertad provisional con las limitaciones, precisamente de la libertad que supone se ha considerado que son medios de asegurar la realización de la justicia penal, mientras no se disponga de otros que, siendo eficaces, no coarten la libertad. El carácter precautorio de esas medidas lo vemos claro. Para algunos autores es *actividad cautelar* toda la averiguación, incluyendo la instrucción, por el temor de un daño jurídico. Para nosotros, solo el aseguramiento de bienes y personas constituyen medidas cautelares; inclusive el mismo Auto de Procesamiento ( ya sea de formal prisión o de sujeción a proceso ) constituye así mismo, una medida cautelar.

Pero esas medidas se basan en la situación de imputado; y la situación o *estado de imputado* se define precisamente en el Auto de formal prisión o de sujeción a proceso, como ya en su oportunidad lo analizamos. Así las cosas, vemos que el Ministerio Público en la fase de averiguación esta tratando de averiguar lo ocurrido, sin entrar a una mayor valoración, pues no está actuando como juez sino como un mero investigador. Es por esta razón que nos parece conveniente, y hasta imprescindible, que la responsabilidad de la investigación la asuma un magistrado judicial; pero no quiere ello decir que esté realizando en

esos momentos una función juzgadora; su investidura será una garantía para el ciudadano y para la sociedad; pero eso nada tiene que ver con el juzgamiento; decidir sobre la situación de una persona, en vista de las pruebas reunidas, esa sí que es función de juzgar, y debiera realizarla quien no ha tenido que luchar para obtener los elementos de prueba. En resumen, preparar el juicio, como hemos señalado, ésa es la función de la Averiguación Previa. Y así, el problema debiera resolverse encomendando a un órgano investigador, inquisidor, averiguador, la labor de llegar a las fuentes de prueba; y ese órgano a nuestro parecer, deberá ser un Fiscal; y las decisiones que hayan de recaer en esa etapa se encomendarán a un juez, un verdadero juez de instrucción administrativa, que examinará las pruebas obtenidas por aquél. Así no se producirá entonces el confusioinismo que hoy reina en nuestro medio y también se evitaría el fracaso de muchos sumarios que se originan mucho por la manía o el prurito del Ministerio Público de juzgar, cuando su función es la de investigar y detenerse en esa función. Así contemplada la averiguación, su visión no perturbará al estudioso de la Prueba. Cuando se dice que "el proceso penal tiene su propia naturaleza" se esta pensando, con demasiada frecuencia, en la etapa de Averiguación Previa, en la que la investigación domina sobre el procedimiento. Este confusioinismo lo encontramos incluso en la misma terminología, ya que hay algunos tratadistas que afirman que en la fase de averiguación el Ministerio Público *reconstruye* mientras que en la fase del debate, se *reproduce*; siendo que lo correcto y más técnico sería decir que el Ministerio Público *averigua* (no como juez sino como inquisidor) y en el debate se *reconstruye*.

Creo que es indispensable que nos entendamos, para lo cual hace falta hablar el mismo lenguaje; si los separatistas, que son los penalistas, consideran que entre los dos procesos no existe el menor parentesco, y comparan la función del M.P., en lo penal con el juez sentenciador en lo civil, en cuanto a la finalidad probatoria del proceso, efectivamente no hay manera de entendernos. Pero si la relación entre ambos procesos se establece sobre bases homogéneas o paralelas, entonces se llegará a conclusiones aceptables para todos. Como dice el Maestro Alcalá-Zamora, proceso civil y proceso penal son dos aspectos de un fenómeno único, dos especies de un mismo género. Para mayor comprensión del argumento, nos viene el recuerdo del pensamiento de Fenech, quien nos dice: "Los hechos en el proceso instructorio no aparecen delimitados por disposición alguna de las partes, y constituyen objeto de dicho proceso todos aquellos hechos que el juez instructor considera oportuno introducir en el proceso, por considerar que son susceptibles de influir en la valoración que en su día ha de llevarse a cabo. Todos estos hechos, por tanto, han de ser objeto a su vez de la prueba, ya que sólo a través de estos actos de prueba puede convencerse el juez de su exactitud y sólo a través de ellos puede llegar a conocer la pertinencia de investigar nuevos hechos relacionados con los que ya hayan sido objeto de prueba. En el proceso decisorio, por el contrario y sin perjuicio del poder inquisitivo de que está investido siempre el tribunal penal para llegar a la verdad material de los hechos, y no a una verdad formal que valga tan sólo para un proceso concreto, los hechos objeto de la prueba vienen delimitados, porque el objeto del proceso ha

sido delimitado previamente por las pretensiones formuladas por las partes. Interesa ya tan sólo en el proceso decisorio hacer incidir los actos de prueba sobre los hechos que constituyen el fundamento fáctico de las pretensiones o contra pretensiones formuladas por las partes<sup>60</sup>. Creemos que esto nos da una visión correcta y plena del proceso penal y la naturaleza de la prueba en este campo, tanto en la fase de averiguación, como en el propio proceso.

### 2.3.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRUEBA.

Como todo instituto y más éste de gran envergadura como lo es el de la Prueba, tiene principios que lo informan y le dan su contenido. Para nosotros, al lado de los fundamentales principios de validez comunes a las normas como son los de Tiempo, Espacio y Forma, de los cuales en seguida vamos a tratar, también están los principios Inmediación, Publicidad, Concentración; así como los de Objetividad, Legalidad, Relevancia, Pertinencia, Contradictorio y Disposición.

En cuanto al Tiempo, Florián nos dice: "Las pruebas penales son, como ya lo observamos, el alma del proceso, y constituyen un poderoso instrumento para alcanzar los fines altamente públicos que el proceso persigue. Es atributo de la soberanía del Estado dar a las pruebas el régimen jurídico más adecuado a la estructura y a los fines del proceso, y por esto corresponde a una razón sustancial, inherente al fin de la verdad que orienta las pruebas, el principio de hacer operante la ley del tiempo del juicio. El principio enunciado tiene valor a falta de disposiciones especiales contrarias, y estas no se encuentran por ninguna parte en nuestro sistema"<sup>61</sup>. Por cuanto hace al Espacio, en este caso hay también una razón sustancial inherente al fin de la prueba, según la cual debe aplicarse la ley que impera en el lugar donde se adelanta el juicio. Una de las manifestaciones más digna de notar en orden al imperio exclusivo de la ley del lugar en que se realiza el acto de prueba, se tiene en la potestad de coerción para obtener que el órgano de prueba comparezca ante el juez, potestad que está regulada por el derecho del lugar en donde se efectúa el acto y que no puede traspasar las fronteras del Estado. Por eso los testigos y peritos que se encuentran en el territorio de un Estado no pueden ser constreñidos con la fuerza a trasladarse al territorio de otro Estado para la prestación de la prueba.

Al tratar el Principio de La Forma de los actos de prueba, distinguiremos lo relativo a la oralidad y escritura. Como regla general las pruebas que consisten en una declaración de conocimiento deben llevarse a cabo en forma oral, y en el idioma oficial, salvo aquellos casos en que se impone la forma escrita, por la imposibilidad material de llevarla a cabo en forma oral, como lo sería en el caso de un sordomudo, que sepa leer y escribir y en algún otro semejante. Fuera de estos casos y las excepciones legales para los altos funcionarios de la federación, como lo previene el artículo 245 del Código Federal de Procedimientos Penales, el

<sup>60</sup> Miguel Fenéch. Ob. Cit. Pp. 700 y 7001

<sup>61</sup> Eugenio Florián. Ob. Cit. Pp. 23 y 24

desahogo de las pruebas deberá hacerse en forma oral. Así mismo, todas las pruebas que se lleven a cabo en forma oral habrán de ser documentadas por el Secretario del Juzgado o Tribunal ante el cual se realice la práctica del medio de prueba.

Pero lo que caracteriza la oralidad de la prueba, como norma general, en lo que se refiere a las que consisten en declaraciones, es que su asunción por parte del titular del órgano jurisdiccional se lleva a cabo mediante la percepción auditiva de lo que expresen los imputados, los testigos y los peritos. Por ello las pruebas se practican en el juicio oral ante el propio Tribunal que ha de resolver el objeto del proceso, quien formará su convicción a base del material oral que se pronuncie ante el mismo.

El Principio de Inmediación que se encuentra en estrecha relación con el anterior, en manera alguna se puede subsumir a él, ya que, como hemos apuntado, la oralidad hace referencia a la forma de obtención del conocimiento, la inmediación es un grado en la escala de la percepción. Por ello, aunque coincidan algunos de los efectos de ambos principios, no pueden confundirse éstos, ya que podemos concebir la oralidad sin inmediación, y la inmediación sin oralidad.

El principio de Inmediación aspira a constituir una norma de conducta para el juzgador penal en materia de prueba en un doble aspecto: subjetivo o formal y objetivo o material.

En el primer aspecto, la inmediación aspira a que el juzgador se relacione lo más directamente posible con los medios de prueba, presenciando a ser posible la práctica de los mismos.

En el segundo aspecto, la inmediación tiende a que el juzgador dé preferencia para formar su convicción a aquellos medios de prueba que se encuentren en más directa relación con el hecho que se pretende probar<sup>62</sup>.

El Principio de Oralidad es un principio que esta íntimamente ligado a los principios de inmediatez y de mediación. Resulta que hablar y escribir no son medios equivalentes, sino más bien, como dice Carnelutti, son medios complementarios del diálogo.

Por eso, el proceso no puede ni debe renunciar ni a uno ni a otro. La cuestión no es si el proceso se debe servir solamente del hablar o del escribir; ni tampoco si el hablar debe dominar al escribir o viceversa; sino cuál de los dos medios debe concluir el diálogo.

¿ El hablar debe preceder al escribir o el escribir debe preceder al hablar? No se puede decir aquí, como en aritmética, que el producto no cambia si se

---

<sup>62</sup> Miguel Fenech. Ob. Cit. Pp 740 y 741



invierte el orden de los factores. Juega a este respecto la relación entre oralidad e intermediación. Cualquiera ve que, en orden a la abreviación de distancias el hablar ayuda mejor que el escribir. Se comprende, naturalmente, el hablar en presencia, esto es, el hablar en proximidad ( no interesan al proceso los medios que la técnica moderna ofrece para hablar a distancia ). Bastaría esta consideración para explicar por qué la última palabra debe ser hablada más bien que escrita. La presencia de los interlocutores consiente, entre otras cosas, que el diálogo de unilateral se convierta en bilateral, esto es, que cada uno participe en él tanto escuchando como hablando. Hacer seguir, en lugar de preceder, el discurso oral al discurso escrito permite, precisamente, enriquecer el diálogo con las preguntas, las objeciones y las respuestas.

El Principio de Publicidad que se aloja dentro de los aspectos formales de la prueba, presenta dos momentos harto distintos: un primer momento en la fase de Averiguación Previa y el segundo ya en sede jurisdiccional. Por regla general, los actos de prueba que se practican en la Averiguación Previa serán secretos, salvo que el Ministerio Público estime que no perjudica a la averiguación una publicidad restringida a las partes, con excepción de aquellas cuya práctica no puede reproducirse en el acto del juicio oral, en cuyo caso la publicidad para las partes, asistidas de sus Abogados resulta prescriptiva por mandato legal. Por el otro lado, en la "instrucción" todos los actos de prueba que se lleven a cabo serán, como todos los actos de éste, públicos, no sólo para las partes, sino también para los terceros.

El Principio de Concentración para la práctica de la prueba rige, tanto en la fase de Averiguación Previa como en el período de Instrucción, que permite la realización de la prueba sin sujeción a un plazo determinado, y que sólo encuentra su excepción en la regulación que respecto al momento de proposición de la prueba hacen los códigos, precisamente en sede jurisdiccional, tanto en la Instrucción como en el Plenario, e incluso en la Alzada ante el Ad quem; período éste en donde aparece como opuesto a este principio, la famosa Preclusión. Efectivamente, en el juicio la prueba ha de proponerse necesariamente en los escritos de las partes y dentro de los términos estipulados, ( art. 307 y 314 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y en forma más lacónica, el artículo 150 del ordenamiento federal ), en los que no basta la mera indicación de la que se piensa utilizar, sino que es preciso señalar detenidamente los medios de prueba, y cuando se trate de la prueba testifical o pericial, habrá que indicar los nombres de los testigos o peritos que hayan de declarar.

El Principio de Objetividad deviene lógicamente al considerar que el dato debe provenir del *mundo externo* al proceso y no ser mero fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva. Y su trayectoria ( desde afuera hacia adentro del proceso ) debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada por las partes.

El Principio de Legalidad que envuelve al elemento de prueba, es

indispensable para su utilización en abono de un convencimiento judicial válido.

Su posible ilegalidad podrá originarse en dos motivos: por su irregular obtención o por su irregular incorporación al proceso.

Veremos primeramente, la obtención ilegal: Aunque no haya reglamentación expresa, la tutela de las garantías individuales constitucionalmente recogidas exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez.

En este sentido, se ha resuelto, por ejemplo, que la prueba recogida infringiendo la garantía de inviolabilidad del domicilio “carece de aptitud probatoria”, y que corresponde dejar sin efecto la resolución dictada en contra del indiciado. Igualmente, se ha sostenido la nulidad de una sentencia fundada en la confesión del acusado obtenida contraviniendo la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, por haber sido prestada mediante la violencia o coacción policial.

Este importante aspecto no ha sido siempre bien advertido, pues frente a la importancia de la prueba *ilegalmente obtenida*, a veces se ha olvidado que la justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la ley sin incurrir en una contradicción fundamental.

En principio, la tacha de ilegalidad deberá alcanzar no sólo a las pruebas que constituyan en sí mismas la violación de la garantía constitucional— v.gr., la confesión obligada—, sino también a las que sean su consecuencia inmediata— v.gr., el secuestro del “cuerpo del delito” del lugar indicado en la confesión forzada—, siempre que a éstas no se la hubiese podido obtener igualmente sin la vulneración de aquella. Además, al otorgarle a la violación de una garantía constitucional alguna eficacia ( aun indirecta ), se le estimularía en la práctica.

Cierto es que esta solución puede llevar a la impunidad de algún delito. Pero no es menos cierto que el orden jurídico ha optado en muchos casos por la impunidad, cuando ella ha sido el precio de la tutela de otros intereses que ha considerado más valiosos que el castigo del ilícito, dándoles una protección de rango Constitucional.

Del orden jurídico vigente surge la prohibición de utilizar ciertos métodos para la obtención de la prueba. Así cabe considerar proscritas todas aquellas formas de coacción directa, física o psíquica, sobre las personas, que puedan ser utilizadas para forzarlas a proporcionar datos probatorios. Por ejemplo, no sería legítimo suministrar a un testigo las llamadas “drogas de la verdad” para obligarlo a decir lo que no quiere. Por ello el dicho así obtenido sería ilegal y, por ende, ineficaz para formar convicción en el juzgador.

La protección de algunos intereses considerados más importantes que el descubrimiento de la verdad, que determina en ciertos casos la prevalecia de aquéllos sobre ésta, puede derivar en obstáculos probatorios. Tal sucede, por ejemplo, cuando en aras de la cohesión familiar se prescribe en el artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, que “No se obligará a declarar al tutor, pupilo o cónyuge del inculpado ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados, y en la colateral hasta el cuarto inclusive.....” Empero, el legislador se fue más lejos aún, y libera de esa obligación a los que estén ligados con el inculpado por “amor, respeto, cariño o estrecha amistad”, cosa que se nos hace no del todo apropiada.

Por imperio de normas constitucionales y procesales, el imputado no puede ser constreñido a producir pruebas en contra de su voluntad, pues aquellas le reconocen la condición de sujeto incoercible en el proceso penal. En virtud de esto, se prohíbe no sólo obligarlo a declarar, como lo estatuye la fracción II del artículo 20 Constitucional, sino que se proscribe igualmente imponerle su intervención en un careo si no lo solicita, frac. IV del mismo dispositivo; de igual modo, no se le puede obligar al imputado a que asista a una reconstrucción del hecho u obligarlo a realizar un cuerpo de escritura. En suma, la garantía comprende su posible intervención como órgano de prueba. De ello se sigue que no se podrá utilizar válidamente como prueba lo *dicho* o *hecho* por aquél en cualquier acto probatorio practicado con violación de aquellas reglas. Tampoco se podrá utilizar como indicio de culpabilidad el hecho de que el imputado se abstenga de declarar o que al hacerlo mienta. Sólo cuando el imputado actúe como objeto de prueba podrá ser obligado a participar en el respectivo acto procesal. Así sucederá cuando deba ser sometido a un reconocimiento, a una inspección o a la misma confrontación.

Conviene ahora ver el aspecto de la *incorporación irregular*, ya que el ingreso del dato probatorio en el proceso deberá ser realizado respetando el modo para hacerlo previsto en la ley ( o el analógicamente más aplicable en caso de que el medio no estuviera expresamente regulado por la ley, como lo contemplan los artículos 180 y 124 de los Códigos federal y común respectivamente ).

Por otra parte, cuando la ley impusiera alguna *formalidad especial* para la producción de la prueba, relacionada con el derecho de defensa de las partes, la observancia de ella será también condición *sine qua non* para que la prueba que se obtenga pueda ser incorporada y en su momento valorada. Por ejemplo si se trata de un acto definitivo e irreproducible, se deberá notificar previamente al inculpado y su defensor.

Otras veces, en virtud de los caracteres propios de la etapa del proceso que se transita, se impone una forma de recepción determinada v.gr., durante el juicio, los testimonios serán recibidos en forma oral; o se condiciona a la observancia de ciertos requisitos, tal como lo previene el artículo 286 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. En fin, la inobservancia de

cualquiera de las disposiciones de la ley, impedirá utilizar el dato conviccional, recibido sin el debido fundamento legal; y dará lugar a su anulación.

Nos toca hablar del Principio de Relevancia, que no es otra cosa que considerar que cualquier elemento de prueba será tal no sólo cuando produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho que con él se pretende acreditar, sino también cuando permita fundar sobre éste *un juicio de probabilidad*, como el que se requiere para el procesamiento. Esta idoneidad conviccional es conocida como *relevancia* o *utilidad* de la prueba.

El Principio de Pertinencia en la prueba va orientado al hecho de que el dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivo ( existencia del hecho ) y subjetivo ( participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso.

El Contradictorio se ha considerado en general y principalmente, como un Principio propio del Proceso; sin embargo, es inconcuso que le es del todo aplicable al acto de prueba, ya que si ésta se funda en la libertad, no puede haber tal si no se asegura la igualdad, simiente del Contradictorio. El Principio del Contradictorio está fundado sobre la *duplicidad* y sobre la *oposición* de las partes. De ahí que para que cualquier procedimiento de reclamo que se someta a una autoridad, llegue a buen fin es necesario que se escuche a “las partes”, como reza la máxima *audiatur et altera pars* que no es más que cada una de las partes debe poder hacer aquello que hace la otra para hacerse dar la razón. Por eso no son nunca excesivos los cuidados dirigidos a garantizar no solo la posibilidad sino también la efectividad del Contradictorio. Al hablar de efectividad entiendo que cada parte esté en situación de desplegar en el proceso una acción tal que constituya un contrapeso eficaz a la acción de la otra; por eso se debe poner el asentó en la igualdad, tanto de condiciones como de oportunidad.

Finalmente nos toca tratar el Principio de Disposición. En el proceso penal mexicano prevalece el Principio Dispositivo. Decimos *prevalece* porque aquél combina tanto el Principio Inquisitivo como el Dispositivo, predominando este último. Si bien es cierto que la división tajante de las funciones persecutoria y jurisdiccional, implícita en el artículo 21 Constitucional otorga plena validez al apotegma jurídico *nemo iudex sine actore*, toda vez que el juez no puede iniciar el proceso de oficio, tiene sus excepciones. Por ejemplo, el artículo 314 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su cuarto párrafo, segunda parte reza: “Según las circunstancias que aprecie el juez en la misma instancia podrá, **de oficio**, ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer”. Igualmente, el mismo ordenamiento en su artículo 124 dice : “Para la comprobación del cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del inculpado, en su caso, el Ministerio Público **y el juez** gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes, para el esclarecimiento de la verdad histórica, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que estos medios no estén reprobados por

ésta". En cambio, la segunda instancia que de acuerdo con el artículo 415 del mismo ordenamiento "solamente se abrirá a petición de parte legítima", se rige íntegramente por el Principio Dispositivo.

En el proceso dispositivo o acusatorio, la iniciativa probatoria corresponde única y exclusivamente a las partes. En consecuencia, como el proceso penal mexicano, ya sea federal o común reviste esa naturaleza, según vimos en el párrafo que precede, estimamos contrario a los Principios reguladores de dicho proceso, las disposiciones contenidas en los artículos en cita. La iniciativa probatoria del juez viene a sustituir a la parte por la autoridad. Las únicas pruebas que, a nuestro juicio, puede recibir el juez de oficio, son las necesarias para conocer la personalidad del procesado y su mundo circundante, tal como lo previene el artículo 146 del Código Federal de Procedimientos Penales, particularmente en su segundo párrafo; y todo esto a fin de acreditar los extremos, que para la individualización de la pena, enuncian, con mala técnica, los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Situación del todo distinta ocurre en la Averiguación Previa, de acentuado contenido Inquisitorio, en donde con independencia de cualquier parte, si así se les pudiera llamar, la autoridad que lo es el Ministerio Público, no nada más puede, sino que debe allegarse los medios de prueba necesarios, nada más que no estén reprobados por la ley, para acreditar los elementos que conforman y prueban el cuerpo del delito, así como los que acrediten la probable responsabilidad del indiciado. Aquí en sede administrativa, el acto de prueba no reviste las características formales que éste acusa en el proceso, pues básicamente, es el propio Organó el que las ministra, sin sujetarse a plazo alguno; y en cuánto a las reglas que habrá de observar, éstas son nimias y propiamente administrativas, las que están muy lejos de las que regulan el proceso. Un ejemplo muy destacado nos lo brinda la prueba Testimonial, la que a diferencia de lo que ocurre en el proceso, "se vierte" o desahoga sin la asistencia del Indiciado o, en su caso, sin la asistencia del sedicente Ofendido, lo que impide el interrogatorio o ampliación del mismo, por el oponente, ya sea en forma directa o por conducto de sus Abogados; con esto se quiebra irrefragablemente, el antes mencionado Principio Contradictorio. Y pensamos que no puede ser de otra manera, pues se trata de una investigación, no de tramitar un proceso; como dijimos, se esta preparando éste, pero ello no autoriza a que en vías de preparación, se lleve un "mini proceso".

#### **2.4.- Elementos de la Prueba: Objeto de Prueba, Órgano de Prueba y Medio de Prueba.**

**Objeto de Prueba.-** El hecho de que es inmanente al proceso penal la necesidad de la más amplia indagación acerca de la verdad histórica y jurídica, hace que sea objeto de prueba todo lo que pueda allegarse al proceso y todo lo que se pueda presentar al conocimiento del juez y de las partes para la comprobación judicial relacionada con dicha indagación.

La posibilidad abstracta de la comprobación en juicio es lo que determina en sus varias modalidades, reducidas a un mínimo común denominador, la calidad de objeto de prueba, aunque eventualmente, en concreto no se haga necesario proceder a una comprobación especial; como cuando la comprobación se hace en la cosa misma, esto es, que puede ser por sí sola evidente de modo que la cosa es cierta y el juez y las demás partes la conocen de cualquier modo.

Es preciso hacer sus consideraciones primordiales, a saber: 1.- El objeto comprende la determinación de las cosas que pueden probarse, es decir, la determinación del requisito de la idoneidad de la comprobación procesal, de la aptitud procesal de la prueba; esto lo llamaremos objeto de la prueba en abstracto. 2.- En segundo lugar, es preciso determinar en especial los requisitos del objeto de prueba en relación con un caso particular, lo que nos lleva a considerar el objeto de prueba en concreto. 3.- Se requiere después, que se estudie el objeto de prueba en cuanto esa prueba aparezca necesaria para los fines de la investigación procesal, de donde se deriva luego la especificación de las cosas que deben probarse. 4.- Además, en forma sintética es preciso señalar la posición del objeto de prueba dentro del sistema del proceso, lo que permitirá determinar la actitud que respecto a él tienen los sujetos procesales y especialmente las partes. 5.- Finalmente, sobresale en estas consideraciones el principio de la libertad del objeto de prueba, que no obstante y como ya lo expresamos antes, encuentra limitaciones de carácter formal, particularmente en sede jurisdiccional.

En la práctica y en cada uno de los casos concretos, el objeto de la prueba se divide en una serie de fragmentos enlazados con el objeto común, pero graduados en una sucesión de mutua dependencia.

En un primer movimiento, el objeto de la prueba puede identificarse con los hechos que constituyen el contenido mismo de la imputación, que es lo que en tiempos pasados, se llamaba *thema probandi*.

Así pues, vemos que en el proceso penal interesa sobre todo probar aquellos hechos que han de constituir el fundamento fáctico de las pretensiones que se formulen, o sea, que tienen relevancia para determinar la comisión de un hecho que se reputa punible o la imposibilidad de dicha comisión o, la existencia de circunstancias que pueden eximir, atenuar o agravar la supuesta responsabilidad criminal del imputado.

Pero, muchas veces, no sólo estos hechos tienen relevancia en el proceso. Existen además otros hechos íntimamente relacionados con ellos, que pueden servir de instrumento para convencer al juzgador de la verdad de los hechos fundamentales y de los cuales depende la formulación en su día, de la pretensión y la decisión del objeto del proceso.

Unos y otros hechos constituyen el tema que se quiere probar, cualquiera

que sea su relevancia en relación con la actuación de la pretensión.

En uno y otro caso importa convencer al juzgador de la verdad de estos hechos, que son los que constituyen en sí el *thema probandi*.

Como dijimos antes, hay hechos que son susceptibles fácilmente de prueba; el tema que efectivamente se prueba coincide con el que quiere probarse. Por el contrario, no es posible, en otros casos, practicar prueba sobre estos hechos, y es preciso entonces interponer entre el hecho que se quiere probar, o sea, aquel de cuya verdad se quiere convencer al juez, el efectivo convencimiento de éste, y otro hecho que se halla en relación con el primero, ya porque dicha relación sea jurídica y venga determinada legalmente, ya porque resulte de las normas o máximas de la experiencia. En este caso, el tema que efectivamente se prueba no coincide con el que importa probar, y se conoce por la doctrina como *thema probatum*.

De lo dicho resulta que, desde el punto de vista del objeto de prueba, pueden llevarse a cabo dos clasificaciones, atendiendo en primer lugar a las clases de *themata probandi* y, en segundo, a la relación entre el *thema probandi* y el *thema probatum*.

No siempre se hace coincidir en la prueba el *thema probando*, es decir, lo que se ha de probar, con el *thema probatum*, lo que en realidad se prueba. Esto puede ocurrir por muchas razones, bien porque el *thema probando* es difícil de probar, bien porque no existan medios de prueba, bien porque existiendo medios de prueba sean éstos desconocidos, o estén prohibidos por la Ley. En estos casos se tiende hacia la prueba del *thema probando*, pero inmediatamente lo que se prueba es el *thema probatum*.

Esto nos lleva a la distinción de dos tipos de prueba, a la primera de las cuales denominamos prueba directa y a la segunda indirecta.

Llamamos prueba directa o histórica aquella en que el medio de prueba tiende inmediatamente a convencer al juzgador de la verdad de un hecho que constituye el *thema probandi*, es decir, aquella en la que entre el hecho que tiende a demostrar el medio de prueba y aquel que se quiere demostrar a los fines del proceso penal no se interpone ningún otro hecho diferente.

La prueba indirecta o lógica se caracteriza por la existencia de un hecho interferido entre el que se tiende a demostrar y el medio de prueba, es decir, el medio de prueba nos proporciona o tiende a proporcionar el convencimiento sobre la verdad de un hecho que no es aquel que en definitiva pretende probarse, sino otro distinto, ligado con el primero por ciertos vínculos.

De estos tipos o clases de pruebas, junto con otros más, nos vamos a ocupar en el epígrafe siguiente.

**Órgano de Prueba.-** Para Florian, “Órgano de prueba es la persona por medio de la cual se adquiere en el proceso el objeto de prueba, es decir, por medio de la cual dicho objeto llega al conocimiento del juez y eventualmente de los demás sujetos procesales”<sup>63</sup>. Por su parte, Fernando Arilla Bas<sup>64</sup> nos dice: “*Órgano de prueba* es la persona física que proporciona al titular del órgano jurisdiccional el conocimiento del objeto de prueba”. En atención a estas definiciones, es claro que son las personas, y solamente personas físicas, como bien lo dice Arilla Bas, las que constituyen lo que se reconoce como órgano de prueba; de ahí que cualquier persona intermediaria que se interpone entre el objeto de prueba y el juez y que suministra a éste el conocimiento del objeto de prueba, adquiere una importancia especial, ya que asume una actitud propia, una función característica y por ello es que esta persona en el ámbito probatorio se considera y define como órgano de prueba. Con esta exposición, se resuelve el problema relativo a determinar si el juez es o puede ser órgano de prueba en aquellos casos en que se proporciona así mismo, dicho conocimiento, como sucede con los medios de prueba directos y reales, como son la Inspección y los Documentos que se allegan al proceso. Sin duda al alguna debe decirse que no puede incluirse al juez entre los órganos de prueba cuando éste adquiere el conocimiento del objeto de la prueba mediante su percepción directa. En esta hipótesis el juez percibe el objeto de prueba no sólo para sí mismo, sino también para los demás, en orden al proceso, y en esta forma el resultado de la percepción se comunica a las partes, por lo cual, cuando el juez perciba el objeto de prueba fuera de la presencia de las partes, será también, en relación con éstas, un órgano de prueba; pero este acto suyo no tiene nada de particular que lo diferencie de los demás de la actividad probatoria, por lo cual se encuadra y queda incluido dentro de ella.

Además, el órgano de prueba naturalmente queda sometido a la apreciación del juez, por ello es que el juez no puede juzgarse a sí mismo. Por consiguiente, la calidad de órgano de prueba no puede tenerla sino personas distintas del juez, ( incluyendo desde luego al procesado ) puesto que cuando el juez percibe y aprehende directamente el objeto de prueba, no es órgano de prueba, sino que antes bien desarrolla una actividad dirigida a aprehender o a adquirir ese objeto.

El Ministerio Público por la especialidad de su intervención en el proceso, tampoco puede tener el carácter de órgano de prueba, aún cuando por ficción de la ley sea parte, ya que en todo caso, sobreviene a la causa después de verificado el evento.

Los órganos de prueba pueden transmitir el conocimiento del objeto de prueba, directa o indirectamente, y en esta forma las personas que representan dichos órganos pueden aun no estar presentes en el proceso; aquí se presentan

<sup>63</sup> Eugenio Florian. Op. Cit. Pág. 128

<sup>64</sup> Fernando Arilla Bas. El Procedimiento Penal en México. Onceava Edición. Ed. Kratos, S.A de C.V., México, D.F. 1988 Pág. 101



con natural evidencia el concepto de los *medios de prueba*, de los cuales nos vamos a ocupar en el párrafo siguiente.

**Medios de Prueba.**- Ordinariamente se considera *medio de prueba* todo lo que sirve para establecer la verdad de un hecho que tiene importancia para la sentencia, es decir, todo lo que se presenta a la razonable convicción del juez; en suma, el medio de prueba es un medio de conocimiento. Para Lessona, medio de prueba es "todo medio que puede conseguir el fin de dar al juez la certeza de la existencia o inexistencia de un hecho"<sup>65</sup>. Con todo la aparente claridad de estas definiciones, por su propia amplitud pueden dar lugar a que se llegue a confundir el objeto de prueba con el medio de prueba, confusión que efectivamente ocurre, ya que entre los medios de prueba por lo común se incluyen las cosas y las personas, debido a que sobre ellas puede desarrollarse la inspección. Así mismo, en el concepto de objetos de prueba se mezclan personas y cosas, pues así en las personas como en las cosas se encuentran medios de prueba.

Esta confusión debe rechazarse, puesto que fuera de la irrazonable mezcla del hombre con la cosa, debe tenerse en cuenta que es esencialmente diversa la contribución probatoria que ofrece la persona y la que puede obtenerse de la cosa, pues mientras el hombre refiere, la cosa exige en cambio ser observada, inspeccionada, determinada. Otra lamentable confusión se hace consistir en identificar la actividad de la persona, ya sea testigo, dictamen pericial, etc., o inclusive el acto de percepción de la cosa, con el medio de prueba.

Así, pues, la locución medios de prueba no puede ni debe entenderse en un significado genérico y por lo mismo equivoco, que induce a incluir en ella tanto el objeto como las cosas y las personas, ya que todo esto sirve de prueba. Con base en lo expuesto, conviene proceder al análisis del modo como el objeto de prueba aparece y se presenta en el proceso, para llegar a saber si el concepto de medio de prueba puede utilizarse y en qué sentido, y en el caso de que lo sea, cómo puede integrarse.

En tal virtud, es menester averiguar cómo y por medio de quién se realiza la aproximación y el contacto entre el objeto de prueba, por una parte el juez y por la otra los demás sujetos procesales. Pero el factor esencial y decisivo sigue siendo siempre el juez, por medio del cual se realiza la percepción del objeto, ya que es el juez a quien corresponde certificar acerca del modo como se efectuó la percepción y de los resultados de ésta. Sin embargo, lo jurídicamente deseable es que el conocimiento se realice conjuntamente y en un mismo momento tanto por el juez como por las partes.

En resumen, es a través de los diversos modos indicados, como se arriba al acto mediante el cual el objeto de prueba se revela y se consigna en el proceso por obra del juez y de los órganos de prueba y por ello el contenido de este acto,

<sup>65</sup> Eugenio Florián. Ob. Cit. Pág. 123

en el cual se recoge el aporte probatorio, puede en verdad llamarse *medio de prueba*; el cual abarca lo mismo la Inspección del juez, testimonio, dictamen pericial, etc. Dicha locución, empleada en esta forma, se justifica, porque es precisamente en virtud y por la eficacia del medio de prueba por lo que el objeto de prueba llega a la causa y le sirve a ella en el proceso.

En conclusión, *medio de prueba* es la operación en virtud de la cual se verifica el contacto, directo o indirecto, entre el juez, juntamente con los demás sujetos procesales, y el objeto de prueba.

Por nuestra parte, nuestro Derecho adjetivo no hace la distinción que venimos haciendo, la cual solamente se reconoce propiamente en la doctrina; y únicamente hace referencia a los medios de prueba. Así, el Título Sexto, Capítulo I, del Código Federal de Procedimientos Penales, habla de Medios de Prueba; de igual manera el Código Local en el Capítulo IV, del Título Segundo, artículo 135 dice: La ley reconoce como *medios de prueba*: .....; e, igual que el ordenamiento federal reza: Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal..... Sin embargo, la legislación federal sí reclama como necesario, "siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal"....., lo que a pesar de su obviedad, se nos hace correcto y plausible ya que mantiene a la prueba dentro de los principios que la informan.

## 2.5.- Clasificación de la Prueba.

En todo tiempo la clasificación de las pruebas ha sido un tema muy sugestivo, en torno al cual han divagado juristas y dialécticos. La legislación positiva hace una relación de las pruebas, pero no hace propiamente una clasificación de las mismas; y eso es obvio en atención a que como ya lo dijimos, en la búsqueda de la verdad no se puede ni se deben hacer categorías que al final pudieran resultar fútiles y hasta inconvenientes para los fines mismos del proceso. Sin embargo, para efectos didácticos y de una adecuada comprensión del Instituto, siempre es conveniente hacer en lo posible, una adecuada clasificación de las pruebas.

Sin pretender hacer una historia de los diferentes esfuerzos que se han hecho para clasificar las pruebas, diremos que en sus principios, Aristóteles formuló una distinción fundamental de las pruebas, catalogándolas en *artificiales* y *no artificiales*, que tiene profundas raíces humanas y psicológicas. Para esta clasificación, las pruebas artificiales son todas aquellas en las que la evidencia no es palpable y que su conocimiento es fruto de la persuasión, del convencimiento a través de representación ideal de las cosas; en cambio, las no artificiales son aquellas que considerándose *naturales*, por sí mismas y sin arte retórica hacen que exista o no exista un hecho y hasta un derecho.

Esta clasificación perduró durante la antigüedad, pero luego surgió el nuevo

criterio de las pruebas legales, criterio público que, al suprimir del proceso el régimen de la libertad, le quitó a la antigua distinción su presupuesto necesario y en esta forma la elimino por completo.

El método de las pruebas legales dio paso a múltiples y sutiles distinciones, las cuales, sin embargo ante la decadencia de ese método, perdieron por completo toda eficacia práctica. Y actualmente, se ha considerado desde un punto de vista científico, que es bastante limitado el interés de la clasificación de los medios de prueba.

Las clasificaciones de las pruebas se encuentran por lo general, en los autores menos recientes, ya que los modernos prescindan casi por completo de ellas. Así tenemos que entre los clásicos modernos están por un lado, Jeremías Bentham y en la vertiente continental Italiana, Nicola Framarino Dei Malatesta.

Por nuestra parte, hemos escogido a Bentham porque al igual que Couture, él es en nuestro concepto, "el filósofo del progreso jurídico"; y porque además él es el primero que hace una clasificación rigurosa y metódica de las Pruebas judiciales. De ahí que aunque no se refiera al proceso y a la prueba penal de manera particular, representa una muy valiosa fuente para el estudio que nos ocupa.

Particularmente nos interesa en este caso Bentham porque es de alguna manera, el primer autor que habla y dedica un estudio completo a la prueba circunstancial de enorme y trascendencia para el derecho penal moderno y de la que nos vamos a ocupar más adelante.

Efectivamente, en el capítulo VI, del Libro Primero de su celeberrimo Tratado de las Pruebas Judiciales, Bentham nos dice que la palabra *prueba* tiene algo de engañoso; parece que la cosa llamada así tiene fuerza suficiente para determinar el convencimiento. Sin embargo, no debe entenderse por tal sino un *medio* que se utiliza para establecer la verdad de un hecho, medio que puede ser bueno o malo, completo o incompleto.

Los medios probatorios se diferencian unos de otros lo bastante como para formar clases o modalidades que pueden recibir designaciones particulares; y así tenemos las siguientes clasificación hecha por Bentham; la que reproducimos parafraseando su texto.

**Primera división.**- Según que la fuente de la prueba provenga de las *personas* o de las *cosas*: *prueba personal*, *prueba real*.

La prueba personal es aquella que está suministrada por un ser humano y comúnmente se llama testimonio. La *prueba real* es aquella que se deduce del estado de las cosas.

Un ejemplo de esta división lo tenemos cuando v.g. Pablo declara que ha visto a Juan perseguir a Jacobo amenazándolo. Jacobo ha sido muerto y el cuchillo de Juan, cubierto de sangre, se ha encontrado al lado del cadáver. El testimonio de Pablo es una prueba personal; el cuchillo es lo que se llama una prueba real.

Hay que desconfiar del sentido ordinariamente atribuido a la palabra *real*; las pruebas reales no son en realidad mejor que otras.

Este vocablo, tomado en su sentido técnico, no significa nada más que cosa.

### **Segunda división.- Prueba Directa, Prueba Indirecta o Prueba Circunstancial.**

Como dijimos párrafos arriba, de esta prueba circunstancial, nos vamos a ocupar en detalle mas adelante, por el momento nos abocamos a seguir la clasificación hecha por Bentham; sin embargo, tocaremos de manera tangencial y en forma sucinta de esta división.

El testimonio puede referirse inmediatamente al hecho principal; v.g. Pablo ha visto a Juan cometer el delito en cuestión entonces la prueba es directa. Por otra parte, el testimonio puede referirse a algún hecho que no sea el delito mismo, pero que se encuentre tan ligado a él que, establecida la existencia del segundo, resulte una *presunción* mas o menos fuerte de la existencia del primero.

Se ha cometido un robo en la casa de A, su criado ha huido en la noche del robo. Esta huida constituye una prueba circunstancial contra él.

Todas las pruebas reales son circunstanciales. A es acusado de haber expedido moneda falsa; en su casa se han encontrado diversos instrumentos que sirven para fabricar monedas, o recortes y raspaduras de metal. Estas son las pruebas reales y "circunstanciales" contra él.

Diversos autores, hablando de esta clase de pruebas, las han llamado *presunciones*, añadiendo diversos epítetos: Presunciones urgentes, Presunciones vehementes, Presunciones débiles, etc.

**Tercera División.-** Según el estado de la voluntad del testigo deponente, tenemos: Testimonio personal voluntario, Testimonio personal involuntario.

**Testimonio personal voluntario.** Es aquel que se presta a simple pedido del juez, o incluso antes de todo requerimiento, sin ninguna amenaza, ni ningún medio coercitivo.

**Testimonio personal involuntario.** Es aquel que se arranca por medio del rigor o constreñimiento, a aquél que se pone en evidencia no por un acto de la

voluntad, sino por despecho de la voluntad misma y pese a todos los esfuerzos encontrados, es el efecto de emociones internas que se manifiestan en la conducta, los gestos, la fisonomía del testigo, el ríus facial, etc. (Tales signos tienen la condición de pruebas circunstanciales).

Se ha cometido un crimen. El acusado ha hecho diversas manifestaciones acerca del hecho principal, si esas manifestaciones son consideradas como verdaderas, su naturaleza es la de testimonio directo y se conoce con la denominación de *admisiones o confesiones*; si se les considera como falsas, entran en la categoría de las pruebas circunstanciales: Las mentiras, las evasiones, los esfuerzos por engañar, proporcionan las presunciones del delito.

**Cuarta División.-** Pruebas por deposición y las pruebas por documento. La prueba en cuestión puede haberse producido con ocasión a la causa en trámite o con anterioridad a la misma, independientemente de ella y sin intención de servirla.

**Quinta División.-** Pruebas por escritos casuales y Pruebas por escritos preconstituidos.

El testimonio que se aporta en un juicio y que no fue hecho para el mismo, es decir, con intención directa por parte de su actor del que fuese empleado como prueba jurídica, puede denominarse prueba por *escrito casual*. Tales serán las cartas, las notas, un diario privado, etc.

El testimonio aportado en un juicio consistente en un escrito auténtico, que ha sido hecho con arreglo a ciertas formas legales para ser empleado eventualmente con el carácter de prueba jurídica, se puede denominar *prueba preconstituida*. Mas es preciso distinguir la prueba preconstituida "*ex parte*", es decir, por una sola de las personas, como un libro de comercio de la prueba preconstituida *apartibus*, es decir, por las dos partes interesadas, como un contrato. La primera clase podría llamarse, Prueba Semipreconstituida.

En nuestro Derecho penal procesal, propiamente no se reconoce esta clasificación, a excepción de los documentos públicos, ya que todas las demás pruebas constituidas con anterioridad al juicio, tienen el valor de meros indicios, atentos a lo previsto por el artículo 285 del Código adjetivo federal.

**Sexta División.-** Pruebas prestadas. Si el testimonio producido se ha traído de una causa anterior, o sí, se refiere a declaraciones prestadas ante otra autoridad judicial, sea del mismo país, sea de un país extranjero, la prueba recibe la denominación de *prueba prestada*.

**Séptima División.-** Testimonio original y no original. El testimonio es *original* cuando el testigo que depone ante el juez sobre el hecho cuestionado, es la misma persona que estuvo presente en el tiempo y en el lugar de que se trate y

que captó con sus sentidos las percepciones que esta defiriendo.

El testimonio puede ser llamado *no original* cuando el testigo declarante no habla por su propio conocimiento, sino que relata lo que ha dicho otra persona que se supone estuvo presente en el tiempo y en el lugar de que se trate y refirió los hechos inmediatamente después de haberlo percibido; igual distinción se aplica a los escritos. Son ellos originales y no originales, es decir, copias. Entre nosotros, aquel se denomina testigo de "oidos".

**Octava División.-** Testimonio perfecto y Testimonio imperfecto. No es necesario que esa forma de perfección lleve aparejada, como si se tratase de una perfección absoluta, la total imposibilidad de error. No se refiere aquí sino a una perfección relativa, es decir, la que resulta de la ausencia de imperfecciones que nos es dado a conocer y evitar.

Si existe alguna imperfección en la fuerza aprobatoria de un testimonio, estará ella originada, bien por la *fuerza* de que proviene, o en la *forma* según la cual sea prestado.

La imperfección se encuentra en la fuente misma del testimonio, cuando el espíritu del testigo se halla maldispuesto hacia la verdad. Si la falta se refiere a su estado intelectual puede emanar de la concepción del juicio, de la memoria, o de la imaginación. Cada una de estas facultades pueden ser defectuosas hasta el punto de afectar a todo lo que expresa. Si su falta se refiere a su estado moral, a su voluntad, la causa se encuentra en ciertas razones, y en esa ocasión impelen al testigo a mentir con una fuerza superior a los motivos ordinarios que actúan generalmente en favor de la verdad.

La imperfección está en la *forma*, casi diría en el *molde*, en que el testimonio se ha vertido, cuando esta forma excluye una u otra de las pruebas por las cuales se verifica su mérito, asegurándose que es exacto y completo. Toda clase de pruebas tienen que ofrecer las garantías expuestas; y si no se pueden someter a una u otra de tales garantías, se clasificarán en la categoría de las *pruebas inferiores*.<sup>66</sup>

Esas garantías faltan, sea por la naturaleza de las cosas, sea por culpa de los tribunales que no las admiten. Hemos visto que esto sucede por la negligencia de los legisladores y de los jueces que, en los muchos casos en que pueden obtener pruebas regulares y completas, voluntariamente las hacen descender de ese estado de preeminencia a la categoría degradada de las pruebas mutiladas o inferiores. Por nuestra parte creemos que en cualquier supuesto no debemos rechazarlas, ya que hay casos que es necesario admitirlas a falta de otras mejores, y otras que son útiles por su condición de *indicios*. Lo que resulta esencial es conocer su naturaleza.

<sup>66</sup> Jeremías Bentham. Tratado de las Pruebas Judiciales. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1971. Pp. 29 a 35

Como lo sostiene Betham, estas ocho divisiones principales proporcionan todo el conocimiento relativo a la materia del testimonio, pero si se quisiese tratarlas en ese orden se incurriría en frecuentes repeticiones.

No obstante todo lo opuesto, el propio Bentham sostiene que no hay más que dos clases de pruebas bien diferenciadas. Las pruebas directas y las pruebas indirectas. La primera clase comprende el testimonio oral de un testigo presencial, así, como las pruebas preconstituidas. La segunda clase comprende, las pruebas reales y circunstanciales, y las pruebas no originales.

Como nos lo habíamos propuesto en párrafos anteriores, vamos a tratar en forma más acuciosa la prueba *circunstancial*, prueba que consideramos de enorme relevancia para el derecho penal en general y para nuestra monografía en particular, ya que finalmente, es la única y genuina probanza que se hace y agota en el periodo preprocesal, es decir en sede administrativa, sin que se vea sujeta a reproducción obligatoria, como acontece en las demás; incluyendo el informe de peritos.

Parafraseando a Bentham, podemos decir que la prueba *circunstancial* es la que deduce la existencia de un hecho de un grupo de hechos que, aplicándose inmediatamente al hecho principal, llevan a la conclusión de que ese hecho ha existido.

Esta conclusión es una operación del juicio. La distinción entre *hecho* y *circunstancia* es sólo relativa a un hecho determinado. Todo hecho, con respecto a otro puede llamarse una circunstancia. Las circunstancias son, pues, hechos colocados al rededor de algún otro hecho. A efectos de nuestro razonamiento, pudiendo cada hecho ser considerado como un centro, cualquier otro hecho puede estimarse como situado en torno de aquel.

Las circunstancias encierran el estado de las cosas o la conducta de las personas (como arriba dijimos el ritus facial, los gestos y ademanes que las personas hacen). Las cosas proporcionan lo que se llama pruebas reales; pero bien se argumente conforme a las cosas o conforme a la conducta de las personas, la naturaleza de esta clase de pruebas es siempre la misma, puesto que siempre se funda en la analogía, en el encadenamiento de causas y efectos. De ahí que siempre se diga que todas las pruebas materiales también son pruebas circunstanciales.

Determinar que un suceso da fe de otro suceso, constituye un juicio fundado en la analogía, la que, a su vez, descansa en la experiencia.

Es preciso, empero confesar que ese juicio puede ser considerado como una manifestación de *instinto*, tanto por la prontitud con que obra, como por la dificultad de explicarlo y por la imposibilidad de encontrar reglas para conducirlo. Ese instinto que de manera tan útil guía a los hombres, los llevaría a la

desesperación si no fuese casi uniforme en todos ellos.

En efecto, toda probabilidad se desvanecería y todo lo que se podría decir acerca de la ligazón de los fenómenos sería vano, si no se partiese de la suposición de que los hechos que aparecen vinculados de cierta manera a los ojos de un individuo, han de aparecer ligados de igual manera a los ojos de los demás. Las pruebas circunstanciales se hayan igualmente en Materia Civil que en Materia Penal. Difieren conforme a la naturaleza del caso y es verdaderamente infinita la diversidad de que son susceptibles en un delito, por ejemplo todas las circunstancias serán tan vareadas como maneras hay de hacer nacer un mismo hecho.

Con respecto a la existencia un hecho principal, basta una prueba directa, cuando no existe objeción sobre la credibilidad del testigo, para que el hecho se considere como probado (nuestra legislación no asume como válida la aseveración de un solo testigo, a pesar de la evidencia; nuestro legislador reclama la necesidad de otras pruebas para tener como probado el hecho; sin embargo, para efectos de averiguación e instrucción de proceso sí resulta suficiente). Si la existencia del hecho principal, únicamente esta apoyada en pruebas circunstanciales, no se puede decir que se tenga probado el hecho.

En caso de reunirse varias pruebas circunstanciales, su conjunto podría permitir que el hecho principal se considerase como probado, aun como contemplada cada una de ellas separadamente no representen sino una **probabilidad** el ejemplo mas palpable de esta hipótesis la vemos en el caso de homicidio sin que aparezca el cuerpo; en donde con todas las pruebas circunstanciales se arriba al convencimiento de la comisión del delito de homicidio. Así como hay hechos circunstanciales en cuya virtud el hecho principal se hace muy probable, hay otros que lo convierten en menos probable.

Un hecho que disminuye la probabilidad, puede ser llamado *informativo*. Un hecho que aumente la probabilidad puede ser llamado *corroborativo*.

Toda la lógica judicial consiste en la lógica valoración de estas dos clases de hechos ; o sea de los que hacen mas probable el hecho principal y de los que lo hacen menos probable. Un error en esta valoración, produce una injusticia. Si, en el caso de un delito, un solo hecho corroborativo queda omitido o evaluado por debajo de su valor, el culpable puede escapar de la pena que le corresponde.

Por otra parte, si un solo hecho invalidativo, es olvidado o evaluado por debajo de su valor, puede ser condenado un inocente. La conducción de la causa consiste en probar los hechos criminosos. Mas con relación a los hechos informativos, o sea los que tienden a quitar probabilidades a aquellos, no ofrecen la misma incertidumbre: pueden existir o no existir. Es posible que escape a la atención y hay demasiados ejemplos de casos en que no se les ha tenido en cuenta.



Sin entrar al examen de las pruebas circunstanciales, debemos señalar que son mucho más simples que las pruebas directas. Estas se complican con una gran cantidad de consideraciones morales sobre todo cuando concierne a la credibilidad de un testigo, su carácter, su intención, sus afectos, su grado de conocimiento y de inteligencia.

En la prueba circunstancial la sola relación que haya de examinarse es la de un hecho con otro hecho, la unión entre el hecho principal **provisionalmente admitido** y el hecho secundario mediante el cual se trata de probar el hecho principal.

En el marco de las pruebas reales, Bentham considera que estas pueden clasificarse con arreglo a las modalidades siguientes:

1ª Cuerpos del delito: Estado de la cosa que ha sido objeto del delito. Esto comprende no solamente las cosas propiamente dichas sino también las personas, en cuanto pertenecen a la categoría de las cosas, es decir a su estado físico, independientemente de las facultades intelectuales, como en el caso de marcas producidas por enfermedad o violencia externa.

2ª Frutos del delito.

3ª Instrumentos utilizados en la ejecución del delito.

4ª Materiales destinados a servir al delito.

5ª Escondrijo de lo que ha sido cuerpo del delito.

6ª Cuerpos circundantes que han sufrido algún cambio en su apariencia como consecuencia del delito.

7ª Cosas que sirven para individualizar al delincuente por haber sido de su pertenencia o empleadas por él.

8ª Posesión inculpativa de prueba real.

9ª Posesión inculpativa de prueba escrita.

Observemos aquí, dice Bentham, que para constituir una prueba real, la cosa misma que sirve de testimonio debe ser expuesta a la vista del juez que dicta el fallo; de lo contrario, la prueba en cuestión no es sino el informe de una prueba real: carece del carácter de originalidad; es análoga a una prueba de referencia. Además de estar sujeta a cuanto invalida toda clase de pruebas reales, lo está también a todo en cuanto invalida en particular las pruebas fundadas en referencias.

Sigue diciendo Bentham, observemos también que, en varios casos, las pruebas reales requieren procedimientos científicos, es decir, que es necesario recurrir a hombres particularmente versados en tal o cual arte o en tal o cual ciencia para que ayude a valorar la fuerza probatoria de una prueba real. La ciencia médica, por ejemplo, se aplica a una gran parte de esas pruebas y hay muchos actos falsos en que no debe decidirse con respecto a la prueba real sino luego de haber escuchado a los peritos.

No hay que olvidar que si las pruebas orales son susceptibles de falsedad, las pruebas reales lo son de falsificación.

Como hemos visto hasta aquí, pese al tiempo transcurrido, Bentham sigue representando un paradigma para el estudio y aplicación de las pruebas; y en lo tocante a la prueba circunstancial no ofrece duda de que debe ser tomado en cuenta para la correcta averiguación. Consideramos que es en particular útil el planteamiento teórico de Bentham porque nos ofrece un basto panorama para evitar el yerro en la incriminación y al mismo tiempo nos prepara para una justa sentencia. Aunque cabe destacar que al igual que yo, Bentham atendiendo a la legislación inglesa habla de la necesidad que las pruebas materiales y entre ellas la circunstancial, "Deben ser expuestas a la vista del juez que dicta el fallo", esto presupone un juez de instrucción con gran inmediatez a la consumación del evento.<sup>67</sup>

Nos toca ahora traer a nuestro estudio las doctas consideraciones que con respecto a la clasificación de las pruebas nos hiciera magistralmente Nicola Framarino Dei Malatesta en su excelsa obra intitulada Lógica de las Pruebas en Materia Criminal.

Habrán de notarse marcadas diferencias e incluso mas actualidad en el trabajo de Malatesta con respecto a Bentham, toda vez que aquél escribiera su obra y ésta viera la luz, casi un siglo después, pues el trabajo de Framarino Dei Malatesta se público en 1894.

Para este célebre maestro resulta de capital importancia el qué antes de entrar en la clasificación de la prueba, ésta puede estudiarse en dos vertientes; una en relación con el efecto que produce, y en este aspecto equivale a la certeza y a la probabilidad; y, la otra vertiente puede considerarse en cuanto a la naturaleza y a su producción. Y es en este aspecto por el que se puede hacer la clasificación de las pruebas.

El maestro Dei Malatesta sugiere que sólo hay tres aspectos propiamente esenciales de la prueba, pues ésta puede considerarse ya en cuanto a su contenido, al sujeto del cual emana, o bien en cuanto a la forma en que se presenta.

Si consideramos la prueba en cuanto a su contenido u objeto, vemos que la prueba puede referirse, o bien a la cosa que se quiere comprobar, o bien a algo distinto de lo cual se deduce la primera; y en relación con el juicio penal en particular, la prueba puede referirse al delito o a una cosa diferente del delito, de la cual luego y mediante de un proceso racional, la mente del juez deduce el delito. Por consiguiente la prueba en cuanto a su objeto, se divide en dos clases: 1º Prueba Directa 2º Prueba Indirecta, de las cuales en forma breve más

<sup>67</sup> Jeremías Bentham Op. Cit. Pág. 297 y 298.

adelante nos habremos de referir.

Si consideramos la prueba en cuanto al sujeto del cual proviene, observamos que sólo hay dos sujetos posibles; pues como productora de la prueba puede presentarse o bien una persona o una cosa ante la conciencia de quién debe hacer la comprobación, que en materia penal es el juez de conocimiento, el cual está investido de facultades para absolver o para condenar. Por lo tanto, respecto al sujeto, la prueba se divide también en dos clases: 1º Prueba Personal o Testimonio de Persona; 2º Prueba Real o Testimonio de cosa.

Considerada la prueba en cuanto a la forma, se observa ante todo que el testimonio de persona puede tomar ante quien se produce, que en materia penal es Juez de la audiencia, o bien la forma transitoria e inseparable de la persona, que es la oralidad, la forma permanente, que se separa de la persona y que se reduce principalmente la forma escrita. A su vez, el testimonio de la cosa, de una de las formas de testimonio de persona, y en este caso no origina una clase especial en cuanto a la forma; o se presenta en su forma original y material a los ojos del juez de la audiencia, y entonces produce una clase especial.

De esta manera la prueba en cuanto a la forma, hablando en términos generales, se divide en tres clases: A) La prueba testimonial, que en general es el testimonio de persona en la forma real o posible de la oralidad. El testimonio cuando proviene de testigos accidentales del hecho, *in facto*, y tiene por materia cosas perceptibles por los hombres comunes y corrientes se denomina común, en cuanto se deriva de testigos que han sido escogidos *post factum* y recae en cosas perceptibles solo por personas que ostentan especial pericia, se llaman testimonio pericial.

El testimonio común comprende, pues, el del tercero, el del sindicato y el del ofendido. De esta suerte, el dictamen pericial, la declaración del tercero, la del sindicato y la del ofendido no son sino subdivisiones de esta clase que llamamos testimonio. B) La prueba documental, que es el testimonio de persona cuando este aparece en forma escrita o en otras formas materiales permanentes, en cuanto ese testimonio no puede ser reproducido de modo oral. C) La prueba material que es el testimonio de cosa directamente percibido en la materialidad de sus formas.

En conclusión, y para resumir, la prueba puede considerarse por tres aspectos igualmente esenciales, a saber: En cuanto al objeto, en cuanto al sujeto y en cuanto a la forma. En cuanto al objeto la prueba se divide en directa e indirecta. En cuanto al sujeto personal y real; y en cuanto a la forma, en testimonial, documental y material.

Como lo refiere el maestro Dei Malatesta, es importante tener en cuenta que los dos objetivos ineludibles, los dos polos cuya orientación no debe

perdersé en materia de pruebas, son precisamente, por una parte, la cosa que se debe comprobar, que en materia criminal es el delito, y, por la otra la mente ante quien se debe comprobar, que en materia judicial es siempre el espíritu del Juez de la audiencia en juicio público.<sup>68</sup>

Después de haber abordado en el plano doctrinario la clasificación de la prueba, corresponde ora echar una mirada al ámbito legislativo.

En términos generales podemos decir que nuestra legislación aborda de manera satisfactoria y con buen técnica legislativa el instituto de la Prueba, aunque habrá de reconocerse que lo hace mejor en el ámbito Federal que en el terreno local; y así vemos que en el título sexto del Código Federal de Procedimientos Penales, se toca el tema en forma genérica, absteniéndose de manera correcta, de dar un concepto o definición de lo que es la prueba, enunciando simplemente Prueba; y en su capítulo I enuncia Medios de Prueba. Así mismo, vemos que el artículo 206 prescribe: "Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba establecer su autenticidad".

Enseguida, y enumerando por capítulos, se refiere a las pruebas en particular, siguiendo un orden lógico y cronológico, pues habla en primer lugar, de la Confesión; enseguida, de la Inspección; y en ésta, hace las precisiones de la inspección practicada por el Ministerio Público y en su caso la del juez, según se trate de la averiguación previa o del proceso. En el capítulo IV, se refiere a los Peritos; en el V, a los Testigos; en el VI, a la Confrontación; en el VII, a los Careos y en el VIII, a los Documentos.

Se hace aquí notar que con adelantada técnica y haciendo suyo el viejo criterio pero al mismo tiempo clásico y válido expuesto por Eugenio Florián, se abstiene de señalar como medio de prueba a los Indicios. Efectivamente, Florián nos dice: "En el fondo, el indicio se reduce a la operación lógica de deducir el conocimiento de un hecho, de una cosa o de una situación que se ignora en todo o en parte, de la existencia de un hecho distinto, de una cosa o de una situación diversa, ya establecidas en el proceso. El indicio, por tanto, antes que un medio de prueba es un hecho que, como los demás, se establece con medios de prueba, pero tiene una posición característica respecto al tema fundamental de la prueba". Y Florián sigue diciendo: "En el fondo, el indicio puede considerarse desde dos puntos de vista: por un lado se vincula al concepto del objeto de prueba y precisamente queda comprendido dentro del concepto de la prueba indirecta; y por otro, expresa el resultado de una operación mental, de una

<sup>68</sup> Nicola Framarino Dei Malatesta Lógica de las pruebas en materia civil Vol.I. Editorial Temis Bogotá, D.F. Págs. 128, 129, 130 y 131

inducción lógica y psicológica, lo que desemboca en un apreciación y pertenece, consiguientemente, a la valoración de la prueba, de la cual es uno de sus modos".<sup>69</sup>

Por su parte el Código local del Distrito Federal y dejando mucho que desear, en el capítulo IV, del título Segundo, se refiere a este Instituto "De las Pruebas; y su artículo 135 párrafo segundo dice: "Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal"; y apartándose del sistema federal, le agrega algo que lógicamente se tiene por supuesto, al decir: " Incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia".

En su mismo artículo 135 hace la enumeración en seis apartados, de las pruebas en particular incluyendo indebidamente, como lo hemos hecho notar siguiendo el criterio de Florián, "Las presunciones". Pero más aun, este código al hablar de presunciones, ni siquiera de indicios, introduce indebidamente, un instituto que le es mas propio al Proceso Civil, como son Las Presunciones, que en esa materia se consideran como la conjetura lógica de un acontecimiento pasado o futuro pero incierto; lo que de ninguna manera se puede equiparar a los indicios que como dice Florián se refieren a un hecho ya existente distinto del que se quiere probar pero con el cual guarda una estrecha relación. Ya que si nos vamos a las reglas de la lengua, el diccionario de la real academia española nos dice: "**Presunción.** (*Del lat. Praesumptio,- onis*) f. Acción y efecto de presumir. II 2. Der. Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que se ha probado. II absoluta. F. Der. La que no admite prueba en contrario- de hecho y de derecho. f. Der. Presunción absoluta. II- e **Inocencia.** F. Der. La que se aplica a toda persona, a un acusada en un proceso penal, mientras no se produzca sentencia firme condenatoria".

Pretendiendo salvar su error, el legislador local en su artículo 245 nos refiere: "Las presunciones o **indicios**, son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados".

Como vemos, la enmienda no basta y mas bien compromete el instituto pues los indicios no son para fundar una opinión, sirven eficazmente para provocar la convicción del juez y llevarnos de la mano a la certeza jurídica, categorías de las que en el subcapítulo siguiente nos vamos a ocupar.

Como corolario a esta meta crítica, de la ruinosa construcción legislativa en el ámbito local, cabe añadir que la enumeración que se hace de las pruebas no es observada y en un franco caos, se brinca de la confesión a la inspección y de esta a los cateos y visitas domiciliarias, que ni siquiera están enunciadas para después pasar a peritos y testigos y luego sin estar enunciada, introduce la

<sup>69</sup> Eugenio Florián Op. Cit. Págs. 129 y 130

confrontación; para rematar al ultimo, en las presunciones.

## 2.6.- LA VERDAD HISTÓRICA, LA CONVICCIÓN Y LA CERTEZA JURÍDICA.

**La verdad histórica.**- La verdad histórica, como objeto de nuestro estudio es aquella que procuramos obtener siempre que queremos asegurarnos de la realidad de ciertos acontecimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y en el espacio.

Hemos dicho también al principio de este trabajo, que la verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento. Para Flamarino, la verdad es "La conformidad entre la noción ideológica y la realidad ontológica".<sup>70</sup>

Recorriendo el tiempo y el espacio, recogemos al paso una multitud de circunstancias aisladas y las encadenamos entre sí; estas guían a su vez, y cuando nos han conducido al término de nuestras investigaciones, juzgamos con toda confianza si los acontecimientos ocurridos de que se trata son efectivamente reales y cuál es su naturaleza; nos creemos en posesión de la verdad en el instante mismo en que nuestras ideas sobre el objeto de nuestras investigaciones, nos parecen en perfecta concordancia con él. En otros términos, hay en esta operación de nuestro entendimiento correlación entre el sujeto que juzga y el objeto juzgado.

Nos hemos preguntado a menudo si la verdad que se busca puede llamarse objetiva, hasta el punto de ser completamente independiente del sujeto que juzga, y si descansa en bases de tal modo fijas que deba imprimir los mismos impulsos, las mismas imágenes en todos los entendimientos, a pesar de ellos mismos; o podemos llamarla subjetiva, en el sentido de que su noción depende de las aptitudes del sujeto que busca el convencimiento.

La cuestión así presentada, preocupa en suma al legislador, pues si la verdad es llamada objetiva el legislador está obligado desde el momento de formular la ley, a establecer una teoría de la prueba y sentarla sobre las mismas bases en que descansa la pretendida verdad objetiva.

Ante este panorama, y respetando la inteligencia, sensibilidad y conocimiento de los jueces, el legislador ha procurado, para llegar a la verdad objetiva establecer un *minimum* de reglas que permitan llegar a la verdad en un marco de seguridad jurídica; pero al mismo tiempo dándole potestad a los jueces. De ahí que la averiguación de la verdad esta subordinada a ciertas reglas decisivas, que debe seguir ciertas vías trazadas que la razón y la experiencia demuestran como las mas a propósito para llegar al fin propuesto; y la verdad así

<sup>70</sup> Nicola Flamarino Dei Malatesta. Op.cit. Pág.58

establecida descansa sobre tales bases que por su naturaleza obran infaliblemente sobre el entendimiento de los jueces; esto no quiere decir que al pronunciarse sobre la verdad de los hechos contenidos en la causa, desconozcamos que el juez experimente la influencia de su carácter individual de suerte que la sentencia que se pronuncia es evidentemente, subjetiva.

Ahora bien habrá que recordar que en Materia Penal priva el principio *In Dubio Pro Reo*, que es un aspecto de la regla del juicio del proceso penal que pone en evidencia muy exactamente que la regla en cuestión no es más que una manifestación de aquel "*favor defensionis*" que se manifiesta en el proceso civil según el brocardo "*actore non provate reus absolvedus*"; esta verdad y su planteamiento dentro de la esfera del derecho penal se hace sentir más en atención a las diferencias que existen en materia de prueba entre el Derecho Civil y el Derecho Penal. Al lado de sus semejanzas, pues trátase en ambos casos de procesos que tienen como fin la búsqueda de la verdad y la certeza; y en ambos procesos hay partes contrarias acerca de un hecho, sentando conclusiones respectivamente opuestas y que la verdad de sus afirmaciones depende de la admisibilidad de sus mismas conclusiones. En materia penal el interés que mueve tanto al Ministerio Público como al juez es de orden público, mientras que en el proceso civil el interés se reduce al mismo de los particulares. En ambos procesos tanto el juez civil como el de instrucción criminal ambos deben guiarse por ciertas reglas suministradas por la razón y la experiencia, como las más útiles para la manifestación de la verdad; pero en materia penal el juez en forma más grave, atenderá las prescripciones ordenadas por la prudencia.

Efectivamente el proceso civil se entabla por medio de una articulación formal de agravios, por la afirmación de ciertos hechos de parte de una persona determinada en contraposición de otra igualmente determinada; pero en el proceso criminal, y sobre todo en el inquisitivo o mixto como es el nuestro, por un método que le es enteramente especial, raras veces acontece que los agravios articulados vengan desde el principio a dirigirse contra un reo designado. Muchas veces, también la naturaleza del delito no está tan especificada, y la información hecha *incontinenti* de la queja, es la que en efecto da a conocer sus escasos caracteres; como cuando por ejemplo, se han causado heridas; no podría siempre decirse desde luego si hay siempre delito de lesiones o tentativa de muerte.

De ahí que la razón exige que las atribuciones del Ministerio Público sean diferentes de las que tiene el juez en lo civil. En el proceso ante éste, el debate se divide en dos fases muy distintas: En la primera vienen a presentarse frente a frente recíprocas pretensiones de las partes; la segunda se completa por las pruebas aducidas. En el proceso penal no puede ser así; tan luego como se presenta la denuncia o querrela, de su mayor o menor fundamento depende la aplicación al indiciado de algunas de las medidas que muchas veces comprometen su libertad y el juez no puede decretarlas si no las justifican las mayores probabilidades. Aquí cabe decir que la Probabilidad no entra pues al

servicio de la investigación sino legitimando la facultad que tiene el estado de investigar ( *potestas inquirendi* ), como un primer paso hacia la certeza.

Aquí es evidente que la Probabilidad no tiene por contenido la simple verdad, como ocurre con la certeza, sino que presenta un objeto múltiple, pues tiene por objeto los motivos de mayor entidad y que confluyen a la afirmación, junto con otros motivos de menor importancia, que se apartan de la afirmación. Considerada objetivamente, en la verdad, la certeza no puede tener motivos distintos de la creencia; la probabilidad debe tenerlos; y al paso que la certeza tiene objeto único, la probabilidad tiene objeto múltiple.

Con esto se ha sostenido que en la Crítica Criminal, la certeza no puede admitir motivos divergentes y la determinación subjetiva que nos hace salir de la probabilidad y nos abre el camino de la certeza, consiste en el rechazo racional de los motivos que nos separan de la credibilidad.

En síntesis, como lo hemos expresado, en Derecho Procesal Penal lo que se busca es la autentica verdad material que sirva de apoyo para emitir un juicio en el que el reo resulte sin duda alguna, indemne o condenado, haciendo para ello como dice Carnelutti, un trabajo de arqueología, ya que: "Se ha dicho que el juez hace historia; no es todo lo que hay que decir de él, pero lo cierto es que el primero de sus cometidos es precisamente el de la historia, o mejor el de la historiografía concebida en sus términos mas estrictos y a caso no suficientes. El historiador escrutó en el pasado para saber cómo ocurrieron las cosas. Los juicios que el pronuncia son por tanto *juicios de realidad*, o mas exactamente *juicios de existencia*; en otras palabras, *juicios históricos*. El Juez, al principio, se encuentra ante una hipótesis; no sabe como ocurrieron las cosas; si lo supiese, si hubiese estado presente a los hechos sobre los que debe juzgar, no sería juez, sino testigo y se decide, que convierta la hipótesis en tesis, adquiriendo la certeza de que ha ocurrido o no un hecho es decir, *certificando ese hecho*. Estar cierto de un hecho quiere decir conocerlo como si lo hubiese visto".<sup>71</sup>

**La Convicción.**- Se ha dicho que la verdad o los motivos de donde dimana imprime un movimiento a la balanza de la conciencia, y que este movimiento corresponde a un estado determinado de nuestro espíritu. Sucede a veces que sentimos en nosotros mismos la poderosa seguridad que podría producirnos el rigor exacto de la deducción matemática, y nos creemos en posesión de la más alta evidencia de la verdad absoluta; otras veces los platillos de la balanza apenas se mueven y sólo podemos formar una conjetura, entramos en desconfianza, y concebimos una sospecha; pero entre estos dos estados extremos hay una infinidad de otros posibles. En uno de ellos especialmente, sin darnos cuenta exacta de los motivos, aún sin ser estos bastantes para la convicción y el entendimiento, llegamos a mirar como verdaderos los hechos que se nos revelan. Tampoco es raro ver al juez declarar que, por su parte, y

<sup>71</sup> Francesco Carnelutti. Como se hace un proceso. Ed. Colofón, S.A. Segunda Edición 1990. Pág.52



subjetivamente hablando, está plenamente convencido de la culpabilidad del acusado, o de que tiene por verdaderos los hechos de la inculpación, aún cuando le sería difícil manifestar suficientemente los motivos. Cuando la Convicción no traspasa estos límites, es fácilmente engañosa; las influencias del momento, las palabras persuasivas de un tercero han podido producirla; pero como no se apoya en una base sólida, no debe, aún en las cosas ordinarias de la vida, satisfacer al hombre producente y concienzudo, ni suministrarle una regla de conducta. Menos aún debe bastar al juez, cuya decisión recae completamente sobre la culpabilidad de un acusado y cuyo error puede perjudicar lo mas caros intereses y los derechos mas sagrados de los ciudadanos. Pero si la opinión del juez descansa sobre motivos suficientes de que tiene conocimiento, entonces y sólo entonces, puede decidir afirmativamente, y su sentencia será acatada como justa en el concepto público. Pues bien, este estado del entendimiento que tiene los hechos por verdaderos, apoyándose en motivos bastante sólidos, es la Convicción propiamente dicha.

Si al arribar al punto de decisión el juez por cualquier motivo entra en estado de hesitación, no puede en forma alguna, condenar y en este caso su convicción lo llevara a la absolución del reo.

**La Certeza Jurídica.**- La convicción toma el nombre de **certeza** desde el momento en que rechaza victoriosamente todos los motivos contrarios, o desde que éstos no pueden destruir el conjunto imponente de los motivos afirmativos. De ahí que se sostenga que sólo la certeza nos parece bastante poderosa para servir de regla a nuestros actos; y la razón aprueba este aserto, pues el hombre, en sus esfuerzos para llegar a la verdad histórica, no puede esperar ir más lejos que ella.

Para que haya certeza, se exige el cumplimiento de ciertas condiciones esenciales:

1ª.- Requiréase un conjunto de motivos acreditados por la razón y la experiencia, ceñidos a las prescripciones de la prudencia, para poder servir de base a la convicción.

2ª.- Es preciso que la preserve un esfuerzo grave e imparcial, profundizando y apartando los medios que tiendan a hacer admitir la solución contraria. El que desea adquirir la certeza, no cierra jamás la puerta a la duda, antes bien, se detiene en todos los indicios que pudieran conducirlo a ella, y sólo cuando la ha hecho desaparecer completamente es cuando su decisión se hace irrevocable y se asienta sobre la base indestructible de los motivos de la convicción afirmativa.

3ª.- No puede existir la certeza hasta haber sido alejados todos los motivos, resultantes de los autos, que tiendan a presentar la inculpación, como descansando a caso sobre un imposibilidad, o lleguen a dar un resultado positivamente contrario al que los demás motivos suministran.

4ª.- Antes que la certeza predomine, el entendimiento quiere ver alejados hasta los motivos mismos que no se apoyarían sino en una posibilidad en sentido contrario. Así se explican las minuciosas averiguaciones tanto del Ministerio Público como las del Juez de Instrucción; y así cuando se examine el lugar, el cuerpo del delito, tomando esta expresión sobre la cosa misma en que recae aquél, debe, considerando el sitio en que se hallan los testigos y tomando en cuenta el tiempo y las circunstancias que rodean el caso, preguntarse si, en efecto, los testigos han podido reconocer claramente al culpable y si éste es posible que se hallase en el lugar, al momento de ocurrir el suceso. Mientras quede una sombra de duda, no puede haber certeza posible para el juez concienzudo.

Por lo demás, un amigo severo de la verdad llegara a reconocer que la certeza, con la que debe forzosamente contentarse, no se exime del vicio de la humana imperfección y que siempre puede ser suponible lo contrario de lo que admitimos como verdadero. Siempre, en fin, la imaginación fecunda del escéptico, lanzándose en lo posible, inventará cien motivos de duda. En efecto, en cualquier caso puede imaginarse tal combinación extraordinaria de circunstancias que vengan a destruir la certeza adquirida. Empero, no dejará de quedar satisfecho el entendimiento cuando motivos suficientes estableciesen la certeza, cuando todas las hipótesis razonables hubiesen desaparecido o sido rechazadas después de un maduro examen. Entonces, el juez creará ciertamente estar en posesión de la Verdad, único objeto de sus investigaciones. Además, el legislador ha querido que en esta *certeza razonable* estuviese la base de la sentencia. Pretender más, sería querer lo imposible, porque no puede obtenerse la verdad absoluta en aquellos hechos que salen del dominio de la verdad histórica. Si el legislador rehusara sistemáticamente admitir la certeza siempre que pudiera imaginarse una hipótesis contraria, se verían quedar impunes los mayores culpables y, por consiguiente, la anarquía se entronizaría fatalmente en la sociedad.

Cabe hacer una sutil diferencia entre lo que hemos referido como certeza en sí y la certeza jurídica; de aquella hemos dicho que es la verdad razonablemente admitida por todos; de ésta sólo podemos decir que es la sentencia.

Así las cosas, podemos afirmar que la certeza jurídica es el último estadio a que se habrá de llegar a través del proceso y ésta tiene que ser contundente y culminatoria, condenando o absolviendo, quedando proscrito el *non liquet*, admitido por los Romanos, por el cual el reo quedaba pendiente de sentencia, sin ser declarado ni culpable ni inocente.

Al respecto, nuestro constituyente del 17 con visión moderna y rigor jurídico, en el artículo 23 de la Carta Magna estipuló, "Queda prohibida la práctica de absolver la instancia". Principio constitucional que garantiza la certeza jurídica de que un reo por ningún motivo quedará sin ser juzgado en forma plena en la que se determine su culpabilidad o inocencia.

Este concepto de la certeza jurídica en la visión moderna de los códigos del Orbe, fue dando pauta a que se aboliera en la legislación secundaria el concepto de peligrosidad al momento de fijar las penas, trayéndonos al concepto moderno de grado de participación del procesado, en el evento criminoso, de lo cual por el momento no nos vamos a ocupar.

**2.7.- LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL.-** A pesar de que para la mayoría de los tratadistas esta Institución es de cuño perteneciente a tierras propias del derecho civil, y nada o poco tiene que hacer en el derecho penal, creemos que sí cobra sentido y tiene un sitio dentro del derecho procesal penal. Más cuando en este campo, tiene enorme relevancia el principio, de "la presunción de inocencia" y el debido proceso legal.

Quienes rechazan este Instituto dentro del campo del derecho procesal penal, en forma destacada está el eximio profesor de Turín, Eugenio Florián, quien textualmente nos dice, «con respecto de la carga de la prueba, en relación con los órganos de prueba y con los medios de prueba», como sigue: "La cuestión de la carga de la prueba tiene que ver no solo con el objeto, sino también con los órganos y con los medios de prueba. Aún mas, frente a los órganos y a los medios de prueba actúa con mucho más fuerza el principio de que en el proceso penal no tiene cabida el método de la distribución formal de la carga de la prueba. En este caso no apremia ni urge sino el interés sustancial que tienen el Ministerio Público y las otras partes, en relación con las conclusiones jurídicas a que se propone llegar tanto el representante de la sociedad como las demás partes; pero en realidad la introducción de los órganos de prueba y de los medios de prueba no tiene como fin preestablecido la acusación o la defensa. Esto tiene pleno valor aún dentro de nuestro sistema jurídico. Basta traer a cuento que al ordenar las pruebas para el juicio, el Ministerio Público debe incluir también las que son favorables al reo; además, la facultad concedida al juez de dar cabida *ex officio* a nuevas pruebas, habla de modo elocuente en el sentido de la exclusión ya confirmada, de la carga de la prueba en nuestro proceso penal. Y debe agregarse que hay un medio de prueba, el dictamen pericial que, dado el carácter de derecho público que lo informa, escapa por completo y de manera autónoma a cualquier influencia, así sea remota, de la carga de la prueba".<sup>72</sup>

En sentido un tanto más o menos contrario, dada la cautela con que procede, se pronuncia el famoso maestro florentino, Gian Antonio Micheli quien nos dice: "La doctrina de la carga de la prueba, o mejor de la decisión, en el proceso penal, ha recibido últimamente una interesante revisión, en nuestra doctrina, por obra de Bettiol y de Saraceno que se han encaminado por la vía trazada ya desde hace algún tiempo por la doctrina Germánica.

Como he observado anteriormente, también respecto del proceso penal la ley prohíbe el *non liquet* de manera que la disposición del artículo 479 del Cód.

<sup>72</sup> Eugenio Florián. Op. Cit. 133 y 134

proc. pen., contiene un criterio normativo para asegurar en todos los casos un pronunciamiento jurisdiccional, aún cuando respecto de tal proceso no existe un artículo como el art. 54 = art. 1312 del Cód. civ.. Se toma, en cambio, en consideración el carácter acusatorio del proceso penal, que se refleja, como veremos, no sólo en la estructura del procedimiento, sino también en la manifestación concreta de la regla de juicio. Tal carácter aparece, en efecto, indudablemente en el hecho de que el imputado debe ser absuelto no solo cuando no resulten probados los hechos constitutivos del delito, sino también cuando no sean probados como inexistentes los hechos que, por la ley penal, tienen el efecto de paralizar la aplicación de la norma jurídica. Es cierto que en concreto, la carga de las acusación es menor de lo que se podría suponer, dados los poderes inquisitorios, reconocidos al juez en materia penal, pero, de todas maneras, la regla de juicio impone la declaración positiva de certeza de los hechos constitutivos del delito, y la declaración negativa de los extintivos. Falta por tanto, una distribución verdadera y propia de la carga de la prueba, esto es de las consecuencias de la falta de certeza, en la que el juez a quedado respecto de determinados hechos de la causa. Incluso, esta falta de certeza la debe resolver siempre a favor del imputado, en virtud del principio *In dubio pro reo* principio que no es más que un aspecto de la regla del Juicio del Proceso Penal.

Tal regla es también aquí, a mi entender de naturaleza procesal, la misma tiene, sin embargo, dos aspectos, puesto que de un lado constituye un criterio para la valoración de la prueba y del otro integra, en cambio, una verdadera y propia regla de juicio, en el sentido antes ilustrado. Considero, por tanto, que en nuestro ordenamiento jurídico existe una norma, la cual obliga al juez a absolver al imputado, cuando exista una duda sobre el resultado, sobre el valor de las pruebas aportadas. Se habla así de una norma para la valoración de las pruebas dudosas, que se distingue de aquella base de la cual el juez debe pronunciar en un cierto sentido cuando falten las pruebas, o bien se reputen insuficientes”.

En el párrafo siguiente, Micheli sigue diciendo: “La regla de la carga de la prueba en el proceso penal, no contiene, pues, distribución alguna, a menos que presunciones relativas importen una particular regulación de la hipótesis, de modo que determinados hechos se tengan por verificados, salvo prueba contraria. En general por tanto, no se puede considerar aplicable el artículo 54= art.1312 del Cód. Civ., el cual se inspira en un procedimiento, como el civil, caracterizado por la igualdad de las partes en el proceso; en principios, por consiguiente, bien diversos de los que caracterizan el proceso. Bajo este aspecto, se comprende fácilmente porqué en este último, como se ha dicho, a la acusación le incumba la prueba positiva de la inexistencia de los hechos que lo excluyen. Consecuentemente, el juez deberá absolver cuando no tenga pruebas suficientes de que el imputado haya cometido el hecho que se le atribuye, y así también deberá absolver cuando falten pruebas suficientes para excluir, por ejemplo, la legítima defensa. No creo, por eso, que el art. 479, cit., se refiera a la sola insuficiencia de pruebas del hecho constitutivo, puesto que de ordinario la distribución de los hechos no tiene aquí relieve alguno.

En el proceso penal, aún cuando en el mismo generalmente las pruebas legales no sean admitidas, sin embargo existe una regla de juicio, dirigida a fijar, a los fines procesales, la verdad histórica, tal como se ha venido reconstruyendo en curso del procedimiento. Esta aprobación vinculada a cuanto se ha observado hasta aquí respecto del proceso civil, le quita gran parte del trabajo de crítica contra aquella doctrina, que quiere contemplar una carga objetiva en el proceso penal, o en absoluto quiere reconstruir en éste una carga de la prueba, a semejanza de la conducta en el proceso civil. Pero la verdad es que la primera está desprovista de un significado rigurosamente técnico, en cuanto se limita a la empírica comprobación de la sujeción objetiva de las partes a las conclusiones a las que el juez puede llegar, como consecuencia de la valoración de todo el complejo del material instructorio; la segunda es, sin embargo, muy discutible en un proceso dominado por el principio de la oficiosidad. **Pero es indudable que, bajo un cierto aspecto, este último perfil puede presentar mayor interés, si se deja de lado el concepto de carga, entendido como actividad necesaria, que las partes deben desplegar a fin de evitar un daño".**

Pero también es de apreciarse en este autor, que al final se aparta de la noción de Carga de la Prueba, cuando en la página 272 de su obra, textualmente dice: "he aquí porqué, a mi entender, debe considerarse como fracasada la tentativa de transportar al proceso penal la noción de carga de la prueba, acogida por la predominante doctrina".<sup>73</sup>

Posiciones intermedias las tenemos con otros no menos ilustres tratadistas como es el caso de Goldschmidt, quien define la carga de la prueba en lo penal, como " menos perfecta" en cuanto la actividad de parte puede ser integrada por la actividad instructora del juez.<sup>74</sup>

El problema consiste, pues, en saber si en el proceso penal tiene vigencia el régimen de una carga de la prueba, como ocurre en el proceso civil, y a quien le corresponde esta carga o mejor, entre que sujetos procesales se reparte. Este asunto tiene un planteamiento distinto en la forma acusatoria y en la inquisitoria; en la primera, la carga de la acusación le corresponde al acusador y la carga de la defensa al acusado; en la segunda, por lo general, no existe esta división, ya que todos los poderes de investigación están acumulados en las manos del Ministerio Público y en su caso del juez. Si en el proceso inquisitorio se pudiera hablar de carga de la prueba ésta le correspondería al investigador.

Pero el problema no puede encontrar solución integral en la estrechez de este dilema formal ni en la órbita de estos criterios tan restringidos.

Se piensa y se afirma que la carga formal de la prueba también existe con respecto al objeto de esta; según ello el señalamiento e introducción de un hecho

<sup>73</sup> Gian Antonio Micheli. La carga de la prueba. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1961. Pp. De 265 a 272.

<sup>74</sup> Gian Antonio Micheli. Op. Cit. Pág.271

como objeto de prueba no puede tener cabida sino por obra de las partes, excluido el juez, y a lo menos a solicitud de ellas, y cada una de las partes tendrá después que pensar en demostrar la existencia del respectivo objeto de prueba. Pero esta limitación no es posible, puesto que chocaría con los principios que rigen el moderno proceso, y la investigación de la verdad se vería sometida a parálisis, si es que no a sofocación, y muy a menudo a adulteración. Por otra parte, aquí interviene un factor nuevo, propio del moderno proceso, representado por los poderes del juez. Para alcanzar los fines del proceso y de la investigación de la verdad del hecho, que es fundamental en él, el juez no solo tiene la facultad de examinar y corregir el objeto de prueba formulado por las partes, sino también y en mayor medida la facultad de introducir de oficio, en el proceso, hechos y circunstancias, en sentido de objeto, para encaminar sobre ellos la prueba. La iniciativa *ex officio* del juez puede referirse a la prueba de acusación y a la prueba de defensa, puesto que la mueve un interés superior. Naturalmente, en este campo los poderes del juez eliminan y destruyen el concepto de carga formal de la prueba en materia penal.

Así, en nuestro derecho vigente, los artículos 180 del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 124 del Código adjetivo local, ambos hacen la prevención semejante, al decir, el primero de los ordenamientos citados, como sigue: "Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del **indiciado**, el Ministerio Público y los Tribunales *gozarán de la acción más amplia* para emplear los medios de investigación que estimen conducentes, **según su criterio**, aunque no sean los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho".

En forma aún más explícita, el artículo 124 del ordenamiento local a la letra dice: "Para la comprobación del cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del **inculpado**, en su caso, el Ministerio Público y el juez *gozaran de la acción más amplia*, para emplear los medios de prueba que estimen conducentes, para el esclarecimiento de la **verdad histórica**, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta".

En este dispositivo es de apreciarse que en la legislación local, la adquisición o administración de la prueba abarca incluso al proceso mismo, más allá de la averiguación previa, al hablar ya de **inculpado** y no de **indiciado** y reviste al juez con facultades para allegar al proceso nuevas pruebas.

En conclusión, en el marco referido, no hay ni puede aceptarse una carga formal para introducir objetos de prueba; por otra parte, el objeto de prueba que se ha allegado al proceso pertenece a todos los sujetos procesales. Así, pues, en el proceso penal no puede tener cabida la repartición formal de la carga de la prueba, pues no hay una carga de la prueba, como sí existe en civil, en el sentido de obligación de las partes. Ni el órgano de acusación ni el reo tendrían un deber jurídico de presentar y allegar respectivamente la prueba de la

acusación y la defensa.

Sólo que, ¡ojol!, como el proceso penal se manifiesta y se desarrolla totalmente siguiendo un esfuerzo para la comprobación de algunos hechos y las pruebas se hacen necesarias, *existe sin duda, una carga de la prueba*, pero no impuesta por la ley, como que es una carga de prueba que surge de la naturaleza misma de las cosas, de la experiencia de los hechos humanos y de los mandatos de la sociología judicial.

Aquí, se trata de la carga de la prueba llamada **natural o material**, que la impulsa y le da contenido el interés que lleva cada una de las partes a establecer ciertos hechos que considera favorables y que le dan fundamento para solicitar ciertas aplicaciones jurídicas; de ahí que la carga de la prueba se convierte en el interés práctico que un sujeto tiene de presentar la prueba que le da base para invocar la aplicación de un precepto jurídico, al cual aquella le sirve de apoyo. Por este aspecto y sólo en orden a tal interés vale aquí, en el proceso penal, como también en el proceso civil, la regla de que la prueba le **corresponde al que afirma**, no al que niega, "*adfirmanti, non negante incumbit probatio*"; pero, en realidad, en el proceso penal se trata de un **interés** para probar la existencia o inexistencia de determinados hechos, interés positivo o negativo, esto es, por la afirmación o por la negación del hecho; y no deber, ya que la prueba de una cosa puede obtenerse ventajosamente en una fuente que no sea la suministrada por aquél que haya afirmado la cosa o por quien le aproveche.

No obstante lo expuesto, es indudable que con las reformas habidas en 1983-84 al Código Penal, en donde se modificó el artículo 9° de viejo cuño, que presumía a priori, la culpabilidad del reo y a éste le dejaba la tarea de probar su inocencia, se dió un paso importante con respecto al Estado de Derecho, ya que el es indiscutible que dicha reforma dejó a cargo del Estado el ***onus probandi***. Efectivamente, el artículo noveno del Código Penal anterior a la reforma del 13 de enero de 1984 establecía: Artículo 9°.- **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 siguientes circunstancias: I. Que no se propuso ofender determinado persona, ni tuvo en general intención de acusar 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 imputado 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 III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla; IV. Que creía que era legítimo 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.

El nuevo artículo 9° solamente precisa en qué consiste el obrar doloso o culpable, a que hace mención el artículo 8°, quedando abolida la presunción de

culpabilidad que tan injusta y arbitrariamente se había entronizado en nuestro derecho.

Con respecto a las presunciones legales, éstas se han dividido tradicionalmente en dos grupos, las presunciones *iuris et de iure*, o sea aquellas en que, probado el hecho del que se deducen, no pueden ser contrarrestadas por otras pruebas; y, por otro lado, están las presunciones *iuris tantum*, o sea aquellas que protegen mientras no se prueba lo contrario.

Ya en el siglo XIX, en la Sesión del Congreso del día 4 de noviembre de 1856, el ilustre potosino Don Ponciano Arriaga sostuvo, en la máxima tribuna de la Nación el apotegma "Todo hombre está en posesión perfecta del estado de inocencia mientras el juez competente no suspenda esa posesión por medio de un acto motivado que abra la averiguación por la vía criminal".

Así tenemos, pues, que en nuestra idiosincrasia nacional siempre debió prevalecer la presunción de inocencia y en ese caso, le incumbiría al acusador, en la persona del Ministerio Público, en representación del Estado y la Sociedad, acreditar lo contrario.

La presunción de inocencia, afirma la doctrina, es una presunción *iuris tantum*, que puede ser destruida por la prueba en contrario. Así las cosas es claro que en nuestro derecho la carga de la prueba recae sobre el acusador. A idéntica conclusión podemos llegar si, en vez de emplear el concepto de presunción de inocencia, nos valemos de aquel otro de "estado de inocencia" a que alude Don Ponciano Arriaga. El acusado se encuentra en un estado de inocencia que le permite el uso y goce pleno de sus derechos; quien afirme que ha cometido un delito y que, en consecuencia, debe ser sancionado con la privación de sus derechos, tiene la carga de probar que se cometió el delito y que el imputado es el responsable de ello. El acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que la ley le reconoce a priori, tal estado; de donde se sigue que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado.

En la hermana República de Argentina, tal carga queda establecida con toda claridad en su artículo 468 del Código de Procedimientos en Materia Penal para la Capital Federal y Justicia Federal, que a la letra dice: "En todos los casos incumbe a la acusación la prueba de los hechos para justificar la criminalidad del procesado".

De lo anterior se colige que no hay motivo alguno para dejar de aplicar esta regla en el campo del derecho penal; en tal virtud, nosotros nos inclinamos a pensar que en todo caso es al Ministerio Público, en su carácter de representante de la sociedad, al que le incumbe demostrar la culpabilidad del reo incluso también, acreditar y reconocer su inocencia cuando dentro del sumario aparezcan datos que la acrediten.



La presunción de inocencia, pues, se encuentra en la frontera misma en la que se enfrentan dos concepciones del mundo: una de origen Hobbsoniano en donde el Estado está por encima del individuo, como fin de sí mismo o, la visión Rousoniana de el Estado al servicio del individuo, es decir, Estado de Derecho o Estado Totalitario; autocracia o democracia. Para quienes consideramos, junto con Emilio Castellar que "La libertad es el derecho de obedecer solo la ley, e igualdad es el derecho de obedecer todos una misma ley", estimamos a la libertad como el máspreciado bien y el vasallaje como la mayor afrenta que se pueda hacer a la humanidad. Es lógico que defendamos el derecho de toda persona a ser considerada inocente mientras judicialmente no se compruebe y declare su culpabilidad por sentencia firme; que creamos en la permanencia e inalterabilidad de los principios de la inviolabilidad de la defensa, de la absolución en caso de duda, del respeto al derecho del imputado a no declarar en contra de sí mismo, de la prohibición de emplear métodos coactivos para obtener su confesión y de que **no es al acusado a quien corresponde probar su inocencia "sino al acusador quien le incumbe demostrar la culpabilidad."**

Por nuestra parte, en nuestro derecho en forma un tanto vaga e imprecisa, el párrafo segundo del artículo 247 del Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal, escuetamente dice: "no podrá condenarse a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa". Pero lamentablemente, no señala con precisión, el sujeto sobre quién recae la carga probatoria.

En realidad, un imperativo lógico de congruencia jurídica exige que no sólo en el proceso penal, sino en todo proceso, quién pretende cambiar una situación existente deba soportar la carga de la prueba de los hechos que alega y en los cuales funda su pretensión. Por ello, no nos sorprende que en el proceso civil se hallan formulado desde antigua fecha aforismos tales como *actor non probándus, reus est assolvendus y onus probando in cubit actore*, los cuales, el día de hoy, inspiran a nuestro Máximo Tribunal cuando en jurisprudencia firme, sostiene "Acción. - Falta de prueba de la. Dado que la ley ordena que el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción, es indudable qué, cuando no los prueba, su acción no puede prosperar, independientemente de que la parte demandada haya o no opuesto excepciones y defensas."<sup>75</sup>

## **2.8.- EL VALOR DE LA PRUEBA. Sistemas de Valoración y la Legislación Mexicana.**

**El valor de la prueba.-** Prudente, aunque en forma breve, consideramos hacer una referencia histórica al derecho probatorio para mejor comprender tanto el valor de la prueba como los sistemas de valoración de la misma que se vinieron dando al correr del tiempo.

<sup>75</sup> Tesis de Jurisprudencia Definida No.4 Semanario Judicial de la Federación, Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala Pág.16

Como lo hemos visto con el material que precede, la forma lógica del proceso judicial es la prueba. Esto equivale a decir que la historia de la prueba es el derecho probatorio en sí. Si nos empeñamos, pues, en desentrañar las bases del derecho probatorio, a sacar a la luz los fundamentos sobre los cuales reposa el derecho probatorio de nuestros días, no basta hacer una simple relación de los medios de prueba que fueron lícitos en cada momento histórico y cómo fueron valoradas en las diferentes épocas de la historia del proceso que constituyen las raíces del tronco actual, es menester exponer los principios y la mecánica de cada procedimiento en el que se iba articulado un sistema de pruebas. El derecho probatorio y los principios procedimentales se influyen y condicionan recíprocamente, más o menos a la manera de la publicidad y la oralidad.

Creemos prudente echar una mirada en la historia del proceso y la valoración de las pruebas a partir del proceso Romano, ya que como hemos visto en las épocas anteriores no se tenía aún, un sistema articulado del proceso y sólo es posible a través de Roma conocer las diferentes expresiones que en forma sistemática se dieron en torno al proceso y la prueba.

Para conocer el proceso en el Derecho Romano menester es dividirlo en tres estadios, ya que a lo largo de la historia de Roma, no hubo un proceso uniforme; y así tenemos tres grandes períodos, a saber:

El período que se extiende aproximadamente hasta mediados del siglo VI a.C. Suele asociarse con el proceso de las *legis actiones*, al que le sigue luego, aún en el período clásico hasta finales del siglo tercero de nuestra era, el *proceso formulario*, para desembocar finalmente, en el proceso de la *cognito*, correspondiente a la época postclásica de la decadencia del imperio.

En el proceso de las *legis actiones*, éste presenta una característica que determina también el posterior y clásico proceso formulario, y que es la división del procedimiento en dos etapas: *iniure* y *apudiudisem*. En la primera, ambas partes comparecen ante el pretor, y el demandante expone su petición. Si el demandado se opone a ella y el pretor estima dados todos los presupuestos para admitir el procedimiento contencioso, le confiere al demandante la *actio*, siempre que las *leges* lo prevean. Con el otorgamiento de la acción y la institución de la litis se establece el programa procesal, consistente en la afirmación de un derecho discutido por el demandado en cuanto a su causa y contenido. Así terminaba la etapa *iniure*. Para que la sustanciación continuara, se remitía el litigio al *iudes*, quién tenía además que practicar las pruebas de las afirmaciones ya firmes; y luego dictar sentencia. El *iudes* ("Jurado") era un particular al que se le encomendaba la función judicial.

Con el correr del tiempo se produjo un cambio decisivo, porque las pocas *legis actiones* que servían para la realización de las diversas pretensiones, de las cuales sólo se admitían aquellas que pudieran fundarse en la *legis*, dieron lugar a una pluralidad de **fórmulas**, no rígidamente sujetas a la ley, de las cuales

algunas ni siquiera harán referencia a una regla legal, en las que el pretor admitía la acción a su criterio basándose en hechos que acababan de comprobarse. A los cinco rígidos esquemas de las *legis actiones*, se les opuso el esquema variable del proceso formulario. No cambió en tanto la bipartición del procedimiento, porque también en el proceso formulario el Magistrado comunicaba al juez su designación y le daba una fórmula por la cual instruiría acerca de sus funciones. Comenzaba así, aquella parte del procedimiento llamada procedimiento probatorio, en la que la comprobación de los hechos, la relación jurídica misma y el criterio jurídico del magistrado, iban insertos en la fórmula.

Posteriormente y aún estando en vigor el proceso formulario, se fue haciendo camino el proceso de la *cognitio*, bien que en calidad de procedimiento extraordinario. En este proceso clásico, quien pronunciaba la sentencia no eran el *iudex*, sino Magistrados o funcionarios Imperiales. Quiere decir que en este punto se quebró el orden tradicional, aunque se trataba de causas puramente civiles que tendrían que haberse resuelto en el proceso ordinario por juicios de jurados (*ordo iudiciorum privatorum*); tales como fideicomiso, acción alimentaria y recompensa por servicios de alta categoría. Se hizo esto porque se estimó que la fórmula no podía abarcar todos los elementos morales y éticos que había que ponderar para dictar sentencia y que, por lo tanto, ese juicio no podía dejarse a criterio del *iudex*, ordinario. Por eso, el mismo funcionario pronunciaba la sentencia y la dicotomía en las etapas *iniuri* y *apud iudicem*, desapareció.

Con el tiempo, el proceso de la *cognitio* reemplazó enteramente el proceso formulario y pasó a ser la única especie de procedimiento.

Este proceso postclásico presenta notas peculiares que lo distinguen nitidamente del proceso clásico, o sea del proceso *excepcional*, sin embargo, esas peculiaridades se dan en el terreno de los principios procedimentales y de la apreciación de la prueba, donde las estudiaremos con mayor detenimiento.

Ya en el proceso, comprobamos que la *legis actiones* y posteriormente en el formulario, la vigencia de principios procesales que hoy, tras un largo período de postración, se consideran irrenunciables para que el proceso sea justo. Además de la publicidad y de la oralidad, hallamos la inmediatez de la recepción de la prueba y la audición de ambas partes procurarse y exhibir las probanzas. El tribunal no podía exigir las compulsivamente, o sea, que regía el principio de la tramitación.

Distinto es lo que ocurría en el proceso de *cognitio* o libelo, en el cual el predominio de las partes sobre los trámites procedimentales estaba limitado a favor del dominio del juez sobre el proceso. Lo que caracteriza ese proceso son normas de tiempo y de forma; así como tasas onerosas y penalidades por la infracción de normas procesales.

La aportación y elección de las pruebas ya no era cosa de las partes, sino del tribunal. Aunque continuaban rigiendo los principios de inmediatez y de oralidad, se permitían ya más y mayores excepciones; la determinación de la sentencia se apoyaba, muchas veces, en ausencia de las partes, en actas y otros documentos. Podrá admitirse que el principio de audiencia o audición judicial se entendían en el sentido de una facultad concedida a la parte para tomar posición con respecto a todo el material litigioso, y así no se vio tan afectado por el desplazamiento de otros principios afianzadores de justicia. Por cierto que no podemos indaga aquí, si se trataba de un prurito del derecho procesal justinianeo.

Mientras que en la época primitiva del proceso y las *legis actiones* se utilizaban principalmente como medios de prueba, la deposición de las partes, en particular la corroborada por juramento, y la testificación jurada; en el proceso romano clásico y también el postclásico servían de medios de prueba todas las circunstancias personales y reales, fácticas y jurídicas, en las cuales el juez podía apoyar su decisión. Pero también en ellos había determinados medios de prueba que son típicos: las deposiciones de las partes, los testigos, los documentos, la inspección ocular y el perito. Pero junto a ellos se utiliza también, el juramento y los llamados *praejudicia* (precedentes). Más ¿cómo se determina el efecto de esos medios probatorios? ¿cómo se apreciaba la prueba?

1. En cuanto a la época primitiva, se discute si el derecho se determinaba por juicios de Dios o por procedimientos similares en los cuales las cuestiones eran decididas por señales divinas provocadas con tal fin; o si esa determinación estaba sujeta mecánicamente a reglas probatorias fijas. No obstante, en lo que concierne a la época de las XII tablas y a las siguientes, se sabe que la determinación del derecho se atenía a reglas de pruebas establecidas, lo cual excluía la libre apreciación. Quien con ocasión de una requisita domiciliaria resultaba, por ejemplo, estar en posesión de una cosa hurtada, era considerado sin más ni más, culpable de *furtum conceptum*.

Sin embargo, esa situación no tardó mucho en ser superada y en lo que toca al proceso romano clásico puede partirse de la base de que el principio de la libre apreciación de la prueba tenía allí vigencia: el juez tenía entera libertad para decidir cual era el valor probatorio que debía atribuir a los distintos medios. Rige la regla: *apud bonum iudicem argumenta plus quam testes* ( ante el buen juez valen más las razones que los testigos).

En particular:

a) La *deposición de las partes* era apreciada libremente; se discutía inclusive si el juez no quedaba obligado por la confesión (*confesio*) de una de las partes o si podía apreciarla también con libertad. Una excepción a la libre apreciación la constituye el *juramento*. Pero tampoco es seguro hasta qué punto se hizo uso de él. Parece ser cierto que fue empleado como *juramento*

*estimatorio*, mediante el cual el demandante calculaba en cifras el valor de la prestación que se le debía y avalaba por su juramento. Si el demandado rehusaba el pago *dolo malo*, quedando el juez atado a esa suma. Pero es dudoso si había un juramento probatorio sobre la pretensión contenida en la demanda que tuviera efecto vinculante para el juez. Quiere decir que se trataba de una apreciación de la deposición de un litigante, que el derecho vigente en nuestros días no reconoce.

b) *La deposición de un testigo* era el medio de prueba más importante en el proceso formulario, al igual que lo es hoy. No obstante nadie estaba obligado a testificar; quien comparecía ante el tribunal como testigo, lo hacía como "amigo y auxiliar voluntario de la parte". El testigo declaraba solamente sobre aquello que sabía por haberlo oído o visto él mismo; no estaba permitido el testimonio de oídas. Las testificaciones extrajudiciales consignadas en acta, podían ser leídas en juicio si el testigo instrumental daba fe de su autenticidad; pero se consideraban menos fidedignas. Eran capaces para testificar solamente las personas libres, y no los esclavos, pero si las deposiciones del esclavo eran corroboradas mediante la tortura, se empleaban como medios de prueba. No está claro si había normas que disponían que determinados parientes cercanos eran inhábiles para testificar; ni tampoco se sabe si la *lex julia de vi publica et privata* era aplicable al proceso civil. Esa ley excluía el testimonio de los menores de edad y de ciertos infames (condenados por soborno, prostitutas, etc.). Más aún si se supone que esas normas se aplicaban al proceso civil, ello no significaba una falla que pusiera en duda la validez del principio de la libre apreciación de la prueba en Materia Penal.

c) *La inspección ocular* y en particular la *peritación*, no desempeñaban probablemente el papel que tienen hoy, puesto que la vida y el mundo eran más fáciles de conocer. En el caso de la peritación, por lo regular sólo se mencionaba la comprobación de un abrazo efectuado por tres comadronas y también la intervención de un agrimensor en una disputa sobre deslinde de terrenos. Pero como el objeto físico del litigio era generalmente presentado al pretor al comienzo del procedimiento en el procedimiento de las *legis acciones*, ello se hacía en las *acciones in rem*, y en el procedimiento formulario sin esa limitación, y más adelante les cupo también a los litigantes la **responsabilidad de aportar los medios de prueba substanciales**.

d) *Las reglas de experiencia*, que se encontraban también en el proceso romano, pueden considerarse una herramienta característica de toda actividad judicial en cualquier época. Por ellas se deduce, partiendo de un hecho probado, la verdad de otro hecho. Desde el punto de vista de la libertad de la apreciación de la prueba, su aplicación resultaba de cualquier manera inobjetable, porque en el proceso clásico no había una instancia superior que corrigiera la sentencia. Dictada esta, el litigio quedaba resuelto definitivamente. Solo cuando a un juez puede ordenársele que se sirva de determinada regla de experiencia, aunque el no quiera aceptarla, se afecta el principio de la libre apreciación.

2. Totalmente distinta fue la relación entre medios de prueba y verificación de los hechos en el *proceso postclásico de cognición*. La libertad para estimar el valor probatorio de las distintas probanzas fue anulada pieza tras pieza, para dar lugar a un procedimiento normado de valoración. Las reglas correspondientes a los distintos medios de prueba eran:

a) En la *deposición de las partes*, el juramento fue desempeñando un papel cada vez más importante. Podía tratarse de un juramento expuesto por el juez o de uno deferido o referido, con una anuencia del juez, por un litigante al otro. Cumplido el juramento impuesto o deferido, se consideraba probado el tema.

b) Existía ahora una *obligación general de testificar*. El testigo era citado oficialmente y el juez le tomaba declaración. Eran incapaces de testificar, a más de los ya mencionados, los miembros de determinadas sectas, aunque a los herejes y judíos les estaba vedado únicamente testificar contra cristianos, pero eran hábiles para hacerlo en los procesos correligionarios. Constituyeron empero una **novedad las disposiciones sobre el número de testigos necesarios** para probar algo testificalmente. En el año 334 de nuestra era, el Emperador Constantino proclamó el dogma que un solo testigo no era un medio de prueba confiable y que por ende resultaba insuficiente: "*unus testis nullus testis*". A ello se añadió que en determinados supuestos se vino a exigir un número mínimo de testigos. v. gr., cuando era un proceso por alimentos o en una sucesión se discutía el parentesco, eran menester, no habiendo documentos, cinco testigos, y habiéndolos, tres. Se requerían cinco para probar la amortización de una deuda documentada. Este último caso muestra por sí solo, la prevalecía del documento sobre el testigo.

Hay que advertir, sin embargo, que logrado el número, o sea dos testigos por regla y más en los otros casos, ello no hacía prueba automáticamente. Se trataba solo de un presupuesto de admisión de esa prueba, cumplido el cual siempre cabía valorar las deposiciones y la credibilidad de los testigos. No obstante, ya había motivo para lamentar la pérdida de la libre apreciación, aunque todavía no se hubiesen establecido reglas para la prueba testifical. Si el juez no está autorizado para basar su estimación en un número menor que el legalmente preceptuado, si no le está permitido creer a un hombre "que brilla por su honorabilidad sin mácula", por ser él, testigo único, la apreciación de la prueba ha dejado de ser libre.

c) En los esfuerzos por resolver la competencia entre testimonio escrito y testimonio oral, la relación entre testificación y documento, las testificaciones fueron nuevamente rebajadas como medios de prueba al atribuírseles a los documentos una fuerza probatoria mayor que a ellas; inclusive con prescindencia de su género. Si el documento era público, su preeminencia era indiscutible; si era privado, había que cumplir la *impositio fidei*, un complejo procedimiento de examen para comprobar su autenticidad. Siendo positivo el resultado de esa

*impositio fidei*, la autenticidad del documento estaba demostrada y se hacía caso omiso del testimonio oral en contrario. Pero si la *impositio* no lograba su cometido, el documento carecía de valor como medio de prueba y cedía ante la testificación. Esta formación era válida también para los documentos notariales; es decir, los redactados por un escribano profesional de documentos.

En conjunto, la prueba documental tuvo en aquella época una importancia sobresaliente. Aunque es verdad que el valor de los documentos no depende de la edad, de la memoria y de la escrupulosidad y exactitud de los hombres, hay que advertir contra el peligro de sobrestimarlos, sobre todo tratándose de documentos privados.

d) A causa de la presentación masiva de documentos, creció también en importancia el papel de los *peritos* para juzgar de la autenticidad de aquellos. Se ha sostenido que, por la naturaleza del asunto, el juez tendría que conservar siempre alguna medida de libre discreción para apreciar una prueba. Dicho de ese modo tan general, el aserto no es correcto. Antes bien se justificaría afirmar que las conclusiones del perito obligan al juez a causa de la mayor "pericia" de aquel. Sin embargo, la apreciación de la prueba pericial siguió siendo libre, al parecer hasta el periodo postclásico. Como nota de esto hablaremos al final de este ensayo.

e) La *inspección ocular* desempeño seguramente en esa época de inflación de documentos que debían exhibirse, un papel que no podía regularse de antemano.

f) En síntesis, en lo que toca al periodo postclásico, se puede admitir que no hubo una teoría de pruebas legales en el sentido de que el valor probatorio de un medio estuviese determinado de antemano de un modo abstracto y general, sin que le cupiera al juez alguna valoración en su juzgamiento. Pero tampoco puede sostenerse que rigiera el principio de la libre apreciación de la prueba; son demasiados los fundamentos de la decisión que se sustraerían al juicio del juez. El juramento de parte con fuerza vinculante; la radical aversión a la prueba testifical que se manifiesta en la fórmula *unus testis*; la preponderancia de la prueba documental; la no admisión de posibles testigos. Todo esto no responde a nuestro concepto de libertad de apreciación de la prueba. A ello se añade el progresivo abandono de los principios procesales, sin los cuales no es posible apreciar las pruebas libremente, aún faltando por completo normas sobre el valor de estas; me refiero a los principios de oralidad y de inmediatez de la recepción de la prueba. Recordemos una vez más que la estrecha relación de la libertad de apreciación de la prueba está salvaguardada no sólo cuando se pueden apreciar libremente los medios de prueba admitidos, sino también cuando las probanzas tienen que ser examinadas en debate oral y ante el tribunal juzgador. Además, un medio de prueba posible que se utilice no puede ser descartado de antemano.

La jurisdicción penal en cambio, era una rama autónoma, totalmente

desarrollada. Aunque sabemos poco sobre el procedimiento penal de los albores de la República, disponemos de conocimientos seguros sobre el proceso criminal de la época clásica.

1. *Objeto del proceso penal.*- La línea divisoria del derecho civil y el derecho penal tenía en Roma un trazado distinto del que rige hoy entre nosotros, porque en el derecho romano una parte de lo que hoy incluimos en el derecho penal material, pertenecía al derecho privado bajo la forma de los *delicta privata*; el robo, el hurto, la injuria eran perseguidos por el damnificado mediante la acción privada (tal vez por azotes).

2. *Procedimiento.*- Si se daba un caso que fuera relevante para el derecho penal material romano, había que determinar cuál de los posibles tribunales y procedimientos criminales era el competente: uno de ellos era el *procedimiento penal comicial*, en el cual el magistrado actuaba de acusador y al mismo tiempo dirigía el debate y la sentencia era dictada por la asamblea popular organizada ( los comicios canturriados o los comicios de tribus), mediante votación al igual que en las elecciones o en las propuestas de leyes. Este procedimiento dejó de ser relevante en la práctica mas o menos a partir de Sila (70 años. a de C.).

Gran importancia llegaron a tener en cambio, en la época clásica, los tribunales por jurados, las *quaestiones perpetuae*. El cuerpo de jurados solía consistir en 40 a 70 miembros, y era presidido por un pretor o por un magistrado de menor jerarquía. Regía el principio de la acusación privada; al presidente le incumbía simplemente dirigir el debate y proclamar la sentencia que los jurados dictaban.

Los hechos delictivos cometidos por esclavos o por personas libres de estado inferior eran juzgados por *triumviri capitales*, el grado más bajo de los magistrados romanos. En la época imperial esas tareas fueron asumidas por el *praefectus urbi* y por el *praefectus vigilum*. Asimismo sustanciaba según ese sistema, el tribunal del lugarteniente en la provincia. También aquí la regla era la acusación privada, aunque en los procedimientos ventilados ante los *praefecti urbi et vigilum*, en particular, los magistrados sustanciaban y juzgaban también faltando el acusador.

El magistrado era apoyado por un *consilium*, que en Roma era integrado probablemente por senadores y en el que la elección de los vocales era facultad del magistrado. Se discute si este podía sentenciar según su convicción personal o si tenía que pronunciar la sentencia que dictaba el *consilium*, como ocurría en el proceso de las *quaestiones*, de modo que la decisión sobre la culpabilidad o no culpabilidad le competía al consilium. No podemos detenernos a analizar esta cuestión, pero séanos permitido señalar que es mucho lo que puede decirse a favor de la versión que propugna Kunkel.



3. *Principios procesales.* a) La *publicidad* del proceso penal fue por lo menos hasta mediados del siglo II (d. de C.) un elemento sustancial del procedimiento. Sólo en público pudieron desplegarse por entero los talentos retóricos de un Cicerón. Sólo en la época del principado, en tribunal senatorial (competente sobre todo cuando era senador el mismo acusado) excluyó en principio, la publicidad; y también el tribunal imperial en el cual el emperador mismo actuaba de juez en causas penales y civiles sesionaba cada vez más en forma no pública.

b) La *oralidad* del debate y la *inmediatez* de la recepción de la prueba estaban hasta el punto asociadas al principio de la *audiencia judicial*, que los interrogatorios duraban a menudo varios días; las mismas leyes determinaban el tiempo que podían hablar acusadores, acusados y abogados, y parecía que las horas concedidas a la defensa eran siempre una vez y media más que las horas fijadas para la acusación. Sólo en el procedimiento ante magistrado y en el imperial la posición del presidente era al parecer más fuerte, en cuanto podía fijar la duración de las intervenciones a su arbitrio.

c) La *acusación privada* era la regla en el proceso penal clásico; sólo compareciendo un acusador (que no fuese al mismo tiempo juez) había lugar a un procedimiento penal.

Quiere decir que, a diferencia del concepto actual, la intervención del Estado se hacía depender, aún en caso de conducta criminal, de la acción de un particular que se declara dispuesto a desempeñar el "difícil y odioso oficio de fiscal". Solo en la época del principado llegó a crearse un procedimiento de *cognición de oficio*, en el que el magistrado llevaba a cabo un procedimiento penal. En la época tardía se admiten sin excepción tanto la *acusatio* como la *cognitio*, aunque se daba preferencia a la primera.

4. *Medios de prueba y apreciación de la prueba.* En lo que atañe a los medios de prueba empleados en el procedimiento penal, solo nos resta detenemos algo, en las deposiciones del acusado y de los testigos, ya que, en cuanto a lo demás, podemos remitirnos a lo dicho en el proceso civil.

a) Tanto para el proceso clásico como para el posterior regla el principio de la libre apreciación de la prueba. De esa manera, la *confesión* del acusado era por cierto importante, pero no obligada por sí sola al juez, como ocurría en el proceso civil. En la época republicana, un hombre libre no podía ser obligado a declarar, pero al comenzar la era del principado vino a contemplarse también la posibilidad de someter a tortura a un hombre libre, acusado de un crimen, principalmente cuando era de lesa majestad. La decadencia política se proyectaba ahora también en el derecho procesal.

b) En lo atinente a la *testificación*, volvemos a remitirnos a las prohibiciones relativas y absolutas de testificar. Me parece éste un punto

importante para determinar si la apreciación de la prueba en un proceso era o no libre. Los ascendientes y descendientes no eran *testhábiles*, como tampoco lo eran por un lado, el *patronus* y el *filius*; por otro, los libertos, ni tampoco el abogado o el acusado. Esto es discutido en cuanto al proceso civil, más no en lo que se refiere al proceso penal. A ello hay que añadir la inhabilidad absoluta para testificar de los esclavos, de los condenados criminalmente y de otros "individuos difamados" por diversas causas. En total, el círculo de los testigos posibles era bastante restringido, lo que no contradice con el deber general, válido en principio, a declarar en juicio.

Se discute si la regla "*unus testis*" rigió también el proceso penal de épocas posteriores. En caso de que la regla hubiese comprendido también el procedimiento penal, cabe formular los mismos repasos hechos en el caso del proceso civil; y habría que lamentar también, en cuanto al proceso penal, el fin de la libre apreciación de la prueba a partir de ese momento.

Mientras que en los comienzos del Estado romano parecía regir aún un derecho probatorio primitivo, la época clásica se nos presenta como un caso de justicia ejemplar: tanto en el proceso civil como en el penal rige el principio de la libre apreciación de la prueba; un procedimiento público y oral, la inmediatez de la apreciación de la prueba y la garantía de que se escuchará a ambas partes, afianzan al máximo el logro de la meta procesal, que es la averiguación, el descubrimiento de la verdad. El hecho de que, a la luz de nuestras ideas actuales, el cuadro presente también una que otra sombra, como la limitación del círculo de los testigos, no llega a alterar la impresión general, sobre todo teniendo en cuenta los derechos mucho más primitivos de los pueblos vecinos.

La decadencia de esta época de florecimiento se torna especialmente patente por la regla del "*unus testis*"; pero también demuestran la decadencia, la abolición, que corren parejas con el surgimiento de esa regla, de importantes reglas procedimentales, como son la oralidad y la inmediatez. Y la aparición de la tortura preanuncia ya el nefasto camino que el derecho siguió posteriormente.

Como corolario de esta exposición de carácter histórico evolutivo bien podemos decir que así como sostuvimos en su oportunidad, que la Prueba es el alma del proceso, La valoración de éstas resulta ser la conciencia y la espiritualización del proceso para cumplir con la teleología del derecho que en síntesis es la justicia y la seguridad jurídica.

**SISTEMAS DE VALORACIÓN.** Si hemos de convenir que el resultado de la prueba debe considerarse como la contribución de un objeto de prueba o de un medio de prueba que puede surgir a favor o en contra de la demostración de una verdad de hecho o jurídica, que pertenece al proceso o que influye el él, hemos de aceptar por tanto, que éste resultado implica, por consiguiente, un juicio de valoración.

Doctrinariamente hablando, y dentro de los conceptos de evolución histórica que antes hemos expuesto, advertimos que de origen, en la antigüedad hubo un régimen probatorio en el que las pruebas tienen un carácter estrictamente formado, como ocurría, por ejemplo, en el derecho Germánico, con las ordalías; en otros derechos el famoso llamado Juicio de Dios; el juramento purgatorio etc. Y por otro lado los sistemas más evolucionados en los que se permite y se apunta hacia la valoración o apreciación de un resultado de la prueba, para que así aunque sea dentro de ciertos límites, la prueba pueda apreciarse en su estructura íntima y sustancial.

Para nuestro estudio, las pruebas estrictamente formales, por sustraerse por completo a cualquier apreciación de su efectiva relevancia sustancial, quedan fuera de nuestro contexto; lo que nos abre el camino para estudiar los sistemas que según ciertas reglas, autorizan la apreciación de la prueba.

Siguiendo los postulados formulados por Florián diremos que, como las pruebas se recogen en el proceso con el fin práctico de suministrar el material para la sentencia, esto es, para resolver el interrogante de si el hecho concreto, objeto de la imputación, realiza la incriminación abstracta y específica de la ley, de ello se sigue que este material se encuentra materialmente sometido a la apreciación de las partes y del juez.

No obstante, mientras las partes aprecian las pruebas con el fin de discutir y justificar sus respectivas tesis, el juez, en cambio, hace esa apreciación con miras a la sentencia. Por este motivo, sólo la apreciación del juez tiene importancia jurídica y decisiva para los fines del proceso. La apreciación judicial de las pruebas debe considerarse, ante todo, en relación con la ley y luego en relación con las partes.<sup>78</sup>

En términos generales se puede decir que ya en el campo propio de la valoración de las pruebas, existen dos sistemas fundamentales, a saber: el tasado o legal, y el de la libre apreciación de la prueba.

En el primero de los sistemas referidos, la investigación se concreta en la determinación de las facultades que la ley le confiere al juez para la apreciación de las pruebas; consiste esto en ver la injerencia de la ley para darles valor a las pruebas, y de los límites que en algunos casos pone la ley a la libertad del juez en su tarea de apreciación. Aquí, como dice Florián, debe responderse a éstas preguntas: ¿Quién ha de juzgar el resultado de las pruebas? ¿Juzgará la ley anticipadamente o juzgará el juez *a posteriori*, en el caso concreto?. En otras palabras, debe establecerse si ha de tener valor el juicio apriorístico y preestablecido de la ley, o el juicio concreto y relativo del juez. En realidad, aquí se trata de saber cómo puede formar el juez su propio convencimiento acerca de la existencia o inexistencia de un hecho. Las que comúnmente se llaman Teoría

<sup>78</sup> Eugenio Florián ob. P.p.301,302

de la Prueba no versan, en realidad, sobre otro objeto sino sobre éste.<sup>77</sup>

Como vemos, no hay más que dos métodos fundamentales para la apreciación de la prueba; uno, con la intervención de la ley en el sentido de que ésta aprecia y estima previamente las pruebas, y de este modo fija las reglas para la formación del convencimiento del juez, y en este caso impera, no la lógica común, sino la que ha sido definida como lógica oficial y prestada. Y por otra parte, se tiene el sistema en el cual se ha conferido potestad al juez para determinar sobre las pruebas, de modo libre el propio convencimiento; esto es, para definir por sí mismo el valor de ellas.

Al primero de los sistemas mencionados, se le denomina teoría legal de las pruebas, sistema de la prueba tasada, estimación legal de las pruebas, certeza legal, etc.; al segundo, se le reconoce como el sistema o método de libre convencimiento, o libre apreciación de las pruebas; de la certeza moral, de la convicción íntima etc. Se dice que al libre convencimiento corresponde la teoría material de las pruebas, en contraposición de la teoría formal de las pruebas. A la certeza moral del hombre se enfrenta la certeza moral de la ley. Hemos visto, a lo largo de la historia reciente que éstos dos sistemas fundamentales, no guardan siempre su carácter absoluto y originario, sino que de alguna manera pueden combinarse formando la denominada certeza legal impropia.

Según ya se ha observado, históricamente el método de las pruebas legales, que se hizo posible por la decadencia o desaparición del juez popular, se consideró como una exigencia del proceso inquisitorio, puesto que concediéndosele en este proceso al juez todo poder de iniciativa, de investigación y de decisión, y quedando el acusado desprovisto de su propia defensa, el legislador intervino para limitar los poderes del juez en el momento culminante, en el cual éste debía proceder a absolver o condenar, tomando como base los resultados obtenidos en su propia investigación. Por ello, éste método, antes que una coerción de la conciencia del juez, se interpretó como una eficaz defensa del acusado frente al juez y también como un poderoso auxilio prestado al juez, el auxilio de una experiencia amplia y profunda, de una experiencia secular y colectiva, de una experiencia, por decirlo así codificada. Por este motivo, en tiempos no muy lejanos en que todavía se manifestaba cierto espíritu de reforma, la estimación legal de la prueba fue defendida y preferida por algunos autores, al paso que la teoría del libre convencimientos encontraba dificultades y resistencias.

El método de la prueba legal se manifestó en formas muy variadas; pero la intervención de la ley se podía manifestar en dos formas fundamentales:

Positivamente, dentro de la teoría de la prueba legal positiva; y negativamente, en el marco de la teoría de la prueba legal negativa. En el primer

<sup>77</sup> Eugenio Florián, Ob. P.p.302

caso, la ley prescribe que, una vez verificados ciertos presupuestos, indicados por ella, determinado hecho debe considerarse como cierto por el juez, aunque él no esté convencido de ello; en el segundo caso, la ley le prohíbe al juez considerar como verdadero un hecho, si no se tiene cierta prueba mínima que ella misma establece.

Naturalmente, a la apreciación previa de la eficacia de la prueba debía escapar el resultado efectivo de los elementos probatorios recogidos, ya que la ley no podía deducir sus criterios y sus cánones si no elementos extrínsecos, como el modo, la construcción, la manifestación de cada uno de los medios de prueba, y graduar su eficacia según el curso de las circunstancias externas. En suma, ante el tribunal según este método, no podía presentarse como eficaz sino el contenido material de la prueba. De aquí nació una tarifa nueva, la tarifa legal de las pruebas. Empero, éste método obstaculizaba el desenvolvimiento del proceso inquisitorio, dentro del cual no obstante había nacido, restándole poder a su principio fundamental y animador, esto es, a la facultad autónoma del juez en la investigación de los hechos y en la comprobación de la verdad, despojándolo, en esa forma, de lo que podía tener de bueno y, hasta puede decirse, privándolo de su esencia. Por esta razón el proceso inquisitorio lleva en sí mismo un germen, un factor inexorable de destrucción y de decadencia.

Es por ello que el sistema de las pruebas legales no puede subsistir sino en la medida en que la ley lo proclame como fórmula expresa.

Naturalmente, las pruebas legales no deben confundirse con las pruebas formales, puesto que éstas últimas lo son porque la ley lo dice, pero no son pruebas legales porque éstas suponen una apreciación del contenido de las pruebas, no importa que sea hecha de una vez para siempre por la ley y no en cada caso por el juez, mientras que en relación con las primeras no se tiene en cuenta sino su exterioridad, su resultado material.

Nos toca detenernos en el sistema del libre convencimiento, es decir el método de la certeza moral. El método de libre convencimiento elaborado por el juez según su propio criterio, es el método que corresponde a una estructura del proceso que con el auxilio de garantías para las partes, repudia la desconfianza y las limitaciones previas de la ley. Este método nace históricamente, cuando surge el proceso acusatorio y cuando cae en desuso la forma inquisitoria.

Los derechos procesales atribuidos a las partes, dentro del debate contradictorio, hicieron que cayera la intervención de la ley; las limitaciones y el control del juez en el campo de la prueba surgieron entonces de la nueva forma del proceso.

Con base en el método del libre convencimiento, el juez debe examinar y apreciar las pruebas de conformidad con su raciocinio y su conciencia; aquí los medios de prueba tienen por lo general, un contenido material.

Como la formación del convencimiento del juez sobre el material de las pruebas, sin que la ley le ponga trabas y determinaciones *a priori*, éste sistema constituye un método natural y humano y, por tanto, es claro que tal método, para ser aplicado, no necesita de formulación expresa.

En mérito de lo anterior, fácilmente se comprende que el sistema del libre convencimiento, al contraponerse al sistema de las pruebas legales, vinculado a los funestos recuerdos del proceso inquisitorio, adquiriera en el proceso moderno, dentro de la impetuosa insurrección de la conciencia contra el dogma, un predominio casi exclusivo; pero una vez establecido firmemente su criterio fundamental, su aplicación debe ser sometida a acierta revisión, de conformidad con estructuras y exigencias nuevas que pueden manifestarse en el proceso penal. No es conveniente, pues, hacer del libre convencimiento, como método de apreciación de las pruebas, un principio intangible, un inmodificable prejuicio de sistema o de escuela. Por el contrario, debe coordinarse con los fines del proceso; y como en éste se trata de obtener que la apreciación de las pruebas se haga con arreglo a la verdad, que la fuerza de la prueba opere en forma completa, sin disminuciones y sin estar alterada por factores extraños a ella, es a todas luces evidente que el sistema del libre convencimiento debe admitirse sólo en cuanto contribuya efectivamente a obtener los fines del proceso y en cuanto pueda en realidad emplearse con utilidad y dar buenos frutos.

En conclusión creemos, que no solo se puede y hasta se debe indicar en la ley los medios de prueba, en una forma enunciativa, y trazar las formas de esos medios, sin que esto contraste con el método del libre convencimiento; sino que igualmente, puede afirmarse que no repugna a éste método el que en la ley se señalen algunos criterios orientadores, el que se suministre al juez algunas instrucciones para el cumplimiento de su tarea de examinar y analizar las pruebas, y el que se indique la importancia que algunas pruebas deben tener para el juez y el mínimo de prueba que se requiere para ciertos actos. Indiscutiblemente, la libertad del convencimiento no puede nunca degenerar en una facultad ilimitada de apreciación, sometida a un criterio personal, ya que la Ley no quiere nunca autorizar juicios arbitrarios o caprichosos.

El método del libre convencimiento no puede llevar pues, a la anarquía en la estimación de la prueba.

**LA LEGISLACIÓN MEXICANA.** En el plano legislativo, bien podemos decir que en México para la valoración de la prueba se a adaptado de alguna manera a un sistema mixto, es decir, un sistema tasado para la valoración de ciertas pruebas; y el sistema de libre apreciación de la prueba o certeza moral.

Efectivamente, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 290, revela una fuerte orientación hacia el sistema de la libre apreciación de la prueba cuando estatuye: "Los tribunales, en sus resoluciones, expondrán los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la

prueba". Por otro lado, también vemos que está presente el sistema tasado en los artículos 279 y siguientes, en cuanto a que; fijan reglas para calificar el valor de la confesión; le imprime valor indiscutible a los documentos públicos y estima como prueba plena la inspección. Y con gran acierto legislativo, este cuerpo normativo en su artículo 285 proclama que "Todos los demás medios de prueba o de investigación, incluyendo la confesión, constituyen **meros indicios**". Colocando a éstos últimos en el Capítulo de Valoración Jurídica de la Prueba.

Por lo que hace a la legislación local del Distrito Federal, vemos que, lamentablemente, se acusa en ella una velada intención de implantar el Sistema Legal para la valoración de las pruebas, ya que en su artículo 246, introduciendo impropriamente al Ministerio Público, prescribe que tanto éste como la autoridad judicial apreciarán las pruebas con **sujeción** a las reglas de éste Capítulo". Y, luego, en forma por demás impropia, en su artículo 247 previene: "En caso de duda debe absolverse"; para agregar en ese mismo articulado qué: "No podrá condenarse a un acusado , sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa".

En el artículo que sigue, 248, introduce las reglas contenidas en la legislación con respecto de la Carga de la Prueba, tema del que ya nos hemos ocupado.

Finalmente, en los artículos que siguen en forma tasada establece las formas o tarifas para la valoración de las pruebas.

En síntesis, podemos decir que el código local adolece de fallas que deben superarse y el defecto de no establecer expresamente el sistema de libre apreciación de la prueba debe ser corregido adecuadamente para acceder como lo dijimos al referimos al marco doctrinal, al fin último del proceso, que es conocer la verdad y hacer justicia.

## CAPITULO TERCERO

### DE LAS PRUEBAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA, EN BASE A LA FRACCIÓN X DEL NUEVO ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.

#### 3.1.- Presentación del tema. Importancia y consecuencias jurídicas.

Echando un vistazo al panorama general de la historia reciente, vemos cómo a partir de la Revolución Francesa, al analizarse los problemas más agobiantes de la sociedad emergente, se puso el acento en la igualdad y la libertad de los hombres y de la sociedad en general; esto se tradujo en la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la convención el 26 de agosto de 1789 y que constituyó el lema de la Revolución que además dejó sentir su influjo en los demás países del orbe, puesto que al poco tiempo, los Estados Unidos de Norteamérica proclamará en 1791, la Declaración de Derechos, conocida como *Bill of riges*, que se constituye por las primeras diez Enmiendas a su Constitución.

No podemos olvidar que ya antes se habían hecho esfuerzos por mejorar las condiciones del reo y del ciudadano en general; tales fueron los famosos Fueros de Aragón y la propia Carta Magna Inglesa de 1215. Los primeros, los Fueros de Aragón, sirvieron en Materia Procesal Penal, únicamente para poner remedio a las detenciones ilegales; pero por tratarse de algo tan local y en un pequeño reinado medieval, desaparecieron sin dejar rastros vigorosos. En cuanto a la Carta Magna Inglesa, si bien es cierto que omitía mencionar la mayor parte de los derechos humanos, hoy por todos aceptados, y que no era un documento democrático, en cuanto otorgaba derechos únicamente a los miembros de la aristocracia inglesa, a los barones que habían arrancado su firma al rey Juan, en las praderas de Runnymede, también lo es que constituyó la semilla de la evolución del derecho inglés, el cual en su momento, serviría de modelo tanto a la Declaración de Derechos francesa como a la norteamericana. Ello justifica que el nombre de Carta Magna sea indispensable para hablar de libertad. Pero es a éstas dos declaraciones, la francesa y la inglesa a quien les corresponde el mérito de haber hecho una detallada enumeración de derechos; de haber reconocido tales derechos a todos los hombres y de haber servido de ejemplo a otros países, quienes, primero individualmente, en sus legislaciones internas y, posteriormente, en declaraciones, pactos y tratados internacionales, han consagrado el reconocimiento y respeto universal de los derechos del hombre.

La Declaración francesa, elaborada en un plano de mayor altura filosófica y de mayor pragmatismo que la norteamericana, se ocupa de los derechos del procesado penal tan solo en dos de sus diecisiete artículos. En el 7º dispone que: "Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido más que en los casos determinados por la ley, y según las formas prescritas por ella". En el 9º, establece el principio de que: "Se presume que todo hombre es inocente hasta



que haya sido declarado culpable" ("Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable").

Justo es reconocer que ya para entonces en Italia se habían sembrado las primeras larvas de ésta nueva tendencia; el ejemplo mas claro lo tenemos con el Código Leopoldino de 1786, promulgado por el Rey de la Toscana, Pedro Leopoldo quién se inspiró en la fulgurante y genial obra del ilustre milanés Cesar Bonessana, Marqués de Becharia cuyo "Tratado de los Delitos y las Penas" apareció en 1764, y que al llegar a manos de Voltaire, éste lo tradujo al francés y le dio el gran impulso para que las ideas de Becharia irradian al continente, sentándose las bases de una nueva visión para los derechos de los reos o indiciados en las causas de orden criminal.

México no se podía quedar atrás, y a pesar de su incipiente estado de nación independiente, en la Constitución de Apatzingán, del 22 de octubre de 1814, en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, en su artículo 30 dispone: "Todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declare culpable"; así mismo, se asoman algunas reglas para salvaguardar los intereses ciudadanos, en los casos de incriminación; y así vemos en sus artículos 19, que dice: "la ley debe ser igual para todos..."; el artículo 21 que textualmente reza: "Solo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano" y, finalmente, el artículo 28 que a la letra dice: "Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley" . Este Decreto dictado en plena guerra de independencia realmente nunca estuvo en vigor; pero sí fue una guía importante para los posteriores intentos legislativos.

Ya en el Constituyente de 1857, se dejan ver las claras intenciones de un México nuevo que se orienta para garantizar los derechos fundamentales del hombre. Así tenemos que en el artículo 1º, En el título I, sección I, De Los Derechos del Hombre, postula: "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución". El artículo 20 ya contenía las garantías que fueron recogidas con posterioridad por la Constitución de diecisiete. Así mismo ya se contemplan las garantías que se reproducen en nuestro actual ordenamiento Constitucional, contenidas en los artículos 14, 16, 19, 20, 22, 23 y 24. Se establecen claramente los derechos y garantías que tiene todo reo en una causa criminal. Sin embargo, aún era precoz pensar que dichas garantías se pudieran hacer del todo efectivas, y menos para todos; piénsese que en ese siglo, hartó convulsionado, apenas unos cuantos de los habitantes de éste país podía jactarse de ser auténticamente ciudadanos.

Para desgracia nuestra, la dictadura de Díaz se prolongó por más de cinco lustros; y durante ella, los derechos ciudadanos estuvieron casi ausentes y esto

debido a su (por muchos aplaudido), lema "Orden y buen Gobierno", que lo que escondía era más bien un sistema harto autoritario y, como siempre, donde más se deja sentir es en el Sistema Represivo Penal; basta para ello recordar el caso de nueve ciudadanos en Veracruz, a quienes en 1879, el Gobernador a la sazón Miér y Terán, sacó a rastras de sus camas y sin someterlo siquiera a un simulacro de juicio, alineó ante una pared y los fusiló, en cumplimiento de la bárbara orden telegráfica del General Presidente Porfirio Díaz, de "Mátalos en caliente".

No fue sino hasta el triunfo de la Revolución, cuando el constituyente de 1917 volvió su mirada a éste ingente problema social y, como ya lo dijimos en el capítulo primero, se hicieron las innovaciones, y no reformas, a los artículos 14,16,19,20 y 21 de la Carta Fundamental, a efecto de ofrecer más garantías al ciudadano, incluyendo desde luego en esta visión, al reo en las causas criminales.

Como lo hemos referido a lo largo de éste trabajo, el primer y gran paso que se dio en el ámbito criminal fue que se separó de tajo, la labor de investigación y persecución de los delitos, de la función jurisdiccional, para que aquella, la realizara en forma exclusiva, el Ministerio Público; y la función jurisdiccional se dejara a cargo del juez, aboliéndose así la funesta figura del Juez de Instrucción. Sin embargo hemos visto que lamentablemente pareciera que lo único que se hizo fue cambiar de nombre y en lugar del Juez de Instrucción se instaurara un Ministerio Público con atribuciones casi omnímodas que tiene la facultad de decidir "a quien sí y a quien no", se procesa, lo que en todo caso podría valer siempre y cuando el Ministerio Público guardará una verdadera y total independencia al Ejecutivo; y su nombramiento, en particular el del Procurador, fuera el fruto de una selección de temas propuestas por los ciudadanos, a través de los Colegios o Barras de Abogados; propuestas también hechas incluso por el Ejecutivo; y que su selección se hiciera a través de un proceso democrático, de insaculación, con ratificación del Senado de la República o del propio Congreso de la Unión; por periodos de cinco a diez años y con carácter de inamovible.

Sin embargo, la situación que priva en nuestra legislación no es ésta; y nos enfrentamos con una realidad que supera por mucho, nuestras buenas intenciones. Al mismo tiempo estamos viendo por otro lado, que las legislaciones del orbe se apuran por mejorar los derechos ciudadanos en las causas criminales. Así vemos "La declaración Universal de los Derechos del Hombre" proclamada por la Organización de las Naciones Unidas, en París, el 10 de diciembre de 1948; también tenemos la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981; así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo del mismo año de 1981; documentos todos que con base en el artículo 133 de nuestra Constitución vigente, son Ley Suprema de toda la Unión; pero que no se ven cristalizados adecuadamente ni en la misma Carta Fundamental ni en la legislación secundaria, puesto que no basta con

trasladar las garantías que tiene el procesado para que las tenga el indiciado dentro de la averiguación, pues no se trata de hacer de la averiguación un micro-proceso, que lejos de darnos seguridad jurídica lo que hace es desfigurar y alterar la naturaleza y esencia de estas dos importantes y muy diferenciadas instituciones, como es la Averiguación Previa y el Proceso.

El derecho genérico de defensa comprende, a más del derecho de tener Defensor, otros; ente los cuales figuran el derecho de ser informado de la acusación; y el derecho a ofrecer pruebas etc. La Constitución consagra este último en la fracción V de su artículo 20, que dispone: "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso". El párrafo cuarto de la fracción X del artículo 20 constitucional, y del cual nos ocupamos, viene ahora a extender la garantía probatoria a la Averiguación Previa.

Esta reforma encuentra su antecedente inmediato en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, conforme a su texto reformado por Decreto del 16 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de 27 del mismo mes y año; según el cual, en la parte conducente decía: "El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor oportunamente aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponda, en el acto de consignación o de liberación del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el pleno desahogo de pruebas de la defensa, se reservaran los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial y el Ministerio Público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para el ejercicio de la acción".

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

Hoy, cuando la reforma constitucional en su fracción X, hace aplicable la fracción V a la Averiguación Previa, estamos obligados a preguntarnos si ello exige conceder a la defensa un plazo probatorio y el auxilio del Ministerio Público para el desahogo de sus pruebas.

Conceder al indiciado el pleno derecho de defensa durante la Averiguación Previa, permitirle que ofrezca y desahogue pruebas; otorgarle para ese fin un

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

Nosotros pensamos que esto no puede ser, y el derecho concedido al indiciado de ofrecer pruebas durante la Averiguación Previa no debe impedir al Ministerio Público a ejercer la acción penal, tan pronto como reúna los elementos suficientes para hacerlo.

Tampoco debemos imponer al Representante Social la función de auxiliador de la defensa, por cuanto ello sería esencialmente opuesto a la función persecutoria del delito que le está encomendada.

**Importancia y consecuencias jurídicas.** La importancia del tema salta a la vista, es incontestable que los ciudadanos en general tengan aseguradas un mínimo de garantías que preserven la seguridad y paz de todos los miembros de la sociedad. Hemos escuchado con frecuencia que muchos delincuentes altamente peligrosos se encuentran libres por deficiencias en la averiguación; pero también con mucha y mas frecuencia escuchamos que muchas personas se encuentran sujetas a proceso en forma por demás injusta y arbitraria, y a las que se les dice al final de una detención preventiva más o menos larga " Usted disculpe", queda en absoluta libertad.

Yo considero que la solución del problema apunta más hacia una adecuada Política Criminal que hacia reformas legales aún de corte constitucional que se traducen o se viven como letra muerta; ya que el hecho de introducir en la reforma constitucional que nos ocupa el derecho del indiciado a "Ofrecer pruebas", lejos de ser beneficioso, las consecuencias jurídicas son adversas, toda vez que se hace creer que en esa instancia preparatoria de la acción, se va a llevar a acabo todo un procedimiento que implica el ofrecimiento y el desahogo de pruebas, lo que nos llevaría a concebir que con tal reforma se instaura abierta y efectivamente el famoso Juez de Instrucción del Porfiriato, que se hacía allegar las pruebas, las desahogaba y resolvía, consolidando las figuras de juez y parte; lo que a todas luces implica un retroceso de nefastas consecuencias jurídicas.

### 3.2.- Situación jurídica antes de la reforma.

La filosofía que inspirara y orientara nuestra política Jurídico-criminal, en esencia no ha variado con respecto al concepto del *Ius Puniendi*, reconocido por el Estado Mexicano en los términos de su definición ideológica contenida en la

Constitución Política federal con todo el acervo cultural e histórico que implica. La política de la justicia penal que la enmarca es auto constatación ideológica y simbólica del Estado. El Estado mexicano se auto constata en los términos de su definición constitucional recogida en las decisiones políticas fundamentales de la democracia, la república, el federalismo, la representación y la división de poderes, sobre la base de la **soberanía del pueblo**; "(el más importante fundamento que reconoce la Constitución) a partir del cual se reconoce al individuo como fin en sí mismo, en su dimensión individual y social, que implica el fundamento primario del reconocimiento constitucional a los derechos humanos.

A partir de estos conceptos, el Estado mexicano legitima su función punitiva y las características del sistema de la justicia penal, y plantea también, la base sobre la que ha de constituir invariablemente, las alternativas y opciones de las nuevas respuestas sociales que corresponde reflejar al orden jurídico y, concretamente, al jurídico penal. En consecuencia, una reforma legal, para ser legítima, debe aparecer congruente y armoniosa con las características del sistema jurídico-político en que el Estado se conoce y se reconoce, a través, precisamente, de su definición en el *Ius Puniendi*. Toda reforma jurídica penal tiene que aparecer definida y delimitada por los valores fundamentales expuestos.

En síntesis, la orientación de la política penal del Estado mexicano, en cuanto a estado de derecho democrático y liberal que reconoce al individuo en su dimensión individual y social, filosofía que se recoge en la ideología constitucional del *Ius Puniendi*, se concreta en pugnar por la eficacia del sistema de la justicia penal, en relación con los objetivos de seguridad jurídica, de respeto a los derechos humanos y de mejor protección a los bienes jurídicos. En función de esto, una propuesta de reforma penal será congruente y procedente, en la medida en que traduzca primero, una mayor protección a la persona sujeta a un procedimiento, desde el momento de su detención hasta que recupere su libertad y durante la secuela de los procedimientos; en segundo lugar, se marque un claro respeto a la libertad individual, limitando la prisión preventiva a los casos estrictamente necesarios, procurando en todo caso buscar soluciones alternativas.

Hasta antes de la reforma, las innovaciones legislativas se habían hecho únicamente en el ámbito secundario, teniendo como referencia las de 1983 y 1984, promovidas por el entonces Procurador General de la República el maestro Sergio García Ramírez, bajo cuya dirección se realizaron los estudios y se promovieron anteproyectos de modificaciones a los Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; así como al Código Federal de Procedimientos Penales. A este impulso de renovación legislativa, le siguieron los estudios y anteproyectos impulsados por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que se convirtieron en reformas a los citados ordenamientos en los años de 1991 y 1992. Sin embargo y pese a todo, en ninguna de todas éstas reformas se había dado un paso tan complejo como el que ahora se analiza, en

dónde sin perder de vista el equilibrio que debe prevalecer entre la persecución de los delitos y las garantías ciudadanas, se ponga en riesgo la separación de poderes y se propicie una mezcla de funciones y atribuciones que pudieran atentar contra el sistema penal. La situación antes de la reforma pudiera decirse que tenía intranquila y hasta incómoda a la sociedad, pero ello no tanto porque en el plano legislativo no estuvieran claras las garantías ciudadanas, sino porque éstas eran letra muerta; y la prepotencia y abyección del Ministerio Público frente al Ejecutivo se tornaron escandalosas, dando puerta abierta al abuso, la injusticia y la arbitrariedad.

### **3.3. Problemas y soluciones. Justicia Penal. .**

Como ya lo consideramos en la introducción de este trabajo, el Estado mexicano y en particular el sistema de justicia penal se encuentra en medio de dos polaridades, una la demanda creciente de la sociedad para que no queden impunes los delitos cometidos en agravio de los ciudadanos y, por la otra, el evitar los abusos que van desde detenciones injustificadas por meras sospechas, hasta la privación de los más elementales derechos de defensa. La solución apunta a una mejor planeada justicia penal que no se concrete a la función meramente represiva del Estado, sino que se aboque a un programa integral de prevención del delito, acudiendo a los factores criminógenos que para todos son conocidos; empezando por la ignorancia, la insalubridad, la alta concentración urbana y la falta de empleo. De ahí que la aspiración de justicia penal no se limite únicamente a los esquemas legales tanto sustantivos como adjetivos, sino que se desborde a los problemas de interés nacional.

### **3.4 Razón y necesidad de la reforma.**

Las razones de la reforma son obvias; había la necesidad de darle más garantías al ciudadano y preservar la seguridad del indiciado. La necesidad surgió de que como ya lo dijimos, el Ministerio Público a través del tiempo y de una defectuosa implantación del mismo en nuestro sistema político mexicano, había alcanzado una posición ambivalente de enorme fuerza y de franca abyección al Ejecutivo, lo que se tradujo en que el ciudadano víctima del delito, no era escuchado y, por otra parte, el indiciado, de antemano era condenado y proscrito, sin ningún derecho; a la vez que era objeto de las peores vejaciones, que iban desde la incomunicación, hasta la tortura, obligándolo a deponer en su contra y dándole a ésta, «seudo confesión», valor pleno para efectos de sentencia.

#### **3.4.1.- Su teleología. Dignidad y derechos Humanos.**

No cabe duda que con el avance de la ciencia y la tecnología, y en particular con los medios de comunicación con los que hoy contamos, las cosas que pasan al otro lado del mundo se conocen casi al instante; eso a hecho que, como lo dijera Marshall McLuhan, el mundo se volvió una "aldea global", y

entonces los avances en materia de dignidad y derechos humanos que se verificaban en diversos puntos del globo, se hacen presentes en nuestro medio y más allá de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a los que antes hemos hecho referencia, la sociedad en su conjunto y a través de Organizaciones No Gubernamentales exigieron mayor respeto a la dignidad de la persona y mayor respeto a los derechos humanos.

Ante este cúmulo de reclamos, el Constituyente Permanente creyó prudente para mejorar las garantías del indiciado darle los mismos derechos de defensa en la Averiguación Previa de los que goza o gozaría en el Proceso; sin embargo, esa aspiración no se colma con una reforma de ésta naturaleza y más bien al contrario, se propicia una confusión de institutos que no está lejos de revivir al sepultado Juez de Instrucción, que nos llevaría en sentido contrario para alcanzar las metas de dignidad y derechos humanos a las que en su intención se dirigió la reforma que nos ocupa.

### **3.5.- ¿Qué pruebas se pueden y deben practicar, admitir y desahogar en ésta fase procedimental?**

Con lo dicho hasta ahora, estimo que es fácil dar contestación a esta pregunta, diciendo que pueden y deben practicarse todas y cada una de las pruebas que aparecen en el catálogo probatorio; únicamente que orientadas todas, a la comprobación del cuerpo del delito y a la acreditación de la probable responsabilidad del indiciado; con excepción hecha de la de careos y todas las que representen o impliquen la dialéctica del contradictorio.

Efectivamente, en ésta instancia administrativa, preprocesal, el Ministerio Público como titular de la acción penal en potencia, actúa como autoridad y ante la presencia de un hecho acaecido en el mundo fáctico, y debe actuar con prontitud para salvar y preservar las huellas y vestigios que deje el delito; interrogar de inmediato a las personas que lo presenciaron o lo vivieron y si es preciso, apoyarse con peritos para la evaluación de esos hechos que se le manifiestan, a fin de poder determinar si son constitutivos o no, de algún delito; y al mismo tiempo, establecer la probable autoría del mismo. De ahí que todas las pruebas que sean idóneas y conducentes para este fin deberán practicarse sin restricción ni limitación alguna.

#### **3.5.1. ¿Quiénes deben y quienes pueden, practicar, ofrecer y desahogar las pruebas en este período?**

Nos queda claro que el único que puede y debe practicar y desahogar pruebas dentro de este período lo es el Ministerio Público. Es más, en realidad en este período procedimental no se puede hablar, con propiedad, de la Prueba, ya que como lo dijimos en su momento, ésta tiene una connotación muy especial

dentro de la teoría del proceso que se encuentra alojada dentro del principio de contradicción. Esto es, para poder hablar de prueba en el marco teórico procesal, como ya lo vimos en los capítulos precedentes, nos tendríamos que situar en un plano de igualdad entre partes, y en tal virtud se tendría que dar la posibilidad de la contradicción, cosa que en el período de averiguación previa no sucede; primeramente porque en este singular período el Ministerio Público actúa como autoridad y nunca como parte; y por otro lado, no podemos pensar que en este período el ofendido que es la sociedad y no la víctima, pudiera actuar como parte procesal. Así las cosas, no podemos más que reconocer que en el período de investigación no hay partes y que en un marco obligadamente inquisitorial, el Ministerio Público tiene el deber de allegarse todos los medios de prueba para determinar si un hecho es o no delito; y para ello, ese hecho tiene que proyectar una serie de características que en un aspecto de sentido común, es decir entendible casi para todos, represente un delito y entonces, sólo entonces, ir más allá, estableciendo las bases de la probable responsabilidad atribuible a un sujeto o sujetos determinados.

En la Averiguación Previa, como tal, el indiciado no aporta pruebas, lo que aporta son **datos**, como atinada y nuevamente lo refiere el artículo 19 Constitucional, que más allá de servirle para su defensa, se enfilan para despejar la sospecha de su incriminación; así pues, en realidad, cuando menciona testigos o presenta documentos o cualquier otra cosa, lo que hace es colaborar en la investigación que está a cargo del Ministerio Público.

En este marco, las personas que menciona el indiciado como "testigos" no pueden ser repreguntados por el representante de la víctima, y los documentos que se aporta, tampoco pueden ser objetados o reargüidos de falsos, ya que como se dijo antes, no estamos en instancia jurisdiccional, pues la Averiguación Previa no es un miniproceso; es, como lo dijo Rivera Silva, una fase procedimental necesaria para la preparación de la acción penal, en donde el Ministerio Público actúa como autoridad en un marco inquisitorial.

No debemos prejuiciosamente tildar de injusto y del todo indebido al procedimiento inquisitivo en esta fase, ya que tiene también enormes ventajas, tales como el sigilo, el resguardo de el honor y buena reputación de que pueda estar gozando el indiciado, la preservación de los efectos y huellas del delito, etc. Lo importante es que quien esté al frente de éste procedimiento, esté guiado por los principios de desinterés, equidad, independencia y buena fe; y que considere a la averiguación de los delitos como asunto del Estado y que le interesa a la sociedad en su conjunto.

### **3.5.2.- La función del Defensor en este período.**

En la actualidad nos parece impensable concebir un **proceso judicial** sin la figura del Defensor; y es que la razón lógica justificante de la defensa queda



expuesta en palabras de Carnelutti <sup>78</sup> del modo siguiente: " Si el juicio es síntesis de acusación y defensa, no se puede dar la primera sin la segunda, la cual es un contrario, y, por ello un igual de la acusación. Esta verdad constituye uno de los principios de la mecánica penal. A la pasión, que significa el ataque, es preciso contraponer otra para lograr la serenidad, y puesto que la acusación (ataque) tiende fatalmente a divergir de la línea recta, concurre una fuerza igual y contraria para corregir la desviación. Si la acusación es el desenvolvimiento razonado de la pretensión penal, la defensa es la razonada contestación." Es claro que, salvando un exceso verbal, a que conduce la fuerza sugestiva de la metáfora, la idea esencial se salva, y es forzoso admitir que si el juicio se concibe, en definitiva, como un duelo dialéctico, el equilibrio de las fuerzas combinadas que la sentencia representa, aparece así bien fundado.

Además de las razones lógicas expuestas, también razones de orden político exigen que en todo **proceso** del orden criminal, el ciudadano cuente desde un principio con la adecuada defensa. En este sentido, desde el siglo XIX, la Enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América consignó entre otras garantías del justiciable, la de que el acusado tendrá "...a un abogado que le defienda". En el mismo sentido, pero hasta la Constitución de 1857, promulgada por Ignacio Comonfort, la fracción V del artículo 20 señalaba: "En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías: I.-... V.- Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, ó por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que, ó los que le convengan". Posteriormente, en la Constitución vigente, vemos que la fracción IX del artículo 20 a la letra dice: Artículo 20.- En todo **proceso** de orden penal, el inculcado,....., tendrán las siguientes garantías: I.-....., IX Desde el inicio de su **proceso** será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o persona de su confianza". Esto nos da clara muestra de que la defensa no es una simple gracia que el juez pueda o no conceder, sino que esta elevada a rango constitucional, ya que el mismo artículo 14 constitucional prevé el apotegma jurídico de que "Nadie podrá ser condenado sin antes haber sido "oído" y vencido en juicio, en donde se deberán observar las formalidades esenciales del procedimiento".

Vista la defensa en este contexto, en el orden penal, la defensa no sólo es necesaria sino obligatoria, ya que la segunda parte de la fracción IX en comento, textualmente reza como sigue: "Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el **juez** le designará un defensor de oficio,..." Esto obedece a una razón de orden ontológico, ya que como lo decía Carrara <sup>79</sup>, "En materia penal no pueden existir presunciones *juris et de jure*, y por

<sup>78</sup> Francisco Carnelutti. Nueva Enciclopedia Jurídica. F. Seix Editores T. VI, pág. 322

<sup>79</sup> Francisco Carrara. Programa de D. Criminal. Parte Gral Vol.II. Ed. Temis Bogotá. 1957, 976 y 978. Pp. 457

lo tanto, siempre hay que admitirle al acusado su propia defensa. Más como no siempre tiene éste inteligencia bastante para presentar sus disculpas, el derecho de defensa hace necesario que se le dé la asistencia de un defensor legal, que el acusado puede elegir *libremente*". "A este principio se asocia el de que en la defensa del acusado tiene intereses directos la sociedad, ya que ésta necesita no de una pena que recaiga sobre cualquier cabeza, sino del castigo del *verdadero* culpable; de este modo, la defensa no es únicamente de orden público secundario, sino de orden público primario". Sosteniendo además tan ilustre jurista, siguiendo las enseñanzas de Ayrault, que "Negar la defensa, es un crimen; darla, pero no libre, es tiránico".

En el marco estrictamente procesal, la presencia de la defensa deriva de la consideración del proceso como un derecho, en donde las armas que se esgrimen son la razón y la dialéctica, puestas al servicio del descubrimiento de la verdad y los principios de justicia que deben aplicarse. La lucha por consiguiente, requiere igualdad de armas, pues de lo contrario autorizan una felonía a favor del combatiente mejor equipado; así pues, la ley trata de articular en el procedimiento la igualdad de armas.

Pese a todo lo expuesto, no siempre existió la defensa en los términos y modos que hoy los conocemos, en los tiempos arcaicos no se conoció el derecho a la defensa, conducido o manejado por un tercero, ya que en los juicios divinos, o en las ordalías, el reo se defendía por el mismo, y no se permitía que alguien, ni aún sus parientes más cercanos, lo pudieran defender. No fue sino hasta la Grecia clásica en el Areópago, cuando por primera vez se dejan asomar de manera tenue los primeros visos de la defensa que con su natural evolución hoy conocemos. En Roma se organiza la defensa en el Procedimiento Formulario, los Patricios, como patrones y conocedores del derecho, tuvieron a su cargo la defensa de sus clientes; por lo que todavía en el Bajo Imperio continuaron llamándose Abogados Patronos. En España, el Fuero Juzgo habla de defensores y mandadores, pero no fue sino hasta el Fuero Real cuando aparece de manera mas delineada la profesión de abogacía, nombrándoseles como "voceros", estableciendo como necesaria su intervención, según vemos en el Libro I, Tit. IX del mismo; lo que conservarán luego las Partidas en la Partida III, Título VI .

Como dato curioso y de interes para nuestro estudio, podemos hacer referencia a los comentarios que con respecto al Código de Hammurabi hace, de la traducción de P. Cruveilhier, el eminente jurista-historiador Federico Lara Peinado<sup>80</sup>, cuando nos dice que en el Código de Hammurabi, "en el juicio o proceso penal, las partes litigantes se encargaban de su propia defensa, no se conoció la figura del abogado, aportando los documentos o pruebas referentes al caso y exponiendo primero el demandante y luego el demandado sus acusaciones

<sup>80</sup> Federico Lara Peinado. Código de Hammurabi. Introducción, traducción y comentarios. Editorial Nacional. Madrid España. 1982. pág. 69

o alegatos", tras ello los jueces dictaban su decisión, la cual era fijada por escrito y firmada para garantizarse la autenticidad. *"En todo este proceso los sacerdotes únicamente habían participado en el curso de la acusación y la defensa de las partes a la hora de tomarles el juramento"*. Con esto quiere decir que en forma contraria a los demás procedimientos que después aparecieron, hasta tiempos recientes, la defensa allí se daba en la fase de acusación y no en el proceso o juicio, lo que no tiene una explicación muy lógica; pero que al pasar de los años y ya en la modernidad ha venido a cobrar sentido.

Con el panorama general esbozado queda claro que la defensa está perfectamente legitimada en el **proceso**, no así en instancias previas a él. Entonces, nos preguntamos de dónde y por qué nació la idea de incluir la defensa aún antes de que se inicie el proceso. La respuesta es que en realidad a mi manera de ver, no hay tal, ya que si somos un poco más escrupulosos en la búsqueda de su origen y su explicación, veremos que ésta no fue más que una reacción frente a los abusos de la policía al momento de aprehender al presunto responsable del delito, y que en su afán de "esclarecer" los hechos, mediante la incomunicación, la intimidación y hasta la tortura obtenían "confesiones" inculpativas, en el más de los casos falsas y hasta inverosímiles; pero que al llegar ante el Ministerio Público o Fiscal en su caso, por obvedad se tomaban en cuenta y al final trascendían hasta la sentencia.

No fue sino hasta 1965, cuando en el famoso caso Miranda contra Arizona, conocido en el lenguaje forense norteamericano como Miranda Warnings, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos, cuando se estatuyó, con rango de garantía constitucional, que en toda detención, desde el primer momento, el inculpado deberá ser informado de los derechos que a su favor consigna la Constitución, y entre estos destaca que podrá guardar silencio, sin que pueda ser obligado a declarar en su contra; y que para que cualquier declaración suya tenga valor jurídico, ésta tiene que ser hecha en presencia de su defensor, al que se le hará saber de inmediato su designación. Si no se cumplen con estos requisitos, además de la anulación de las declaraciones, la misma detención es considerada como ilegal.

Inspirados en estos antecedentes, los juristas del orbe, en el XIV Congreso Internacional de Derecho Penal que tuvo lugar en Viena en el año de 1989, la sección III adoptó la Conclusión de que "Toda persona tiene derecho a la asistencia efectiva de un defensor en todas las fases de los procedimientos penales, desde el principio mismo de la investigación".

Estos mismos criterios fueron traídos a nuestro país, y en 1993 fueron elevados a rango constitucional, en donde se previó que la garantía contenida en la fracción II del artículo 20, también fuera observada durante la Averiguación Previa "no quedando sujeta a condición alguna". Por mi parte, considero que la solución tiene un innegable valor de corte justiciero y humanitario, pero carente de

sustento jurídico fundamental, ya que si bien es cierto que se debe evitar a toda costa, cualquier tipo de abuso por parte de la autoridad, también es cierto que las medidas tienen que ir más allá, las que implicarían entre otras, seleccionar con más cuidado a los miembros de la policía y orientar su función más a la de investigación de corte científico que al de obtener las pseudo "confesiones" que no tienen ningún valor legal, atento a lo previsto por el penúltimo párrafo del artículo 287 del Código Adjetivo Federal. Más aún, en la misma legislación secundaria federal, en el último párrafo del artículo 3° ha quedado proscrito el que la Policía Judicial Federal, en el ejercicio de la función investigadora, reciba declaraciones del indiciado. Pero además, ya ha quedado muy claro en todo el ordenamiento penal, "que la confesión" para su validez, únicamente podrá ser rendida ante el Ministerio Público ó el juez, con las formalidades señaladas por el artículo 20 fracción II de la Constitución. (Artículos 207 del Código Federal de Procedimientos Penales y 136 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal). Por su parte, los artículos 134 y 134 Bis de este último ordenamiento prevén, el primero, que desde la misma aprehensión se le dará a conocer al inculcado, el derecho que tiene para designar defensor; y en el segundo, en el cuarto párrafo, se dice que "Los indiciados, desde la Averiguación Previa podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de uno u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio". Sin embargo este ordenamiento no puntualiza ni siquiera esboza, cual sería aquí la función del "defensor", quedando como un mero testigo o acompañante. No sucede lo mismo en el ordenamiento federal ya que el artículo 127 Bis del mismo, se previene que al momento de que el indiciado comparezca ante el Ministerio Público, el abogado nombrado por aquel "podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contrarias a derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido". Esto, con todo lo plausible, representa un problema ya que se puede pensar que hay un quebrantamiento al artículo 21 Constitucional, ya que es al Ministerio Público a quien en forma exclusiva, incumbe llevar a cabo la investigación, y el artículo no prevé el que sea posible un auxilio y, mucho menos, una obstrucción. Por lo demás, y en seguida, el artículo 128, en su fracción III, se establecen las garantías de que goza el indiciado ante el Representante Social, que obviamente incluyen la de poder nombrar su defensor. Sin embargo, tampoco queda claro el papel del defensor en el caso de que el inculcado declare, pues el inciso a) de este numeral sólo dice que será **asistido** por su defensor, pero no nos dice cómo? y hasta donde. Lo que nos empuja a pensar que hablar de defensor en fase de Averiguación Previa es mera retórica, con muy buenos propósitos pero de escasa, sino nula eficacia jurídica; y que en gran medida la fórmula obedece a una imitación extralógica del sistema americano, en donde el ciudadano que es objeto de abusos y vejaciones, esta en perfecta aptitud de demandar en vía civil, no sólo a los policías, sino al mismo Estado; pues como se ve, la Ley Miranda deviene de una demanda en contra del Estado de Arizona, y no un reclamo contra el procedimiento policial en sí; lo que en realidad no ocurre aquí, por lo que el Instituto no logra una justificación plena.

Yo pienso que si partimos de la premisa de que en nuestro derecho el Ministerio Público es una Institución que privilegia la objetividad, desinteresada, justa, equitativa y sobre todo de buena fe, como la concibió el Constituyente de 1917, no hace falta hacer "parches" innecesarios a la ley, y hacer creer que con esas soluciones legislativas, de mera "letra", se erradica el mal; mal que estriba en la falta de ética y respeto al ciudadano por parte de quienes ejercen la autoridad. En este mismo tenor se expresa Carpzovio, cuando afirma el principio "*iudex supplere debere defensionis rei ex officio*", que esta implícito en el Derecho de todo el mundo civilizado. En efecto, "el Estado, en cuanto representante o símbolo de la justicia, carece de interés en la persecución del inocente, porque sólo le mueve el impulso de luchar contra el delito. Si el fiscal representase sólo la acusación sería un representante de nadie, porque nadie tiene interés en el castigo del inocente".

Consecuentes con estos postulados universales, nuestros legisladores han prevenido que el Ministerio Público promoverá el sobreseimiento o el no ejercicio de la acción y la libertad absoluta del inculpado cuando durante el proceso y obviamente durante la Averiguación Previa, aparezca que la conducta o los hechos no son constitutivos de delito, que el inculpado no tuvo participación en el delito que se persigue, que la pretensión punitiva está legalmente extinguida, o que existe a favor del inculpado una causa excluyente de responsabilidad. ( art. 138 del C. F. P. P.). En el mismo sentido se pronuncia el Código local en sus artículos 3° Bis y 6°.

En los sistemas penales Inquisitoriales o Mixtos, como es propiamente el nuestro, no es fácil pensar el que se permita durante la Averiguación Previa, la injerencia ni siquiera la presencia del defensor, ya que se propicia el que se alteren las cosas propias de la indagatoria e inclusive el que se sustraiga el justiciable a la acción de la justicia, al estar enterado de los avances de la investigación; la cual para su éxito reclama el sigilo y gran discreción. Para algunos tratadistas de la talla de Mittermaier, defensor del sistema Inquisitorial, la defensa en la fase de averiguación representaba los inconvenientes que a continuación expongo:

1°.- El Abogado, la mayoría de las veces, no hace más que retorcer el Derecho, desfigurar la verdad y aducir sofismas fundados en apariencias.

2°.- La defensa obligada en este período, dilata excesivamente la averiguación, el procedimiento y la decisión del juicio.

3°.- El Instructor descubrirá por sí mismo los motivos de exculpación y dará al acusado oportunidad de justificarse tan cumplidamente como proceda, teniendo presentes todos y cada uno de tales motivos.

4°.- Todos los efectos del procedimiento y de la prueba serían advertidos y separados por los propios juzgadores, que son siempre varios.

Yo considero que los puntos de vista de tan excelso jurista aunque no son

esenciales y se dirigen más a los accidentes, tienen mucho de verdad, y así lo estimó el legislador al prevenir en el segundo párrafo del artículo 104 del ordenamiento federal, que por lo que hace a las aprehensiones, cateos y demás diligencias delicadas, se guarde el sigilo necesario para el éxito de la investigación.

Por lo demás, del todos es sabido que los abusos, incomunicación y tortura cuando se cometen, son precisamente en circunstancias tales que no es posible imaginar que se encuentre defensor alguno, ya que esas detenciones son por virtud de la pesquisa, "operativos" o flagrancia, que generalmente ocurren en las carreteras, ranchos y en parajes solitarios; y en las más de las veces, se trata de delitos graves que mucho tienen que ver con el crimen organizado; en tal situación se hace ingenuo pensar que en esa circunstancia pueda aparecer un defensor o que se llame a un pariente cercano o persona de su confianza; máxime que en estos casos, los presuntos delinquentes andan de la "seca a la meca" e incluso, en una gran mayoría son de origen extranjero como, en particular, sucede tratándose de los delitos contra la salud. En estos casos lo que podría haber es que además de que las declaraciones no tengan ningún valor, los detenidos sean asistidos de inmediato por personal médico adscrito a las agencias del Ministerio Público y que cada una de éstas, cuente con un abogado ajeno a la estructura ministerial, como es el caso de los abogados que dependen del Instituto de la Defensoría Pública Federal, con base en la Ley de Defensoría Pública Federal, publicada el 28 de mayo de 1998, y únicamente para que se garanticen los postulados del párrafo IV del artículo 19, en relación con el 20 fracciones II y X, párrafo IV, del ordenamiento Constitucional, esto siempre inmediatamente después de su detención; pero, que quede claro, que en esta fase del procedimiento el abogado no tiene con base en nuestras leyes, y en una interpretación dogmática de nuestro sistema punitivo, participación alguna; y únicamente es o debe ser, "un testigo de calidad", con derecho y acceso inmediato a la Judicatura, a efecto de denunciar cualquier anomalía que se pudiera presentar en esta fase procedimental; este mismo carácter tendría el abogado particular designado por el detenido e igual sería para el familiar o persona que él mismo designará. Por otra parte, hemos visto que las buenas intenciones de la Reforma Constitucional materia de este trabajo, se han visto burladas y se han apartado de su original intención, ya que en el ámbito de la Agencia Central de Investigaciones o en las Mesas de Investigación respectivas, donde,- previo citatorio,- comparece el indiciado, acompañado de su abogado lo que hace es comparecer, únicamente para cumplir con la cita y hacerse presente. Y sin someterse al interrogatorio sobre los hechos que se investigan, lo que hace es enterarse del contenido de la indagatoria, reservándose inmediatamente, el derecho a declarar; aduciendo en voz propia y en más de las ocasiones por voz de su abogado, que posteriormente presentara las "pruebas" que estima le favorecen. En seguida procede a retirarse, sin pasar al Médico ni dejar acreditado su domicilio ni nada; ya posteriormente, comparece por escrito, desarticulando así la propia investigación, dilatándola y obstruyendo la pesquisa. Con esto, que en la

práctica se vive cotidianamente, se propicia que el indiciado no declare en relación con los hechos que se investigan, aduciendo que en uso de su derecho Constitucional a ofrecer pruebas, ese mismo derecho le autoriza a reservarse o abstenerse a declarar, siendo que de todos es sabido que desconociendo el origen y contenido de la Averiguación, con la sorpresa, se lograría el efecto de la inmediatez y la buena conducción de un interrogatorio científico, por parte del Ministerio Público que aclararía enormemente los hechos que se investigan, pues serían declaraciones espontáneas, veraces y con las circunstancias y datos que al indiciado le constan. Pero de la manera en que actualmente ocurren las cosas, lo que declara el indiciado en respuesta a la cita del Ministerio Público, ya son verdaderos argumentos de índole jurídico, de naturaleza defensiva, que le aconseja su "impertinente" defensor, ya que la misión de éste es, a toda costa, escamotear los objetos y datos que pudieran comprometer a su cliente.

Así pues, si queremos que en la fase de investigación el indiciado sea respetado en sus derechos humanos fundamentales así como los mínimos procesales, y al mismo tiempo se le de oportunidad para su defensa y esclarecimiento de los hechos, no nada más traigamos en forma parcial las Instituciones del Derecho Sajón, como mencionábamos arriba, la Ley Miranda; sino que en todo caso es necesario que adoptemos más elementos de su estructura judicial, incorporando el Juez de Instrucción Administrativa, que estaría vigilante de las actuaciones del Ministerio Público y al mismo tiempo haría más expeditas las diligencias delicadas, necesarias para la correcta integración de la indagatoria. La ventaja que se tendría sobre la situación actual, sería que el Juez Instructor Administrativo, estaría compenetrado de las actividades de investigación del Ministerio Público, al cual debe fiscalizar en esta etapa, y tendría la información necesaria para tomar las medidas convenientes para autorizar las restricciones a la libertad personal; y con esto se podría garantizar en esta etapa, un juego dialéctico más o menos suficiente para así lograr el cumplimiento de los derechos del acusado y de la víctima u ofendido.

Esta Institución del Juez de Instrucción, ya fue adoptada recientemente por la legislación chilena, que en octubre del 2000 modificó el Código de Procedimientos Penales, en donde introduce por primera vez, el *juez de control de instrucción* para vigilar el cumplimiento de los derechos fundamentales del indiciado durante la etapa de investigación, la que siempre estará a cargo del Ministerio Público; todo esto para orientarse con más seriedad y compromiso al sistema acusatorio.

De frente a nuestra realidad actual, vemos que no es del todo fácil permitir la intervención de la defensa en donde en realidad no se da en forma alguna, el juego dialéctico propio y exclusivo del contradictorio.

En conclusión, estimo que la función del defensor en este período es actualmente, casi nula, como "un invitado de piedra", y sólo se legitima en cuanto

que, con base en el nuevo ordenamiento legal, las declaraciones hechas por el indiciado en fase de averiguación previa únicamente tendrán valor jurídico si son producidas en presencia del defensor; quien evitará todo tipo de coacción o incomunicación de su defendido. Y que si queremos algo más serio y responsable, se debe pensar en una transformación más profunda a la Institución de la Averiguación Previa, incluyendo necesariamente, al Procurador. De esto nos vamos a ocupar en el capítulo siguiente.

**3.5.3.- El artículo 128 frac. III inciso e); así como los artículos 168 y 180 del Código Federal de Procedimientos Penales; y el artículo 269 frac. III inciso f); así como los artículos 122 y 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.**

Los artículos 128, en su fracción III inciso e), del Código Federal y 269 fracción III inciso f), del ordenamiento local, son casi idénticos, con las salvedades que más adelante apuntaremos; sin embargo, tratan de reproducir literalmente el texto constitucional, pero lo hacen con una redacción malhadada, ya que el texto constitucional en su fracción V dice: "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso." Nosotros nos preguntamos ¿en dónde está esa ley?, que supuestamente establecerá los plazos que la norma fundamental refiere. Y por otro lado, en que forma el Ministerio Público va a auxiliar al indiciado, si su función constitucional es eminentemente persecutoria. La respuesta es que la Reforma es a todas luces infortunada, resultando una verdadera teratología jurídica, pues contraviene los sentidos esenciales que informan tanto a la Averiguación Previa, como al propio Ministerio Público, ya que no es posible imaginar que "ahora", el Fiscal se convierta en auxiliar del propio perseguido, y que la averiguación que reclama celeridad, se estanque por conceder plazos que la difieran. Por lo menos, en el ámbito local el legislador previno que dichos plazos no se traduzcan en dilación de la averiguación previa. Pero quedamos en las mismas, ¿en dónde están previstos y reglamentados esos tiempos?. Lo único que se deja entrever es que el Constituyente permanente "aventó" una propuesta que no fue recogida en la legislación secundaria en forma alguna; y es que en el fondo, la propuesta no tiene cabida en el marco legal que domina.

Por otra parte, el legislador local transgrede la Norma Fundamental al exigir que los testigos ofrecidos por el indiciado "*se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público*", lo que más que absurdo, resulta ridículo, y al mismo tiempo revela el ánimo de dejar como letra muerta el texto constitucional. En fin, creemos que esta Reforma tiene que ser objeto de una seria y concienzuda revisión.



A contra corriente y con mucho más lógica jurídica, conforme a nuestro sistema punitivo, los artículos 168 y 180 del ordenamiento federal y los artículos 122 y 124 de la legislación local, apuntan a una solución plausible, sobre todo si los ubicamos en la esfera procedimental de Averiguación Previa, ya que tanto el artículo 180 Federal, como su equivalente 124 local, estatuyen que: "Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del **indiciado**, el Ministerio Público y "los tribunales" gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que no sean contrarios a derecho". Aquí queda claro que el Ministerio Público tiene una tarea que habrá de cumplir, con la más absoluta libertad y sin restricción alguna; confirmando con ello nuestra ya inveterada tradición.

Cabe hacer hincapié en que los artículos en comento, impropriamente hacen una mezcla de instancias, ya que si hablamos de **indiciado**, nos estamos refiriendo al presunto que aún se encuentra en sede administrativa y no al procesado o inculpado que ya ha sido puesto a disposición del juez instructor.

Por lo demás vemos que el legislador no hace un conveniente deslinde del sistema Inquisitorio y del Acusatorio, siendo que por nuestra tradición y explorada experiencia, se ha arribado al convencimiento de que por seguridad jurídica, en la esfera jurisdiccional debe privar el Acusatorio, que por su naturaleza implica que las pruebas las aporten las partes en contienda y, de ninguna manera el juez, que al final habrá de resolver; y únicamente vigilara de su autenticidad, como lo previene el último párrafo del artículo 206 del ordenamiento federal en donde reza: "Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba establecer su autenticidad".

Sin embargo, esta tendencia de facultar al juez para allegarse pruebas, con lo que se troncha el sistema Acusatorio, se repite en algunos artículos, como en el artículo 150 del mismo ordenamiento federal, cuando dice: "Según las circunstancias que aprecie el juez en la instancia *podrá de oficio* ordenar el desahogó de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer....." En el mismo sentido y arrastrando igual vicio, el ordenamiento local en su artículo 314, prevé esta facultad para el juez, lo que de ninguna manera debe admitirse, puesto que se propicia que se rompa el equilibrio procesal que debe privar en el Sistema Acusatorio que pretendemos observar en nuestro régimen penal.

El aje y embrollo está en que, desde hace mucho tiempo, algunos juristas de renombre y con una visión judicialista han ido empujando la idea de que el juez amplíe sus facultades indagatorias incluso en la Averiguación Previa, apoyándose para ello en la exaltada autonomía del Poder Judicial y en más o menos buen prestigio de que goza, pretendiendo inclusive, que el Ministerio Público virtualmente quede bajo su férula y manto rector. Esto queda evidenciado en el

indebido artículo 36 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, (que por cierto tiene sus antecedentes larbarios en el infausto y derogado artículo 4° del mismo ordenamiento) que previene, en el caso de negarse la orden de aprehensión, "el juez deberá señalar aquellos requisitos que a su juicio no se encuentren satisfechos,...y el Ministerio Público practicara las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente". Esto equivale a decir que el Representante Social se convierte en amanuense del juez, con evidente y frana conculcación del artículo 21 Constitucional, pues ya no sería el Ministerio Público quien estaría a cargo de la investigación de los delitos, sino el mismo juez de instrucción, lo que de ninguna manera puede ser admitido.

## CAPITULO CUARTO

### CONSIDERACIONES PERSONALES

#### 4.1.- Parquedad de la Reforma.

Lejos estamos de pretender hacer en este sencillo opúsculo una crítica exhaustiva a la Reforma que nos ocupa. Sin embargo, a lo largo de los capítulos que preceden hemos venido haciendo una serie de señalamientos y consideraciones que estimamos fundamentales para una verdadera e integral reforma constitucional que se requiere para la mejor y más adecuada procuración de justicia.

No dejamos de reconocer que en los últimos veinte años, se han venido haciendo una serie de esfuerzos para mejor interpretar la organización y funcionamiento del Ministerio Público, considerándolo en su importante papel que desarrolla en el Proceso Moderno, caracterizado éste como "un fenómeno social de masas", según lo define el eminente procesalista italiano Mauro Cappelletti. Sin embargo, para hacer una adecuada reflexión y consideración del tema, debemos tener presente la muy arraigada e importante institución de la Averiguación Previa, tal como se le vive en México. Así las cosas, tenemos en principio, que delimitar con meridiana claridad que es, que periodo comprende y que efectos tiene en nuestro derecho, la Averiguación Previa.

Ya en los capítulos precedentes señalamos que con gran acierto el maestro Manuel Rivera Silva nos dijo que ésta es la fase procedimental, preprocesal en donde se prepara el ejercicio de la acción penal; en tal virtud no debemos por ningún motivo, pretender alojar a la Averiguación Previa dentro del marco estrictamente procesal, entendido éste, como la serie de actividades debidamente reglamentadas que se desarrollan ante el juez de jurisdicción, quien en su momento, habrá de resolver mediante una sentencia. En esos términos y haciendo énfasis en nuestra legislación procesal, vemos que el legislador con buen tino, ha llamado a los códigos adjetivos "Código de procedimientos penales" y no "Código procesal penal", con lo que nos quiere indicar la diferencia que existe entre la Averiguación Previa, preprocesal y que se desarrolla en sede administrativa, y la actividad propiamente procesal que arranca con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso que dicta el juez, una vez vencido el plazo de las setenta y dos horas que marca la Constitución, a partir de que ha sido puesto a su disposición el indiciado; configurándose con este auto, la Imputación penal por el o los delitos que se le atribuyen a dicho indiciado, con lo que cambia su calidad de Indiciado a Procesado o Reo en la causa.

Desafortunadamente vemos que desde el constituyente de 1917, poco o casi nada de atención se le ha puesto a la Averiguación Previa, dejándola alojada en forma de "alusión", en el artículo 19 de la Carta Fundamental, sin volver a hacer referencia alguna a ella; tanto que inclusive en las reformas constitucionales de 1994, el Constituyente permanente borro de dicho numeral, la Averiguación Previa, dejando en su lugar, algo por demás difuso e impreciso y refiriéndose a lo que fue ella, únicamente como lo "actuado", sin precisar en dónde, cómo y por que se actuó; ante quién y en que términos. Efectivamente, el artículo 19 de esa reforma a la letra decía: artículo 19 "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado se ha puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de "lo actuado" aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se le impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste"... Afortunadamente, con posterioridad, "alguien" se dio cuenta y en la Reforma Constitucional del 8 de marzo de 1999, con acierto y lógica jurídica, el Constituyente permanente, volviendo a la tradición jurídica mexicana, reformó este artículo y en la parte que nos interesa dispuso... "así como los datos que arroje la Averiguación Previa"... Lamentablemente la reforma se queda corta y nuevamente vuelve a referirse a la Averiguación Previa en forma por demás escueta, difusa e imprecisa, pues no se vuelve a referir a ella a lo largo del texto constitucional. Este mismo vicio se refleja en la redacción del Artículo 21 constitucional cuando en lo tocante al desempeño del Ministerio Público dice que "la **investigación**" y persecución de los delitos le incumbe a éste; pero no hace referencia alguna al modo en que habrá de hacerse dicha investigación, ni la Institución jurídica que habrá de darle marco y fundamento a la misma; y por su parte, el artículo 102 constitucional en su párrafo II, hace alusión del Ministerio Público en cuanto a la persecución de los delitos, pero ya ante los tribunales; es decir, en el momento en que ejerce la acción penal correspondiente.

Ante este panorama, creemos necesario hacer una reforma integral tanto del Ministerio Público como de la Averiguación Previa y con respecto a ésta, asignarle un lugar especial que en forma más exhaustiva establezca sus características, contenido y alcance de la misma, ya que vemos que en forma por demás escueta, la legislación secundaria en los códigos adjetivos se ha venido refiriendo a ella, sin darle un apropiado marco legal; al punto de que el Código Adjetivo local, en su Título Segundo se refiere a ella, como "Diligencias de Averiguación Previa e Instrucción", como si se tratara de lo mismo, o aquella fuera parte de ésta, cosa que es del todo impropia. En forma más técnica y asignándole el valor que merece, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su Título Segundo prevé en forma categórica "La Averiguación Previa", como "iniciación del procedimiento", lo que nos da claras muestras que ha sido en la legislación secundaria, como se ha venido enmendando la imprecisión que acusa el ordenamiento constitucional.

Nosotros pensamos que en artículo independiente, la Constitución debe

hacer una referencia concreta y más exhaustiva de lo que representa y debe ser la Averiguación Previa, con lo que se desencadenaría una serie de reformas de índole constitucional que aclararían mejor la función investigadora del Ministerio Público y la policía judicial.

En este tenor, consideramos que empezáramos por hacer el deslinde constitucional de la naturaleza ontológica del Ministerio Público; a qué poder público pertenece, y si es precisa esa dependencia y, finalmente, cuál es su papel e importancia en el derecho penal contemporáneo; incluyendo con esto, hasta su denominación y abarcando con ello su estructura, organización y funcionamiento.

Como lo vimos en el Capítulo Primero, el Ministerio Público en su nacimiento, en Francia, en 1503, por la ordenanza de Felipe El Hermoso, estaba al servicio del Rey, y posteriormente se le unieron los "abogados del rey"; su función primordial era defender los intereses de la corona, con las mismas obligaciones de los funcionarios judiciales, por lo que tomaron el nombre de *parquet*, para distinguirse de los magistrados de *siége*, que eran los juzgadores, terminología que aún persiste. En la inteligencia de que los procuradores actuaban principalmente en los procesos penales y los abogados en las de carácter civil, sobre todo de índole patrimonial; para los crímenes o delitos estaba el fiscal, que recogiendo en cierta medida la tradición romana, ejercía la "acción popular", y que después de la Revolución se le llamó *Acusador público*, elegido popularmente. En tal virtud, es muy lógico que en nuestros días el Procurador sea un asesor del ejecutivo; pero esto también da pie a que en su actividad fiscalizadora de los delitos, no se le tenga toda la confianza debida y se sospeche de su imparcialidad, máxime en aquellos regímenes en donde, cómo el nuestro, la figura presidencial llegó a límites casi intolerables y en donde el procurador, con sus agentes del Ministerio Público como sus subordinados, estaba para servirle incondicionalmente a ésta.

Tal consideración nos lleva a la clásica pero inacabada polémica sostenida en 1932, en el Congreso Jurídico mexicano, por los eminentes juristas Luis Cabrera y Emilio Portes Gil<sup>81</sup>, este último a la sazón Procurador General de República, en torno a la necesidad que tenemos para determinar como un aspecto prioritario, el lugar que habrá de ocupar el Ministerio Público en el rango constitucional; si vamos a conservar al Ministerio Público como un órgano dependiente del Ejecutivo, como lo previno el constituyente del 17 y que tiene su origen en la reforma promulgada por el Congreso federal el 3 de octubre de 1900, en donde siguiendo la orientación del derecho francés, se suprimió la dependencia, tanto del procurador general como del fiscal, de la Suprema Corte de Justicia.

---

<sup>81</sup> La misión constitucional del Procurador General de la República. 2ª ed; México, Procuraduría General de la República, 1963.

De acuerdo con un fragmento relativo de la Exposición de Motivos de este ordenamiento, en la parte que nos interesa decía: "Uno de los principales objetos de esta ley es definir el carácter especial que compete a la institución del Ministerio Público, prescindiendo del concepto que la ha reputado siempre como auxiliar de la administración de justicia. El Ministerio Público es el representante de la sociedad ante los tribunales, para reclamar el cumplimiento de la ley y el restablecimiento del orden social, cuando ha sufrido quebranto. El medio que ejercita por razón de su oficio consiste en la *acción pública*. Es, por consiguiente, *una parte* y no un auxiliar, en el sentido legal de la palabra". (Vale la pena recordar que con base en el artículo 91 de la carta federal de 1857, se disponía que la Suprema Corte de Justicia estaría integrada por once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general, todos electos en forma indirecta en primer grado por un período de seis años).

En esa misma reforma se dispuso en su artículo 37, que el Ministerio Público estaría precedido por el procurador general de la República y se integraría con tres auxiliares del citado procurador; en tanto que en el artículo 42 se determinó: "que el procurador general de la República, los agentes y los demás empleados del Ministerio Público, serían nombrados y removidos libremente por el Ejecutivo". En consecuencia, la Ley de Organización del Ministerio Público Federal, del 16 de diciembre de 1908, en su artículo 5 estableció que "El procurador general de la República, así como los funcionarios del Ministerio Público, dependían inmediata y directamente del Ejecutivo, por conducto de la Secretaría de Justicia". En realidad, esta ley federal tiene su antecedente en la ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales del 12 de septiembre de 1903, que por primera vez institucionalizó el Ministerio Público en forma jerárquica dependiente del Ejecutivo de la Unión, pero no de manera unitaria, pues se establecieron varios procuradores de justicia como jefes del Ministerio Público; uno en el Distrito Federal que también tenía competencia en el Partido Norte de Baja California y en el Territorio de Quintana Roo, un segundo procurador para los partidos del centro y del sur de Baja California, con residencia en la Paz, y un tercero en el Territorio de Tepic, con residencia allí mismo.

Siguiendo esta misma orientación, el constituyente de 1917, hizo depender al Ministerio Público del Poder Ejecutivo, al establecer en el artículo 102 que éste estaría a cargo de un Procurador General que sería nombrado y removido libremente por el titular del Ejecutivo; sin embargo, por un error involuntario lo dejó inserto en el Capítulo IV del Título Tercero, siendo que lo correcto es que lo hubiera puesto en el Capítulo III de dicho cuerpo legal, en donde se aloja el Poder Ejecutivo.

Con independencia de su adscripción y pese a todos los esfuerzos realizados en aquella época para darle al Ministerio Público una fisonomía propia, esto no se logró ya que no obstante que el Ministerio Público quedó separado del Poder Judicial, los ya famosos Jueces de Instrucción seguían teniendo el control

de la investigación de los delitos, ordenando a las policías, tanto municipales como a los propios alguaciles y Presidentes Municipales, la detención y presentación ante sí, de los sospechosos, convirtiendo al Ministerio Público en su ujier. Frente a este estado de cosas, el constituyente de 1917 reacciono con violencia y serio compromiso y así, en su anteproyecto de reforma constitucional del 1 de diciembre de 1916, el Jefe Carranza propuso que la persecución de los delitos le incumbieran al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estaría bajo la autoridad y mando inmediato de aquel. La propuesta es encomiable, pues ya se separaba de una vez por todas la función jurisdiccional de la estrictamente investigadora, la cual quedaba en forma exclusiva, encomendada al Ministerio Público.

Todo hubiera sido un acierto de no ser porque en su evolución, el Ministerio Público fue perdiendo su rumbo y de una institución objetiva, equitativa y de buena fe, se convirtió en una figura abyecta del Ejecutivo y las más de las veces operó al servicio y dictados de ese poder, privilegiando la "oportunidad" y no la legalidad, que es el principio que lo informa.

Sin embargo, y es un error en el que muchos tratadistas y distinguidos juristas han caído, se ha creído que el Ministerio Público por su dependencia y adscripción al Ejecutivo, es poluto e ineficaz; y es que "el árbol no les permite ver el bosque" ya que en una visión objetiva, realista y crítica, el mal no esta precisamente en la dependencia o adscripción del Ministerio Público a este Poder, sino que la perversión está en que ese Poder a través del tiempo y por las condiciones propias de nuestro país, se convirtió en el único poder real y verdadero en el Sistema Político mexicano, quedando anulados y de "mera imagen" tanto el Poder Legislativo como el mismo Poder Judicial. Cuántas veces no oímos y vimos que el Poder Legislativo no era más que un "levanta dedos" que sin escrúpulo alguno en forma sumisa y humillante aprobaba sin crítica alguna, las iniciativas de ley del Ejecutivo Federal. Por lo que hace al Poder Judicial Federal, algunas veces vimos con preocupación y pena, que salvo muy contadas y honrosas excepciones, los Ministros eran, o favoritos del Presidente o políticos desagraciados, y en muchos casos, con mala reputación; no siempre se privilegió el mérito personal, académico o profesional y muchos distinguidos juristas fueron desaprovechados.

En realidad, la adscripción del Ministerio Público al Ejecutivo no es mala en sí, lo grave es cuando el Ejecutivo no es legítimo y en aras de mantener su espurio poder, manipula y somete a un órgano como el Ministerio Público que por definición debe guardar plena autonomía y ser garante de la seguridad y la legalidad. En tal virtud lo mejor es separarlo, lo más posible, de cualquier otro poder que le obstruya su importante misión.

Uno de los grandes problemas que enfrentó por mucho tiempo el Ministerio Público, fue que encabezado por el Procurador, éste tenía a su cargo la

representación y asesoría del Ejecutivo, así como las funciones propias del Ministerio Público, o Fiscal; lo que daba lugar a que se mezclaran dos funciones o atribuciones contradictorias, haciendo sospechoso su desinterés; de ahí que las observaciones hechas en su tiempo por Luis Cabrera, para desvincular al Ministerio Público ( como Fiscal ) del Procurador ( como Asesor Jurídico ) hayan sido del todo acertadas, dando como resultado que en las reformas constitucionales de 1994, ya se separara de la Procuraduría, la función de asesor o consultor del Ejecutivo, ordenándose en el Artículo 102, inciso A, último párrafo, que "La función de consejero jurídico del Gobierno, estará a cargo de la dependencia del Ejecutivo Federal que, para tal efecto, establezca la ley".

Nosotros creemos que aún sigue persistiendo el vicio de tener sometido y maniatado el Ministerio Público, al colocarlo como dependiente, en múltiples aspectos, del Presidente de la República, ya que no basta el hecho de que tras su designación hecha por el "Ejecutivo", la misma sea ratificada por el Senado; ya que como reza el artículo 102 en su apartado A, primer párrafo, última parte, "El procurador podrá ser removido libremente por el Ejecutivo", lo que se traduce en una pertinaz e inconveniente dependencia y subordinación del Ministerio Público a los dictados del Presidente, incluso de su gabinete; porque ¿quién va a refutar que el Secretario de Gobernación le da instrucciones al Procurador?. O, como vimos en meses pasados en la detención del famoso narcotraficante Arellano Félix, que en la televisión, en todos los noticieros en red nacional, el Secretario de la Defensa Nacional daba a conocer a "los medios" que "la dependencia bajo su mando" se había encargado de la "investigación", localización y aprehensión del "muy buscado traficante", que no "presunto"; y que en ese momento se encontraba en las "instalaciones del Campo Militar Número Uno" sujeto a un interrogatorio por parte de los encargados de la Inteligencia Militar; y que posteriormente lo pondría a disposición de la Procuraduría General de la República. Y lo más grave de todo es que el Procurador General de la República, General Rafael Macedo de la Concha, estaba allí presente, asintiendo lo dicho por "su superior", al menos en su rango castrense, sin considerar su papel como Titular del Ministerio Público Federal. Esto no puede ni debe seguir, porque es atentatorio a los más elementales principios del Derecho Penal Constitucional.

Dada la evolución social y política que ha venido experimentando el Estado mexicano creemos que para una buena y oportuna procuración de justicia se hace menester independizar de plano y en forma absoluta, al Ministerio Público, no afiliándolo ni subordinándolo a ninguno de los tres poderes que hoy conforman el Sistema Político mexicano; y en forma totalmente innovadora, crear la Fiscalía General como cabeza del Ministerio Público y cuya integración se haría con un titular, electo en forma indirecta por cinco años, con opción a ser reelecto por una vez más, por los miembros del Congreso y a propuesta de una terna que presentarían por una parte, el Presidente de la República y por la otra, el Presidente de la Judicatura; quienes a su vez, recogerían las propuestas y nombres de juristas ilustres de las Barras y Colegios de Abogados, Facultades y



Escuelas de Jurisprudencia; incluso, porque no, de las ONG (Organizaciones no Gubernamentales) que en nuestro sistema y en el mundo occidental, han cobrado un gran vigor y plena vigencia.

El argumento en contra de esta propuesta ha sido hartamente simplista, pues se ha dicho sistemáticamente, que no es posible crear otro poder, ya que la trilogía de poderes colma plenamente las posibilidades de la estructura estatal. Siento que lo que sucede es que la mayoría de las gentes incluyendo políticos y estudiosos de la ciencia política, no han sabido analizar el famoso Capítulo VI del libro XI del celeberrimo tratado de Charles-Louis de Secondat, barón de La Brède y de Montesquieu, "El Espíritu de las Leyes", ya que no existe verdaderamente en el autor francés, teoría alguna sobre la separación de los poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sino más bien, una teoría de la combinación, fusión y vinculación de dichos poderes; ya que releendo atentamente a Montesquieu encontramos entre otras cosas que: a) El poder ejecutivo se conecta con el legislativo mediante el derecho de veto del monarca; b) El legislativo puede, en cierta medida, ejercer un derecho de vigilancia sobre el ejecutivo (controlando la aplicación de las leyes que ha votado, exigiendo cuentas a los ministros, etc.) c) El legislativo se conecta eficazmente con el poder judicial ya que en circunstancias particulares aquél se erige en tribunal (cuando los nobles son juzgados por sus pares de la Cámara alta, para preservarlos en su dignidad del contacto con los prejuicios de los magistrados populares; en materia de amnistía y en materia de juicio político cuando la Cámara baja formula acusaciones ante la Cámara alta). Como se ve, en Montesquieu la división o separación de potestades, se trata ante todo, de un problema político de relaciones de fuerzas y no de un problema jurídico referente a la definición de la legalidad y sus esferas. De ahí que la socorrida separación de los poderes no es otra cosa que la repartición ponderada del poder entre potestades determinadas, que en su entonces lo era el rey, la nobleza y el pueblo.

Luego entonces, no debemos quedarnos a la zaga y con valor, prudencia y buen juicio, emprender un camino innovador que haga posible un combate frontal y efectivo al cáncer de las sociedades y más a la contemporánea, que lo es la delincuencia; pero dejando siempre a salvo y bien cuidados los derechos de los vigilables. Para esto, como lo dijimos arriba, creemos que una Procuraduría o Fiscalía General totalmente independiente, integrada democráticamente y con una ley que la regule de manera eficaz, sería lo adecuado; así como los órganos de vigilancia autónomos que actualmente funcionan en México, tal como el Consejo de la Judicatura para el Poder Judicial, creado por las reformas constitucionales de diciembre de 1994, a los artículos 94 y 100 en el ámbito del Poder Judicial federal y 122, Base Cuarta, incisos del II al VI, para el Distrito Federal, en donde se dispone que la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial, con excepción de la Suprema Corte de Justicia, estará a cargo del Consejo de la Judicatura. Esto daría lugar a que se configurara un Consejo de la Procuraduría General, que se compondría igual que la Judicatura, de siete miembros entre los

cuales estarían tres designados entre los órganos superiores de esa misma procuraduría, que gozasen de reconocimiento y experiencia en el ámbito de la procuración de justicia, que se escogerían por sorteo; otros dos nombrados por el Congreso de la Unión y uno más por el Presidente de la República; asumiendo su titularidad el mismo Procurador o Fiscal General, como acontece en el caso de la judicatura. Así mismo, se crearía el Instituto de la Procuraduría en substitución del Instituto Nacional de Ciencias Penales y el Instituto de Capacitación para Agentes de la Policía y de Peritos, a efecto de que tanto la actual Policía Judicial como los agentes del Ministerio Público, tuvieran una capacitación de excelencia, tanto en criminalística como criminología; así como una formación humanista orientada a los Derechos Humanos. Y los Ministerios Públicos, en particular, por ser ya abogados, empujarlos a superarse con maestrías en Derecho Penal y en Derecho Procesal Penal; contando además para su adecuado funcionamiento, con una Visitaduría General con miembros del propio Consejo. En el entendido de que todas las decisiones y recomendaciones del Consejo, sean definitivas e inapelables, y solo mediante una revisión extraordinaria, dar lugar al juicio de responsabilidad a quienes emitieran el juicio.

Convendríamos en que a efecto de no conservar la inapropiada nomenclatura empleada para designar a la policía que actúa bajo el mando del Ministerio Público, a ésta se le denomine Policía Investigadora, que sería la Policía Técnica de Investigaciones; o por último, Policía Ministerial, como en algunos Estados ya así se le denomina.

Nosotros creemos que sí debe conservarse en un marco de colaboración, una sana distancia entre el Ministerio Público o Fiscal General y el Poder Judicial; y que la Averiguación Previa y la función de acusación este a cargo en forma exclusiva del Ministerio Público y sus auxiliares, conservando el "polémico" monopolio de la acción penal, ya que el Ministerio Público, como lo venía apuntando Emilio Portes Gil, "es el órgano de interés público en la actuación concreta de la ley, ya que esta Institución es y debe ser una Institución de buena fe, que procura la justicia y la equidad y repudia o debe repudiar, la acusación sistemática". Esto nos lleva de la mano a que de acuerdo con nuestra tradición e idiosincrasia, al particular le este vedado el poder accionar o ejercitar una acción pública, pues como bien lo dice García Ramírez, se propicia la ya muy superada venganza personal.

Efectivamente cuando el Ministerio Público actúa como accionante o requirente, frente al juez, no lo hace a nombre propio sino que lo hace a nombre y en representación de la sociedad.

De ahí que la tendencia impropia de algunos legisladores y juristas de darle a la víctima u ofendido la calidad de parte en el proceso y la facultad para ejercitar la acción penal como ocurre en el sistema inglés; en nuestro caso es del todo improcedente ya que nosotros hemos abrazado en Sistema de Representación

Social o Representante del Estado, en donde el ofendido no es el pasivo en el delito, sino la sociedad en su conjunto. Esto no va en contra de las tendencias modernas a que a la víctima del delito se le de mayor atención de la que se le venía dando hasta el pasado reciente, mismas que dieron lugar en el año 2000, a las reformas constitucionales contenidas en el nuevo apartado B del Artículo 20 constitucional, las que si examinamos con sentido crítico, vemos que van orientadas más a la asistencia tanto jurídica como médica de la víctima; así como a la reparación del daño; y al mismo tiempo, a que se le abran las puertas a una más eficaz y mejor coadyuvancia con el Ministerio Público; pero de ninguna manera se esta propiciando espacio alguno para que sea quien accione directamente y pueda manipular la Averiguación Previa ni la acusación en el proceso.

Volviendo al tema relativo al monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público, consideramos que es inequívoco que el Constituyente de 1917 así lo dispuso, pues su clara y firme intención fue siempre, la de apartar al juez tanto de la averiguación de los delitos, como de la facultad de acusación, todo esto para evitar la consolidación de juez y parte en la misma persona, ya que como decía Carnelutti: "Quien tenga por acusador al juez, ni teniendo a Dios por abogado se salva". Por nuestra parte, queremos insistir en que si en el pasado esto se tradujo en abusos, arbitrariedades y en una intrusión por parte del Ministerio Público en el ámbito jurisdiccional, esto se debió más que a un error o imprecisión del constituyente de 1917, a una supraordenación del Poder Ejecutivo frente a los demás poderes de la Unión. Pero no nos cabe duda de que la intención del Constituyente fue dejar, en forma exclusiva, al Ministerio Público como titular de la averiguación y el ejercicio de la acción penal; por lo que consideramos que las reformas habidas a la Constitución en 1994, con la inclusión del párrafo IV en el artículo 21, consistentes en conceder el derecho en abstracto, "a cualquiera" para impugnar por vía jurisdiccional, el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, se nos hace del todo ruinoso e imperfecto, pues contraviene la intención muy clara del Constituyente de impedir a toda costa, que el Poder Judicial pueda inmiscuirse en las funciones y actuaciones del Representante Social, básicamente en el período de averiguación previa. Ya de por si, con anterioridad a esta reforma, la legislación secundaria prevenía, por mera desconfianza al Ministerio Público, que en los cateos, arraigo e intervención de líneas telefónicas y de más diligencias delicadas, se tenga obligadamente que pedir autorización judicial, como lo previenen los artículos 61 y 133 Bis del ordenamiento adjetivo federal; así como los artículos 152 y 270 Bis del ordenamiento local. Cosas con las que no estamos del todo de acuerdo y que se superaría devolviéndole al Ministerio Público toda su dignidad que por autonomasia le corresponde, y eso sólo se logrará independizando al Ministerio Público tanto del Ejecutivo, como del Poder Judicial.

Conceder la impugnación de las determinaciones del Ministerio Público, ratificadas por el Procurador General, se nos hace impropio ya que esto

equivaldría a que las resoluciones de los Tribunales Colegiados y de la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, en amparos de su competencia, fueran objeto de reclamación por parte de la Presidencia de la República o de cualquier otro órgano que se pudiera imaginar; esto se traduciría en una falta de certeza jurídica y pondría en riesgo la seguridad de los ciudadanos. Con esto atisbamos que la inclusión de este cuarto párrafo al artículo 21 Constitucional, más atiende a los reclamos tradicionales que por sus abusos se hicieron en contra del Ministerio Público, que a una acertada técnica jurídica y legislativa. Nosotros pensamos que ya recuperada la dignidad de este importante Ministerio y con absoluta independencia, en su actuar, de los demás Poderes de la Unión, este organismo sería un garante para la persecución de los delitos y la aplicación de las penas, ya que con sus órganos de control interno y su elección democrática, no vemos riesgo alguno para los desvíos de su función.

En paralelo a su emancipación y remodelamiento de sus caracteres fundamentales, habrá que darle a sus integrantes, la seguridad, respeto y estabilidad que para el caso se requieren, para ello pensamos que se les otorgarían los mismos derechos y prerrogativas de que gozan actualmente los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, del Poder Judicial Federal, según el nivel que corresponda; como acontece en Italia, que en su última Constitución, promulgada en 1948, en su artículo 107 dispone "El Ministerio Público gozará de las mismas garantías que el Poder Judicial": En estas se incluyen como en México, las de inamovilidad, ascenso por méritos, escalafón, libertad de criterio y justa remuneración.

En el supuesto de que el Ministerio Público o el Fiscal General incurrieran en un desvío, estos estarían sometidos a las prevenciones contenidas en el Título Cuarto de la Constitución Federal y sus respectivos Títulos, en las Constituciones Locales; pero sus decisiones, al igual que las del Poder Judicial, serían de corte irrevocable, definitivas e inimpugnables.

Por lo que hace el desistimiento de la acción penal a que hace alusión el párrafo IV en comento, no tiene razón de ser, ya que si analizamos con minuciosidad las actuaciones del Ministerio Público dentro del procedimiento Penal, veremos que éstas se despliegan en tres momentos claramente diferenciados: Uno, y el más importante, lo es en esfera preprocesal, en donde actúa como autoridad y en donde tiene a su cargo recabar los datos, elementos y pruebas que sirvan para demostrar la existencia del delito, así como la probable responsabilidad del indiciado; en este período no se puede hablar de desistimiento de la acción penal, porque en todo caso si no lo ejercita, solamente hay un no ejercicio y esto en razón directa de que de los datos y pruebas obtenidas en la indagatoria, no se desprende la comisión del injusto o, si éste quedó acreditado, no le es atribuible al indiciado; consecuentemente, no tiene porque ejercitar una acción que a su criterio no es procedente; sin que pueda, en

contravención a los postulados del artículo 21 Constitucional, intervenir el Poder Judicial, ya que implicaría una intrusión de su parte, al mismo tiempo que se configuraría la odiosa consolidación que tanto se combate. Por otra parte, habrá que decir que el ejercicio de la Acción Penal, no queda al libre arbitrio del Ministerio Público, como si se tratara de un derecho subjetivo y que graciosamente pueda disponer de él; no, es un deber impuesto por la ley que inexorablemente tendrá que cumplir, a efecto de que al responsable del delito se le aplique el castigo previsto en la ley; al respecto, Manzini<sup>82</sup> sostiene que "La facultad del Estado para perseguir los delitos es un atributo de soberanía y no un derecho subjetivo, el cual más bien traduce una pretensión del Estado, que es la pretensión punitiva", la que al fin consideramos le da vida y justificación histórica. En el segundo momento, la actividad o función que despliega el Ministerio Público dentro del procedimiento, lo hace en la instrucción, y lo hace en su carácter de "parte", con independencia de que lo haga como parte formal, técnica etc., como se ha discutido por diferentes tratadistas y a lo largo de la historia<sup>83</sup>. Aquí el problema del monopolio ha quedado resuelto satisfactoriamente en la legislación secundaria a través de las reformas publicadas en diciembre de 1990 y que entraron en vigor en enero de 1991, con respecto a las facultades que anteriormente tenía el Ministerio Público para decidir sobre el contenido del proceso. En efecto, de conformidad con las modificaciones a los artículos 298 penúltimo párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales, que a la letra dice: "En los casos de sobreseimiento **sierpe será el juez** el que decida si procede o no", en semejantes términos se expresa el artículo 663 segundo párrafo, de ordenamiento local. Esto se nos hace del todo correcto, pues con anterioridad a esta reforma, el Ministerio Público podía promover el sobreseimiento y surtía efectos vinculatorios para el juez. Cabe hacer notar que con mucha anterioridad, en el artículo 276 del Código de Procedimientos Penales de 1880, se preveía esta independencia del juzgador, pues este artículo a la letra decía: "Si el Ministerio Público concluyere manifestando que no ha lugar a la acusación, se remitirá el proceso al Tribunal Superior, el que, con la sola audiencia del Ministerio Público, decidirá en el término de 15 días si se debe o no someter a juicio al inculcado. En el primer caso devolverá el caso al juez para que continúe el procedimiento, en el segundo, para que lo archive y ponga en libertad al inculcado". Como se ve, durante esta segunda etapa en donde el Ministerio Público, interviene como parte, ha quedado automáticamente separado el monopolio de la acción penal de que goza y debe gozar en la Averiguación Previa; y en orden a la jurisdicción, le toca al juez administrar y disponer del contenido del proceso. Lo que se nos hace a todas luces lo más saludable y conveniente para lograr el pretendido equilibrio procesal. Con base en lo expuesto se evidencia que el Juicio de Garantías contra el "desistimiento de la Acción

<sup>82</sup> Vincenzo Manzini. *Oo. Cit. Tl. Pág. 21.*

<sup>83</sup> Alcalá-Zamora y Castillo Niceto. "El antagonismo Juzgador-Partes: situaciones intermedias y dudosas. Estudios de Teorías Generales e Historia del Proceso (1954-1972) México UNAM 1974; Tl Nota 10 pp. 305-306. (Segunda Edición México UNAM 1992, II Ts.)

Penal" queda totalmente fuera de lugar, y su inserción en el precepto constitucional es además de ilógico completamente atécnico.

Finalmente, el Ministerio Público despliega una actividad en la tercera etapa del procedimiento que se ubica en la Ejecución. Efectivamente en el párrafo segundo del Artículo 529 del Código Adjetivo Federal se establece que : "Será deber del Ministerio Público practicar todas las diligencias conducentes, a fin de que las sentencias sean estrictamente cumplidas; y lo hará así, ya gestionando cerca de las autoridades administrativas lo que proceda, o ya exigiendo ante los tribunales la represión de todos los abusos que aquéllas o sus subalternos cometan, cuando se aparten de lo prevenido en las sentencias, en pro o en contra de los individuos que sean objeto de ellas". Aquí y a manera de comentario puesto que los límites estrechos de este trabajo no nos permiten ampliarnos, creemos que sería prudente instaurar los Jueces de Ejecución de Penas, tema del que en forma breve nos ocuparemos en el subcapítulo postsiguiente.

En párrafos anteriores hemos hecho el señalamiento de la conveniencia de cambiar el nombre a la titular del Ministerio Público y de la propia Institución, erradicando el nombre de Procuraduría; habida cuenta que para satisfacer las demandas, requerimientos y quejas de algunos grupos sociales o núcleos de personas, el gobierno ha ido creando a lo largo de la historia reciente, una serie de organismos públicos que dan asistencia, protección y asesoría a los mismos; y que por razones prácticas se les ha denominado "Procuradurías", así tenemos que en 1952 se creó la Procuraduría Federal Agraria; con posterioridad la Procuraduría Fiscal; en 1976 la Procuraduría Federal del Consumidor y en fechas más recientes, en el ámbito del gobierno del Distrito Federal la Procuraduría Social, sin olvidar también la Procuraduría de la Defensa del Menor y otros órganos similares. En tal virtud, consideramos que el término Procuraduría para referirse al Ministerio Público, no es el más indicado ya que la labor o función de asesoría y consultoría que originalmente tenía, a quedado fuera de su ámbito y su orientación primordial sigue siendo la investigación y persecución de los delitos. Consecuentes con esto, considero que prudente resulta cambiarle el nombre y en su lugar denominarla Fiscalía General o más conveniente aún, Ministerio Público General y sus subordinados quedar como "Agentes" del Ministerio Público.

En este mismo orden de ideas y atendiendo a la hipertrofia que acusa actualmente el Ministerio Público en nuestro sistema legal, ya que inclusive se le asigna el papel de parte subsidiaria o complementaria e incluso principal en los juicios civiles y familiares en defensa de ausentes o incapaces, etc., considero que todo este cúmulo de funciones se le deben de retirar para que las cumplan instituciones ad hoc a esos servicios y dejar que el Ministerio Público cumpla su importantísima misión constitucional, o sea la función de representante social en el ámbito penal, con más plenitud, propiedad y libertad, con lo que obtendríamos una mayor eficiencia en el combate a la delincuencia y, al mismo tiempo, un mayor respeto a la libertad y dignidad ciudadana.

#### **4.2.- Ante la realidad, retomar la esencia y los principios que informan la naturaleza jurídica del Ministerio Público y el artículo 21 de la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos.**

La ingente lucha contra el crimen nos impone la necesidad de buscar los caminos más idóneos para confrontarlo, desde luego estamos conscientes que el México de hoy presenta un rostro ostensiblemente distinto al que tenía en 1917; en aquel entonces, casi el 80% era población rural o avicinada en pequeños pueblos de no más de 1000 habitantes; ahora las cosas se han invertido, más del 80% de la población nacional es considerada según el INEGI ( Instituto Nacional de Geografía y Estadística) como población urbana, eso nos lleva a pensar que nuestro sistema legal tiene que dar un giro de 180, grados porque obviamente las cosas ya no son igual. Sin embargo, creemos que esto no se puede lograr con reformas parciales, parches a la Constitución, discursos y buenos deseos, la sociedad mexicana reclama una transformación sustancial; lo que se ha venido diciendo, una Reforma de Estado, ello obviamente replantearía los esquemas del poder, una recomposición de fuerzas y una nueva visión de la Nación; con esto obviamente se tocaría lo relativo a la Justicia Penal que de alguna manera es la primera ventana al mundo exterior, es como nos ven y es como los vemos; y es que una sociedad en donde no hay justicia no puede haber prosperidad.

La justicia abarca todos los ámbitos, el más destacado es el ámbito de la justicia social, en donde se logre una sociedad más igualitaria, un mayor respeto al individuo y una igualdad de oportunidades para todos. Esto es tarea de todos y su estudio y planteamiento se sale de las fronteras de nuestro trabajo, por lo que nos vemos compelidos pues, a circunscribirnos al ámbito de la justicia penal, en donde obviamente se incluye la procuración y la impartición de justicia que le toca, la primera, al Ministerio Público y la segunda al Poder Judicial. Como dijimos líneas arriba, en nuestra visión no es descabellada la idea de modificar el esquema clásico de la trilogía de poderes y que en medio del Poder Judicial y del Ejecutivo, se pudiera insertar un poder que sin ser igual, fuera verdaderamente independiente y que representado por el Ministerio Público, asumiera el papel histórico de representante social, como representante del Estado en la persecución de los delitos y en el establecimiento de las políticas públicas relacionadas con la criminalidad.

Así pensamos que mientras no haya una reforma integral de la Constitución en donde se replantee la misión histórica del Ministerio Público y su correspondencia con los demás poderes y agentes de la sociedad, lo más sano y recomendable es que volvamos los ojos a la esencia y los principios que informaron y motivaron al constituyente de 1917; rescatar la dignidad del Ministerio Público y dejarle intacta su función persecutora. No permitir que el particular intervenga, ni aportando pruebas ni sugiriendo ideas, sobre todo en la fase de averiguación previa. Ya oímos alzarse voces, como la de Alejandro Gertz Manero, flamante Secretario de Seguridad Pública Federal, quien sin ningún

recato ni conocimiento de causa propugna, "en los medios", que ante el desprestigio del Ministerio Público, sea "el particular" quien ejercite la acción penal. Se le olvida a este ilustre profano del Derecho Penal y de nuestro régimen Constitucional, que el Ministerio Público en México, no es una moda ni la invención o capricho de un gobernante, sino que es una institución que ha transitado a lo largo de nuestra historia, con altas y bajas, críticas y elogios pero que al fin es hoy por hoy, una institución llena de vigor y que se apuntala para enfrentar serena y exitosamente los riesgos del porvenir. El hecho de que por su enorme dependencia al Ejecutivo se haya degradado no conlleva a la necesidad de desaparecerlo; si ya conocemos el mal, lo que hace falta es corregirlo, porque en todo caso el mal se aloja en los hombres que han detentado el poder, más no en la institución que responde a los propósitos más nobles como son el representar a la sociedad en su conjunto, ricos y pobres, débiles y poderosos, delincuentes y víctimas; porque los principios que la informan son la buena fe, la objetividad y el desinterés; y lo que persigue es mantener la paz y tranquilidad de los ciudadanos, acusando a quien se haga acreedor a ello y esclareciendo la verdad sin que le mueva más interés que castigar al culpable; pero no él sino poniéndolo a disposición del juez, porque quien hace la imputación, que quede claro, no es el Ministerio Público, sino es el juez, cuando dicta solemnemente, el Auto de Procesamiento dentro del famoso término constitucional.

¿Qué hacer pues ante la realidad prevaleciente? empujar a una reforma integral constitucional en donde se apliquen las innovaciones que sean necesarias, algunas como las que hemos apuntado en el subcapítulo anterior; pero mientras tanto, redoblar los esfuerzos para acallar los defectos y vicios que los mal intencionados le atribuyen al Ministerio Público; rescatar su dignidad e ir auspicando que muchas tareas que se le han asignado pero que se apartan de su especial y propia naturaleza, vayan siendo asignadas a otros órganos para que la función investigadora y la persecución de los delitos se haga con más puntualidad y no haya posibilidad de que se sospeche o piense de su infuncionalidad y que ello de lugar a que con base en la infausta y atécnica reforma del artículo 21 constitucional, en su párrafo cuarto, el particular acuda en vía constitucional a impugnar sus determinaciones. Dicen que "palo dado ni dios lo quita", yo pienso que a la larga "se va quitar" ese párrafo cuarto que no tiene razón de ser y atenta contra la dignidad e independencia de tan respetable institución como lo es el Ministerio Público; ¡pero que mejor oportunidad! para que sea el tiempo el mejor juez y que después de algunas experiencias y reclamos que en vía de amparo se den en contra de las determinaciones del Ministerio Público, se pueda constatar su honestidad, su certeza y la contundencia de sus fallos. Yo no creo que sea valido que una estructura de tan amplio raigambre en nuestra historia institucional se pueda ver vilipendiada por otro poder que con base en la intención del constituyente del 17 nada tenia que hacer con respecto a la investigación y persecución de los delitos, ya que claramente propuso que esta función y misión tan delicada, únicamente le incumbiera al Ministerio Público. Nosotros nos pronunciamos en contra de aquellos que acomodando su punto vista a un marco



más de corte judicial, pretendan decir que es inequívoco que contra cualquier acto de "gobierno" o de "autoridad" procede el amparo; este es un caso de excepción, no admite la injerencia del Poder Judicial y la resolución del Ministerio Público, ratificada por su titular, el Procurador General, es inatacable, como son a su vez las decisiones de última instancia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, inclusive las de los Tribunales Colegiados de Circuito. ¿Qué pasa pues? Que los que alaban al Poder Judicial se muestran arrogantes y no quieren reconocer que el Ministerio Público guarda total independencia a ese poder, que sus actos son de estricto derecho, con total libertad y que en caso de desvío, le deviene al Ministerio Público "en forma personal" el juicio de reproche a través de la responsabilidad que el Capítulo Cuarto de nuestra carta fundamental contempla para los servidores públicos. Se podría preguntar ¿quién va accionar contra el Ministerio Público? si él es el titular de dicha acción; la respuesta es muy fácil en caso de inferiores, el propio Procurador como lo hemos ya visto en la práctica y la realidad nacional; pero como quien ratifica el no ejercicio lo es el procurador, no olvidemos que esta el artículo 110 de nuestra Constitución General, dónde con todas sus letras dice "que el procurador general podrá estar sujeto a juicio" y que las cámaras son las que accionaran.

Hoy retumban en nuestra memoria las magistrales palabras que en este sentido pronunciara en 1966 el Doctor Sergio García Ramírez en el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de Zacatecas, en donde con voz clara y suma gravedad, sustentara la ponencia "La Acción en el Proceso Penal", haciendo la farvorosa defensa del monopolio del ejercicio de la acción penal en beneficio del Ministerio Público; tesis que ha sostenido en forma permanente tan eminente jurista. Pero hay que reconocer que ya con anterioridad, en las Segundas Jornadas Latinoamericanas y el Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal, efectuadas en la Ciudad de México en el año 1960, el notable procesalista argentino Alfredo Velez Maríconde, presentó una excelente ponencia titulada "Acción Privada y Acción Pública en el Proceso Penal en los Países Americanos", en la cual postuló con brillantes argumentos, la tesis del monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, coincidiendo en sus argumentos, con los postulados del Doctor García Ramírez, en donde destaca como eje, el que de no ser de esta manera, se daría al particular afectado la posibilidad de participar en el manejo de la Acción Pública, que desembocaría muy probablemente en la ya muy superada y nada deseada venganza privada.

Nuestro argumento básico es que la autoridad del Ministerio Público no debe ser vista como una delegación de funciones ni como una solución pragmática a los problemas de contingencia criminal; el Ministerio Público es una autoridad consagrada en la propia Constitución y que por voluntad del Constituyente guarda total y absoluta independencia del Poder Judicial, de ahí que deberá buscarse la solución para el aseguramiento del cabal cumplimiento de la importante misión que la Constitución le asigna; pero en modo alguno subordinar sus determinaciones a este poder. Y por lo demás, evitar a toda costa

su adscripción al Poder Judicial como lo denota cierta tendencia generalizada de algunos eminentes juristas que sin poner en tela de juicio su conocimiento del Derecho, poco es lo que saben del Ministerio Público y su peculiar modo de obrar.

Nuestra postura tampoco se asimila al inveterado criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la por lo pronto superada jurisprudencia que sostenía que la impugnación en vía de amparo era improcedente, habida cuenta que el Ministerio Público actúa como parte; ya que esta calidad la asume el Ministerio Público ante la autoridad jurisdiccional; pero en etapa preprocesal, es indiscutible que actúa como autoridad. Lo que hay que reconocer es que es una autoridad con atributo constitucional y que por disposición del Constituyente, tiene el monopolio del ejercicio y que con toda libertad, dentro del marco legal, pronuncia sus determinaciones las cuales son y deben ser inapelables.

La tesis 198 que apareció en el volumen relativo a la Primera Sala del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, publicado en 1975, dispuso: "Ministerio Público". Cuando ejercita la acción penal en un proceso tiene el carácter de parte y no de autoridad y, por lo mismo, contra sus actos, en tales casos, es improcedente el juicio de garantías, y por la misma razón cuando se niega a ejercitar la acción penal. Las facultades del Ministerio Público no son discrecionales, puesto que debe obrar de modo justificado y no arbitrario, y el sistema legal que garantice a la sociedad el recto ejercicio de las funciones de esta Institución, puede consistir en la organización de la misma, y en los medios de exigirle la responsabilidad consiguiente, y si los vacíos de la legislación lo impiden, esto no es motivo para que se viole lo mandado por el artículo 21 Constitucional". Como se ve, la Corte prevé que en todo caso la recta función del Ministerio Público se busque y se logre a través de los medios legislativos más pertinentes, pero no y de ninguna manera, mediante el juicio de garantías y una supraordenación del Poder Judicial, pues su intrusión resulta atentatoria al espíritu de la Carta Fundamental.

#### **4.3.- Obrando con cautela, privilegiar la Libertad, tanto Provisional como Definitiva e insistiendo en la búsqueda de substitutivos de la Pena de Prisión.**

Podríase pensar por quienes amablemente dispensen la lectura a este trabajo, que el tópico de la Libertad podría devenir inconexo o fuera de lugar, con respecto al tema central que nos ocupa; sin embargo, yo considero que los grandes problemas y dificultades que ha enfrentado el sistema penal en la fase previa al proceso no es tanto por las facultades omnímodas del Ministerio Público o, inclusive, porque no se ha delimitado con la debida precisión la naturaleza y alcance de la Averiguación Previa; sino más bien, el problema subyace en el hecho de que la consecuencia inmediata del accionar ministerial, en la más de las veces, se torna o traduce en la prisión preventiva; ocasionando con ello un sin número de molestias y problemas tanto a los particulares como al Estado mismo.

Luego entonces, la solución más atinada a los problemas que representa la etapa preprocesal, debe orientarse más hacia sus consecuencias que a sus peculiaridades e implicaciones. En tal virtud debemos pensar en la pertinencia y necesidad de la Prisión Preventiva; y tras un riguroso análisis, seguro estoy que todos los partidarios de la nueva misión del Derecho Penal, será abolir ésta.

Para justificar tan adelantada conclusión, creo pertinente hacer un breve esbozo de la historia y explicación de la Pena de Prisión, incluyendo en ésta tanto la preventiva como la definitiva, la cual también considero se encuentra en franca crisis y descrédito.

Tomando en cuenta que La Prisión es el género, vamos hablar de ésta en primer lugar y posteriormente nos referiremos a sus especies; así las cosas, vamos a abordar el tema de la crisis en que se encuentra la Pena de Prisión.

#### 4.3.1.- Crisis de la Pena de Prisión.

En la antigüedad y en la Edad Media la pena capital era la reina de las sanciones; le seguían en importancia las corporales y las infamantes. La horca, la crucifixión, y la hoguera, entre las primeras, incluyendo en éstas el "despanzurramiento" como lo practicaban en la Inglaterra de Enrique VIII, quien por su "amistad" y alta estima que le profesaba a Tomás Moro, lo dispensa de padecerla para que "sólo" muera decapitado, por haber cometido el infausto delito de "no aprobar" el divorcio del monarca; las torturas y mutilaciones están entre las segundas y la marca con hierro candente entre las últimas; todas ellas sirven de ejemplo para ilustrar la barbarie de un sistema represivo que perduro hasta los albores de la época contemporánea. "Una sanción que no significa dolor físico para el condenado, era en esta época, sencillamente inconcebible".

Antes de los tiempos modernos, la prisión tenía una función exclusivamente procesal - con un lejano parecido a la odiosa prisión preventiva de nuestros días -; las cárceles únicamente servían de custodia a quien esperaba su juzgamiento y más bien, su ejecución. "Ulpiano decía: "La cárcel no es para castigo sino *ad continendo homines*".

En ese entonces y en sus orígenes, cualquier "*carcere*," lugar resultaba idóneo para servir de cárcel, cuyo término proviene del antiguo latín; en Roma, - *verbigratia* -, un antiguo depósito de agua bajo el foro fue la cárcel "Mamertina"; en otras partes, los calabozos de un castillo, los sótanos de las casas consistoriales fueron usados como cárceles; y no podemos olvidar las Torres de las ciudades, como lo fueron la famosa Torre de Londres y en París, la Bastilla.

Empero, cuando en el siglo XVIII, la burguesía alcanza al fin el poder político, - y decimos el político porque el poder económico ya lo detentaba hacía largo tiempo -, con el propósito de debilitar los privilegios de la monarquía y la

nobleza y protegerse a la vez, reduce considerablemente el número de delitos castigados con la muerte e instaura la pena privativa de libertad.

Para mejor ilustrar este movimiento, vale recordar las elocuentes palabras de Manuel Peris Gómez<sup>84</sup>, quien nos dice: "Como ya se ha dicho, los intereses de la burguesía revolucionaria francesa impusieron un Estado sometido a la Ley, para proteger, precisamente, aquellos intereses a través de la institucionalización de los instrumentos principales que la hicieran posibles.

De una parte, la Libertad. La Libertad para poseer bienes, traficar, comerciar, crear instrumentos de desarrollo económico, como sociedades mercantiles, bolsas, abrir mercados, etc. Libertad para crear leyes mediante la elección de los parlamentarios seleccionados por unos electores exclusivamente burgueses, a través de la instalación de un sufragio censitario, de forma que sólo podían serlo los que tuvieran determinada cantidad de bienes o pagaran una cierta cuota impositiva. Libertad para explotar el trabajo ajeno mediante el mercado libre de la fuerza de trabajo. En resumen, la Libertad burguesa es sólo para los burgueses. Se cuenta que en una discusión en las Cortes españolas sobre la abolición de la esclavitud, un diputado alegó en su favor que era más conveniente contratar obreros para el trabajo que poseer esclavos, pues estos había que criarlos o comprarlos, cuidarlos, darles alimentos y cobijo, y aún conservarlos etc.; mientras que a los obreros, cuando no producían, cualquiera que fuere la causa, se les despedía simplemente, y se les volvía a contratar cuando interesara. El argumento era tanto más cruel, cuanto que era cierto y real.

Y por otra parte, la Propiedad, elevada a la categoría de "derecho sagrado e inviolable" - como se lee todavía en algunos textos recientes de la doctrina "social" de la Iglesia -, categoría superior incluso a la Libertad, pues ésta no era sino el instrumento de aquélla, y su existencia, amplitud, concepción y fines no estaban sino en función de ella.

De tal manera era esto así que en aquella parte del Derecho que podríamos llamar Derecho límite, por ser el más fuertemente coercitivo, es decir, en el Derecho Penal, los Códigos liberales castigaban con las mayores penas aquellos delitos que atentaban a lo que más trataba de proteger aquella sociedad: el sistema de libertades y el de la propiedad privada. Y, aun hoy en día, aunque los primeros se han invertido en su sentido por un contexto político autoritario que ha eliminado todo el sistema jurídico-liberal de libertades públicas, las penas con que se castigan los delitos contra la propiedad no han variado en su dureza, pues los robos, hurtos, estafas, etc.; pueden castigarse con penas tan graves como las previstas para el homicidio".

<sup>84</sup> Manuel Peris Gómez. Juez, estado y derechos humanos. Fernando Torres. Editores. Valencia España. 1976 pp 43 y 44

Pero en el siglo XVIII, el triunfo de la Revolución Industrial y el hundiendo del feudalismo provocaron el abandono de los campos y el hacinamiento en las ciudades; los pequeños pueblos y villas medioevales se convirtieron en populosas ciudades; los otro ora campesinos devinieron en mendigos, vagabundos o salteadores de caminos.

Los medios de producción fueron acaparados por la burguesía única poseedora del capital; apareció el salario, injusto y arbitrario valor de cambio que industriales y comerciantes reconociera a los trabajadores a cambio de su fuerza de trabajo; y la masificación de la producción expandió la pobreza y centralizo a la riqueza.

Según Foucault, en su estupenda obra "Vigilar y castigar", nos dice que el gran invento social de la pena restrictiva de la libertad, obedeció exclusivamente a las leyes del mercado, cuando el desempleo y el descontento social arreciaran, la cárcel debía absorber a los desocupados; y por el contrario, en tiempos de prosperidad, al escasear la mano de obra y los salarios se empujaron hacia arriba, la cárcel-fábrica debería abaratarlos. Massimo Pavarini<sup>85</sup>, en esta misma comprensión del tema, hace una comparación de la penitenciaria como modelo de sociedad ideal, a los fines e intereses de la clase dominante y hace una ingeniosa comparación articulada entre la cárcel y la fábrica, entre preso y obrero, entre contrato de trabajo y pena retributiva, entre subordinación en el trabajo y subordinación de encarcelado, entre organización coactiva carcelaria y organización coactiva económica del trabajo. De ahí que este mismo autor diga "con la aparición del nuevo sistema de producción, la libertad adquirió un valor económico; y fue concebible una pena que privase al culpable de un *quantum* de libertad, es decir un *quantum* de trabajo asalariado". Estas celebres frases las produce el autor en su conocido libro "Control y dominación", pág. 36.

La doctrina tradicional y la Penología clásica atribuyen el alumbramiento de la pena de prisión al triunfo del la Ilustración Francesa y Alemana. Queda fuera de toda duda que fueron los enciclopedistas quienes demolieron el "*ancien régime*" e inspiraron un nuevo orden jurídico acorde con los intereses de la triunfante burguesía.

En este nuevo marco normativo, el sistema de represión aparece dulcificado, atribuyéndose a la prisión su metamorfosis de simple custodio en pena, a la victoria de las ideas liberales y humanitarias, consagradas en la Revolución Francesa y cristalizadas en los códigos Napoleónicos.

Desde aquel lejano siglo XVIII, las penas privativas de libertad dominan el Sistema Penal, constituyen su razón de existir; aún en los países cuyas

<sup>85</sup> Massimo Pavarini. "Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario". Nueva criminología. Siglo XXI. Editores. 1980

legislaciones han instaurado la pena capital, es la pena de prisión cuantitativamente hablando la más importante.

Doscientos años después del nacimiento de la prisión como pena, nadie se atreve a negar su calamitoso fracaso. Varios son los pecados que se le atribuyen, y no de ahora, en 1779, según lo refiere Juvellanos<sup>86</sup>, "la Sala de Alcaldes", consultada sobre los indultos, decía en un informe que: "Los presidios, lejos de servir para remediar la frecuencia de los delitos, se han convertido en manantial de nuevos desórdenes. La Sala quisiera ver erigidas unas casas de corrección, donde pudiesen destinarlos algún tiempo, aunque fuere rebajándoles sus condenas para que acostumbrándose allí a un trabajo más suave y menos forzado que el de los presidios y viviendo algunos años bajo una disciplina más recogida y provechosa pudiesen reformar sus costumbres". Aquí ya se atisba la desafortunada instauración de las prisiones tipo "presidio" que aún perviven en nuestros días; al mismo tiempo se vislumbran las recomendaciones de crear establecimientos más humanos y, al mismo tiempo, se plantea la conveniencia de rebajar las penas. Tendencia que en el mundo moderno se le ha reconocido como Reduccionismo Penal o Derecho Penal Mínimo, encabezada esa Escuela por el eminente jurista Luigi Ferrajoli, quien plasmo estas ideas en su reciente obra "Razón y Derecho" que contiene ya la semilla de la teoría del "Garantismo Penal".

Por su parte, Teresa Miralles<sup>87</sup> considera que la cárcel presenta más inconvenientes que soluciones, básicamente en el sentido de que de ninguna manera propicia la remanida readaptación social del reo y que lejos de alcanzar esto, las cárceles se han convertido en factores altamente criminógenos debido entre otras cosas y en principio, a la severidad del trato con los reos, la impreparación y sadismo del personal carcelario, las perversiones sexuales que ahí se viven y, finalmente, porque no se ha logrado establecer en ningunas de las cárceles modernas, en forma satisfactoria, un programa de trabajo penitenciario que efectivamente pudiera lograr la reinserción del reo a la vida normal. Los factores que apunta Teresa Millares, son entre otros, a) la escasez de instrucción laboral, pues solo un número reducido de reclusos ejercen un tipo de trabajo que llamaríamos "resocializador" en el sentido de aportar una técnica laboral útil; b) en segundo lugar, por la imposibilidad de escoger algún tipo de trabajo que interese al recluso. En su gran mayoría el trabajo carcelario es de tipo "doméstico" - fregar, limpiar, barrer, cocinar -, o de tipo manual, tosco, repetitivo, sin técnica (coser balones, cocer sacos, confeccionar pantalones, etc.). Además de estos factores, prevalece la falta absoluta de medios para completar o iniciar estudios; y como

---

<sup>86</sup> Gaspar Melchor Juvellanos y Ramírez "Obras", en biblioteca de autores españoles T.46, pág. 450 y siguientes. Citado por Manuel de Lardizabal en "Discurso sobre las penas". Ed. De Palma 1979, pág. 70 y siguientes.

<sup>87</sup> Teresa Millares. El pensamiento criminológico II. Estado y Control. Temis Bogotá, Colombia 1983. Capítulo XXV, pág. 109

corolario de esto, la carencia o insuficiencia de los organismos post-carcelarios para encausar al recluso en la vida laboral".

Es por eso que se ha dicho: "Por si sola, la prisión no reforma al hombre; simplemente lo segrega", y como se dice en la conseja popular, "La cárcel, al bueno lo hace malo y al malo lo hace peor".

A pesar de que en nuestra Constitución el Artículo 18, en su origen hablaba de Colonias Penales, reconocía la oprobiosa presencia o existencia de los "Presidios" que por antonomasia son en si, verdaderos infiernos, pues su esencia es el aislamiento y el maltrato, dejando en el interno un estigma y una psicosis que hace casi imposible su re-socialización. Ya en la visión moderna, nuestro Constituyente permanente quitó el concepto de presidio, hablando únicamente de prisión y la legislación secundaria a creado los Centros de Readaptación Social, como lo previene en dicho artículo nuestra Constitución. Sin embargo, como se aprecia, sigue persistiendo la errónea idea de readaptación y no de re-socialización. A este respecto, Hilde Kaufmann<sup>88</sup> nos dice: "aquí se ha tocado un punto totalmente esencial de la problemática de la prisión, esto es, que el aislamiento y la entrega a la presencia omnicomprendiva de la vida de la prisión conduce a mecanismos de adaptación e impiden en medida variable una auténtica (re-) socialización". Y es que se ha venido confundiendo lo que es o debería de ser en si la prisión, ya que la pena de prisión "no es una venganza, es un remedio social a un mal social", como lo considera Cuello Calón<sup>89</sup>. Imbuidos de estos mismos principios y acuerdos con las inquietudes reinantes en la actualidad, la Comisión Real del Departamento de Servicios Correccionales de Nueva Gales del Sur, en Australia, recomendó se aplicasen estos procederes, para el tratamiento penitenciario: "a) El recluso va a la cárcel como castigo y no para ser castigado; b) Durante el tiempo que pase en prisión, el recluso debería perder únicamente su libertad y los derechos a cuyo ejercicio obste, expresa o necesariamente la pérdida de su libertad; c) Los reclusos deben permanecer encarcelados durante el menor tiempo posible; en el caso en que las alternativas del encarcelamiento sean inapropiadas al principio, debe recurrirse a ellas en cuanto sea razonablemente seguro; d) Debe someterse a los reclusos a las condiciones de seguridad menos estrictas que resulte posible; e) Debe recluirse en prisiones a la menor cantidad de personas y ello únicamente cuando se hallan agotado todas las alternativas pertinentes". Esta misma tendencia se ha sostenido en los congresos de 1980 habido en Caracas y el de 1985 en Milán, en donde se hace énfasis en la "Prevención" del delito y se insinuó claramente, la necesidad de una mayor humanización de la Justicia Penal y los Sistemas Correccionales, insistiéndose en el reemplazo de la reclusión, tomando en cuenta el cúmulo de críticas contra el actual sistema de reclusión para contribuir exitosamente a la re-socialización del individuo; además, se puso especial énfasis en las medidas substitutivas del

<sup>88</sup> Hilde Kaufman. "Ejecución penal y terapia social". Editorial De Palma. 1979, pág. 70

<sup>89</sup> Eugenio Cuello Calón. "La moderna penología" Bosch, casa editorial, S.A. Barcelona, pág. 638

encarcelamiento en la etapa sumarial, sin dejar de considerar la del plenario y la relativa a la etapa posterior a la condena. Sin embargo, cuando se planteo la posibilidad de sucedáneos se dijo que había de tener especial cuidado en no poner en peligro la seguridad pública, ni suscitar alarma en la gente, afirmándose que no debía menospreciarse el efecto punitivo y disuasivo del encarcelamiento ni su influencia en la rehabilitación.

Por nuestra parte, consideramos que no debe confundirse "desprisionalización" con "despenalización" ya que de todos es reconocido que un derecho penal sin sanción es un Derecho Penal muerto. Inclusive, siguiendo a Jescheck, consideramos que no se puede prescindir totalmente de la pena, incluyendo a las privativas de libertad de corta duración excepcional, porque su "efecto shock" puede ser necesaria y conveniente por razones preventivo-especiales; concretamente, puede ser especialmente saludable para delincuentes de tránsito de automóviles, como ya lo tiene legislado el Distrito Federal; aunque en forma equivocada, pues lo deseable hubiera sido que por ejemplo, en los delitos de homicidio, lesiones graves, con motivo del tránsito de vehículos, y tratándose de particulares, la pena fuera de un mes hasta un año de prisión inconvertible y sin derecho a fianza; también a los autores de delitos económicos especiales, en donde lamentablemente, vemos que nuestra legislación federal acusa un lamentable rezago; y esto hay que considerarlo por su fuerte ejemplo intimidatorio sobre personas socialmente "adaptadas".

Refiriéndonos al tema relativo a la Readaptación Social, como lo postula nuestra carta fundamental, pensamos al igual que Mariano Ruiz Funes, "que el ideal no esta en la sustitución de la mazmorra por el hotel, de la promiscuidad por la higiene, del tormento por la comodidad; sino en conocer al recluso y en aplicarle el tratamiento correspondiente. Esto, que parece tan simple, abstractamente considerado, no ha encontrado todavía en la realidad más que algunos intentos de ejecución. Con mejores o peores edificios, las prisiones continúan siendo el archivo, sin clasificar, de las variedades humanas antagonicas".

En este mismo sentido, y con una orientación más jurídico-penal, Manuel López Rey y Arrojo,<sup>90</sup> sostiene: "Que la readaptación es de indole jurídico social, de respeto a la ley penal, la cual exige un mínimo jurídico social para considerar readaptada a la persona. Por tanto, el decir o emplear los términos reeducación, rehabilitación, regeneración, instrucción y demás comúnmente utilizados, tienen escaso contenido penitenciario, pues unos y otros tratan de asignar a la función penal en su aspecto penitenciario, una finalidad que no le es propia". De ahí el rotundo fracaso del moderno sistema penal penitenciario, esto aunque vaya en contra de los partidarios de el Derecho Penitenciario con una "finalidad curativa",

<sup>90</sup> Manuel López Rey y Arrojo. "Teoría y práctica de las disciplinas penales", publicación del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delinuentes. Febrero 1977. San José de Costa Rica. Pág. 47 y siguientes.



en la que no podemos creer.

En este marco de ideas y consideraciones, nos parece que lo importante es lo siguiente: 1.- El ejercicio de la función penal penitenciaria no tiene por finalidad la de transformar al hombre, al recluso, sino hacerle comprender la conveniencia para él y para la sociedad, de respetar ciertos valores sociales fundamentales; 2.- En no pocos casos, la readaptación jurídico social del recluso, lo es en forma mínima; 3.- El artificial ensanchamiento de la función penitenciaria, de por sí ya difícil, hace prácticamente imposible la readaptación del recluso y facilita el fracaso de esa función y, 4.- Sin negar que las malas condiciones de ciertos regímenes y sistemas penitenciarios explican en buena parte el fracaso, éste se debe a circunstancias y condiciones sobre las cuales dicha función nada puede hacer. En realidad, la función penal penitenciaria no puede proveer al recluso con una especie de inmunidad contra las desfavorables condiciones de la vida. Aunque habría que preguntarnos ¿Qué clase y con que calidad de vida estamos viviendo?.

Sin embargo, no hay que perder de vista que las tendencias mundiales actuales se han inspirado en un humanitario impulso, que se deriva, en buena medida, de una conciencia cada vez más acentuada, con propicio respaldo de los inconvenientes que exhibe la reclusión tradicional y en la presión de teorías y enfoques de tratamiento distintos, para suplantar lo que se ha denominado la "prisionización" o "marca de la cárcel", que al final de cuentas en nada beneficia ni a la sociedad ni al individuo a quien pretendemos re-socializar.

Teniendo en cuenta pues, la ineficacia histórica de la cárcel como medio para lograr la recuperación social de los delincuentes, se impone inexorablemente, la búsqueda de otras alternativas y la revitalización de programas ya vigentes, para ser acometidos en todos los niveles del Sistema de Justicia Penal, incluyendo desde luego la etapa anterior al juicio, que "no anterior al hecho punible".

En mérito a la experiencia, se ha visto que la utilización arbitraria del encarcelamiento preventivo, la falta de control social sobre los actos judiciales-  
publicidad -, la enorme delegación de funciones, etc., son claros ejemplos de un sistema que más allá de declaraciones bien intencionadas no respeta al hombre concreto y singular que espera, muchas veces angustiosamente, la solución del conflicto en el cual se encuentra inmerso. Es por todo esto que nosotros nos apuntamos en la corriente que privilegia la libertad tanto provisional como la definitiva e insistimos en que debemos intensificar la búsqueda de sucedáneos a la pena de prisión.

En el espectro mundial se tiende paulatinamente y en forma palpable a la des-institucionalización de las prácticas penales-penitenciarias, esto es a la disminución de la prisión, al acortamiento de las sentencias privativas de libertad y

a la utilización de otras medidas que no conlleven la pérdida de tan esencial derecho; nosotros nos hacemos eco de ellas.

#### **4.3.2.- Desaparición de la Prisión Preventiva y de la Libertad Provisional.**

Creemos y es perfectamente válido decir que en la actualidad una sociedad es tanto más desarrollada cuanto menos sanciona a sus integrantes, y parece no haber duda alguna en que son las sociedades más desarrolladas las que tienen una mayor tendencia a la despenalización y a la modificación de las medidas penales. La importancia de esto estriba en que a mayor madurez, menor necesidad del castigo, trayendo esto consigo, mayor respeto y dignidad entre sus miembros. El ideal de toda sociedad es el de llegar a no necesitar la coacción para que la vida marche con tranquilidad y paz, haciéndose posible la predicción de Radbruch, de que alguna vez el progreso histórico superaría al "Derecho Penal", según cita de Jescheck<sup>91</sup>. Sin embargo, ni aún las sociedades más desarrolladas y cultas, tanto en la antigüedad como ahora, lo han podido lograr, y es que el desajuste y cierta proclividad a la anomía esta implícita en la naturaleza misma del hombre. Ahora bien, cuando el individuo realiza un acto antisocial, la sociedad se ve conminada a reaccionar, aplicando al caso, las medidas defensivas que aseguren el restablecimiento del equilibrio y la paz amenazada, con la consiguiente afectación al miembro social que se manifestó con esa actitud contraria a los intereses de la comunidad.

Dicha medida, que se puede presentar bajo el aspecto de defensa social, o bien como una medida de prevención, ya general o ya especial, tiene su natural secuencia que se desenvuelve en el tiempo y que hoy reconocemos como Proceso, y el mismo culmina con la decisión final, la cual será la consecuencia jurídica aplicable a ese hecho o conducta antisocial; esto es lo que le da sustento y legitimación al juicio. Y es que, como dice Carnelutti: "Un castigo sin juicio sería, en vez de castigo, un nuevo delito"<sup>92</sup>. Es así como actúa nuestro sistema punitivo, a través del Estado, que es quien nos rige y gobierna, teniendo únicamente como marco límite a la Ley, partiendo de manera descendente, de la Carta Fundamental. Como se ve, esto ocurre a través de un proceso que se desenvuelve en el tiempo y mientras se llega a ese momento final de la decisión, el sujeto puede haber estado privado de su libertad bajo la llamada Prisión Preventiva. Cabe la posibilidad de que la decisión sea en el sentido de que el sujeto fue inocente o que el hecho realizado no era en realidad delito; o bien, que le asista al agente una excluyente de responsabilidad; y, sin embargo, ya la prisión preventiva se ha sufrido sin responsabilidad alguna y sí en cambio, con un daño que al final resulta irreparable.

<sup>91</sup> Hans-Heinrich Jescheck. "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Vol. I. Bosh, Casa Editorial S.A. Barcelona 1978, pág 91

<sup>92</sup> Francesco Carnelutti. "Como se hace un Proceso" Segunda edición. Colofón. México 1990, pág. 17

La experiencia nos dice por otra parte, que en la etapa de prisión preventiva nada se hace por rehabilitar al detenido, porque en principio aun no sabemos si tenga que rehabilitarse "alguien que no esta desviado y no ha infringido la ley"; pero además, por disposición legal, los programas de rehabilitación, no están en ningún momento orientados para aquellos que están sujetos a proceso. Efectivamente, la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, únicamente para los sentenciados, contempla programas de regeneración o reinserción social mediante el trabajo, la capacitación y la educación. El artículo 12, claramente menciona que la readaptación social es para el sentenciado; que el tratamiento se fundará en las sanciones penales impuestas al sentenciado; y finalmente dice que la readaptación social tiene por objeto colocar al "sentenciado ejecutorio" en condiciones de no delinquir nuevamente. A su vez, el artículo 15, «en forma por demás simplista», dice "no es indispensable el trabajo a:...III Los indiciados, reclamados y procesados".

Lo anterior nos indica claramente que el tiempo que el procesado permanece en prisión, es un tiempo perdido; pero no nada más para el reo, también para el Estado, porque a éste le cuesta mantener el Sistema Carcelario y lo paga con las contribuciones de la sociedad. Ahora bien, lo más grave es que ese sujeto que al final resulta inocente, sale resentido y desasociado y, muy seguramente, infectado por la convivencia o comunicación, - como lo nombra la moderna criminología, - con el mundo o submundo del hampa, pues de todos es sabido que en nuestros sistemas carcelarios no hay grandes diferencias ni separaciones para los delincuentes reincidentes, peligrosos, degenerados, etc., y que de alguna manera pudieran servir de maestros para aquellos primo-delinquentes o, inclusive, como nos toca considerar, para aquellos que no han cometido infracción alguna. El hecho de que al resultar culpable se le abone su tiempo de claustro, en nada resuelve la problemática que enfrentamos.

Para nosotros, y consecuentes con una impronta mundial, debe desaparecer la Prisión Preventiva, como Instituto básico del procedimiento penal y, por excepción, establecer la "sujeción" a centros de observación y evaluación para aquellos casos de delitos que la ley reputa como graves y por otra parte, para aquellos sujetos que valorados por los científicos y técnicos especializados determinasen una alta peligrosidad que represente una amenaza tanto para ellos mismos como a la propia sociedad.

Dicho sea de paso y a fin de evitar equívocos no deseados, aclaro que la peligrosidad de la que aquí hablamos es diferente a la que consideraba el Derecho Penal material para graduar y fijar las penas, dentro de los límites de mínimo y máximo impuesto por la ley, y que por cierto ha quedado superado por el de "proporcionalidad" o grado de participación en el ilícito, dejando atrás el viejo método o principio de la "culpabilidad" que fue objeto de serias críticas, como lo dicho por Hassemmer: "La ley no exige demostración de la capacidad de culpabilidad, sino de la inexistencia de la misma; dicho de otra manera: La

culpabilidad se presume, no se demuestra. Se prueban los indicadores negativos". También para Muñoz Conde: "El principio de culpabilidad es científicamente insostenible, ya que se basa en argumentos racionalmente indemostrables: la capacidad de poder actuar de un modo distinto a como se actuó es algo en lo que se puede creer, pero que no se puede demostrar". Como acertadamente dice Roxín: "el concepto tradicional elevado al plano de la fe lo que no puede ser más que un problema de conocimiento<sup>93</sup>". Nosotros nos referimos a la peligrosidad enmarcada en el ámbito criminológico, con respecto a la salud mental del agente y un plano totalmente diferenciado al concepto de penas.

Esto tiene algunas implicaciones de orden jurídico y filosófico de perfil muy delicado, porque también podríamos caer en el problema de las "Penas Abiertas", que podría poner en riesgo la seguridad jurídica y abolir el principio *nulla poena sine lege*; temas de los que en todo caso más adelante iremos haciendo puntual referencia.

Al hablar y proponer que desaparezca la Prisión Preventiva, trae como consecuencia la abolición de la Libertad Provisional, lo que daría lugar a que se propusiera la substitución de ésta por mecanismos más ágiles, accesibles y no discriminatorios para nadie, manteniéndose al mismo tiempo las ideas y principios de la defensa social.

Fácil es hacernos la pregunta de ¿por qué si es tan obvio que la Prisión Preventiva no rinde fruto alguno y le cuesta al Estado y daña al particular, es que se ha mantenido vigente en nuestro Sistema de Defensa Social?. La respuesta es que en un marco conservador liberal se ha pensado que de esta manera se aseguran el objeto final del proceso es decir que llegado su momento, la sentencia se cumpla; por otra parte también se habla de que con la prisión preventiva se evita la reincidencia. Estos argumentos que han sido sustentados por pensadores y criminalistas de la talla de Faustin Hélie y que ha sido secundado por la Escuela Francesa de Jamais, Martín y Lapeyre, se nos hacen del todo deleznable y faltos de ética, pues no es aceptable y resulta pobre que todo tenga que recaer en las espaldas del reo, pues con el argumento de que se asegura el fin del proceso, nos hace ver que mientras el presunto culpable, ¡porque todavía es inocente!, padece la cárcel, el juez muy cómodamente, lleve "a buen ritmo", el proceso que a aquél le afecta.

Por su parte otros procesalistas como Vélez Mariconde, justifica la prisión preventiva diciendo: "Que es el estado de privación de libertad impuesto al procesado por orden del juez competente, durante la tramitación de la causa y siempre que se le atribuya un delito reprimido con pena privativa de libertad, para asegurar el fiel ejercicio de la función represiva". Colocándonos en un plano crítico, hace falta preguntarnos si es posible aceptar que alguien pierda su

<sup>93</sup> Edmundo René Boderó C. Criminaria LXV. No. 1 enero - abril 1999 México, pág. 67

libertad, aún cuando sea transitoriamente, para alcanzar un fin abstracto como lo es "el fiel ejercicio de la función represiva" o aún el más vago y sutil de los fines, "el de la justicia". Esto es tan absurdo como suponer que todo proceso culmina con una sentencia de condena. Y es bien sabido que esto no ocurre así en ninguna parte, incluso, viendo las estadísticas mundiales, vemos que un 80% de las sentencias son absolutorias; ¡entonces! estamos viendo que se esta trastocando la naturaleza y fin del proceso, porque éste es precisamente para juzgar y no se creó para confirmar "un prejuicio". Si todo proceso concluyera en condena, las cosas serían distintas; pero aún así, la bondad de la prisión preventiva como ahora funciona, sería ruinoso, porque como ya lo vimos no tiene tratamiento individualizado alguno y al mismo tiempo, no da la oportunidad suficiente para un programa regenerativo; habida cuenta que por disposición constitucional, la prisión preventiva y la de compurgación se deben desarrollar en recintos distintos.

Más allá de cuestionar, en el esquema actual, la legalidad de la Prisión Preventiva, reiteramos con lo expuesto, que los argumentos validadores de la Prisión Preventiva son cuestionables e insuficientes; y en cambio, no nos queda duda de que esta institución ha sido y es un factor de criminalidad, resentimiento y disociación. Y no se puede perder de vista que el individuo sujeto a la prisión preventiva, por ser ésta de carácter emergente, imprevista y violenta, no permite la adecuada preparación para sus efectos, por parte de la familia, su empleador, en su caso, y las demás personas e instituciones con quien el reo antes de la detención tiene relación.

No me es dado extenderme en el planteamiento de lo antes dicho, en toda su profundidad criminológica, pero pienso que para todos los que viven vinculados con el problema del delito y su represión, en su vertiente preventiva, consideraran que lo expuesto resulta aceptable y posible.

Si conforme lo he expuesto antes, es impráctica, inhumana e antinatural la Prisión Preventiva, la más inmediata consecuencia de su desaparición sería la eliminación de la Libertad Provisional; sin embargo, este instituto cobra una significación criminológica mucho más relevante de lo que pudiéramos pensar, y la diferencia entre la prisión preventiva y la libertad provisional es que ambas no apuntan al mismo sentido. Efectivamente, mientras la prisión preventiva es de carácter formal y "es para asegurar los fines del proceso" (ejecución de la pena que en su momento se le impone al reo), la Libertad Provisional atiende a factores individuales de orden criminológico; es decir, va más allá del aspecto formal, puramente técnico y asegurativo del Estado. La Libertad Provisional se orienta a satisfacer las necesidades individuales y colectivas, éstas en cuanto a la seguridad y tranquilidad que la sociedad requiere, y aquellas en la exigencia de que el individuo considerado infractor sea "atendido" y visto en toda su dimensión humana. Aquí cobra enorme sentido la famosa sentencia de Jiménez de Asúa:

"La criminología se tragará al Derecho Penal"<sup>94</sup>. Aunque, como atinadamente lo señala Francisco Muñoz Conde, "Los modelos de sociedad actualmente existentes no han podido renunciar todavía a esa instancia formalizada de control social que es el Derecho Penal". Y sigue diciendo tan ilustre jurista: "Y es presumible que la renuncia del Derecho Penal en las actuales circunstancias no suponga ningún avance en orden a la consecución de una mayor libertad, sino más bien lo contrario: Que las tareas reservadas tradicionalmente al Derecho Penal sean asumidas por otras instancias de control social más difíciles de controlar y limitar que las penales propiamente dichas, consiguiendo con ello no eliminar el derecho penal sino algo peor que el Derecho Penal mismo, o que se cambien las palabras pero no la realidad"<sup>95</sup>. Esto nos alerta en lo que con mucha gravedad dice Hassemer, con respecto a la "*racionalidad de una metodología empírica*", cuando dice: "Una cuestión de hecho relevante para el caso queda fijada en la convicción del Juez (queda "probada") cuando éste le admite con forme a un criterio empírico". "El cada vez más relevante y criticado papel de los peritos en la regulación de la prueba en el proceso penal y su influencia en la formación de la convicción del Juez ( quien no debe permitir que los peritos le den la sentencia hecha) son solamente una consecuencia derivada de la racionalidad de nuestro derecho de la prueba: El perito sabe más que el Juez de aquellas cuestiones de carácter empírico-científico que se someten a su consideración: La parábola de un proyectil, las formas de comunicación propias de los directivos de los servicios de espionaje extranjeros, la composición de la sangre, etc. Si la disposición de nuestra cultura a favor de la metodología empírica de las ciencias de la naturaleza hubiese de continuar desarrollándose sin fronteras, la posición del Juez sería cada vez más precaria ante la intervención de los expertos en el empleo de tal clase de metodología. Ahora bien, se observa hoy también que las oportunidades de éxito de la defensa o de la acusación no radican en la discusión metodológica y conceptual de peritajes, sino más bien, en una **táctica** que garantice la designación del "perito correcto". Esto lleva a que se vean desplazados los modelos de comprensión escénica establecidos por la StPO y a que las oportunidades de comunicación que la ley establece para la producción del caso se queden en agua de borrajas: el perito pasa de ser *una persona que auxilia al tribunal*, a ser quien de hecho decide sobre la efectiva concurrencia de los datos relevantes y al que no resulta posible abordar más que si se logra "excluirle".

"Los penalistas conocen y discuten el problema de los peritos, pero no discuten el fondo del problema: la racionalidad empírica de nuestro sistema legal de la prueba. El que no lo discutan es explicable, pues dicha racionalidad determina hoy toda nuestra cultura y el Derecho procesal penal carece de la posibilidad de sustraerse a ello, pues es expresión y

<sup>94</sup> Luis Jiménez de Asúa, "La ley y el delito" Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Quinta edición 1967, pág. 58

<sup>95</sup> Francisco Muñoz Conde, "Derecho Penal y Control Social. Monografías jurídicas (98) Segunda edición. Editorial Denis S.A. Colombia 1999, pág. 29 y 30

reflejo de dicha cultura" <sup>86</sup>.

Con esto no quiero sin embargo, pecar de iluso o idealista y aceptar que siempre y en todos los casos deba abolirse la prisión preventiva. Ya se había expuesto antes que existen dos casos o hipótesis que justifican socialmente una medida de defensa de tal magnitud; la primera sería cuando el hecho antisocial realizado, haya sido anticipadamente valorado como de los más graves y trascendentes en la afectación de la sociedad, como ya lo hace en catálogo especial tanto la ley material como la adjetiva; tales como el terrorismo, secuestro, parricidio y otros de similar contenido; y la otra posibilidad sería cuando el autor del hecho antisocial sea **obviamente** peligroso, a juicio de los expertos y mediante determinación judicial. Piénsese en las preocupaciones de Muñoz Conde y Hassemmer, antes de dar cualquier paso.

En ambas hipótesis, debe haber prisión preventiva y restricción a la libertad provisional, asumidas como medidas de defensa social y justificadas por la idea de que el más elevado desarrollo de la sociedad, habrá de significar menor necesidad de la aplicación de la medida.

En los demás casos en que no se den estos supuestos, el procedimiento se realizará con el reo disfrutando de su plena libertad, sin más obligación que acudir a todas las diligencias requeridas para la buena marcha del proceso.

Pienso que con esta postura no hace falta hacer substanciales modificaciones a las reglas y normas del proceso, ya que lo único que se propone es la libertad del procesado; todo lo demás, (auto de radicación o cabeza de proceso) se seguiría dictando para fijar los motivos y límites del proceso a fin de asegurar el principio de congruencia y seguridad jurídica.

Claro está que a nadie escapará el riesgo que representa la sustracción del procesado de la administración de la justicia. Pero éste sin embargo, es un problema puramente secundario, ya que conforme se arraigan las ideas defensivas y mejora el grado de participación de la sociedad, menor se va tornando tal riesgo, el cual por otra parte puede verse reducido a través de un eficaz control de población como ahora funciona la Cédula Única de Registro Personal, (CURP), los policías de manzana, juntas de vecinos etc.

Consideramos que el planteamiento es de avanzada, requiere concienzudo estudio, un nuevo catálogo delictivo y sobre todo una buena motivación social, ya que como dice Muñoz Conde, "La meta preventiva general del Derecho Penal no es la motivación intimidadora de los ciudadanos, sino la motivación integradora del consenso a través de la confirmación y aseguramiento de las normas básicas

<sup>86</sup> Winfred Hassemmer. "Fundamentos del Derecho Penal" Bosch, casa editorial S. A. Barcelona 1984, pág. 179 y 180.

que rigen la convivencia social"<sup>97</sup>. El riesgo debe ser calculado, pero estamos seguros de que el tiempo nos dará la razón; una situación similar se presentó cuando por primera vez en México se habló de "cárceles o prisiones abiertas", términos que nos sonaban antitéticos y a pesar de que fueron tan criticados e impugnados en su tiempo, acabaron por fin imponiéndose; lo mismo sucedió con las medidas deliberacionales, la libertad bajo palabra y el arraigo.

Es mucho lo que se ha logrado de aquellos tiempos de las mazmorras, los presidios y el ergástulo; sin embargo, con entereza, seriedad y valentía podemos dar los pasos que el avance social reclama a nuestro sistema penal.

#### **4.3.3.- Substitutivos de la Pena de Prisión.**

El enfoque adecuado para resolver y encontrar los substitutivos de la Pena de Prisión, se deben buscar en la Política Criminal, la que en realidad en muy poca consideración ha sido tomada por los encargados de legislar, a pesar que desde la época de Portes Gil, éste ya hablaba, como algo novedoso, de la Política Criminal.

Menester resulta decir qué es y en que consiste la Política Criminal. En realidad, la política criminal es un conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen, valiéndose no sólo de los medios penales, sino también de los de carácter asegurativo. Los político-criminalistas no abjurán de la pena, aunque sí proclaman que debe tener un fin; pero ésta sólo se aplicara a los delincuentes imputables, en tanto que los peligrosos serán corregidos o inocuizados por medidas de seguridad. Los político-criminalistas reconocen la imputabilidad de los delincuentes normales y, en cambio, proclaman el estado peligroso como base de la medida que ha de tomarse sobre los delincuentes que se desvían de la norma<sup>98</sup>.

La política criminal se desenvuelve en dos planos bien diferenciados a saber: la prevención general y la prevención especial. Por razones de método, obviamente nos vamos a ocupar primeramente de la Prevención General y en seguida de la Prevención Especial o individual.

##### **4.3.3.1.- Prevención General.**

La política criminal lucha contra las modas; por una parte existe en un primer plano, el esfuerzo por la reintegración social del autor del hecho criminoso; y por la otra, se busca hacer frente a la criminalidad mediante la firmeza y la

<sup>97</sup> Francisco Muñoz Conde, Op. Cit. Pág.30

<sup>98</sup> Luis Jiménez de Asúa, "La ley y el delito" Editorial Sudamericana. Buenos Aires, Quinta edición 1967, pág. 62



disuasión. Por ahora domina la segunda tendencia, representada y liderada por Norte América con las ideas de Martinson cuando publicó en 1974 su interesante libro "What works? Questions and Answers about Prisons Reform", en este trabajo se contiene la frase: "with few isolated exceptions, the rehabilitative efforts that have been reported so far have had no appreciable effect on recidivism". ( con pocas excepciones, los esfuerzos rehabilitativos que han sido reportados a lo largo no han tenido un efecto apreciable en el recidivismo), con lo que se nota una clara vuelta al "neoclasicismo" norteamericano, pero que esta teniendo amplia difusión tanto en América como en el Derecho Continental Europeo; con razón opina Weigend que "raramente antes una frase de un trabajo científico había encontrado tan amplia difusión y provocado tanto ruido" como esta constatación. Bajo el tópico "nothing works", esta afirmación se ha transformado desde entonces en un argumento "standart" del neoclasicismo; (citado por Claus Roxin, en Política Criminal y Estructura del Delito. PPU. Barcelona 1992 pág. 12).

Lamentablemente, esta tendencia, ha sido acogida por los regímenes "democráticos", porque les da "popularidad" a los políticos. Hoy vemos con alarma y preocupación que el "slogan" publicitario de algunos Partidos, para obtener el voto favorable, se orienta a ofrecer como Plan de Gobierno, recrudescer las penas, incluyendo la pena de muerte y la cadena perpetua, mismas que para la mayoría de nosotros ya estaban ampliamente superadas; pero que sin embargo y ante el estado de cosas que azotan a la sociedad, la gente se siente atraída. Y no le es criticable al pueblo, pues profano del derecho, cree que endureciendo las penas se disminuye la criminalidad que lo agobia. Por consiguiente, con semejante política se pueden ganar votos y al mismo tiempo demostrar firmeza.

Pero esto no nada más ocurre en México y por influencia de Norte América, también en Alemania donde la pena privativa de la libertad había retrocedido ampliamente; -pues sólo el 5% de todas las penas se cumplen con restricción de la libertad-, resuena la llamada hacia la construcción de nuevas prisiones y medidas más severas para los infractores. Desde nuestro punto de vista y como lo hemos venido diciendo, las penas, aún rigurosas y sobre todo las privativas de la libertad pueden ser y con reservas, indispensables; pero solo para los delitos muy graves, y hay que reconocer que éstas no siempre disminuyen la criminalidad y lejos están de ser un medio adecuado en contra de la criminalidad de mediana y pequeña intensidad, la cual numéricamente es obviamente preponderante.

Insisto, nosotros pensamos que el endurecimiento de las penas no es de ninguna manera, un medio adecuado para luchar contra la criminalidad; como decía Montesquieu "No es la gravedad de las penas sino su justeza y oportunidad, las que hacen que el pueblo respete las leyes". Podría sorprendernos, pero es evidente que la criminalidad se acrecienta a pesar de la gravedad de las penas y de la reclusión en prisiones, como sucede en Norte América, según nos lo refiere Marie France Toinet en su estupendo reporte "Cárceles Norteamericanas: un

reflejo social<sup>99</sup>: "El primero de junio de 1991, más de un millón de norteamericanos estaban encarcelados: 400 por cada 100 000 habitantes ( contra alrededor de 85 por cada 100 000, por ejemplo en Francia). Dos millones y medio en libertad vigilada (en Francia 65,000).

Cerca de 100 000 cumplían penas superiores a veinte años ( en Francia menos de 500). Aproximadamente 2 500 esperaban a ser ejecutados entre: 1977 (año en que se reanudaron las ejecuciones) y 1988, fueron ejecutados 104. Además, en contra de los teóricos derechos del detenido, muchos han sufrido una detención en calabozo superior a las 72 horas, el límite legal, no evitando tampoco la prisión preventiva, aproximadamente 150 000; así, el 51% de los detenidos de las prisiones locales ( *jails* ) estaban en esa situación en 1987, y el 15% en las *federal prisons*, las cárceles federales. Y allí se quedarán, con gran frecuencia, durante varios meses, antes de ser procesados - si lo son -, no gozando por último sino de una asistencia judicial que se podría considerar rudimentaria.

La población reclusa se ha doblado a lo largo del decenio de los ochenta, mientras las población aumentaba en sólo un 10%. Sin embargo, el número de delitos graves, curiosamente, apenas a crecido : 13,4 millones en 1980 contra 13,9 millones en 1988 (23 000 homicidios en 1980, contra 20 700 en 1988), según informes del *Statistical Abstract 1990*, publicación estadística oficial. Cierta que el número de lesiones ( *aggravate assault* ) ha aumentado enormemente durante el mismo período ( de 629 000 a 910 000), y que entre la población está arraigada la idea de que ha habido un estallido de delincuencia. Todo lo cual se corresponde con la firme convicción de que la droga es la última responsable.

Es innegable que exista una muy fuerte "narcotización" del crimen: el 75% de las personas arrestadas han consumido droga en los días que presidieron al arresto, y continúan consumiéndola en prisión, a veces con la complicidad y corrupción de unos guardias que, al menos en Nueva York , son en gran medida sus iguales: negros o hispanos jóvenes, provenientes en general de clase obrera.

Pero también ha habido un notable endurecimiento del sistema represivo bajo el mandato de Ronald Reagan ( 1981-1988 ). Así, en 1984, el Estado federal impuso a los jueces unas penas mínimas insoslayables, sobre todo, como siempre, en materia de drogas.

Unos cuarenta Estados aprobaron medidas parecidas, y no se sabe ya dónde pueden meter a los detenidos.

Existen, en total, alrededor de 4,300 establecimientos, penitenciarios en los Estados Unidos: 43 federales, 791 estatales, ( para más de un año de privación de

<sup>99</sup> Marie France Toinet. "El estado del mundo" 1992. Ediciones Akal, S.A. 1991, pág.515, 516 y 517

libertad) y 3 500 locales, de condados y ciudades (preventivos y condenados, pero a menos de un año). La mayoría de los establecimientos están superpoblados y las condiciones de vida en ellos resultan espantosas; los robos, las palizas y las violaciones son moneda corriente. La droga, la prostitución y la extorsión son el reflejo exacto de su mundo exterior, y la ley del más fuerte es la única regla. La violencia de los guardias es endémica, y el abarrotamiento es tal que desde hace algunos años 37 Estados se han visto obligados por los jueces a respetar un *numerus clausus* bajo pena de tener, como en Nueva York, que pagar daños y perjuicios a los detenidos.

La cárcel, es por tanto, una escuela del crimen, y no de redención. La mitad de los prisioneros son analfabetos, y la incapacidad de formar a los detenidos explica en gran parte la elevada reincidencia de los presos, puestos en libertad, siempre incapaces luego de encontrar un empleo. La política penal estadounidense raramente pretenden prevenir: ¡Castigar al culpable!

Al no saber resolver los problemas sociales que afectan al país, tan sólo se prohíbe, se incrimina y reprime: se sigue encarcelando, y cada día más. E incluso se ejecuta a los menores y débiles mentales. La justicia es brutal y caprichosa, y la injusticia es la regla, tanto en la condena como en la misma aplicación de las penas de muerte: en Georgia, por ejemplo el asesino de un blanco tiene cuatro veces más posibilidades de ser ejecutado que el asesino de un negro. Pero además la práctica del *plea bargaining* (según la cual el juez y el abogado negociarán la pena sin proceso, si el acusado admite ser culpable), supone en realidad una denegación de la justicia, siendo el procedimiento que resuelve más del 85% de los casos. Así, bien defendido, el acusado saldrá mejor parado que si es mal defendido; se trata solamente de una cuestión de medios. Y hay que añadir que en la mayoría de los Estados, la pena suele ser indeterminada (con un mínimo y un máximo): desde ese momento la suerte de un condenado se encuentra en manos de la administración penitenciaria. En definitiva no son los grandes delincuentes, sino los más desprotegidos, los que se quedan más tiempo en la prisión.

Un detenido cuesta 60 000 dólares por año a la colectividad, y una plaza en un centro de tratamiento antidroga, unos 16 000 dólares. La mayoría de las veces, la cárcel incapacita para vivir en sociedad. En cuanto a un tratamiento de desintoxicación, puede que no funcione, pero también puede ser coronado por el éxito, con un coste más bajo, desde luego, para toda la sociedad. Y aun así, se castiga y no se cura\*.

Considero que la relativa ineficacia de la pena obedece a varios factores a saber: En todas las sociedades existirá siempre una cierta incidencia delincuencial, así como las enfermedades y las malformaciones son inevitables, en todos los tiempos existirán individuos cuyas condiciones mentales y de carácter psicopático hacen imposible su adecuada inserción en el mundo social

que los rodea, y por eso terminan delinquiriendo. Esto siempre ha sido y no se puede evitar; por otra parte, una gran cantidad de hechos punibles resulta de situaciones para las cuales hombres con una vida normal y dentro de la legalidad no están preparados ni mental ni emocionalmente, en dichas situaciones ese individuo encuentra en el delito la única salida. Gran parte de los delitos violentos se originan por el estrechamiento excesivo de las relaciones sociales que de suyo son conflictivas. También existen delitos violentos como el homicidio y las lesiones por celos, insoportables relaciones de pareja y por un problema diferencial entre padres e hijos. Pero también el factor económico incide, y más en nuestros tiempos, en una determinación criminal del autor. Sostiene Merton "Que en la sociedad estadounidense se privilegian las metas y no los medios y que la meta primaria es la obtención del dinero. Ante la urgencia de enriquecerse, algunos recurren a medios distintos de los socialmente aprobados y optan por medios definidos como desviados". De ahí que cuando hombres aparentemente respetables tienen alguna crisis existencial, pierden la cabeza e intentan salvarse a través de la comisión del delito. En extremas situaciones, caracterizadas por fuertes afectos o gran miedo, las normas pierden su fuerza de motivación.

Otra fuente importante de delinquentes proviene de relaciones familiares desavenidas. Cuando las relaciones son violentas entre los padres y entre éstos y los hijos, cuando no se les proporciona amor los hijos, carecen de seguridad emocional y les falta una educación razonable; de esos niños, quienes bajo otras circunstancias podrían haber sido hombres de bien, resultan criminales; aunque claro, no es la regla.

Cuando estas personas son estigmatizadas a través de los delitos, el derecho penal llega muy tarde, pues apenas es posible imaginar que encarcelando a ese hombre, se llegue a corregir su estropeada estructura moral.

Un factor constante de criminalidad indiscutiblemente lo es la "miseria económica", como decía George Bernard Shaw "La opulencia y la miseria, son las causas de la imperfección humana". Efectivamente, la pobreza extrema conduce finalmente a grupos marginados de la población a la comisión de delitos contra la propiedad y el patrimonio, los cuales ponen en peligro la seguridad pública; y es que, "frente a la necesidad, nadie reconoce a la ley", pues quien no tiene nada que perder poco caso le hace a la amenaza penal de lo que le puede suceder.

Es por todo esto, no debemos esperar mucho de las penas duras, ya que el factor de solución más que en la Política Criminal lo debemos buscar en la Política Social.

Por otro lado, no hay que perder de vista los inconvenientes que presentan el exigir el incremento de las penas privativas de libertad y por ende más cárceles. El primer problema serio es como ya dijimos, apenas es posible educar a alguien para que viva responsablemente en sociedad si se le aparta de ella y además se

le somete a modos de vida totalmente distintos a la que privan en la realidad social; ya que el preso no asume ninguna responsabilidad. Toda su vida de interno, es regulada por un manual y supervisada por custodios que nada hacen por considerar su situación personal; así las cosas, cómo es posible imaginar que el preso se pueda reintegrar a una vida libre y responsable, si durante "equis" tiempo a estado privado de su libertad y desprovisto de responsabilidad alguna y, de alguna manera, ha sido tratado como un animal. No cabe duda que la pena privativa de libertad tiene un efecto múltiple desocializador ya que durante su aplicación, el delincuente es sustraído de su vínculo familiar y de su relación laboral, deteniéndose el curso normal de su vida. Esto trae como consecuencias obvias, el quebranto matrimonial, el empobrecimiento de la relación padre e hijo y la ruptura con su medio laboral; de ahí que cuando el autor vuelve a la libertad, regresa sin vínculos, sin medios, sin trabajo y generalmente no vuelve a ser aceptado por nadie. De esta manera queda definitivamente marginado de la sociedad y hace posible que sea más peligroso criminalmente que antes de cumplir su condena. De ahí que es importante no olvidar la llamada "infección criminal" a que conlleva la pena restrictiva de la libertad. Esto es obvio porque quien ha perdido sus anteriores relaciones, se asocia en la cárcel con sus compañeros y por la estructura misma del sistema de reclusión, quedan sometidos a los "líderes" quienes los encausan inmediatamente al camino de la criminalidad. Cuántas veces no hemos sabido que un sujeto entra por un delito y cuando sale, ya esta inserto en una banda organizada que se dedica a la comisión de delitos totalmente distintos por los que fue recluido originalmente. Así pues, la cárcel puede envolver a un delincuente relativamente inofensivo, en un ambiente de alta criminalidad organizada, lo que se traduce en un mal mayor.

Yo no quisiera que se pensara que, como en el precepto evangélico (Sermón de la Montaña), "se responda a un mal con un bien" ( Mateo 5,44), únicamente pienso que las cosas deben hacerse bien.

Finalmente, es de considerarse que en términos generales la pena privativa de libertad se compurga en condiciones infrahumanas, salvo contadas excepciones de los pocos ricos que entran a prisión y montan sus propias "suites", la mayor parte de la población carcelaria vive en forma verdaderamente oprobiosa, lo que hace que no tengan noción de la superación y el correcto vivir. Sin embargo no podemos soslayar que el costo penitenciario es elevadísimo, lo que hace casi nugatoria la posibilidad del establecimiento de centros adecuados para el tratamiento de los exconvictos, lo que realmente nos debe preocupar, pues, si hablamos de readaptación y resocialización, debemos reforzar esta área que ha sido virtualmente olvidada por nuestro sistema penal.

No abogamos por la abolición absoluta de la pena privativa de libertad, como dijimos al hablar de la abolición de la prisión preventiva, la cárcel se debe conservar para los casos inevitables, por delitos graves, reincidentes o sujetos de alta peligrosidad manifiesta. Pero no se debe trabajar para lograr su incremento

sino para conseguir una reducción, con ello se disminuirán sus efectos nocivos y será un medio restrictivo de la libertad que pueda combinarse con intensivas terapias sociales para los infractores, como lo consideraron los alemanes en el Proyecto Alternativo que en 1966 fue publicado por catorce destacados profesores de derecho penal, en donde todos coincidieron en que la pena debe estar al servicio y protección de los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad; pero también, a la reinserción del autor en la comunidad jurídica, y que la ejecución de la pena debe tener como meta el que el convicto sea puesto a la brevedad posible, en plena posesión de su libertad y sus derechos cívicos sociales, sin que estos se vean menguados en lo posible por el encarcelamiento. Que en los establecimientos carcelarios se rescate la idea de que deben ser establecimientos socio-terapéuticos en donde se deberá desarrollar en los internos, la voluntad y la capacidad, por medio de ayudas especiales de carácter psiquiátrico, psicológico y pedagógico para que en el futuro puedan llevar una vida libre de pena ( Claus Roxin, obra citada pág. 7). Aquí cabría hacer un paréntesis y traer una reflexión hecha por Muñoz Conde cuando nos dice: "Puesto que la legalidad penal representa los intereses y valores de la sociedad burguesa, es lógico que sólo sea objeto de resocialización todo aquel cuyo comportamiento no corresponda a las expectativas de conducta que caracterizan a la clase media". De ahí que hay que tener cuidado en reconocer que nuestra sociedad se compone de estamentos, y no pretender con la falsía de la igualdad burguesa, tratar igual a los que no son iguales, y tampoco darles menos a los que menos tienen.

Nosotros nos apuntamos a considerar que la prevención es más efectiva que la pena, debido a la restringida bondad de la misma y también a su nocividad, por lo que se debe poner mayor atención a la prevención del delito, echando mano de una mejor política social, mejores medios policíacos, legislativos y técnicos. Consideramos que es tarea del Estado lograr establecer una verdadera y comprometida ayuda social, que se ocupe de las familias problema, de los niños de la calle, de los hombres sin trabajo y en fin, "se resguarde a todos del hambre".

La respuesta a la imposibilidad de esto, con frecuencia es la escasez de recursos por parte del Estado, y la verdad es que se encubre su dispendio, su mala política impositiva y al final, el fomento de privilegios. Creemos que pueden implementarse varias políticas, pero esencialmente esta la del Consenso; el ejemplo lo esta poniendo el actual Jefe de Gobierno de la Ciudad de México, que lejos de antagonizarse con los grupos "pudientes", los esta invitando a que formen parte de los proyectos del Estado. Nosotros creemos que sí se les puede convencer a los ricos para que, en lugar de tener guardias personales, sus casas con altas bardas y salir a pasear al extranjero, que todo eso les cuesta grandes cantidades de dinero, participen en programas sociales, lo que haría menos grande la brecha de la desigualdad y al haber menos pobres e ignorantes, menos tendrían de que cuidarse.

Por otra parte, creemos en la necesidad de una policía más eficaz y visible,

ya que un factor que estimula la comisión del delito es el "pensar que no lo ven" o que "no hay quien lo persiga". Ya lo vimos, cuando en Iztapalapa se recrudecía el crimen en las calles, la vigilancia impuesta por la Policía Federal Preventiva, disminuyó su incidencia. Debemos pensar en una policía técnica, eficiente, bien concientizada, para servir al público y, al mismo tiempo, erradicar aquella visión de la policía, dispuesta a "morder", chantajear y amenazar; porque el mejor síntoma de una sociedad en paz, lo representa un policía amable, preparado y con una postura de responsabilidad; el ejemplo más palpable lo tenemos con el "Policía Londinense" que simboliza la seguridad y tranquilidad. También habrá que acudir a la moderna tecnología, la que este al servicio de la sociedad y no represente su amenaza, como lo hemos vivido con el problema de las comunicaciones, en donde se presenta la amenaza de intromisión y la consecuente vulneración de la vida privada de los ciudadanos; de ahí que tenemos que tener cuidado que el propio Estado no vaya a trastocar la libertad e intimidad de los ciudadanos. Aquí estamos en frente de la llamada estrategia global de prevención del delito, la cual únicamente se puede enfrentar con una adecuada regulación jurídica que impida el que en aras de combatir el terrorismo o el crimen organizado, se ponga en riesgo la privacidad a la que todos tenemos derecho; de ahí que si queremos realmente fortalecer la seguridad individual y garantizar la paz pública, necesitamos de una ciencia interdisciplinaria de la prevención, en la cual este incluida la cooperación del derecho penal y todas las ciencias afines.

Nosotros creemos que el sistema de reacción penal se debe ampliar y, sobre todo, complementarlo con sanciones penales similares de carácter social constructivo.

Para una prevención mejor a la que actualmente tenemos, hace falta considerar de una vez por todas, que la pena privativa de libertad no es la única ni la mejor. Vemos que en Alemania el 80% de las sanciones son multas. Las multas tienen la ventaja de que el Estado al mismo tiempo que ingresa fondos, no arrastra con cargas erogativas innecesarias; sin embargo, y tomando en cuenta las condiciones económicas que privan en nuestro país, es muy probable que la multa no sea el más idóneo camino a seguir, pues estaríamos haciendo o fomentando un sistema discriminatorio con graves repercusiones en el ámbito social, ya que el pobre no va a poder pagar y es injusto tenerlo, por esta causa, en el establecimiento penitenciario; mientras que el solvente puede fácilmente librarse de ir a prisión. También alguien puede evitar la multa al dejar que terceros la paguen; en casos de criminalidad económica, esto no es ningún problema teórico. Finalmente, para algunos grupos de delincuentes no esta a salvo el peligro de que el sujeto pueda conseguir los medios para pagar la multa a través de la comisión de nuevos delitos.

Por tanto la multa no es la panacea, tenemos que reflexionar sobre la utilidad de otras sanciones penales. En México ya se han impuesto el arresto

domiciliario, sistemas de preliberación y etc., sin embargo, tenemos que intensificar la búsqueda para que la prevención general cobre sus frutos.

En Alemania se viene pensando que las sanciones penales, alternativas a la cárcel, deben ser aquellas que le impliquen una afección o disminución de sus libertades a la gente para que cobre conciencia de su papel en la sociedad; una propuesta que se esta manejando y aún no se autoriza es que el ciudadano que cometa un delito, y no precisamente con motivo del tránsito de vehículos, reciba como sanción la prohibición a conducir; esto que suena simple, tendría efectos importantes ya que aquel que cometió algún delito de mediana importancia y usa habitualmente el automóvil en su vida diaria, se sentiría conminado y afectado en su diario quehacer lo que provocaría un propósito de enmienda y asumiría un papel más responsable en su participación social. De lo que se trata es que además de que no le cueste al Estado, el sujeto transgresor cobre conciencia y al mismo tiempo continúe con una vida productiva, sana y de participación en la sociedad, sin que se le desarrollen sentimientos de odio o rechazo a la autoridad.

Junto a semejantes innovaciones, considero necesario la ampliación de sanciones penales similares, las cuales presupongan una libre participación del infractor y precisamente por eso actúen con particulares medidas sociales constructivas.

Una de ellas sería, para infractores que siempre reinciden y acusan considerables trastornos de la personalidad, y esto vale también para algunos delincuentes sexuales, ponerse a su disposición una terapia, psicoreadaptativa que le permita restablecer la vida normal. Obviamente esto requerirá la aceptación y cooperación del infractor.

Para infractores de delitos leves y medianamente graves esta la alternativa de prestar trabajos de utilidad pública, lo que acertadamente llama nuestro Código Penal Servicios a la Comunidad. Esto tiene que ser analizado con mayor detenimiento porque ante una situación como la que tenemos de escasez de empleo y demás, resulta letra muerta o de muy poca eficacia readaptativa; una alternativa sería que esos trabajos los desarrollara el infractor en días domingo o feriados o a horas de la madrugada y en condiciones que no afecten las condiciones de competencia laboral en las que, los no infractores, tienen acceso.

Por último, debe fomentarse también la reparación voluntaria que, al margen del dinero, puede implicar atención y trato con la víctima, servicios personales, renunciación a derechos personales, etc.

No queda demás que insistir en que, asumiendo la modernidad a donde vamos y en la que de alguna manera ya estamos insertos, despenalizar muchas conductas que siendo tan leves y de escasa repercusión social, aún se siguen penalizando.



Sin embargo podemos decir que con lo hasta ahora logrado y un amplio catálogo de sanciones es más eficaz la lucha contra la delincuencia en comparación con el endurecimiento de las penas.

#### **4.3.3.2.- Prevención Especial**

Por lo que toca a la Prevención Especial y en obvio de tautológicas repeticiones diremos que México ha ido avanzando notablemente en la Moderna Penología; y así en lo relativo a buscar sucedáneos y evitar la pena de prisión, a partir de 1971 México a hecho cambios importantes que merecen reconocimiento. Primeramente el artículo 16 de Ley de Normas Mínimas estableció la remisión parcial de la pena de prisión a razón de un día por cada dos de trabajo. Se estableció en su artículo 8 el tratamiento preliberacional del sentenciado. Se despenalizaron algunas conductas, las contenidas en el Artículo 171 fracción primera, 173, 184, 190, 255, 306 del Código Penal Federal vigente.

En el artículo 55 del Código Penal Federal y su equivalente el 75 en el Código Distrital, se autorizó a los jueces a prescindir de la pena de prisión o sustituirla por una medida de seguridad cuando, por haber sufrido el delincuente consecuencias graves en su persona o por senilidad o precario estado de salud sea notoriamente innecesaria e irracional su imposición.

Se amplió el tope para la procedencia de los beneficios a la condena condicional a cuatro años de prisión, atento al inciso (a) de la fracción I del Artículo 90 del Código Penal Federal vigente.

El artículo 70 del Código Penal Federal, con evidente intención modernista, plantea la posibilidad de que el juez "podrá" sustituir la pena de prisión: I.- Por trabajos a favor de la comunidad o semilibertad cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años. II.- Por tratamiento y libertad si la prisión no excede de tres años. III.- Multa cuando la prisión no exceda de dos años. Es plausible este esfuerzo, sin embargo se queda corto porque regresa al antiguo vicio de los antecedentes criminales, es decir, considerar al agente reincidente; y es que, no porque antes así se camino, nos quiera decir que es el mejor camino; porque suponiendo que alguien cometió un delito menor de fraude o robo y ya compurgo si posteriormente comete el delito de daño en propiedad ajena con motivo del tránsito de vehículos, en forma alguna se le puede ni se le debe considerar reincidente, sino que debe evaluarse su estado psicosocial actual y calcular la posibilidad de que sea o represente ser un sujeto dañino a la comunidad.

En ese mismo hilo conductor, se han ido aumentando los casos de penas alternativas, como lo previenen los artículos 160, 162, 173, 176, 182, 226, 279, 280, 282, 336, 386 del Código Penal Federal; y así mismo en los artículos 178 y 340 donde se establecen los trabajos a favor de la comunidad.

Por otra parte, también se ha extendido la necesidad de la querrela en numerosos delitos que antes no la requerían como son los delitos de violación a la correspondencia, previsto en el artículo 173, el delito de amenazas previsto en el artículo 282; y así como los delitos de robo previsto en el artículo 80, abuso de confianza artículo 382, fraude artículo 386, extorsión y daño en propiedad ajena según lo previene el artículo 399 bis del Código Penal Federal.

Finalmente, en el ámbito material y que incide en el aspecto procesal, con base en el artículo 93 del código sustantivo, se acepta que en los delitos perseguibles por querrela u otro requisito equivalente a ella, el perdón se otorgue hasta antes de dictarse sentencia de segunda instancia.

En el ámbito procesal, el artículo 138 segundo párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales y su equivalente 660 en sus siete fracciones del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, prevén sobreseimiento de averiguaciones previas o procesos en caso de delitos culposos, de daño en propiedad ajena o lesiones de menor entidad, si se cubre la reparación del daño; siempre y cuando no se haya abandonado a la víctima ni se haya actuado bajo el influjo de sustancias embriagantes, estupefacientes o psicotrópicos.

Así pues vemos que poco a poco se va avanzando en la lucha contra el crimen pero sin olvidar a su causante, porque como dijera Dorado Montero "el Derecho Penal debe ser protector de los criminales y ser la más eficaz herramienta para asegurar el bienestar y felicidad de los ciudadanos".

Ahora bien, advirtiendo la inequívoca tendencia de modernización de nuestro sistema para la imposición de las penas, resulta impostergable enfrentar la necesidad de crear en el marco legislativo, la figura del Juez de Ejecución de Penas, cuya principal tarea sería precisamente, la de cuidar o vigilar por el adecuado cumplimiento de todo lo relativo a la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al condenado, protegiendo sus derechos, precisamente con la finalidad de evitar situaciones que escapan a los términos de la sentencia, ya que como dijimos antes, la cárcel es el castigo y el reo ingresa para rehabilitarse y no para ser castigado con aspectos nuevos y diferentes a los contenidos en la propia sentencia. Y es que hay que considerar que de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la pena privativa de libertad tiene como fin la readaptación social del delincuente a través del trabajo y la educación, lo cual implica que la reacción penal del Estado no descansa en la retribución sino en la reinserción social del condenado. Aquí cabría también considerar las penas demasiado largas, las cuales contravienen el espíritu de este dispositivo constitucional; pero que de momento no lo vamos a tratar por rebasar los límites y objetivos de este pequeño trabajo.

Cabe destacar como punto final, que en España el juez de ejecución de sentencia ya quedó instaurado en la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979,

con la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, en donde se dispone en su artículo 76 lo siguiente: corresponde al Juez de Vigilancia, con carácter general, las atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos relativos a las modificaciones que ésta puede experimentar según lo previsto en las leyes y reglamentos, salvo guardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que se produzcan en el cumplimiento del régimen penitenciario, y con carácter especial: a) adoptar las decisiones necesarias para que las resoluciones sobre penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los jueces y tribunales sentenciadores, b) resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados, y acordar las revocaciones procedentes c) aprobar las propuestas de los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, d) aprobar las sanciones de aislamiento en celda superiores a catorce días, e) resolver por vía de recursos las reclamaciones de los internos sobre sanciones disciplinarias, f) resolver con base en los estudios de los Equipos de Observación y Tratamiento y en su caso de la central de observación, los recursos sobre la clasificación inicial y las progresiones y regresiones de grado, g) acordar lo procedente sobre las peticiones o quejas de los internos respecto al régimen y el tratamiento penitenciario, en lo que afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos, h) realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal, i) autorizar los permisos de salida de más de dos días, salvo los de los clasificados en tercer grado, j) conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del Establecimiento.

Esta legislación española, nos pone de manifiesto que cualquier sanción en este ámbito supone de por sí una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena, resultando a demás evidente que las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario **no pueden implicar que la justicia se detenga en la puerta de las prisiones.**

Mucho se ha hecho ya en el marco académico, en particular en los encuentros IV y V de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, celebrados, respectivamente, en Bogotá Colombia y en Culiacán México ambos celebrados en el año 2001; sin embargo hace falta penetrar en el ámbito legislativo para que ya, estas ideas de avanzada formen parte de nuestro Sistema Penal y se vaya viendo cristalizada la idea de una sociedad más libre y más responsable en donde tanto los reos como la gente común cobren conciencia que el afán no debe ser castigar, sino en todo caso no dar motivo a ello.

## CONCLUSIONES

Antes de proceder a formular nuestras conclusiones, séame permitido expresar una explicación por las repeticiones e insistencias que sobre algunos tópicos se hicieron a lo largo de este trabajo; repeticiones que en forma alguna considero tautológicas, más bien fueron enfáticas en insistir que la Averiguación Previa y el Ministerio Público como su titular, deben ser contemplados con más precisión y hondura en el marco constitucional. Al mismo tiempo, también considero necesario explicar el motivo de algunas digresiones que se fueron presentando en los diferentes capítulos que integran este trabajo; pero considero que al tratar un asunto concerniente a una fracción de un dispositivo constitucional, se hace menester traer a cuento temas e Instituciones que aún cuando en apariencia no guardan relación estrecha con el tema central, sí representan y juegan un papel importante dentro de la estructura lógica que los aloja. Efectivamente, en Derecho no se puede pensar en forma aislada sobre una norma o dispositivo, ya que todas ellas en su conjunto forman parte de un sistema, el cual las explica y les da sentido, de ahí que cuando se toca la fracción X del artículo 20 Constitucional, se haga indispensable tocar puntos tan álgidos como son: la Averiguación Previa misma, el Ministerio Público, el Defensor en este período preprocesal, y la libertad, tanto provisional como la definitiva, habida cuenta que aquella es la que más lesiona los intereses particulares, cuando aun no ha habido un pronunciamiento jurisdiccional que determine la responsabilidad del imputado.

De conformidad con nuestro prefacio y siguiendo las huellas de nuestro trabajo, consideramos que la Reforma que se plantee a fin de alcanzar las metas más elevadas de justicia, seguridad, represión al delito y respeto a los derechos humanos, debe ser integral, de largo aliento y recogiendo las experiencias propias de nuestra historia y haciendo eco de la legislación comparada, pero sin descuidar en ningún momento nuestra idiosincrasia nacional.

A pesar de que algunos han dicho que la Revolución mexicana de 1910 ya quedó superada, la realidad histórica nos muestra lo contrario, y el sentimiento nacionalista, social y democrático aún sigue entusiasmando y late en el corazón de los mexicanos. Muy probable es que sus principios y orientación ideológica se hayan gradualmente desviado, y al apartarse de sus originales causas, la imagen que presenta no sea del todo favorable. Pero entonces, lo propio y conveniente es retomar el espíritu original y en todo caso, asumiendo su intención, perfeccionar las instituciones a la que esa Revolución les dio vida.

Así mismo, hay quienes piensan que el considerar una Reforma a nuestro sistema punitivo, implica enfrentar inercias que se arraigan de hace más de 80 años, como lo sostienen el jurista Miguel Sarre y el doctor Xavier Paz Rodríguez,

quienes formaron parte como asesores, de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados de la anterior Legislatura, presidida por el licenciado Fernando Gómez Mont; sin embargo, nosotros pensamos que la solución no es ir a contracorriente del pensamiento y espíritu que inspiró al constituyente de 1917, ya que a pesar de que las condiciones del país y hasta de su gente, son de alguna manera distintas a las que prevalecían en aquel entonces, las cosas en el ámbito jurídico penal no son tan diversas, toda vez que estamos frente a principios y valores que son permanentes y que las Instituciones que a lo largo de la historia se han venido conformando, responden a una natural existencia y no son producto de una heurística caprichosa y que por ese camino se puedan modificar.

Así las cosas, considero que lo conducente es hacer una adecuada conciliación entre este pasado, relativamente reciente, y el presente a fin de que surja una regla de derecho que exprese nuestra tradición a efecto de que se entienda y acepte como la expresión de la voluntad general y se logre con ello su cumplimiento; ya que es la obediencia de la ley lo único que nos garantiza el progreso; un progreso moral que más que el material, nos dará la unidad y cohesión que como pueblo necesitamos para enfrentar los desafíos de este nuevo mundo global.

Ciertamente creemos que el avance social, el aculturamiento y más espacios de libertad, van reclamando cambios en el sistema político y social mismos que se deben dar; pero habrán de ser cautelosos, ya que tratándose de la Justicia Penal, ésta incide en "la vivencia metafísica, que implica una vivencia humana acentuadamente afectiva que se refiere a lo supraempírico y objetivamente no comprobable"<sup>100</sup>; en tal virtud, los cambios en el derecho, deben ser graduales, ya que una constante creación de un derecho en perpetua evolución constituye por sí sola, una señal de crisis profunda, y no se puede ajustar la dinámica del derecho a la dinámica del progreso científico el que está al servicio mayormente, de intereses materiales. Éste puede ser incluso indefinido; pero el progreso moral no lo es; el hombre no cambia, y en todo caso sólo cambia con mucha lentitud; el progreso de las ciencias morales consiste básicamente en el perfeccionamiento de las relaciones entre los hombres. Decía Portalis "las leyes se hacen con el tiempo; a decir verdad, uno no las hace".

Pero ahora que estamos festejando inusitados cambios en la vida política del país, se nos antoja echar mano de una serie de fórmulas que viendo su éxito en otras latitudes, pudieran traer para nosotros la gran solución. Yo creo que nosotros debemos hacer grandes transformaciones pero partiendo de lo nuestro, de nuestra propia experiencia; y en ese marco de ideas, redoblar los esfuerzos para reposicionar al Ministerio Público como una Institución de buena fe, garante

<sup>100</sup> Francisco Elías Tejada "Introducción al Estudio de la Ontología Jurídica". Lo cita Otto Brustin. "El pensamiento jurídico". Traducción José Puig Brutau. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires No. 18, 1959, pág. 10

de la legalidad y celoso por la aplicación de la ley a sus infractores; para esto, el mejor camino es darle mayor libertad, con una total autonomía y con una fisonomía y organización que le permitan actuar. Al mismo tiempo, se hace indispensable una redefinición clara y puntual de lo que es y queremos que sea, la Averiguación Previa; pero hay que reconocer que hablar de procedimiento penal sin Averiguación Previa y un Ministerio Público como su titular, resulta impensable, porque no se trata de una acción privada o civil, sino se trata de una acción pública que tiene sumo interés en mantener y en su caso reponer, el orden jurídico quebrantado o amenazado y esto en ninguna forma pudiera quedar en manos del particular; pero tampoco en manos del poder judicial.

Cuando nosotros nos pronunciamos por hondas transformaciones que debe experimentar nuestro sistema legal punitivo, lo hacemos recordando las reflexiones de Georges Ripert que nos alerta en que estos cambios deben de ser ponderados, conforme a las reglas de la técnica jurídica. Estas reglas se refieren a la enunciación del mandato y a su sanción efectiva; de ahí que no por salir al paso para resolver una creciente criminalidad, y al mismo tiempo atacar los problemas de abuso de la autoridad, se permita la licencia de hacer cambios que transgredan la hermenéutica jurídico penal. Los cambios que proponemos se nos antojan como respuestas vividas en la historia de un México más moderno y más habido de libertad, pero nuestros cambios en el sistema penal, parten de lo ya dado y no nos invita a experimentos que pudieran desviar la intención original.

Efectivamente, la piedra de toque está en que por ningún motivo se consolide en una sola persona el carácter de juez y parte; que al ciudadano se le moleste lo menos posible y que al mismo tiempo, la estabilidad social no se quebrante. Esto sólo se logra con la herramienta que dispuesta por el derecho y producto de la experiencia la reconocemos como Averiguación Previa; pero para que tenga la eficacia y contundencia que hasta hora no se ha logrado, hace falta redimirla, reposicionarla en el marco constitucional y hacer que su titular despliegue con toda libertad, esa enorme responsabilidad. Al lado de que se logren estos encomiables propósitos, en paralelo debemos luchar por privilegiar la libertad, sobre todo de la que se debe gozar hasta antes de resultar condenado, ya que la "Presunción de Inocencia" es un principio rector que en ningún momento debemos olvidar; como lo dijera Ponciano Arriaga "mientras alguien no resulte declarado culpable por juez competente, es total y absolutamente inocente"; entonces, por qué se le habrá de encarcelar?. En ese tenor, la Averiguación Previa debe ser tal que con las menores molestias posibles que se le puedan causar al particular, el Ministerio Público realice su indagatoria; aquí cobra gran significado los avances de la ciencia para que con sigilo y respeto a la privacidad, la libertad y la dignidad de los ciudadanos, se pueda llevar a cabo toda una investigación científica, sin que se atropelle ningún derecho y, al mismo tiempo, se vayan recabando los datos y pruebas que nos den la certeza del hecho criminal y su probable autor; pero todo este despliegue de investigación debe hacerse con las menores molestias posibles, obviamente sin

afectar la libertad y cuidando del denuesto, el nombre y reputación de la que el imputado pudiera gozar.

Por todo esto, creemos que por ningún motivo se debe permitir que en la fase de indagación, el particular, en su carácter de indiciado, pueda aportar pruebas y pretender que se desahoguen éstas, ya que se desvirtúa la naturaleza de la Averiguación Previa y se contrarían los principios que la informan. ¡Que hay un resquemor en cuanto a que el Ministerio Público puede manipular a su antojo la Averiguación!, el mejor método para evitarlo es responsabilizándolo en su quehacer, y que mejor forma que concediéndole mayor libertad, porque de todos es sabido que "a mayor libertad, mayor responsabilidad".

Por otra parte si queremos acotar los plazos de la investigación, hemos propuesto en las líneas de este trabajo, la introducción del Juez de Instrucción, que siendo totalmente distinto al de jurisdicción, haría más formal el periodo de averiguamiento, ejerciendo además, una supervisión en el procedimiento de indagatoria; pero sin que tenga su control, siendo el Ministerio Público el único que tenga la titularidad de la Averiguación Previa y el ejercicio de la acción penal.

Lo expuesto nos lleva a pensar que las reformas que planteamos de índole constitucional, en el ámbito de justicia penal, sean para redefinir y concretar a la Averiguación Previa, insistir en que el Ministerio Público es su único titular, estableciendo su total independencia del Poder Ejecutivo y colocarlo en una equidistancia de éste y del Poder Judicial; y finalmente, para que no sea motivo de preocupación o alarma social el desarrollo de la indagatoria e incluyendo la averiguación en periodo procesal, éstas se hagan con la absoluta libertad del indiciado e imputado, salvo aquellos casos de extrema gravedad y peligrosidad contemplada ésta en sus dos vertientes, la legal y la antropológico-médica, que bien soportadas, serían bien aceptadas por la sociedad. Así se darían los grandes pasos que la modernidad exige. Se haría uso de la ciencia para beneficio del hombre y no se jalonaría al Derecho a un tropel que, además de riesgoso, nos llevaría a un destino incierto.

**BIBLIOGRAFÍA BÁSICA**

Derecho Procesal Penal.  
Juan Luis González Bustamante  
Ed. Porrúa, S.A. 4ª Ed. 1967.

El Procedimiento Penal.  
Manuel Rivera Silva.  
Ed. Porrúa, S.A. 13ª Ed. 1983.

Derecho Mexicano de Procesamientos Penales.  
Guillermo Colín Sánchez  
Ed. Porrúa, S.A. 2ª Ed. 1970.

Derecho Mexicano de Procesamientos Penales.  
Guillermo Colín Sánchez  
Ed. Porrúa, S.A. 2ª Ed. 1970.

Derecho Procesal Penal.  
Sergio García Ramírez.  
Ed. Porrúa, S.A. 4ª Ed. 1983.

El Enjuiciamiento Penal Mexicano.  
Humberto Briseño Sierra  
Ed. Trillas, S.A. 1982 1ª Reimpresión

Derecho Procesal Mexicano.  
Niceto Alcalá Zamora y Castillo.  
Ed. Porrúa, S.A. 1976. Tomo I

El Procedimiento Penal Mexicano.  
Fernando Arilla Bas.  
Ed. Kratos, S.A. de C. V. 8ª Ed. 1988.

Procedimiento Penal.  
Julio Acero.  
Ed. José M. Cajica Jr. S. A. 6ª Ed. 1968.

El Proceso Penal.  
Jorge A. Claría Olmedo.  
Ed. Depalma. 1985.



Derecho Procesal Penal.  
Miguel Fenech.  
Ed. Labor, S.A. 1952. Dos Vol.

Tratado de Derecho Procesal Penal.  
Vincenzo Manzini.  
Ed. EJEA 1951. Traducción de Santiago Sentís Melendo.

Tratado de Derecho Procesal Penal.  
Giovanni Leone.  
Ed. EJEJ 1963. Traducción de Santiago Sentís M.

Cuestiones sobre el Proceso Penal.  
Francesco Carnelutti.  
Ed. Jurídicas Europa - América. 1950. Traducción de Santiago Sentís M. 1961.

Derecho Procesal, Civil y Penal.  
F. Carnelutti.  
Ed. EJEJ 1971. Dos Tomos.

Como se Hace un Proceso.  
Francesco Carnelutti.  
Ed. Colofon, S.A. 2ª Ed. 1990.

Derecho Procesal Penal. Casos  
Jürgen Baumann.  
Ed. Depalma. 1986.

Las Partes en el Proceso Penal.  
José Guameri.  
Editorial José M. Cajica Jr. 1952. Traducción de Constancio Bernardo de Q.

Los Principios Fundamentales del Proceso Penal.  
Alberto Doménico Tolomei.  
Editorial Jus. 1947. Traducción de José Becerra Bautista.

Juicios Criminales.  
Pietro Ellero.  
Instituto Editorial Reus. 1953

La Averiguación Previa.  
César Augusto Osorio y Nieto.  
Ed. Porrúa, S.A. 8ª Ed. 1997.

Averiguación Previa. Enfoque Interdisciplinario.  
Fernando A. Barrita López.  
Ed. Porrúa, S.A. 1992.

El Ministerio Público en México.  
Juventino V. Castro.  
Ed. Porrúa, S.A. 5ª Ed. 1983.

El Ministerio Público. La Intervención de Tercero en el Procedimiento Penal  
y la Obligación de Consignar Según la Constitución.  
Paulino Machorro Narváez.  
Publicaciones de la Academia Mexicana de Jurisprudencia.

El Ministerio Público como Institución Jurídica Federal  
y como Institución Jurídica del D. F.  
Benjamín Arturo Pineda Pérez.  
Ed. Porrúa, S.A. 1991

Poder Judicial y Ministerio Público.  
Sergio García Ramírez.  
Ed. Porrúa, S.A. 1996

La Investigación Ministerial Previa.  
Jesús Martínez Garnelo.  
Ed. Porrúa, S.A. 1998.

La Investigación en el Proceso Penal.  
Jorge R. Moras.  
Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1998

El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal  
del Ministerio Público en México.  
Miguel Angel Castillo Soberanes.  
UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. I.I.J. 2ª Ed. 1993.

Práctica Forense para el Defensor dentro del Período de Averiguación Previa.  
Miguel Héctor Ponce Ramírez.  
Orlando Cárdenas Editor, S. A. Irapuato Gto. Mex.

Garantías y Proceso Penal.  
Jesús Zamora Pierce.  
Ed. Porrúa, S.A. 1ª Ed. 1984.

El Término Constitucional y la Probable Responsabilidad Penal.  
Leopoldo de la Cruz Agüero.  
Ed. Porrúa, S.A. 1999.

El Tipo Penal.  
Rafael Márquez Piñeiro.  
U N A M I I J. Serie Estudios Doctrinales No. 99

El Concepto de Tipo Penal en México.  
José Nieves Luna Castro.  
Ed. Porrúa, S.A.

Teoría del Tipo Penal.  
Claus Roxin.  
Ediciones Depalma. 1979. Versión Castellana del Dr. Enrique Bacigalupo.

Corpus Delicti y Tipo Penal.  
Mariano Jiménez Huerta.  
Criminalia Cuadernos No. 19. 1956

El Cuerpo del Delito.  
Clemente A. Díaz.  
Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires. 1987.

Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo.  
Gregorio Romero Tequextle.  
OGS Editores S.A. de C.V. 1999.

La Importancia de la Tipicidad en Derecho Penal.  
Mario O. Folchi.  
Roque de Palma Editor. 1960.

Tratado de las Pruebas Judiciales.  
Jeremías Bentham.  
Ed. EJE. 1971.

Lógica de las Pruebas en Materia Criminal.  
Nicolas Framarino dei Malatesta.  
Ed. Temis Bogota. 1964. Dos Vol.

De Las Pruebas Penales.  
Eugenio Florian.  
Editorial Temis Bogota 1968,1969. Dos Vol.

Elementos de Derecho Procesal Penal.  
Eugenio Florian.  
Bosch, Casa Editorial, S.A. 1933.

Tratado de Las Pruebas en Derecho Civil y Penal.  
Eduardo Bonnier.  
Ed. Hijos de Reus, Editores. 1913.

Tratado de La Prueba en Materia Criminal.  
C.J.A. Mittermaier.  
Instituto Editorial Reus, S.A. 1959

La Prueba.  
Santiago Sentis Melendo.  
Ed. EJEА. No. 65 1979.

La Prueba - su práctica y su apreciación-  
Erich Doring. (1964)  
Ed. EJEА. No. 61 1986

Breve Estudio sobre las Pruebas en el Juicio Penal Federal.  
Jorge Alberto Mancilla Ovando.  
Ed. Porrúa, S.A. 1996.

Curso de Pruebas Penales.  
Benjamín Irigorri Diez.  
Ed. Temis Librería. 1983.

La Evidencia en el Derecho Procesal Penal.  
Giovanini Brichette. (1950)  
Ediciones Jurídicas Europa- americana. 1973.

La Crítica del Testimonio.  
Francois Gorphe.  
Ed. Reus, S.A. 1980 6ª Ed. Trad. Mariano Ruiz Funes.

La Libre Apreciación de La Prueba.  
Gerhard Walter.  
Ed. Temis Librería, S.A. Bogota Colombia 1985

La Carga de la Prueba.  
Giani Antonio Micheli (1942)  
Ed. EJEА No. 39 1961 Trad. Santiago Sentis Melendo.

Tratado de las Pruebas Penales .  
Marco A. Díaz de León.  
Ed. Porrúa, S.A. 1982.

La Verdad y Las Formas Jurídicas.  
Michel Foucault. Rio de Janeiro 1978.  
Ed. Gedisa Mex., S.A. 1ª Ed. En México 1983.

Derecho Penal Mexicano.  
Mariano Jiménez Huerta .  
Ed. Porrúa, S.A. Cinco Tomos de 1968 a 1981

Lineamientos Elementales de Derecho Penal.  
Fernando Castellanos Tena.  
Ed. Porrúa,S.A. 1971. 6º Ed.

Lecciones de Derecho Penal.  
Juan S. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée.  
Ed. Trotta. 1997.

Manual de Derecho Penal. Parte General.  
Francesco Antolisei.  
UTEHA Argentina, Buenos Aires 1960.

Tratado de Derecho Penal.  
Franz Von Liszt.  
Instituto Editorial Reus, S.A. 3ª Ed. Tres Vol.

Derecho Penal.  
Guillermo Sauer.  
Bosch, Casa Editorial, S.A. 1956.

Derecho Penal.  
Edmundo Mezguer.  
Editorial Bibliográfica Argentina, S.A. Dos Vol.

Tratado de Derecho Penal y Derecho Penal Actualizado  
Reinhart Maurach y Heinz Zipf  
Ediciones Ariel, S.A. y Ed. Astrade de Alfredo y Ricardo DE Palma.

Derecho Penal Aleman.  
Hans Welzel.  
Ed. Jurídica de Chile. 1970.

Tratado de Derecho Penal.  
Hans - Heinrech Jescheck.  
Bosch, Casa Editorial, S.A. 1981.

197

Derecho Penal.  
Gunther Jakobs.  
Marcial Pons, Ed. Jurídicas, S.A. 1997.

Estudios de Derecho Penal.  
Gunther Jakobs.  
Ed. Civitas, S.A. 1997.

La Imputación Objetiva en Derecho Penal.  
Gunther Jakobs.  
Civitas Ediciones, S.L. 1º Ed. 1996 Reimpresión 1999.

Teoría de la Imputación Objetiva  
Bernardo Feijóo Sánchez.  
Ed. Angel Editor. 1ª Ed. 2000.

Derecho Penal.  
Claus Roxin.  
Ed. Civitas, S.A. 1997.

Política Criminal y Estructura del Delito.  
Claus Roxin.  
Ed. P P U Barcelona, 1992.

Fundamentos del Derecho Penal.  
Winfried Hassemer.  
Bosch, Casa Editorial, S.A. 1984.

Tratado de Derecho Penal.  
Luis Jiménez de Asua.  
Ed. Losada, S.A. 3ª Ed. 1964. Tomo VII 2ª Ed. 1977. Siete Vol.

La Ley y el Delito.  
Luis Jiménez de Asúa  
Ed. Sudamericana, S.A. 5ª Ed. 1967.

Elementos de Derecho Criminal.  
Giovanni Carmignani.  
Editorial Temis Librería. 1979.

Programa de Derecho Criminal.  
Francesco Carrara.  
Ed. Temis Bogota, S.A. 1956. Diez Vol.

Derecho Penal.  
Carlos Fontan Balestra.  
Ed. Abeledo-Perrot. 1964. Dos Vol.

Derecho Penal.  
Giuseppe Maggiore  
Ed. Temis, S.A. Cinco Vol.

Derecho Penal Argentino.  
Sebastián Soler.  
Tipográfica Editora Argentina. 1967. Cinco Vol.

Fe en el Derecho.  
Sebastián Soler.  
Tipográfica Editora Argentina. 1956.

Tratado de Derecho Penal.  
Eugenio Raúl Zaffaroni  
Ed. Ediar, S.A. 1980. Tres Vol.

Teoría General del Delito.  
Francisco Muñoz Conde.  
Ed. Tirant lo Blanch Valencia. 2ª Ed. 1989.

Teoría General del Delito.  
Francesco Carnelutti.  
Ed. Argos. Cali Colombia.

Teoría del Delito.  
Octavio Alberto Orellana Wiarco.  
Ed. Porrúa, S.A. 7ª Ed. 1988.

Función de La Pena y Teoría del Delito en el  
Estado Social y Democrático de Derecho.  
Santiago Muir Puig.  
Bosch, Casa Editorial, S.A. 2ª Ed. 1982.

De Los Delitos y Las Penas.  
Cesar Beccaeia.  
Alianza Editorial Madrid. L. B. 3ª Ed. 1982.

El Delito y La Pena en la Historia de la Filosofía.  
Fausto Costa.  
Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. 1953.  
Traducción de Mariano Ruiz Funes.

194

El Nuevo Régimen Sobre la Privación de la Libertad  
en Procedimientos Penales.

Jorge Reyes Tayabas.

P. G. R. 1995.

Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo.

Carlos María Romeo Casabona.

Bosch, Casa Editorial, S.A. 1986.

La Pena de Prisión.

Propuesta para sustituirla ó abolirla.

Dolores Eugenia Fernández Muñoz.

UNAM I I J Serie G. Estudios Doctrinales No. 148. 1993

Evolución y Progreso del Derecho. (La Crisis del Derecho)

Georges Ripert.

Ed. EJEA 1961 (La Crísis en el Derecho) Rev. Por Santiago Sentis Melendo.

Juez, Estado y Derechos Humanos.

Manuel Peris Gómez.

Fernando Torres Editor. Valencia 1976.

Teoría General de los Derechos Humanos.

Germán J. Bidart Campos.

UNAM I I J 1993.

La Dignidad de La Persona.

Jesús González Pérez.

Editorial Civitas, S.A. 1ª Ed. 1986.



195

## BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española de la Lengua. Editorial. Espasa - Calpe, S.A. España 1970. Décimo Novena Edición.

Enciclopedia Jurídica Omeba. XXVII Tomos

Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix Editor. XX Tomos

Enciclopedia Jurídica Básica. Editorial Civitas, S.A. 1ª Ed. 1995 IV Tomos

Diccionario de Derecho Penal de Raúl Goldstein Bibliográfica Omeba 1962

Diccionario de Derecho Penal de Francisco Pavón V. Ed. Porrúa, S.A.

Diccionario Jurídico Espasa Calpe - 1993

Diccionario Jurídico Mexicano UNAM, México 1982

CRIMINALIA. Órgano de La Academia Mexicana de Ciencias Penales  
Ed. Porrúa, S.A.